



UNIVERSIDAD DE MURCIA

FACULTAD DE DERECHO

**Contratos Internacionales de Franquicia:
Competencia Judicial Internacional y Ley Aplicable en la
Unión Europea**

D^a. María Asunción Cebrián Salvat

2017

UNIVERSIDAD DE MURCIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO
FINANCIERO, INTERNACIONAL Y PROCESAL

Contratos Internacionales de Franquicia:
Competencia Judicial Internacional y Ley Aplicable en la
Unión Europea

Doctoranda: Dña. María Asunción Cebrián Salvat
Director de Tesis: Prof. Dr. D. Javier Carrascosa González

Esta Tesis Doctoral se ha realizado en el marco del contrato doctoral de la autora, financiado por la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia (Consejería de Industria, Empresa e Innovación de la CARM)

“Listen, Frank,” I tell him, “you can hogtie these guys with all the ifs, buts and whereases you like, but it’s not going to help the business one bit. There’ll be just one great motivator in developing loyalty in this operation. That is if I’ve got a fair, square deal, and the guy makes money. If he doesn’t make money, I’m in a peck of trouble. I’m gonna lose my shirt. But I’ll be out there helping him and doing all I can to make sure he makes money. As long as I do that, I’ll do just fine”.

Ray Kroc, Fundador de *McDonald’s*.

ÍNDICE

| | |
|-------------------------------------|-----------|
| RESUMEN | 15 |
| ABSTRACT | 16 |
| AGRADECIMIENTOS | 17 |
| ÍNDICE DE ABREVIATURAS | 18 |
| SUMMARY | 22 |
| INTRODUCCIÓN | 26 |

CAPÍTULO PRIMERO

| | |
|--|-----------|
| APROXIMACIÓN A LA FRANQUICIA INTERNACIONAL COMO RELACIÓN ECONÓMICA Y JURÍDICA EN LA UNIÓN EUROPEA | 36 |
|--|-----------|

| | |
|---|-----------|
| SECCIÓN I. LA FRANQUICIA INTERNACIONAL COMO RELACIÓN ECONÓMICA EN LA UNIÓN EUROPEA | 36 |
|---|-----------|

| | |
|--|-----------|
| I. Origen y evolución de la franquicia en el comercio internacional | 38 |
| 1. El nacimiento de la franquicia en Estados Unidos. | 38 |
| A. Antecedentes de la franquicia. | 38 |
| a. La distribución indirecta. | 38 |
| b. La licencia de derechos incorporales | 41 |
| B. Aparición y rápida expansión. | 43 |
| 2. La recepción de la franquicia en la Unión Europea. | 46 |
| A. Primeros años. | 46 |
| B. Tendencias recientes. | 48 |
| II. El papel actual de la franquicia en el comercio internacional | 51 |
| 1. Plano microeconómico: la franquicia para las partes | 51 |
| A. Perspectivas descriptivas | 52 |
| a. La franquicia para el franquiciador. | 52 |
| i. La franquicia en general | 52 |
| ii. La franquicia internacional | 64 |
| b. La franquicia para el franquiciado | 73 |
| i. La franquicia en general | 73 |
| ii. La franquicia internacional | 77 |
| B. Perspectivas normativas | 80 |
| a. La necesidad de reequilibrio de la relación | 81 |
| b. No reequilibrar lo ya equilibrado | 85 |
| 2. Plano macroeconómico: la franquicia para la Economía y la sociedad. | 89 |

SECCIÓN II. LA FRANQUICIA INTERNACIONAL COMO RELACIÓN JURÍDICA SUSTANTIVA EN LA UNIÓN EUROPEA. 97

I. El contrato de franquicia internacional: rasgos extraídos de la práctica comercial europea. 97

| | |
|--|-----|
| 1. Concepto | 97 |
| A. La definición del contrato de franquicia. | 97 |
| B. La internacionalidad | 102 |
| 2. Caracteres. | 105 |
| 3. Clases de contratos de franquicia. | 112 |
| A. Primer criterio: la inmediatez de la actividad del franquiciado | 112 |
| B. Segundo criterio: el tipo de actividad del franquiciado | 117 |
| 4. Elementos del contrato. | 120 |
| A. Elementos personales | 120 |
| B. Elementos reales. | 121 |
| 5. Obligaciones de las partes | 123 |
| a. Obligaciones a cargo del franquiciador | 123 |
| b. Obligaciones a cargo del franquiciado | 125 |
| 6. Finalidad económica | 128 |
| 7. Distinción de figuras afines | 132 |
| A. Franquicia vs. otros contratos de colaboración comercial | 133 |
| a. Contratos de colaboración de carácter puntual. | 133 |
| b. Agencia. | 134 |
| c. Distribución | 135 |
| B. Franquicia vs. cesión de derechos incorporeales | 137 |
| C. Franquicia vs. compraventa de mercaderías. | 138 |
| D. Franquicia vs. contratos de trabajo. | 139 |
| E. Franquicia vs. contratos de tipo <i>joint venture</i> | 139 |
| 8. Estructura | 140 |

II. El contrato de franquicia internacional: aspectos regulativos en la Unión Europea 143

| | |
|---|-----|
| 1. Panorama normativo en la Unión Europea (perspectiva formal). | 143 |
| A. Normativa de origen público | 144 |
| a. Normas europeas | 144 |
| b. Normas de los Estados Miembros | 145 |
| i. Convenios internacionales | 145 |
| ii. Normas de producción interna. | 146 |
| B. Normativa de origen privado | 148 |
| a. Codificaciones convencionales. | 148 |
| i. Guía UNIDROIT para los acuerdos de franquicia principal internacional | 149 |
| ii. Ley modelo UNIDROIT sobre la divulgación de la información en materia de franquicia | 149 |
| iii. Código Deontológico Europeo sobre la franquicia | 149 |
| iv. Principles of European Contract Law. | 150 |
| v. Contrato modelo de la CCI | 152 |

| | |
|--|-----|
| b. La nueva <i>Lex Mercatoria</i> | 153 |
| 2. Cuestiones reguladas (perspectiva material) | 155 |
| A. Normas específicas de la relación de franquicia | 155 |
| a. Antes del comienzo de la relación | 156 |
| i. Obligación de registro del franquiciador | 156 |
| ii. Información precontractual | 156 |
| iii. Formalización del contrato por escrito | 160 |
| iv. Derecho de la competencia | 160 |
| 1. Normas nacionales | 162 |
| 2. Normas europeas | 164 |
| b. Durante la relación contractual | 170 |
| i. Principios generales | 170 |
| ii. Prestaciones de las partes | 170 |
| iii. Terminación de la relación contractual | 171 |
| iv. Riesgo de laboralidad | 179 |
| v. Deber de no competencia | 180 |
| B. Sectores normativos relevantes para la relación de franquicia internacional | 180 |

CAPÍTULO SEGUNDO

| | |
|---|------------|
| LA FRANQUICIA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA | 188 |
|---|------------|

| | |
|---|------------|
| SECCIÓN I. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y CONTRATO DE FRANQUICIA | 193 |
|---|------------|

| | |
|--|------------|
| I. Consideraciones previas sobre el instrumento aplicable | 194 |
| 1. El Reglamento Bruselas I bis como normativa general aplicable a los contratos de franquicia | 194 |
| 2. La determinación de la competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I bis | 199 |

| | |
|--|------------|
| II. Determinación de los tribunales competentes | 201 |
| 1. Cuestiones relacionadas con la celebración del contrato | 201 |
| 2. Cuestiones relacionadas con los derechos derivados del contrato | 203 |
| A. Derechos reales y arrendamiento de inmuebles | 204 |
| B. Derechos de propiedad intelectual | 206 |
| C. Obligaciones derivadas del contrato | 208 |
| a. Foros en presencia de pacto atributivo de competencia | 208 |
| i. Pacto de sumisión expresa | 208 |
| 1. Pacto en favor de los tribunales de un Estado Miembro | 209 |
| 1.1 Condiciones de validez de la cláusula | 210 |
| 1.2 Efectos | 214 |
| 1.3 Extensión del pacto | 216 |
| 1.3.1 Contrato marco y contratos de ejecución | 217 |

| | |
|---|-----|
| 1.3.2 Cadenas de contratos | 220 |
| 1.3.3 Relaciones extracontractuales entre las partes | 222 |
| 1.4 Cláusulas abusivas y pactos de sumisión en los contratos de franquicia | 222 |
| 2. Pacto en favor de los tribunales de un tercer Estado. | 227 |
| 3. Pacto de sumisión a arbitraje y/o a medios alternativos de solución de controversias | 229 |
| 3.1 Arbitraje | 230 |
| 3.1.1 Validez de la cláusula compromisoria | 232 |
| 3.1.2 Arbitrabilidad de los contratos de franquicia | 238 |
| 3.1.3 Interpretación de la cláusula compromisoria | 242 |
| 3.2 Otros medios | 244 |
| ii. Sumisión tácita a los tribunales de un Estado Miembro | 246 |
| b. Foros en ausencia de pacto atributivo de competencia | 246 |
| i. Domicilio del demandado en un Estado Miembro | 246 |
| 1. Foro general del domicilio del demandado. | 247 |
| 2. Foro especial por razón de la materia | 248 |
| 2.1 Foro especial en materia contractual | 249 |
| 2.1.1 “Materia contractual”, “contrato” y relaciones de franquicia | 249 |
| 2.1.2 La calificación de los contratos de franquicia unitaria a efectos del foro especial en materia contractual. | 258 |
| 2.1.2.1 Antecedentes históricos: el Convenio de Bruselas de 1968 | 259 |
| 2.1.2.2 La solución de Bruselas I y Bruselas I bis | 261 |
| 2.1.2.3 Los nuevos datos del Reglamento Roma I | 271 |
| 2.1.2.4 Solución propuesta | 273 |
| 2.1.3 Calificación de otros tipos de contrato de franquicia a efectos del foro especial en materia contractual. | 285 |
| 2.1.3.1 Contratos de franquicia directa de área. | 286 |
| 2.1.3.2 Contratos de máster franquicia | 287 |
| 2.1.3.3 Contratos de representación de área | 289 |
| 2.1.3.4 <i>Bare bones agreements</i> y otros híbridos. | 290 |
| 2.1.3.5 Franquicia y <i>joint venture</i> | 290 |
| 2.1.4 Determinación del lugar de cumplimiento a efectos de este foro | 291 |
| 2.1.4.1 Casos comprendidos en el art. 7.1.b RB-I bis. | 291 |
| 2.1.4.2 Casos comprendidos en el art. 7.1.a RB-I bis. | 300 |
| 2.1.5 Imposibilidad de aplicar las normas de producción interna de cada Estado Miembro | 302 |
| 2.1.6 Casos que requieren soluciones específicas | 305 |
| 2.1.6.1 La acción directa del consumidor frente al franquiciador. | 306 |
| 2.1.6.2 Contratos con condiciones generales de la contratación. | 309 |
| 2.1.6.3 Contratos de ejecución del contrato de franquicia | 310 |
| 2.1.6.4 Acciones colectivas y contratos de franquicia | 313 |
| 2.1.7 Exclusión de otros foros especiales | 320 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 2.1.7.1 | Explotación de establecimientos secundarios | 320 |
| 2.1.7.2 | Contratos de trabajo | 321 |
| 2.1.7.3 | Contratos de consumo | 323 |
| 2.2 | Foro especial en materia delictual | 324 |
| 2.2.1 | El concepto de materia delictual y las relaciones de franquicia | 324 |
| 2.2.2 | Acciones relativas a la franquicia que podrían calificarse como materia delictual | 326 |
| 2.2.2.1 | Defectos en la información precontractual | 327 |
| 2.2.2.2 | Interrupción de las relaciones comerciales | 331 |
| 2.2.2.3 | Vulneración de derechos de propiedad intelectual | 332 |
| 2.2.2.4 | Vulneración del Derecho de la competencia | 333 |
| 2.2.3 | Imposibilidad de aplicar las normas de producción interna de cada Estado Miembro | 333 |
| ii. | Domicilio del demandado en un Estado parte del Convenio de Lugano. . | 334 |
| iii. | Domicilio del demandado en otros Estados | 337 |
| 1. | Foros determinados por convenios internacionales | 337 |
| 2. | Foros determinados por las normas de producción interna: el caso de España | 337 |
| 2.1 | El foro del domicilio del demandado | 341 |
| 2.2 | Foros especiales | 341 |
| 2.2.1 | Foro especial en materia contractual | 341 |
| 2.2.1.1 | Calificación de una acción como contractual | 342 |
| 2.2.1.2 | Determinación de la obligación contractual | 343 |
| 2.2.1.3 | Determinación del lugar de cumplimiento de la obligación contractual. | 345 |
| 2.2.1.4 | Casos que requieren soluciones específicas | 346 |
| 2.2.1.4.1 | La acción directa del consumidor frente al franquiciador | 347 |
| 2.2.1.4.2 | Contratos con condiciones generales de la contratación. | 348 |
| 2.2.1.4.3 | Contratos de ejecución del contrato de franquicia | 349 |
| 2.2.1.4.4 | Acciones colectivas y contratos de franquicia | 351 |
| 2.2.2 | Foro especial en materia extracontractual | 351 |
| 2.2.2.1 | Defectos en la información precontractual | 352 |
| 2.2.2.2 | Interrupción de las relaciones comerciales | 353 |
| 2.2.2.3 | Vulneración de derechos de propiedad intelectual | 353 |
| 2.2.2.4 | Vulneración del Derecho de la competencia | 354 |

SECCIÓN II. LEY APLICABLE POR LOS TRIBUNALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y CONTRATO DE FRANQUICIA 358

I. Consideraciones previas sobre el instrumento aplicable 359

| | | |
|----|--|-----|
| 1. | El Reglamento Roma I como normativa general aplicable a los contratos de franquicia | 359 |
| 2. | La determinación de la Ley aplicable en el Reglamento Roma I | 368 |

| | |
|---|------------|
| II. Determinación de la Ley aplicable | 372 |
| 1. Cuestiones relacionadas con la celebración del contrato | 372 |
| A. Consentimiento | 373 |
| B. Forma | 374 |
| C. Capacidad | 375 |
| 2. Cuestiones relacionadas con los derechos derivados del contrato | 376 |
| A. Derechos reales | 376 |
| B. Existencia, transmisibilidad, y protección de derechos de propiedad intelectual..... | 377 |
| C. Obligaciones contractuales | 380 |
| a. “Obligaciones contractuales”, “contrato” y relaciones de franquicia | 380 |
| b. La Ley aplicable a las obligaciones contractuales: <i>Lex contractus</i> | 385 |
| c. Puntos de conexión | 388 |
| i. Ley aplicable en presencia de un pacto de elección de Ley | 390 |
| 1. La norma general: flexibilidad de la autonomía conflictual de las partes | 391 |
| 2. Límites de la autonomía conflictual de las partes | 395 |
| 3. Extensión del pacto | 400 |
| 3.1. Contrato marco y contratos de ejecución | 400 |
| 3.2. Cadenas de contratos | 409 |
| 3.3. Relaciones extracontractuales entre las partes | 411 |
| 4. Cláusulas abusivas y pactos de elección de Ley en los contratos de franquicia | 412 |
| ii. Ley aplicable en defecto de elección (i): art. 4.1.e RR-I..... | 419 |
| 1. Consideraciones previas | 420 |
| 1.1 Antecedentes históricos: el Convenio de Roma de 1980 y el problema de la prestación característica | 420 |
| 1.2 La solución del Reglamento Roma I: determinación directa de la Ley aplicable | 431 |
| 2. La calificación del contrato de franquicia | 433 |
| 2.1 La interpretación del concepto de “contrato de franquicia” | 434 |
| 2.2 La calificación de los distintos contratos de la práctica comercial como “contratos de franquicia” | 442 |
| 2.2.1 Contratos de franquicia directa | 442 |
| 2.2.2 Contratos de <i>máster</i> franquicia | 444 |
| 2.2.3 Contratos de representación de área | 446 |
| 2.2.4 Franquicia y <i>joint venture</i> | 447 |
| 2.3 Relación con la calificación a efectos de competencia judicial internacional | 447 |
| 3. El punto de conexión de la residencia habitual del franquiciado | 449 |
| 3.1 Justificación y análisis crítico | 449 |
| 3.2 La localización de la residencia habitual del franquiciado | 469 |
| 3.3 Diferencias con la Ley aplicable a otros contratos | 473 |
| 3.3.1 Contratos de distribución | 473 |
| 3.3.2 Contratos de cesión de derechos sobre propiedades incorporales | 474 |
| 4. Casos que requieren soluciones específicas | 475 |
| 4.1 La acción directa del consumidor frente al franquiciador | 475 |

| | |
|---|------------|
| 4.2 Contratos con condiciones generales de la contratación | 476 |
| 4.3 Contratos de ejecución del contrato marco de franquicia | 477 |
| 4.3.1 Consideraciones generales | 477 |
| 4.3.2 Especial consideración a las compraventas | 479 |
| 4.3.2.1 Aplicación de la Convención de Viena 1980 en defecto de elección de Ley aplicable | 480 |
| 4.3.2.2 Obligaciones que conforman el contrato marco y los contratos de compraventa. | 485 |
| 4.4 Acciones colectivas y contratos de franquicia | 490 |
| iii. Ley aplicable en defecto de elección (ii): los vínculos más estrechos . . . | 493 |
| iv. Ley aplicable en defecto de elección (iii): posibilidad de aplicación de otras normas de conflicto | 497 |
| 1. Contratos de trabajo | 497 |
| 2. Contratos de consumo. | 498 |
| d. Leyes de policía | 499 |
| i. Tipos de normas | 499 |
| 1. Normas de origen nacional | 500 |
| 2. Normas de origen europeo | 501 |
| ii. Identificación de las Leyes de policía aplicables a un contrato de franquicia | 502 |
| iii. Casos concretos de Leyes de policía | 506 |
| 1. Normas relacionadas con las inversiones extranjeras. | 506 |
| 2. Normas de registro de los franquiciadores y de inicio de la actividad | 508 |
| 3. Normas que rigen las relaciones contractuales. | 510 |
| 4. Normas sobre transferencia de tecnología | 512 |
| 5. Normas de Derecho de la competencia. | 514 |
| 5.1 Normas europeas | 515 |
| 5.2 Normas nacionales | 518 |
| 6. Normas sobre información precontractual | 521 |
| 7. Normas sobre la terminación del contrato | 527 |
| 8. Normas sobre condiciones generales de la contratación y protección de los consumidores | 534 |
| iv. Sumisión a arbitraje y leyes de policía | 537 |
| D. Obligaciones extracontractuales. | 538 |
| a. El concepto de obligaciones extracontractuales y las relaciones de franquicia | 539 |
| b. Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la franquicia | 540 |
| i. Defectos en la información precontractual. | 540 |
| ii. Vulneración del Derecho de la competencia | 543 |
| CONCLUSIONS | 549 |
| ANEXOS. | 559 |
| I. Modelos de contrato de franquicia internacional | 561 |
| 1. Contrato de franquicia unitaria internacional. | 561 |

| | |
|---|------------|
| 2. Contrato de máster franquicia internacional | 584 |
| II. Normas aplicables al contrato de franquicia por Estados Miembros..... | 597 |
| III. Sectores normativos relevantes para la franquicia por Estados Miembros | 605 |
| IV. Estudio de caso de una red internacional de franquicias | 617 |
| BIBLIOGRAFÍA | 627 |
| JURISPRUDENCIA CITADA | 649 |

RESUMEN

Esta Tesis doctoral tiene como objeto los contratos de franquicia en el Derecho internacional privado de la Unión Europea. Con el estudio de dicho objeto se pretende alcanzar dos objetivos fundamentales. En primer lugar, clarificar, clasificar y sistematizar el conocimiento existente sobre la cuestión. En segundo lugar, aumentar tal nivel de conocimiento, colmando aquellas cuestiones que no han sido resueltas por el legislador, la jurisprudencia o la doctrina, que en materia de franquicia son muy numerosas por tratarse de operaciones comerciales de importante dimensión y complejidad. Para alcanzar estos resultados se ha analizado la regulación existente, se han puesto de manifiesto los problemas que suscita tal regulación y se han sugerido soluciones a los mismos. Estas soluciones se enmarcan en los principios fundamentales de Derecho de la UE de libertad de circulación y de fomento del mercado interior, pues ambos constituyen la finalidad última del Derecho internacional privado europeo.

De las conclusiones obtenidas puede afirmarse que los desafíos que suscita la aplicación del Derecho internacional privado europeo a los contratos de franquicia pueden solucionarse con un correcto ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual de las partes tanto en relación a la Ley aplicable a sus relaciones como a los tribunales competentes para conocer de los litigios derivados de las mismas, así como con una interpretación estrecha del concepto de “leyes de policía” por parte de los tribunales de los Estados miembros.

En defecto de pacto, estos problemas se solventan mediante interpretaciones correctoras de los preceptos del Reglamento n. 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis) y del Reglamento n. 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Entre estas interpretaciones, cabe destacar la consideración de los contratos de franquicia como contratos de prestación de servicios a los efectos del art. 7.1 RB-I bis y la consideración de la residencia habitual del franquiciado como el lugar en que se encuentra el establecimiento franquiciado a los efectos del art. 4.1.e RR-I.

ABSTRACT

This PhD dissertation is entitled “International Franchising Agreements: Jurisdiction and Applicable Law in the European Union”. It aims to study franchising agreements in European private international law. This analysis pursues two main objectives. Firstly, it aims to clarify, classify, and systematize the existing knowledge about the topic. Secondly, it seeks to increase this level of knowledge, closing the legal gaps which have been addressed neither by the lawmaker nor by the case law nor by the legal literature. These gaps are numerous in the field of franchising, due to the complexity of these legal transactions. To achieve these objectives, the existing legislation has been analyzed, the problems raised by this legislation have been highlighted and solutions have been suggested. These solutions have been retrieved from European principles. Freedom of movement and the promotion of the internal market, as the ultimate goal of European private international law, have been specifically considered.

As a general conclusion of this research, the challenges posed by franchising agreements in European private international law can be overcome with a proper exercise of party autonomy in relation to the law applicable to their relations and to the courts that shall have jurisdiction over the case and with a narrow interpretation of the concept of “overriding mandatory provisions” by Member States’ courts.

In the absence of choice, these challenges can be mastered by corrective interpretations of the rules of Regulation No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I recast) and Regulation No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). Among these interpretations, it is worth mentioning the consideration of franchise agreements as contracts for the provision of services for the purposes of art. 7.1 RB-I bis and the consideration of the habitual residence of the franchisee as the place where the franchised establishment is located for the purposes of art. 4.1.e RR-I.

AGRADECIMIENTOS

Gracias a mi maestro, el profesor Carrascosa. Se mira con agradecimiento a los maestros brillantes pero solamente con verdadera gratitud a los que son capaces de tocar el corazón. Gracias por tocar el mío, por enseñarme a amar lo que hago, a buscar la excelencia y a divertirme con ello. Es un auténtico privilegio poder formarme contigo. *Heart, Force and Victory*.

Gracias a la Fundación Séneca por haberme permitido hacer de mi pasión mi profesión. A la Universidad de Murcia, especialmente al equipo de la Biblioteca y la Hemeroteca por su sonrisa constante. Gracias también a las personas que han facilitado mi labor investigadora en la “*salle 102*”, en Cambridge y en el Tribunal Internacional de Justicia.

Gracias a todos los extraordinarios profesores que me han ayudado a hacer mejor este trabajo. Gracias en especial a Alfonso-Luis Calvo, José Luis Iriarte, Andrés Rodríguez Benot, Laura García Álvarez, Antonietta Di Blase, Yves Lequette, Marie Gorée, Marie-Élodie Ancel, Lukas Rass-Masson, Pippa Rogerson y Silvia Marino. Gracias también a todos los profesionales que han contribuido a mi investigación, por su tiempo y disponibilidad para contestar a mis preguntas.

Gracias a los doctorandos que he conocido en estos cuatro años y que se han convertido en amigos, Auriane, Lena, Daniel, Santiago, Kostas, Julie, Yoann, Augustin, Philippine, Daniela, Teresa, Clara, Laura, Barbara, Yagmur... Gracias a mis amigas de siempre, ahora expertas en tesis doctorales después de tanto preguntar por la mía.

Gracias a todo el equipo de Accursio DIP, con el que comparto tanto. Gracias a Isa, María José, Alfredo, Juan Carlos, Joaquín, Inma, Luis y también a las nuevas incorporaciones, que nos animan a seguir trabajando como lo hacemos. Gracias a los miembros de la sección de Derecho internacional privado del Colegio de Abogados, por ponernos los pies en la tierra con la realidad práctica de esta disciplina.

Gracias a mi familia. Dicen que la falta de elocuencia es signo de mucho amor. Así debe ser, por lo que me cuesta escribir estas palabras. Gracias a Carolina, este trabajo es por ella. Gracias a mis padres y a mi hermano por su entrega sin condiciones y su respaldo muy en especial en esta última etapa. Gracias a mi familia de Pamplona por su apoyo y cariño aun cuando la tesis ha supuesto tenernos menos tiempo a su lado.

Gracias a todos. Pero si hay una persona a la que debo este trabajo, y no solo eso, sino todo lo que soy, es a mi marido, Juan. Sin tu ayuda, tu sacrificio y tu amor no habría llegado al final de este viaje. Como siempre te digo, gracias por empujar cuando yo no puedo.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

TEXTOS LEGALES

| | |
|-----------------|--|
| BGB | <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código civil alemán) |
| Carta DFUE 2007 | Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 12 diciembre 2007 |
| CB | Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil |
| CC | Código civil |
| CCom. | Código de comercio |
| CComm | <i>Code de commerce</i> (Francia) |
| CDE | <i>Code de droit économique</i> (Bélgica) |
| CE | Constitución española de 27 diciembre 1978 |
| CEDH | Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950 |
| CLug | Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil |
| CLug-II | Convenio de Lugano de 30 octubre 2007 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil |
| CNY 1958 | <i>Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards</i> (New York, 1958) |
| CR | Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales |
| CVIM 1980 | Convenio de Viena de 11 abril 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías |
| GWB | <i>Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen</i> (Alemania) |
| LArb. | Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje |
| LCA | Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia |
| LCD | Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal |
| LCGC | Ley 7/1998 de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación |
| LDC | Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia |
| LEC | Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil de 7 enero 2000 |
| LGDCU | Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre |
| LOCM | Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista |
| LOPJ | Ley orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial |
| RB-I | Reglamento del Consejo 44/2001 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil |
| RB-I bis | Reglamento n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil |
| RR-I | Reglamento (CE) Núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) |
| RR-II | Reglamento (CE) Núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). |
| RES | Reglamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos |

| | |
|------|---|
| | públicos en materia de sucesiones <i>mortis causa</i> y a la creación de un certificado sucesorio europeo |
| TCE | Tratado constitutivo de la Comunidad Europea |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea hecho en Roma el 25 marzo 1957 en su redacción dada por el Tratado de Lisboa de 13 diciembre 2007 |
| TUE | Tratado de la Unión Europea hecho en Maastrich el 7 febrero 1992, en su redacción dada por el Tratado de Lisboa de 13 diciembre 2007 |
| ZPO | <i>Zivilprozessordnung</i> (Alemania) |

ORGANISMOS

| | |
|---------------|---|
| AP | Audiencia Provincial |
| AT | Audiencia Territorial |
| CA | Cour d'Appel - Court of Appeal - Corte di apello |
| Cass. Italia | Corte di Cassazione (s.u. - sezioni unite) de Italia |
| Cass. Francia | Cour de Cassation de Francia |
| CIEC | Comisión internacional del estado civil |
| CLIP | European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property |
| DGRN | Dirección General de los Registros y del Notariado |
| EFF | European Franchise Federation |
| FTC | Federal Trade Commision USA |
| ICC | International Chamber of Commerce |
| ICSID | International Centre for Settlement of Investment Disputes |
| IFA | International Franchise Association |
| OMC | Organización Mundial de Comercio |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TIJ | Tribunal Internacional de Justicia |
| TJCE | Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas |
| TJUE | Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| TJI | Tribunal de Justicia internacional |
| TPJI | Tribunal Permanente de Justicia internacional |
| TS | Tribunal Supremo |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |
| UE | Unión Europea |
| UNIDROIT | Instituto internacional para la unificación del Derecho privado |

PUBLICACIONES JURÍDICAS

| | |
|--------------|--|
| AC | <i>Actualidad civil</i> |
| Act.TJCE/TPI | <i>Actividades del TJCE y Tribunal de Primera Instancia</i> |
| ADC | <i>Anuario de Derecho civil</i> |
| ADI | <i>Anuario de Derecho internacional</i> |
| AEDIP | <i>Anuario Español de Derecho internacional privado</i> |
| AESJ | <i>Anuario de la Escuela de Estudios Sociales y jurídicos</i> |
| AFDI | <i>Annuaire française de droit international</i> |
| AIDI | <i>Annuaire Institut Droit international</i> |
| AIHLADI | <i>Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional</i> |

| | |
|--------------------|--|
| <i>AJIL</i> | <i>American Journal of International Law</i> |
| <i>AJCL</i> | <i>The American Journal of Comparative Law</i> |
| <i>An.DGRN</i> | <i>Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado</i> |
| <i>An.UNIDROIT</i> | <i>Annuaire UNIDROIT</i> |
| <i>ASDI</i> | <i>Annuaire suisse de droit international</i> |
| <i>BBTC</i> | <i>Banca, Borsa, Titoli di credito</i> |
| <i>BILJ</i> | <i>Business International Law Journal</i> |
| <i>BIMJ</i> | <i>Boletín de información del Ministerio de Justicia</i> |
| <i>BOE</i> | <i>Boletín Oficial del Estado</i> |
| <i>BYBIL</i> | <i>British Yearbook of International Law</i> |
| <i>Cah.DE</i> | <i>Cahiers de droit européenne</i> |
| <i>CDT</i> | <i>Cuadernos de Derecho Transnacional</i> |
| <i>CLJC</i> | <i>Colección legislativa Jurisprudencia civil</i> |
| <i>CMLR</i> | <i>Common Market Law Review</i> |
| <i>DCSI</i> | <i>Diritto comunitario e degli scambi internazionali</i> |
| <i>DI</i> | <i>Diritto internazionale</i> |
| <i>DOCE</i> | <i>Diario oficial de las Comunidades Europeas</i> |
| <i>DOUE</i> | <i>Diario Oficial de la Unión Europea</i> |
| <i>DPCI</i> | <i>Droit et practice du commerce international</i> |
| <i>E.Dalloz DI</i> | <i>Encyclopedie Dalloz droit international, París, 1968/69</i> |
| <i>EdD</i> | <i>Enciclopedia del Diritto, Ed.Giuffré, Milán</i> |
| <i>EJB</i> | <i>Enciclopedia jurídica básica, Civitas, Madrid, 1995</i> |
| <i>Eur.LR</i> | <i>European Law Review</i> |
| <i>EYIL</i> | <i>European Yearbook of International Law</i> |
| <i>ICLQ</i> | <i>The International & Comparative Law Quarterly</i> |
| <i>IECL</i> | <i>International Encyclopedie of Comparative Law</i> |
| <i>ILM</i> | <i>International Legal Materials</i> |
| <i>IPrax</i> | <i>Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts</i> |
| <i>JDI Clunet</i> | <i>Journal du droit international</i> |
| <i>JOCE</i> | <i>Journal officiel des Communautés européennes</i> |
| <i>JPIL</i> | <i>Journal of Private international law</i> |
| <i>JWTL</i> | <i>Journal of World Trade Law</i> |
| <i>NILR</i> | <i>Netherlands International Law Review</i> |
| <i>RabelsZ</i> | <i>Zeitschrift für ausländisches und internationalen Privatrecht</i> |
| <i>R.</i> | <i>Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia</i> |
| <i>RCEA</i> | <i>Revista de la Corte española de arbitraje</i> |
| <i>RCADI</i> | <i>Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye</i> |
| <i>RCDIP</i> | <i>Revue critique de droit international privé</i> |
| <i>RDBB</i> | <i>Revista de Derecho bancario y bursátil</i> |
| <i>RDCE</i> | <i>Revista de Derecho comunitario europeo</i> |
| <i>RDEA</i> | <i>Revista de Derecho español y americano</i> |
| <i>RDI</i> | <i>Rivista di diritto internazionale</i> |
| <i>RDIPP</i> | <i>Rivista di Diritto internazionale privato e processuale</i> |
| <i>RDN</i> | <i>Revista de Derecho notarial</i> |
| <i>RDP</i> | <i>Revista de Derecho privado</i> |
| <i>REDI</i> | <i>Revista española de Derecho internacional</i> |
| <i>Rev.Arb.</i> | <i>Revue de l'arbitrage</i> |
| <i>RGD</i> | <i>Revista General de Derecho</i> |
| <i>RGLJ</i> | <i>Revista general de legislación y jurisprudencia</i> |
| <i>RHDI</i> | <i>Revue hellénique de Droit international</i> |
| <i>RIDC</i> | <i>Revue internationale de droit comparé</i> |
| <i>RIE</i> | <i>Revista de instituciones europeas</i> |
| <i>RIW</i> | <i>Recht der internationalen Wirtschaft</i> |

| | |
|-----------------------|--|
| <i>RJ</i> | <i>Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i> |
| <i>RJC</i> | <i>Revista jurídica de Catalunya</i> |
| <i>RJ La Ley</i> | <i>La Ley. Revista jurídica española</i> |
| <i>RJ La Ley (CE)</i> | <i>La Ley. Revista jurídica española (suplemento Comunidades Europeas)</i> |
| <i>RRL</i> | <i>Revista de Relaciones laborales</i> |
| <i>RTDE</i> | <i>Revue trimestrielle de Droit européen</i> |
| <i>RTDF</i> | <i>Revue trimestrielle de droit de la famille</i> |
| <i>TCFDIP</i> | <i>Travaux du Comité français de droit international privé</i> |

OTRAS

| | |
|-------------------|---|
| A.G. | Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| As. | Asunto |
| ATS | Auto del Tribunal Supremo |
| dABC | Diario ABC |
| dEP | Diario EL PAIS |
| dEM | Diario El MUNDO |
| DIPr. | Derecho internacional privado |
| E.g. | Por ejemplo (“ <i>exempli gratia</i> ”) |
| ECLI | Identificador europeo de jurisprudencia |
| EPIL | Derecho internacional privado europeo (“ <i>European private international law</i> ”) |
| FJ | Fundamento jurídico |
| Ibid. | Igual que en la referencia inmediatamente anterior (“ <i>ibidem</i> ”) |
| ICC | Cámara de Comercio Internacional (“ <i>International Chamber of Commerce</i> ”) |
| I.e. | Esto es (“ <i>id est</i> ”) |
| INCOTERMS | International Commercial Terms, ICC, 2010 |
| JPI | Juzgado de Primera Instancia |
| N. | Número |
| Op. cit. | En la obra citada (“ <i>opere citato</i> ”) |
| Ord. Corte Cass. | Ordinanza <i>Corte di Cassazione</i> (Italia) |
| p. / pp. | Página / páginas. |
| PEL CAFD | Principles of European Law on Agency, Franchising and Distribution Contracts |
| RD | Real Decreto |
| RDGRN | Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado |
| Res. | Resolución |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| SAT | Sentencia de la Audiencia Territorial |
| Sent. BGH | Sentencia del <i>Bundesgerichtshof</i> (Alemania) |
| Sent. Corte Cass. | Sentencia de la <i>Corte di Cassazione</i> (Italia) |
| Sent. Cour App. | Sentencia de la <i>Cour d’appelation</i> (Francia o Bélgica) |
| Sent. Cour Cass. | Sentencia de la <i>Cour de Cassation</i> (Francia) |
| Sent. OLG | Sentencia del <i>Oberlandesgericht</i> (Alemania) |
| Sent. Trib. Comm. | Sentencia del <i>Tribunal de Commerce</i> (Bélgica) |
| SJPI | Sentencia del Juzgado de Primera Instancia |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil |
| Sent. / SS. | Sentencia / Sentencias |
| STJCE | Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas |
| STJUE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| Vid. | Véase |

SUMMARY¹

This doctoral research has been undertaken through the generous funding of the Fundación Séneca, Regional Agency of Science and Technology of the Region of Murcia. This Agency has granted the doctoral contract of the author since 2013 and has also funded her research stays at some of the most relevant institutions in private international law worldwide (the *Centre de recherche de droit international privé - Universités Paris I Panthéon-Sorbonne et Paris II Panthéon-Assas*, the Peace Palace Library of the International Court of Justice and the University of Cambridge).

Under its title, “International Franchising Agreements: Jurisdiction and Applicable Law in the European Union”, this dissertation deals with the analysis of the aforementioned contracts under the rules of private international law that apply in the European Union justifying its main hypothesis in determining whether these rules ensure the proper functioning of the internal market.

Franchising has assumed a place of great interest in the economy of European countries. From its start-up phase, this way of making business has been used by enterprises to expand internationally. This is due to the fact that the risk-taking of the enterprise may be much smaller by using a franchising technique than by undertaking the "conquest" of an unknown new market on its own.

The success of this economic formula is amazing given its recent creation. The latest forecast for franchise businesses of the International Franchise Association (IFA) shows a continued solid growth for the franchise sector. Its importance in the economic environment is also evident in the legal field. This contract, whose origin is located in the United States of America, has become a legal “heritage of humanity”. However, its legal regulation and judicial interpretation differs from country to country.

In Europe, the first regulation of franchising appeared in France in 1989 in the famous "*Loi Doubin*". Spain, Romania, Lithuania, Estonia, Italy, Belgium, and Sweden then followed. However, not all of these regulations govern the same aspects of the franchise agreement: the Belgian, French, Spanish, and Swedish laws contain mostly rules of "disclosure" (duty to provide information to the franchisee); the Estonian and Lithuanian laws contain provisions which govern the relations between the parties, and the Italian and Romanian rules contain both kinds of precepts. In the rest of European countries there is still no specific legislation on the subject.

Notwithstanding these differences, a more or less uniform concept of franchising can be identified in the area of the European Union. In contrast to the US and other common law countries, the concept of franchising in the EU does not refer to all “distribution” agreements but only to a specific kind of them. The European Commission defined the same in Answer to the written question n. 1694/79, 23 April 1980 as: “an agreement

¹ Dado que esta Tesis Doctoral opta a la mención de “Doctorado internacional”, tanto este sumario como las conclusiones serán redactados en inglés (art. 22 RD 1393/2007).

between the firm awarding the franchise (franchisor) and one or more firms which thereby become the franchise-holders. It allows them to use the franchisor's trade name, trademark, or other distinctive symbols and its know-how to enable them to offer products or services in an original way using specific commercial techniques”.

In so far as the number of international franchising agreements has grown, the number of disputes related to these agreements has also increased. The most common disputes related to international franchise contracts could be categorized into three groups: disputes arising from contractual breaches, disputes arising from the termination of the contract, and disputes concerning other issues that remain after the termination of the contract (such as non-compete obligations). When these disputes arise, private international law comes into play. This branch of law determines: (i) which authorities (courts or ADR) have jurisdiction and (ii) which law shall apply to the resolution of the controversy. These aspects should also be considered by the entrepreneurs who are contemplating making use of the franchising vehicle in an international context, even before the execution of the agreement.

According to the UNIDROIT Master Franchising Guide, “*the achieving of a degree of certainty in the enforceability of an international master franchise agreement will to a large extent depend on the parties having chosen the law that is to apply to their relationship and on their agreeing on the approach to be adopted to resolve any disputes that may arise between them*”. This statement can be extended to all kinds of international franchise agreements.

To determine the international jurisdiction and the law applicable to the contract many issues should be taken into account. The first one is which legal instruments are applicable to the case (International Conventions, European private international law – hereinafter, “EPIL” –, domestic legislation, private actors’ regulations...). The second task should be to specify the precise rule in that legal instrument that governs the aforementioned contract. Thus, a characterization (or qualification) of the contract in question is needed. This characterization may be different in the jurisdiction and in the governing law sectors, and it may be hampered because franchise contracts are very complex, since they frame the exchange of many different considerations between the parties, most of them with a very similar specific weight.

As demonstrated in this dissertation, characterization is not the only problem that is faced while determining the competent jurisdiction and the law applicable to the contract. Some other classical conflict-of-laws problems (“*problèmes d’application*”) also appear. For example, the interpretation of the concept of provision of services in art. 7.1 Brussels I Regulation Recast –hereinafter, “BIRR”-, the determination of the applicable law and jurisdiction of IP licensing agreements related to a franchise agreement in Rome I Regulation –hereinafter, “RIR”-, and the impact of public policy and national rules on the fulfillment of the contract (data protection, obligations of disclosure of information and registry...).

In addition, in these contracts there is a party (the franchisee) that apparently has less bargaining power than the other (the franchisor). It is controversial whether this

circumstance should be taken into account when determining the competent authority or the law applicable to a franchise contract, for example, when the contract contains a choice of jurisdiction or choice of law clause. This lack of a “high level” protection for franchisees in EPIL contrasts with the protection that is provided by some Member States’ national laws. The question of the possibility of applying this national private international law rules when the case falls within the scope of EPIL is highly topical due to two recent decisions of the Court of Justice of the European Union: *Corman-Collins SA v La Maison du Whisky SA* and *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV v Navigation Maritime Bulgare*. In their preliminary rulings an agent and a distributor pretended the application of their national PIL rules, which were more favourable to them than the EPIL rules, even if EPIL was fully applicable. In the latter, related to applicable law, the CJEU seems to give the green light to apply such national laws as overriding mandatory provisions. Regarding jurisdiction, litigants have tried to void choice-of-courts agreements on the basis of those national rules even if the case clearly fell within the scope of BIR. The European legislator might need to reflect on whether this trend of some Member States to “overprotect” the franchisees harms the objectives pretended by EPIL, presumably the proper functioning of the internal market.

A re-examination of earlier decisions of the CJEU has also been made, to identify what is the policy behind the protection of some contractual parties in EPIL (protect the economically weaker party, re-establish the balance of the contract, protect parties who act outside and independently of any trade or professional activity or purpose...). This has been essential in order to determine that EPIL should not consider the inclusion of other specific protective rules for these contractors regarded as weaker such as franchisees. As the CJEU has pointed out in the *Benincasa* case, franchisees are professionals. Consequently and very rightly, the European legislator presupposes to all the merchants a sufficient preparation so as to know what they are agreeing to. For this reason, both BIRR and RIR allow the exercise of party autonomy in relation to franchising contracts.

All the aforementioned issues (characterization, identification of the provider of the services, overriding mandatory provisions, weaker party protection...) related to international franchise agreements have been interpreted in different ways by national courts. At the end of the day, this non-uniformity has important repercussions for litigants and affects legal certainty. The doctrine does not shed light on the matter. Even if these issues have been discussed repeatedly, some of the works related to private international law aspects of international franchise agreements are not related to current legislation (neither to BIRR nor to RIR) and others only make brief mention of the matters related to these contracts in works on a more general subject. In addition, a relevant part of the available materials have been written by international commercial law experts or by lawyers, and not by “international-privatists”. As a result, their perspective is sometimes not as deep as the reality of franchise agreements entail.

This dissertation provides solutions from the current private international law methods and techniques that can help to solve all the aforementioned problems related to international franchise agreements in the European Union.

As a general conclusion of this research, the challenges posed by franchising agreements in European private international law can be overcome with a proper exercise of party autonomy in relation to the law applicable to their relations and to the courts that shall have jurisdiction over the case and with a narrow interpretation of the concept of “overriding mandatory provisions” by Member States’ courts. All the dysfunctions present in the determination of international jurisdiction and the law applicable to franchise contracts in the European Union occur mainly when the parties do not choose the competent courts and the law applicable to their franchise agreement. No other connecting factor fosters the proper functioning of the internal market more than party autonomy. In international trade practice, contractors use party autonomy to determine the competent courts and the law applicable to their franchising agreements, but such party autonomy is not used properly. It is not enough that the parties determine that the contract is submitted to the Law of State X or that the courts of State Y will have jurisdiction over the case. It is strongly recommended that the parties draft their election clauses in a comprehensive way, expressly including non-contractual disputes and disputes arising out of the execution contracts.

In the absence of choice, these challenges can be mastered by corrective interpretations of the rules of BIRR and of RIR. Among these interpretations, it is worth mentioning the consideration of franchise agreements as contracts for the provision of services for the purposes of art. 7.1 RB-I bis, given that their economic purpose is the exploitation of the franchise in the destination market by the franchisee. The place of provision of services shall be the place where the franchisee exploits the franchise. This interpretation aligns with the objectives of BIR as it is not only certain but it also respects the principles of proximity and sound administration of justice because it allows litigation at lower costs than the forum of the domicile of the defendant. It is also worth mentioning the consideration of the habitual residence of the franchisee as the place where the franchised establishment is located for the purposes of art. 4.1.e RR-I, according to article 19 RR-I. The law of this place will be much more connected with the contract than the law of the habitual residence of the franchisee understood as the centre of his social life. To retrieve art. 19 RR-I is vital to understand that the entrepreneur who enters a market through a permanent base (establishment, branch office, agency...) foregoes the application of the law of his country of origin and accepts the application of the law of the conquered market.

These solutions have been retrieved from European principles. Freedom of movement and the promotion of the internal market, as the ultimate goal of European private international law, have been specifically considered. Thus, these solutions aim to provide legal certainty and predictability to European economic operators that should not be surprised by having to raise a complaint, or to defend from one, before a court that they do not expect and under a law which is not predictable for them.

INTRODUCCIÓN

1. La franquicia es un modelo de negocio que ha demostrado su éxito y su capacidad de adaptación a muy diferentes sectores². Hoy en día, las franquicias están presentes en más de dos tercios de los países del mundo y realizan en los mismos una grandísima contribución económica³. *McDonald's*, la franquicia por excelencia, cuenta con más de 31.000 establecimientos franquiciados en más de 100 países, que en 2016 ingresaron más de 6 billones de euros⁴. *Yum!*, el franquiciador de insignias tan conocidas como *Pizza Hut* o *Kentucky Fried Chicken*, tiene una red de más de 40.000 establecimientos e ingresó en ese mismo año más de 12 billones de euros⁵.

2. Por países los resultados también son muy satisfactorios. La franquicia tiene un gran impacto económico y social en la mayoría de economías nacionales. Tanto en Canadá como en Estados Unidos el sector del “*business format franchising*”, el equivalente a la “franquicia” en Europa, representa aproximadamente el 10 % del PIB nominal⁶. En algunos países asiáticos, esta cifra se eleva hasta el 12 o 15 % (Malasia, Singapur)⁷. De hecho, se trata de uno de los sectores cuya media de crecimiento se ha mantenido a pesar de la crisis económica mundial, previéndose un crecimiento de un 1,7 % en el número de establecimientos franquiciados para 2017⁸. Es particularmente relevante la expansión prevista para esta forma contractual en los países en desarrollo⁹.

² R. SCHULZE, *Franchising im Europäischen Privatrecht*, Nomos, Baden Baden, 2001, p. 11.

³ E. CRAWFORD SPENCER, *The regulation of franchising in the new global economy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2010, p. 7.

⁴ MCDONALD'S CORPORATION, “Investors Annual Report”, 2015, p. 12, disponible en: <http://www.aboutmcdonalds.com/content/dam/AboutMcDonalds/Investors%202015%20Annual%20Report.pdf> (fecha última consulta 20/03/2017).

⁵ YUM! BRANDS INC., “The Company”, disponible en: <http://www.yum.com/company/> (fecha última consulta 20/03/2017).

⁶ El término “*franchising*” en Estados Unidos incluye tanto la franquicia en el sentido europeo (“*business format franchising*”) como otras formas de distribución indirecta, que en Europa se asemejarían más a los contratos de concesión (“*product franchising*”). Este trabajo se ocupará únicamente de la franquicia en sentido europeo, es decir, de lo que en Estados Unidos se conoce como “*business format franchising*”. Sobre esta distinción, J. ADAMS / K.V. PRITCHARD JONES, *Franchising: Practice and Precedents in business format franchising*, Bloomsbury, London, 2006, p. 5; J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising? Concesiones comerciales*, Ejea, Buenos Aires, 1977, p. 28.

⁷ E.C. DIEZ DE CASTRO ET. AL., “Membership in the Franchising system: a worldwide analysis”, *Conferencia en la 22nd Annual International Society of Franchising Conference*, France, 20-21 Junio 2008, p. 12; E. CRAWFORD SPENCER, *op. cit.*, p. 7.

⁸ INTERNATIONAL FRANCHISE ASSOCIATION, “*Franchise Business Economic Outlook 2016*”, 2016, p. 1, disponible en: <http://emarket.franchise.org/FranchiseOutlookJan2016.pdf> (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁹ *Vid.* ICEX, “El modelo de negocio de la franquicia se cuadruplicará en la India hasta 2017”, 18 julio 2013, disponible en <http://www.icex.es/icex/es/navegacion-principal/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/paises/navegacion-principal/noticias/4693226.html?idPais=IN> (fecha última consulta: 20/03/2017).

3. Sin embargo, en la Unión Europea las cifras son manifiestamente inferiores. Según los últimos datos proporcionados por la *European Franchise Federation*, los ingresos del sector de la franquicia representaron únicamente un 2,06% del PIB nominal de la UE. Además, de todas las insignias franquiciadas en la Unión Europea, el porcentaje de insignias extranjeras (ya sea de otro Estado miembro o de Terceros Estados) también es bajo, aproximadamente un 31% del total¹⁰. Por otra parte, existe una muy desproporcionada concentración de la franquicia solamente en cinco Estados miembros (Reino Unido, Italia, Francia, Alemania y España) en relación con el resto: estos Estados representan aproximadamente el 80 % de los ingresos del sector en Europa¹¹. Estos Estados miembros en que está más presente la franquicia son además los Estados en que existe un menor porcentaje de franquicias internacionales¹².

4. Estos datos evidencian que a nivel comparativo existe una barrera en Europa para la creación de franquicias, en especial de franquicias internacionales. Esto ha sido calificado como una pérdida de oportunidades para la Unión Europea, si se tiene en cuenta los beneficios que genera esta figura no solo para franquiciador y franquiciado sino también para el mercado interior y la sociedad europea: la franquicia internacional genera empleo, permite que pequeños y medianos comerciantes accedan a sistemas innovadores que no estaban a su alcance en sus propios Estados miembros y abarata los precios finales de los productos como consecuencia de la generación de economías de escala¹³. Se trata de la “mano invisible” del Derecho privado, capaz de beneficiar no sólo a las partes de la relación sino a toda la sociedad¹⁴.

5. Hasta ahora, se ha señalado que este insuficiente rendimiento de la franquicia internacional en la Unión Europea podía deberse a la escasa y heterogénea regulación que se hace de este contrato en los Estados miembros¹⁵. Estas distintas

¹⁰ Datos obtenidos a través del cálculo de la media aritmética de los datos por países publicados con fecha más reciente por la EUROPEAN FRANCHISE FEDERATION, “European Franchise Report”, 2012, p. 59, disponible en: <http://www.eff-franchise.com/> (fecha última consulta 20/03/2017).

¹¹ M. ABELL, *The regulation of franchising in the European Union*, Tesis Doctoral, Queen Mary University of London, 201, p. 48.

¹² Según los datos más recientes del informe EUROPEAN FRANCHISE FEDERATION, “European Franchise Report”, *cit.*, el porcentaje de insignias extranjeras en Reino Unido era del 20 %, en Italia del 15 %, en Francia del 15 %, en Alemania del 20 % y en España del 19 %. Estos datos contrastan con los de Croacia con un 70 %, Austria con un 54 %, Eslovenia con un 52 %, República Checa con un 45 % o Bélgica con un 40 %.

¹³ Ver capítulo I, sección I, apartado II.2: “Plano macroeconómico: la franquicia para la economía y la sociedad”. *Vid.* también E.C. DIEZ DE CASTRO ET. AL., “Membership...”, *cit.*, p. 12 y M. ABELL, *The regulation...*, *cit.*, p. 13.

¹⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *Diario La Ley*, n. 7847, 2012, pp. 1-5, p. 5; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, en VV.AA., *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, tomo V, Consejo General del Notariado, Wolters Kluwer, Madrid, 2012, pp. 603-766, p. 766.

¹⁵ Estas diferencias regulativas pueden observarse en las obras de E. CRAWFORD SPENCER, *op. cit.*, pp. 227-312, G. G. BOGAERT / U. LOHMANN, *Commercial agency and distribution agreements: law and*

regulaciones supondrían un obstáculo al mercado interior, por lo que para solucionarlo se ha sugerido la promulgación de una norma europea uniforme que garantice unas mismas reglas de juego para todos los franquiciadores y franquiciados que se establezcan en la Unión¹⁶.

6. Sin embargo, varias consideraciones parecen apuntar a que tales diferencias de regulación no son el problema y a que una normativa uniforme no terminaría de impulsar la franquicia internacional en el mercado interior. En primer lugar, la falta de regulación de la franquicia en la mayoría de ordenamientos de la Unión Europea es más aparente que real. Es cierto que únicamente algunos Estados tienen normativa específica sobre este tipo de contrato, pero ello no significa que los mismos no queden sujetos al Derecho contractual común de cada ordenamiento ni que carezcan de una regulación jurisprudencial¹⁷. De hecho, los Estados con más presencia de establecimientos franquiciados no coinciden con aquellos que cuentan con una regulación legislativa más completa. Reino Unido y Alemania carecen de normas específicas sobre los contratos de franquicia. En cuanto a España y Francia, solamente cuentan con una norma de información precontractual. De los cinco Estados con una mayor presencia de establecimientos franquiciados solamente Italia tiene una norma que regula el contenido de la relación contractual.

7. En segundo lugar, la falta de homogeneidad en el tratamiento de estos contratos no ha de considerarse automáticamente como un problema, ni como un hecho que haya de llevar inevitablemente a la unificación mediante una norma europea¹⁸. La competencia regulativa (“*regulatory competition*”) entre Estados miembros permite que los particulares puedan escoger entre distintos ordenamientos aquél que más les conviene para regir sus relaciones¹⁹. A esto se añade que en materia civil, en la que la

practice of the Member States of the European Union, Kluwer Law International, La Haya, 2000; M. MENDELSON, *Franchising in Europe*, Continuum, London, 1992; R. SCHULZE, *op. cit.*, pp. 23-151.

¹⁶ A. WIEWIÓROWSKA, “Franchising” (Study for the European Parliament), IP/A/IMCO/2015-05, PE 578.978, 2016, esp. p. 16, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578978/IPOL_STU\(2016\)578978_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578978/IPOL_STU(2016)578978_EN.pdf) (fecha última consulta: 20/03/2017); M. ABELL, *The regulation...*, *cit.*, p. 85; A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, *cit.*, pp. 292-293; R. SCHULZE, *op. cit.*, p. 18; en contra, H. KENFACK, *La franchise internationale*, Tesis Doctoral, Universidad Toulouse 1 Capitole, 1996, pp. 478-479.

¹⁷ Ver capítulo I, sección II, apartado II: “El contrato de franquicia internacional: aspectos regulativos en la Unión Europea”.

¹⁸ De hecho, parte de la doctrina ha sido muy crítica con la unificación del Derecho privado a nivel europeo, sobre todo en Francia: Y. LEQUETTE, “Le code européen est de retour”, *RDC*, n. 3, 2011, pp. 1028-1044, p. 1029; B. FAUVARQUE-COSSON / D. MAZEAUD, *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, SLC, Paris, 2003, p. 292; menos crítico se muestra P. ANCEL, “Le droit des contrats: Les frontières du droit privé européen en matière contractuelle à l’épreuve de la proposition de règlement sur le Droit commun européen de la vente”, en E. POILLOT *ET AL.*, *Les frontières du Droit privé européen*, Larcier, Bruselas, 2012, pp. 257-282, p. 259.

¹⁹ W. KERBER, “European system of private laws: an economic perspective” en F. CAFAGGI / H. MUIR WATT (eds.), *Making European Private Law: Governance design*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, p. 64-97, p. 83; J. TRACHTMAN, “Regulatory Competition and Regulatory Jurisdiction”, *Journal of International Economic Law*, vol. 3, n. 2, 2000, pp. 331-348, p. 334.

competencia es compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros, la intervención de la Unión Europea ha de ser la mínima indispensable en virtud del principio de subsidiariedad (art. 5 TFUE)²⁰.

8. En tercer lugar, la franquicia es una materia sensible en la que los Estados miembros tienen visiones diferentes sobre el papel de una de las partes del contrato, el franquiciado. Así, tal y como se expondrá en el presente estudio, en algunos Estados se le considera de forma prejuiciosa como una parte débil, digna de protección, de forma que se le llega a aplicar incluso normas sobre consumo o trabajo (Alemania, Francia, Bélgica)²¹. Por el contrario, en otros Estados miembros se considera al franquiciado en todos los sentidos como un profesional, un empresario independiente que contrata con pleno conocimiento (Reino Unido, Italia)²². Esta diferencia de criterio entre los Estados miembros dificultaría en gran medida una armonización a nivel europeo.

9. Estos argumentos indican que la solución propuesta hasta ahora por la doctrina, es decir, la creación de una norma unificada a nivel europeo, no sería la más adecuada para aumentar los contratos de franquicia internacional en la Unión Europea, por lo que es necesario plantearse otras hipótesis.

10. Bien es sabido que para superar las barreras al comercio internacional la tradicional solución alternativa a la unificación material del Derecho ha sido la de crear un Derecho internacional privado (en adelante, “Dipr.”) que proporcione a las partes una norma previsible y segura sobre la autoridad ante la que podrán dirimir una posible controversia, sobre la Ley que se aplicará a la misma y sobre la validez extraterritorial de una decisión emitida por tal autoridad²³. La creación de un Derecho internacional privado europeo (en adelante “EPIL”, acrónimo de “*European private international law*”) de normas seguras y preVISIBLES ha sido el mecanismo preferido del legislador europeo para eliminar los obstáculos de Derecho privado y fomentar el crecimiento del mercado interior.

11. Objeto del trabajo. Este trabajo se plantea averiguar si esa barrera a la contratación internacional de franquicias en la Unión europea puede deberse a que las normas sobre Dipr. aplicables a las mismas no son capaces de proporcionar a las partes

²⁰ Sobre las competencias de la Unión Europea en materia civil, H. AGUILAR GRIEDER, “La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”, *CDT*, n. 2, 2010, pp. 308-338; J.J. ÁLVAREZ RUBIO, ‘El tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia’, *REEI*, n. 15, 2008, pp. 1-33.

²¹ Esta concepción del franquiciado como parte débil de la relación se encuentra ya superada en otros Estados como Estados Unidos, Australia o Canadá. Ver capítulo I, sección I, apartado II.1.B: “Perspectivas normativas”.

²² Sobre estas diferencias, ver capítulo I, sección II, apartado II: “El contrato de franquicia internacional: aspectos regulativos en la Unión Europea” y Anexo II: “Normas específicas sobre franquicia por Estados miembros”.

²³ C. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law*, Routledge, Oxon, 2008, p. 4 y 8.

contratantes seguridad jurídica y previsibilidad, es decir, si las mismas podrían estar siendo un obstáculo al buen funcionamiento del mercado interior en este sector. En definitiva, se trata de responder a la siguiente pregunta: ¿Las normas de Dopr. que se aplican en la Unión Europea a los contratos de franquicia proporcionan soluciones seguras y previsibles? Sólo si la respuesta es afirmativa se disminuirán los costes de intercambio internacional y los operadores económicos europeos estarán dispuestos a entrar en una relación de franquicia internacional.

12. La propia naturaleza del contrato de franquicia invita a plantearse esta cuestión, pues sin duda se trata de una figura jurídica que tiene todos los ingredientes para causar dificultades en Dopr.: como ya se ha indicado, se trata de un contrato atípico en muchos ordenamientos, con una incidencia muy importante en la economía de los Estados y que permite diferentes perspectivas sobre la necesidad de proteger a una de las partes contractuales; además, se trata de un contrato en que las partes intercambian un gran número de prestaciones y que en la mayoría de ocasiones viene acompañado de otros contratos que lo complementan o desarrollan (contratos de arrendamiento, de financiación, de publicidad...)²⁴.

13. Adoptar esta perspectiva de análisis supone aceptar que el Dopr. tiene un importante papel en el crecimiento del mercado interior. Se trata de asumir no sólo que el Dopr. existe como consecuencia de las relaciones entre personas de distintos Estados (=Dopr. como consecuencia) sino que el Dopr. sirve para fomentar esas relaciones (=Dopr. como causa). En otras palabras, el Dopr. no es solamente la consecuencia de la división del mundo en Estados²⁵. No sólo sirve para solucionar los problemas de conflicto de Leyes de las relaciones humanas que traspasan las fronteras de esos Estados, sino que, si proporciona normas seguras y previsibles, servirá para aumentar el número de esas relaciones transfronterizas y con ello el bienestar de la sociedad²⁶.

14. Este razonamiento es el que verdaderamente subyace a la denominada “europeización” del Dopr.²⁷. Desde que en el Tratado de Ámsterdam se estableció el

²⁴ Para más información sobre estas cuestiones ver capítulo I, sección II, apartado I.2: “Caracteres”.

²⁵ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit International Privé, Tome I*, Presses Universitaires de France, Paris, 2014, p. 20; A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, cit., p. 31.

²⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho internacional privado en el siglo xxi”, *Anales de Derecho*, n. 22, 2004, pp. 17-58.

²⁷ Sobre esta “europeización”, antes llamada “comunitarización” del Dopr. de los Estados miembros *vid.* A.- L. CALVO CARAVACA, “El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, n. 21, 2003, pp. 49-69; A.V.M. STRUYCKEN, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *RCADI*, t. 232, 1992, p. 284; A. DURÁN AYAGO, “Europeización del Derecho Internacional Privado del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (EU) 1215/2012: notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº. 29, 2013, M. FALLON, “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté Européenne”, *RCADI*, t. 253, 1995, p. 9-282, R. RUEDA VALDIVIA, “La unificación europea del Derecho conflictual: presente y futuro”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 151-178; J. BASEDOW, “The Communitarization of the Conflict of Law under the Treaty of

compromiso de la creación de un “espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores”²⁸ el Dipr. ha experimentado un cambio de paradigma. Sus modos de razonar han cambiado. Sus normas ya no son neutras en el sentido clásico del término defendido por F.K. VON SAVIGNY. Las normas de Dipr. ya no han de buscar únicamente la justicia conflictual, sino también la eficiencia conflictual. El EPIL no ha de ser solo conflictualmente justo, sino también conflictualmente eficiente. Es decir, las normas de Dipr. europeo tienen que reducir los costes del intercambio internacional, para que se produzca un aumento de dichos intercambios y con ello se fortalezca el mercado interior²⁹. Este enfoque es además el más ajustado a los derechos humanos, pues un Dipr. eficiente permite implementar el derecho a la tutela judicial efectiva³⁰.

15. *Status quaestionis.* Desde esta perspectiva es desde la que se pretende analizar una de las operaciones contractuales más extendidas del comercio internacional, el contrato de franquicia. A la luz del Dipr. que aplican los tribunales de los Estados miembros se analizarán los problemas que plantean las normas que regulan estos contratos para determinar si las mismas realmente favorecen el crecimiento del mercado interior. Este estudio de los contratos de franquicia en EPIL resulta muy pertinente por las razones siguientes:

16. (i) La bibliografía específicamente dedicada al estudio de la franquicia en EPIL es escasa³¹. De los valiosos trabajos existentes, la mayoría trata la cuestión a partir

Amsterdam”, *CMLR*, vol. 37, 2000, pp. 687-708; A. BORRÁS, “La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado presente y futuro”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz, 2001*, Bilbao, 2002, p. 285-318; K. BOELE-WOELKI / R.H. VAN OOI, “The Communitarization of Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, vol. IV, 2002, pp. 1-36; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho internacional privado y Derecho privado europeo”, *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 157-190, esp. pp. 157-190, esp. p. 176; P. MELLADO PRADO / C. KOHLER, “Interrogations sur les sources du droit International privé européen après le traité d’Amsterdam”, *RCDIP*, janvier-mars 1999, pp. 3-30; T. BALLARINO / L. MARI, “Uniformità e Riconoscimento. Vecchi problema e nuove tendenze della Cooperazione Giudiziaria nella Comunità Europea”, *Revista de Diritto Internazionale*, 2006, pp. 7- 46.

²⁸ Art. 3.2 TUE: “La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”. Vid. también arts. 67-89 TFUE. Las versiones consolidadas de ambos tratados están disponibles en DOUE C 115 de 9 mayo 2008, p. 1 y ss.

²⁹ M. FALLON, “Libertés communautaires et règles de conflit de lois”, en A. FUCHS (ed.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 31-80, esp. p. 34; A. STRUYCKEN, *op. cit.*, p. 284; L. RADICATI DI BROZOLO, “L’influence sur les conflits des lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 82, n. 3, 1993, pp. 401-423; M. FALLON, “Les conflits...”, *cit.*, p. 9; A. BORRÁS, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *RCADI*, vol. 317, 2005; M. WILDERSPIN / X. LEWIS, “Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres”, *RCDIP*, 2002, n. 1, pp. 1-37 y 289-313.

³⁰ STEDH 1 marzo 2016, *Arlewin v. Suecia*, ref. n. 22302/10.

³¹ Esta situación contrasta enormemente con el estado de la cuestión en Estados Unidos, país de nacimiento de la figura, donde el estudio conflictual de la franquicia (*business format franchising*) se encuentra muy desarrollado, sobre todo desde un punto de vista práctico. Ver G. F. CARPINELLO, “Testing the Limits of Choice of Law Clauses: Franchise Contracts as a Case Study”, *Marq. L. Rev.*, 1990-91, pp.

de antiguas normativas que contienen soluciones distintas a las actuales³². En cuanto a los trabajos más recientes, solamente algunos están redactados bajo el régimen de los Reglamentos Bruselas I o Bruselas I bis y Roma I³³. Otros se redactaron con arreglo al Reglamento Bruselas I y al Convenio de Roma³⁴, de forma que la parte de los mismos dedicada a la Ley aplicable tiene únicamente un interés residual³⁵.

17. Este problema de anacronismo no está tan presente en otras obras con un enfoque más generalista que tratan el tema objeto de análisis (obras sobre la franquicia en general o sobre Dipr. en general). Sin embargo, estas obras, precisamente por su objeto más amplio, se limitan a señalar las normas de Dipr. aplicables y a expresar su parecer sobre la calificación del contrato de franquicia a efectos de tal normativa, sin detenerse en los problemas que esta normativa genera en la práctica internacional. Así ocurre con la mayoría de las obras generales dedicadas a la franquicia y a la distribución internacional³⁶. El mismo problema se presenta en otros trabajos más generales sobre los

57-89; R. B. LAKE, "Choice of Forum and Choice of Law Clauses in International Franchise Agreements", *J. Int'l. Franchising & Distribution Law*, 1986, pp. 58-61; R. JONAS, "Appropriate law and forum to govern international franchise agreements", *Tolley's Journal of Int'l Franchising and Distribution L.*, 1991, pp. 2-13 y muchos de los artículos publicados en el *Int'l J. Franchising Law*, como por ejemplo K.L. BUNDY / M. HERO / P. HOLLANDER, "Choice of Law, Venue and Jurisdiction, Arbitration v. Litigation", *Int'l J. Franchising L.*, n. 10, 2012, pp. 3-20.

³² CH. WILDHABER, *Franchising im internationalen Privatrecht: unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Schuldsrechts und mit Hinweisen auf die vertragsgestaltung namentlich unter IPR-Gesichtspunkten*, Dike Verlag, St. Gallen, 1991; G. PLASSMEIER, *Kollisionsrechtliche Probleme internationaler Franchisesysteme*, Universitätsverlag Rasch, Osnabrück, 1999; H. KENFACK, *La franchise...., cit.*, p. 398; D. FERRIER, "La franchise internationale", *JDI Clunet*, n. 3 -1988, p. 625-662; E. GUARDIOLA SACARRERA, *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Bosch, Barcelona, 1998.

³³ P. WAUTELET, "Le contrat de franchise – aspects internationaux", *Revue Droit International Privé - Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht*, vol. 10, n. 2, 2011, pp. 102-139; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, "Los contratos de franquicia internacional", *Revista de Derecho Mercantil*, n. 275, 2010, pp. 249-281; DANIEL VALDINI, *Der Schutz Der Schwächeren Vertragspartei Im Internationalen Vertriebsrecht: neue Wege der objektiven Anknüpfung von Franchise- und Vertriebsverträgen in der Rom I-Verordnung*, JWV, Munich, 2013; A. DUTTA, "Franchiseverträge" en C. REITHMANN / D. MARTINY (eds.), *Internationales Vertragsrecht: das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, vol. VII, Otto Schmidt, Colonia, 2010, pp. 939- 961.

³⁴ J. SCHACHERREITER, *Das Franchise-Paradox. Hybride Arrangements zwischen Markt und Hierarchie im materiellen und im Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2006; M. REIF, *Internationale Franchiseverträge. Eine Studie zum Internationalem Privatrecht mit Hinweisen zur gerichtlichen und aussergerichtlichen Streitbeilegung sowie zur Vertragsgestaltung*, Roderer, Regensburg, 2002.

³⁵ El Reglamento Roma I, que sustituyó al Convenio de Roma, se aplica a los contratos celebrados después de 17 de diciembre de 2009, por lo que el Convenio de Roma tiene cada vez menos posibilidades de aplicarse, y en cualquier caso, tiende a la extinción.

³⁶ D. BERLIN, "Droit international et distribution international", *Dr. et prat. Com. int.*, 1993, pp. 6-61; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La lucha por la prestación característica (I): Los contratos internacionales de distribución", en A. L. CALVO CARAVACA / S. AREAL LUDEÑA (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, 2005, p. 349-370; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Contratos de distribución internacional: competencia judicial y Ley aplicable", en A. ALONSO UREBA ET AL. (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 221-240; C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial*, Bosch, Barcelona, 1999; P. HOLLANDER, "Questions de droit international privé et d'arbitrage touchant à la distribution commerciale", en P. HOLLANDER (dir.), *Le droit de la distribution*, Anthemis, Lieja, 2009, pp. 271-323; M.-E. ANCEL, "Les contrats de distribution et la nouvelle donné du

EPIL o sobre Derecho comercial internacional, que dedican algunos epígrafes a la franquicia³⁷.

18. En consecuencia, es necesario realizar un estudio actualizado de la cuestión, que se adapte a la ya mencionada europeización del Dipr. y en especial a las novedades que al respecto han supuesto los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I, que dan un giro copernicano a la determinación de la competencia judicial internacional y de la Ley aplicable a los contratos de franquicia, sobre todo en defecto de pacto de las partes. Estas novedades son más señaladas aún en relación al Reglamento Roma I, en que se ha incluido el contrato de franquicia en la lista de los contratos para los que dicha Ley se determina directamente (art. 4.1.e RR-I). Además, este Reglamento incluye otras novedades respecto al Convenio de Roma relativas al fraccionamiento contractual, las normas internacionalmente imperativas y la cláusula de excepción de los vínculos más estrechos (“*manifestamente*” más estrechos), con una especial incidencia en el contrato de franquicia.

19. (ii) Los trabajos existentes parten de un análisis exclusivamente jurídico. A la luz de las últimas decisiones del TJUE, que se apoyan en la finalidad económica del contrato (casos *Corman Collins*, *Falco* y *Air Baltic*³⁸), es necesario realizar un trabajo que se base en la realidad económica de estos contratos. En este sentido, la doctrina económica norteamericana ha realizado importantes aportaciones sobre la verdadera función de estos contratos en el comercio internacional que es preciso tener en cuenta.

20. (iii) La mayoría de los trabajos existentes no consideran la compleja realidad de los contratos de franquicia, de sus distintas tipologías y de las relaciones que se tejen alrededor de ellos (cadenas de contratos, contratos conexos), sino que simplemente hacen referencia al “contrato de franquicia” en general. En particular, ninguno de estos estudios trata la compleja cuestión de la interpretación de las cláusulas de elección de foro y de elección de Ley presentes únicamente en algunos de estos

règlement Rome I”, *RCDIP.*, 2008, pp. 561-579; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000; A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Giuffrè Editore, Milán, 2012; M. MENDELSON, *Franchising Law*, Richmond Law and Tax, London, 2003; 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, Munich, 2008.

³⁷ P. BERLIOZ, “La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1 b) du règlement Bruxelles I”, *JDI Clunet*, vol. 135, n. 3, 2008, pp. 675-717; A. FRIGNANI, *Il contratto Internazionale*. col. Trattato di Diritto Commerciale e Di Diritto Pubblico dell’Economia, vol. 12, Cedam, Padova, 1990; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, Paris, 2010.

³⁸ STJUE 19 diciembre 2013, as. c-9/12, *Corman-Collins SA v. La Maison du Whisky SA*, ECLI:EU:C:2013:860 ; STJCE 23 abril 2009, as. C-533/07, *Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch vs. Gisela Weller-Lindhorst*, RJ 2009, p. I-3327; STJUE 9 julio 2009, as. C-204/08, *Peter Rehder v. Air Baltic Corporation*, RJ 2009, p. I-06073, decisiones que se refieren a la determinación de la competencia judicial internacional en defecto de pacto.

contratos y su posibilidad de extensión a los demás acuerdos de la operación, una cuestión controvertida en la práctica³⁹. Es necesario un estudio que responda a la verdadera realidad de estos contratos en el comercio internacional, a sus tipologías y a los distintos acuerdos que conforman esta operación comercial, pues todas estas cuestiones influyen en la determinación de la competencia judicial internacional y de la Ley aplicable.

21. (iv) Ninguno de estos trabajos presta atención al elemento internacional como un elemento diferenciador del contenido y finalidad de la relación contractual de franquicia. Los mismos se limitan a estudiar el contrato de franquicia en fuentes nacionales y a asumir que la relación internacional de franquicia cumple una función similar. Sin embargo, tal y como indica la Guía UNIDROIT sobre contratos de franquicia principal internacional, esta equivalencia de funciones no es exacta⁴⁰. Por ejemplo, en la franquicia internacional el franquiciado tiene mayor poder de negociación, pues conoce el mercado local en que el franquiciador desea implantarse. Además, dentro de las distintas tipologías del contrato de franquicia, existen dos figuras que se utilizan por excelencia en el plano internacional y que no están prácticamente presentes en el ámbito interno, la “máster franquicia” y el “acuerdo de desarrollo de área”, en los que el franquiciado o “*developer*” se ocupa del desarrollo de todo un territorio. Todas estas diferencias influyen en la determinación de la competencia judicial internacional y de la Ley aplicable a estos contratos, por lo que se hace necesario un estudio que analice estas características propias de la franquicia internacional y su impacto en el Dopr.. Por último, tener en cuenta este elemento internacional implica también considerar de forma concreta y pormenorizada qué normas de los Estados miembros podrían ser consideradas como leyes de policía aplicables a estos contratos, una cuestión esencial si se tiene en cuenta la reciente jurisprudencia del TJUE al respecto (casos *Unamar* y *Nikiforidis*⁴¹).

22. Metodología. Este trabajo pretende modestamente contribuir a la Ciencia jurídica mediante el tratamiento de todas estas cuestiones no estudiadas anteriormente en relación a los contratos de franquicia internacional. Para ello se ha utilizado una metodología jurídica, basada en el estudio de la Ley, la jurisprudencia y la doctrina. Además, se ha tratado de incorporar una perspectiva práctica mediante la consideración de la realidad económica de estos contratos, la inclusión de ejemplos y de modelos de los contratos analizados y la realización de un estudio de caso basado en una red de franquicia internacional con presencia en la Unión Europea⁴².

³⁹ P. WAUTELET, *op. cit.*, pp. 102-139 apunta algo sobre la cuestión, pero no la aborda en profundidad.

⁴⁰ UNIDROIT, “Guía UNIDROIT para los acuerdos de franquicia principal internacional”, Roma, 2005, disponible en: <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf> (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁴¹ STJUE 17 octubre 2013, as. C-184/12, *Unamar NV vs. Navigation Maritime Bulgare*, ECLI:EU:C:2013:663; STJUE 18 octubre 2016, as. C-135/15, *Republik Griechenland v Grigorios Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774.

⁴² Ver Anexo IV: “Estudio de caso de una red internacional de franquicia”.

23. El trabajo se ha estructurado por razones de claridad expositiva de manera dicotómica, siguiendo la forma clásica del discurso jurídico francés (“*deux parties et deux sous-parties*”). La primera parte (capítulo I) se refiere a la franquicia desde el punto de vista sustantivo en la Unión Europea. La segunda parte (capítulo II) se refiere a la franquicia desde el punto de vista conflictual en la Unión Europea. El primer capítulo se divide en dos secciones: aspectos económicos y aspectos jurídicos. El segundo también en dos secciones: competencia judicial internacional y Ley aplicable.

24. El discurso se afronta de forma inductiva. Este método se ha preferido porque en el mismo se encuentra implícito el planteamiento de S. ROMANO “*ubi societas ibi ius*”, es decir, que la sociedad precede al Derecho⁴³. De esta forma, se estudiará primero la realidad social y económica en que se encuadran las relaciones jurídicas de franquicia, pasando a su regulación jurídica en la Unión Europea y finalmente al tratamiento de este contrato en Dopr.. Se trata de una metodología óptima para el EPIL de contratos, donde por las especiales características de sus normas, sobre todo las de competencia judicial internacional, es preciso conocer el funcionamiento o “finalidad económica” del contrato.

25. Este método se concreta en cada epígrafe con un enfoque “problema-solución”. En cuanto al capítulo II, el verdadero “núcleo” del trabajo, los apartados se han clasificado por tipos de litigios. La idea es que este trabajo sea útil no sólo para la Academia sino también para el operador jurídico, de forma que cuando se encuentre con una controversia en concreto, relativa a un contrato de franquicia internacional, pueda acudir al apartado correspondiente y determinar así la competencia judicial internacional y la Ley aplicable a la misma.

⁴³ El gran justista italiano S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947 reed. 1983, pp. 80-87, utiliza esta expresión latina en el epígrafe “La funzione ordinante o stabilizzante del diritto”. El mismo fue existosamente utilizado por R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, Napoli, 1968.

CAPÍTULO PRIMERO

APROXIMACIÓN A LA FRANQUICIA INTERNACIONAL COMO RELACIÓN ECONÓMICA Y JURÍDICA EN LA UNIÓN EUROPEA

26. El objeto de la presente Tesis Doctoral es el estudio de los contratos de franquicia en el Dopr. aplicable en la Unión Europea. Para acometer tal tarea, en primer lugar es preciso comprender el verdadero funcionamiento de estos contratos y por lo tanto la realidad económica y jurídica en que se encuentran insertos, especialmente en el contexto internacional.

27. Ésta es precisamente la finalidad de este primer capítulo, que en un primer apartado se dedicará a la franquicia como relación económica (“sección I”) y en un segundo lugar a la franquicia como relación jurídica (“sección II”). Este estudio se realizará desde una perspectiva europea, de forma que el ámbito del mismo coincida exactamente con el del capítulo II, dedicado por completo al Dopr. aplicable en la Unión Europea.

SECCIÓN I: LA FRANQUICIA INTERNACIONAL COMO RELACIÓN ECONÓMICA EN LA UNIÓN EUROPEA

28. El contrato de franquicia ya es “patrimonio jurídico de la humanidad”. Es un contrato que se celebra en todo el mundo y que es conocido en todos los sistemas jurídicos⁴⁴. Pero esta familiaridad con la figura no se debe a que la misma haya existido desde tiempos inmemoriales. Al contrario de otros contratos como la compraventa o el arrendamiento, el contrato de franquicia es relativamente reciente. El mismo nació para regular una realidad económica que le antecedió y que se encontraba en constante evolución⁴⁵.

29. En el presente apartado se estudiará esa realidad económica que, como se ha dicho anteriormente, resulta imprescindible para la comprensión del contrato⁴⁶. Para

⁴⁴ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising...*, cit., p. 10. Esta expansión ya podía preverse a finales del siglo XX, vid. A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, cit., p. 278: “*Il franchising internazionale è in forte espansione in questi ultimi anni e con esso i problema giuridici da risolvere*”.

⁴⁵ E. GALLEGO SÁNCHEZ, *La franquicia*, Trivium, Madrid, 1991, p. 19; A.-L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho Mercantil Internacional*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 62.

⁴⁶ J. FONTCUBERTA LLANES, *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, Esade Alumni, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 41, señala esta falta de consideración de la realidad económica como una de las causas por las que los estudios sobre los contratos de distribución existentes hasta el momento no terminan de ser concluyentes, reflexiones que son extensibles a la franquicia.

ello, en primer lugar se realizará un estudio histórico del origen de la figura en la práctica comercial (apartado I.1). Le seguirá un análisis del lugar que ocupa en estos momentos la franquicia en el comercio internacional (apartado I.2).

30. Antes de entrar en materia se han de señalar las siguientes cautelas, que facilitarán la comprensión de la exposición especialmente al lector no iniciado en análisis económico:

31. *Primero.* Para este estudio de la realidad económica de la franquicia sólo se ha tenido en cuenta la perspectiva de los “mercados ascendentes”, esto es, la relación existente entre los franquiciados y los franquiciadores, y no la perspectiva “descendente”, que contempla la relación de los franquiciados con los consumidores finales del bien o servicio, porque los contratos de franquicia solo regulan estas relaciones verticales ascendentes⁴⁷. Las relaciones descendentes son objeto de los contratos de compraventa o de prestación de servicios a los consumidores y no son objeto de este análisis económico y tampoco del posterior análisis jurídico.

32. *Segundo.* En este estudio se han considerado tanto las perspectivas clásicas como otras más recientes que han dedicado mayor atención a la franquicia (*law and economics, political economy, behavioral economics, organizational economics, new institutional economics, economía psicológica*)⁴⁸. Como se verá más adelante, los planteamientos de estas escuelas se caracterizan por la superación del paradigma neoclásico basado exclusivamente en oferta y demanda que no tenía en cuenta la influencia que pueden tener en la Economía las “reglas del juego” (los derechos de propiedad, las instituciones de gobierno, la cultura, las leyes...) ⁴⁹.

33. *Tercero.* Dado que la finalidad de este análisis económico es aportar luz a un estudio jurídico (=explicar las verdaderas razones de las soluciones legales, todas ellas basadas en la gestión de la escasez de recursos), en el mismo únicamente se contemplan los contratos de franquicia desde la perspectiva de la Economía y no al contrario, es decir, no se contempla la influencia de estos contratos en la realidad económica, más allá de unas pequeñas pinceladas al final de la sección, pese a que ambas cuestiones se encuentran en el ámbito de estudio de las escuelas mencionadas⁵⁰.

⁴⁷ Esta terminología es la usada por la Comisión Europea en su informe “Hacia un mercado interior del comercio y de la distribución más justo y eficaz en la perspectiva de 2020”, COM (2010)355 final, Bruselas, 2010, disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/retail/docs/monitoring_report_es.pdf (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁴⁸ E. BROUSSEAU / J-M. GLACHANT, *New Institutional Economics: a guidebook*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 4.

⁴⁹ E. BROUSSEAU / J-M. GLACHANT, *op. cit.*, p. xxiii.

⁵⁰ E. BROUSSEAU / J-M. GLACHANT, *The Economics of Contracts: Theories and Applications*, Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 36.

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA FRANQUICIA EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

34. La franquicia nació a finales del siglo XIX en Estados Unidos (1), el país que actualmente sigue siendo líder en el sector, y desde allí pasó a Europa (2), donde adquirió unas características propias que la distinguen de su homóloga americana.

1. EL NACIMIENTO DE LA FRANQUICIA EN ESTADOS UNIDOS

35. La aparición de la franquicia es un paso más en la evolución de otras estrategias comerciales, que pueden considerarse como sus antecedentes (A). Quizá por ello tuvo una acogida tan satisfactoria y se expandió tan rápidamente (B).

A. Antecedentes de la franquicia

36. No existe unanimidad doctrinal sobre la figura de la que proviene la franquicia. La mayoría de los autores la presentan como una evolución de la distribución comercial mediante empresarios independientes⁵¹, mientras que otros la sitúan como el resultado del desarrollo de las licencias de derechos incorporales⁵². Este debate histórico adelanta la controversia que existe sobre la naturaleza jurídica de estos contratos, sobre los que se discute si se aproximan más a los contratos de distribución comercial o a los de cesión de derechos incorporales.

37. Sin necesidad de tomar partido tan pronto sobre la naturaleza jurídica de estos contratos, lo que no puede negarse es que el contrato de franquicia nació en 1892 en Estados Unidos, uniendo elementos tanto de la distribución comercial independiente como de la licencia de derechos⁵³.

a. La distribución indirecta

38. El nacimiento de la franquicia se ha de asociar a la distribución indirecta, es decir, a la externalización de las funciones de distribución por parte de los productores⁵⁴. Estos productores, que deseaban delegar dicha función pero sin perder el control total sobre sus productos, necesitaban una fórmula jurídica que permitiera al distribuidor estar de alguna forma vinculado a la empresa. Y esa fórmula fue la franquicia.

⁵¹ Entre estos se puede citar a E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 19-23; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 249, V. TORRUBIA CHALMETA, “Contratos de distribución” en J. DE LA CUESTA RUTE, *Contratos mercantiles*, tomo 1, Bosch, 2001, p. 372, J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ, *El contrato de franquicia, definición y conflictos en las relaciones internas*, Mc-Graw-Hill, Madrid, 1995, p. 7, A. DURÁN AYAGO, “Contratos internacionales de distribución” en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, Colex, 2006, p. 426.

⁵² Entre ellos, M. MENDELSON, *Franchising Law, cit.*, pp. 21-25; E. ZANELLI, “Il franchising nella tipologia delle concessioni tra imprese” en G. Alpa (coord.), *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale*, Guiffrè, Milano, 1978, p. 255.

⁵³ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?..., cit.*, p. 19.

⁵⁴ E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 19.

39. *El origen de la franquicia. La distribución independiente.* La franquicia comparte así la historia de la distribución indirecta, y por lo tanto, de la distribución independiente, de la que ésta proviene, y que es casi tan antigua como la propia Humanidad. Ya en la Era Antigua existían comerciantes independientes en África, Asia y Europa, a pesar de que la mayor parte de la actividad de distribución era realizada por los mismos productores⁵⁵. Comerciantes egipcios, babilonios, fenicios, griegos y romanos adquirían las mercancías de dichos productores a su riesgo y ventura y se dedicaban a comercializarlas en mercados alejados del lugar de producción, a los que accedían tanto por vía marítima como terrestre⁵⁶.

40. Con las invasiones bárbaras, el comercio sufre una época de decadencia y vuelve a renacer en la Edad Media. Este avance se atribuye a la notable mejora del sistema de navegación a partir del año 1000 d.C., el mayor avance tecnológico antes de la Revolución Industrial⁵⁷. En este momento, Europa toma protagonismo sobre el resto del mundo en el ámbito comercial, mientras otros continentes, como África o Asia, terminan centrando sus actividades comerciales en sus rutas terrestres interiores.

41. Estos avances tecnológicos europeos fueron acompañados de otros cambios que acabaron con las limitaciones del feudalismo y favorecieron la aparición de importantes centros de comercio en ciudades del norte de Italia y de Flandes durante los siglos XI y XII. Algunos de estos cambios fueron la creación de sistemas legales menos arbitrarios, la aparición de una regulación uniforme del comercio ("*lex mercatoria*"), el desarrollo de las técnicas contables, la promulgación de normas fiscales más previsibles, el desarrollo de instituciones financieras que facilitaban el acceso al crédito y la constitución de sociedades que permitían organizar negocios comerciales a gran escala⁵⁸. El desarrollo de estas nuevas instituciones se atribuye a tres factores importantes: las cruzadas, que crean rutas comerciales hacia oriente, las ferias comerciales, que profesionalizan al comerciante independiente, y la religión cristiana, que impulsa la regulación para asegurar una moralización de las operaciones mercantiles⁵⁹.

⁵⁵ A. SMITH, *La riqueza de las naciones*, Alianza Editorial, Madrid, 2011, p. 483.

⁵⁶ H. KENFACK, *Droit du commerce international*, Mementos Dalloz, Paris, 2009, pp. 1-5.

⁵⁷ A. MADDISON, "La economía de occidente y la del resto del mundo en el último milenio", *Revista de Historia Económica*, año XXII, verano 2004, n. 2, pp. 259-336, esp. p. 283. Algunas de las mejoras introducidas fueron la brújula, el refuerzo del timón para mantener el curso del barco con tempestad, la vela latina, el tablero de rumbos y el reloj de arena.

⁵⁸ A. MADDISON, *op. cit.*, p. 280. Las razones que expone este autor para el avance del comercio no difieren de las que proporcionó en su momento ADAM SMITH, *op. cit.*, p. 554. Para un estudio detallado de las mismas, DAVID LANDES, *The wealth or poverty of Nations*, Little Brown, Londres, 1998 y J. R. MCNEILL / W. M. MCNEILL, *The Human Web: A Bird's Eye view of World's History*, Norton, Nueva York, 2003.

⁵⁹ H. KENFACK, *Droit..., cit.*, p. 4.

42. Todo lo anterior culminó con el descubrimiento de “Nuevos Mundos” y el contacto comercial con ellos. A partir del siglo XVI, las potencias europeas obtienen la mayor parte de su riqueza del comercio de ultramar con sus colonias. En el caso de España, con América Central y del Sur. Todo el tráfico de entrada y salida era controlado por la Casa de Contratación de Sevilla, desde donde se exportaban productos españoles, pero también se reexportaban productos manufacturados en otros países europeos, como textiles de Francia⁶⁰. La forma habitual de organizar el negocio consistía en la constitución de una “empresa” (sociedad) de distribuidores independientes para cada viaje, que se liquidaba a la vuelta del mismo según las ganancias que se hubieran obtenido. Este sistema evolucionó en Gran Bretaña y en Holanda con la creación de “Compañías” o “Ligas”, empresas más estables con un accionariado mayor y que soportaban mejor los riesgos de los aventurados viajes comerciales de la época. Destaca la Compañía Holandesa de las Indias Orientales (*Vereenigde Oostindische Compagnie* o “VOC”), que llegó a conseguir el monopolio del comercio en Asia, privilegio que le otorgaron los Países Bajos en 1602. En esos tiempos, la distribución que tomaba la forma de un monopolio de ventas no estaba exenta de reproche. Se consideraba un medio de especulación abusiva sobre el precio que dañaba a los consumidores. En consecuencia, surgieron normas como el *British Statute of Monopolies* de 1624, que calificaba estos acuerdos como monopolios prohibidos⁶¹.

43. *El origen de la franquicia. La distribución indirecta.* La primacía del comercio de ultramar subsiste hasta comienzos del S. XIX (*i.e.* la VOC es disuelta en 1800). Hasta ese momento, el comercio dentro del continente seguía llevándose a cabo en su mayor parte por los propios productores y en un radio relativamente reducido, ya que los costes de distribución por tierra seguían siendo muy altos⁶². La invención de la máquina de vapor, que abarata tanto los costes como el tiempo de la distribución, da un giro copernicano a esta cuestión⁶³. Con este invento y los grandes cambios tecnológicos que lo sucedieron el productor podía organizar su mercado en un ámbito territorial mucho mayor sin necesidad de perder el control total sobre la comercialización, como ocurría con los distribuidores independientes. Así nació la distribución indirecta⁶⁴.

44. A lo anterior se sumó la adopción, encabezada por Reino Unido, de la política de libre mercado, que se extendió a todos los países de occidente y supuso la fragmentación prácticamente definitiva de las distintas funciones en la cadena

⁶⁰ A. MADDISON, *op. cit.*, p. 296.

⁶¹ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 19.

⁶² K.P. PIFLER, “Sales...”, *cit.*, p. 1512.

⁶³ H.J. HABAKKUK / M. POSTAN (eds), *Cambridge Economic History of Europe*, vol. 4, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, p. 875; K.P. PIFLER, “Sales...”, *cit.*, p. 1512.

⁶⁴ T. S. DICKE, *Franchising in America. The Development of a Business Method, 1840-1980*, UNC Press, North Carolina, 1992, p. 3; O. CAGNASSO, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Giuffrè, Milán, 1983, p. 8.

económica, empezando a asumirse en muchos sectores y tipos de comercio la diferenciación entre producción y distribución⁶⁵. Un ejemplo de lo anterior es la difusión a comienzos del siglo XIX en el Norte de Europa del “contrato de cerveza”, un contrato de distribución exclusiva de esta bebida en que eran utilizadas la marca y la denominación del productor⁶⁶.

45. A partir de 1890 Estados Unidos reemplaza a Europa al frente del comercio mundial, supremacía que mantiene durante todo el siglo XX. En esas fechas se asienta definitivamente la tendencia de las empresas productoras a externalizar su actividad distributiva, especializándose únicamente en aquellas funciones que forman el núcleo de la actividad en que la empresa es verdaderamente competente (lo que se denomina “funciones estratégicas”)⁶⁷. En esos momentos, la distribución indirecta ya se había diferenciado del sistema de agencia o representantes⁶⁸. Es en este contexto en el que nace la franquicia, cuando la distribución comercial ya había tomado protagonismo como una rama independiente de la cadena económica⁶⁹.

b. La licencia de derechos incorporeales

46. En el contrato de franquicia se produce una cesión de derechos incorporeales (principalmente *know-how*, marca y signos distintivos del franquiciador). Esta cesión, que algunos definen como el “corazón” de la franquicia, se realiza mediante la técnica de la licencia, que tiene muchos siglos de antigüedad⁷⁰.

47. La asociación de la franquicia a la historia de las licencias tiene también su causa en razones etimológicas. La palabra “franquicia” proviene etimológicamente del bajo latín *francus*, que a su vez proviene de la voz germánica *franck* (al igual que “franco”, “francés”, “Francia”, “franqueza”, “franquear”...), que significa libre, independiente⁷¹. Con este término, *franck*, se llamaban a sí mismos los habitantes prerromanos de la Galia, y fue trasladado al latín para denominar a aquellos de esos

⁶⁵ A. MADDISON, *op. cit.*, p. 272.

⁶⁶ M. BASSANI / P. CENDON, *I contratti nuovi (Leasing, factoring, franchising)*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 401. Estos autores ven en este contrato el primer “antepasado” directo de la franquicia.

⁶⁷ A. FERNÁNDEZ NOGALES / E. MARTÍNEZ CASTRO / A. REBOLLO ARÉVALO, “1977-2006: 30 años de evolución del sistema de distribución comercial en España”, *Distribución y Consumo*, julio-agosto 2008, pp. 175-204, esp. p. 197.

⁶⁸ T. S. DICKE, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁹ Como señalan A. FERNÁNDEZ NOGALES / E. MARTÍNEZ CASTRO / A. REBOLLO ARÉVALO en “Tendencias de evolución de la distribución comercial en España”, *Distribución y Consumo*, septiembre-octubre, 2008, pp. 5-174, esp. p. 5: “*La erradicación del viejo y asentado prejuicio fisiocrático del siglo XVIII que negaba la capacidad de generación de riqueza a las actividades de intercambio comercial exigió el transcurso de cerca de siglo y medio y millares de hojas de papel escrito*”.

⁷⁰ M. MENDELSON, *Franchising Law, cit.*, p. 21.

⁷¹ P. F. MONLAU, *Diccionario etimológico de la lengua castellana: (ensayo) precedido de unos rudimentos de etimología*, Rivadeneyra, 1856, p. 280. Este libro es anterior a la creación del contrato de franquicia.

habitantes que eran “privilegiados”, o libres, y que no tenían que pagar tributos⁷². Desde entonces, el término “franquicia” y sus derivados se ha asociado a beneficio, privilegio o libertad (así se usa también en las expresiones franquicia postal, puerto franco...) ⁷³.

48. *El origen de la franquicia. Las licencias reales.* A partir de la Edad Media se empieza a utilizar el término de franquicia para denominar las licencias que los Reyes concedían a algunas ciudades o a ciudadanos concretos⁷⁴. Son un ejemplo de las mismas el sistema de recogida de impuestos de Inglaterra, en que el Rey otorgaba privilegios a los barones que se encargaban de la recolección, o el sistema de gremios de la ciudad de Londres, en que el Rey podía otorgar privilegios para organizar ferias, mercados, construir puentes... ⁷⁵.

49. Estas licencias también podían concederse en relación a derechos de explotación de obras o invenciones (un ejemplo serían los llamados “privilegios de impresión”, concedidos por los soberanos en relación a la impresión en exclusiva de una determinada obra literaria). Estas concesiones eran expedidas por el Rey con carácter gracioso y de manera arbitraria, pues no existían leyes que reconocieran ningún derecho de propiedad sobre estas creaciones. Al ser concesiones del Soberano, estos derechos de explotación en exclusiva del autor o inventor quedaban limitados a las fronteras del Estado otorgante, configurándose como derechos “territoriales”⁷⁶.

50. *El origen de la franquicia. Las licencias normativas.* El salto de la protección por parte del monarca a la protección legislativa y el reconocimiento a favor del autor o inventor de un derecho de propiedad o monopolio de explotación sobre la

⁷² H. KENFACK, *La franchise...*, cit., p. 4.

⁷³ M. BASSANI / P. CENDON, *op. cit.*, p. 69.

⁷⁴ La “ciudad franca” medieval se caracterizaba por haber adquirido un privilegio permanente que le dispensaba de pagar tributos, teniendo una especie de derecho de “libre circulación” de las personas y las cosas. T. S. DICKE, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁵ M. MENDELSON, *Franchising Law*, cit., p. 21. El autor cita la definición de “*franchise*” incluida por Sir WILLIAM BLACKSTONE en su obra *Commentaries on the Laws of England*, Clarendon Press, Oxford, 1765, en el capítulo de “*The Rights of things*” (cfr. Vol. II, p. 37): “*franchise and liberty are used as synonymous terms and their definition is a royal privilege or branch of the King’s prerogative, subsisting in the lands of a subject. Being therefore derived from the Crown, they must arise from the King’s grant, or in some cases be held by prescription, which, as has been frequently said, presupposes a grant. The kinds of them are various and almost infinite: I will here briefly touch upon some of the principal; promising only, that they may be vested in either natural persons and bodies politic; in one man, or in many; but the same identical franchise, that has before been granted to one, cannot be bestowed on another, for that would prejudice the former grant*”.

⁷⁶ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2016, p. 764; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 568. El principio de territorialidad de los derechos inmateriales ha sido asumido desde ese momento por todas las leyes estatales que protegen la propiedad intelectual e industrial, y, pese a que ha intentado salvarse por medio de la firma de Tratados Internacionales, ha de tenerse muy presente a la hora de analizar la licencia de uso de un derecho inmaterial más allá de las fronteras del país que le confiere protección, como ocurre en el caso de la franquicia internacional. En relación a esta cuestión, *vid.* Capítulo II, Sección II, apartado II.3.B. “Existencia, transmisibilidad y protección de derechos de propiedad intelectual”.

“obra de su ingenio” se produce en el siglo XVIII. Son antecedentes dos leyes inglesas, el *English Statute of Monopolies*, de 1624, relativo a las patentes⁷⁷, y el *Statute of Anne*, de 1710, relativo a la protección de la propiedad intelectual y los derechos de autor⁷⁸, aunque es la Ley norteamericana de 10 abril 1790 la que se considera la primera ley de patentes moderna, seguida de la Ley francesa de 7 enero 1791. Durante el siglo XIX, esta protección mediante leyes se generaliza y perfecciona en Europa y Estados Unidos⁷⁹, poniéndose en funcionamiento los primeros registros de patentes y marcas.

51. A finales del siglo XIX, momento en que nace la franquicia, la protección de la propiedad intelectual y su consideración como objeto de comercio eran ya una realidad en las sociedades norteamericana y europea⁸⁰.

B. Aparición y rápida expansión

52. *El inicio. Singer Sewing Company.* El origen del contrato de franquicia tal y como se conoce hoy en día puede atribuirse a un hombre, Isaac Singer, y a un país, Estados Unidos⁸¹. La franquicia nació en el proceso de recuperación tras la Guerra Civil Americana, cuando los industriales del norte, ante la imposibilidad de extender por sí mismos su actividad hacia el sur y el oeste del país, recurren a comerciales independientes dispuestos a vender por su propia cuenta productos de marcas con un prestigio ya reconocido⁸². La primera de estas empresas fue *Singer Sewing Company*.

53. En la década de 1860, *Singer Sewing Company* había conseguido un negocio de producción a gran escala de sus famosas máquinas de coser, pero no podía ofrecer un servicio de venta, reparación y mantenimiento de las mismas a lo largo de un país tan extenso como Estados Unidos. Comenzó a otorgar licencias para prestar servicios de reparación a los comerciantes locales a lo largo del país y posteriormente les concedió también el derecho a convertirse en vendedores regionales de las máquinas, utilizando la marca, los signos distintivos y los procedimientos de venta de la compañía. Estos empresarios independientes no sólo distribuían las máquinas de coser,

⁷⁷ F. D. PRAGER, “History of Intellectual Property from 1545 to 1787”, *American Journal of the Patent and Trademark Office Society*, vol. 26, 1944, p. 711.

⁷⁸ F. MIRÓ LLINARES, “El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La Historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. 1, n.2, marzo 2007, pp. 103-155; G. BOYTHA, “The justification of the protection of author rights as reflected in their historical development”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, n. 152, 1992, p. 53-101.

⁷⁹ El 31 de julio de 1790 se registró la primera patente en Estados Unidos, a nombre de Samuel Hopkins, y protegía una mejora en la fabricación de potasa por un nuevo aparato y proceso. La patente fue suscrita y aceptada por George Washington. La primera Ley de Patentes española data de 16 septiembre de 1811.

⁸⁰ F. MIRÓ LLINARES, *op. cit.*, p. 131; T. S. DICKE, *op. cit.*, pp. 1-2.

⁸¹ M. MENDELSON, *Franchising Law, cit.*, p. 22; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 249, M. T. ORTUÑO BAEZA, “Contrato de franquicia”, *Contratación mercantil*, vol. I, Tirant lo Blanch, 2003, p. 416.

⁸² E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 19; E. ZANELLI, *op. cit.*, p. 248; A. FRIGNANI, *Factoring. Leasing. Franchising. Venture Capital Concorrenza*, Giappichelli, Torino, 1987, p. 124.

sino que reproducían un negocio de éxito con la apariencia externa del empresario principal. Para estos acuerdos, Singer utilizó contratos escritos, introduciendo la primera forma de contratos de franquicia⁸³. La franquicia nace así como un contrato que aúna elementos de la distribución comercial y de la cesión de derechos incorporeales, a los que se incorpora la cesión de los procedimientos de negocio, una asistencia continua por parte del empresario principal y esa apariencia externa unitaria.

54. Nota. En la bibliografía americana, el origen del “*franchising*” se suele situar antes de que *Singer Sewing Company* utilizara este contrato. Esto se debe a que el término “*franchise*” en Estados Unidos incluye tanto la “*business format franchise*”, es decir, la franquicia en el sentido europeo, como la “*product franchise*”, un concepto que engloba otras formas de distribución indirecta en que el grado de integración es menor, que podrían equivaler a la concesión comercial europea⁸⁴.

55. Como se ha puesto de manifiesto, esta forma de negocio surge en un momento de regresión económica, en el que existía, por un lado, un importante descenso o estancamiento de la demanda, que obligaba a la oferta a abrir mercados, y por otro, una importante descapitalización de esa oferta, que le obligaba a descentralizar la función distribuidora⁸⁵. Además, la franquicia nace ya con un carácter marcadamente “internacional”, o al menos, “interestatal”, pues la fórmula fue el resultado de la voluntad de las empresas de expandirse a mercados a los que no podían acceder directamente⁸⁶.

56. Utilización por otras marcas. La siguiente empresa que usó esta fórmula fue *General Motors* al principio de 1900, garantizando derechos de exclusiva sobre algunos territorios a los que adquirirían un negocio de franquicia⁸⁷. También las empresas de combustibles y las tiendas de comestibles comenzaron a beneficiarse de este sistema, pues les ofrecía una rápida expansión con un riesgo reducido⁸⁸. Al comienzo del siglo XX, la franquicia comenzó a expandirse por el país como una forma de estandarizar productos y marcas de una costa a otra. Contribuyó a esta expansión que mediante la franquicia los fabricantes conseguían eludir las prohibiciones *antitrust* que no permitían vender directamente a consumidores finales⁸⁹.

⁸³ BRITISH FRANCHISE ASSOCIATION, “The History of franchising”, disponible en <http://www.thebfa.org/about-franchising/the-history-of-franchising> (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁸⁴ J. ADAMS / K.V. PRITCHARD JONES, *op. cit.*, p. 5; J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?..., cit.*, 28. Por el contrario, T. S. DICKE, *op. cit.*, p. 4, encuadra los contratos de la *Singer* en lo que sería el *product franchising*, situando el nacimiento de la *business format franchising* más adelante, en 1920 con la insignia de gasolineras *Sun Oil Company*.

⁸⁵ E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 19; P. PIGASSOU, “La distribution intégrée”, *Rev. trim. droit com.*, vol. 33, n. 3, 1980, pp. 473-544, p. 494; J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?..., cit.*, pp. 50-51.

⁸⁶ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 103.

⁸⁷ E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁸ BRITISH FRANCHISE ASSOCIATION, “The History of franchising”, *cit.*.

⁸⁹ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 249; V. TORRUBIA CHALMETA, *op. cit.*, p. 372.

57. Crisis y posterior expansión. En los años 1920, la franquicia experimenta un período de crisis, ya que las grandes productoras multinacionales comienzan a asumir por su propia cuenta la fase de distribución. Sin embargo, después de 1929 la franquicia vuelve a tomar nuevo impulso para consolidarse de forma definitiva después de la Segunda Guerra Mundial. En los años 1940 la franquicia creció muy rápido, al extenderse su fama de forma de expansión empresarial rápida y útil para las pequeñas y medianas empresas ya establecidas. Esto se debió también a su popularidad entre los soldados desmovilizados, que carecían de formación para acometer por su cuenta una actividad empresarial pero que disponían de capital. La franquicia les permitía la posibilidad de dirigir su propio negocio corriendo un riesgo limitado, pues entraban a formar parte de una cadena de distribución con un éxito ya probado⁹⁰.

58. En estos años la franquicia empezó a utilizarse por restaurantes de comida rápida, como el célebre *McDonald's*, y por gigantes del mercado de los refrescos como *Coca-Cola* y *Pepsi*, que no podían operar a lo largo del país debido al alto coste de transporte de sus productos⁹¹. Estos últimos desarrollaron un sistema en que los franquiciados carbonataban y añadían el agua a los concentrados fabricados por el franquiciador, embotellando el resultado y distribuyéndolo localmente. De esta forma, se empezó a utilizar la franquicia no sólo para distribuir productos, sino también para su producción. Ya fuera mediante una franquicia de distribución o de producción, en esos momentos ya se ofrecía al franquiciado un paquete “llave en mano” (“*turn-key package*”) de explotación de un negocio⁹².

59. El crecimiento de la franquicia desde entonces ha sido exponencial⁹³. En los años 1950 se estimaba que en Estados Unidos existían 100 franquiciadores y 100.000 franquiciados y en 1970 estas cifras se habían multiplicado por diez⁹⁴. Tanto es así que la expansión del método de franquicia no se detuvo en las fronteras de Estados Unidos sino que los franquiciadores norteamericanos extendieron su actividad hacia otros continentes, entre ellos Europa⁹⁵.

⁹⁰ E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 20; J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 23.

⁹¹ D. IZRAELI, *Franchising and the total distribution system*, Longman, Londres, 1972, pp. 64 y ss.

⁹² Y. ÁLVAREZ CARREÑO, “Análisis dinámico de la cadena de franquicia”, *Revista de dinámica de sistemas*, vol. 3, núm. 1, marzo 2007, pp. 48-74, esp. 51.

⁹³ D. IZRAELI, *op. cit.*, p. 14 señala que a finales de los años 1960 se produjo una nueva crisis por la que los productores tuvieron que adquirir muchos establecimientos franquiciados y convertirlos en sucursales, un dato que no encuentra reflejo en el resto de la doctrina consultada ni en los informes de la BRITISH FRANCHISE ASSOCIATION, “The History of franchising”, *cit.*.

⁹⁴ E. ZANELLI, *op. cit.*, p. 257; J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, pp. 21, 24.

⁹⁵ J. ADAMS / K.V. PRITCHARD JONES, *op. cit.*, p. 5.

2. LA RECEPCIÓN DE LA FRANQUICIA EN LA UNIÓN EUROPEA

A. Primeros años

60. La franquicia apareció en Europa en los años 1960, como una forma de expansión empresarial por parte de empresas norteamericanas⁹⁶. Fue por lo tanto desde sus comienzos un negocio internacional. La fórmula se consolidó de forma exitosa porque se consideró como una innovación respecto a la práctica europea de las concesiones comerciales. La novedad consistía en que la empresa franquiciada aparecía ante los ojos de la clientela exclusivamente bajo la identidad de la empresa franquiciadora⁹⁷.

61. Primera fase. La franquicia “a la americana”. En una primera fase, el franquiciador era una empresa norteamericana que trasladaba su propio sistema al territorio europeo (*Hertz, Holiday Inn, Avis...*). Rápidamente, el sistema pasó a utilizarse por empresas franquiciadoras europeas, sobre todo en Francia⁹⁸. Estas empresas europeas utilizaban esa misma franquicia “a la americana”. Este sistema se caracterizaba por unas condiciones muy liberales, en que no había muchas exigencias particulares en relación a la reventa. En los contratos se solía permitir el aprovisionamiento al franquiciado por parte de terceros y no solía exigirse ningún canon de entrada. Los franquiciados eran detallistas independientes, en un mercado en que la demanda evolucionaba de forma lenta y que por lo tanto no requería una gran capacidad de reacción⁹⁹.

62. Segunda fase. La franquicia “a la europea”. Sobre los años ochenta, la franquicia hubo de adaptarse rápidamente a nuevas circunstancias. Apareció así una segunda fase de la franquicia en Europa, en la que ésta tuvo que ajustarse a la realidad económica europea del momento¹⁰⁰. En estos años, la demanda se volvió mucho más dinámica, evolucionaba tan rápidamente que los franquiciados no eran capaces de adaptarse a las preferencias de los consumidores. Frente a esto, la distribución propia mediante sucursales se presentó como una alternativa atractiva para las empresas productoras: este sistema permitía al empresario compartir información de forma mucho más rápida que en el sistema de franquicia. Éste podía saber en algunas horas, qué se

⁹⁶ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 103.

⁹⁷ E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 21; J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, pp. 23 y 28.

⁹⁸ Fue la empresa francesa *Lanière de Roubaix* la que empezó a distribuir sus lanas *Pingouin* a través de franquicias en los años veinte, siguiéndole otras empresas como *Samod* (cuyo emblema comercial es *Carrefour*); vid. L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 250 y E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 21.

⁹⁹ J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers de nouvelles pratiques contractuelles ?”, en VV.AA., “Le contrat-cadre de distribution. Enjeux et perspectives. Actes du colloque du 11.12 décembre 1996”, *JCP ed. entreprise*, suplemento 3-4, n. 31-35, 1997, pp. 95-107, p. 100 (intervención de J.-L. LACROIX).

¹⁰⁰ J.-P. GUYENOT, “La franchise commerciale. Étude comparée des systèmes de distribution interentreprises constitutifs de groupements de concessionnaires”, *Rev. Trim. Droit. Com.*, 1973, p. 168.

estaba vendiendo en París, Lille, Düsseldorf o Bruselas, reaprovisionando todos sus puntos de venta en consecuencia¹⁰¹.

63. En estas condiciones, las empresas que no podían acometer su expansión mediante establecimientos propios trataron de proporcionar a sus franquiciados las mismas ventajas competitivas que habrían tenido sus establecimientos si hubieran sido “sucursales” del franquiciador: se les permitió aprovecharse de la logística propia de la empresa, de su información y de su “*savoir faire*”, de forma que pudieran adaptarse al nuevo ritmo de cambio de la demanda. En consecuencia, por el contrato se adquiría un grado de integración mucho más elevado que el de los contratos iniciales. Esto supuso varios cambios significativos en la franquicia europea: los aprovisionamientos comenzaron a pactarse directamente con el franquiciador, los franquiciados invertían sumas de dinero más importantes en la adecuación del establecimiento a la imagen del franquiciador y se comenzó a solicitar un canon de entrada y “*royalties*” más elevados para financiar sistemas de información integrada y de control¹⁰².

64. Con estas nuevas características, la franquicia consiguió adaptarse y sobrevivir al mercado europeo, de forma que hoy en día ya no sólo se utiliza por las pequeñas y medianas empresas que no son capaces de financiar su expansión por medio de capitales propios sino también por grandes empresas, para las que la franquicia consiste en la opción más eficiente de colocación de sus productos en el mercado y de expansión de su marca¹⁰³.

65. Características de la franquicia “a la europea”. Como indica A. FRIGNANI, se puede hablar de una franquicia “a la europea” para distinguirla de la franquicia “a la americana”¹⁰⁴. Entre ambas existen las siguientes diferencias:

66. Diferencias conceptuales. El concepto americano incluye otras formas de distribución comercial independiente en las que se cede el uso de derechos de propiedad intelectual. Por ejemplo, el contrato que en Europa se conoce como “contrato de

¹⁰¹ J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, *cit.*, p. 100 (intervención de J.-L. LACROIX); J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 24, habla del “fracaso parcial” de la franquicia en Europa en esos momentos.

¹⁰² J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, *cit.*, p. 100 (intervención de J.-L. LACROIX).

¹⁰³ Esta readaptación de la franquicia a las nuevas realidades de la incertidumbre de la demanda europea se explicó también a través de la teoría de los “costes de transacción” de O.-E. WILLIAMSON, “Transaction-cost economics: the governance of contractual relations”, *Journal of Law and Economics*, n. 22, vol. 2, 1979, pp. 233-261. Trabajos como el de B. VENARD, “L’application de la théorie des coûts de transaction à la gestion d’un réseau de distribution”, *Rev. fr. Marketing*, n. 140, vol. 5, 1992, pp. 5-13 han señalado que franquiciador y franquiciado, para evitar las conductas oportunistas por parte de ambos ante la volatilidad de la demanda y la incertidumbre del éxito del contrato, aumentaron sus “costes de transacción”, creando un acuerdo en el que comprometían más activos materiales e inmateriales y se integraban en un mayor grado.

¹⁰⁴ A. FRIGNANI, *Factoring...*, *cit.* p. 125.

concesión” se considera en Estados Unidos como un contrato de franquicia¹⁰⁵. En consecuencia, en la franquicia americana el franquiciado puede estar menos integrado en la red del franquiciador que en la franquicia europea, en que ese grado de integración siempre es muy alto.

67. Diferencias funcionales. Respecto a la función, mientras que en Estados Unidos la franquicia constituye una forma de expansión muy utilizada tanto por multinacionales como por pequeñas y medianas empresas, en Europa, son las grandes cadenas las que más utilizan la franquicia para su expansión y penetración en mercados en los que no podrían entrar directamente¹⁰⁶. Este es el caso, por ejemplo, de las grandes superficies o hipermercados (por ejemplo, *Supermercados Día* en España o *Auchan* en Francia)¹⁰⁷.

68. Diferencias psicológicas. Se ha llegado incluso a hablar de diferencias psicológicas entre el franquiciado americano y el europeo¹⁰⁸. El franquiciado americano acude a la franquicia como alternativa al trabajo asalariado, es decir, porque desea ser un empresario autónomo. En cambio el europeo lo hace como alternativa al emprendimiento por su única cuenta y riesgo, como una forma de limitar los riesgos y por lo tanto suele ser ya un comerciante antes de entrar en el negocio de franquicia. Por ello, el franquiciado europeo prefiere una mayor cobertura por parte del franquiciador a lo largo de todo el contrato, quiere considerarle como un socio efectivo que le preste asistencia durante toda la vida del contrato¹⁰⁹.

B. Tendencias recientes

69. Expansión cuantitativa. La evolución de la franquicia en los últimos tiempos en Europa ha sido de carácter más cuantitativo que cualitativo: si bien es cierto que han surgido nuevas formas de franquicia, como la máster franquicia (“*master franchising*”) o la franquicia de área (“*area development agreement*”), el principal cambio que ha experimentado la franquicia es el de su expansión¹¹⁰. El número de empresas franquiciadoras, así como de establecimientos franquiciados, no ha dejado de crecer, incluso en época de crisis, desde el momento de su aparición¹¹¹. Conforme a los

¹⁰⁵ J. ADAMS / K.V. PRITCHARD JONES, *op. cit.*, p. 5; también J.-P. CLEMENT / M.-C. BOUTARD LABARDE, “La franchise et le droit européen de la concurrence”, *PIBD*, n. 394, vol. II, 1986, pp. 113-114.

¹⁰⁶ E. GALLEGRO SANCHEZ, *op. cit.*, p. 21; cfr. J.-M. LELOUP, “La franchise en Amérique du Nord”, *Cah. Droit Entr.*, n. 1, 1979, pp. 10-11.

¹⁰⁷ “Ces hypermarchés qui continuent à faire la fortune d’Auchan”, *Diario Challenge Soir*, 17 mayo 2013, disponible en: <http://www.challenges.fr/entreprise/20130516.CHA9450/ces-hypermarches-qui-continuent-a-faire-la-fortune-d-auchan.html> (fecha última consulta: 20/03/2017).

¹⁰⁸ E. GALLEGRO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁹ J.-P. GUYENOT, ¿*Qué es el franchising?*..., *cit.*, p. 23.

¹¹⁰ Sobre estas modalidades, ver capítulo I, sección I, apartado II.1.A.a.ii. “La franquicia internacional”.

¹¹¹ INTERNATIONAL FRANCHISE ASSOCIATION, “*Franchise Business Economic Outlook 2016*”, *cit.*.

últimos datos estadísticos disponibles, este crecimiento ha seguido distintos ritmos según los Estados miembros pero ha sido común a todos ellos¹¹².

| País | Número de marcas franquiciadas | | | |
|-----------------|--------------------------------|--------------|--------------|--------------------------|
| | 2007 | 2009 | 2009/2007 | % marcas nacionales 2009 |
| AT-Austria | 390 | 435 | 11,5% | 55% |
| BE-Bélgica | 200 | 320 | 60,0% | 60% |
| CZ-Rep. Checa | 131 | 150 | 14,5% | 50% |
| DK-Dinamarca | 180 | 188 | 4,4% | 82% |
| FI-Finlandia | 220 | 265 | 20,4% | 75% |
| FR-Francia | 1.137 | 1.369 | 20,4% | 89% |
| DE-Alemania | 910 | 960 | 5,5% | 80% |
| EL-Grecia | 544 | 563 | 3,5% | 70% |
| HU-Hungría | 320 | 341 | 6,6% | 70% |
| IT- Italia | 847 | 869 | 2,6% | 96% |
| NL-Países Bajos | 676 | 679 | 0,4% | 85% |
| PT-Portugal | 501 | 524 | 4,6% | 55% |
| PL-Polonia | 383 | 565 | 47,5% | 73% |
| SI-Eslovenia | 103 | 107 | 3,9% | 48% |
| ES-España | 850 | 919 | 8,1% | 81% |
| SE-Suecia | 350 | 550 | 57,1% | 67% |
| UK- Reino Unido | 809 | 842 | 4,1% | 89% |
| TOTAL | 9102 | 10176 | 16.2% | 72.05 % |

*Cuadro n. 1. Número de marcas franquiciadas en 17 Estados miembros*¹¹³

70. La franquicia afronta también nuevos retos ante un sistema de distribución que está cada vez más diversificado y que incluye desde pequeñas superficies en las áreas rurales hasta hipermercados, superficies de mediano tamaño, autoservicios (“*cash & carry*”), superficies con mejores precios pero oferta limitada (“*hard discount*”), grandes superficies especializadas (en juguetes, mobiliario, bricolaje, deportes...), parques de fabricantes (centros comerciales de descuento o “*outlets*”) y nuevas formas

¹¹² España, por ejemplo, ha evolucionado de forma más tardía, pero también más acelerada, que otros países de la Unión Europea, puesto que dicha evolución comenzó con la transición a la democracia. Vid. A. FERNÁNDEZ NOGALES / E. MARTÍNEZ CASTRO / A. REBOLLO ARÉVALO, “1977-2006...”, *cit.*, p. 177.

¹¹³ Fuente: EUROPEAN FRANCHISE FEDERATION, “Franchising, a Vector for Economic Growth in Europe”, p. 4, disponible en <http://www.eff-franchise.com/Data/PUBLICATION%20Franchising%20-%20A%20vector%20for%20Economic%20Growth%20in%20Europe%20-%20finalp.pdf> (fecha última consulta: 20/03/2017).

comerciales sin establecimiento (distribución por internet)¹¹⁴. Frente a este escenario, los establecimientos franquiciados con un cierto sabor a “sucursal” son los que más se están expandiendo¹¹⁵.

71. *Expansión a nuevos sectores.* Por otra parte, la franquicia ha ampliado su ámbito de actuación a nuevos sectores. Pese a que los sectores tradicionales, como la restauración, siguen siendo los más potentes, en los últimos años se ha extendido la figura a campos muy específicos como el transporte aéreo, la distribución farmacéutica, el alquiler de yates o embarcaciones de recreo y la gerencia de fincas¹¹⁶:

72. i. *Transporte aéreo.* La fórmula de la franquicia se utilizó en 1998 por *Alitalia* para franquiciar su negocio a *Minerva Airlines*¹¹⁷ y después ha sido utilizada por muchas otras compañías, por ejemplo, por *Iberia* con *Air Nostrum*¹¹⁸. Mediante este sistema, las pequeñas compañías aéreas utilizan los signos distintivos y el “*know-how*” de compañías más grandes (código, uniformes, decoración de cabinas, mostradores de venta, etc.)¹¹⁹.

73. ii. *Productos farmacéuticos.* Las franquicias en este sector están presentes ya en casi toda la Unión Europea con insignias como la italiana *Servier* o la española *Pharmavera*. Su éxito se debe a que la salud es un mercado en crecimiento, en que el consumidor busca cada vez más satisfacer sus nuevas necesidades con marcas consolidadas.

74. iii. *Alquiler de yates o embarcaciones de recreo.* La franquicia ha encontrado en este sector un amplio campo de actuación. El franquiciador suele ser una empresa de venta de embarcaciones que concede al franquiciado la utilización de su propio mercado, el programa de *software* que gestiona las reservas y la base de datos de sus clientes. La empresa de venta ofrece a los compradores de embarcaciones que, a

¹¹⁴ COMISIÓN EUROPEA, “Hacia un mercado interior del comercio y de la distribución más justo y eficaz en la perspectiva de 2020”, COM (2010)355 final, Bruselas, 2010, esp. p. 2. En el mismo sentido, J. CASARES RIPOLL / V. J. MARTÍN CERDEÑO, “Evolución de la distribución comercial y de los hábitos de compra: del dualismo al polimorfismo”, *ICE*, n. 811, diciembre 2003, pp. 323-347, esp. p. 329 y p. 336; A. FERNÁNDEZ NOGALES / E. MARTÍNEZ CASTRO / A. REBOLLO ARÉVALO, “1977-2006...”, *cit.*, p. 176.

¹¹⁵ J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, *cit.*, p. 110 (intervención de O. BADOT).

¹¹⁶ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising...*, *cit.*, p. 22-26; P. PIRODDI, *La tutela del contraente debole nel Regolamento Roma I*, CEDAM, Milán, 2012, p. 84.

¹¹⁷ Resolución AGCM Italia 13 enero 1999 (n. 6794, ALITALIA), *Boletín AGCM*, 1 febrero 1999, p. 24. El contrato de franquicia entre ambas compañías fue sometido a la *Autorità Garante de la Concorrenza*, que lo autorizó en razón de sus consecuencias ventajosas, pese a considerar que restringía la competencia.

¹¹⁸ Resolución CNC España 20 enero 2003 (Exp. R 513/02, IBERIA). En virtud del acuerdo, *Air Nostrum* operaba la totalidad de sus vuelos con el código de *Iberia* y ambas compañías coordinaban los servicios accesorios al transporte aéreo. La CNC consideró que este acuerdo no vulneraba el Derecho de la competencia.

¹¹⁹ M. V. PETIT LAVALL, *Los acuerdos entre compañías aéreas en la normativa comunitaria liberalizadora del sector aéreo*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2000, p. 200.

efectos de amortizar los gastos de la compra, contraten con uno de sus franquiciados la cesión del barco en ciertos períodos para que éste gestione su alquiler.

75. *iv. Gerencia de fincas.* Un sector nuevo de aplicación de la franquicia es el mercado inmobiliario, no tanto en lo referente a la compraventa o alquiler, sino en lo referente a la prestación de servicios integrados en relación a los mismos (tanto técnicos como administrativos, incluyendo gestión, mantenimiento, seguridad, domótica, eficiencia energética...) ¹²⁰.

76. Como puede observarse, la franquicia constituye hoy en el mercado europeo una realidad económica en permanente adaptación que permite tanto a franquiciadores como a franquiciados satisfacer unas necesidades muy concretas de su actividad económica. Dichas necesidades se estudiarán con mayor detenimiento en el siguiente apartado.

II. EL PAPEL ACTUAL DE LA FRANQUICIA EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

77. Como se ha puesto de manifiesto el apartado anterior, la franquicia nace para responder a unas necesidades muy concretas de la práctica comercial. Estas necesidades determinan la función de la franquicia para las partes del contrato, su “*commercial rationale*” ¹²¹. Esta función de la franquicia para las partes se analizará a continuación en el apartado A.

78. Junto con ello, se ha podido comprobar que la franquicia sirve no solo a las partes, sino a la economía en general, pues genera muchos beneficios para la sociedad. Estas ventajas macroeconómicas se expondrán en el apartado B.

1. PLANO MICROECONÓMICO: LA FRANQUICIA PARA LAS PARTES

79. La franquicia tiene su origen en un acuerdo entre dos partes jurídicamente independientes, franquiciador y franquiciado, al que ambos acceden de forma voluntaria por considerar que es la opción más ventajosa para ambos ¹²².

80. La elección de la franquicia por ambas partes se estudiará a continuación desde un punto de vista tanto descriptivo (A) como normativo (B), es decir, en primer lugar se examinarán los roles y motivaciones de las partes del contrato en el contexto comercial actual, y en segundo lugar se examinarán las distintas teorías existentes sobre cómo deberían ser tales roles, pues como se ha indicado anteriormente, existe una importante corriente de pensamiento que considera que los mismos no se encuentran

¹²⁰ Como indica A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising...*, cit., p. 26, un ejemplo es la figura del “tutor del inmueble” inventada por la cadena de franquicias italiana *ExitOne*.

¹²¹ M. MENDELSON, *Franchising Law*, cit., p. 31.

¹²² E. CRAWFORD SPENCER, *op. cit.*, p. 46.

equilibrados y que sería necesario realizar un reequilibrio entre franquiciador y franquiciado (“*imbalance of power*”).

A. PERSPECTIVAS DESCRIPTIVAS

81. El franquiciador y el franquiciado son operadores jurídica y económicamente independientes¹²³. Éstos se asocian con el fin de alcanzar unos objetivos comunes y al tiempo satisfacen los suyos individuales¹²⁴. Como se verá a continuación, estos objetivos individuales son distintos para el franquiciador (apartado a) y para el franquiciado (apartado b).

a. La franquicia para el franquiciador

82. La franquicia se ha contemplado tradicionalmente desde la perspectiva del franquiciador. Esto se debe a que la decisión de franquiciar proviene del empresario que quiere expandir su negocio (“*franchisor’s choice*”) más que del futuro franquiciado¹²⁵. Este punto de vista ha prevalecido tanto en los estudios sobre la franquicia en general (i) como sobre la franquicia internacional (ii).

i. La franquicia en general

83. Los primeros estudios económicos sobre la franquicia la contemplaban como una forma más de distribución comercial, es decir, como una de las formas mediante las cuales que el empresario puede poner en el mercado sus productos o servicios¹²⁶. Desde entonces, la franquicia ha sido calificada de muchas otras formas (estructura organizativa, forma de gobernanza...)¹²⁷. A ello ha contribuido, sin duda, su carácter complejo y las distintas modalidades de franquicia que se presentan en el mercado¹²⁸.

¹²³ EUROPEAN FRANCHISE FEDERATION, *European Code of Ethics for Franchising*, (“Código Deontológico Europeo de la Franquicia”), disponible en: <http://www.eff-franchise.com/Data/Code%20of%20Ethics.pdf> (fecha última consulta: 20/03/2017).

¹²⁴ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 257; J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 142.

¹²⁵ S.C. MICHAEL, “Exporting Entrepreneurship: The Demand for Franchising Internationally”, en VV.AA. *Frontiers for Entrepreneurship Research*, Babson College Centre of Entrepreneurial Research, 2000, pp. 1-12, p. 2, disponible en: <http://fusionmx.babson.edu/entrep/fer/XXIV/XXIVA/XXIVA.htm> (fecha última consulta: 20/03/2017).

¹²⁶ Los principales estudios que se han referido a la franquicia como una forma de distribución comercial son los siguientes: E. CAVES, / W. F. MURPHY, “Franchising: Firms, Markets, and Intangible Assets”, *Southern Economic Journal*, n. 42, 1976, pp. 572-589; F. LAFONTAINE, *op. cit.*, pp. 291-303; S.C. MICHAEL, “To franchise or not to franchise: An analysis of decision rights and organizational form shares”, *Journal of Business Venturing*, n. 11, vol. 1, pp. 57-7; P. RUBIN, “The theory of the firm and the structure of the franchise contract”, *Journal of Law and Economics*, vol. 21, 1978, pp. 223-233.

¹²⁷ E. CRAWFORD SPENCER, *op. cit.*, p. 47: “*Franchising is a marketing channel, a business structure, a legal relationship and a form of governance*”.

¹²⁸ M.C. MAYORGA TOLEDANO, “El contrato de franquicia en el comercio internacional”, en G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ / A. DÍAZ MORENO (dirs.), *Estudio de Derecho del Comercio Internacional: Homenaje a Juan*

84. Sin embargo, tal y como se expondrá a continuación, esa primera clasificación sigue siendo válida. La franquicia es, por encima de todo, un sistema de distribución en el que existe un altísimo grado de integración entre sus miembros¹²⁹.

85. *El concepto de distribución comercial.* La expresión “distribución comercial” es utilizada para designar la fase del proceso económico que se sitúa entre la fabricación de un producto y su puesta a disposición de los consumidores finales¹³⁰. Es “el puente entre la producción y el consumo” (J. CASARES RIPOLL)¹³¹. En consecuencia, con este término no se hace únicamente referencia a la distribución mediante empresarios independientes, sino que se trata de un término muy amplio, que comprende todas las formas de hacer llegar un producto o servicio desde la empresa fabricante o proveedora al consumidor final¹³².

86. *Nota.* Para comprender fácilmente el concepto, lo ideal es situarse en el punto de vista de una empresa fabricante: ¿cómo puede hacer ésta para que sus productos lleguen a los consumidores finales? Todos los medios que pueda emplear para ello serán formas de distribución comercial.

87. Parece evidente hoy día que la distribución comercial es indispensable para el funcionamiento de los mercados. Sin embargo, como se ha visto en referencia a la historia de la franquicia, hasta hace relativamente poco la actividad distributiva era considerada como una rama subsidiaria de la producción y no se le dedicó la atención suficiente, dejando que la misma se autorregulara por la regla de la oferta y la demanda. Desde el momento de la toma de conciencia de la distribución como una actividad generadora de riqueza, la misma se ha visto intervenida también por los Estados, que

Manuel Gómez Porrúa, Madrid, 2013, pp. 101-110, p. 101; R. ALONSO SOTO, “Tipología de los contratos de distribución comercial”, *RCD*, n. 3 (monográfico *Los contratos de distribución*), 2010, p. 70.

¹²⁹ K.P. PIßLER, “Franchising”, en J. BASEDOW ET AL. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 727-729, p. 727; M. MENDELSON, *Franchising Law*, cit., p. 1: “Franchising is a method of marketing goods and services”.

¹³⁰ K.P. PIßLER, “Sales...”, cit., p. 1512.

¹³¹ J. CASARES RIPOLL, “Canales Comerciales. Redes de distribución. Ideas nuevas para ceremonias antiguas”, en A. ALONSO UREBA y otros (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 75-92, esp. p. 77.

¹³² E. CAVES / W. F. MURPHY, *op. cit.*, p. 573; E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 29. Para un análisis detallado del concepto económico de distribución pueden consultarse los estudios clásicos de C. FABRIZI, “I canali di distribuzione nella teoria e nella pratica del marketing”, en VV.AA., *Studi in memoria del prof. Gino Zappa*, Milán, 1964, pp. 919-941; R. ARTLE / S. BERGLUND, “A Note on Manufacturers’ Choice of Distribution Channel”, *Management Science*, n.5, vol IV, 1959, pp. 460-471; C. BACCARANI (coord.), *Imprese commerciali e sistema distributivo, una visione economicomanageriale*, G. Giappichelli, Turín, 1997; E. COLLA, *La grande distribuzione in Europa. Evoluzione delle formule distributive, strategie e strutture aziendali, rapporti con l’industria*, Etas, Milán, 1995; A. DAYAN / R. SBRANA, *La distribuzione commerciale*, Giappichelli, Turín, 1994; L. PELLEGRINI, *Economia della distribuzione*, EGEA, Milán, 1990; A. SPRANZI, *L’efficienza della distribuzione commerciale*, Etas, Milán, 1969; P. ZUSMAN / M. ETGAR, “Marketing Channel as an Equilibrium Set of Contracts”, *Management Science*, vol. 27, n. 3, 1981, pp. 284-302.

han emitido normas tanto de fomento de la misma como de regulación (normas relativas a la necesidad de obtener licencias para distribuir ciertos productos, normativa de exportación y aduanera, normativa de horarios de apertura...)¹³³.

88. La distribución comercial se caracteriza por englobar una gran cantidad de actividades y operaciones de distinta naturaleza. Hoy en día se puede incluso concebir en un sentido más amplio del expuesto, que incorporaría además todas las técnicas que faciliten al fabricante la colocación de sus productos o servicios en el mercado¹³⁴. Desde este punto de vista, se consideran también como distribución las actividades de “*engeneering*” –estudios relativos al lugar en que se establecerá el punto de venta y el diseño de las instalaciones-, “*merchandising*” –promoción del producto en el punto de venta, a través de su adecuada colocación en el establecimiento y “*marketing*” –estudio de las preferencias de los consumidores y orientación de los productos a dichas preferencias-¹³⁵. No obstante, en este trabajo se considerará como distribución solamente las distintas formas de realizar el “recorrido” que han de seguir los productos desde que son fabricados o ideados por el productor hasta que llegan al consumidor final y no estas técnicas auxiliares¹³⁶.

89. Formas de distribución comercial. Este recorrido de los productos del fabricante al consumidor puede organizarse de las siguientes formas¹³⁷:

90. i. Distribución directa. La distribución directa o a través de la empresa es la que lleva a cabo el propio fabricante del producto de forma centralizada, esto es, manteniendo la propiedad de los activos y a través de contratos de trabajo o de representación¹³⁸. Puede hacerlo con asistencia de representantes de comercio (agentes, corredores o mediadores, o comisionistas) o sin ella (venta directa en fábrica o venta en establecimientos comerciales abiertos al público propiedad del propio fabricante, creación de filiales o sucursales...)¹³⁹.

¹³³ J. CASARES RIPOLL / V. J. MARTÍN CERDEÑO, *op. cit.*, p. 341 y 342.

¹³⁴ K.P. PIßLER, “Sales...”, *cit.*, p. 1512.

¹³⁵ E. GALLEGRO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 29; P. PIGASSOU, *op. cit.*, p. 494.

¹³⁶ A cada uno de estos “recorridos” que puede realizar un producto se le conoce como “canal” de distribución. E. GALLEGRO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 30; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 19.

¹³⁷ Estas formas de distribución fueron estudiadas por primera vez por la conocida como “*theory of the firm*” o teoría de la empresa, un conjunto de teorías económicas que trataban de explicar los comportamientos de la empresa en el mercado, entre ellos cómo organizaba su actividad distributiva. Su origen se encuentra en R. H. COASE, “The Nature of the Firm”, *Economica*, vol. 4, n. 16, 1937, pp. 386-405. El trabajo más destacado en relación a la distribución es P. RUBIN, “The theory of the firm and the structure of the franchise contract”, *Journal of Law and Economics*, 1978, vol. 21, pp. 223-233.

¹³⁸ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 9. Para este autor la distribución a través de representantes de comercio no sería una distribución directa sino indirecta o “a través de intermediarios”; K.P. PIßLER, “Sales...”, *cit.*, p. 1512.

¹³⁹ J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Aguirre, Madrid, 1983, p. 36; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 19.

91. Ejemplo 1. Utiliza la distribución directa un fabricante de muebles de Yecla que abre al público un establecimiento comercial en el parque empresarial de fabricantes de muebles de dicha localidad y vende sus productos a través de dicho establecimiento directamente a los consumidores finales.

92. Ejemplo 2. También utiliza la distribución directa ese mismo fabricante si contrata con un agente para que promueva la venta de sus muebles en la región de Cataluña, en el Principado de Andorra y en el Sur de Francia. Es indiferente quién concluya los contratos (si el fabricante o el agente) siempre que se haga en nombre y por cuenta de dicho fabricante.

93. ii. Distribución independiente. La distribución independiente o a través del mercado es la que se lleva a cabo mediante “intercambio discreto”, esto es, a través de intercambios anónimos mediados por el sistema de precios. Los productos o servicios del fabricante se comprarán por comerciantes independientes con los que dicho fabricante no ha acordado nada en relación a precios, frecuencia de suministro, posicionamiento de producto o compromiso de colocación del mismo en el mercado. Los comerciantes adquirirán los productos o servicios del fabricante de forma aislada o sucesiva para luego revenderlos, sin que exista ningún grado de control por parte del empresario principal o de integración por parte del comerciante¹⁴⁰.

94. Ejemplo. Una editorial de libros que produce los mismos, los publicita y espera a que las librerías se pongan en contacto con ella para hacerle pedidos. Cuando una librería encarga una determinada partida de libros, la editorial se los entrega a cambio de un precio, sin preocuparse de la forma o el lugar en que van a venderse.

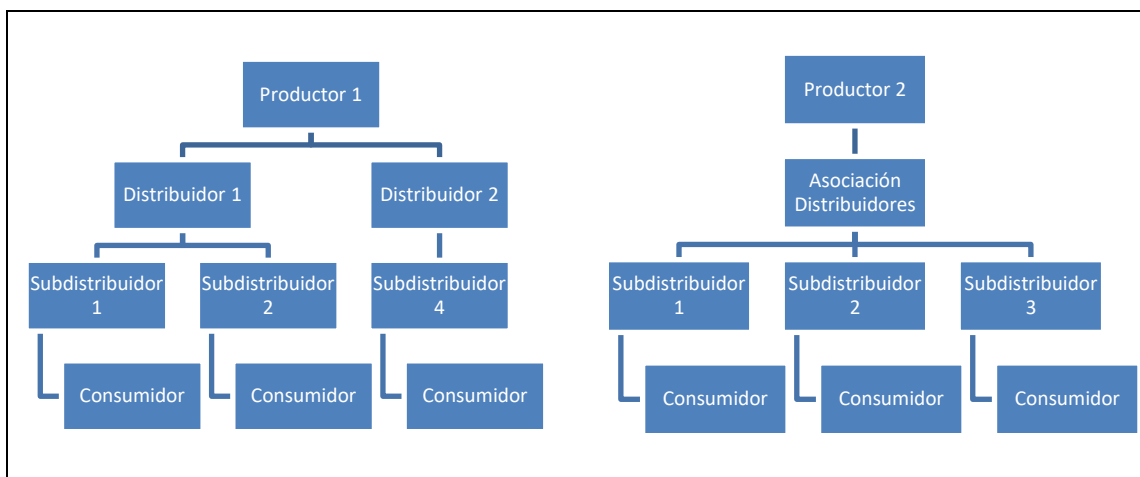
95. iii. Distribución indirecta. El productor que elige esta forma de distribución también vende sus productos a otros empresarios independientes para que éstos los comercialicen. La diferencia con el régimen anterior es que esos empresarios son seleccionados por el productor para dicha distribución, comprometiéndose ambos de forma duradera a una serie de estándares en el suministro y colocación de los productos en el mercado. Es decir, el empresario principal, en vez de vender su producción a cualquiera que le hace un pedido, hace seguir a sus productos un camino de distribución propio de su firma, hasta la etapa final de la comercialización. Así, el principal dispone de una “vía abierta” permanentemente para la colocación de sus productos en los puntos

¹⁴⁰ C. PAZ ARES, “La terminación *ad nutum* de los contratos de distribución”, RDM, n. 223, 1997, p. 10: “Hablamos en este caso de mercado porque no hay ninguna integración: el fabricante se limita a vender sus productos a los distribuidores independientes de los distintos niveles (por ej. el agricultor vende a un mayorista su cosecha de manzanas; las empresas lácteas venden quesos y yogures a los supermercados y grandes superficies; los fabricantes de herramientas venden martillos y destornilladores a las ferreterías). Lo característico en todos estos casos es que los “principales”, una vez vendidos sus productos a los intermediarios se desentienden en buena medida del proceso de distribución”. Esta forma de distribución es incluida por otros autores en la distribución directa: J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 19.

de venta elegidos por él en el mercado. Solamente se desprende sus mercancías sabiendo que van a ser vendidas a la clientela por un servicio especializado¹⁴¹.

96. Nota. A la “distribución indirecta” se le suele denominar también “distribución”, lo que muestra el “bailoteo semántico” existente en el ámbito de la distribución comercial¹⁴².

97. En su forma más sencilla, la distribución indirecta consiste en acordar la distribución de los bienes o servicios con un empresario que se encuentra en un nivel inferior del canal y que actúa por nombre y cuenta propios¹⁴³. Pero también caben figuras más complejas como la distribución a asociaciones de distribuidores con el fin de evitar las deseconomías producidas por la fragmentación de la cadena en varias ramas¹⁴⁴. Algunos autores también consideran como formas de distribución indirecta los casos en que es el productor el que se asocia con empresarios de su mismo nivel a través de la participación en otras empresas, la creación de *joint ventures*, cooperativas, etc.¹⁴⁵.



Cuadro n. 2. Ejemplos de canales de distribución indirecta

98. Como puede observarse, la distribución indirecta es una forma “intermedia” de distribución, en que el empresario principal no actúa por sí mismo pero en que tampoco se desvincula totalmente del proceso distributivo. Existe cierto grado de

¹⁴¹ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, cit., p. 54.

¹⁴² Expresión de P. MIROSA MARTÍNEZ, “Prólogo” en J. FONTCUBERTA LLANES, *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, Esade Alumni, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 16. En el mismo sentido, en relación a la confusión entre los términos “contrato de distribución” y “contrato de concesión”, J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 20 y J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, cit., p. 28.

¹⁴³ R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Jovene, Nápoles, 1979, pp. 68 y ss.; O. CAGNASSO, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

¹⁴⁴ E. GALLEGU SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 32.

¹⁴⁵ G. SANTINI, *Il comercio (saggio di economia del diritto)*, Il Mulino, Bolonia, 1979, pp. 124 y ss. y R. BALDI, *El Derecho de la distribución comercial en la Europa comunitaria*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1988, p. 7.

control del principal sobre los distribuidores y una consiguiente integración de éstos en la red de aquél. Por eso se dice que estos contratos son una forma híbrida “entre empresa y mercado”, es decir, entre la distribución realizada por la propia empresa y despreocupación total de la empresa por la función distributiva¹⁴⁶.

99. La distribución indirecta suele generar “redes de distribución”. Éstas son el resultado natural de la elección de varios distribuidores por parte del empresario principal, de forma que entre todos ellos cubren el mercado al que el empresario pretende hacer llegar sus productos. Se forma de este modo una especie de entramado horizontal en que distintos distribuidores comparten unos mismos criterios de actuación y usan derechos inmateriales cuya titularidad es del empresario principal. Cuando un distribuidor se integra en una red de este tipo queda, bien por contrato, bien por situación de hecho, bajo el poder de dirección comercial del empresario principal, que será la cabeza de la red. Las empresas que forman parte de la red en calidad de distribuidores, en cualquiera de sus variantes, no están ligados entre sí mediante ningún vínculo jurídico sino que tienen una unión de “tipo confederal”: es suficiente estar ligado a la empresa principal para obrar en común, de ahí el paralelismo con los Estados federales, en que cada uno de los distintos Estados solamente está ligado al Estado central y no a los demás¹⁴⁷.

100. Ejemplo. El mercado de electrodomésticos en España sirve para ejemplificar tanto el canal de distribución de un solo distribuidor como el de varios eslabones. En 2006, un 32 % de la producción era adquirida por grandes superficies especializadas, que vendían los electrodomésticos directamente al consumidor (canales de un solo distribuidor). En cambio, un 43,5 % de la producción se comercializaba a través de una cadena de tres eslabones: en primer lugar, los electrodomésticos eran adquiridos por “plataformas de distribución” (mayoristas); éstos los revendían a otros mayoristas asociados y éstos los volvían a revender a minoristas asociados, que los ofrecían al consumidor final¹⁴⁸.

101. Sistemas de distribución indirecta. La distribución indirecta puede generar un nivel mayor o menor de integración del distribuidor en la red del empresario principal y de involucración de dicho empresario en el proceso de distribución. En

¹⁴⁶ F. MATHEWSON / R. WINTER, “The Economics of Franchise Contracts”, *Journal of Law and Economics*, vol. 28, 3, 1985, pp. 503-526, p. 503; G.K. HADFIELD, “Problematic relations: franchising and the law of incomplete contracts”, *Stanford Law Review*, vol. 42, n. 4, 1990, pp. 927-992, p. 928; C. PAZ ARES, “La terminación...”, *cit.*, p. 10.

¹⁴⁷ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 47.

¹⁴⁸ Fuente: A. FERNÁNDEZ NOGALES / E. MARTÍNEZ CASTRO / A. REBOLLO ARÉVALO, “La nueva configuración de los canales de distribución: el comercio de electrodomésticos: tendencias de la distribución comercial en el ámbito internacional”, *ICE*, n. 828, enero-febrero 2006, pp. 187-202, esp. 195.

función de ello, el empresario puede combinar a su conveniencia los siguientes sistemas, ordenados de menor a mayor grado de integración del distribuidor¹⁴⁹:

102. i. Distribución sin exclusiva. Se trata de la distribución mediante empresarios independientes que no tienen la obligación de dedicarse en exclusividad a la comercialización de esos productos y no se les concede una zona en particular donde distribuir dichos productos sin la competencia de otros distribuidores¹⁵⁰.

103. Ejemplo. Una empresa productora de galletas suele elegir la distribución sin exclusiva: no exige al distribuidor, generalmente una cadena de supermercado, que se dedique en exclusividad a la comercialización de sus productos y tampoco le garantiza que sea la única cadena que dispondrá de su marca de galletas.

104. ii. Distribución selectiva. Se trata de un sistema de distribución por el que el proveedor se compromete a vender sus productos únicamente a distribuidores seleccionados en base a criterios específicos y estos distribuidores se comprometen a no revenderlos a agentes no autorizados en el territorio en que el proveedor ha decidido aplicar este sistema¹⁵¹.

105. Ejemplo. La distribución selectiva es el sistema clásico para comercializar productos de lujo, como perfumes o relojes, en que el proveedor selecciona exclusivamente a los distribuidores que cumplen con sus estándares de calidad.

106. iii. Distribución exclusiva. El proveedor acepta vender sus productos a un único distribuidor en un territorio determinado, en que el distribuidor ha de centrar sus actividades de venta, comprometiéndose a no entregar los productos objeto de contrato a otros revendedores establecidos en dicho territorio. Este sistema se puede acompañar del compromiso por parte del distribuidor de compra exclusiva, por el que éste se compromete a no adquirir los productos objeto del contrato a proveedores distintos del otro contratante¹⁵².

107. Ejemplo. Un productor ruso de caviar acuerda con una empresa española que ésta distribuirá en exclusiva ese producto en sus establecimientos *gourmet*. El

¹⁴⁹ Todos estos sistemas han sido estudiados de forma exhaustiva por la literatura económica. Vid. L. PELLEGRINI / S. K. REDDY, *Economic and marketing perspectives on producer-distributor relationships*, Routledge, London, 2013, esp. pp. 3-23 o B. ROSENBLOOM, *Marketing Channels*, South-Western, Ohio, 2013, esp. pp. 187-190.

¹⁵⁰ L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, LGDJ, Paris. 1995, p. 32. La autora se refiere a este tipo de distribución como “*distribution agrée*”.

¹⁵¹ Art. 1.e Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DOUE L 102 de 23.4.2010, pp. 1-7.

¹⁵² Comunicación de la Comisión de 19 mayo 2010 sobre Directrices relativas a las restricciones verticales, SEC/2010/0411, DOUE C 130, 19.05.2010, pp. 1-46, párrafo 151.

productor ruso tiene una red de distribuidores que, como el español, se encargan de vender el caviar en distintos Estados europeos y mantiene ciertos estándares en relación a dicha venta: colocación en los establecimientos, publicidad, imagen, precio mínimo...

108. *iv. Distribución mediante concesión comercial.* Se trata de sistema en que el distribuidor está más integrado en la red del proveedor. Aquél se compromete a comercializar únicamente los productos del proveedor en un establecimiento a tal efecto, en que, sin perder su identidad, puede incluir además los signos distintivos del proveedor. Dicho proveedor se compromete en un mayor grado porque suele prestar algún tipo de apoyo o asistencia técnica a sus concesionarios¹⁵³.

109. Ejemplo. El ejemplo típico de productos que suelen distribuirse mediante un sistema de concesión son los automóviles. Se trata de bienes que requieren de vendedores especializados, con precio alto y gran durabilidad en el tiempo.

110. *v. Distribución mediante franquicia.* Se trata del sistema de distribución en que existe un grado mayor de integración del distribuidor en la red del empresario principal. Mediante el mismo, el empresario permite que otro empresario independiente reproduzca completamente su modelo de negocio para la distribución de sus productos o servicios. Para ello le cede tanto sus signos distintivos como sus técnicas de comercialización y se compromete a asistirle y a proporcionarle formación. Franquiciador y franquiciado se presentan frente a los destinatarios de sus productos con una única identidad, la del franquiciador.

111. Ejemplo. Una empresa que se dedica a la restauración y posee en una ciudad tres restaurantes italianos franquicia su idea de negocio, de forma que un franquiciado abre su propio establecimiento en otra ciudad, en que distribuye comida italiana de la misma forma y bajo la misma marca y apariencia que el empresario originario, asistiéndole este último en distintos aspectos del funcionamiento del negocio.

112. La franquicia como forma de distribución indirecta. La franquicia es por lo tanto, desde el punto de vista del franquiciador, un sistema de distribución indirecta. De todas las formas mencionadas, la franquicia es la que presenta un grado de integración mayor del empresario independiente en la red del empresario principal¹⁵⁴.

¹⁵³ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, pp. 19-22; J.-P. GUYENOT, “La franchise commerciale...”, pp. 161-175.

¹⁵⁴ Sobre la relación entre la empresa y la franquicia se ha escrito mucho a finales del siglo XX. Como muestra pueden consultarse E. E. ANDERSON, “The growth and performance of franchise systems: company versus franchisee ownership”, *Journal of Economics and Business*, n. 36, 1984, pp. 421-431; F. LAFONTAINE, *op. cit.*, pp. 291-303; F. LAFONTAINE / P. J. KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 97-113; R. E. MARTIN, “Franchising and Risk Management”, *American Economic Review*, vol. 78, n. 5, 1988, pp. 954-968; A. R. OXENFELDT / A. O. KELLY, “Will successful franchise systems ultimately become wholly-owned chains?”, *Journal of Retailing*, vol. 44, 1969, pp. 69-87.

113. En otras palabras, de todas las formas de distribución entre “la empresa” y el “mercado”, es la más cercana a la “empresa”. Pueden verse trazas de empresa en que parte de la propiedad y de las decisiones en relación con el negocio franquiciado se encuentran centralizadas (derechos incorporeales, potestad de control sobre el franquiciado) y trazas de mercado en que el resto de decisiones se deja en manos de las personas que tienen acceso directo a la información relevante, esto es, de los franquiciados (precios finales, trato con el consumidor)¹⁵⁵. Pero cuando la relación de franquicia se desarrolla a lo largo del tiempo, las actuaciones de ambas partes suelen verse restringidas por directrices proporcionadas al franquiciado que son más propias de una organización interna que de empresas independientes (por ejemplo, la indicación al franquiciado de proveedores concretos que hayan de facilitarle ciertos *inputs* para garantizar la calidad de los productos, o la obligación de mantenimiento de una determinada estética en el local...) ¹⁵⁶.

114. Han de ser consideradas formas de distribución indirecta tanto la franquicia de distribución (en que solamente se comercializan los productos o servicios del franquiciador) como la franquicia de producción (en la que, además, los franquiciados producen parte o la totalidad del producto a distribuir, como es el caso de *Coca Cola*). También se ha de tener en cuenta que hay empresas cuya estrategia comercial combina la franquicia con otras formas de distribución indirecta.

115. Ejemplo. La empresa de moda española *Bimba & Lola* contrata la distribución de sus productos a una cadena de grandes almacenes y al mismo tiempo cuenta con establecimientos franquiciados¹⁵⁷.

116. La franquicia como forma de expansión empresarial. A pesar de lo expuesto, no se puede obviar que la franquicia es “algo más” que una forma de distribución. De hecho, la decisión de franquiciar, como se verá más adelante, no se puede tomar en el primer momento de diseño de la red de distribución, sino una vez que la empresa se encuentra consolidada y tiene creados sus canales de acceso al consumidor final. Por ello, y por la mayor integración de los franquiciados en la red de la empresa principal, la franquicia se ha de considerar también una forma de expansión empresarial del franquiciador¹⁵⁸.

¹⁵⁵ P. RUBIN, *op. cit.*, p. 226; M. B. LÓPEZ FERNÁNDEZ / J. V. VICTORIA, “Integración vertical y causas de aparición de la franquicia”, *Revista europea de dirección y economía de la empresa*, vol. 11, n. 4, 2002, pp. 55-74, p. 55.

¹⁵⁶ P. RUBIN, *op. cit.*, p. 226.

¹⁵⁷ Información disponible en: http://www.bimbaylola.com/shoponline/cms.php?id_cms=36 (fecha última consulta: 20/03/2017).

¹⁵⁸ S.C. MICHAEL, “Exporting...”, *cit.*, p. 8: “Another way to view it is that the franchisor is seeking local partners to assist him or her in selling the finished product to a new audience”; R. GARCÍA LUENGO ET AL., “Contratos de distribución”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos mercantiles*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 359-498, p. 495.

117. El empresario que franquicia su negocio no pretende únicamente la presencia de sus productos o servicios en otros territorios sino que también persigue que los consumidores detecten una presencia uniforme de su propia empresa en esos territorios¹⁵⁹. Por ello tiene en la franquicia un peso tan importante la transmisión del paquete de derechos incorporeales que van unidos al negocio franquiciado (cesión de marcas, patentes, *know-how*...): este paquete hace que el franquiciado sea capaz de reproducir prácticamente de forma idéntica el negocio del franquiciador, de forma que los consumidores lo perciban como una misma cosa¹⁶⁰.

118. Como se verá más adelante, la franquicia como forma de expansión empresarial cobra su mayor sentido en el ámbito internacional. Se trata de un vehículo idóneo para activar la presencia de una empresa en otros Estados, pues el riesgo de la internacionalización, es decir, el riesgo de implantar sus productos en otros Estados, es compartido por otro empresario independiente, el franquiciado, sin que el franquiciador pierda el control sobre su modelo de negocio y sobre la imagen que se ofrece del mismo en esos otros Estados.

119. *La elección de la franquicia frente a otras formas de penetración en el mercado.* Para que la franquicia sea elegida por el empresario como forma de penetración en un mercado, ésta ha de comportarle una serie de ventajas frente a las demás formas de distribución expuestas. Esta decisión ha de tomarse con mucha cautela, ya que elegir el sistema de distribución adecuado puede suponer una ventaja competitiva importante, sobre todo en las situaciones en que un buen producto o una solución técnica innovadora ya no sean suficientes por encontrarse el mercado saturado¹⁶¹.

120. Como se ha indicado, la decisión de escoger el sistema de franquicia no se da en los primeros momentos de la andadura de su negocio. Debido a que la misma es también una forma de expansión empresarial, se requiere primero que la empresa se encuentre consolidada. Por ello, la opción de distribución mediante franquicias solamente se abre en un segundo momento de la práctica empresarial, cuando el

¹⁵⁹ E. CAVES / W. F. MURPHY, *op. cit.*, p. 582; J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, *cit.*, p. 97 (intervención de M. FRYBOURG): “*La franchise répond surtout à un besoin du consommateur. Il se sent rassuré par une enseigne nationale. C'est pourquoi j'ai suivi ce cheminement*”.

¹⁶⁰ Quedan a salvo algunas adaptaciones siempre necesarias al lugar en que el franquiciado va a instalarse, que reciben el nombre de “tropicalizaciones” (J. D. BLIMAN, “Claves del éxito en la contratación internacional: la franquicia”, Conferencia impartida en el *II Congress of the Practice of International Law: Review of international current legislation and practice in areas of succession, family, tort, social media and traffic accidents*, Murcia, 11 y 12 noviembre 2013).

¹⁶¹ M. J. SANZO PÉREZ, “Razones de utilización de la venta directa, los distribuidores independientes y los agentes por parte de las empresas químicas españolas”, Documento de Trabajo n. 137, Fac. de Ciencias Económicas, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997, p. 2.

empresario ya ha probado el éxito de su negocio y desea aumentar su presencia territorial¹⁶².

121. Teorías sobre la elección de la franquicia. ¿Cuándo decidirá el empresario principal utilizar el sistema de franquicia frente a otras formas de distribución para expandir su negocio, como la distribución directa u otros tipos de distribución indirecta, como la distribución en exclusiva o la concesión comercial? Existen principalmente dos teorías al respecto¹⁶³:

122. i. Teoría de la escasez de recursos (“resource acquisition theory”). Es el planteamiento tradicional, que postulaba que el empresario únicamente franquicia cuando no tiene posibilidades de acometer la expansión de su negocio con su propio capital; así, la franquicia era entendida como una “última opción” de las empresas de superar los obstáculos que limitan una expansión¹⁶⁴. Esta teoría podía explicar la elección de la franquicia frente a la expansión mediante sucursal o filial, pero no conseguía justificar la preferencia por la franquicia frente a otras formas de distribución comercial independiente, como la concesión.

123. ii. Teoría de los costes de transacción (“transaction cost theory”). Este planteamiento sostiene que el empresario se decantará por la franquicia cuando ésta sea la opción más “eficiente” para él, es decir, la que le suponga unos menores costes de transacción¹⁶⁵. Para explicar en qué casos la franquicia se convertirá en la opción más eficiente se utilizan argumentos basados en la teoría de la agencia (“theory of the firm”)¹⁶⁶. Según los mismos, el franquiciado tiene más incentivos para maximizar su

¹⁶² En algunas legislaciones se exige como requisito previo a poder franquiciar la experimentación de la fórmula, como por ejemplo, en la Ley italiana: “*Per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale l’affiliante deve aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale*” (art. 3.2 Legge 6 maggio 2004, n. 129, GU n. 120 de 24 mayo 2004).

¹⁶³ E. CRAWFORD SPENCER, *op. cit.*, pp. 50-54.

¹⁶⁴ Estos obstáculos serían principalmente financieros. Entre otros muchos autores, este sería el planteamiento defendido por E. CAVES / W. F. MURPHY, *op. cit.*, p. 581: “*For financing outlets the capital supplied by franchisees has no ready substitute*”.

¹⁶⁵ Para un estudio exhaustivo de esta teoría se puede consultar la siguiente bibliografía: L. W. STERN / F. D. STURDIVANT, “Customer Driven Distribution Systems”, *Harvard Business Review*, julio-agosto 1987, pp. 55-60; F. V. CESPEDES, “Control vs. Resources in Channel Design: Distribution Differences in One Industry”, *Industrial Marketing Management*, n. 17, 1988, pp. 215-217; T. L. POWERS, “Industrial distribution options: trade-offs to consider”, *Industrial Marketing Management*, n. 18, 1988, pp. 155-161; D. W. CRAVENS / T. N. INGRAM / R. W. LAFORGE: “Evaluating multiple sales channel strategies”, *The Journal of Business and Industrial Marketing*, n. 6, verano-otoño 1991, pp. 37-48; E. CAVES / W. F. MURPHY, *op. cit.*, pp. 572-586; P. J. KAUFMANN, “Franchising and the Choice of Self-Employment”, *Journal of Business Venturing*, n. 14, 1999, pp. 345-362; F. LAFONTAINE, *op. cit.*, pp. 263-283; S. C. MICHAEL, “Determinants of the rate of franchising among nations”, *Management International Review*, n. 43(3), 2003, pp. 267-291 y P. RUBIN, *op. cit.*, pp. 223-233.

¹⁶⁶ Los grandes defensores de esta teoría fueron O. WILLIAMSON, *op. cit.*, pp. 233-2614; M. C. JENSEN / W. H. MECKLING, “Theory of the firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure”, *Journal of Financial Economics*, vol. 3, 1976, pp. 305-360; S. C. MICHAEL, “Determinants...”*cit.*, p. 267; F. MATHEWSON / R. WINTER, *op. cit.*, p. 525.

esfuerzo que otros distribuidores indirectos, pues cuenta con más posibilidades de dar valor a los activos intangibles del sistema¹⁶⁷. Además, el franquiciado tendrá también más incentivos que el empleado de un establecimiento propio. El franquiciado es el dueño del negocio, ha invertido en él su esfuerzo, capital, y tiempo y es el titular de la renta residual de su unidad. En consecuencia, estará más interesado en que el mismo funcione bien, mucho más que un gerente con un sueldo fijo o con una participación en beneficios. Esta segunda teoría permite explicar la opción de la franquicia tanto frente a la opción de la distribución directa como frente a la distribución indirecta, y es por ello la que finalmente se ha impuesto.

124. En cualquier caso, a esos mayores beneficios habrá que restarle los costes que se deriven de la creación de la franquicia. Estos costes son generalmente menores que los de una expansión por establecimientos propios, pues no suelen conllevar más inversión que el diseño del “*business plan*” y algunos gastos de infraestructura, como puede ser la asistencia técnica, la formación o la publicidad, pero serán mayores que los generados por una distribución de mercado o través de distribuidores independientes. Por otra parte, en la mayoría de los casos la franquicia genera al franquiciador un alto coste de control del franquiciado, pues a él se le “confía” la imagen de la empresa, y un alto coste de información, ya que el franquiciado es quien conoce de primera mano el funcionamiento del establecimiento¹⁶⁸.

125. Esta segunda teoría implica que la elección de la forma de expansión más eficiente habrá de realizarse caso por caso, esto es estudiando la situación de cada empresa y optando por la franquicia en aquellas ocasiones en que el beneficio neto de esta opción sea superior al beneficio neto que generen las demás opciones de distribución¹⁶⁹. De forma generalizada, la franquicia será la opción más eficiente para el empresario principal si éste necesita una distribución con una importante finalidad promocional y que sea capaz de fidelizar la clientela a la marca. Asegurando la calidad, ofreciendo sus servicios de asistencia y de postventa y controlando las prestaciones, como permite la franquicia, es más seguro obtener esa fidelidad que apoyándose en distribuidores comerciales que tengan menores lazos con la empresa¹⁷⁰.

126. Ha de indicarse que la elección de la forma de organización o expansión de la empresa puede ser mixta, de forma que combine establecimientos propios, distribuidores independientes y establecimientos franquiciados. Estas cadenas en que

¹⁶⁷ C. PAZ ARES, “La terminación...”, *cit.*, p. 12. El autor extiende estos beneficios a los contratos de concesión, que son un tipo de contratos de distribución en que hay cesión de ciertos signos distintivos de la marca, pero que no pueden llegar a considerarse franquicia, aunque la doctrina americana los ha incluido tradicionalmente dentro del concepto “*franchise*”.

¹⁶⁸ M. C. JENSEN / W. H. MECKLING, *op. cit.*, p. 305.

¹⁶⁹ J. CASARES RIPOLL, *op. cit.*, p. 84.

¹⁷⁰ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, pp. 57, 113.

conviven establecimientos propios y franquiciados son muy frecuentes¹⁷¹. En ellas, los establecimientos propios sirven a los futuros franquiciados de garantía de inversión y al franquiciador de “laboratorios” en los que probar el éxito o fracaso de posibles innovaciones que desee incorporar al negocio. *Burger King* es un ejemplo de cadena que combina los establecimientos franquiciados con los establecimientos propios de manera exitosa.

127. Por último, ha de señalarse que la forma de organización elegida no tiene por qué mantenerse a lo largo de toda la vida empresarial. De hecho, algunos autores defienden que una vez alcanzada la expansión deseada por medio de la franquicia, puede ser más sencillo para el empresario principal “recomprar” las franquicias que mantener el control sobre los franquiciados (A. R. OXENFELDT / A. O. KELLY¹⁷²).

ii. La franquicia internacional

128. El empresario puede utilizar la franquicia para penetrar mercados tanto nacionales como internacionales. Cuando la utiliza en el plano internacional es cuando se entiende mejor su carácter de forma de expansión empresarial, pues se trata de una forma de distribución que permite aumentar la presencia de su negocio en distintos Estados y que el empresario perciba beneficios por ello¹⁷³.

129. Características específicas de la franquicia internacional. En este contexto internacional, la franquicia tiene unas características específicas. En primer lugar, mientras que en el orden interno los franquiciados suelen estar en el extremo de la cadena de distribución, en contacto directo con los consumidores, en el plano internacional los franquiciados suelen estar más arriba en el circuito, haciendo de “intermediarios” entre el franquiciador y los distribuidores finales de los productos (que podrán ser también franquiciados u otro tipo de distribuidores). Estas diferencias se deben a que franquiciador y franquiciado no comparten el mismo conocimiento sobre la zona de reventa. Son los franquiciados lo que conocen a la clientela, cuyos hábitos y gustos pueden ser distintos a los de la clientela del franquiciador, utilizan su misma lengua y saben cómo se organizan las relaciones comerciales en el entorno¹⁷⁴.

130. En segundo lugar, si se decía que la decisión de franquiciar siempre se ha de tomar en un segundo momento de la andadura empresarial, en el plano internacional esta decisión se ha de retrasar incluso un poco más, cuando la red nacional ya se

¹⁷¹ Y. ÁLVAREZ CARREÑO, *op. cit.*, p. 52.

¹⁷² A. R. OXENFELDT / A. O. KELLY, *op. cit.*, p. 69.

¹⁷³ V. BAENA GRACIA, “Selección de mercados en la expansión internacional de la franquicia española”, *ICE*, n. 857, 2010, pp. 183-200, p. 184.

¹⁷⁴ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 142.

encuentre consolidada¹⁷⁵. En ese momento, el empresario puede decidir su internacionalización por varias causas: mercados internos próximos a la saturación, afán de diversificar inversiones, restricciones derivadas de las políticas comerciales de un país o deseo de generar imágenes de marca internacionales¹⁷⁶.

131. Por último, si bien la decisión de la internacionalización a través de franquicias se hará también mediante un cálculo de coste-beneficio por el empresario, los factores a considerar son también relativamente diferentes a los que operan en el plano interno¹⁷⁷. La doctrina ha puesto de manifiesto que para que el empresario se internacionalice es preciso que se den una serie de condiciones, como que éste tenga una actitud abierta a la internacionalización¹⁷⁸. Además, las intenciones del franquiciador internacional difieren de las del interno: el franquiciador internacional no desea crear una red totalmente unitaria más allá de las fronteras, sino que su intención suele ser el establecimiento de distintos “territorios” que se desenvuelvan de forma independiente los unos de los otros, sin que tenga que desempeñar ese fuerte papel de organizador y animador de la distribución que tiene en el plano interno¹⁷⁹.

132. Ejemplo. *McDonald's Corporation*, con sede en Delaware, divide su actividad en cinco territorios, y en cada uno de ellos establece una filial que se encarga de la organización de la red de franquicias. En Europa, esta filial es *McDonald's Franchising Europe*¹⁸⁰.

133. Formas de expansión internacional del empresario. Las alternativas a la franquicia en el ámbito internacional también difieren de las alternativas en el plano interno. El empresario puede optar entre las siguientes formas de internacionalización¹⁸¹:

¹⁷⁵ De hecho, muchos estudios recomiendan comenzar con la expansión internacional una vez que la penetración de la marca en el mercado local es ya superior al setenta por ciento. Al respecto, M. ABELL, *The international franchise option*, Waterlow, London, 1990, p. 3; M. MENDELSON / L. RUDNICK, *Negotiating an International Master Franchise Agreement*, Sweet and Maxwell, Londres, 2002, p. 2; M.C. MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 105.

¹⁷⁶ J. CASARES RIPOLL / V. J. MARTÍN CERDEÑO, *op. cit.*, p. 325. En el mismo sentido de forma más extensa, R. E. CAVES, *Multinational Enterprise and Economic Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, esp. pp. 71 y ss.

¹⁷⁷ S. C. MICHAEL, “Determinants...”, *cit.*, p. 270; S.C. MICHAEL “Exporting...”, *cit.*, p. 2.

¹⁷⁸ D.W. HACKETT, “The international expansion of US franchise systems: status and strategies”, *Journal of International Business studies*, n. 7, 1976, pp. 66-75; B.L. KEDIA ET AL., “Determinants of internationalization of franchise operations by US franchisors”, *International Marketing Review*, n. 22, vol. 4, 1994, pp. 56-68; K. FLADMÖE-LINDQUIST / L.L. JACQUE, “Control Modes in International Service Operations: The Propensity to Franchise”, *Management Science*, n. 41, 1995, pp. 1238-1249; S. A. SHANE, “Why franchise companies expand overseas”, *Journal of Business Venturing*, n. 11, vol. 2, 1996, pp. 73-88.

¹⁷⁹ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 146.

¹⁸⁰ T. ROYLE, *Working for McDonald's in Europe. The unequal struggle*, Routledge, London, 2000, pp. 35-36.

¹⁸¹ Sobre las cuestiones estratégicas que el franquiciador se ha de plantear antes de decidirse a crear una red de franquicia internacional, R. MELLERIO / D SAVOVA, “La franchise internationale ou comment

134. i. Sistema de acción directa (“company-owned operation”). Al igual que cuando el empresario se plantea la distribución interna de sus productos, una primera alternativa es la de que la propia empresa asuma todas las acciones de selección de mercados y de promoción de operaciones internacionales, para lo que se requieren importantes medios humanos y una estructura adecuada¹⁸². Para ello lo habitual es el establecimiento de sucursales o filiales en el país de destino, estructuras que permiten acometer *in situ* la labor de la empresa, si bien dicha red se puede crear también desde el país en que tiene sede la empresa, con empleados asalariados capaces de desplazarse a cualquier país en que surja una posible operación¹⁸³. Dentro de esta posibilidad se enmarca también la acción asociativa y a través de *joint ventures*¹⁸⁴. Estas opciones directas comportan unos altos coste de infraestructura que puede transformar la explotación en deficitaria, aun cuando los Estados prevean ayudas a la implantación en el extranjero, como por ejemplo incentivos fiscales¹⁸⁵.

135. ii. Sistema de acción mediante intermediarios. El sistema de acción directa no es el preferido por aquellas empresas que comienzan su andadura internacional ni tampoco por firmas de pequeña o mediana estructura. Éstas prefieren la alternativa de la elección de intermediarios. Se trata de recurrir a colaboradores ajenos e independientes, dejando en sus manos la acción de promoción a emprender, sin los costes que comporta la constitución de una red propia y sin asumir otros riesgos empresariales como el riesgo país. Se utilizan para ello representantes, comisionistas, corredores, mandatarios y distribuidores independientes. Esta opción se suele escoger por las características del mercado de destino, por ejemplo, si el comercio minorista se encuentra muy fragmentado o en manos de empresas familiares¹⁸⁶.

136. iii. Sistema de acción mediante franquicia. La literatura económica ha considerado a la franquicia como una estrategia de acceso a mercados exteriores que se encontraría a mitad de camino entre estos dos sistemas. La idea general es que se trata de una forma a través de la cual el empresario se beneficia de una disminución de los

exporter un concept original”, *JCP*, Ed. E, 2005, n° 1144, pp. 1285 y ss; C. E. ZWISLER, “Selecting a format for international franchising”, en VV.AA., *International Franchising: A Practitioner's Guide*, Globe Business Publishing, Londres, 2010, pp. 27-57; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 262; M. BESCÓS TORRES, *La franquicia internacional. La opción empresarial en los años 90*, Extecom, Madrid, 1989, pp. 159 y ss.

¹⁸² M. MENDELSON, *Franchising Law, cit.*, p. 85.

¹⁸³ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, pp. 9-10.

¹⁸⁴ M. MENDELSON, *Franchising Law, cit.*, pp. 89-90.

¹⁸⁵ Estos incentivos eran más comunes antes de la última crisis económica. En España, por ejemplo, llevan muchos años bloqueados: “Hacienda bloquea los incentivos fiscales a la exportación que defiende Comercio”, *Expansión*, 10 diciembre 2012, p. 35.

¹⁸⁶ A. LIN XIA, “China, el mercado deseado y temido de las empresas españolas de comercio minorista. La regulación de la franquicia y la protección de la propiedad intelectual en China”, *Working papers Cuatrecasas, Gonçalves Pereira*, noviembre 2012, p. 2.

gastos y de los riesgos que conlleva la expansión al extranjero por medios propios sin perder el control sobre su negocio¹⁸⁷.

137. Estas opciones no son exclusivas. Resulta habitual que la compañía combine algunas de las alternativas expuestas, pues ello permite mantener un control sobre algunas tiendas “principales” (*flagship*) al mismo tiempo que franquiciar en otras localidades¹⁸⁸.

138. La franquicia como forma de expansión internacional. Modalidades. Cuando el empresario escoge la franquicia como la forma de expandir su red internacional puede optar por varias modalidades¹⁸⁹. Algunas de ellas difieren del sencillo esquema general “franquiciador-franquiciado” que suele estar presente en el ámbito interno. Las formas en que puede desarrollarse la franquicia son las siguientes¹⁹⁰:

139. i. Franquicia directa. El franquiciador concede al franquiciado el derecho a explotar directamente la franquicia en el mercado de destino. Puede ser unitaria (se le concede el derecho a explotar una sola unidad franquiciada) o de área (se le concede el derecho a explotar varias unidades en una misma zona).

140. La franquicia unitaria facilita un control máximo del franquiciador sobre los locales, pero es la opción menos utilizada en la práctica internacional, sobre todo cuando el Estado en que se implanta la franquicia se encuentra alejado geográfica y culturalmente. En estos casos, el franquiciador tendrá más dificultades para prestar asistencia al franquiciado y no dispondrá de información suficiente sobre el país de destino como para actuar de franquiciador directamente¹⁹¹. El éxito de esta fórmula es mayor cuando los Estados de origen del franquiciador y de implantación de la franquicia se encuentran próximos geográfica y culturalmente (por ejemplo, Reino Unido/Irlanda, Alemania/Austria o países escandinavos) y cuando el número de establecimientos franquiciados va a ser reducido¹⁹². No obstante, esta opción también se utiliza en casos en que existe cierta distancia geográfica o cultural, cuando los negocios concernidos implican inversiones económicas considerables (como las franquicias hoteleras) o para acometer una primera etapa de internacionalización. En ésta, se celebran una serie de contratos de franquicia directa con franquiciados seleccionados

¹⁸⁷ Vid. el recorrido doctrinal llevado a cabo por R. E. CAVES, *op. cit.*, p. 71.

¹⁸⁸ A. LIN XIA, *op. cit.*, p. 4.

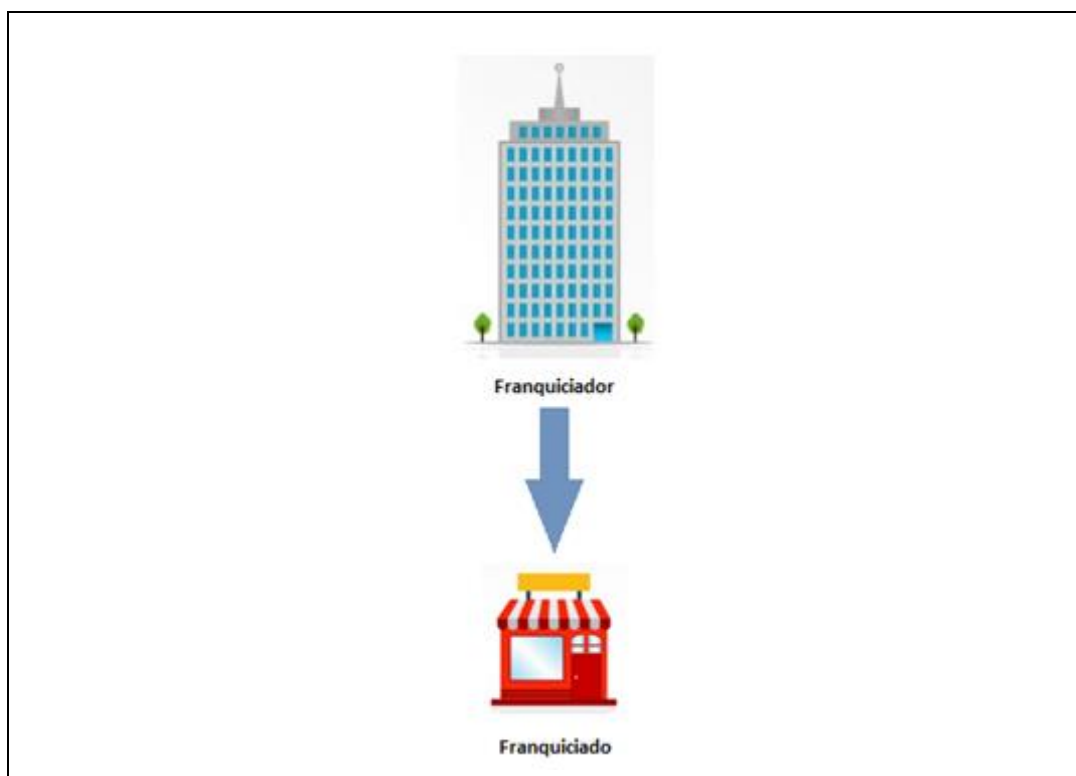
¹⁸⁹ J. MARTÍ MIRAVALLS, “Contratos para la internacionalización de las redes de franquicia”, *Rev. Derecho de la competencia y de la distribución*, n. 12, 2013, pp. 87-120, p. 91.

¹⁹⁰ M. MENDELSON, *Franchising Law, cit.*, pp. 86-89; V. BAENA GRACÍA / J. CERVIÑO FERNÁNDEZ, “La internacionalización de la franquicia española y sus formas de penetración de mercados”, *Cuadernos de Economía y Dir. Empresa*, n. 40, 2009, pp. 47-82.

¹⁹¹ UNIDROIT, *cit.* p. 13; E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, pp. 274-275.

¹⁹² P. JOUKADOR / R. HUNT, “Franchising: international overview”, UK Practical Law Online, p. 4; V. BAENA GRACÍA / J. CERVIÑO FERNÁNDEZ, “La internacionalización...”, *cit.*, p. 77.

cuidadosamente y posteriormente se propone a uno de esos franquiciados, que ya está familiarizado con el funcionamiento de la red, que se convierta en “máster franquiciador” o en “franquiciado de área”¹⁹³.



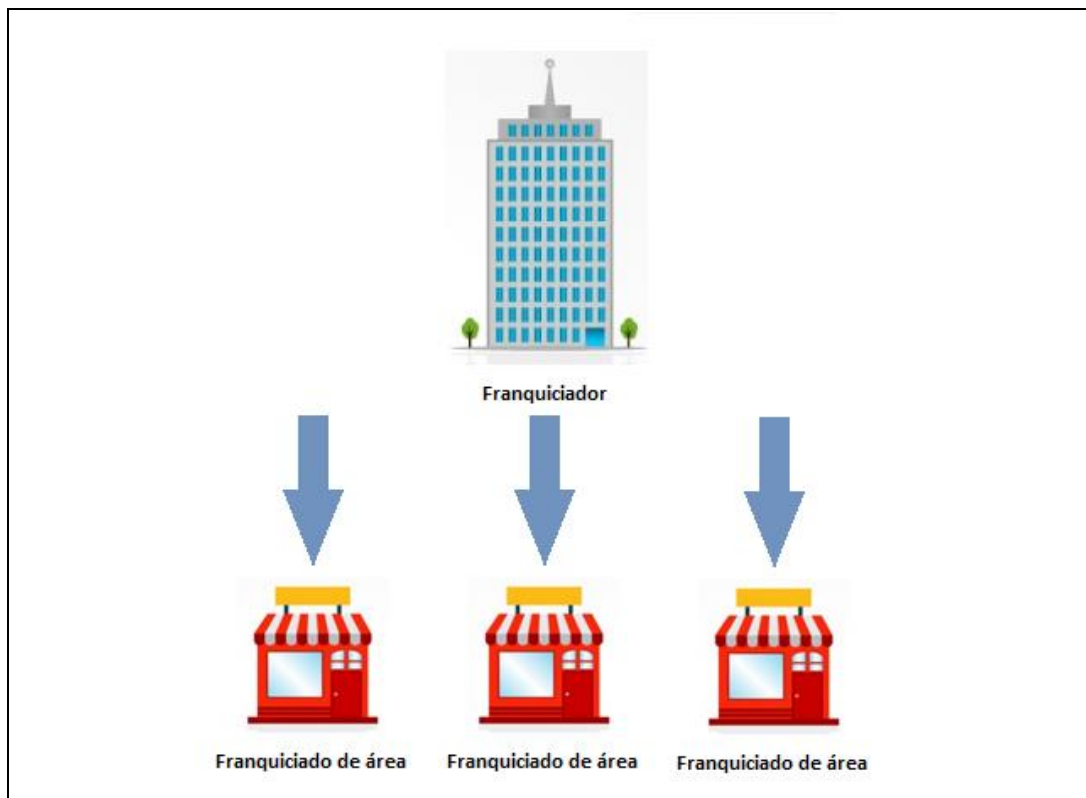
Cuadro n. 3. Franquicia unitaria

141. En cuanto a la franquicia de área, no es más que una “multifranquicia”, es decir, al franquiciado de área (o “*developer*”) se le concede el derecho, de forma simultánea o sucesiva, a explotar un número determinado de establecimientos en un territorio determinado en que normalmente el franquiciador no tiene presencia todavía¹⁹⁴. El franquiciador suele seleccionar esta forma de franquicia también en los casos en que el mercado objeto de expansión no le resulte muy lejano, pues tendrá que ejercer de franquiciador respecto a todos los establecimientos, o bien como una técnica para testar la aceptación de la insignia en ese mercado y una vez comprobado su éxito, aumentar sus pretensiones de expansión con nuevos contratos¹⁹⁵.

¹⁹³ J. MARTI MIRAVALLS, *op. cit.*, p. 90; UNIDROIT, *cit.* p.13.

¹⁹⁴ A. S. KONIGSBERG, *International Franchising*, Juris Publishing, Huntington NY, 2008, p. VII.1.1; M. MENDELSON / L. RUDNICK, *op. cit.*, p. 115; M. ABELL, *The international..., cit.*, p. 24.

¹⁹⁵ A. S. KONIGSBERG, *op. cit.*, p. VIII.IV.13

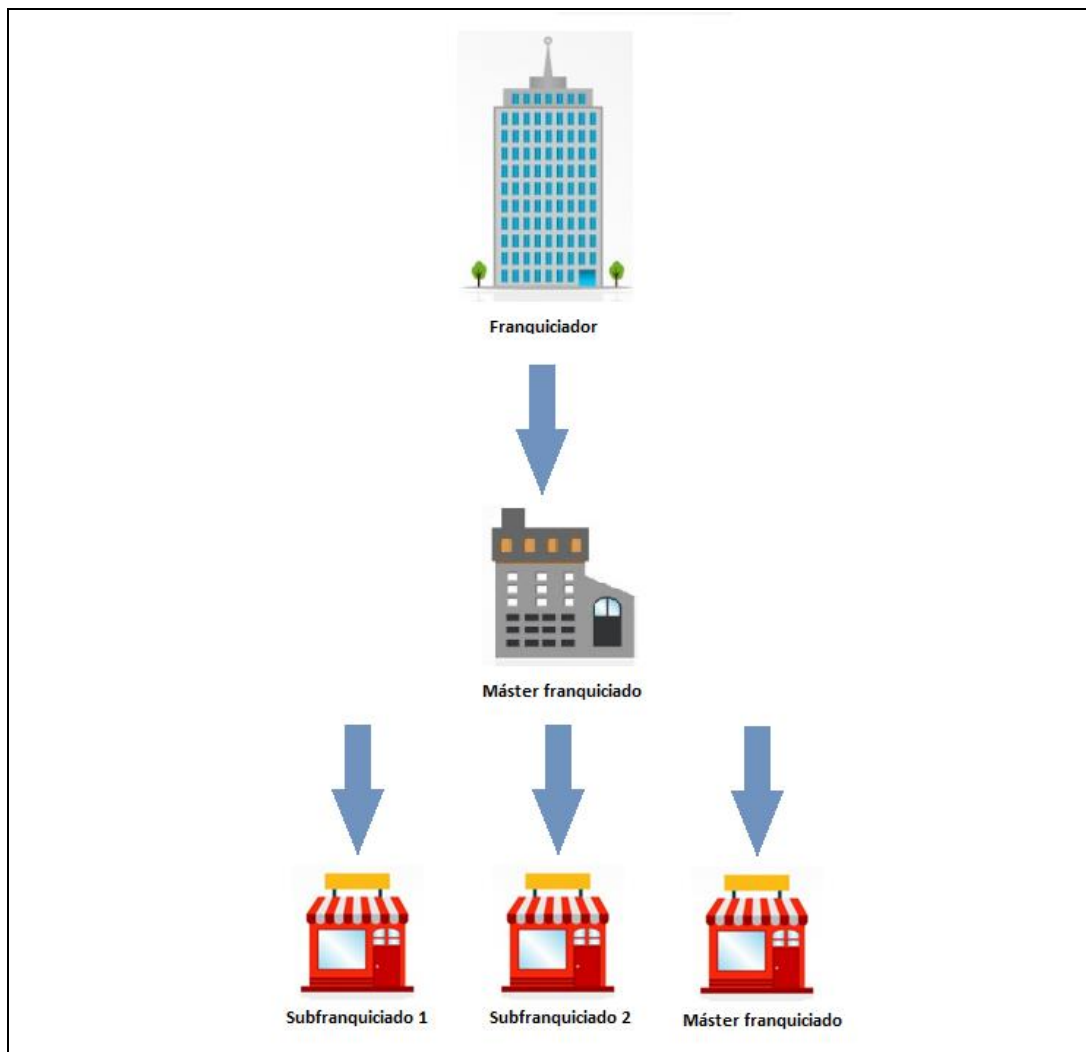


Cuadro n. 4. Franquicia de área

142. ii. Máster franquicia. El franquiciador concede a otro empresario independiente, el máster franquiciado, el derecho a explotar la franquicia de forma indirecta, es decir, a asumir el papel de franquiciador en un territorio determinado¹⁹⁶. De acuerdo con ello, el máster franquiciado será el encargado de suscribir contratos de franquicia con terceros (subfranquiciados) y de gestionar la red en ese territorio. También puede explotar algún establecimiento por sí mismo.

143. Esta opción es la más utilizada para la expansión internacional a través de franquicias, sobre todo para mercados alejados cultural y geográficamente. La misma tiene como ventaja que el máster franquiciado suele ser un gran conocedor del mercado local, por lo que puede proporcionar una red de franquiciados en menor tiempo y de mayor calidad que la que podría configurar el franquiciador. Sin embargo, al mismo tiempo supone una pérdida de control de esa parte de la red por el franquiciador, ya que no existe relación directa entre el franquiciador y los subfranquiciados.

¹⁹⁶ J. MARTÍ MIRAVALLS, *op. cit.*, p. 98.



Cuadro n. 5. Máster franquicia

144. La franquicia como forma de expansión internacional. Vehículos desde los que franquiciar internacionalmente. Cualquiera de los sistemas expuestos puede realizarlo empresario a través de distintas fórmulas o vehículos jurídicos. La fórmula será elegida en función de las necesidades económicas del franquiciador y de las características del mercado que pretende alcanzar¹⁹⁷. Son las más relevantes las siguientes opciones¹⁹⁸:

145. i. Filial del franquiciador en el Estado de destino (“WFOE”). El franquiciador puede crear una filial en el Estado de destino. Se trata de una estructura completamente controlada por el franquiciador, desde la que firmará los contratos de franquicia directa o de máster franquicia con empresarios locales¹⁹⁹. Esta opción

¹⁹⁷ J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, *cit.*, p. 96 (intervención de J.-M. LELOUP).

¹⁹⁸ R. MELLERIO / D. SAVOVA, “La franchise internationale ou comment exporter un concept original”, *JCP*, Ed. E, 2005, n° 1144, pp. 1285 y ss; C. E. ZWISLER, *op. cit.*, p. 27; M. ABELL, *The international... cit.* p. 21; H. KENFACK, *Droit... cit.*, p. 150; M. REIF, *op. cit.*, p. 9; G. PLASSMEIER, *op. cit.*, pp. 71-72 ; J. MARTI MIRAVALLS, *op. cit.*, p. 90.

¹⁹⁹ L. GARCIA GUTIERREZ, *op. cit.*, p.263; A. LIN XIA, *op. cit.*, p. 3.

comporta unos costes de establecimiento importantes para el franquiciador, pero le permite un control alto de las unidades franquiciadas. Las filiales son utilizadas con frecuencia pues sirven a su vez para limitar la responsabilidad del franquiciador²⁰⁰.

146. ii. *Joint venture entre el franquiciador y el franquiciado en el Estado de destino.* El franquiciador puede constituir con un socio local una *joint venture*, que será la encargada de desenvolver la red de franquicia en el país. Esta opción, por su complejidad, solamente será utilizada en ocasiones aisladas, cuando sea lo más conveniente por la normativa existente en el país de destino en materia de inversiones extranjeras²⁰¹. Tiene algunas ventajas como el aprovechamiento por parte del franquiciador del conocimiento del mercado del socio local, así como el menor coste de la implantación en dicho mercado que mediante una filial. Lo habitual es que, una vez creada la *joint venture*, el franquiciador celebre con la misma un contrato de máster franquicia, no que aporte directamente a la agrupación “el paquete de la franquicia”.

147. iii. *Contratación directa desde la sede principal del franquiciador o desde una sola filial para toda una zona.* Por último, cabe la opción de que el franquiciador decida contratar directamente con sus franquiciados o máster franquiciados desde su sede central, sin establecer ninguna corporación en el Estado de destino o bien estableciendo en dicho Estado únicamente una sucursal sin personalidad jurídica. Esta opción es más costosa fiscalmente (constante “repatriación” de los *royalties* y otros pagos de los franquiciados al franquiciador), pero evita al franquiciador los gastos de mantenimiento de una filial o sucursal en el Estado de destino²⁰².

148. *La franquicia como forma de expansión internacional. Ventajas.* Si bien la decisión de optar por la franquicia ha de ser el fruto de un cálculo costes-beneficios con respecto a las demás formas de expansión internacional expuestas, la doctrina ha puesto de manifiesto de forma general las ventajas que comporta este método de expansión para el empresario²⁰³:

149. i. El empresario suele hacer frente en su propio Estado a los gastos que requiere la creación de la red de franquicia, no ha de realizar prácticamente ninguna inversión extranjera pues la franquicia se “autofinancia” en el país de destino. Con ello,

²⁰⁰ STSJ Comunidad Valenciana (Social) 16 julio 2008, n. 2558/2008, RJ AS 2008\2825 (indemnización por despido y unidad de empresa): *Marriot International, INC.*, empresa norteamericana, constituye filiales en los países en que quiere expandir su cadena de hoteles y éstas contratan como franquiciadores con los empresarios locales. En España, la filial es *Marriot Hotels, S.L.*, que contrata en el caso con *La Sella Golf Resort*.

²⁰¹ Por ello, esta técnica se utiliza de forma ocasional. *Vid.* E. FLOHR, “Der Master-Franchise Vertrag – Grundsätze des internationalen Franchise-Rechts und Hinweise zur Vertragsgestaltung”, *IHR*, 2005, pp. 45-55, p. 45.

²⁰² P. JOUKADOR / R. HUNT, “Franchising: international overview”, UK Practical Law Online, p. 4.

²⁰³ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 253; A. ORTEGA GIMÉNEZ, *Contratación internacional práctica: cómo evitar los riesgos contractuales en el comercio internacional*, ICEX, Madrid, 2013, p. 229; J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 61.

consigue eliminar gran parte del “riesgo país” y evita las restricciones que todavía existen en ciertos países respecto a inversiones extranjeras.

150. ii. El empresario consigue dotar rápidamente de renombre internacional a sus productos, sin temor a que se altere su calidad y prestigio, debido a la uniformidad de todas las unidades franquiciadas y a la posibilidad de abrir varios establecimientos a la vez.

151. iii. El empresario puede obtener un conocimiento más continuo y cierto de las necesidades de un mercado que en principio desconoce, al contar con franquiciados del país de destino que pueden conocer las preferencias de los consumidores locales, pudiendo adaptarse a las necesidades de ese mercado (“tropicalización”) y a la evolución de las mismas, lo que no siempre se consigue con otros intermediarios menos integrados.

152. La franquicia como forma de expansión internacional. Inconvenientes. En cuanto a los inconvenientes de la franquicia internacional frente a otras formas de expansión, la doctrina ha puesto de manifiesto los siguientes:

153. i. El control periódico de las actividades de los franquiciados o máster franquiciados (“*monitoring*”) se dificulta más a nivel internacional²⁰⁴. Este control se hace más difícil a mayor distancia geográfica entre el franquiciador y el establecimiento franquiciado²⁰⁵. Como han puesto de manifiesto algunos estudios, la decisión de expandirse a través de franquicia internacional dependerá fundamentalmente de la capacidad de control que tenga desarrollada dicho franquiciador. Si el empresario principal posee tal capacidad de control, preferirá el sistema de franquicia para su expansión internacional, pues la inversión que ha de realizar es “prácticamente nula” pero al mismo tiempo se produce una dinamización de la marca²⁰⁶. Dicha capacidad suele ser mayor si tiene más años de experiencia en el sector y si su red está compuesta por un número significativo de unidades.

154. ii. Mayor dificultad para elegir al franquiciado adecuado, tanto por las diferencias culturales como por la posible variación de los estándares de cualificación de país a país. Esta decisión dependerá también de la distancia cultural que exista entre el franquiciador y el país en que se pretenda franquiciar, de forma que a mayor distancia, menor parece la tendencia a franquiciar²⁰⁷.

²⁰⁴ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, pp. 254-255; S.C. MICHAEL, “Exporting...”, *cit.*: “The key resource that franchise chains develop is monitoring. Monitoring is the ability to ensure quality across multiple units across the nation (at first) and then around the world (through international expansion)”.

²⁰⁵ S. A. SHANE, *op. cit.*, p. 73; K. FLADMÖE-LINDQUIST / L.L. JACQUE, *op. cit.*, p. 1249.

²⁰⁶ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 61.

²⁰⁷ R. E. CAVES, *op. cit.*, p. 74; S.M. HUSZAG / F.W. HUSZAG / F.S. MCINTYRE, “International franchising in the context of competitive strategy and the theory of the firm”, *International Marketing Review*, n. 9, vol. 5, 1992, pp. 5-18; V. BAENA GRACIÁ, “Selección...”, *cit.*, p. 185.

155. *iii.* Mayor dificultad para el desarrollo del contrato, pues puede que no se comparta la misma idea de negocio, de trato con los clientes, de estándares de calidad, etc., lo que no ocurriría mediante el sistema de expansión mediante acción directa (sucursal o filial en el país de destino).

156. En consecuencia de lo expuesto, la franquicia será una opción muy deseable para el empresario que desea expandirse tanto nacional como internacionalmente. Este sistema puede resultarle eficaz y poco costoso, permitiéndole además reabsorber rápidamente el coste de las inversiones²⁰⁸. Pero la voluntad del empresario principal no es suficiente para que nazca la red de franquicia. Para ello será también necesaria la connivencia del “socio comercial” del franquiciador, el franquiciado.

b. La franquicia para el franquiciado

157. Como se ha visto, las motivaciones del franquiciador así como las ventajas que esta figura comporta para él han sido estudiadas en profundidad por la teoría económica. Sin embargo, tradicionalmente se ha dado un menor peso al rol del franquiciado. Por ello, se dice que la teoría económica sobre la franquicia ha estado siempre centrada en el franquiciador (“*supply-sided*”)²⁰⁹.

158. No obstante, dado que el presente trabajo es un estudio jurídico, resulta esencial comprender el rol y las motivaciones del franquiciado a la hora de celebrar un contrato de franquicia. Tanto el franquiciador como el franquiciado son partes contratantes y asumen derechos y obligaciones, por lo que a continuación se examinará la posición del franquiciado respecto de la franquicia en general (i) y respecto a la franquicia internacional (ii).

i. La franquicia en general

159. Los primeros estudios que tuvieron en cuenta el papel del franquiciado, que datan de los años 90, estimaban que éste era una persona física que se planteaba el ejercicio de una actividad económica²¹⁰. Desde esta perspectiva, la franquicia se consideraba como una forma de empleo autónomo alternativa al trabajo asalariado²¹¹.

²⁰⁸ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, cit.,. 59.

²⁰⁹ E. CRAWFORD SPENCER, *op. cit.*, pp. 56-57.

²¹⁰ P.J. KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 345-362; S.C. MICHAEL, “Exporting...”, *cit.*, p. 7: “*All of papers in the literature discuss the franchisor moving abroad in the same language and the same intellectual constructs as a unitary firm choosing to go abroad. But franchising is different. Franchisors are exporting entrepreneurship, for which prospective individuals in the target nation must respond. In short, there is both a supply of franchises (extended by franchisors) and a demand for franchises (purchased by prospects)*”.

²¹¹ A. PETERSON / R.P. DANT, “Perceived advantages of the franchise option from the franchisee perspective: empirical insights from a service franchise”, *Journal of Small Business Management*, n. 28, vol. 3, 1990, pp. 46-61; J. STANWORTH / P.J. KAUFMANN, “Similarities and differences in UK and US

160. La franquicia como forma de empleo autónomo. El empleo autónomo o por cuenta propia es la actividad laboral independiente no remunerada mediante salario de aquellos que no están sujetos a directrices de terceros y que acceden directamente al mercado de bienes y servicios²¹². Los autores han investigado distintas formas de empleo autónomo, como las profesiones liberales, el emprendimiento desde cero (“*start up*”), la adquisición de una empresa ya en funcionamiento, heredarla o ser ascendido de trabajador a socio. Dentro de esta categoría se incluirían también las formas de asociación tanto verticales –agencia, distribución– como horizontales –sociedades cooperativas, *joint-ventures*...– que permitan proporcionar al individuo una ocupación. Ser franquiciado sería por lo tanto una forma de trabajo autónomo alternativa a otras formas de autoempleo y al trabajo asalariado²¹³.

161. Teorías sobre la elección de la franquicia. Para que exista una franquicia, una vez que el empresario principal haya tomado la decisión de franquiciar, es también necesaria la concurrencia de estos emprendedores que tengan la intención de convertirse en franquiciados. Sobre la forma en que los franquiciados realizan su elección también han surgido distintas teorías.

162. i. Teoría de las motivaciones psicosociales. Los primeros estudios al respecto pusieron su acento en las motivaciones psicosociales del franquiciado y en la activa labor de *marketing* de los franquiciadores para explicar las razones por las que un individuo se decidía a convertirse en franquiciado frente a otras opciones de empleo²¹⁴. En cuanto a las primeras, se decía que la franquicia era percibida como una forma de independencia y de seguridad económica al mismo tiempo (“*in business for yourself, but not by yourself*”)²¹⁵. Por otra parte, se indicó que muchas de las razones de los franquiciados para adquirir una franquicia estaban basadas en las percepciones que los franquiciadores les hacía llegar a través de la promoción de esta forma de negocio, relacionadas sobre todo con el menor riesgo que comporta el mismo respecto a otras

franchise research data: towards a dynamic model of franchisee motivation”, *International Small Business Journal*, n. 14, vol. 3, 1996, pp. 57-70.

²¹² A. VALDÉS ALONSO, “El trabajo autónomo en España: evolución, concepto y regulación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 26, pp. 13-44, p. 23.

²¹³ S.C. MICHAEL / J. COMBS, “Entrepreneurial failure: The case of franchisees”, *Journal of Small Business Management*, Vol. 46, n. 1, 2008, pp. 73-90, p. 73. Sobre el trabajo autónomo en general se puede consultar también P. WESTHEAD / M. WRIGHT, “Novice, Portfolio and Serial Founders: Are they Different?”, *Journal of Business Venturing*, Vol. 13, n. 3, mayo 1998, pp. 173–204; A.C. COOPER / W.C. DUNKELBERG, “Entrepreneurship and Paths to Business Ownership”, *Strategic Management Journal*, Vol. 7, n. 1, 1986, pp. 53–68.

²¹⁴ E. CRAWFORD SPENCER, *op. cit.*, pp. 56-59.

²¹⁵ Esta teoría fue propuesta por J. STANWORTH en varios trabajos: J. STANWORTH, “The franchise relationship: entrepreneurship or independence?”, *Journal of Market Channels*, n. 4, 1995, pp. 161-176; P.J. KAUFMANN / J. STANWORTH, “The decision to purchase a franchise: a study of prospective franchisees”, *Journal of Small Business Management*, n. 33, 1995, pp. 22-33; J. STANWORTH / J. CURRAN, “Colas, Burguers, Shakes and Shirkers: towards a sociological model of franchising in the market economy”, *Journal of Business Venturing*, n. 14, vol. 4, 1999, pp. 323-344.

opciones y a la menor posibilidad de fracaso²¹⁶. Esta teoría descarta que la elección de la franquicia por parte del franquiciado sea una elección racional, considera la franquicia como el “contrato del miedo”²¹⁷. La misma aproxima al franquiciado al consumidor y, como se verá más adelante, es la base de muchos de los planteamientos proteccionistas del franquiciado que han surgido desde el punto de vista normativo.

163. ii. Teoría de los costes de transacción. Los estudios más recientes sobre la elección de la franquicia por parte del franquiciado demostraron que el potencial franquiciado elegirá entre las opciones de empleo y emprendimiento la que maximice su “beneficio neto” (F.J. KAUFMANN y S.C. MICHAEL) o “utilidad” (E.J. DOUGLAS)²¹⁸. De acuerdo con esta perspectiva también el franquiciado realiza una elección racional confrontando los costes y beneficios de las distintas alternativas. Esta tesis está basada en la racionalidad de la decisión por parte del franquiciado en su condición de empresario independiente.

164. Esta teoría permite explicar la elección del franquiciado en términos de costes y beneficios. En cuanto a los beneficios, si bien habrá que estar al caso en concreto, lo habitual es que la opción de convertirse en empresario independiente comporte un beneficio mayor que el ser un trabajador por cuenta ajena. Pero ser empresario independiente conlleva una serie de riesgos que pueden ser difíciles de asumir por algunas personas o empresas. La ventaja de la franquicia frente a la opción de ser empresario independiente es que tales riesgos se ven reducidos. En primer lugar, porque consiste en la explotación de un negocio que tiene ciertas garantías de éxito, pues ya ha funcionado anteriormente. En segundo lugar, porque el franquiciado no se encuentra “solo” al explotar dicho negocio²¹⁹. El franquiciado gana fuerza aprovechando el apoyo del franquiciador y las sinergias de toda la red. Estas sinergias se ponen de manifiesto en muchos aspectos, por ejemplo, frente al consumidor, por el impacto publicitario del grupo, frente a los proveedores, por la posibilidad de suministrar a todos los miembros de la red, frente a las compañías financieras o de seguros, por el aumento del poder negociador que supone el estar respaldado por una gran insignia²²⁰.

165. Modelos basados en el análisis de costes y beneficios. En base a este cálculo racional de la opción más eficiente se han creado modelos que configuran la eficiencia o utilidad de la franquicia para el franquiciado como una variable que

²¹⁶ Esta forma de actuar ha sido criticada por R.D. BLAIR / F. LAFONTAINE, *The Economics of Franchising*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 44 y E. CRAWFORD SPENCER, *op. cit.*, p. 59.

²¹⁷ F. TRÍAS DE BES, *El libro prohibido de la economía*, Espasa, Barcelona, 2015, p. 218.

²¹⁸ S. C. MICHAEL, “Determinants...”, *cit.*, p. 271; P.J. KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 345-362; S.C. MICHAEL, “Exporting...”, *cit.*, pp. 1-12; E.J. DOUGLAS / D.A. SHEPHERD, “Entrepreneurship as a utility maximizing response”, *Journal of Business Venturing*, vol. 15. N. 3. 2000, pp. 231-251.

²¹⁹ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 257.

²²⁰ M. BESCÓS TORRES, *Factoring y franchising. Nuevas técnicas de dominio de los mercados exteriores*, Pirámide, Madrid, 1990, p. 121; E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 272.

depende de los ingresos esperados, el esfuerzo de trabajo requerido, la exposición al riesgo y la independencia²²¹. Otros han añadido otras variables a considerar como la formación por expertos y la ventaja competitiva frente a otros pequeños y medianos negocios autónomos²²².

166. i. Ingresos esperados e inversión: Se ha indicado que el franquiciado preferirá la franquicia en los casos en que le permita comenzar su explotación con un patrimonio inicial reducido, o en que se le permita tener facilidades financieras por el hecho de contratar con el franquiciador (muchos franquiciadores ofrecen créditos a los propios franquiciados o se los facilitan mediante acuerdos con entidades bancarias)²²³. En cuanto a los ingresos esperados, se tendrán en cuenta los *royalties* y cánones exigidos por el franquiciador y la comparación con la posibilidad de emprender el mismo negocio por su cuenta, frente a lo que la franquicia suele aparecer como una opción mucho más rentable²²⁴.

167. ii. Esfuerzo de trabajo e independencia. Esta variable influye sobre todo en la elección de la franquicia frente al trabajo asalariado. Se evitan también preocupaciones en relación a la política de aprovisionamiento, que queda controlada por el franquiciador.

168. iii. Exposición al riesgo y nombre ya establecido de la empresa franquiciadora. Con la franquicia, el riesgo que conlleva ejercer una actividad empresarial se ve reducido de manera considerable. El franquiciado distribuye productos que ya han sido lanzados previamente con éxito al mercado, apoyándose en esos signos que caracterizan a la empresa franquiciadora²²⁵.

169. iv. Formación. El franquiciado será beneficiario de una serie de conocimientos otorgados a través del franquiciador así como de la asistencia técnica de expertos, que le asesorarán en varios aspectos en los que puede no tener experiencia o conocimientos previos, como puede ser la selección del personal, la contabilidad, y otras prestaciones como el funcionamiento de maquinaria o el *marketing*.

170. v. Ventaja competitiva frente a otras pequeñas y medianas empresas. El franquiciado suele además disfrutar de la exclusividad del producto en un determinado territorio, lo que le da ventaja frente a sus competidores. Además, el estar integrado en una red le permite quebrar su aislamiento en el mercado, adaptarse mejor que aquéllos a

²²¹ E.J. DOUGLAS / D.A. SHEPHERD, *op. cit.*, p. 231.

²²² A. PETERSON / R.P. DANT, *op. cit.*, p. 46; J. STANWORTH / P.J. KAUFMANN, "Similarities and differences in UK and US franchise research data: towards a dynamic model of franchisee motivation", *International Small Business Journal*, n. 14, vol. 3, 1996, pp. 57-70.

²²³ E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 27; R. BALDI, *El Derecho...*, *cit.*, p. 128.

²²⁴ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 121.

²²⁵ A. FRIGNANI ET AL., *Il franchising*, Buffetti, Milán, 1985, p. 244.

una economía en permanente cambio, que exige una renovación permanente de materiales, métodos de venta, publicidad...²²⁶

171. La franquicia como forma de negocio. Estas teorías que contemplan la franquicia como una alternativa al trabajo asalariado parecen ajustarse poco a la realidad actual de la franquicia, sobre todo en su plano internacional. Actualmente el franquiciado no es únicamente un individuo, sino que puede ser también una persona jurídica de tamaño considerable, que actúe como máster franquiciado o franquiciado de área, que no busca emplearse sino que contempla la franquicia como una alternativa más dentro de su cartera de negocios.

ii. La franquicia internacional

172. La internacionalización del sector de la franquicia ha de contemplarse también desde dos puntos de vista o “direcciones”. Además de la internacionalización “hacia fuera”, es decir, la expansión más allá de las fronteras de una empresa nacional mediante el método de la franquicia (perspectiva del franquiciador) se ha de considerar la internacionalización “hacia dentro”, es decir, la contratación por parte de los empresarios locales con un franquiciador extranjero (perspectiva del franquiciado)²²⁷.

173. Desde este punto de vista “*ad intra*” se ha de tener en cuenta que la franquicia nació en Europa como una relación internacional. Como se ha indicado, eran empresas americanas las que contrataban con empresas europeas para reproducir en este continente su éxito comercial²²⁸. Pese a ello, al igual que en relación a la franquicia nacional, los estudios relativos a la franquicia internacional también se habían centrado únicamente en el punto de vista del franquiciador. Sin embargo, la atención se dirigió también al franquiciado cuando uno de los últimos estudios realizados reveló que la decisión del franquiciador de extender su negocio a otro Estado podía depender de un contacto previo a dicho franquiciador por parte de un potencial franquiciado de dicho Estado. Es decir, la franquicia internacional puede ser una realidad “dirigida por la demanda” (“*demand driven*”)²²⁹.

174. Nota. Esta posibilidad es común en la práctica. En muchas páginas web de franquiciadores es frecuente encontrar un mapa del mundo con las zonas en verde de los Estados en que aún no se ha expandido la franquicia, donde se solicita el contacto de posibles franquiciados en dichos países. Un ejemplo de empresa que utiliza esta técnica es la franquicia alemana de comida italiana *Vapiano*²³⁰.

²²⁶ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, cit., p. 120.

²²⁷ A. FERNÁNDEZ NOGALES / E. MARTÍNEZ CASTRO / A. REBOLLO, “1977-2006...”, cit., p. 176.

²²⁸ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 103.

²²⁹ S.C. MICHAEL, “Exporting...”, cit., p. 4.

²³⁰ Véase en: <http://www.vapiano.com/en/franchising/available-territories/> (fecha última consulta: 20/03/2017).

175. La elección de la franquicia internacional. Desde el punto de vista del franquiciado, la decisión de contratar con un franquiciador extranjero también se basará en un análisis de costes y beneficios. Este análisis cuenta con algunas especialidades por el carácter internacional de la situación.

176. En primer lugar, las alternativas del franquiciado no serán únicamente el empleo mediante salario y el autoempleo o empleo autónomo, sino que también lo será el convertirse en franquiciado de una insignia nacional. En segundo lugar, la decisión del franquiciado dependerá de varios factores que no se encuentran presentes en la elección de la franquicia en el ámbito interno, entre los que se encuentran factores políticos, estratégicos y culturales²³¹.

177. Respecto a los factores políticos, se ha de considerar la estabilidad de las relaciones internacionales del país del franquiciado. Ésta es necesaria para asegurar que los individuos que realizan inversiones grandes como la adquisición de una franquicia no van a verse afectados por las políticas gubernamentales²³².

178. Ejemplo. Tras las sanciones occidentales al Estado ruso por la crisis de Ucrania en 2014, el gobierno de Rusia procedió al cierre de al menos diez restaurantes de la cadena *McDonald's* en Rusia²³³. Obviamente, los potenciales franquiciados rusos se pensarán mucho en el futuro el contratar con franquiciadores norteamericanos.

179. Entre los factores estratégicos se tendrán en cuenta la capacidad del Estado receptor de construir marcas a través de la publicidad (a mayor capacidad de que la marca sea difundida, mayor incentivo a ser franquiciado internacional) y la fuerza de las marcas internacionales frente a las nacionales en el sector de mercado en que se quiere franquiciar²³⁴. También se debería considerar si la idea de negocio que se quiere reproducir está ya presente en el Estado del franquiciado (a mayor presencia, menor incentivo para entablar una relación de franquicia internacional).

180. Por último, en cuanto a los factores culturales, se destaca la distancia “cultural”, y también física, entre el país del franquiciado y el del franquiciador (a mayor distancia, menor incentivo a ser franquiciado internacional)²³⁵.

²³¹ S.C. MICHAEL, “Exporting...”, *cit.*, p. 2.

²³² K. FLADMÖE-LINDQUIST / L.L. JACQUE, *op. cit.*, 1249.

²³³ “El Kremlin contra McDonald's”, *Diario El País*, 21 octubre de 2014, disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2014/10/21/actualidad/1413918549_461474.html (fecha última consulta: 20/03/2017).

²³⁴ E. CAVES / W. F. MURPHY, *op. cit.*, pp. 572-589.

²³⁵ S.C. MICHAEL, “Exporting...”, *cit.*, p. 4.

181. *Ventajas de la franquicia internacional.* Si bien, como se ha indicado, el análisis del franquiciado ha de realizarse caso por caso, la doctrina ha puesto de manifiesto las ventajas que suele comportar para el emprendedor el decantarse por la franquicia internacional²³⁶:

182. i. La franquicia internacional permite una innovación permanente que puede no estar a su alcance si franquicia con empresas de su propio Estado.

183. ii. Supone el acceso a una marca y a un prestigio a nivel internacional, que suele comportar más beneficios que las empresas enteramente nacionales y ello sin el riesgo que comportaría una *joint venture* con dicho empresario extranjero.

184. iii. Le permite competir con grandes superficies o filiales de otras multinacionales, lo que generalmente no estaría a su alcance mediante un acuerdo de distribución o de agencia o con un acuerdo de franquicia nacional.

185. *Inconvenientes de la franquicia internacional.* La doctrina también ha concretado los costes que para el franquiciado puede suponer el entablar una relación de franquicia con un franquiciador extranjero:

186. i. Mayor dificultad a la hora de tomar una decisión informada para convertirse en franquiciado, por diferencias en el idioma, en la normativa contable, etc.

187. ii. Normalmente mayor canon de entrada que en el caso de las franquicias nacionales, pues las franquicias internacionales, como se ha indicado anteriormente, suelen contar con una red más fuerte y prestigiosa que las nacionales²³⁷.

188. iii. Mayor posibilidad de verse afectado por información precontractual engañosa, pues a nivel internacional resulta más difícil controlar las conductas ilícitas de los franquiciadores (por ejemplo, el lanzamiento de una oferta incompleta o capciosa, que sobrevalora la rentabilidad de la franquicia o que sale al mercado después de haber recogido los frutos de campañas de venta promocionales apresuradas dispuestas con el único fin de aumentar las cifras de negocio)²³⁸.

189. iv. Costes de transacción derivados de la diferencia cultural. Las distintas culturas tienen preferencias diferentes en la gestión de problemas, la negociación, las comunicaciones, la preferencia por un comportamiento cooperativo o competitivo y los procedimientos de resolución de controversias. En las franquicias internacionales, estos

²³⁶ A. ORTEGA GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 229.

²³⁷ Los franquiciadores internacionales suelen ser aquellos que llevan más tiempo en el negocio y que cuentan con un mayor número de unidades en su cadena interna. Al respecto S. M. HUSZAGH / F.W. HUSZAGH / F. S. MCINTYRE, *op. cit.*, p. 5.

²³⁸ E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 85; E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, pp. 254-255.

costes suelen ser altos, pues se requiere un nivel alto de comunicación y negociación, y en ocasiones se generan conflictos²³⁹.

190. Ejemplo. En la negociación y resolución de conflictos influye de manera decisiva la forma de comunicarse, que depende de factores culturales, sociales, económicos, etc. En las culturas denominadas “de bajo contexto” (por ejemplo, Reino Unido, Países Bajos, Estados Unidos) el interlocutor es directo en sus palabras y utiliza formas de comunicación tanto verbal como no verbal muy claras; de forma opuesta, en las culturas denominadas “de alto contexto” (como puede ser Japón, Emiratos Árabes Unidos y la mayoría de Estados latinoamericanos) la comunicación verbal es mucho menos directa y se otorga un valor muy relevante a las actitudes y circunstancias de la comunicación²⁴⁰.

191. En conclusión, tal y como puede observarse, el tratamiento del franquiciado, tanto en el plano interno como en el internacional, no ha sido tan desarrollado desde el punto de vista económico como el del franquiciador y puede encontrarse algo desfasado. Hoy en día el franquiciado, sobre todo en el plano internacional, no es sólo un individuo que se plantea el emprendimiento como una alternativa “romántica” al trabajo asalariado, sino que puede ser un empresario experto en negocios internacionales, dispuesto a construir toda una red de franquicias en un territorio desconocido para el franquiciador. Quizá este “subdesarrollo” del estudio económico del franquiciado sea el culpable del tratamiento reduccionista que, como se verá a continuación, recibe el franquiciado desde el punto de vista normativo, donde muchos le consideran exclusivamente como un individuo digno de protección muy próximo al consumidor.

B. PERSPECTIVAS NORMATIVAS

192. Las perspectivas normativas son el “puente” entre la realidad económica y la regulación jurídica de una práctica comercial. Éstas proporcionan, desde el punto de vista del deber ser y a la luz de la realidad económica, las directrices que han de guiar a los jueces y legisladores a la hora de proporcionar normas jurídicas sobre una determinada institución.

193. En cuanto a la franquicia, la doctrina ha afirmado reiteradamente que puede convertirse en una fuente de riesgos para el franquiciado y lo ha considerado la parte contractual “más débil”, merecedora de cierta protección jurídica (apartado a). Frente a estas teorías, otros autores han señalado que estas desigualdades no pueden atribuirse al contrato de franquicia en sí, sino a su “patología”, es decir, a un “comportamiento

²³⁹ P.B. SMITH ET AL., *Understanding social psychology across cultures*, Sage, Londres, 2013, pp. 256-261.

²⁴⁰ O. LLAMAZARES GARCÍA-LOMAS, *Aspectos clave de la negociación internacional*, ICEX, Madrid, 2011, p. 12.

anormal y a la actitud engañosa del franquiciador”²⁴¹, por lo que el franquiciado no debería ser objeto de protección alguna (apartado b). A continuación se analizarán ambas visiones, pues una y otra tienen influencia sobre el tratamiento normativo que recibe este contrato tanto a nivel sustantivo como de Dopr..

a. La necesidad de reequilibrio de la relación

194. Es una idea extendida que los franquiciados son la parte débil de la relación y que por lo tanto se les ha de proteger jurídicamente²⁴². Ocurre con esta figura algo similar a lo que sucede con los contratos de distribución, en los que se reconoce como regla general al distribuidor como parte débil²⁴³. Esta posición es incluso más acentuada en relación a la franquicia que a la distribución, pues en esta última las excepciones son más evidentes²⁴⁴.

195. Ejemplo. En una relación de distribución indirecta resulta cada vez más habitual que sea el distribuidor quien imponga sus condiciones económicas al empresario principal, como ocurre en el caso de las grandes cadenas de hipermercados y de grandes superficies de venta de electrodomésticos, productos de bricolaje o ropa deportiva²⁴⁵.

²⁴¹ E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 27.

²⁴² Este punto de vista está muy extendido en la literatura tanto jurídica como más divulgativa acerca de la franquicia. Véase, por ejemplo, A. MOTTET HAUGAARD / M. VERHULST, “La nouvelle loi relative à l’information précontractuelle dans le cadre d’accords de partenariat commercial”, *D.A.O.R.*, 2006, pp.103-134, p.103; P.C. LAGARIAS, “Uniformity in California Franchise Agreements.” *Franchise Law Journal* 21, 2002, pp. 136–51; H. AGUILAR GRIEDER, *Protección del agente en el derecho comercial europeo*, Colex, Madrid, 2007, p. 106; J.A. ECHEBARRÍA SÁENZ, *op. cit.*, pp. 474-477, F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 574-575; K.P. PIBLER, “Franchising”, *cit.*, p. 727; O. BUENO DIAZ, *op. cit.*, p. 25.

²⁴³ P. CRAHAY, *Les contrats internationaux d’agence et de concession de vente*, LGDJ, Paris, 1991, p. 18; A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, *cit.*, p. 269; J. MASEDA RODRIGUEZ, *op.cit.*, p. 51; A. NUYTS, *La concession de vente exclusive, l’agence commerciale et l’arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 8; ID., “L’application des lois de police dans l’espace (réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)”, *RCDIP*, 1999-I, pp. 31-74 y 1999-II, pp. 245-265, p. 40; C. VERBRAEKEN, “La loi applicable aux contrats de concession de vente exclusive comportant un ou plusieurs éléments d’extranéité”, en VV.AA., *Hommage à Jacques Heenen*, Bruylant, Bruselas, 1994, pp. 557-570, p. 561.

²⁴⁴ R. A. POSNER, “Antitrust policy and the Supreme Court: an analysis of the restricted distribution, horizontal merger and potential competition decisions”, *Columbia Law Rev.*, n.1-1975, pp. 282-327; C. PAZ ARES, “La terminación...”, *cit.*; D. FERRIER, “L’intérêt commun dans le contrat de concession”, *Cahiers de Droit de l’entreprise*, n.6, 1979, pp.12-19; R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 300.

²⁴⁵ *Vid.* “Los proveedores de Mercadona”, *Diario Expansión*, 2 marzo 2009, disponible en: <http://www.expansion.com/2009/03/02/catalunya/1235984499.html>, fecha última consulta: 20/03/2017). La idea del distribuidor como parte débil parece que comienza a superarse, véase el Informe COMISIÓN EUROPEA, “Hacia un mercado interior del comercio y de la distribución más justo y eficaz en la perspectiva de 2020”, COM (2010)355 final, Bruselas, 2010, p. 9, que señalaba como un impedimento para la consecución del mercado interior la aplicación de condiciones contractuales injustas a los proveedores primarios por parte de los grandes distribuidores. También se hace referencia a la cuestión en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Los precios de los productos alimenticios en Europa”, COM (2008)591 final, Bruselas, 2008.

196. La idea del franquiciado como parte débil necesitada de protección jurídica parte del enfoque económico antes mencionado según el cual el franquiciado es un individuo que no toma la decisión de convertirse en franquiciado de forma racional, sino motivado por razones “psicosociales” y por la imagen de la franquicia que difunden los franquiciadores, lo que puede llevar al franquiciador a cometer abusos tanto a la hora de negociar el contrato como de ejecutarlo²⁴⁶.

197. Fase de negociación. Los autores que califican al franquiciado como parte débil de la relación consideran que su desigualdad comienza con un menor poder de negociación del contrato. Afirmaciones como “*almost by definition, the franchise relationship involves inequality in bargaining power*”²⁴⁷ son prueba de ello. Este desequilibrio vendría del hecho de que la franquicia se instrumenta muchas veces a través de un contrato “tipo” (“*standard form contract*”) redactado unilateralmente por el franquiciador e inclinado a su favor que se ofrecería al franquiciado en una lógica “*take-it-or-leave-it*”²⁴⁸. Manifestaciones del mayor poder de negociación del franquiciador serían, por ejemplo, las cláusulas que impusieran un control excesivo sobre el franquiciado, que establecieran condiciones de terminación mucho más favorables para el franquiciador o, en los casos internacionales, que eligieran unos tribunales o una Ley aplicable exclusivamente en su propio beneficio²⁴⁹.

198. El franquiciado permitiría estos abusos y firmaría estos contratos porque éste necesitaría más al franquiciador que el franquiciador al franquiciado²⁵⁰. De acuerdo con estos planteamientos, si un emprendedor pretende competir en el mercado con garantías de éxito, tendrá que optar por contratos como la franquicia o la concesión. Según estos autores, si no se acude a estas formas jurídicas, sus posibilidades de presentar una alternativa seria a las grandes empresas, sobre todo en relación a ciertos productos (como coches, máquinas especializadas, alta tecnología) son muy escasas. En cambio, el productor o empresario principal podría conseguir la comercialización de sus productos de muchas otras formas (como ya se ha expuesto, distribución directa,

²⁴⁶ E. CRAWFORD SPENCER, *op. cit.*, p. 83, ofrece otra explicación al respecto que resulta igualmente acertada. Señala que este punto de vista se basa en la adopción de la “Justicia” como criterio normativo, mientras que la otra perspectiva, el franquiciado y el franquiciador en igualdad de condiciones, se basaría en la “eficiencia económica”.

²⁴⁷ G. F. CARPINELLO, *op. cit.*, p. 67.

²⁴⁸ J.A. BRICKLEY / S. MISRA / R. L. VAN HORN, “Contract Duration: Evidence From Franchising”, *Journal of Law and Economics*, vol. XLIX, April 2006, pp. 173-196 cita como ejemplo el siguiente extracto de una Sentencia de la Appellate Court de California: “*The agreements themselves tend to reflect this gross bargaining power disparity. Usually they are form contracts the franchisor has prepared and offered to franchisees on a take-it-or-leave-it basis. . . . Indeed such contracts are sometimes so one-sided, with all the obligations on the franchisee and none on the franchisor, as not to make them legally enforceable*” (*Postal Instant Press v. Sealy*, 52 Cal. 2d 365, 373 [Cal. Ct. App. 1996])”.

²⁴⁹ E. CRAWFORD SPENCER, *op. cit.*, p. 83.

²⁵⁰ S. D. HUNT / J. R. NEVIN, “Power in a channel of distribution: sources and consequences”; *Journal of Marketing Research*, vol. 11; mayo 1974, pp. 186-193, esp. p. 186.

distribución directa mediante agentes, distribución indirecta no exclusiva, distribución selectiva o distribución en exclusiva)²⁵¹.

199. Fase de desarrollo de la relación. Según estos planteamientos, la desigualdad entre las partes se manifiesta también en el desarrollo de la relación contractual, una relación que por su propia naturaleza se encuentra desequilibrada. No sólo se obliga al franquiciado a asumir los riesgos de la compra del *stock* y la reventa del mismo, sino que además se le exige someterse a las indicaciones y al control del franquiciador²⁵². Esta dependencia y mayor riesgo asumido por el franquiciado se pondría especialmente de manifiesto en el momento de la ruptura del vínculo contractual, que dejaría al franquiciado en una situación muy desventajosa: ya no puede sostener sus inversiones, no se puede apoyar en la marca para obtener más clientes y no tiene tiempo para preparar su readaptación al mercado²⁵³.

200. Además, el franquiciador realizaría conductas oportunistas durante el desarrollo del contrato, con el fin de maximizar su beneficio a costa del beneficio del franquiciado. Así, aprovecharía su facultad de control para subir los precios de los bienes que le suministra en exclusiva, incrementar la renta, aumentar los *royalties*, no utilizar los fondos de publicidad u obligarle a participar en programas promocionales. Dado que el franquiciado ha realizado inversiones a fondo perdido al comienzo de la franquicia, este tenderá a permanecer en el sistema aunque sus beneficios disminuyan, hasta el momento en que la cantidad de pérdidas que soporte sean las mismas que las que tendría al abandonar el negocio y vender sus activos²⁵⁴.

201. Por todo lo expuesto, según estas perspectivas proteccionistas, la regulación del contrato de franquicia ha de ir encaminada a reequilibrar la posición contractual de todos los franquiciados, o al menos de aquéllos en que se diera esta desigualdad²⁵⁵. Esta sería la única forma de que les compense contratar y sólo así se firmarían más contratos de franquicia²⁵⁶.

²⁵¹ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 52.

²⁵² Los autores que parten de este enfoque incluso han llegado a definir el poder en las relaciones de franquicia como “la capacidad del franquiciador de controlar las variables de decisión empresariales del negocio del franquiciado” (S. D. HUNT / J. R. NEVIN, *op. cit.*, p. 186). E. SCHANZE también ha defendido la contradicción por naturaleza entre los contratos de franquicia y la idea de igualdad entre las partes durante la vigencia del contrato en E. SCHANZE, *Symbiotic Contracts*, Nomos, Baden-Baden, 1991, p. 96.

²⁵³ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, pp. 167-168.

²⁵⁴ G.K. HADFIELD, *op. cit.*, p. 952; C. FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ, *Fundamentos de derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 378.

²⁵⁵ La doctrina alemana propuso en los ochenta una distinción entre distintos tipos de franquicia en función del equilibrio de poder entre las partes: la “franquicia de subordinación” y la “franquicia de cooperación”, que pretendía ofrecer protección únicamente a los franquiciados del primer tipo (M. MARTINEK, *Franchising. Grundlagen der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Behandlung der vertikalen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen*, Decker, Heidelberg, 1987, esp. p. 256 y ss.), pero esta distinción no se impuso en la práctica judicial.

²⁵⁶ P. CRAHAY, *Les contrats...*, *cit.*, p. 11; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 168, respecto a los contratos de concesión, según el cual el distribuidor se compromete con el fabricante no sólo porque considera la

202. Reflejo en las leyes y en la jurisprudencia. La idea del franquiciado como parte débil del contrato merecida de protección ha sido recogida por las leyes y la jurisprudencia de muchos Estados miembros de la UE. Estos Estados, junto con el principio de libertad de empresa y de autonomía de la voluntad, han consagrado la necesidad de tutela del franquiciado entre los principios rectores de la regulación de la franquicia. La inclusión de este principio no es baladí, pues una posición más o menos protectora del franquiciado puede incidir incluso en la competitividad nacional²⁵⁷.

203. Como se verá a lo largo de este estudio, la tutela legislativa y jurisprudencial del franquiciado se ha llevado a cabo a través de la previsión de un régimen especial, bien para el franquiciado exclusivamente, bien junto con otros contratantes también considerados “débiles” (como el distribuidor, el agente y otros contratantes de duración). Esta protección puede tomar dos formas:

204. i. Régimen indisponible de Derecho sustantivo en relación a ciertos aspectos de la relación. Este régimen se ha instituido bien mediante normas específicas, bien mediante el desarrollo jurisprudencial y se ha dirigido a los siguientes aspectos: (i) al momento previo a la celebración del contrato, estableciendo obligaciones de información precontractual a cargo del franquiciador²⁵⁸, (ii) al desarrollo de la relación contractual, previendo la posibilidad de resolución del contrato y/o de una indemnización a favor del franquiciado en caso de que el franquiciador abuse injustificadamente de su posición dominante y (iii) a la terminación del contrato, diseñando un régimen que prevea la obligación de preaviso y/o de indemnización al franquiciado en caso de resolución unilateral del contrato por el franquiciador²⁵⁹.

concesión el mejor medio para afrontar la competencia respecto a otros empresarios, sino también porque el legislador le asegura un cierto margen de recuperación frente a una posible ruptura contractual intempestiva.

²⁵⁷ J. FONTCUBERTA LLANES, *op. cit.*, p. 24.

²⁵⁸ Se parte de la protección del franquiciado en los arts. X.26 a X.34 de Código de Derecho Económico belga (*Code de Droit économique*, MB 29 marzo 2013, p. 19975). También se pretendía lo mismo en el Proyecto de Ley sobre Contratos de Distribución español, aplicable a la franquicia, cuya Exposición de Motivos indicaba que “*los distribuidores, con frecuencia, (...) a la hora de contratar están en una posición subordinada respecto a sus proveedores o suministradores*”. Esta revelación de información se exige también en los Estados Unidos en la norma *Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising*, promulgada por la *Federal Trade Commission (FTC Franchise Rule)*, USA Federal Register, vol. 72, n. 61, 30 marzo 2007, part V, 16 CFR Parts 436 and 437, pp. 15.444-15.571.

²⁵⁹ Las cuestiones derivadas de la extinción de la relación contractual son las que más problemática suscitan en relación a los contratos de distribución y de franquicia. Bajo las mismas subyace el tema de si el franquiciado o el distribuidor son merecedores de una protección cualificada. La protección mediante leyes que exijan para la terminación un incumplimiento por el franquiciado o una justa causa (*good cause*) se ha adoptado por ejemplo en Bélgica y los Estados de Arkansas, California, Connecticut, Delaware, Hawaii, Illinois, Indiana, Iowa, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Nebraska, New Jersey, North Dakota, South Dakota, Virginia, Washington y Wisconsin. La postura que permite la ruptura pero establece el derecho del distribuidor o franquiciado a una indemnización por parte del empresario principal, que se encuentre en relación con el valor reconocible a la nueva clientela aportada al negocio por el primero como resultado de su labor (“indemnización por clientela”) es la que viene siguiendo, por ejemplo, la jurisprudencia española, si bien no lo hace de forma automática, sino valorando

205. Ejemplo. En algunos Estados se aplica a la franquicia la doctrina de la “indemnización por clientela”, que aún en los casos en que el derecho de terminación se ejercite por el franquiciador de forma legítima, estima que ha de satisfacerse al franquiciado una compensación por el “*goodwill*” aportado a la empresa principal²⁶⁰.

206. ii. Régimen indisponible de Dipr. favorable al franquiciado. Esta vía se suele emprender para asegurar la imperatividad internacional del régimen de protección, de forma que las relaciones internacionales de franquicia no puedan escapar a las normas imperativas internas. Se materializa en la exclusión de la autonomía de la voluntad, en el establecimiento de la competencia judicial internacional de unos tribunales próximos al franquiciado y en la aplicación de una Ley que le sea favorable o al menos próxima²⁶¹.

b. No reequilibrar lo ya equilibrado

207. Otro sector doctrinal ha mantenido una posición contraria a la anterior, según la cual las relaciones de franquicia se encuentran perfectamente equilibradas, por lo que se recomienda una intervención mínima del legislador²⁶². Según este enfoque, para considerar si el franquiciado ostenta una posición de dominio sobre el franquiciado únicamente habría que considerar la fase negociadora del contrato, en la que se ponen de manifiesto los denominados como “*market powers*”, y no la fase de desarrollo de la relación contractual, en que se pondrían de manifiesto los “*relational powers*”²⁶³.

208. Fase de desarrollo de la relación. Conforme a este punto de vista, la fase de desarrollo de la relación contractual, que pretende presentarse como desequilibrada en

si en el caso concreto existe un enriquecimiento injusto por parte del principal o franquiciador en relación a la clientela generada por el distribuidor o franquiciado, de la que pueda aprovecharse posteriormente. Vid., entre otras, SSTS 21 enero 2009 (RJ\2009\552) y 20 julio 2007 (RJ\2007\5071).

²⁶⁰ C. PAZ ARES, “La terminación...”, *cit.*, p. 9.

²⁶¹ Es un ejemplo de lo anterior el *Code de Droit Économique* belga, aplicable según la mayoría de la doctrina a la franquicia de duración indefinida con efectos en territorio belga. La misma establece: “*Le concessionnaire lésé, lors d'une résiliation d'une concession de vente produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge, peut en tout cas assigner le concédant, en Belgique, soit devant le juge de son propre domicile, soit devant le juge du domicile ou du siège du concédant. Dans le cas où le litige est porté devant un tribunal belge, celui-ci appliquera exclusivement la loi belge*” (art. X.39 CDE).

²⁶² Entre estos autores destacan A. SILBERMAN, “The Myths of Franchise Market Power”, *Antitrust L.J.*, vol. 65, 1996, pp. 181-221; B. KLEIN, “Market Power in franchise cases in the wake of Kodak: applying post-contract hold-up analysis to vertical relationships”, *Antitrust Journal Law*, vol. 67, 1999-2000, pp. 283-326; B. QUINN / A. M. DOHERTY, “Power and control in international retail franchising: evidence from theory and practice”, *International Marketing Review*, n. 17, 4/5, 2000, pp. 354 – 372. Esta perspectiva llegó también a Europa respect a los contratos de concesión: M. MAYMON GOUTALLOY, “Contre une intervention législative en matière de concession commerciale”, *Rev. trim. Dr. Comm.*, vol. 35, n.4, 1982, pp. 519-538, esp. p. 523; J. THREARD, “Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur?”, *Rev. trim. Dr. Comm.*, 1972, pp. 537-573, esp. p. 549.

²⁶³ A. SILBERMAN, *op. cit.*, p. 181.

favor del franquiciador, estaría en realidad prevista para el beneficio de ambas partes contratantes. Es cierto que es el franquiciado quien asume un mayor riesgo y el franquiciador quien ejerce potestades de control sobre el franquiciado (“*relational power*”), pero esta estructura resulta indispensable para el buen funcionamiento del contrato de franquicia. El control del franquiciador es un requisito indispensable para que se preserve la uniformidad de la red, clave del éxito del sistema, ante el riesgo de “*free-riders*” o franquiciados oportunistas²⁶⁴. El franquiciador ha de proteger el buen nombre de la marca y del patrimonio inmaterial que cede al franquiciado y por ello ejerce un control sobre su actividad, un control que revierte en beneficio de ambos²⁶⁵. Los defensores de esta postura la ilustran con la hipótesis siguiente: si el franquiciador decidiera abandonar la red y cediera a cada uno de los franquiciados el control y la titularidad de los derechos inmateriales que ostentaba, los franquiciados terminarían por “inventar” un nuevo franquiciador, al que encargarían el control de calidad y al que volverían a transmitir la propiedad de los derechos inmateriales que explotan²⁶⁶.

209. En cuanto al riesgo de que el franquiciador, en ejercicio de ese control, pueda emprender conductas oportunistas, esta postura considera que se trata de incumplimientos de lo acordado por las partes, que pueden resolverse *a posteriori* ante los tribunales sin que sea necesaria una intervención legislativa específica y que estos incumplimientos tienen la misma gravedad que los que pueden derivarse de las conductas oportunistas del franquiciado al aprovecharse de la red²⁶⁷.

210. Fase de negociación. En consecuencia, para determinar si el franquiciado se considera la parte débil de la relación contractual únicamente habría que prestar atención a su “*market power*” y al del franquiciador, es decir, a sus posiciones en el mercado en el momento de la negociación. Según este enfoque, este análisis ha de realizarse caso por caso, de forma que no puede afirmarse que el franquiciado sea la parte débil en todo caso ni que el mismo haya de ser protegido automáticamente por la legislación²⁶⁸.

²⁶⁴ L. VOGEL (dir.), *La franchise au Carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats. États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 2011, p. 23. También E. CRAWFORD SPENCER, *op. cit.*, pp. 71-73; G.K. HADFIELD, *op. cit.*, p. 949; C. PAZ ARES, “La terminación...”, *cit.*, p. 10.

²⁶⁵ Como indican B. KLEIN / L. SAFT, “The Law and Economics of franchise tying contracts”, *Journal of Law and Economics*, vol. 28, n. 2, 1985, pp. 345-361, p. 349, el control del franquiciador sobre el franquiciado obedece a evitar el efecto “*free-riding*” por parte del franquiciado, esto es, que se beneficie de la marca del franquiciador ofreciendo unos bienes o unos servicios de peor calidad que los del estándar de la marca, o esforzándose por vender solamente hasta donde le es beneficioso a él y no más allá, como desearía el franquiciador. Con ello, el franquiciado obtendría un margen de beneficio mayor que los demás franquiciados pero dañaría seriamente el prestigio de la totalidad de la red de franquicia y de la marca asociada a la misma. Este control por parte del franquiciador sería un mecanismo de cumplimiento del contrato creado por las propias partes (“*self-enforcement*”).

²⁶⁶ C. PAZ ARES, “La terminación...”, *cit.*, p. 21.

²⁶⁷ G.K. HADFIELD, *op. cit.*, p. 953.

²⁶⁸ En la jurisprudencia *antitrust* norteamericana, cuando se ha medido el “poder de mercado” del franquiciador, se ha llegado en muchas ocasiones a considerar que éste no ostentaba una posición

211. Esta perspectiva centrada en el punto de vista precontractual pone en duda la diferencia que pueda existir entre un franquiciado y cualquier otro empresario que quiera emprender una actividad de forma independiente mediante el razonamiento siguiente: que el riesgo esté distribuido asimétricamente durante la vigencia del contrato no tiene por qué obedecer a una situación de mayor poder del franquiciador en el momento de la negociación del contrato, puesto que ese momento el franquiciador se encuentra en un mercado en el que tiene competencia²⁶⁹.

212. En el caso particular de la franquicia, el franquiciador compite no sólo en el mercado de los consumidores, sino también en el mercado de los candidatos a franquiciados, es decir, compite en el mercado con otras empresas franquiciadoras que ofrecen a los potenciales franquiciados unas ventajas similares a las suyas, de forma que a éstos podría resultarle deseable asociarse a la imagen y a la marca de varios franquiciadores²⁷⁰. Los potenciales franquiciados tomarán su decisión de asociarse a un concreto franquiciador en función de las condiciones de la oferta de cada franquiciador en particular²⁷¹. En consecuencia, se pueden distinguir dos escenarios distintos en el momento de la celebración del contrato:

213. i. Situación de poder del franquiciador. Se asocia a los casos en que el franquiciador dispone de una marca notoria con gran prestigio, en la que éste ha realizado grandes inversiones. Suelen ser negocios ya consolidados, en que la referencia del franquiciador tiene una cuota de mercado muy superior a la de las demás empresas que operan en el sector. En estos casos sí que existirá una política de “*take it or leave it*”, que restringirá el poder negociador (“*bargaining power*”) de los franquiciados, y que les puede llevar a aceptar alguna cláusula abusiva. Sobre si debería existir protección legislativa para estos franquiciados existe discrepancia, aunque la mayoría de los autores de esta teoría optan por una respuesta negativa, pues se les considera como comerciantes racionales, que aceptarán contratar solamente si el contrato en su conjunto

dominante. Ver *Queen City Pizza, Inc. v. Dominos Pizza, Inc.*, 922 F. Sup. 1055 (E.D. Pa. 1996); *Tominaga v. Sheperd*, 682 F. Sup. 1489 (C.D. Cal. 1988).

²⁶⁹ B. KLEIN / L. SAFT, *op. cit.*, p. 356 distinguen entre el enfoque precontractual y el postcontractual con el siguiente ejemplo: “*The important economic distinction that must be made is between pre- and postcontract economic power. Precontract, competition among franchisors (such as McDonald’s or Kentucky Fried Chicken) to sign up franchisees prevents Chicken Delight from exercising any economic power in setting contract terms with potential franchisees*” (...) “*Postcontract, on the other hand, any franchisor can use the threat of termination to “hold up” a franchisee that has made a specific investment in the marketing arrangement*”. En el ejemplo, *Chicken Delight* sería un franquiciador más pequeño y menos conocido.

²⁷⁰ E. CALDERON-MONGE / P.A. HUERTA-ZAVALA, “¿El autoempleo reduce el desempleo? Aportaciones desde la franquicia”, *EsicMarket*, vol. 140, 2011, pp. 107-125, p. 110.

²⁷¹ E. CALDERON-MONGE / P.A. HUERTA-ZAVALA, *op. cit.*, p. 110; cfr. A. KIRMANI / A.R. RAO, “No pain, no gain: A critical review of the literature on signalling unobservable product quality”, *Journal of Marketing*, Vol. 64, n. 2, 2000, pp. 66-79.

les supone un beneficio²⁷². Otra opción sería la de proporcionar únicamente una protección dirigida a que el franquiciado tome una decisión informada (normas sobre información precontractual).

214. Ejemplo. La empresa franquiciadora de comida rápida *McDonald's*, marca reconocida en el mundo entero y garantía de éxito seguro o la franquiciadora de refrescos *Coca-Cola*.

215. ii. Situación de poder del franquiciado o de igualdad entre los futuros contratantes. Se asocia a los casos en que el franquiciador no dispone aún de una marca reputada, de forma que el franquiciado podría elegir entre una gran variedad de referencias competitivas. En estos casos, el franquiciado ejercerá su poder negociador y sin duda influirá en aspectos esenciales del contrato como la inversión total requerida, la inclusión o no del canon de entrada, el *royalty*, el canon de publicidad, la duración de contrato, el territorio de exclusiva que pueda garantizarle el franquiciador...

216. Ejemplo. Las nuevas franquicias de cigarrillos electrónicos (*VapoVapo, I love smoking...*), de confección de fragancias personalizadas (*La Botica de los Perfumes, Fragances of the World...*), de productos y accesorios para móviles (*The Phone House, Movilquick*) o de yogur helado (*Yogurtlandia, Ö!MyGood...*).

217. Cuando la franquicia se utiliza para la expansión internacional de una empresa, este segundo escenario se da en un mayor número de ocasiones. En estos casos, el franquiciador necesita al franquiciado tanto como el franquiciado al franquiciador. El franquiciado es conocedor del mercado de destino, suele ser un empresario experimentado, al que se le exige experiencia y un capital muy significativo para poder entrar en la red. Esto es especialmente acusado en los casos de máster franquicia internacional²⁷³. Estos contratos son en raras ocasiones la reproducción de cláusulas tipo, pues para cada zona se contratan unas especialidades que tienen que ver con las peculiaridades de dicho mercado de destino. Los franquiciados internacionales suelen encontrarse en una posición que les permite discutir el contenido del contrato, a fin de que su objeto sea a la medida de ambos, de modo que puede afirmarse que dichos contratos son en la mayoría de casos “*intuitu personae*”²⁷⁴.

²⁷² Según E. RAYNAUD, “Governance Structure and Contractual Design in Retail Chains”, en E. BROUSSEAU / J-M. GLACHANT, *New...*, cit., pp. 247-249, “First, the assumption that potential franchisees are naïve and underestimate hold-up potential seems exaggerated. Beales and Muris (1995) showed that many potential franchisees obtain assistance before signing a contract (from lawyers or consultants). Furthermore, most of them had previous experience in the business. Finally, regulation in a lot of countries requires the franchisor to disclose information about termination and non-renewal. Statistical evidence seems also to support the efficiency hypothesis. We should expect litigation and termination rates to be lower when the franchisees are protected with a good cause provision. However, available evidence contradicts this proposition. Termination rate is higher in states where legislation protects franchisees from at-will termination”. Ver también J. CASARES RIPOL, *op. cit.*, p. 85.

²⁷³ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 277; B. QUINN / A. M. DOHERTY, *op. cit.*, p. 354.

²⁷⁴ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, cit., p. 146.

218. Ausencia de reflejo en las leyes y la jurisprudencia. Como puede apreciarse, esta segunda postura demuestra un mayor conocimiento de la realidad económica en que se inserta la franquicia, y en especial la franquicia internacional, sobre todo en los tiempos actuales, en que el franquiciado no tiene por qué ser un individuo sin poder de negociación. Conforme a la misma, no existe ningún fundamento económico a la consideración sistemática del franquiciado como la parte débil merecedora de protección jurídica.

219. Para los casos en que tanto en la fase precontractual, como postcontractual, se produzcan abusos, el Derecho cuenta con mecanismos suficientes como para evitarlos, sin tener que promulgar una legislación que se extienda a todos los contratos de franquicia más allá que la dirigida a asegurarse que se trata de un contratante informado. Como han demostrado varios estudios, otro tipo de protecciones desfavorecen al franquiciado en vez de protegerlo²⁷⁵. Pese a ello, son muy pocos los Estados que han optado por esta postura. Entre ellos cabe destacar Reino Unido, en concreto Inglaterra y Gales, que como se verá posteriormente no cuentan con legislaciones protectoras del franquiciado.

220. Por qué los Estados siguen aprobando leyes que siguen tendencias protectoras solamente puede explicarse si se asume que estos Estados no basan sus decisiones en consideraciones económicas o jurídicas, sino de política redistributiva, pero no puede entenderse desde la lógica del Derecho privado²⁷⁶.

2. PLANO MACROECONÓMICO: LA FRANQUICIA PARA LA ECONOMÍA Y LA SOCIEDAD

221. Se ha señalado ya que la relación de franquicia es desde la perspectiva del franquiciador una forma de distribución de productos y servicios en un determinado mercado. Ello supone que produce efectos no sólo entre franquiciador y franquiciado, sino también sobre ese mercado en que se distribuyen los productos, y por lo tanto sobre la economía y la sociedad. Dichos efectos son positivos²⁷⁷. Cuando las relaciones privadas funcionan de forma eficiente generan beneficios para todas las personas, incluso para las que no participan en la relación en cuestión²⁷⁸. Esta es la mano invisible

²⁷⁵ J.J.A. BRICKLEY, "Royalties Rates and Upfront Fees in Share Contracts: Evidence from Franchising", *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 18, No. 2, 2002, pp. 511-535; J.A. BRICKLEY / S. MISRA / R. L. VAN HORN, *op. cit.*, pp. 173-196. En este último estudio, sobre las restricciones que algunos Estados han dispuesto a la libertad de terminación para proteger al franquiciado, el resultado ha sido que el número de contratos de franquicia terminados en esos Estados ha aumentado en vez de disminuir, y que el importe de los honorarios que han de pagarse por los franquiciados para obtener la licencia del fabricante son mayores que en los Estados en que no hay tal protección normativa o jurisprudencial.

²⁷⁶ C. PAZ ARES, "La terminación...", *cit.*, p. 24.

²⁷⁷ S.C. MICHAEL / J. COMBS, *op. cit.*, p. 73; S.C. MICHAEL, "Determinants...", *cit.*, p. 267.

²⁷⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La autonomía de la voluntad conflictual...", *cit.*, pp. 1-5; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La autonomía de la voluntad en...", *cit.*, pp. 603-766.

de las relaciones privadas. En efecto, la persecución por los operadores económicos de su propio interés beneficia a toda la sociedad, lo que se aprecia con especial intensidad en los contratos internacionales como la franquicia, que abren nuevos mercados y permiten la circulación de nuevas ideas, invenciones y productos²⁷⁹.

222. Efectos de la franquicia en el mercado. Entre los efectos más relevantes de esta forma de distribución, expansión y ocupación en el mercado se pueden citar los siguientes:

223. i. Concentración empresarial. Los franquiciados actúan en el mercado bajo la misma marca y demás signos del franquiciador y han de seguir sus indicaciones. Los franquiciados, pese a su independencia jurídica, pasan a integrarse en una red de ventas en la que no tienen libertad comercial, sino que aplican las políticas de ventas que le han sido marcadas²⁸⁰. Se produce así una “concentración” de empresas en el mercado, que actúan como una sola y que une a dos grandes sectores, productores y distribuidores. Esta concentración del poder económico permite un mayor aprovechamiento de las economías de escala. En este sentido, la franquicia cumple una función macroeconómica similar a la política de fusiones o a la de la constitución de filiales o sucursales y de una forma menos rígida que estos otros mecanismos²⁸¹.

224. Ejemplo. No es lo mismo que cada empresa por su lado tenga que realizar una inversión en i+D para ofrecer los productos que más se adapten a los cambios socio-económicos y tecnológicos, que lo haga una sola empresa franquiciadora que transmita ese *know-how* a una serie de empresas. La repercusión sobre el precio final del producto será menor en este segundo caso. Todos ganan.

225. Si bien la concentración empresarial supone importantes beneficios, como puede ser el aumento de la productividad y de la competitividad, también tiene riesgos. Por ello, a lo largo de la historia de la franquicia se han puesto de manifiesto dos posturas enfrentadas:

²⁷⁹ A. SMITH, *op. cit.*, p. 554 (la obra original está publicada en Londres en dos volúmenes en el año 1776): “En la medida en que todo individuo procura en lo posible invertir su capital en la actividad nacional y orientar esa actividad para que su producción alcance el máximo valor, todo individuo necesariamente trabaja para hacer que el ingreso anual de la sociedad sea el máximo posible. Es verdad que por regla general él ni intenta promover el interés general ni sabe en qué medida lo está promoviendo [...] sólo persigue su propia seguridad y al orientar esa actividad de manera de producir un valor máximo él busca sólo su propio beneficio, pero en este caso como en otros una mano invisible lo conduce a promover un objetivo que no entraba en sus propósitos. El que sea así no es necesariamente malo para la sociedad. Al perseguir su propio interés frecuentemente fomentará el de la sociedad mucho más eficazmente que si de hecho intentase fomentarlo. Nunca he visto muchas cosas buenas hechas por los que pretenden actuar en bien del pueblo...”.

²⁸⁰ H. GROSS / W. SKAUPY, *Franchising in der praxis. Fallbeispiele und rechtliche Grundlagen*, Taschen, Dusseldorf, 1986, p. 271; E. GALLEGÓ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 33; J. THREARD, *op. cit.*, p. 549.

²⁸¹ E. GALLEGÓ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 34-35.

226. Por un lado, puede distinguirse una postura hoy en día minoritaria, pero que, como indica A. FRIGNANI, tuvo su auge en Europa a finales de los años setenta²⁸². De acuerdo con ésta, la franquicia era vista como un instrumento peligroso para el desenvolvimiento de las “pymes” y como un mecanismo de presión de las grandes empresas frente a las pequeñas²⁸³.

227. Frente a ésta, la postura mayoritaria hoy día es la de considerar que la franquicia permite precisamente que el sector de las pequeñas y medianas empresas no se vea amenazado y lo que es más, que se asegure su supervivencia. En este sentido, la franquicia evita el aislamiento del pequeño y mediano empresario y le ayuda a orientar mejor su negocio a los consumidores. De acuerdo con esta visión, la franquicia crea una forma de empresarios que de otra forma podrían haber sido asalariados, o simplemente haber fracasado²⁸⁴.

228. ii. Creación de empleo. Desde el punto de vista del franquiciado, tal y como ha sido expuesto, la franquicia se ha considerado como una forma de emprender un negocio y por lo tanto de autoempleo. En este sentido, se ha comprobado que la misma ha contribuido a disminuir la tasa de desempleo en los países de la Unión Europea²⁸⁵.

229. La franquicia no sólo ayuda a reducir el desempleo, sino que en los períodos de desaceleración económica, o recuperación lenta y progresiva, como en el que se encuentra actualmente la economía europea, la franquicia se presenta como una alternativa muy apropiada para los que no tienen posibilidad de conseguir un trabajo por cuenta ajena. Los desempleados asumen un coste de oportunidad menor de comenzar un negocio que los que cuentan con un trabajo asalariado, lo que incentiva a esos desempleados a emprender iniciativas empresariales y en concreto a decantarse por la franquicia, con la que asumen un nivel bajo de riesgo²⁸⁶.

²⁸² A. FRIGNANI, “Nuove riflessioni in tema di franchising”, *Giurisprudenza Italiana*, 1980- IV, pp. 204-223, p. 223.

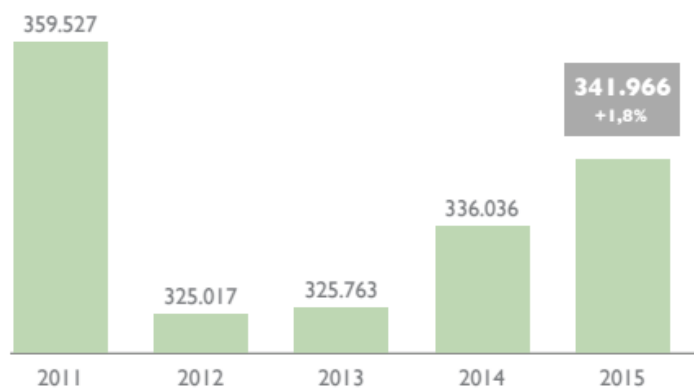
²⁸³ Las corrientes doctrinales que mantienen estas posturas son más comunes en América Latina. Ver, por ejemplo, J. SOL, *La guerra de las Pymes*, Nuevo Extremo, Buenos Aires, 1999, p. 52: “La integración vertical se puede transformar en un peligroso lastre en lugar de ser una valiosa contribución al negocio, si no se compite por ser líder en su sector industrial. Demasiada seguridad, que impulsa a la mediocridad”.

²⁸⁴ Entre estos autores, L. VEGA PENICHER, “El contrato de franquicia de distribución en la CEE: análisis desde la perspectiva de la libre competencia”, *Revista de Estudios e Investigación de las Comunidades Europeas*, n.5, 1988, pp. 320-329, p. 321; J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, *cit.*, p. 102 (intervención de M. FRYBOURG); E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 36; C.L. SORIANO, “Por qué fracasan las Pymes”, *Gestiopolis*, 1 noviembre 2005, disponible en: <http://www.gestiopolis.com/por-que-fracasan-las-pymes/> (fecha última consulta: 20/03/2017). De hecho, varios estudios han comprobado que la *ratio* de fracaso de los negocios que han empleado la técnica de la franquicia es mucho menor que la de los negocios que se han iniciado directamente, como por ejemplo V. BORDONABA / L. LUCIA / Y. POLO, “Análisis del ciclo de vida de la franquicia en los sectores de moda y restauración”, *Universia Business Review*, 2008, pp. 42-59.

²⁸⁵ E. CALDERON-MONGE / P.A. HUERTA-ZAVALA, *op. cit.*, p. 108; B. MERRILLES / L. FRAZER, “Entrepreneurial franchisees have hidden superior marketing systems”, *Qualitative Market Research: An International Journal*, vol. 9, n. 1, 2006, pp. 73-85.

²⁸⁶ E. CALDERON-MONGE / P.A. HUERTA-ZAVALA, *op. cit.*, pp. 110-111.

230. Ejemplo. En 2015, el sector de la franquicia creó en España 341.966 empleos directos, lo que supuso un crecimiento de un 1,8 % respecto al año anterior y una creación media de 6 empleos por cada establecimiento franquiciado.



Cuadro n. 6. Número de empleos creados por la franquicia en España²⁸⁷.

231. iii. Mejora de la calidad de los bienes y servicios: La Comisión Europea ha puesto de manifiesto que la franquicia constituye un instrumento eficaz para elevar la calidad de los bienes y servicios²⁸⁸. La franquicia fomenta la uniformidad y con ello se facilita la evaluación por los consumidores, lo que incentiva a las empresas a aumentar la calidad de sus bienes y servicios. Aun en los casos en que la calidad no se vea mejorada, el mercado se beneficia al menos de una seguridad respecto a dicha calidad y a la variedad de los productos ofertados²⁸⁹.

232. Desde esta perspectiva, la franquicia internacional ha sido también considerada como una forma de crear “desarrollo” en países menos favorecidos²⁹⁰. Adquirir una franquicia supone recibir un concepto de negocio y un *know-how* ya desarrollado, de forma que puede importarse conocimiento de otros países de forma muy rápida. Esto es aún más significativo si se tiene en cuenta que la franquicia puede operar en sectores muy importantes para el desarrollo como servicios de negocios, reparación de vehículos automóviles, productos farmacéuticos, clínicas dentales...

²⁸⁷ Fuente: Tormo Franquicias Consulting, *Informe de la franquicia en España 2016*, disponible en: <http://tormofranquicias.es/informe-de-la-franquicia-2016/> (fecha última consulta: 20/03/2017), p. 11.

²⁸⁸ Resolución del Consejo, de 19 de mayo de 1981, relativa a un segundo programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores, DOUE C 133, 3 junio 1981, p. 1–12, pfo. 34.

²⁸⁹ E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 37. Se exceptiona el caso de los *free-riders*, uno de los mayores riesgos del franquiciador al iniciar una cadena de franquicia: B. KLEIN / L. SAFT, *op. cit.*, p. 349; J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, *cit.*, p. 102 (intervención de M. FRYBOURG).

²⁹⁰ P.J. KAUFMANN / H. LEIBENSTEIN, “International Business Format Franchising and Retail Entrepreneurship: A possible source of retail know-how for developing countries”, *Journal of Development Planning*, n. 18, 1988, pp. 165-179.

233. *iv. Rebaja de los precios:* El sistema de franquicia permite también reducir los precios finales de los bienes y servicios ofertados al consumidor sin que se reduzca su poder adquisitivo. Esto se debe a que la franquicia permite programar con mayor precisión y a largo plazo la producción y venta de productos, así como reducir costes de producción, almacenaje, comercialización, innovación, formación, etc. por las economías de escala²⁹¹.

234. *v. Forma de consolidar el mercado interior europeo.* En el plano de la política económica europea, la franquicia internacional, junto con otras formas de integración vertical cercanas a la empresa (distribución en exclusiva y contrato de concesión) presenta un interés que ninguna otra forma de implantación en el exterior permite obtener. La empresa que se expande mediante la creación de filiales o sucursales genera situaciones de concentración empresarial que tienden al monopolio y a la tendencia a que la riqueza no traspase las fronteras del Estado en que se encuentra la matriz²⁹². En cambio, las franquicias y las concesiones comerciales unen a empresarios de distintos Estados miembros asegurando una mejor interpenetración de las economías y transformándolas en solidarias. El objetivo común que persiguen traspasa las fronteras de los Estados europeos.

235. *Medidas de fomento de la franquicia en la UE.* En consecuencia de lo expuesto, las relaciones de franquicia, sobre todo las internacionales, aumentan la oferta de bienes y servicios en el mercado y generan efectos positivos no sólo para las partes, sino también para las economías de los Estados miembros y para el mercado interior. Conscientes de esta situación, los Estados miembros y la Unión Europea, junto con las medidas legislativas que se analizarán a continuación, ha adoptado también medidas políticas encaminadas a fomentar la implantación de la franquicia.

236. En cuanto a las políticas implementadas por los Estados miembros, suelen tener la forma de subvenciones o de exenciones impositivas²⁹³. Un ejemplo sería el tratamiento fiscal otorgado a *McDonald's Europe Franchising* por Luxemburgo, respecto al que la Comisión Europea ha abierto una investigación²⁹⁴.

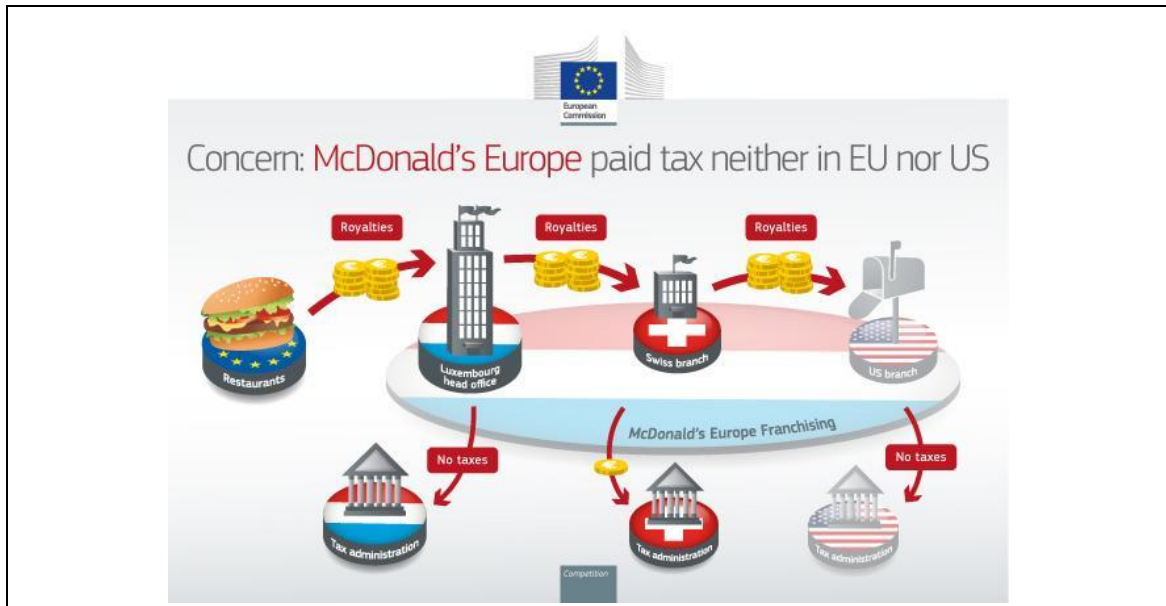
²⁹¹ E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 37.

²⁹² J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 63.

²⁹³ Un ejemplo en España son las ayudas de la Junta de Extremadura con cargo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional. Véase en relación a la convocatoria de 2015 la Orden de 30 de diciembre de 2014 por la que se realiza la convocatoria del ejercicio 2015 de las ayudas para la mejora de la competitividad del pequeño comercio minorista de Extremadura, apoyo a la creación y promoción de franquicias, *DOE*, 13 enero 2015, pp. 957-976, disponible en: <http://doe.gobex.es/pdfs/doe/2015/70o/15050003.pdf> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²⁹⁴ "State aid: Commission opens formal investigation into Luxembourg's tax treatment of McDonald's", *European Commission Press Release*, 3 diciembre 2015, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6221_en.htm (fecha última consulta: 20/03/2017).

237. También han existido a nivel europeo algunas medidas dirigidas al fomento de las relaciones de franquicia internacional, como el programa MEDINVEST, e iniciativas muy recientes dirigidas a evaluar posibles actuaciones futuras en este campo²⁹⁵.



Cuadro n. 7. McDonald's Europe franchising no paga impuestos²⁹⁶

²⁹⁵ "A programme to foster cooperation", *European Commission Press Release*, disponible en: <http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-95-81 en.htm> (fecha última consulta: 20/03/2017); A. WIEWIÓROWSKA, "Franchising (Study for the European Parliament)", 2016, p. 11, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578978/IPOL_STU\(2016\)578978_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578978/IPOL_STU(2016)578978_EN.pdf) (fecha última consulta: 20/03/2017).

²⁹⁶ Fuente: "State aid: Commission opens formal investigation into Luxembourg's tax treatment of McDonald's", *European Commission Press Release*, 3 diciembre 2015, disponible en: <http://europa.eu/rapid/press-release IP-15-6221 en.htm> (fecha última consulta: 20/03/2017).

RECAPITULACIÓN DE LA SECCIÓN I DEL CAPÍTULO I

238. En esta sección I del capítulo I se ha estudiado el origen, la evolución y la finalidad de la franquicia desde el punto de vista económico, aspectos que son relevantes para aproximarse con precisión y exactitud a los contratos internacionales de franquicia en la Unión Europea. A modo de recapitulación, se enumeran a continuación las más relevantes de las consideraciones expuestas:

239. Primera. La franquicia nace en Estados Unidos como fruto del desarrollo del principio de racionalización y división del trabajo, concretado en la externalización de las funciones de distribución de ciertos empresarios que querían delegar tal función pero sin desvincularse totalmente de la forma de comercialización de sus productos.

240. Segunda. Para crear esta fórmula de distribución “controlada”, se aunó la tradición de la distribución a través de intermediarios con la tradición de la licencia o cesión de los derechos incorporales. A la fórmula se incorporó la asistencia continua del franquiciador al franquiciado y la uniformidad de la red, de forma que los franquiciados se presentan al exterior con la apariencia del franquiciador.

241. Tercera. El concepto de franquicia que pasa a Europa es más restringido que el de Estados Unidos, pues engloba solo la “franquicia de negocio” (“*business format franchising*”). Esto produce un “desfase terminológico” al que hay que prestar atención si no se quiere confundir la franquicia con otras formas de distribución comunes en la Unión Europea, como la concesión.

242. Cuarta. Desde el punto de vista del franquiciador, la función que cumple la franquicia es doble: es una forma de distribución, pero también una forma de expansión empresarial. La perspectiva del franquiciador ha sido la más estudiada, pues es el franquiciador quien toma la decisión de franquiciar y quien crea la red.

243. Quinta. Desde el punto de vista del franquiciado, la doctrina tradicional había considerado la franquicia como una forma de ocupación. Pero esta función no se ajusta a la realidad actual de la franquicia. El franquiciado no es siempre una persona física que elige esta opción como alternativa a un trabajo asalariado, sino que puede ser también una empresa de tamaño considerable. En consecuencia, la franquicia es para el franquiciado una forma de emprendimiento o de negocio.

244. Sexta. En el ámbito internacional, la franquicia tiene objetivos y características específicas que la distinguen de la franquicia meramente nacional. En concreto, su carácter de “forma de expansión” se potencia. El franquiciador y el franquiciado no comparten el mismo conocimiento sobre la zona de reventa y ello implica que en el plano internacional los franquiciados suelen estar más arriba en el circuito, creándose fórmulas nuevas de creación de redes de franquicia, como la franquicia de área o la máster franquicia.

245. Séptima. Ni el franquiciado ni el franquiciador tienen como única motivación para celebrar un contrato de franquicia el menor riesgo que parece comportar frente a otras opciones de negocio. La franquicia no es el “contrato del miedo”. Tanto el franquiciador como el franquiciado toman la decisión de optar por la franquicia de forma racional, evaluando los “costes de transacción” de cada una de las alternativas a su alcance y estimando que es la franquicia la opción más eficiente.

246. Octava. Un análisis económico de la relación franquicia revela que la consideración del franquiciado como parte débil es muy discutible, sobre todo en el contexto internacional. Desde el punto de vista del poder de negociación del contrato, el franquiciado internacional suele ser una empresa que posee un importante conocimiento del mercado a conquistar. Desde el punto de vista del funcionamiento del contrato, el poder de control que el franquiciador ejerce sobre el franquiciado es en beneficio de ambas partes. En consecuencia, una protección legislativa del franquiciado podría desestabilizar la relación y desincentivar la suscripción de nuevos contratos.

247. Novena. Esta perspectiva basada en la eficiencia de la relación de franquicia no ha pasado a la legislación ni a la jurisprudencia de la mayoría de Estados miembros, que sigue un criterio proteccionista del franquiciado en muchos aspectos.

248. Décima. Además de dichas normas protectoras, tanto los Estados miembros como la Unión Europea han tratado de implementar políticas que fomenten la creación de redes de franquicia, por los beneficios que la misma supone para el mercado y por lo tanto para la sociedad. En concreto, reduce el desempleo, abarata los precios de bienes y servicios y sirve para reforzar el mercado interior europeo.

SECCIÓN II: LA FRANQUICIA INTERNACIONAL COMO RELACIÓN JURÍDICA SUSTANTIVA EN LA UNIÓN EUROPEA

249. Las operaciones económicas de franquicia internacional se instrumentan a través de actos jurídicos, en concreto de contratos. Estos contratos tienen unas características muy definidas en la práctica comercial europea (I) y han sido objeto de distintas regulaciones a distintos niveles dentro de la Unión (II).

I. EL CONTRATO DE FRANQUICIA INTERNACIONAL: RASGOS EXTRAÍDOS DE LA PRÁCTICA COMERCIAL EUROPEA

250. El contrato de franquicia carece en la mayoría de ordenamientos europeos de una regulación legislativa específica. Como se verá más adelante, tampoco existe una normativa europea que lo regule de forma armonizada, más allá de algunas normas de Derecho de la competencia. A pesar de ello, este contrato ha adquirido una “tipificación social”, esto es, derivada de la práctica comercial²⁹⁷. Así, el contrato de franquicia se ha convertido en un contrato común a todos los Estados europeos, manejado por los juristas de las grandes empresas más allá de las fronteras estatales²⁹⁸.

251. En este epígrafe se estudiarán los elementos esenciales de este contrato tal y como se concibe en esa práctica comercial internacional europea: concepto, caracteres, clases, finalidad económica y distinción de figuras afines. Estos se elementos se han extraído del análisis comparado de la práctica contractual en los distintos Estados miembros y de las contribuciones que al respecto ha realizado la doctrina europea.

1. CONCEPTO

252. La identificación del concepto de contrato de franquicia internacional se enfrenta a dos tipos de dificultades. Las primeras se refieren a la definición de franquicia (A), las segundas a su internacionalidad (B).

A. La definición del contrato de franquicia

253. *Definición basada en la influencia del legislador europeo.* Todos los Estados miembros han adoptado una definición casi idéntica del contrato de franquicia, ya sea de forma jurisprudencial, legislativa o doctrinal²⁹⁹. Esta similitud se explica por la influencia de la definición proporcionada por el legislador europeo en Derecho de la competencia en relación a estos contratos³⁰⁰. De todas sus versiones, la más clara y

²⁹⁷ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising...*, cit., p. 11; A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, cit., p. 279.

²⁹⁸ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 2005, p. 241.

²⁹⁹ L. VOGEL (dir), *op. cit.*, p. 72.

³⁰⁰ Se inspiran en ésta tanto los Estados miembros con legislaciones sobre franquicia, como la doctrina, las organizaciones privadas y los actores comerciales. Ver como ejemplo la definición contenida en los *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts* (“PEL

sistematizada es la que se encuentra en el Reglamento 4087/1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 TCE a categorías de acuerdos de franquicia³⁰¹. Conforme a la misma, se define el contrato de franquicia como “*el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos: (i) el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato, (ii) la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un «know-how», y (iii) la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo*” (art. 1.3.b R. 4087/1988). A partir de este concepto, que proviene del Derecho *antitrust*, cada Estado miembro ha construido un concepto de contrato de franquicia a efectos de Derecho privado, ampliando su alcance a cualquier “sujeto jurídico” y modificando algunos aspectos menores³⁰².

CAFDC”), una propuesta normativa realizada por un grupo de académicos para armonizar el sector a nivel europeo, o la definición contenida en el Código Deontológico Europeo de Franquicia, el cuerpo de normas privadas creado por la *European Franchise Association*. Ver también las definiciones de R. ALONSO SOTO / A. SÁNCHEZ ANDRÉS, “Los Contratos de Colaboración” en A. MENÉNDEZ y A. ROJO (Dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen II*, Thomson Civitas, Madrid, 2012, pp. 95-112, p. 100; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 251; A. FRIGNANI ET AL., *Il franchising, cit.*, p. 184.

³⁰¹ Reglamento (CEE) n° 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia; DO L 359 de 28.12.1988, pp. 46-52. Actualmente le sustituye el Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DOUE L 102 de 23.4.2010, pp. 1-7.

³⁰² Así, la definición italiana es idéntica a la definición del Reglamento, añadiendo el legislador sólo dos notas nuevas, relativas a la independencia de los contratantes y a la inserción en una red: “*l’affiliazione commerciale è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all’altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza técnica e commerciale, inserendo l’affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi*” (art. 1 Legge n° 129 del 6 maggio 2004 “Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale”, *GU* n. 120 de 24 mayo 2004).

También la Ley belga se inspira en el Reglamento, si bien lo hace indirectamente, pues copia la definición italiana: “*Accords de partenariat commercial conclus entre deux personnes, qui agissent chacune en son propre nom et pour son propre compte, par lequel une de ces personnes octroie à l’autre le droit, en contrepartie d’une rémunération, de quelque nature qu’elle soit, directe ou indirecte, d’utiliser lors de la vente de produits ou de la fourniture de services, une formule commerciale sous une ou plusieurs des formes suivantes: une enseigne commune, un nom commercial commun, un transfert d’un savoir-faire, une assistance commerciale ou technique*” (art. X-26 Code de Droit économique, *MB* 29 marzo 2013, p. 19975).

La definición española contenida en el Real Decreto se parece también a la del Reglamento, aunque añade como notas propias la exigencia de que el negocio se haya venido desarrollando anteriormente con experiencia y éxito: “*contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho de explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga*

254. Caracteres. La definición del Reglamento de 1988 refleja perfectamente las notas que caracterizan estos contratos tal y como se conciben en la práctica comercial europea: sus partes (franquiciador y franquiciado), las prestaciones principales intercambiadas por las mismas (por parte del franquiciador, cesión del derecho a explotar el negocio, cesión de los derechos incorporales y del *know-how* y prestación de asistencia técnica; por parte del franquiciado, pago de una remuneración y explotación del negocio utilizando esos derechos incorporales y métodos de negocio), su finalidad económica (la comercialización de determinados tipos de productos y/o servicios) y el importante peso de la integración en la red del franquiciador³⁰³.

255. Otro de los caracteres de esta definición es que configura un concepto de franquicia más estricto que el americano. La noción americana incluye toda forma de distribución con cesión de signos distintivos del empresario³⁰⁴. Esta mayor amplitud puede apreciarse tanto en la legislación³⁰⁵ como en la doctrina³⁰⁶. La noción europea, en

desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos:

a) *El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una prestación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato.*

b) *La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular y*

c) *La prestación continua por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente*” (art. 2.1 Real Decreto 201/2010, que regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, BOE n. 63, de 13 de marzo de 2010).

No es tan similar la definición rumana, aunque conserva ciertos elementos comunes: “*Franciza este un sistem de comercializare bazat pe o colaborare continuă între persoane fizice sau juridice, independentă din punct de vedere financiar, prin care o persoană, denumită francizor, acordă unei alte persoane, denumită beneficiar, dreptul de a exploata sau de a dezvolta o afacere, un produs, o tehnologie sau un serviciu*” (art. 1 Ordonanța nr. 52 din 28-8-1997 privind regimul juridic al francizei, MO n. 224, 30 agosto 1997).

Por último, la definición francesa está completamente alejada del Reglamento, e incluye como elemento determinante de la existencia de franquicia el pacto de “exclusividad” o “quasi-exclusividad”: “*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*” (art. L330-3 CCom).

³⁰³ K.P. PIBLER, “Franchising”, *cit.*, p. 727.

³⁰⁴ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 250; A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, *cit.*, p. 278. Sobre el concepto americano de contrato de franquicia véase A. W. DNES, “The Economic Analysis of Franchise Contracts”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, n. 152, 1996, p. 297; G. GLICKMAN, *Franchising*, Mathew Bender, Nueva York, 1969, pp. 19-21.

³⁰⁵ La definición de la Section 681.3.b del *New York Statute Franchise Act*, indica que es también franquicia el contrato en que: “*A franchisee is granted the right to engage in the business of offering, selling or distributing goods or services substantially associated with the franchisor’s trademark, service mark, trade name, logotype, advertising, or other commercial symbol designating the franchisor or its affiliate, and the franchisee is required to pay, directly or indirectly, a franchise fee*”.

³⁰⁶ S. C. MICHAEL, “Determinants...”, *cit.*, p. 268, lo define como el contrato por el cual se concede a un empresario local, denominado franquiciado, el derecho a operar una o múltiples unidades de la cadena de

cambio, se refiere únicamente a este contrato en que el empresario cede no sólo sus signos distintivos, sino también su *know-how* y se compromete a proporcionar asistencia al franquiciado, presentándose éste externamente como el franquiciador. En la definición europea, el franquiciador cede la totalidad de su “concepto de negocio”, por eso, como ya se ha indicado, a esta forma de franquicia se le conoce en Estados Unidos como “*business format franchising*”. Lo que en Estados Unidos serían los demás contratos de distribución con signos distintivos (“*dealership model franchising*” o “*product franchising*”) en Europa son “contratos de distribución” o “contratos de concesión”, pero no contratos de franquicia³⁰⁷.

256. Concepto adaptado a todas las modalidades de franquicia. El concepto de contrato de franquicia derivado de la definición europea incluye todas las modalidades de franquicia utilizadas en la práctica económica internacional, tanto la franquicia directa (unitaria o multifranquicia) como la máster franquicia, pues en todas ellas se cede el derecho a la explotación de la franquicia. En la franquicia directa, esta cesión se lleva a cabo para que la comercialización la realice directamente el franquiciado y en la máster franquicia para que la comercialización la realicen los subfranquiciados que contraten con el máster franquiciado.

257. El propio Reglamento 4087/1988 expresamente especifica que los contratos de máster franquicia también son contratos de franquicia y los define como aquellos en que “*una empresa, el franquiciador, otorga a la otra, el franquiciado principal, en contraprestación de una compensación financiera directa o indirecta, el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados*” (art. 1.3.c R. 4087/1988)³⁰⁸.

258. Concepto basado en la franquicia como forma de distribución. Esta influencia de la regulación *antitrust* en el concepto de franquicia se ha dejado ver también en la caracterización de la franquicia como una forma de distribución comercial. Cuando el TJCE se refirió por primera vez a la franquicia en el “*leading case*” de la materia, el caso *Pronuptia* de 28 enero 1986, éste la caracterizó como una forma de actividad económica independiente y distinta de todas las demás basada en la explotación de un negocio de éxito, más que como una forma de distribución³⁰⁹. Esta misma concepción es la que motivó la adopción del mencionado Reglamento 4087/1988

franquicia, en el lugar de su elección y mediante la inversión de su propio capital. A cambio, el franquiciado pagará al dueño de la marca y del sistema de producción, el franquiciador, un royalty basado en el bruto de las ventas (traducción propia).

³⁰⁷ A. W. DNES, *op. cit.*, p. 297.

³⁰⁸ Tal y como ocurre con el resto de definiciones de acuerdos de franquicia que proporciona este Reglamento, la misma hace únicamente referencia a empresas, pero ello no quiere decir que el máster franquiciado no pueda ser una persona física. La razón de lo anterior es que dicho Reglamento se ocupa de establecer normas de Derecho de la competencia, las cuales tienen como ámbito de aplicación subjetivo el de las personas jurídicas y no el de los individuos o personas físicas.

³⁰⁹ STJCE 28 enero 1986, as. 161/1984, *Pronuptia*, RJ, 1986, pp. 374-389, FJ 15.

relativo a los acuerdos de franquicia, cuando ya existían otros Reglamentos para la exención de otros acuerdos de distribución³¹⁰.

259. Sin embargo, a partir de 1999, el legislador europeo cambió de criterio sin proporcionar para ello ninguna justificación y pasó a considerar a la franquicia como una forma más de distribución³¹¹. Tanto es así que al derogar el mencionado Reglamento de 1988, la incluyó en el Reglamento de exención dedicado a los contratos de distribución³¹². Esta forma de considerar la franquicia se sigue manteniendo en el Reglamento vigente hoy día y ha pasado al Derecho privado de los Estados miembros. En la mayoría de ordenamientos, la franquicia se considera una “subespecie” del contrato de distribución. Junto con ello, en el Derecho internacional privado europeo, de codificación reciente, la franquicia también recibe un tratamiento paralelo a los contratos de distribución, tal y como se verá más adelante (cdo. 17 y art. 4.1.e y 4.1.f RR-I). Esta relación de la franquicia con el contrato de distribución ha sido criticada por la doctrina, por estimar que la franquicia tiene una entidad propia que la distingue de estos contratos. Siendo cierto lo anterior, la consideración conjunta de ambas figuras ha tenido un efecto positivo. La misma ha contribuido a adecuar la realidad económica de la franquicia a su configuración jurídica, pues su consideración como forma de distribución se ajusta más a la función que la misma cumple en el mercado, la comercialización de bienes y servicios.

260. Diferencias según los Estados miembros. A estas notas comunes al concepto de franquicia se han de sumar ciertos matices que varían de Estado miembro a Estado miembro, si bien las diferencias son más de forma que de fondo³¹³. Por ejemplo, en Italia está más presente que otros Estados el concepto de red y en consecuencia la jurisprudencia exige expresamente que el franquiciador se comprometa a introducir al franquiciado en su sistema de comercialización³¹⁴. También existen diferencias en cuanto al elemento que se considera la “esencia” del contrato. Para España, ese elemento es la técnica de comercialización que el franquiciador proporciona al franquiciado³¹⁵, mientras en Italia se acentúa más la colaboración entre franquiciador y franquiciado³¹⁶.

³¹⁰ Reglamento n° 67/67/CEE de la Comisión de 22 marzo 1967, relativo a la aplicación del artículo 85, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución en exclusiva, DOUE núm. 57, de 25 de marzo de 1967, pp. 849-851.

³¹¹ A. WIEWIÓROWSKA, *op. cit.*, p. 11.

³¹² Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DOUE L 336 de 29 diciembre 1999.

³¹³ L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, p. 74.

³¹⁴ *Vid.* Sent. Trib. Napoli 20 octubre 2006, n. 10501, *Guida al diritto*, 2007, n. 43, p. 63, y Consiglio Stato sez. VI, 9 febrero 2006, n. 518, *Foro amm. CDS*, 2006, n. 2, p. 516, en las que se acentúa ese carácter de red.

³¹⁵ STS 30 abril 1998 (RJ 1998/3456), que define el contrato de franquicia como el contrato “*que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (el franquiciador) otorga a la otra (el franquiciado) el derecho a utilizar, bajo determinadas condiciones de*

B. La internacionalidad

261. Identificación del carácter internacional del contrato. La determinación del carácter internacional de un contrato de franquicia puede ser en algunos casos difícil. Estas dificultades obedecen a que ningún sistema jurídico ha definido claramente qué es un contrato internacional y menos aún un contrato de franquicia internacional³¹⁷. Los convenios internacionales existentes se han limitado en la mayoría de los casos a determinar qué contratos han de considerarse internacionales a efectos de su aplicación o simplemente a afirmar que se aplicarán cuando el contrato sea “internacional” o “comporte un conflicto de leyes”³¹⁸. Sin embargo, esta determinación resulta esencial pues de ella derivará la sujeción del contrato al Dopr., y por lo tanto la facultad de las partes de elegir la Ley aplicable al mismo y los tribunales competentes.

262. Es por lo tanto necesario precisar en qué casos un contrato de franquicia puede ser calificado como “internacional”. Para ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia de algunos Estados miembros se han debatido entre la aplicación del criterio de la “repercusión transfronteriza” y del “elemento internacional”. Conforme al primero, un contrato de franquicia sería internacional si el mismo pone en juego los intereses del comercio internacional, es decir, si produce el movimiento de bienes, servicios o capitales a través de las fronteras³¹⁹. Aplicar exclusivamente este criterio haría que un contrato de franquicia firmado entre un franquiciador español y un franquiciado español, para la explotación de un establecimiento franquiciado en España, fuera internacional por el mero hecho de que el franquiciado se obligara a adquirir ciertas mercancías de un proveedor inglés. Conforme al segundo, para que el contrato sea considerado como internacional, será necesario que contenga un elemento internacional (“*élément d’extranéité*”), es decir, que presente conexiones con los sistemas jurídicos de distintos Estados³²⁰. Así, será internacional un contrato de

control y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica”.

³¹⁶ Puede verse una clara evolución desde la Sent. Trib. Milán 30 abril 1982, *Foro it.*, 1982, p. 2042 y ss., nota R. PARDOLESI, en la que se acentúa como esencia del contrato la posibilidad de uso de los signos distintivos, a las Sent. Trib. Chieti 29 octubre 1987, *Februo Stefano c. Stefanel, s.p.a.*, citada por A. FRIGNANI, *Il franchising, cit.*, p. 403 y Sent. Trib. Lecce 9 febrero 1990, *Pantaleo c. Benetton s.p.a.*, *Giur. it.*, 1991, I, 2, 731, nota A. FRIGNANI, en las que se insiste en la colaboración entre franquiciador y franquiciado.

³¹⁷ H. KENFACK, *La franchise...*, *cit.*, p. 18. Sobre el contrato internacional, el autor remite a A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993 y a J.M. JACQUET, *Le contrat international*, Dalloz, Paris, 1992.

³¹⁸ En la primera categoría se puede citar de ejemplo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías de 11 abril 1980 o el Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales. En la segunda, el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177 de 4 julio 2008, p. 6 y ss.

³¹⁹ H. KENFACK, *La franchise...*, *cit.*, p. 20.

³²⁰ J.M. JACQUET, *op. cit.*, p. 6.

franquicia celebrado en París, para la explotación de un establecimiento franquiciado en esta ciudad, por un ciudadano francés y un ciudadano de nacionalidad española. Este criterio, si bien ha sido considerado extensivo por algunos autores, es más seguro y simple de aplicar. Como se verá más adelante, este es además el criterio que parece haber adoptado el EPIL³²¹. Por ello se utilizará en este trabajo, si bien ha de tenerse en cuenta que la calificación del contrato como “internacional” dependerá en última instancia del Derecho del Estado miembro cuyos tribunales conozcan de un asunto relacionado con tal contrato.

263. No obstante, se ha de señalar que otras corrientes doctrinales optan por opciones más restrictivas. Por ejemplo, la jurisprudencia francesa parece decantarse por la combinación de ambas teorías: para que un contrato sea internacional se exige que el mismo cuente con un elemento extranjero así como que tenga repercusión transfronteriza³²². Específicamente en relación a la franquicia, existe otra corriente partidaria de considerar como contrato de franquicia internacional únicamente el contrato que permite la puesta en marcha de la franquicia en un país distinto de su país de origen³²³. Este criterio, basado en el “mercado a conquistar”, se ajusta más bien a consideraciones económicas, no responde a la realidad del Dipr., necesitado de una solución uniforme sobre la internacionalidad de todos los contratos, y no de cada uno de ellos en particular, lo que no tiene base jurídica.

264. Caracteres especiales del contrato de franquicia internacional. Independientemente de que puedan ser considerados como internacionales algunos contratos de franquicia que presenten un elemento extranjero distinto del mercado a conquistar, es cierto que el caso típico de contrato de franquicia internacional es aquél en que el elemento de extranjería es la puesta en marcha de la franquicia en un Estado distinto de aquél en que se creó³²⁴.

265. Tanto es así, que este tipo de contrato “para la internacionalización” presenta ciertas peculiaridades que lo distinguen en cuanto a su contenido del contrato de franquicia a nivel interno y de los contratos de franquicia internacional con otros elementos de extranjería³²⁵. Todas ellas vienen marcadas por una mayor autonomía del franquiciado frente al franquiciador y por unas condiciones más favorables para éste que

³²¹ Art. 3.3 RR-I: “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección...”.

³²² Sent. Cour App. Paris 19 junio 1970, aff. Hecht, *JDI* 1971, p. 833, nota de B. OPPETIT; Sent. Cour App. Toulouse 26 octubre 1982, *JDI* 1984, p. 603, nota H. SYNDET;

³²³ H. KENFACK, *La franchise...*, cit., p. 25.

³²⁴ Por ejemplo, STS 20 junio 2008, n. 597/2008, sobre un presunto contrato de franquicia internacional suscrito entre el franquiciador con domicilio en Reino Unido (titular de la marca “Body Shop”) y un franquiciado con domicilio en España para explotar la franquicia en la zona de Cataluña.

³²⁵ A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, cit., p. 43; L.M. REESE, “The law governing international contracts” en H. SMIT / N.M GALSTON / S.L. LEWITSKY, *International Contracts*, Mathew Bender, Nueva York, 1981, p. 4.

las que suelen estar presentes en los contratos a nivel interno, lo que se debe en parte al mayor poder de negociación de estos franquiciados³²⁶.

266. En primer lugar, en los contratos internacionales, como se ha indicado, resulta mucho más común la utilización de la fórmula de la franquicia máster, en la que el franquiciado actúa como “nexo” entre el franquiciador y los subfranquiciados y tiene más obligaciones que un franquiciado a nivel interno³²⁷. La principal de las diferencias es que el máster franquiciado es el encargado de la creación y gestión de la red en el territorio pactado, así como de firmar en nombre propio los acuerdos con los futuros subfranquiciados, lo que se verá reflejado en el contrato.

267. Además de esto, en el contrato de franquicia internacional el margen que se suele dejar al franquiciado para la adaptación del “paquete de franquicia” al mercado a conquistar es mucho mayor que en los contratos internos. Se le deja un espacio para la “tropicalización”, es decir, la adaptación del producto o servicio a las condiciones del nuevo mercado³²⁸. Las razones para ello son obvias: el mercado de destino es un mercado generalmente desconocido por el franquiciador y en ocasiones alejado tanto geográfica como jurídicamente, por lo que resulta razonable dejar al franquiciado un mayor margen de maniobra.

268. Ejemplo. En Rusia, la red de *Pizza Hut* tuvo que añadir pescado a sus pizzas³²⁹. En Indonesia, las franquicias de *Dunkin Donuts* cuentan con un donut con sabor a cerdo. En Italia, *McDonald's* añadió como bebida en sus menús el vino... En cuanto a los servicios, la franquicia de mensajería *Pakmail* tuvo que modificar su sistema de recogida de paquetes en Méjico para ofrecer un servicio puerta a puerta en vez de un servicio de recogida en oficinas como tiene en la mayor parte del mundo.

269. Junto con estas cuestiones más relevantes, existen otras accesorias, como por ejemplo, que las obligaciones de promoción de la red por parte del franquiciado serán también mayores en los contratos internacionales o que será preciso prever unos plazos de reacción más largos que en los contratos internos. Por ejemplo, un pedido que en un contrato nacional puede llevarse a cabo en siete días desde su formalización hasta su entrega, en el escenario internacional puede necesitar más tiempo.

³²⁶ Ver capítulo I, sección I, apartado II.1.B.b. “No reequilibrar lo ya equilibrado”.

³²⁷ Ver por ejemplo la SAP Madrid, S. 28ª, 2 diciembre 2013, n. 345/2013, sobre un contrato internacional de máster franquicia firmado entre un franquiciador español (el titular de la marca “Don Algodón”) y un máster franquiciado portugués, en la que el franquiciador reclama a uno de los subfranquiciados el pago de ciertas cantidades, alegando que el contrato fue firmado con él directamente y no con el máster franquiciado, o la SAP Barcelona, sección 11ª, 23 mayo 2013, n. 229/2013, sobre un contrato de máster franquicia entre un máster franquiciado español y un franquiciador holandés, titular de la marca de cosméticos “*Rituals*”.

³²⁸ J. D. BLIMAN, *op. cit.*

³²⁹ V. BAENA GRACÍA, “Selección...”, *cit.*, p. 183.

2. CARACTERES

270. Características del contrato de franquicia en la Unión Europea. Los contratos de franquicia “a la europea” son relaciones jurídicas con las siguientes notas:

271. i. Son contratos mercantiles, tanto por su objeto como por los sujetos que intervienen en el mismo, que lo hacen en ejercicio de su actividad profesional³³⁰.

272. ii. En cuanto a su regulación sustantiva de Derecho privado, son contratos atípicos en la mayoría de Estados miembros, en la medida en que no son encuadrables en ninguna tipología contractual de las previstas en los distintos Códigos ni legislaciones internas de cada país³³¹. Esta atipicidad “sustantiva” no se corresponde, no obstante, con su realidad en Derecho internacional privado. Como se verá más adelante, en EPIL los contratos de franquicia son contratos “conflictualmente” típicos a efectos de Ley aplicable, es decir, que cuentan con una regulación propia.

273. iii. Son contratos onerosos, en la medida en que ninguna de las partes del contrato efectúa sus prestaciones de manera gratuita. El franquiciado se compromete al pago de unas cantidades, normalmente una fija como derecho de acceso a la red franquiciada (canon de entrada) y unas cantidades proporcionales (regalías o “royalties”) a los ingresos obtenidos.

274. iv. Tienen carácter bilateral o sinalagmático, pues son contratos concluidos entre dos partes, franquiciador y franquiciado, que generan obligaciones recíprocas e interdependientes para ambos³³². De hecho, el tratamiento jurídico de estos contratos se centra en la mayoría de los Estados miembros en su bilateralidad e ignora la perspectiva de “red”³³³. Esta realidad económica debería tenerse en cuenta en su regulación jurídica, pues constituye el marco de explotación del paquete de la franquicia³³⁴.

275. v. Son contratos de tracto sucesivo o más bien contratos “de larga duración” (*komplexe Langzeitvertrag*), al producirse una secuencia de prestaciones continuas por

³³⁰ STJCE 3 julio 1997, as. C-269/95, *Francesco Benincasa vs. Dentalkit s.r.l.*, *Recopilación*, 1997, p. I-3767.

³³¹ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 84.

³³² L. VOGEL (dir.), *La franchise au Carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats. États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 2011, p. 71.

³³³ D. FERRIER, “La considération juridique du réseau”, en VV.AA., *Mélanges C. Mouly*, vol. 2, Litec, Paris, 1998, pp. 95-113, p. 97; M.C. MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 103.

³³⁴ Solamente en Alemania se han reconocido jurisprudencialmente algunos efectos jurídicos a las relaciones creadas por el franquiciador a través de la red. En la célebre Sent. BGH 20 mayo 2003 *Apollo-Optik-Entscheidung*, BB 2003, pp. 2245 y ss.; ZIP 2004, pp. 744 y ss., nota J.P. GIESLER, la Corte alemana determinó que el franquiciador estaba obligado a transferir las ventajas de precio que había obtenido de la negociación con sus proveedores a todos sus franquiciados, por el hecho de su común pertenencia a una misma red.

parte del franquiciador y del franquiciado cuya prolongación en el tiempo viene justificada por la función económica del propio contrato³³⁵.

276. vi. Son contratos de colaboración empresarial, pues el franquiciado se integra en una organización empresarial configurada bajo un mismo patrón y unos estándares y distintivos uniformes y homogéneos³³⁶. Tanto el franquiciado como el franquiciador persiguen un mismo interés común: la reiteración del éxito comercial del franquiciador, de la que se verán beneficiados ambos³³⁷.

277. vii. Son contratos en que el *intuitu personae* juega un papel importantísimo, toda vez que el franquiciado que accede a la red del franquiciador debe estar en condiciones de mantener la uniformidad de dicha red³³⁸. De hecho, en muchos contratos de franquicia, cuando el franquiciado es una persona jurídica, se solicita también a la “persona clave” en la gestión o en la propiedad de dicha persona jurídica que se comprometa a no abandonar el negocio sin el consentimiento del franquiciador³³⁹.

278. viii. Algunos de estos contratos son “de adhesión” (“*standard form contracts*”), en la medida en que el franquiciador propone a los franquiciados un contrato estándar que deben aceptar en bloque si quieren obtener la franquicia³⁴⁰. No obstante, esta característica no puede generalizarse. Como se ha expuesto anteriormente, existen franquiciados con un importante poder de negociación que modifican o redactan desde el principio con el franquiciador su contrato de franquicia. Otros franquiciados se agrupan en asociaciones para defender sus intereses y negociar de forma colectiva con su franquiciador. La concentración de la distribución por la que se caracteriza el mercado actual modifica también las relaciones de fuerza en el momento de negociación del contrato, de forma que actualmente existen muchos más franquiciados con un poder de mercado considerable que cuando surgió la figura³⁴¹.

³³⁵ Sobre la distinción entre contratos de tracto sucesivo y contratos de larga duración, F. NICKLISH, “Vorteile einer Dogmatik für komplexe Langzeitverträge”, en VV.AA., *Der Komplexe Langzeitvertrag*, Verlag, Heidelberg, 1987, pp. 17-21. Los contratos de larga duración se caracterizarían porque no serían únicamente relaciones de “cambio” sino relaciones en que una pluralidad de sujetos con un objetivo en común participan durante un período de tiempo prolongado en la consecución de dicho objetivo.

³³⁶ Este carácter de contrato de colaboración ha sido señalado unánimemente por la doctrina: A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising...*, cit., pp. 27-30; E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 97-98; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 84.

³³⁷ J.-M. LELOUP (coord), “La franchise: vers...”, cit., p. 105 (intervención de J.-P. BETCH).

³³⁸ N. VAN RANST, “Drafting a Franchise Agreement”, en D. CAMPBELL / L. LAFILI (ed.), *Distributorships, agency and franchising in an international arena*, p. 3.

³³⁹ Ver Anexo I, apartado 1: “Contrato de franquicia directa internacional”, cláusula 19 “*Death or incapacity of individual*”.

³⁴⁰ E. CRAWFORD SPENCER, *op. cit.*, p. 78.

³⁴¹ L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, p. 72.

279. *ix.* Son contratos que pueden formar parte de una cadena de contratos. Como se verá seguidamente, cuando la operación de franquicia se estructura mediante la fórmula de la franquicia máster, existirán al menos dos eslabones de contratos encadenados: el del franquiciador con el máster franquiciado y el de éste con cada uno de los subfranquiciados.

280. *x.* Son contratos “mixtos”, porque sus prestaciones corresponden a varios tipos contractuales típicos, es decir, a contratos que tienen regulación propia sustantiva en la mayor parte de los Derechos de los Estados miembros³⁴². El contrato de franquicia es un contrato que regula la puesta a disposición en un mercado determinado de una serie de productos del franquiciador por parte del franquiciado y que se apoya en otras prestaciones instrumentales a ésta y que sirven para conseguir tal fin, como son las licencias de marca, la cesión del *know-how*, la formación, la asistencia técnica al franquiciado o el suministro de productos contractuales. Muchas de estas prestaciones que se acuerdan en el contrato de franquicia son prestaciones que, separadamente consideradas, conformarían contratos por sí mismas (contrato de cesión de marca, contrato de transferencia o licencia de tecnología, contrato de asistencia técnica, contrato de suministro), que en el contrato de franquicia se organizan de forma particular para alcanzar una causa o finalidad contractual única, un resultado económico más complejo³⁴³. De todas esas prestaciones, resulta útil distinguir las que invariablemente se encuentran en la franquicia (la licencia de derechos incorporales y la distribución) de las que pueden estar presentes o no y que por lo tanto no caracterizan el contrato (suministro de productos por parte del franquiciador, compromiso de realizar publicidad por parte del franquiciador, utilización de un determinado *software* por parte del franquiciado...) ³⁴⁴.

281. *xi.* Es una relación contractual “compleja”. Muchas de las prestaciones que se acuerdan en un contrato de franquicia requieren un desarrollo posterior en función del desarrollo de la operación³⁴⁵. Este es el caso, por ejemplo, de la obligación del

³⁴² En este trabajo se utilizan los términos “mixto” y “complejo” con un sentido distinto, en el que “mixto” ilustra la cualidad de un único contrato compuesto por prestaciones múltiples y en el que “complejo” se refiere a una operación contractual formada por varios contratos celebrados por las partes. En España, estos términos son utilizados de forma sinónima por el TS y utilizados para definir el contrato en que “los distintos elementos que lo forman aparecen entrelazados e inseparablemente unidos por la voluntad de las partes, de forma que no es posible aislarlos y regularlos separadamente, pues se desnaturalizaría la voluntad y el fin económico que las partes tuvieron en cuenta al contratar” (STS 26 enero 1994, RJ 446/1994; STS 9 octubre 1995, RJ 7026/1995), definición que se correspondería más con la aquí utilizada para el “contrato mixto”. Al respecto, F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La joint venture en el comercio internacional*, Comares, Granada, 1999, p. 82.

³⁴³ M. MENDELSON, *Franchising Law*, cit., p. 45; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato internacional (fragmentación versus unidad)*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 148-149; P. LAGARDE, “Le dépeçage dans le droit international privé des contrats”, *Riv. Dir. Int. Proc.*, n. 11, 1975, pp. 649-677, p. 653; C. PELLISÉ DE URQUIZA, *op. cit.*, p. 190; G. CASSONI, “I contratti collegati nel diritto internazionale privato”, *Riv. Dir. Int. Pr. Proc.*, n. 15, 1979, pp. 23-42, p. 24.

³⁴⁴ M. MENDELSON, *Franchising Law*, cit., p. 45 y 91.

³⁴⁵ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 103. Ver por ejemplo la Sent. Trib. Gante, 31 mayo 2010, *RABG*, 2011, 309, nota de A. HANSEBOUT, que refleja que junto con el contrato de franquicia, las partes firmaron otros

franquiciado de adquirir al franquiciador los productos contractuales o de la obligación del franquiciador de arrendar al franquiciado el local en que desarrollar el negocio, en el caso en que las partes así lo hayan pactado³⁴⁶. Por ello se dice que la operación de franquicia, más que un contrato, es un “conjunto de contratos”, un “*ensemble contractuel*”, generalmente formado por un “contrato marco” y varios “contratos de ejecución”³⁴⁷.

282. Especial consideración a la franquicia como operación contractual compleja. En la operación de franquicia, el “contrato marco” regula los aspectos de base de la relación jurídica, las obligaciones para el franquiciador y el franquiciado que se han de cumplir a lo largo de un período de tiempo. Los “contratos de ejecución” de ese acuerdo marco se celebrarán en cumplimiento de las obligaciones pactadas por ambos contratantes en el contrato marco³⁴⁸. Estos contratos de ejecución pueden responder por su contenido a los más variados tipos de negocios. Los contratos más comunes son los referidos al aprovisionamiento de los productos que se comercializarán en el establecimiento franquiciado o de algunas de las materias primas necesarias para esa comercialización y al arrendamiento del local en que se va a llevar a cabo la actividad franquiciada, pero también pueden versar sobre asesoramiento, publicidad, alquiler, *leasing* o compra de equipamiento o maquinaria, incluso sobre licencias para el uso de programas informáticos de gestión³⁴⁹. Existen contratos de franquicia en que la propia licencia sobre los derechos incorporeales que conforman el “paquete de la franquicia” se instrumenta en un acuerdo de licencia separado del acuerdo de franquicia, de forma que

acuerdos: uno relativo al *stock* de las mercancías, otro relativo a la financiación y otro relativo a los fondos de comercio (clientela).

³⁴⁶ Un ejemplo de este tipo de contratos de arrendamiento se puede ver en la SAP Barcelona n. 316/2013, sección 15ª, 24 julio 2013, sobre la acción de varios franquiciados españoles contra su franquiciador francés (titular de la marca de lavado de coches “Elefante Azul”). En el litigio se alega la nulidad de los contratos de arrendamiento firmados por las partes y contenidos en el Anexo III de cada uno de los contratos de franquicia.

³⁴⁷ Como indica F. LECLERC, “Le contrat-cadre en droit international privé”, en VV.AA., *Trav. Com. Fr. DIP*, 2002-2004, Pendone, Paris, 2005, pp.3-25, p. 5: “A n’en pas douter, les contrats d’approvisionnement exclusif, de concession commerciale, de franchise, ou de distribution selective, en ce qui’ils organisent des ventes commerciales futurs, sont des contrats cadres”. Si se atiende a la definición de contrato marco que proporciona el mismo autor (convención por la que las partes fijan las principales reglas que regirán la conclusión los contratos de aplicación posteriores, cuya razón de ser es crear el escenario para sus relaciones futuras, p. 4) se puede afirmar que no sólo serán contratos de ejecución los relativos a las ventas, sino cualquier otro que se haya previsto en contrato marco de franquicia (alquiler de local, desarrollo de campañas publicitarias...).

³⁴⁸ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, pp. 55-56; F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 186-187; M. BROSSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 510; P. CRAHAY, *Les contrats...*, *cit.*, p. 11; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Civitas, Madrid, 1995, p. 97.

³⁴⁹ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 103.

el franquiciado paga un concepto aparte por los derechos de propiedad intelectual cedidos³⁵⁰.

283. Este acuerdo marco y sus contratos de ejecución son contratos conexos o coligados, generalmente con un vínculo de continuidad (los contratos de ejecución suelen suceder al contrato marco en el tiempo) aunque también pueden ser negocios concurrentes (el contrato de arrendamiento del establecimiento en que se instalará el negocio, por ejemplo, puede celebrarse a la vez que el contrato marco de franquicia)³⁵¹. Este vínculo existente entre el contrato marco y los contratos de ejecución es un vínculo de interdependencia y de jerarquía: los contratos de ejecución son contratos que dependen del contrato marco y orientados a facilitar su ejecución³⁵². Se podría decir que el contrato marco cumple una “función directiva” de la operación, con especial relevancia en el plano hermenéutico así como en el caso de divergencia entre éste y los contratos de ejecución³⁵³.

284. En cualquier caso, la libertad de las partes para configurar su relación jurídica hace que ésta pueda tomar formas extremadamente variadas. En primer lugar, las partes pueden decidir si dichos contratos de ejecución se celebran entre ellos mismos o bien entre una de las partes y un tercero. Es muy común que el franquiciado se obligue a aprovisionarse de ciertos productos de terceros designados por el franquiciador y no directamente de éste³⁵⁴.

285. Ejemplo. En las franquicias de hamburguesas es habitual que el franquiciado se obligue a adquirir ciertos productos, como el ketchup o la carne, de los proveedores autorizados por el franquiciador y no del propio franquiciador. Lo anterior es una muestra de que los contratos de ejecución de un contrato marco de franquicia no tienen por qué celebrarse entre franquiciador y franquiciado, sino que pueden ser celebrados entre el franquiciado y un tercero.

286. Esta libertad contractual se manifiesta también en el grado de detalle con que se regula el contenido del acuerdo marco y de los contratos de ejecución y en el grado de independencia formal entre ellos³⁵⁵. Dependerá de las partes si en el contrato

³⁵⁰ Así ocurrió en el caso *Six Continents Hotels Inc. v. Event Hotels GMBH* (2006) 150 SJLB 1251, en que el franquiciador inglés reclama al franquiciado alemán los derechos de uso de su marca *Holiday Inn*, en virtud del contrato de licencia firmado en el marco de una relación de franquicia existente entre ambos.

³⁵¹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Turín, 1955, p. 305; G. CASSONI, *op. cit.*, p. 23;

³⁵² G. CASSONI, *op. cit.*, p. 31; F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 4.

³⁵³ Como indica F. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, p. 34, suele ser frecuente la inclusión en el contrato de cláusulas que aseguren esta prevalencia. Un ejemplo podría ser: “*In the event of any inconsistency between this Agreements and other Agreements between the parties, the provisions of this Agreement shall prevail*”.

³⁵⁴ F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 5.

³⁵⁵ F. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, p. 43.

marco se incluye la obligación de concluir tales contratos de ejecución y en qué medida³⁵⁶. También dependerá de ellas si estos contratos de ejecución quedan totalmente regulados en el momento en que se celebra el contrato marco o si se reservan a un desarrollo posterior por las partes. Lo habitual es regularlos totalmente e incluirlos como anexos al contrato marco³⁵⁷.

287. Ejemplo. Posible organización de las obligaciones relativas al suministro de productos en el contrato marco de franquicia y en contratos de ejecución:

◆ Acuerdo marco de franquicia:

→ Obligación de suministrar productos al franquiciado

→ Obligación de compra mínima anual

◆ Anexo al contrato marco:

→ Condiciones generales de venta

◆ Contratos concretos de compraventa que desarrollan las obligaciones adquiridas en el acuerdo marco y en el Anexo:

→ Pedido de un número concreto de unidades de producto

→ Condiciones de entrega

→ Precio y forma de pago

288. Desde el punto de vista formal estos acuerdos de ejecución se pueden clasificar en tres tipos³⁵⁸:

289. i. Contratos de ejecución celebrados en cumplimiento del acuerdo base. Son contratos que tienen como antecedente la obligación asumida por las partes (o por una de ellas) en el contrato marco de celebrar un contrato con un contenido determinado. Es frecuente que mediante un anexo queden establecidas incluso las tarifas que regularán las contraprestaciones de dicho contrato. Las partes, por ejemplo, pueden pactar en el

³⁵⁶ J. GATSI, *Le contrat-cadre*, LGDJ, Paris, 1993, párrafos 14-150. La previsión de los contratos de ejecución en el propio contrato marco puede comportar diversos efectos jurídicos, que dependerán de la Ley que rija dicho contrato marco, pero que en general se traducen en que los contratantes tendrán una acción recíproca para exigirse la celebración de tales contratos de ejecución de conformidad con lo establecido en el contrato marco y en que, si una de las partes incumple uno de los contratos de ejecución, se estará incurriendo al mismo tiempo en una violación del acuerdo marco. Ver F. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, p. 36.

³⁵⁷ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Model International Franchising Contract*, ICC Services, Paris, 2011, pp. 36 (art. 21: “Franchisors obligations regarding the supply of products”) y 52 (anexo 7: “General conditions of sale”).

³⁵⁸ F. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, p. 91.

contrato marco que la cesión de una determinada patente por parte del franquiciador al franquiciado se realice a través de la celebración de un contrato de licencia de uso, o que el franquiciador ceda al franquiciado cierto equipamiento mediante un contrato de arrendamiento financiero³⁵⁹.

290. ii. Contratos de ejecución previstos en el contrato marco con carácter facultativo. En ocasiones puede que el contrato marco se limite a contemplar la posibilidad genérica de celebrar cierto tipo de contratos, como puede ser un contrato de financiación entre el franquiciador y el franquiciado. Las relaciones de compraventa de productos contractuales entre franquiciador y franquiciado, o entre el franquiciado y un proveedor tercero, también pueden ser entendidas como facultativas, en la medida en que no existe una “obligación” de realizar un número determinado de compras o pedidos, más allá de un posible pacto de compras mínimas.

291. iii. Contratos de ejecución no previstos en el contrato marco. Dado que la relación contractual de franquicia es una relación dilatada en el tiempo, es posible que ciertos cambios en las circunstancias hagan que las partes, motivadas por su interés colaborativo y por la buena fe contractual, Un ejemplo serían los contratos por los que el franquiciado realiza una aportación suplementaria a la red de franquicia o por los que se acuerda la ampliación de la actividad a un nuevo sector de mercado³⁶⁰.

292. También puede ocurrir que, en la práctica, la distinción entre contrato marco y contratos de ejecución no se aprecie formalmente. Puede que exista únicamente un contrato marco de franquicia y posteriormente los aprovisionamientos se realicen a través de simples pedidos. Pero ello no obsta para que tales pedidos, junto con la aceptación del franquiciador, sean considerados como verdaderos “contratos de ejecución” a efectos conflictuales o sustantivos.

293. Dentro de estos contratos de ejecución cabe destacar el contrato de suministro o de compraventa entre franquiciador y franquiciado, por su mayor independencia y por sus especialidades a hora de determinar la competencia judicial internacional y la Ley aplicable. Estos contratos de suministro tienen más relevancia en las franquicias de bienes. En estos casos, normalmente será el franquiciador el que suministre al franquiciado las mercancías destinadas a la venta. Cuando se trata de una franquicia de servicios, también es habitual que el franquiciador le proporcione algunos de los materiales necesarios para esa prestación, como materias primas, material de limpieza o mobiliario. En el caso de las franquicias de producción, es también habitual que el franquiciador suministre al franquiciado determinados materiales para la fabricación de los productos.

³⁵⁹ Un ejemplo de cláusula contenida en el contrato marco sería: “Mediante *leasing* el franquiciador proveerá al franquiciado la maquinaria referida en el Anexo 4, a las tarifas dispuestas en dicho Anexo”.

³⁶⁰ En cualquier caso, que un contrato de ejecución encaje en una tipología u otra depende única y exclusivamente de la voluntad de las partes, de forma que un contrato de financiación podría encontrarse también previsto en el contrato marco como una obligación para las partes y no con carácter facultativo.

294. Ejemplo. El contrato de suministro de patatas fritas congeladas, que directamente adquirirá el franquiciado del franquiciador para su restaurante de comida rápida (franquicia de distribución de servicios) podrá estar previsto de forma exhaustiva en el contrato marco de franquicia, estableciéndose la forma de hacer los pedidos, la forma de pago... o bien podrá regularse a parte, indicándose únicamente en el contrato de franquicia que el franquiciado habrá de utilizar “x” productos que le proporcione directamente el franquiciador.

3. CLASES DE CONTRATOS DE FRANQUICIA

295. Cuando una empresa toma la elección de franquiciar, ha de elegir también entre las distintas formas de franquicia. Estos tipos pueden combinarse en una misma estrategia empresarial, bien eligiendo distintos contratos para una misma red, bien eligiendo un contrato que presente elementos de más de uno de los tipos expuestos. El tipo de franquicia escogida vendrá determinada por la evolución y las necesidades del mercado que se pretende alcanzar³⁶¹.

296. Las clasificaciones que se ofrecen a continuación no son, por lo tanto, clasificaciones cerradas, sino que son más bien modelos “tipo” organizados en torno a los elementos más significativos del contrato, identificados en la práctica comercial europea y sistematizados con el propósito de facilitar la selección de la fórmula más conveniente para cada empresario.

A. Primer criterio: *La inmediatez de la actividad del franquiciado*

297. La primera de estas clasificaciones distingue entre los tipos de contratos de franquicia en función de quién vaya a realizar la actividad de explotación de los establecimientos franquiciados. Ya se ha hecho referencia al mismo desde el punto de vista económico, pues es el más utilizado para estudiar las formas de presencia y la expansión de la franquicia a otros territorios³⁶². A continuación se analizarán estos distintos sistemas de expansión desde el punto de vista jurídico:

298. i. Franquicia directa. Cuando el empresario opta por la franquicia directa, la operación se formalizará a través de un único contrato, que recibe ese mismo nombre. A

³⁶¹ J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, *cit.*, p. 96 (intervención de J.-M. LELOUP).

³⁶² Entre otros, utilizan esta distinción los siguientes autores: F.N. BURTON / A.R. CROSS / M. RHODES, “Foreign Market Servicing Strategies of UK Franchisors: An Empirical Enquiry from a Transaction Cost Perspective”, *Management International Review*; núm. 40, vol. 4, 2000, pp. 373-400; I. ALON, D. L. MCKEE, “The internationalization of professional business service franchises”, *Journal of Consumer Marketing*, núm. 16, vol. 1, 1999, pp.74-85; S. C. MICHAEL, “Determinants...”, *cit.*, p. 270; R. C. HOFFMAN, J. F. PREBLE, “Franchising: Selecting a strategy for rapid growth”, *Long Range Planning*, núm. 24, vol. 4, 1991, pp. 74-85 y B. QUINN, “Towards a framework for the study of franchising as an operating mode for international retail companies”, *The International Review of Retail, Distribution and Consumer Research*, vol. 8, núm. 4, 1998, pp. 445-467.

través del contrato de franquicia directa, el franquiciador, que ha desarrollado una técnica y operación comercial exitosa, cede al franquiciado los derechos de explotación de su negocio para que los explote directamente en un determinado territorio³⁶³. Esta persona suele ser, como se indicó en la Sección I, un empresario afincado en ese mercado (empresario “local”). Este contrato puede ser de dos tipos, de “franquicia unitaria”, en el caso en que el franquiciador, confiera al franquiciado el derecho a explotar una única franquicia o bien de “multifranquicia”, en que se confiere el derecho a explotar varias unidades en un territorio.

299. Cuando la opción escogida por las partes es la de la franquicia unitaria, es decir, la explotación por parte del franquiciado de un único establecimiento, la operación se suele concretar en la firma de un único contrato de franquicia. Desde el punto de vista jurídico, esta es la opción más sencilla. Por la misma, el franquiciador cede al franquiciado los derechos de explotación de su negocio única y exclusivamente para un establecimiento, y el franquiciado se compromete a explotar tal establecimiento directamente.

300. En cuanto a la multifranquicia, es decir, cuando las partes acuerden que el franquiciado explote más de una unidad franquiciada en un determinado territorio, la operación se puede estructurar de distintas formas. Se puede acordar la firma de varios contratos de franquicia unitaria, o bien de un único contrato en que se acuerde la apertura de tales establecimientos, de forma simultánea o sucesiva. Además, de forma previa a la firma de estos contratos, las partes pueden firmar lo que se conoce como “*area development agreement*”, un acuerdo en que las partes se obligan a firmar los contratos posteriores de franquicia conforme a un calendario determinado para un determinado territorio, generalmente en exclusiva. En este contrato, el franquiciador se compromete a firmar los contratos y a respetar el territorio de exclusiva, y el franquiciado a firmar dichos contratos y a pagar la denominada “*development area fee*”³⁶⁴.

301. En la mayoría de los casos, el contrato de “desarrollo de área” no será propiamente un contrato de franquicia, pues mediante el mismo el franquiciador y el franquiciado se suelen obligar únicamente a celebrar los contratos de franquicia acordados en los momentos que vaya marcando el calendario, y no se transmiten los derechos de explotación de la franquicia. Sin embargo, en los casos en que en el contrato se transmitan efectivamente esos derechos de explotación de la franquicia, aunque sea únicamente para el primero de los establecimientos, el contrato de desarrollo de área ha de ser considerado como un contrato de franquicia.

³⁶³ S. C. MICHAEL, “Determinants...”, *cit.*, p. 270.

³⁶⁴ UNIDROIT, *Ley Modelo de Unidroit sobre la divulgación de la información en materia de franquicia*, disponible en: <http://www.unidroit.org/spanish/modellaws/2002franchise/2002modellaw-s.PDF> (fecha última consulta: 20/03/2017); Decisión de la Comisión Europea 13 julio 1987, *Computerland*, DOUE 10 agosto 1987, L 222/12; J. MARTÍ MIRAVALLS, *op. cit.*, p. 92.

302. *ii.* Máster franquicia o *master franchising* (también “franquicia principal”): cuando el empresario opta por construir su red a través del sistema de máster franquicia, en primer lugar suscribirá un contrato de “máster franquicia” con el franquiciado principal. Este contrato se puede definir como aquel por el cual una empresa, el franquiciador, le otorga a la otra, el franquiciado principal, en contraprestación de una compensación financiera directa, indirecta o ambas el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de que el máster franquiciado concluya contratos de franquicia con terceros, los franquiciados o subfranquiciados, conforme al sistema definido por el franquiciador, asumiendo el franquiciado principal el papel de franquiciador en un mercado determinado³⁶⁵.

303. La asunción por el máster franquiciado de dicho papel de franquiciador en el territorio concedido implica que ha de promocionar la concertación de contratos de franquicia, firmar dichos contratos, asumir la gestión de la propia red creada y prestar a ésta la asistencia comercial necesaria³⁶⁶. Además, puede asumir por él mismo la gestión de alguno de los establecimientos franquiciados. En cuanto a la compensación económica que paga el máster franquiciado al franquiciador, frecuentemente se compone de una cuota inicial (“canon”) y de unas cuotas periódicas que constituyen un porcentaje de los ingresos que recibe el sub-franquiciador de los establecimientos sub-franquiciados³⁶⁷.

304. Sobre si estos contratos han de ser considerados como “contratos de franquicia” ha existido cierta controversia doctrinal, de forma que les ha considerado incluso como contratos de mandato³⁶⁸. De hecho, algunos legisladores nacionales no consideran que se hayan de aplicar a estos contratos las disposiciones específicamente previstas para los acuerdos de franquicia, como las obligaciones de información precontractual³⁶⁹. Pese a ello, en este trabajo se seguirá la posición del legislador europeo de Derecho de la Competencia, que desde 1988 consideró a estos contratos como “acuerdos de franquicia” incluidos en el Reglamento 4087/1988 de exenciones de determinados acuerdos de franquicia. Esta postura se justifica en considerar que la nota esencial que caracteriza a los acuerdos de franquicia es la concesión al franquiciado del derecho a explotar el negocio con el fin de crear un canal de comercialización para los

³⁶⁵ Art. 2.2 del Real Decreto 201/2010, que regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, BOE n. 63, de 13 de marzo de 2010, pp. 25037-25046, tomado del art. 1.3.c del Reglamento (CEE) n° 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia; DO L 359 de 28.12.1988, p. 46/52.

³⁶⁶ E. LÁZARO SÁNCHEZ, “El contrato de franquicia: aspectos básicos”, *Anales de Derecho Universidad de Murcia*, núm. 18, 2000, pp. 91-116, esp. p. 94; E. FLOHR, *op. cit.*, p. 45.

³⁶⁷ UNIDROIT, “Guía UNIDROIT...”, *cit.*, p. 2.

³⁶⁸ J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, *cit.*, p. 105 (intervención de J.-P. BETCH); E. LAZARO SANCHEZ, *op. cit.*, p. 94.

³⁶⁹ Ver en esta Sección II, el apartado II.2.A.a.iii.”Información precontractual”, donde se expone detalladamente la posición de cada Estado Miembro al respecto.

productos del franquiciador. Esta nota esencial se da tanto en los contratos de franquicia directa como en los contratos de máster franquicia, aunque dicho canal de comercialización se cree a través de la contratación con subfranquiados.

305. La operación de máster franquicia, desde el punto de vista contractual, tiene una segunda fase, que será la de la firma de contratos de franquicia entre el máster franquiciado y los distintos subfranquiados seleccionados por él, sin intervención del franquiciador³⁷⁰. Estos contratos serán generalmente contratos de franquicia directa unitaria, es decir, cada subfranquiado estará al cargo de la explotación de un único establecimiento. A través de estos contratos, el máster franquiciado transmite el derecho a la explotación del negocio recibido del franquiciador a los subfranquiados³⁷¹. Como puede observarse, el master franquiciado tiene un doble papel según la perspectiva desde la que se le considere: actuará como franquiciado respecto al empresario principal y como franquiciador respecto a los franquiciados. Estos segundos contratos serían, respecto al contrato de máster franquicia, lo que la doctrina denomina “contratos vinculados” o “contratos conexos”, lo que en algunos ordenamientos puede conllevar consecuencias jurídicas, por ejemplo, en relación a su nulidad o resolución (por ejemplo, si el contrato de máster franquicia es nulo, puede que lo sean también los contratos de franquicia entre el máster franquiciado y los subfranquiados)³⁷².

306. *iv. Otros contratos utilizados para la expansión a través de una red de franquicia.* Además de los contratos mencionados, existen otros utilizados para la creación de una red de franquicia, sobre todo en el contexto internacional, que no pueden ser calificados de franquicia, precisamente porque no se cede ese derecho a la explotación del negocio. Son contratos que podrían denominarse “auxiliares”, pues sirven al franquiciador para construir su red.

307. Entre estos contratos, cabe destacar en primer lugar el denominado, “contrato de representación territorial” o de “representación de área”, en ocasiones denominado *area representation agreement*³⁷³. Conforme al mismo, el franquiciador nombra a otro empresario como su representante con la tarea de buscar oportunidades de negocio y posibles franquiciados para abrir nuevas franquicias en un determinado Estado o territorio, oportunidades que presentará al franquiciador para que éste concluya los contratos pertinentes. La diferencia con el contrato de máster franquicia es que al

³⁷⁰ Pese a ello, la legislación de algunos países exige un vínculo directo entre franquiciador y subfranquiado para que este último pueda hacer uso de los derechos de propiedad intelectual del franquiciador. *Vid.* UNIDROIT, “Guía UNIDROIT...”, *cit.*, p. 2.

³⁷¹ J. MARTÍ MIRAVALLS, *op. cit.*, p. 95.

³⁷² J. MARTÍ MIRAVALLS, *op. cit.*, p. 95, A. LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 304.

³⁷³ Con este término suele crearse confusión, pues el mismo se parece mucho al de “*area development agreement*”, visto anteriormente, si bien se ha de subrayar que son contratos totalmente distintos. El *área representant* es un agente, mientras que el *área developer* es un franquiciado. Ver E. FLOHR, *op. cit.*, p. 45; J. MARTÍ MIRAVALLS, *op. cit.*, p. 110; A. S. KONIGSBERG, *op. cit.*, p. XI.VI.19.

representante no se le traslada ningún tipo de derecho sobre los signos distintivos o el *know-how* del franquiciador, ni ninguna facultad de explotar la fórmula de negocio³⁷⁴. Éste tampoco firmará los contratos de franquicia con los franquiciados, sino que los mismos se celebrarán por el franquiciador. En definitiva, se trata de una figura que no puede ser calificada en sí como contrato de franquicia, pues se aproxima mucho más a la comisión, al mandato, o a la agencia. De hecho, en muchos de los ordenamientos nacionales en que existe una legislación sobre la franquicia se considera a esta figura excluida de tales normativas³⁷⁵.

308. Junto con esta modalidad contractual, existen otras menos habituales, como el “*bare bones license agreement*” o el “*franchise brokerage*”³⁷⁶. En cuanto a los primeros, los “*bare bones agreements*” o contratos de licencia esquemáticos, son contratos en los que se produce la transmisión del sistema de franquicia pero en que el mismo no se transmite para crear una red de comercialización de los productos del franquiciador, de forma que el licenciataria no está integrado en ninguna red. Por ello, los compromisos de ambas partes son mucho más reducidos. El franquiciador no se compromete a proporcionar más formación al franquiciado que la formación inicial, y desde el momento en que se celebra el contrato se despreocupa del devenir del mismo³⁷⁷. El franquiciado se obliga únicamente al pago de los cánones, inicial y periódico. En consecuencia, no puede considerarse como un contrato de franquicia, sino como un simple contrato de licencia cuyo objeto es el modelo de empresa. De hecho, en la mayoría de ocasiones se prohíbe al licenciataria el uso de los signos distintivos de la red³⁷⁸. Este contrato se suele utilizar para aquellos territorios en que el franquiciador no tiene pensado expandir su red en ningún momento, como una forma de obtener rentabilidad de su modelo de negocio.

309. Respecto al “*franchise brokerage*”, se trata de un contrato por el que el *franchise broker* se obliga a promover la celebración de contratos de franquicia entre el franquiciador y potenciales franquiciados, a cambio de una comisión, generalmente respecto al canon de entrada que pague cada franquiciado al franquiciador. Se trata de un mero contrato de agencia, similar al *area representation agreement*, pero que generalmente se concierta sin ningún tipo de exclusividad en cuanto al territorio de promoción de los contratos³⁷⁹.

³⁷⁴ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising...*, cit., p. 19.

³⁷⁵ Este es el caso de Italia. Vid. A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising...*, cit., p. 18: “*Infatti il developer non assume alcun impegno finanziario. Il contratto può dunque essere avvicinato ad una sorte di mandato di intermediazione. In questa accezione mancano sia gli elementi dell’art. 1.1, sia quelli dell’art. 2.1 e perciò non trovano applicazione gli obblighi di disclosure previsti dalla legge*”.

³⁷⁶ J. MARTÍ MIRAVALLS, *op. cit.*, p. 87.

³⁷⁷ “Guía UNIDROIT...”, cit., p. 12.

³⁷⁸ J. MARTÍ MIRAVALLS, *op. cit.*, p. 118; A. S. KONIGSBERG, *op. cit.*, pp. XI.II.2 y ss.

³⁷⁹ J. MARTÍ MIRAVALLS, *op. cit.*, p. 118.

B. Segundo criterio: *el tipo de actividad del franquiciado*

310. En su sentencia *Pronuptia*, el TJCE se refirió a los distintos tipos de franquicia utilizando otro criterio, el de la actividad que habrá de realizar el franquiciado³⁸⁰. Así es posible distinguir entre:

311. i. Franquicia de distribución o comercial. Constituye el “prototipo” de franquicia, y es el contemplado por la jurisprudencia comunitaria y por los Reglamentos sobre Derecho de la Competencia. De acuerdo con este contrato, el franquiciado distribuye los productos del franquiciador en un establecimiento que dispone de los signos distintivos de dicho franquiciador. Dentro de la franquicia de distribución, se puede distinguir entre la franquicia de bienes y la franquicia de servicios:

312. i.i. Franquicia de bienes (“Produktsfranchising” o “Vertriebsfranchising”). En este contrato el objeto del negocio franquiciado es la producción o venta de bienes materiales o inmateriales (por ejemplo, ropa o complementos) bajo los signos distintivos del franquiciador (marca, logo...) ³⁸¹. El franquiciador puede bien suministrar esos productos, que pueden ser fabricados por el mismo o encargados a un tercero, bien actuar como una oficina central de compras, a través de la cual se instrumenten los pedidos a proveedores terceros, o bien dejar al franquiciado una mayor libertad de aprovisionamiento (por ejemplo, únicamente indicando los proveedores recomendados). En este caso, el objeto principal de la relación con el comprador será la venta de dichos bienes, eventualmente acompañada de otros servicios accesorios (como puede ser el servicio postventa).

313. Ejemplo. *Benetton Group* y *Mango* son empresas que utilizan contratos de franquicia de productos, pues el objeto del negocio franquiciado es la venta de ropa, y por lo tanto de bienes materiales.

314. i.ii. Franquicia de servicios (“Dienstleistungsfranchising”). En su virtud, el franquiciado ofrece un servicio que realiza por sí mismo (por ejemplo, servicios financieros, de seguros, o de hostelería) pero empleando el nombre comercial y/o las marcas propias del franquiciador y siguiendo las pautas comerciales marcadas por el mismo franquiciador para que esa prestación de servicios se adecúe a los estándares

³⁸⁰ STJCE 28 enero 1986, *Pronuptia*, cit., FJ 13. La distinción se incorporó también al Reglamento (CEE) nº 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia; DO L 359 de 28.12.1988, pp. 46-52 (no en vigor). Este criterio es también utilizado por los autores A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, cit., p. 279; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 261.

³⁸¹ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 103. Algunos autores identifican este tipo de franquicia como la única franquicia “de distribución”, distinguiéndola de la otra tipología de franquicia que sería “de servicios”, y de la franquicia “de producción”, siguiendo la clasificación realizada por la Unión Europea en el primer Reglamento 4087/1988. Ver por ejemplo E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, pp. 244-245.

establecidos por éste³⁸². Es el más común en la práctica, se utiliza sobre todo en la hostelería y el alojamiento³⁸³.

315. En este caso, el objeto de la relación del franquiciado con el cliente será la prestación de esos servicios (una consulta, un préstamo, asistencia técnica, un servicio en un restaurante...), aunque eventualmente pueda acompañarse de la entrega de algún bien (como es el caso del ejemplo del restaurante). Este era también el caso del primer contrato de franquicia de servicios que se sometió a consideración de la Comisión Europea a efectos de evaluar su conformidad con el Derecho de la Competencia, el contrato de la firma *Service Master, Ltd.*, sociedad domiciliada en Inglaterra. El contrato “tipo” que ofrecía la empresa mencionada como franquiciadora tenía por objeto la franquicia de un sistema de prestación de servicios de carácter doméstico, limpieza y mantenimiento³⁸⁴.

316. Ejemplo. *McDonald's, Burger King, Foster's Hollywood*, o la cadena de hoteles *Ritz Carlton* son empresas que utilizan contratos de franquicia de servicios, pues el objeto del negocio franquiciado consiste en la realización de una actividad (proporcionar alojamiento o una experiencia gastronómica) a los clientes.

317. La noción tradicional de franquicia se relaciona inmediatamente con la comercialización de bienes y servicios al por menor, esto es, con un establecimiento abierto al público que vende directamente a los consumidores. Se ha discutido ampliamente por la doctrina si cabe también la franquicia al por mayor, dado que la misma ha sido excluida de ciertas leyes reguladoras de la franquicia, como la italiana³⁸⁵. Sin embargo, no hay una razón de peso para excluir la franquicia al por mayor de los tipos de franquicia, pues en la misma se puede cumplir de la misma forma que en la franquicia al por menor con la finalidad de comercialización de los bienes y servicios.

318. Dentro de la franquicia de distribución existen algunas especialidades según el tipo de establecimiento franquiciado que se utilice. Entre éstos se puede distinguir:

319. i.a. Free standing store. La franquicia se encuentra en un establecimiento independiente que tiene acceso directo a la calle y escaparates. El franquiciado o el franquiciador (en función de lo que se pacte en el contrato) negocia el alquiler de forma

³⁸² P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 103.

³⁸³ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 261.

³⁸⁴ Decisión n. 88/604/CEE de la Comisión de 14 de noviembre de 1988 relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE, *ServiceMaster*, DO L 332 de 3 diciembre 1988, pp. 38-42. Sobre la misma, E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 240.

³⁸⁵ Tal y como se ha puesto de manifiesto por muchos autores, la exclusión de la franquicia al por mayor (*all'ingrosso*) de la *Legge n. 129 del 6 maggio 2004 "Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale"*, viene dada porque la misma tiene como finalidad la protección del consumidor, pero ello no significa que no puedan existir franquicias al margen de la misma. Así lo afirma A. FRIGNANI, “Nuove riflessioni...”, *cit.*, p. 206.

independiente y tiene pleno control sobre el espacio. Dentro de éste existe otra modalidad, que sería la tienda dentro de un centro comercial. Estos establecimientos son también independientes, si bien suele existir algún tipo de contribución por parte de los establecimientos para el pago de actividades promocionales comunes y otras actividades relacionadas con el centro (seguridad, financiación, etc.)³⁸⁶.

320. i.b. Corner franchising. En estos casos la franquicia se encuentra dentro de un establecimiento de mayor tamaño, como unos grandes almacenes. Dentro de ese establecimiento, el franquiciado dispone de un espacio para comercializar sus productos (por ejemplo, el *stand* de una marca de alta joyería claramente diferenciado del resto de la estética de los grandes almacenes)³⁸⁷. Estos contratos suelen revestir alguna peculiaridad en relación a los contratos de franquicia de distribución en general, por ejemplo, es lógico que el franquiciado exija un compromiso de no competencia por parte de los grandes almacenes en que se ubicará su franquicia³⁸⁸.

321. Nota. A pesar del anglicismo, a la figura del *corner franchising* en el lenguaje americano se le conoce como “*concession*”, denominación que no puede llevar a confundir esta figura con el contrato de concesión, con el que no tiene nada que ver³⁸⁹.

322. i.c. Shop-in-shop. Se trata de un contrato similar al anterior, en el que el espacio dedicado a los productos de la marca franquiciada se diferencia de una forma mucho más clara del resto de la tienda que en el caso de los *corner*, de forma que puede llegar a tener sus propias paredes dentro del mismo³⁹⁰.

323. ii. Franquicia de producción o industrial. El franquiciado produce por sí mismo ciertos productos conforme a las instrucciones del franquiciador y los comercializa bajo la marca de éste³⁹¹. Lo esencial es que la producción se elabora con arreglo a las instrucciones y materiales que le suministra el franquiciador, por lo que el contrato implica, además de la autorización de comercializar, la de fabricar previamente esos productos en su totalidad o en parte, sirviéndose de las patentes o los conocimientos técnicos del franquiciador.

324. Ejemplo. *The Coca-Cola Company* o *Royal Canin*, utilizan contratos de franquicia de producción para crear su red comercial. El objeto de estos contratos no es sólo la comercialización de las bebidas o del pienso, sino también su elaboración previa conforme a las instrucciones del franquiciador.

³⁸⁶ M. CHEVALIER / M. GUTSATZ, *Luxury retail management*, Wiley, Singapore, 2012, pp. 37-39.

³⁸⁷ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 245.

³⁸⁸ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising...*, *cit.*, p. 17.

³⁸⁹ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising...*, *cit.*, p. 17.

³⁹⁰ M. CHEVALIER / M. GUTSATZ, *Luxury retail management*, Wiley, Singapore, 2012, pp. 37-39.

³⁹¹ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 103.

325. La doctrina ha discutido sobre si estos contratos deberían considerarse o no como franquicia, dada su proximidad con otros contratos como los de transferencia de tecnología y de logística³⁹². De hecho, la franquicia de producción se regula en Derecho de la competencia europeo por un Reglamento distinto de la franquicia de distribución³⁹³. Pese a ello, en este trabajo los contratos de franquicia de producción se considerarán como franquicia, pues en estos se comparte la finalidad de comercialización de los productos presente en todo contrato de franquicia, algo que no está presente en los contratos de transferencia de tecnología ni en las licencias de fabricación³⁹⁴.

326. Nota. En muchas páginas web se da una información errónea sobre este tipo de franquicia: se indica que es aquella en que el franquiciador es quien fabrica los bienes que más tarde irán a parar al establecimiento del franquiciado para su reventa. Lo anterior puede llevar a confusión a los consumidores pero sobre todo a los futuros franquiciados³⁹⁵.

4. ELEMENTOS DEL CONTRATO

A. Elementos personales

327. Como indica la definición proporcionada por el Reglamento 4087/1988, las partes del contrato de franquicia son el franquiciador y el franquiciado en sus distintas modalidades (franquiciado unitario, máster franquiciado, franquiciado de área...). El franquiciador es la parte que cede a la otra el paquete de la franquicia, y el franquiciado, el encargado de explotarlo.

328. Cabe preguntarse, dado que el Reglamento 4087/1988 únicamente se refería a “empresas”, y por lo tanto a personas jurídicas, si puede ser franquiciador o franquiciado una persona física. Lo cierto es que no existe impedimento alguno: el Reglamento se refería a empresas porque se movía en el ámbito del Derecho de la Competencia, únicamente aplicable a éstas. Lo que sí es exigible, por la propia naturaleza del contrato, es que tanto el franquiciador como el franquiciado tengan la

³⁹² R. ALONSO SOTO, “Bases para una futura regulación de los contratos de distribución”, en A. J. VIERA GONZÁLEZ, J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ y J.I. RUIZ PERIS (Dirs.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 54-56. En contra, A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising...*, *cit.*, pp. 19 y 20.

³⁹³ Reglamento (UE) n. 316/2014 de la Comisión de 21 de marzo de 2014 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, DOUE L 93, 28 marzo 2014, pp. 17-23.

³⁹⁴ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 240; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 261.

³⁹⁵ Ver por ejemplo: http://www.laboris.net/static/franquicias_aseso4.aspx o <http://www.creacionempresas.com/franquicia/aspectos-generales/tipos-de-franquicias> (fecha última consulta: 20/03/2017).

condición de “empresarios”, es decir, entidades que actúan en el ejercicio de su actividad profesional: no puede tener otro estatus aquél que comercializa bienes o servicios (franquiciado) ni el que otorga una licencia sobre una totalidad de derechos incorporeales y de propiedad intelectual e industrial (franquiciador)³⁹⁶.

329. Además, estos empresarios han de ser jurídicamente independientes entre sí y actuar en su propio nombre y por su propia cuenta. Esta nota de independencia es esencial en los contratos de franquicia³⁹⁷. Así lo ponen de manifiesto claramente los *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts* (“PEL CAFDC”) (art. 3:101)³⁹⁸ y la Ley Modelo de UNIDROIT sobre divulgación de información en materia de franquicia³⁹⁹. Esta independencia sirve también para distinguir estos contratos de otros contratos de colaboración, como el mandato o la agencia, así como del contrato de trabajo⁴⁰⁰. En la práctica, la distinción no es siempre sencilla, por la injerencia que por contrato ejerce el franquiciador en las actividades del franquiciado.

B. Elementos reales

330. Según A. FRIGNANI, el elemento esencial del contrato es la transmisión del franquiciador al franquiciado de un “*quid*” del que este último no disponía, que es la clave del éxito del negocio franquiciado⁴⁰¹. Este “*quid*” se materializa en una serie que derechos incorporeales que conforman lo que se denomina como “paquete de franquicia”. Sus componentes básicos son dos: los signos distintivos y el *know-how* o saber hacer del empresario⁴⁰²:

331. i. Signos distintivos. Todas las unidades operativas de un sistema de franquicia operan bajo unos mismos signos distintivos cuyo uso cede el franquiciador al franquiciado. Estos signos distintivos suelen ser marcas, enseñas, rótulos, nombres comerciales... y otros derechos incorporeales generalmente susceptibles de protección mediante el Derecho de propiedad intelectual. El franquiciador puede transmitir también otros derechos de corte más industrial, como patentes, aunque su utilización es la franquicia no es muy frecuente⁴⁰³.

³⁹⁶ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising...*, cit., p. 14.

³⁹⁷ Esta independencia es una nota esencial del contrato, como indica N. VAN RANST, *op. cit.*, p. 2.

³⁹⁸ O. BUENO DIAZ, *op. cit.*, p. 47.

³⁹⁹ UNIDROIT, *Ley Modelo...*, cit..

⁴⁰⁰ L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, p. 78.

⁴⁰¹ A. FRIGNANI ET AL., *Il franchising, it.*, p. 184.

⁴⁰² Creado por la Federación Europea de Franquicias (<http://www.eff-franchise.com>).

⁴⁰³ M. MENDELSON, *Franchising Law, cit.*, p. 192.

332. La transmisión de estos signos distintivos tiene como finalidad mantener esa unidad de imagen que beneficia tanto al franquiciador como al franquiciado. Fundamentalmente, esta uniformidad consigue atraer más clientela, pues permite ofrecer una calidad uniforme de producto, justificar los precios y reducir los costes de búsqueda de esos clientes. La cesión de la marca también supone para el franquiciador la posibilidad de incrementar su reconocimiento y de generar economías de escala en su promoción, y predispone a futuros franquiciados a adherirse al sistema. Los franquiciados, además, ven reducido el riesgo empresarial, y pueden obtener facilidades financieras por el éxito que se asocia a su imagen corporativa⁴⁰⁴.

333. ii. Know-how: El saber hacer del empresario, generalmente denominado como “*know-how*” o “*savoir faire*”, es aún más fundamental que los signos distintivos, pues de él depende el valor de la insignia del franquiciador. No se trata de unas nociones exclusivamente técnicas, sino que incluye la totalidad de conocimientos del franquiciador obtenidos de su práctica y experiencia empresarial necesarios para crear y explotar adecuadamente el negocio: conocimientos y experiencias de naturaleza técnica, comercial, logística, administrativa, contable, financiera, fiscal y de gestión⁴⁰⁵. Todos estos conocimientos se suelen proporcionar a través de tres instrumentos: el manual de explotación, la formación y los servicios de apoyo del franquiciador al franquiciado⁴⁰⁶.

334. De todos los aspectos mencionados, los imprescindibles son el técnico (“*engineering*”) y el comercial (“*marketing*”). En cuanto al “*engineering*”, es frecuente que incluya un estudio previo a la creación del negocio, y que determine la forma en que han de realizarse los arreglos del establecimiento y ponerse en marcha las instalaciones. Por ejemplo, puede contener un color, decoración o diseño distintivo de establecimiento o un esquema sobre la equipación y el mobiliario⁴⁰⁷. Los métodos que pertenecen al “*marketing*” suelen referirse a la realización de un estudio de mercado de la zona concedida, a la forma de realizar publicidad en el plano regional o local y sobre el lugar de venta y a instrucciones sobre ventas promocionales o sobre lanzamiento de productos nuevos⁴⁰⁸.

335. El *know-how* ha de cumplir tres condiciones: (i) ser secreto, es decir, no debe estar al acceso de cualquiera, pues en ese caso ya no tendría ventaja competitiva alguna; (ii) ser sustancial, esto es, que su contenido sea imprescindible para poder

⁴⁰⁴ J. I. LÓPEZ SÁNCHEZ / B. MINGUELA RATA / M. C. RODRÍGUEZ BENAVIDES, “Transferencia de conocimiento en la creación y en el funcionamiento de los sistemas de franquicia: un estudio empírico”, *Economía industrial*, n. 368, 2008, pp. 227-237, esp. 228.

⁴⁰⁵ M. KAHN, “La transmisión del *know-how* en la franquicia”, en VV.AA., *Guía de la Franquicia*, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, Valencia, 1992, pp. 117-132; J. I. LÓPEZ SÁNCHEZ / B. MINGUELA RATA / M. C. RODRÍGUEZ BENAVIDES, *op. cit.*, p. 229; J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 22; M. MENDELSON, *Franchising Law*, *cit.*, p. 217.

⁴⁰⁶ J. I. LÓPEZ SÁNCHEZ / B. MINGUELA RATA / M. C. RODRÍGUEZ BENAVIDES, *op. cit.*, p. 229.

⁴⁰⁷ M. MENDELSON, *Franchising Law*, *cit.*, p. 217.

⁴⁰⁸ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 22.

desarrollar la actividad objeto de franquicia y (iii) estar descrito de forma exhaustiva, lo cual se consigue normalmente mediante el registro del mismo en los Estados en que sea registrable, así como mediante la confección de los mencionados “manuales de explotación”. Pero, por encima de estas características, el *know-how* ha de ser transmisible. Esta cualidad es imprescindible, pues sin ella no podría repetirse el éxito del franquiciador, base del negocio de franquicia⁴⁰⁹.

336. Sólo si en el contrato se transmiten estos dos bienes inmateriales, *know-how* y signos distintivos, puede hablarse de franquicia, pues son éstos los que permiten la reproducción por el franquiciado del negocio del franquiciador. Sólo éstos suponen la total innovación que representa el *franchising* respecto de otros contratos de colaboración comercial⁴¹⁰.

5. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

337. Como contrato sinalagmático, la franquicia crea obligaciones tanto a cargo del franquiciador como del franquiciado, ya sea éste franquiciado directo o máster franquiciado. Estas obligaciones se caracterizan por su gran similitud en el ámbito legal, jurisprudencial, doctrinal y práctico de los distintos Estados miembros⁴¹¹.

a. Obligaciones a cargo del franquiciador

338. i. Cesión del derecho de uso del paquete de la franquicia. Esta obligación se encuentra presente tanto en los contratos de franquicia directa como de máster franquicia. Como se ha indicado, este paquete incluye el uso del *know-how* y de los signos distintivos como la marca, el rótulo y la imagen corporativa. El franquiciador también suele asumir la obligación de “actualización” de ese paquete y de mantener en su uso pacífico al franquiciado. Dentro del *know-how* se suele incluir la obligación de entrega de un “manual de explotación”, que tiene como finalidad detallar al máximo las características del negocio y las claves para su desarrollo, con una descripción exhaustiva de las mismas, así como de la imagen corporativa, que suele entregarse junto con un dossier informativo, el contrato y el precontrato y el plan presupuestario.

339. ii. Provisión al franquiciado de una continua asistencia técnica y comercial. El franquiciador también adquiere un compromiso de asistencia al franquiciado tanto inicial como permanente. Esta asistencia puede ser comercial, técnica, e incluso financiera y jurídica. En los contratos de franquicia directa se puede concretar, por ejemplo, en la asistencia para buscar un local con características técnicas y ubicación adecuadas y para montarlo según las normas de diseño y decoración propias de la cadena. En los de máster franquicia, es habitual la asistencia en la selección de los

⁴⁰⁹ M. KAHN, *op. cit.*, p. 118.

⁴¹⁰ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, pp. 21-22.

⁴¹¹ L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, p. 138.

futuros subfranquiados. En ambos tipos de contratos, también puede consistir en apoyo en la búsqueda de financiación, formación del franquiciado y del personal a su cargo, y en su caso, de los distintos subfranquiados, y en general apoyo al franquiciado durante la vigencia del contrato (suministro, formación, sistemas de gestión, apoyo comercial, aportación de clientes, investigación de mercados, aportación de informaciones útiles...). Si la cadena de franquicias crece, el franquiciador tendrá que mejorar los flujos de comunicación y los recursos humanos destinados a la asistencia: entre los medios que suelen utilizarse se pueden encontrar circulares internas, boletines informativos periódicos, convenciones, cursos de reciclaje⁴¹².

340. iii. Promoción y dirección de la red a nivel nacional e internacional. El franquiciador suele quedar a cargo de animar y dirigir la red, a fin de que los objetivos que las partes tienen se realicen en un interés económico común. Esta obligación del franquiciador suele ser menos intensa en los contratos de máster franquicia, en los que se reconoce al franquiciado máster un conocimiento del mercado de destino que le pone en la mejor posición para organizar e impulsar la red en su territorio⁴¹³. Muchas veces, esta obligación no se expresa de forma explícita en ninguna cláusula del contrato. Pero el franquiciador tiene la carga de dirigir su empresa franquiciadora y toda la red en un sentido y por medios que permitan al franquiciado obtener del contrato unos beneficios mayores de los que habría obtenido en su ausencia⁴¹⁴. Para ello, el franquiciador ha de otorgar al franquiciado ciertas directivas e indicaciones sobre la organización de su negocio, cuya ejecución por la totalidad de la red supondrá una uniformidad de la cadena y de la imagen de la marca. Ello incluye también generalmente la organización por parte del franquiciador de campañas publicitarias, sobre todo a nivel nacional o internacional.

341. iv. Cesión de una exclusividad territorial al franquiciado. Es muy habitual que el franquiciador ceda al franquiciado una exclusividad territorial. Conforme a este pacto, el franquiciador se compromete a no suscribir un contrato similar con ningún comerciante que pretenda establecer su negocio en el territorio que corresponde al franquiciado. En el caso de los contratos de máster franquicia, la exclusividad suele incluir también la obligación de no contratar con otro máster franquiciado para la creación de la red. Este pacto de exclusividad territorial estimula las inversiones específicas del franquiciado en su franquicia porque le garantiza una distancia mínima con otros establecimientos y limita la competencia intra-marca. Es a la vez garantía para el franquiciador, pues supone que el franquiciado se comprometerá a no vender fuera del área que le ha sido acordada. No obstante, esta cláusula no es esencial para que exista contrato de franquicia en la mayoría de los Estados miembros⁴¹⁵. En consecuencia, el

⁴¹² L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 251.

⁴¹³ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 146.

⁴¹⁴ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 137.

⁴¹⁵ L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, p. 85: “L’existence d’une clause d’exclusivité territoriale au profit du franchise n’est ni un élément constitutif, ni une condition de validité du contrat de franchise”. En Francia,

establecimiento de un derecho de exclusiva se deja a la discreción de las partes, y no suele presumirse en ausencia de estipulación expresa⁴¹⁶.

342. v. *Otras posibles obligaciones del franquiciador.* El franquiciador puede comprometerse a multitud de obligaciones accesorias más, como a suministrar los productos al franquiciado, a asistirles financieramente para permitirles mejorar la presentación y la calidad de sus instalaciones, a entregarles cierta maquinaria o material, a proporcionar el local en que se desarrollará el negocio...⁴¹⁷.

b. Obligaciones a cargo del franquiciado

343. i. *Obligación de pago de contraprestaciones económicas.* Tanto el franquiciado directo como el máster franquiciado se obligan a pagar al franquiciador una serie de cantidades, que pueden variar de contrato a contrato. Lo habitual es que se comprometa al pago de un derecho de ingreso en la franquicia, una cuota inicial a fondo perdido denominada canon de acceso, “*admission ticket*”, “*front money*” o “*entry fee*”⁴¹⁸. Además, se suele acordar la satisfacción por parte del franquiciado de una serie de cuotas periódicas de explotación, denominadas derechos de explotación, “*royalties*” o regalías que se abonan periódicamente a la entidad franquiciadora.

344. Estos “*royalties*” pueden ser directos, indirectos o mixtos: (i) directos: se puede establecer directamente un porcentaje de la cifra de negocio del establecimiento franquiciado –franquicia directa- o de los royalties que a su vez se reciben de los subfranquiciados –máster franquicia-, o cantidades fijas actualizables⁴¹⁹; (ii) indirectos: en el caso de la franquicia directa, la contraprestación puede encontrarse reflejada en el precio de los productos que el franquiciador suministre al franquiciado, en su caso; también puede darse el caso de que el franquiciador designe a proveedores homologados de los que deben suministrarse los franquiciados, sobre los que se puede percibir un *rappel* y (iii) mixtos: cuando combinan alguno de los métodos expuestos. Además de los anteriores, suele pactarse un canon de publicidad y pueden pactarse

Sent. Cour Cass. Comm. 9 noviembre 1993, *Bull. civ.*, IV, n. 403 y Sent. Cour Cass. Comm. 19 noviembre 2002, n. 01-13.492, *D.*, 2003, p. 2427, nota D. FERRIER. En Italia, Sent. Trib. Lecce 24 octubre 1989, *Pantaleo c. America s.r.l. e Altana uno s.p.a.*, *Giur. It.*, 1992, n. 1, p. 198, nota de L. PLACCA “Contributo alla ricerca dei limiti giuridici del contratto di franchising” y Sent. Trib. Lecce 9 febrero 1990, *Pantaleo c. Benetton s.p.a.*, *Giur. it.*, 1991, I, 2, 731, nota A. FRIGNANI.

⁴¹⁶ Existe alguna excepción, como Alemania, donde se ha considerado en los tribunales intermedios la exclusiva como una condición inherente a la franquicia: Sent. LG Berlin 21 junio 2001, 14 O 177/01. No obstante, no existe aún un pronunciamiento del BGH al respecto.

⁴¹⁷ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 139.

⁴¹⁸ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 254.

⁴¹⁹ Si se trata de un porcentaje sobre la cifra de negocio éste oscilará normalmente entre un 2 y un 6 %, aunque, tal y como indica M. DÍEZ DE VERGARA, *Manual Práctico del Comercio Internacional*, Deusto, Barcelona, 2000, p. 56, el porcentaje puede ascender a un 20% en las franquicias de servicios en que haya un gran margen.

otros, como un canon de decoración o de gestión⁴²⁰. Respecto al local en que se encuentra la franquicia, si este es propiedad del franquiciador, el franquiciado se obligará también al pago de un alquiler por el mismo, o por los materiales o maquinarias que éste le ceda.

345. ii. Aplicación fiel del modelo de negocio del franquiciador y de sus instrucciones. El franquiciado se obliga a respetar el modelo de negocio del franquiciador de forma que el comprador o usuario no sea capaz de percibir la diferencia entre un establecimiento de la red que sea franquiciado y uno que pertenezca directamente al franquiciador⁴²¹.

346. Cuando el contrato es un contrato de franquicia directa, esta obligación se traduce fundamentalmente en dos: mantener el establecimiento con un aspecto interior y exterior conforme a las indicaciones del franquiciador y comercializar los productos objeto del contrato. La obligación de comercialización de los productos, clave del contrato, puede que se contenga de forma expresa o que se suponga implícita en la obligación de desarrollo del modelo de negocio del franquiciador, en el compromiso de ofrecer en venta un surtido representativo de la gama de productos contractuales, o de prestar a la clientela un servicio adecuado⁴²². Esta obligación de comercialización siempre tendrá un carácter “*cualitativo*” (el franquiciado se obliga a comercializar los productos de una forma uniforme a los demás establecimientos de la red y conforme a una serie de estándares, y generalmente en exclusiva) y puede tener también un carácter “*cuantitativo*” (puede concretarse en el compromiso de realizar una serie de ventas mínimas por período, de colocar una cantidad mínima de productos por mes, trimestre o año). Esta obligación se manifiesta también en el deber del franquiciado de ocuparse de la gestión del día a día del negocio, que constituye una unidad económica propia. Éste se ocupa de atender a la clientela, de asesorarla a través de técnicos o profesionales competentes, y también de la organización administrativa y financiera del negocio. La forma de llevar a cabo esta organización puede venir más o menos indicada por el franquiciador como parte del *know-how*, pero es siempre el franquiciado el que se ocupa de “encajar” la realidad de su negocio a las indicaciones facilitadas por el franquiciador.

347. Cuando el contrato es de máster franquicia, el máster franquiciado se obligará a la creación de la red siguiendo las instrucciones del franquiciador, y a mantener su homogeneidad a través del control a los subfranquiados. En cuanto a la creación de la red, el máster franquiciado se obliga a la suscripción de los contratos de franquicia con los subfranquiados en las condiciones que haya acordado con el franquiciador, lo que generalmente acometerá siguiendo un calendario y unos objetivos

⁴²⁰ L. GARCÍA GUTIÉRREZ *op. cit.*, p. 254.

⁴²¹ L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, p. 137.

⁴²² S. JIMÉNEZ MARISCAL, “Cómo negociar los contratos de franquicia”, en VV.AA., *Actas de las V Jornadas de Distribución Comercial y Comercio Interior*, Universidad Castilla La Mancha, Toledo, 1998, pp. 1-15, p. 13.

determinados⁴²³. Por lo que respecta a la gestión, esta se concreta no en la gestión de un establecimiento franquiciado en concreto, sino de la totalidad de la red de franquicia a su cargo, ejerciendo en ésta un papel similar al del franquiciador (recibir el pago de los subfranquiciados, facilitarles formación y asistencia, organizar campañas de publicidad a nivel de la red...).

348. *iii. Obligación de confidencialidad y de no competencia.* El franquiciado, al ser un potencial competidor, se ha de comprometer a una obligación de secreto respecto del paquete de la franquicia, así como a una obligación de no competencia en relación con los conocimientos comerciales y técnicos que hayan obtenido en virtud del contrato. Esta obligación de no competencia puede ser tanto para la duración del contrato como *postcontractual*, con los límites que imponga el Derecho de la Competencia aplicable al caso.

349. *iv. Concesión al franquiciador de una exclusiva o cuasi exclusiva en cuanto al suministro.* En los contratos de franquicia directa, la exclusiva que el franquiciador concede al franquiciado se suele complementar con un pacto de aprovisionamiento en exclusiva por parte de dicho franquiciador o por los proveedores designados por éste⁴²⁴. Esta cláusula suele estar relacionada con la obligación de no competencia ya expuesta, que impide al franquiciado vender otros productos que no sean los del franquiciador. Dentro de esta obligación también puede incluirse la de compras mínimas al franquiciador o la de constituir un *stock* mínimo de suministros⁴²⁵. Cuando los productos objeto de comercialización sean bienes se suele exigir el mantenimiento de este *stock*, considerado de seguridad. Éste permite al franquiciado abastecer sin retrasos a su clientela, y al mismo tiempo permite al franquiciador liberarse de ciertos costes de almacenamiento⁴²⁶. Estas mercancías suelen ser compradas en firme por el franquiciado, y en caso de ruptura o de no renovación del contrato surgen dificultades cuando en éste no se ha previsto el destino del *stock* no vendido.

350. *v. Obligaciones en cuanto al precio de reventa.* También en la franquicia directa, el franquiciado se suele comprometer a respetar los precios de reventa que indique el franquiciador⁴²⁷. No obstante, en relación a la fijación del precio de reventa suelen existir restricciones en el Derecho de la Competencia, al menos así ocurre en el

⁴²³ J. MARTÍ MIRAVALLS, *op. cit.*, p. 95.

⁴²⁴ En Derecho europeo de la competencia, las cláusulas de aprovisionamiento exclusivo pueden considerarse restrictivas, por lo que será preciso redactarlas conforme a las condiciones del mismo si se quiere mantener la validez del contrato. Ver en esta sección II, el apartado II.2.A.a.vi. “Derecho de la competencia”.

⁴²⁵ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?..., cit.*, p. 133.

⁴²⁶ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?..., cit.*, p. 124.

⁴²⁷ Ello supone que en la mayoría de los casos, los beneficios del franquiciado por unidad vendida vengan fijados de antemano en el contrato de franquicia. De esta forma, el beneficio no es tanto sobre cada unidad, sino que es una resultante de la rentabilidad del negocio, J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?..., cit.*, p. 133.

Derecho europeo, que no permite que se fije un precio mínimo o un precio fijo, solamente un precio máximo o un precio recomendado⁴²⁸.

351. vi. Obligación de someterse al control y a la supervisión del franquiciador. Como ya se ha indicado, este control es vital en la franquicia y es beneficioso para ambas partes⁴²⁹. Este control es más exhaustivo en los contratos de franquicia directa, en que suele llevarse a cabo con sistemas informáticos en red, cesión de datos sobre la marcha del negocio al franquiciador, visitas periódicas del franquiciador a las unidades de negocio, intervención permanente de un “*controller*” u obtención directa de datos sin el conocimiento del franquiciado (“el cliente misterioso”). El franquiciado también puede obligarse a tolerar auditorías periódicas de sus cuentas e incluso puede acceder a la instalación de cámaras de vigilancia en sus locales. Los contratos de franquicia suelen incluir lo que se denomina “cláusula de reciprocidad” (“*grant back*”), según las cuales el franquiciado debe transmitir al franquiciador cualquier tipo de experiencia obtenida en el desarrollo de la franquicia que pueda resultar de utilidad para la mejora del sistema. También se suele comprometer a llevar al día un fichero de su clientela al que tendrá acceso el franquiciador (siempre que lo permita la legislación de datos que sea aplicable).

352. vii. Otras posibles obligaciones a cargo del franquiciado. El franquiciado, tanto directo como máster, se puede obligar a muchas otras prestaciones, como puede ser la protección de la marca y signos distintivos si son vulnerados en el territorio que tiene a su cargo, o la atención de los servicios de post-venta.

6. FINALIDAD ECONÓMICA

353. La doctrina ha mantenido tradicionalmente dos posturas bien diferenciadas sobre la finalidad económica del contrato de franquicia, denominada en algunos sistemas jurídicos como “causa del contrato”⁴³⁰:

⁴²⁸ Art. 4.a) del Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DOUE L 102 de 23.4.2010, pp. 1-7.

⁴²⁹ B. KLEIN / L. SAFT, *op. cit.*, p. 349.

⁴³⁰ Se ha preferido el término “finalidad económica” del contrato al término “causa” utilizado en algunos sistemas jurídicos, pues el sentido de este último varía según el sistema jurídico. En algunos ordenamientos jurídicos, la causa tiene una orientación más subjetiva, basada en las motivaciones de las partes. Este sería el sentido de “causa” adoptado, por ejemplo, por el ordenamiento jurídico italiano (*vid.* en relación a la franquicia la Sent. Cass. sez. III., 15 enero 2007, n. 647, *Promogest c. Corvi's Company*, *cfr. Vita notarile*, 2007, p. 1196). En otros ordenamientos, como el español, se ha adoptado un concepto de causa objetivo, recogido del Derecho francés, que prescinde de las motivaciones de las partes y equipara la causa con la función que cumple el contrato en relación con las prestaciones de las partes (por ejemplo, en una compraventa, intercambio de cosa por dinero). El término “finalidad económica” se aproxima más la causa en sentido objetivo. Este es el caso del sistema español; E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 23; J. MARTÍ MIRAVALLS, *op. cit.*, p. 93.

354. La franquicia como contrato de cambio. Una parte de la doctrina solamente ve en la franquicia contratos de cambio, es decir, contratos en que las partes se otorgan prestaciones recíprocas que representan intereses contrapuestos, divergentes o incluso antagónicos: la franquicia sería un contrato por el que el franquiciado adquiere del franquiciador un derecho a explotar una franquicia a cambio de una remuneración (canon, *royalties*)⁴³¹.

355. El franquiciador transmite ese derecho de explotación materializado en el “paquete” de la franquicia, y fundamentalmente en su *know-how*, los conocimientos y experiencias sobre la explotación exitosa del negocio que permiten al franquiciado, un comerciante sin la experiencia o formación necesaria, emprender una actividad empresarial. De este modo, para esta corriente doctrinal, la transmisión de ese paquete es el núcleo esencial del contrato de franquicia. En consecuencia, la finalidad económica del contrato de franquicia sería la transmisión de ese paquete⁴³². Esta misma visión es mantenida para el contrato de máster franquicia, que se considera como un contrato en que el franquiciador cede el paquete de la franquicia al máster franquiciado a cambio de una remuneración⁴³³.

356. Esta es la postura que parece que mantuvo la Unión Europea en los primeros años en que se ocupó de la franquicia, pues en la STJCE *Pronuptia* se incide en la caracterización de la franquicia como un modelo de negocio independiente por el que el franquiciador explota económicamente un conjunto de conocimientos⁴³⁴.

357. La franquicia como contrato de colaboración. Otro sector doctrinal considera que, frente a estos aspectos sinalagmáticos, tienen mucha más importancia en la relación de franquicia las relaciones colaborativas que se instauran entre ambas partes para la consecución de un objetivo compartido⁴³⁵. Este objetivo común es la comercialización de unos determinados productos o servicios en un mercado de destino.

⁴³¹ G. SANTINI, *op. cit.*, pp. 166 y ss.; G. BLANC ET AL., *Les contrats de distribution dits de partenariat*, Publications Université Jean Monnet, Saint-Etienne, 1992, p. 110.

⁴³² Entre los autortes que destacan esta perspectiva basada en el intercambio, R.D. BLAIR / F. LAFONTAINE, *op. cit.*, p. 221: “*It is not an opportunity to develop a business and invest in developing a brand in partnership with a franchisor, but rather a short term licence from which the franchisee must derive short-term benefits... it makes sense to think of a franchise contract as a rental contract over an intangible asset, namely the brand*”; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 86; J.I. RUIZ PERIS, *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 66; J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, *cit.*, p. 96 (intervención de J.-M. LELOUP); L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 252.

⁴³³ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 272.

⁴³⁴ STJCE 28 enero 1986, *Pronuptia*, *cit.*, FJ 15: “*Más que un método de distribución, se trata de una manera de explotar económicamente, sin comprometer capitales propios, un conjunto de conocimientos*”.

⁴³⁵ E. GALLEGU SANCHEZ, *op. cit.*, p. 24; T. HASSLER, “L’*intérêt commun*”, *Rev. trim. Dr. Com.*, n. 4, 1984, pp. 630 y ss.; R. BALDI, *El Derecho...*, *cit.*, p. 127; J. THREARD, *op. cit.*, p. 549. P. PIGASSOU, *op. cit.*, p. 480; D. FERRIER, “La franchise...”, *cit.*, p. 651; J.-P. GUYENOT, “La franchise commerciale...”, *cit.*, p. 162; J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, *cit.*, p. 37, para el que el objeto de la relación de franquicia es la “constitución fluida de una unidad económica inédita entre empresas”; J. MARTÍ MIRAVALLS, *op. cit.*, p. 89.

Para ello, el franquiciado ofrece un servicio de conquista y explotación del mercado local. Para estos autores, esta sería la finalidad económica del contrato de franquicia: la conquista y explotación de un mercado local al que el franquiciador no accede por sus propios medios, o en otras palabras, la colocación en el mercado de los productos objeto del contrato⁴³⁶. Esta finalidad se resuelve en la explotación por parte del franquiciado del modelo de negocio del franquiciador en dicho mercado de destino. El franquiciado es quien efectúa estas tareas de explotación y comercialización, pues es quien asume por ello el riesgo de la actividad⁴³⁷. Conforme a esta postura, el franquiciado que entra en una relación de franquicia no se obliga sólo a abonar el precio por el paquete de franquicia, sino que se obliga a *algo más*, y ese algo más es colaborar en la comercialización de los productos o servicios en el mercado de destino acordado en el contrato⁴³⁸.

358. Esta finalidad sería también la misma sea cual sea tipo de contrato de franquicia empleado, ya sea de franquicia directa o de máster franquicia, pues en todos ellos se persigue la explotación del mercado de destino por parte del franquiciado directo o máster. La diferencia es que en los primeros dicha explotación se produce de forma directa y en los segundos de forma indirecta, es decir, a través de subfranquiciados⁴³⁹. En ambos casos se crea un canal de comercialización de los productos del franquiciador.

359. Como puede observarse, este enfoque sitúa a los contratos de franquicia como una forma específica o “cualificada” de distribución. De esta forma, franquicia y distribución compartirían un “común denominador económico” (H. UNBERATH), pues ambos contratos permiten al empresario principal dispersar su riesgo comercial a otros actores independientes, lo que no sería posible si los productos o servicios fueran distribuidos a través de filiales o empresas del grupo⁴⁴⁰. En este sentido, esta segunda postura parece más próxima a la que mantiene la Unión Europea en la actualidad sobre el contrato de franquicia, que como se ha indicado, tanto en Derecho de la Competencia como en EPIL lo regula de forma conjunta a los contratos de distribución.

⁴³⁶ M.-E. ANCEL, “Les contrats...”, *cit.*, n. 11; P. BERLIOZ, “La notion...”, *cit.*, pp. 675-717; J. MARTÍ MIRAVALLS, *op. cit.*, p. 42; E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 25; K.P. PIBLER, “Franchising”, *cit.*, p. 727.

⁴³⁷ O. CAGNASSO, *op. cit.*, p. 33.

⁴³⁸ J.-M. LELOUP, *La franchise. Droit et pratique*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 201 y ss; M.C. MAYORGA TOLEDANO, « El contrato de franquicia... », *cit.*, p. 102; E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 25, que indica que la finalidad, última y común a ambas partes es la “colocación en el mercado de los productos objeto del contrato”.

⁴³⁹ M.C. MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 105; J. MARTÍ MIRAVALLS, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁴⁰ H. UNBERATH, “Long term contracts and the DCFR: interpretation and adjustment” en G. WAGNER (ed.), *The Common Frame of Reference: a view from Law and Economics*, Sellier, Munich, 2009, p. 130; J.W. RUTGERS / M. HESSELINK / M. VELDMAN / M. SCOTTON / O. BUENO DÍAZ, *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)*, Sellier, Munich, 2006, p. 91.

360. Esta segunda es la que más se adapta a la realidad de la franquicia, y por lo tanto es la que se adoptará en este trabajo, y ello por las siguientes razones:

361. Primero. Esta postura es la que más se ajusta a los objetivos que efectivamente persiguen las partes al firmar un contrato de franquicia. Si las mismas pretendieran únicamente la transmisión del “paquete” a cambio de una remuneración, la franquicia no incorporaría nada nuevo a otras relaciones de licencia de tecnología⁴⁴¹. Si esta fuera la finalidad del contrato el franquiciador no tendría por qué prestar asistencia al franquiciado, ni por qué controlar la correcta llevanza del negocio por parte de éste, pero la realidad es que lo hace y como se ha visto, todas estas prestaciones son esenciales en el contrato de franquicia. La razón para ello es que al franquiciador le interesa que el negocio del franquiciado llegue a buen puerto, y no sólo por los *royalties* (si fuera así, mejor sería exigir un importante canon de entrada y no pedir *royalties*, pues el coste del control del franquiciado, como indica la teoría económica, suele ser muy alto, y cada vez mayor cuanto más alejado se encuentra el mercado de destino, tanto física como culturalmente). Al franquiciador le interesa el éxito del franquiciado porque comparte con él un fin común: la exitosa comercialización de sus productos en un mercado local. Esta comercialización interesa a las dos partes del contrato, y le proporciona ventajas a ambas: para el franquiciador es expansión empresarial y mayor notoriedad de su marca, y para el franquiciado supone obtener un margen suficiente que haga rentable su negocio.

362. Segundo. Esta postura es también la más conforme con la evolución de la figura y con su funcionamiento real en la práctica comercial actual. Como ya se indicó, la franquicia ha ido evolucionando para adaptarse a las características del mercado europeo actual hacia un modelo cada vez más colaborativo e integrador, en que es necesaria una integración importante entre franquiciador y franquiciado para poder competir con las empresas que se expanden mediante sucursales, que comparten la información de forma muy rápida⁴⁴².

363. Tercero. Esta postura no supone desoír el papel que tiene la transmisión del paquete de franquicia, y muy en especial del *know-how*, en este contrato, un elemento esencial que contribuye a la diferenciación de la franquicia de otros contratos de colaboración comercial y en particular de otros contratos utilizados con la finalidad de distribución. Esta transmisión de la forma de funcionamiento del negocio tiene un papel fundamental, pero se encuentra al servicio de la finalidad económica principal del contrato.

364. Cuarto. Como se ha indicado, esta es además la postura que hoy en día ha tomado la Unión Europea respecto a la exención de los acuerdos de franquicia: en vez

⁴⁴¹ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising...*, cit., p. 49.

⁴⁴² Ver en la Sección I de este capítulo el apartado I.2. “La recepción de la franquicia en la Unión Europea”.

de renovar el Reglamento n. 4087/1988, ha incluido a la franquicia en el Reglamento de exención de acuerdos verticales, junto con otros contratos de colaboración comercial⁴⁴³. Además, en el propio Reglamento n. 4087/1988 comienza este cambio de orientación de la Unión Europea, pues indicaba que la finalidad del contrato era “*comercializar determinados tipos de productos y/o servicios*”.

365. Quinto. Sin esta colaboración en la comercialización no tiene sentido la organización permanente y multilateral entre los miembros de la red, a partir de un centro común de decisiones que es la empresa franquiciadora. En consecuencia, reconocer que la finalidad económica de la franquicia es la comercialización supone también reconocer y tener en cuenta la realidad económica de las redes de franquicia. Si solamente se tiene en cuenta la finalidad sinalagmática o de cambio del contrato, este solamente se puede entender como una relación bilateral, pero el contrato de franquicia es un contrato inseparable de la noción de “red”. No puede ignorarse que el franquiciador organiza un servicio de comercialización de sus productos bajo la forma de un grupo de empresas de cuya coordinación se encarga⁴⁴⁴.

366. Sexto. En cuanto a la franquicia internacional, la mayor independencia que existe entre las partes no excluye su interés común ni su colaboración en la comercialización de los productos. Ésta sigue siendo la pieza clave del sistema. Precisamente esa mayor independencia se acuerda porque se considera que así se podrá contribuir de forma más efectiva a dicha comercialización: el franquiciado se convierte en “guía” del franquiciador, en su consejero⁴⁴⁵. La franquicia internacional se convierte así en una forma elaborada y flexible de concentración comercial, que tiene como finalidad la comercialización exitosa de los productos del franquiciador más allá del mercado conocido por él.

7. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

367. El contrato de franquicia tiene sustantividad propia, pues solamente este contrato tiene como características esenciales la asistencia continua del franquiciador al franquiciado y la total identidad en la apariencia externa del franquiciado con la del franquiciador. No obstante, presenta elementos propios de contratos de muy diversa índole, como el contrato de distribución, de compraventa, asociativos y de explotación de derechos sobre bienes inmateriales⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Reglamento (CEE) n° 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, DO L 359 de 28.12.1988, pp. 46-52.

⁴⁴⁴ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, cit., pp. 38-39, 44.

⁴⁴⁵ J.-P. GUYENOT, *¿Qué es el franchising?...*, cit., p. 150.

⁴⁴⁶ Respuesta de 23 abril 1980 a la pregunta escrita (*written question*) n. 1694/79 planteada por Mr Beumer a la Comisión Europea el 11 febrero 1980, DOCE 2 junio 1980, p. 33: “*these agreements, which are difficult to define precisely, present certain features of both distribution agreements and licensing*”.

368. Por ello, para terminar de configurar el concepto de franquicia en la Unión Europea es necesario destacar las diferencias con cada uno de estos contratos, así como de otros contratos del ámbito de la colaboración empresarial, como el contrato de trabajo.

A. Franquicia vs. otros contratos de colaboración comercial

369. *La franquicia como contrato de colaboración comercial.* Como se deriva de su finalidad económica, los contratos de franquicia son contratos de colaboración entre empresarios. La nota definitoria de los contratos de colaboración entre empresarios es la relación que se establece entre un empresario principal y uno secundario para favorecer la compra final de los bienes o la contratación de los servicios producidos por ese empresario principal⁴⁴⁷. Los contratos de franquicia se caracterizarían por favorecer esa compra o contratación a través de estructuras integradas y duraderas, que no implican la pérdida de independencia del franquiciado.

370. Además de los contratos de franquicia y de los contratos de distribución, se consideran contratos de colaboración dependiendo de los ordenamientos jurídicos, la comisión mercantil, la agencia y el corretaje o mediación⁴⁴⁸. Estos contratos se diferencian tanto por el grado de disgregación de los riesgos del fabricante como por el grado de autonomía del empresario secundario, que se traduce en una mayor o menor integración del empresario en la red de dicho fabricante.

a. Contratos de colaboración de carácter puntual

371. *Contratos de carácter puntual.* La comisión (intermediación, representación, corretaje o mandato) y el corretaje son figuras que por su carácter esporádico son difíciles de confundir con la relación de franquicia, caracterizada por ser un contrato de duración. Son figuras que además se encuentran relativamente obsoletas en el comercio internacional, pues evolucionaron de forma natural hacia la agencia⁴⁴⁹.

372. *Contratos por cuenta del principal.* Otra diferencia es que este tipo de colaboradores actúa siempre por cuenta del empresario principal cuando promueve negocios con terceros. Pueden tener o no poderes de representación del empresario

agreements for industrial and commercial property rights". E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 238; A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, *cit.*, p. 279.

⁴⁴⁷ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁴⁸ A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Contratos mercantiles*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 359 y ss. Según otros autores como J. GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo III, Vol. I, Ed. Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1964, p. 96, se incluirían también los contratos asociativos (contratos de sociedad).

⁴⁴⁹ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, pp. 10-11.

principal para concluir contratos en su nombre, pero en ningún caso suscribirán los contratos por su propio riesgo.

373. Ejemplo. No es franquicia sino comisión el contrato por el que una empresa exporta a otra un cargamento de limones en consignación, con la condición de que esta última perciba una comisión a medida que vaya vendiendo los limones depositados, sin obligación de pagar precio alguno al exportador por los que no venda y pudiendo este último disponer de dichos limones en cualquier momento⁴⁵⁰.

374. No cesión de “paquete” de derechos incorporales. En estos contratos de colaboración de carácter puntual el empresario principal tampoco cede el uso de bienes incorporales a la otra parte del contrato, que mantiene su imagen independiente.

b. Agencia

375. La diferenciación del contrato de franquicia con el contrato de agencia puede comportar más dificultades, pues tanto la agencia como la franquicia son contratos de duración continuada en que el empresario principal encarga a la otra parte la comercialización de sus productos. Sin embargo se diferencian en el grado de integración de esa otra parte del contrato en la red del empresario principal y por la forma en que se realiza dicha comercialización.

376. Contratos por cuenta del principal. En los contratos de franquicia, el franquiciado acomete esa comercialización por nombre y cuenta propia, mientras que el agente actúa siempre por cuenta del empresario principal⁴⁵¹. Por ello, y como se ha expuesto anteriormente, económicamente la agencia no se considera como una forma de distribución, sino como un medio utilizado por el empresario para comercializar sus productos por medios propios. En consecuencia, el agente no queda integrado de ninguna manera en la red del proveedor, sino que más bien podría considerarse que le arrienda sus servicios, comprometiéndose únicamente a una obligación de resultado⁴⁵².

377. No cesión de “paquete” de derechos incorporales. Esta absoluta independencia del agente también se refleja en la inexistencia de una imagen común o coordinada entre agente y empresario principal. A diferencia del franquiciado, el agente no es cesionario de los signos de propiedad intelectual del empresario principal y tampoco de su *know-how*⁴⁵³.

⁴⁵⁰ Ejemplo inspirado en E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁵¹ C. PELLISÉ DE URQUIZA, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁵² F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 671 y ss.

⁴⁵³ M. A. ALCALÁ DÍAZ, “Los contratos de distribución como instrumentos de descentralización empresarial”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 5, Sección Estudios, Julio-Diciembre 2009, p. 45.

c. Distribución

378. De todos los contratos de colaboración, los que resultan más difíciles de distinguir de los contratos de franquicia son los contratos de distribución, en especial en su versión más integrada, la concesión comercial⁴⁵⁴. Ambos contratos son contratos de colaboración comercial de duración continuada, y tanto el distribuidor como el franquiciado comercializan los productos del empresario principal por su propia cuenta. Como ya se expuso, esto se debe a que económicamente ambos contratos son formas de distribución indirecta, es decir, de distribución a través de empresarios independientes.

379. Debido a estas semejanzas, es frecuente la clasificación por parte de la doctrina del contrato de franquicia como una categoría del contrato de distribución⁴⁵⁵. Sin embargo, los elementos de reconocimiento, reputación y originalidad del producto, de los servicios o de la fórmula comercial que son las razones principales para entrar en un contrato de franquicia no se encuentran presentes en un contrato de distribución⁴⁵⁶. Por ello, parece más adecuado afirmar que los contratos de franquicia no son una “subespecie” de los contratos de distribución en sentido estricto sino que son un paso más en un *continuum* de formas contractuales con finalidad distributiva en el que cada vez más se acentúa la importancia de la transferencia de intangibles (distribución no exclusiva, distribución exclusiva, concesión, franquicia)⁴⁵⁷.

380. No cesión de “paquete” de derechos incorporeales. En efecto, la principal diferencia entre los demás contratos citados y el contrato de franquicia es el peso importantísimo que en esta última tiene la cesión de los derechos incorporeales del franquiciador, y en especial del *know-how*. La cesión de estos conocimientos tecnológicos y comerciales no suele estar presente en los contratos de distribución, y en el caso de que se den algunas indicaciones comerciales no se paga contraprestación alguna por ello. Por esta razón, el distribuidor no suele pagar canon de entrada a la red ni *royalties* directos, sino que la contraprestación al empresario por la ventaja competitiva que le ofrece suele ser el pago de las mercancías⁴⁵⁸.

381. Esta diferencia se manifiesta también externamente en que el franquiciado utiliza los rótulos y signos identificativos del franquiciador, adoptando la imagen de

⁴⁵⁴ La diferencia con estos contratos ha sido tratada a nivel interno en Derecho español en las STS 15 mayo 1985, 23 octubre 1989 y 27 septiembre 1996.

⁴⁵⁵ Sin embargo, a la larga podría resultar problemática, pues conduciría a la aplicación de la normativa prevista para el contrato de distribución a la franquicia de forma automática: M. NAVARRO MAÑEZ y C. OCHOA ARRIBAS, “La aplicación a la franquicia del régimen propuesto para el contrato de distribución: una valoración crítica”, en A. J. VIERA GONZÁLEZ, J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ y J.I. RUIZ PERIS (Dir.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Madrid, 2013, pág. 92.

⁴⁵⁶ K.P. PIBLER, “Franchising”, *cit.*, p. 727.

⁴⁵⁷ C. PAZ ARES, “La terminación...”, *cit.*, p. 7. Así lo reconce también la literatura económica: A. W. DNES, *op. cit.*, p. 297.

⁴⁵⁸ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 248; A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, *cit.*, p. 280.

éste. Esta apariencia unificada no está presente en la mayoría de contratos de distribución, en los que se suele ceder a lo sumo el uso de la marca pero sin que esto excluya la posibilidad de usar la propia⁴⁵⁹.

382. Menor integración del distribuidor en la red del fabricante. Por otro lado, dado que la franquicia supone el grado máximo de integración en la red del empresario principal, implica una mayor sujeción del franquiciado a las indicaciones del franquiciador⁴⁶⁰. En la franquicia el franquiciado ha de aplicar unos métodos uniformes de negocio, mientras que el distribuidor (incluso en su grado máximo de vinculación con el empresario principal, es decir, el de concesionario) dispone de un mayor grado de maniobra, sin una vinculación tan estrecha a esas indicaciones y sin tener que someterse a un control tan estricto en cuanto al cumplimiento de las mismas⁴⁶¹.

383. Diferente percepción por los operadores. A lo anterior se han de sumar que la diferenciación viene también dada sobre todo por la tipificación social de ambos contratos. Los operadores económicos del sector los consideran contratos diferentes. Así lo demuestra, por ejemplo, la creación de asociaciones y federaciones exclusivamente de franquicia, y de franquiciados, en las que no caben otros contratantes colaborativos y que difícilmente serían imaginables para los contratos de distribución⁴⁶².

384. Especial referencia a los contratos de concesión. La distinción con el contrato de concesión, el que supone un grado más avanzado de integración de todos los contratos de distribución, puede ser más complicada. El concesionario puede también utilizar algunos de los derechos de propiedad intelectual o industrial de los que es titular el concedente, pero la principal diferencia consiste en que el concesionario no reproduce la totalidad del negocio del concedente. Además, tiene autonomía total para diseñar su estrategia empresarial y el desarrollo de su negocio⁴⁶³.

385. En definitiva, y de lo expuesto, se puede extraer que la distribución y la franquicia son contratos que comparten su condición de contratos de colaboración comercial y su finalidad económica (ambos son “formas de distribución” y por lo tanto ambos tienen como finalidad la colocación en el mercado de los productos del empresario principal) pero que se diferencian en algo esencial, la adquisición por el franquiciado de ese paquete de marcas, patentes, *know-how*, métodos de fabricación o

⁴⁵⁹ A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, cit., p. 280.

⁴⁶⁰ A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, cit., p. 280.

⁴⁶¹ En este sentido se pronuncia, en relación a Derecho español, la SAP Asturias (secc. 5) 2 junio 2010, n. 200/2010, RJ JUR\2010\250688, sobre un contrato internacional de franquicia de intermediación inmobiliaria entre franquiciador español y franquiciado mejicano que había sido denominado por las partes como “contrato de concesión”, y que es recalificado por el tribunal en base a las obligaciones pactadas por las partes, entre las que destacaba el sometimiento a las instrucciones del concedente y la cesión del *know-how* (incluido un manual inicial) y de la marca.

⁴⁶² A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, cit., p. 281.

⁴⁶³ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 259.

actividad industrial o comercial (“*goodwill*”) del empresario principal, con un notable prestigio mercantil⁴⁶⁴.

B. Franquicia vs. cesión de derechos incorporales y transferencia de tecnología

386. Los contratos de franquicia también han sido considerados en ocasiones como subespecies de los contratos de cesión de marca, patente y otras propiedades incorporales o de los contratos de transferencia de tecnología, donde además de estos derechos se incluye la cesión de procesos productivos, *know-how* y en ocasiones asistencia técnica⁴⁶⁵. La jurisprudencia también los equipara en algunos Estados miembros a efectos fiscales o cambiarios⁴⁶⁶. Esto se debe a que la licencia de este paquete de derechos es, como se ha visto, una prestación esencial del contrato de franquicia⁴⁶⁷.

387. Sin embargo, los contratos de franquicia comportan importantes diferencias respecto a los contratos de licencia, es más, los “desbordan”. El Código Deontológico Europeo de la franquicia sintetiza esta idea al señalar que la franquicia es “más que un contrato de venta o de concesión de licencia, en el que las dos partes aceptan obligaciones recíprocas importantes con respecto a la otra, más extensas e intensas de las que se establecen en una relación comercial convencional”⁴⁶⁸.

388. Ausencia de finalidad distributiva común. La diferencia fundamental entre ambos contratos reside en que los contratos de licencia son contratos sinalagmáticos y no contratos colaborativos, con una finalidad económica distinta de los contratos de franquicia. En los contratos de transferencia o de licencia, esta finalidad es la transmisión del paquete a cambio de una remuneración, mientras que en los contratos de franquicia existe una finalidad común de comercialización de los bienes y servicios del franquiciador en el mercado⁴⁶⁹.

389. En los casos de franquicia de producción, aquellos en que la distinción puede ser más complicada, este compromiso de distribución es la clave: cuando exista un compromiso del cesionario a distribuir por su propia cuenta y riesgo los productos que haya producido, se tratará de un contrato de franquicia de producción, y cuando no exista tal compromiso, se tratará de un contrato de licencia de derechos o de transferencia de tecnología.

⁴⁶⁴ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p.548.

⁴⁶⁵ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 172.

⁴⁶⁶ STS 15 mayo 1985, RJ 2393, comentada por C. FERNÁNDEZ-NOVOA, “Dos cuestiones candentes del Derecho de Marcas”, *La Ley*, vol. 4, 1985, pp. 294-301; E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 249.

⁴⁶⁷ A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, *cit.*, p. 281; G. SANTINI, *op. cit.*, p. 156; R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁶⁸ EUROPEAN FRANCHISE FEDERATION, *European Code...*, *cit.*.

⁴⁶⁹ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 250.

390. Ausencia de control por parte del cedente. En consecuencia de lo anterior, el cedente no se preocupa del devenir de los negocios del cesionario, y no realiza un control sobre la forma en que el cesionario utiliza los derechos cedidos. Este último tampoco se obliga a someterse a las instrucciones del cedente, cuestiones esenciales en los contratos de franquicia.

391. Ausencia de uniformidad e integración en la red. En los contratos de licencia el cesionario no se integra en ninguna red ni se obliga a la uniformidad en la imagen con el cedente, mientras que ambas condiciones son esenciales en la franquicia (así lo indicó la UE en el Reglamento 4087/88)⁴⁷⁰. El licenciataria se limita a poner la marca en los bienes producidos, o a utilizar las patentes u otra tecnología para dicha producción.

392. Distinta finalidad de los “royalties”. En los contratos de licencia las regalías que se paga no tiene la misma finalidad que en los contratos de franquicia: en los contratos de licencia tiene la finalidad de contraprestación por el uso de los derechos cedidos (similar a un “alquiler”) mientras que en la franquicia tiene una connotación de contribución al mantenimiento de la red del franquiciador. Por esa misma razón, para poder acceder a la red de franquicias se suele abonar también un canon de entrada que no está presente en los contratos de licencia.

C. Franquicia vs. compraventa de mercaderías

393. En los contratos de franquicia pueden encontrarse con facilidad relaciones de compraventa, dado que el franquiciador suele proveer al franquiciado con ciertos productos necesarios para la explotación de su negocio⁴⁷¹. Pero ello no quiere decir que el contrato de franquicia haya de ser considerado como un contrato compraventa, o como un contrato por el que se acuerda entre las partes una sucesión de compraventas, es decir, un contrato de suministro. Lo que es más, dicho suministro no es esencial para que exista el contrato de franquicia, pues el franquiciado puede proveerse de terceros y no del franquiciador directamente.

394. Ausencia de finalidad de comercialización común. Cuando en el contrato de franquicia el franquiciador sea el proveedor del franquiciado, el contrato seguirá siendo algo más que un contrato de suministro entre las partes. La principal diferencia entre ambos contratos reside en que el contrato de franquicia no se agota con ese suministro, no es un simple contrato de intercambio, sino que contiene otras cláusulas dirigidas a controlar el proceso de comercialización posterior, reflejo de su finalidad económica. Así, el contrato de franquicia no responde al esquema simple de transmisión de la propiedad de cosas por un precio en dinero ni de forma puntual (compraventa) ni

⁴⁷⁰ A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, cit., p. 282.

⁴⁷¹ P. JUÁREZ PÉREZ, “Contratos de distribución internacional” en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2003, p. 341.

continuada (suministro) pues su finalidad económica no es dicha transmisión, sino que es, como hemos indicado, la prestación del servicio de distribución de esos productos a un escalón inferior de la cadena comercial⁴⁷².

395. En cualquier caso, que sean contratos distintos no obsta para que las normas reguladoras de la compraventa puedan aplicarse de forma subsidiaria en lo referente a los suministros de mercancías que se dan dentro de esta relación jurídica⁴⁷³.

D. Franquicia vs. contratos de trabajo

396. Los contratos de franquicia no son contratos de trabajo porque ambos empresarios actúan de forma independiente. De hecho, tal y como se ha visto, la independencia jurídica entre franquiciador y franquiciado es una de las notas esenciales de estos contratos⁴⁷⁴. Por ello no puede considerarse aceptable la posición de algunos autores que han intentado colmar las lagunas que presenta la regulación de la franquicia con las disposiciones relativas a la relación laboral⁴⁷⁵.

397. No obstante, hay ocasiones en que resulta complicado distinguir si un contrato determinado se trata de una relación de franquicia o de una relación laboral, dado que el franquiciador, por la propia esencia de la relación, ejerce cierto control sobre la actividad del franquiciado⁴⁷⁶. En consecuencia, como se verá posteriormente, en todos los Estados de la Unión Europea existe un riesgo, mayor o menor, de que un contrato aparentemente de franquicia sea recalificado en contrato de trabajo⁴⁷⁷.

E. Franquicia vs. contratos de tipo *joint venture*

398. Los contratos de franquicia son también distintos de los contratos de corte asociativo o de integración, como los contratos de *joint venture*, a pesar de que en ambos tipos de contratos se unan intereses mutuos para la consecución de un objetivo común⁴⁷⁸.

399. En el contrato de franquicia se produce una integración del franquiciado en la red del franquiciador, pero el franquiciado no pierde su independencia ni esa

⁴⁷² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha...”, *cit.*, p. 349.

⁴⁷³ En España, véase la STS 27 septiembre 1996, en que tras señalarse el carácter mercantil del contrato de franquicia se señala que aunque no sea equiparable al de compraventa mercantil puede recurrirse a sus normas reguladoras en relación al incumplimiento del franquiciado de su obligación de pagar al franquiciador las mercancías que éste hubiere vendido.

⁴⁷⁴ L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, p. 77.

⁴⁷⁵ M. REIF, *op. cit.*, p. 19; C. WILDHABER, *op. cit.*, p. 72 y 73.

⁴⁷⁶ M. MENDELSON, *Franchising Law, cit.*, p. 45.

⁴⁷⁷ Ver en esta Sección II el apartado II.2.A.b.v. “Riesgo de laboralidad”.

⁴⁷⁸ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 250; E. GALLEGOS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 97-98.

integración se traduce en la creación de una nueva entidad jurídica ni a la modificación de las entidades jurídicas del franquiciador o del franquiciado, como sí ocurre en los contratos asociativos como la sociedad civil o mercantil o la *joint venture*. Como indica ENRIQUE GUARDIOLA, no existe en los contratos de franquicia *affectio societatis* (voluntad de asociación), inherente a todo contrato asociativo⁴⁷⁹.

8. ESTRUCTURA

400. Por la complejidad de la operación, el contrato de franquicia suele formalizarse por escrito, sobre todo si es internacional. Su redacción varía en función de diversos factores.

401. Factores que influyen en la redacción. Tipo de contrato. El primero de ellos es el tipo de contrato que se quiere celebrar: un contrato de franquicia directa, unitaria o multifranquicia, precedido o no de un “*area development agreement*” o un contrato de máster franquicia, aunque sean todos contratos de franquicia, diferirán en muchas de sus cláusulas. De todos ellos, los que más se distinguen por sus peculiaridades son el contrato de franquicia directa unitaria y el contrato de máster franquicia, por ello se ha incluido en el Anexo I de este trabajo un modelo de cada uno de ellos.

402. Factores que influyen en la redacción. Tradición jurídica. La estructura del contrato también variará según la tradición legal en la que encuadre el mismo. Los contratos redactados siguiendo el estilo del “*common law*” son más largos y más detallados que los redactados siguiendo la tradición del Derecho civil⁴⁸⁰. En cualquier caso, dado que los contratos de franquicia no cuentan con una regulación exhaustiva en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, aún en la tradición de “*civil law* se redactan de forma más detallada que otros contratos⁴⁸¹. De ambos modelos, el basado en

⁴⁷⁹ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 251.

⁴⁸⁰ UNIDROIT, “Guía UNIDROIT...”, *cit.*, p. 29-30. Esto se debe a que en los sistemas de Derecho civil existe una codificación mucho mayor, de forma que lo no regulado en el contrato se regularía subsidiariamente por lo dispuesto en las leyes. No obstante, hay que ser cauto, y hacer coincidir la forma de redacción con la Ley que posteriormente se aplicará al contrato. Por ejemplo, si se redacta un contrato sucinto conforme a *civil law*, pero se somete el mismo al Derecho inglés, habrá muchas lagunas de reglamentación, pues el Derecho inglés no tiene prácticamente normas en Derecho de contratos, sino que se basa en la autonomía de la voluntad. Lo mismo ocurrirá al contrario, es decir, si se redacta un contrato completo hasta el último detalle según la tradición de *common law* y se sujeta el mismo a Derecho español: pueden surgir incompatibilidades entre lo acordado por las partes en el contrato, por ejemplo, una *boilerplate clause* y algunas normas imperativas contenidas en el Código Civil. Sobre esta concordancia entre forma de redacción y Ley aplicable, ver G. CORDERO-MOSS, *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

⁴⁸¹ A. FRIGNANI / J. H. PRATT, “A comparison of the common law and civil law in the international franchise arena”, en Actas de la IBA / IFA Joint Conference, *Emerging Trends and difficult issues in international franchising*, Washington, 2001, p. 3.

“*common law*” ha terminado por imponerse en el comercio internacional, por su apariencia de “exhaustividad” y de “autosuficiencia del contrato”⁴⁸².

403. Cláusulas más comunes. En cualquier caso, hay cláusulas que de forma sistemática se insertan en todos los contratos de franquicia, sea cual sea su tradición jurídica o el objeto del contrato⁴⁸³. Junto a las menciones relativas a los sujetos que intervienen en el contrato, y a las manifestaciones que habitualmente hacen las partes sobre su actividad y su interés en su colaboración conjunta, se suele incluir una parte programática, que no tiene valor jurídico directo, en que se explica la forma en que se desarrollará tal colaboración⁴⁸⁴. El resto de las cláusulas del contrato se podrían agrupar en tres apartados básicos: (i) los compromisos del franquiciador; (ii) los compromisos del franquiciado; y (iii) otras cláusulas que regulan el comportamiento de las partes.

404. En cuanto a las obligaciones de franquiciador, se suele comenzar por la cesión del paquete de franquicia (*know how*, marcas, patentes). También se regulan los derechos de reversión del mismo en caso de terminación del contrato, la formación del personal del franquiciado, la asistencia técnica, la concesión, en su caso, de una exclusiva en una determinada zona, y las obligaciones del franquiciador en cuanto a la promoción de la red (publicidad)⁴⁸⁵.

405. En cuanto a los compromisos del franquiciado, es donde existe mayor diferencia entre los contratos de franquicia directa y de máster franquicia. Cuando se trate de franquicia directa, se hará referencia a la explotación del negocio y cuando sea un contrato de máster franquicia, a la creación de la red, generalmente conforme a un calendario de objetivos. Se regulará el pago del canon de entrada y de los *royalties* y la forma de calcularlos. También se prevén cuestiones como la obligación del franquiciado de comprar todos o algunos productos objeto de la franquicia exclusivamente al franquiciador o a través de proveedores seleccionados y la forma de determinar su precio, la obligación de contratación de personal, de adecuar el local a las exigencias del franquiciador, de proporcionarle información...⁴⁸⁶

406. En cuanto a las demás cláusulas que regulan el comportamiento de las partes, se pueden citar las cláusulas sobre duración y terminación de la relación, los pactos de no competencia, pactos de confidencialidad, o la forma de ejercicio del

⁴⁸² G. CORDERO-MOSS, *op. cit.*, p. 346; N. VAN RANST, *op. cit.*, p. 5; A. FRIGNANI / J. H. PRATT, “A comparison...”, *cit.*, p. 2.

⁴⁸³ P. RUBIN, *op. cit.*, p. 223.

⁴⁸⁴ M. FONTAINE, “La pratique du préambule dans les contrats internationaux”, *RDAI*, 1986, n. 4, pp. 360-369; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁸⁵ Ver en el Anexo I « Modelos de contrato de franquicia internacional », cláusulas 2, 5 y 6 del contrato de franquicia directa internacional y cláusulas 2, 5 y 7 del contrato de máster franquicia internacional.

⁴⁸⁶ Ver en el Anexo I « Modelos de contrato de franquicia internacional », cláusulas 2, 5 y 6 del contrato de franquicia directa internacional y cláusulas 2, 4 y 7 del contrato de máster franquicia internacional.

control por parte del franquiciador. Son particularmente importantes los pactos de no competencia. Para prevenir que tras la terminación del contrato el franquiciado pueda intentar competir con el franquiciador utilizando los conocimientos que le fueron transmitidos por éste o la clientela que ha conseguido a través del mismo, es frecuente incluir en el contrato una obligación postcontractual de no competencia, fijándose plazos durante los cuales el franquiciado se ha de abstener de estos comportamientos⁴⁸⁷. Esta cláusula suele extenderse también al tiempo de vigencia del contrato, pues también es preciso prevenir que el franquiciado realice actividades similares al margen de la franquicia, que pueda comprar acciones o participaciones de empresas competidoras o que pueda transmitir secretos inherentes al contrato⁴⁸⁸.

407. También son relevantes las cláusulas que señalan la duración y las causas y modos de terminación del contrato. Respecto a la duración, las partes suelen fijar un plazo entre tres y cinco años, si bien depende de la inversión del franquiciado⁴⁸⁹. En cualquier caso, en esta materia se tendrá que tener muy en cuenta la normativa de la Ley aplicable al contrato (posibilidad de renuncia unilateral *ad nutum*, plazos de preaviso...)⁴⁹⁰. Dado que se trata de un contrato internacional, también serán muy comunes las cláusulas de designación de Ley aplicable y de sometimiento de las posibles desavenencias a unos determinados tribunales, o bien a métodos alternativos de solución de controversias (“*boards of experts*”, mediación, y/o arbitraje)⁴⁹¹.

408. Es preciso señalar que en los contratos de máster franquicia se incluyen además otras cláusulas específicas. Un ejemplo es la obligación de “*grant back*”, por la que el máster franquiciado se compromete a transmitir a toda la red que cree los avances técnicos que se produzcan y que le vaya comunicando el franquiciador⁴⁹². Otro ejemplo son las cláusulas destinadas a regular el contenido de los futuros contratos de franquicia que suscriba el máster franquiciado con los subfranquiados y la relación del franquiciador con dichos subfranquiados (limitación de responsabilidad, posibilidad de recuperación de la red si el máster franquiciado no cumple con sus objetivos...).

⁴⁸⁷ Ver en el Anexo I « Modelos de contrato de franquicia internacional », cláusula 22 del contrato de franquicia directa internacional y cláusula 20 del contrato de máster franquicia internacional.

⁴⁸⁸ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 260; J.I. BONET SÁNCHEZ, “Contrato de franquicia” en VV.AA., *Memento práctico de contratos mercantiles*, Francis Lefebvre, Madrid, 2006, n. 2246.

⁴⁸⁹ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 260. El Código Deontológico Europeo de la Franquicia establece en su art. 5.3.g que la duración del contrato ha de ser fijada de modo que permita al franquiciado amortizar las inversiones específicas de la franquicia.

⁴⁹⁰ Ver en el Anexo I « Modelos de contrato de franquicia internacional », cláusulas 3, 20 y 21 del contrato de franquicia directa internacional y cláusulas 2, 5 y 7 del contrato de máster franquicia internacional.

⁴⁹¹ Ver en el Anexo I « Modelos de contrato de franquicia internacional », cláusulas 38 y 39 del contrato de franquicia directa internacional y cláusulas 36 y 37 del contrato de máster franquicia internacional.

⁴⁹² L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 277.

409. También es muy frecuente que el contrato se acompañe de un número importante de anexos, en que se especifiquen las características técnicas o de apariencia que ha de presentar el local en que se va a desarrollar el negocio, las condiciones de los aprovisionamientos que el franquiciado tenga que realizar del franquiciador o de terceros seleccionados por éste, el tipo de maquinaria necesaria y el régimen en que la misma será utilizada por el franquiciado –compra, *leasing*...-, la forma en que se han de utilizar los rótulos y marcas del franquiciado, condiciones sobre la formación o la asistencia técnica a dispensar por el franquiciador, especificaciones sobre el “manual de la franquicia” o las actualizaciones del mismo.

II. EL CONTRATO DE FRANQUICIA INTERNACIONAL: ASPECTOS REGULATIVOS EN LA UNIÓN EUROPEA

410. La utilización cada vez más frecuente del contrato de franquicia ha puesto de manifiesto una serie de dificultades que suscita esta forma particular de distribución en la práctica. Ello, junto con la percepción de que existe un riesgo de desequilibrio económico entre las partes del contrato, ha hecho que la idea de adoptar una legislación específica para estos contratos se haya impuesto progresivamente a distintos niveles⁴⁹³.

411. A continuación se expondrá cuál es el estado actual de la regulación de la franquicia en la Unión Europea, tanto desde un punto de vista formal, es decir, de las fuentes que a distintos niveles se ocupan de esta relación jurídica (1), como desde un punto de vista material (2), es decir, del contenido sustantivo de dichas normativas.

1. PANORAMA NORMATIVO EN LA UNIÓN EUROPEA (PERSPECTIVA FORMAL)

412. A diferencia de los contratos de agencia, que fueron parcialmente armonizados a través de una directiva, la regulación de los contratos de franquicia no ha sido objeto de armonización sectorial⁴⁹⁴. Por ello, desde el punto de vista de sus fuentes, la regulación de los contratos internacionales de franquicia en la Unión Europea se encuentra marcada por su fuerte estatalización⁴⁹⁵. Junto con las normas estatales se pueden distinguir otro tipo de normas, fruto del esfuerzo público o privado por superar los obstáculos a las relaciones “transfronterizas” (“*cross-border*”)⁴⁹⁶.

⁴⁹³ L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, p. 63.

⁴⁹⁴ O. BUENO DIAZ, *op. cit.*, p. 19. Nótese que a nivel europeo únicamente se encuentran armonizados los contratos de agencia para la venta de bienes, y no para la prestación de servicios, Directiva nº 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, DOUE L 382, 31.12.1986, p. 17-21.

⁴⁹⁵ S. CAMPANALE, “Introduzione alle fonti del Diritto Commerciale Internazionale” en U. PATRONI GRIFFI (dir.), *Manuale di Diritto Commerciale Internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, pp. 4-5.

⁴⁹⁶ F. GALGANO / F. MARRELLA, *op. cit.*, pp. 180-190.

A. Normativa de origen público

413. La regulación de la franquicia a través de normas tradicionales, es decir, de origen público o “*hard law*” es muy escasa. Esta falta de legislación, tanto a nivel estatal, europeo como internacional se debe en parte a la complejidad de la relación y al gran número de áreas del Derecho que involucra. Por otro lado, se ha de tener en cuenta que el contrato de franquicia es un contrato relativamente reciente en la historia del comercio internacional, si se compara con otros más regulados a todos los niveles como puede ser la compraventa de mercaderías.

a. Normas europeas

414. Como se ha indicado, la Unión Europea ha limitado hasta el momento sus actividades legislativas en relación a la franquicia al campo del Derecho de la Competencia, de forma que no ha regulado ningún aspecto de la relación contractual⁴⁹⁷. De hecho, la primera vez que la Unión Europea se refiere a la franquicia lo hace en respuesta a una pregunta planteada a la Comisión sobre este campo⁴⁹⁸. Esta actividad legislativa se puso por primera vez de manifiesto en el Reglamento 4087/88 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia. En virtud de este Reglamento, se puede decir que el contrato de franquicia fue uno de los primeros “contratos nominados” del Derecho europeo⁴⁹⁹.

415. Sin ejercer sus competencias normativas, la Unión Europea ha puesto también interés en la franquicia como forma de distribución comercial por sus efectos sobre el mercado interior. De hecho, uno de los problemas identificados por la Comisión para la consecución de este mercado es precisamente la existencia de fuertes restricciones de acceso al mismo que genera la fragmentación de normativas de Derecho

⁴⁹⁷ Actualmente, Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DOUE L 102 de 23.4.2010, pp. 1-7; Reglamento (UE) n° 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor, OJ L 129, 28.5.2010, p. 52-57; Reglamento (UE) n. 316/2014 de la Comisión de 21 de marzo de 2014 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, DOUE L 93, 28 marzo 2014, pp. 17-23.

⁴⁹⁸ Respuesta de 23 abril 1980 a la pregunta escrita n. 1694/79 planteada por Mr. Beumer a la Comisión Europea el 11 febrero 1980, *DOCE* 2 junio 1980, p. 33, en la que la Comisión se expresa en los siguientes términos: “The term ‘franchising’ covers various forms of cooperation between independent firms. It is only in the last few years that this practice, which sprang up in the United States, has been developing in the Community States. Generally speaking, a franchise involves an agreement between the firm awarding the franchise (franchisor) and one or more firms which thereby become the franchise-holders. It allows them to use the franchisor’s trade name, trademark, or other distinctive symbols and its know-how to enable them to offer products or services in an original way using specific commercial techniques”.

⁴⁹⁹ J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, *cit.*, p. 95 (intervención de J.-M. LELOUP).

público y privado en materia que afecta a los contratos de distribución y de franquicia⁵⁰⁰. Pero como ya se indicó, no ha realizado ningún movimiento tendente a unificar este sector.

b. Normas de los Estados miembros

i. *Convenios internacionales*

416. Las Convenciones internacionales de Derecho uniforme no se han ocupado directamente de los contratos de franquicia⁵⁰¹. No existe por el momento un Derecho internacional sobre los contratos de franquicia, como sí lo hay para otros contratos como la compraventa o el transporte. Por ello las partes tendrán que ajustar el diseño de su contrato al Derecho de un Estado en concreto⁵⁰².

417. De los instrumentos existentes referidos a otras materias, la mayoría no se aplica a las relaciones de franquicia. Este es el caso de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías⁵⁰³. Tal y como se verá más adelante, existe consenso doctrinal en considerar que la misma no es aplicable al contrato de franquicia, pero pese a ello es preciso tenerla en cuenta, pues la misma se puede aplicar a las compraventas que puedan darse entre franquiciador y franquiciado en el marco del contrato⁵⁰⁴.

418. Existen otros Convenios que no regulan directamente la relación contractual pero que han de tenerse en cuenta por su incidencia en materias relacionadas con el contrato. Este es el caso de las convenciones internacionales en materia de derechos de propiedad intelectual e industrial, cuya efectiva protección constituye uno de los pilares fundamentales de los contratos de franquicia. Se puede hacer referencia al Convenio de París para la protección de la propiedad industrial de 20 marzo 1883 o al Convenio de Múnich sobre la concesión de patentes europeas⁵⁰⁵.

⁵⁰⁰ Informe de la Comisión Europea, “Hacia un mercado interior del comercio y de la distribución más justo y eficaz en la perspectiva de 2020”, COM (2010)355 final, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 2010, esp. p. 7 y 8.

⁵⁰¹ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 118-119 ; A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, *cit.*, p. 24.

⁵⁰² E. FLOHR, *op. cit.*, p. 46; cfr. M. REIF, *op. cit.*, 55.

⁵⁰³ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías de 11 abril 1980, en vigor con carácter general desde 1 enero 1988, y para España desde 1 agosto 1991, *BOE* 30 enero 1991, pp. 3170-3179. Versiones auténticas en distintos idiomas disponibles en: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1988/01/19880101%2003-03%20AM/Ch_X_10p.pdf (fecha última consulta 20/03/2017).

⁵⁰⁴ Sobre estas cuestiones, ver Capítulo II, Sección II, Apartado II, 3, C, d, i, 1 (“La norma general: flexibilidad de la autonomía conflictual de las partes”) y Apartado II, 3, C, d, ii, 4, 4.3, 4.3.2 (“Especial consideración a las compraventas”).

⁵⁰⁵ Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, de 20 marzo 1883, disponible en: http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/paris/trt_paris_001es.pdf y Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, de 5 de octubre de 1973, disponible en:

ii. Normas de producción interna

419. Las normas que regulan la franquicia internacional pueden ser normas concebidas específicamente para las relaciones comerciales internacionales, o en su defecto, las normas relativas a los contratos internos. La primera de las modalidades es propia de los Estados que históricamente han tenido un régimen proteccionista, y no se encuentra presente en ningún Estado de la Unión Europea⁵⁰⁶. En la Unión Europea, las normas existentes se refieren a los contratos de franquicia en general, independientemente de que las mismas contengan alguna disposición específica para el caso de que el contrato sea internacional⁵⁰⁷.

420. De todos los Estados miembros, solamente unos pocos cuentan con normas específicas reguladoras de los contratos de franquicia desde el punto de vista del Derecho privado. La mayor parte de los ordenamientos no cuentan con normas ni imperativas ni dispositivas que regulen estos contratos, ni en su modalidad de franquicia directa ni de máster franquicia⁵⁰⁸. Además, los Estados que sí cuentan con normas específicas no regulan la relación de franquicia de forma exhaustiva, de forma que en todos los Estados miembros, en mayor o menor medida, será necesario acudir al Derecho civil común de contratos y a su aplicación jurisprudencial para tener ante sí el estatuto jurídico completo de los contratos de franquicia.

421. Esta atipicidad parece ir en disminución, pues cada vez más Estados promulgan normativa sobre los aspectos de Derecho privado del contrato de franquicia. En cualquier caso, la Unión Europea está en este sentido aún lejos de Estados Unidos, donde el contrato de *franchising* ha sido definido y reglamentado tanto a nivel federal como en la mayoría de los *States*⁵⁰⁹.

422. De los Estados miembros, el primer país que adoptó legislación específica aplicable a los contratos de franquicia fue Francia, con la conocida como “*Loi Doubin*”

http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/NORMATIVA/NormasSobrePatentes_MU_Topografias_CCP/NSPMTCCP_DerechoEuropeoPatentes/ConvenioMunichConcesionPatentesEuropeas_5_Oct_1973.htm (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁵⁰⁶ A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, Ipsoa Informatica, Milano, 1986, p. 25. Son ejemplos el Código Checoslovaco de Comercio Internacional de 1 abril 1964, la Ley China sobre contratos económicos con el exterior de 1985, o la Ley de Paraguay 194/1993, que aprueba con modificaciones el Decreto Ley n. 7 del 27 de marzo de 1991, por el que se establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay, GO 1993, pp. 1-4.

⁵⁰⁷ Esto ocurre, por ejemplo, en Italia. Vid. Art. 4.2 Legge 6 maggio 2004, n. 129, “*Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale*”, Gazzetta Ufficiale n. 120 de 24 mayo 2004.

⁵⁰⁸ E. FLOHR, *op. cit.*, p. 46.

⁵⁰⁹ La norma federal aplicable a todo el territorio americano es la *Federal Trade Commission Franchise Rule*, cuya última versión en lo que se refiere a la franquicia puede consultarse en el *Federal Register*, vol. 72, n. 61, 30 marzo 2007, part V, 16 CFR Parts 436 and 437, pp. 15.444-15.571. Vid. L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, pp. 63-65, A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising...*, *cit.*, p. 11.

de 1989⁵¹⁰. Le siguieron España⁵¹¹, Rumanía⁵¹², Lituania⁵¹³, Estonia⁵¹⁴, Italia⁵¹⁵, Bélgica⁵¹⁶, Suecia⁵¹⁷ y Hungría⁵¹⁸. Croacia ha incorporado una definición de estos contratos en su Ley del Comercio, pero no les dedica ninguna regulación específica⁵¹⁹.

423. No todas estas normas regulan los mismos aspectos del contrato de franquicia: las leyes belga, francesa, española y sueca son normas que regulan el deber de proveer información al franquiciado; las regulaciones de Hungría, Estonia y Lituania se ocupan de las relaciones entre las partes, y las normas italiana y rumana contienen disposiciones de ambos tipos⁵²⁰.

424. De la mayoría de dichas Leyes tampoco puede extraerse con claridad si las mismas se aplicarán también a los contratos de máster franquicia, o solamente a los

⁵¹⁰ *Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social*, que modifica el artículo L 330-3 del Code de Commerce, modificada por última vez el 19 mayo 2011 y disponible en su última versión en <http://legifrance.gouv.fr>.

⁵¹¹ Art. 62 de la Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, BOE n. 15 de 17 enero de 1996, ampliada en el art. 2.1 del Real Decreto 201/2010, que regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, BOE n. 63, de 13 de marzo de 2010, pp. 25037 a 25046.

⁵¹² Ordenanza Gubernamental n° 52/1997 sobre el regimen jurídico de la franquicia (*Ordonanta nr. 52 din 28-8-1997 privind regimul juridic al francizei*), MO n. 224, 30 agosto 1997, aprobada por la Ley n. 79/1998 (*Lege nr. 79 din 9 aprilie 1998 pentru aprobarea Ordonantei Guvernului nr. 52/1997 privind regimul juridic al francizei*), MO n. 147 de 13 abril 1998, modificada en 2011.

⁵¹³ Arts. 6.766 - 6.779 Código Civil de Lituania (*Lietuvos Respublikos Civilinis Codeskas*), n. VIII/1864, DO 18 julio 2000.

⁵¹⁴ Arts. 375-378 Ley de Obligaciones (*Võlaõigusseadus*) de 26 septiembre 2001, RTI 2001, 81, 487.

⁵¹⁵ *Legge n° 129 del 6 maggio 2004 "Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale"*, Gazzetta Ufficiale n° 120 del 24 maggio 2004.

⁵¹⁶ Ley de 19 diciembre 2005 relativa a la información precontractual en el marco de los contratos de colaboración comercial (*Loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial*), MB 18 enero 2006, p. 2732, actualmente sustituida por la *Loi du 2 avril 2014 portant insertion du livre X "Contrats d'agence commerciale, contrats de coopération commerciale et concessions de vente" dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre X, dans le livre Ier du Code de droit économique*, MB 28 abril 2014, p. 35053. De esta forma, la información precontractual en contratos de franquicia se encuentra actualmente incluida en los arts. X-26 a X-34 del Código de Derecho Económico (*Code de Droit économique*), MB 29 marzo 2013, p. 19975.

⁵¹⁷ Ley n. 484/2006 de 24 mayo relativa al deber del franquiciador de proveer información (*Lag om franchisegivares informations skyldighet*), SFS 484, 2006. Reformada por la Ley n. 221/2016 (*Lag om ändring i lagen (2006:484) om franchisegivares informations skyldighet*), SFS 221, 2016.

⁵¹⁸ Arts. 6:376 a 6:381 del Código Civil Húngaro, Ley n. IV/1959.

⁵¹⁹ Art. 16.c Ley del Comercio (*Zakon o trgovini*) 1996, GO 11/1996. Esta Ley se encuentra actualmente sustituida por la Ley del Comercio de 2008, GO 87/2008, que no contiene ya referencia a la franquicia. Ésta solamente se nombra en el art. 10.2 Ley de Defensa de la Competencia (*Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja*), GO 79/2009.

⁵²⁰ Datos obtenidos a partir del gráfico "*Laws applicable to franchising*", DLA Piper para International Franchise Association, august 2013, <http://www.franchise.org/IndustrySecondary.aspx?id=45874> (fecha última consulta: 20/03/2017).

contratos de franquicia directa⁵²¹. Solo las Leyes española e italiana establecen expresamente su aplicación a los contratos de máster franquicia⁵²².

425. En los demás Estados en que no existe una norma específica sobre los contratos de franquicia, además del Derecho general sobre contratos cobra una importancia especial la jurisprudencia. En Alemania, por ejemplo, la jurisprudencia constituye la fuente principal del Derecho de la franquicia. Lo mismo ocurre en Inglaterra⁵²³.

B. NORMATIVA DE ORIGEN PRIVADO

426. Para completar la totalidad de las normas susceptibles de ser aplicadas a los contratos internacionales de franquicia es preciso referirse también a las normas de origen no estatal (“*soft law*”), que podrían tener incidencia sobre estos contratos si las partes así lo disponen y dentro de los límites que les marque el Derecho aplicable. Sobre estas normas se ha de señalar que no tienen el objetivo de ser jurídicamente vinculantes, sino más bien de proponer a los prácticos, o a los legisladores nacionales, instrumentos susceptibles de ser útiles en la regulación de los contratos de franquicia internacional⁵²⁴.

427. La escasez de normas de origen público relativas a estos contratos ha hecho que las normas de origen privado proliferen. Así, dentro de estas normas cabe distinguir un gran número de instrumentos que tienen por objeto específico las relaciones internacionales de franquicia (códigos deontológicos, leyes modelo, guías, contratos modelo...) así como otros principios más genéricos, que también pueden aplicarse a estos contratos⁵²⁵.

a. Codificaciones convencionales

428. En el ámbito de la Unión Europea es imprescindible tener en cuenta cuatro instrumentos: (i) Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional (UNIDROIT); (ii) Ley Modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia (UNIDROIT); (iii) Código Deontológico Europeo sobre la franquicia (EFF); (iv) Principles of European Contract Law (PECL); (v) Contrato modelo de franquicia internacional de la Cámara de Comercio Internacional.

⁵²¹ E. FLOHR, *op. cit.*, p. 46.

⁵²² Art. 2.1 *Legge n° 129 del 6 maggio 2004* y art. 2.2 Real Decreto 201/2010.

⁵²³ L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, p. 67.

⁵²⁴ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 118.

⁵²⁵ De hecho, la ICC, en la cláusula 32.A del *ICC Model International Franchising Contract*, ICC Services, Paris, 2011, recomienda que se escojan estos principios como el Derecho aplicable al contrato de franquicia internacional, algo que, como se verá más adelante, resulta absolutamente desaconsejable. La cláusula propuesta es la siguiente: “*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*”.

i. Guía UNIDROIT para los acuerdos de franquicia principal internacional

429. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) ha realizado una importante labor de estudio del contrato de franquicia internacional. Como parte de la misma confeccionó en 2005 una Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional (máster franquicia), el tipo de franquicia más común en el comercio internacional⁵²⁶. Esta Guía contiene información muy valiosa sobre los aspectos esenciales de esta relación, como las obligaciones de las partes, las cláusulas más comunes del contrato, cuestiones financieras...

ii. Ley Modelo UNIDROIT sobre la divulgación de la información en materia de franquicia

430. UNIDROIT también redactó en 2002 una Ley modelo relativa a la revelación de información precontractual en los contratos de franquicia. Esta Ley modelo está concebida para ser aplicable tanto a la franquicia nacional como a la internacional y a los distintos tipos de contratos de franquicia (franquicia directa, franquicia principal y contratos de desarrollo de área)⁵²⁷.

431. En cuanto a su contenido, la misma detalla la información que el franquiciador ha de proporcionar al franquiciado antes de la celebración del contrato (información sobre la red de franquicia, sobre el producto, las inversiones, la situación financiera...). Se establece además la posibilidad de poner fin al contrato si el documento de información precontractual no se corresponde con las exigencias de la Ley. Pese a su detalle y buena redacción, resulta chocante que la misma no haya sido utilizada como modelo de las Leyes sobre información precontractual promulgadas por los Estados europeos⁵²⁸.

iii. Código Deontológico Europeo sobre la franquicia

432. Ante la ausencia de normativa estatal en la mayoría de Estados miembros para regular este contrato cobra una especial importancia el Código Deontológico Europeo sobre la franquicia⁵²⁹. Este Código fue preparado por la Federación Europea de Franquicia (EFF) en colaboración con los servicios de la Comisión Europea, lo que le otorga un valor significativo a la hora de vislumbrar lo que podría ser una futura regulación de la franquicia a nivel europeo⁵³⁰.

⁵²⁶ UNIDROIT, “Guía UNIDROIT...”, *cit.*, p. 2.

⁵²⁷ UNIDROIT, *Ley Modelo...*, *cit.*, p. 25, párrafo 32.

⁵²⁸ Este es el caso, por ejemplo, de la Ley belga, en cuyos trabajos preparatorios no se hace ninguna referencia a la Ley modelo, pese a ser un año posterior (*vid.* P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 119).

⁵²⁹ EUROPEAN FRANCHISE FEDERATION, *European Code...*, *cit.*. La EFF fue creada en 1971 por varias federaciones nacionales de franquicia para promocionar esta forma de negocio en Europa y la autoreglamentación de las empresas franquiciadoras. *Vid.* L. VOGEL (*dir.*), *op. cit.*, p. 68.

⁵³⁰ Respuesta de 23 abril 1980 a la pregunta escrita (*written question*) n. 1694/79 planteada por Mr Beumer a la Comisión Europea el 11 febrero 1980, DOCE 2 junio 1980, p. 33: “The Commission is in any case following with interest the efforts made by certain trade associations to harmonize the content of

433. En primer lugar, se ha de señalar que el mismo solamente es aplicable a los contratos de franquicia directa, y no a los contratos de máster franquicia⁵³¹. Respecto a los contratos de franquicia directa, su valor es el de un código de buenas prácticas, que los miembros de la Federación Europea de Franquicia se comprometen a respetar cuando entrar a formar parte de la asociación, pero cuyo incumplimiento no conlleva sanción alguna por parte de dicha asociación. Además, al tratarse de una norma privada, los tribunales de los Estados miembros no están obligados a aplicarlo⁵³². No obstante, en algunos casos la jurisprudencia de algunos Estados, como Bélgica, o Reino Unido, lo ha reconocido como un uso o costumbre del sector⁵³³.

434. Este Código sustituye a todos los Códigos deontológicos nacionales y regionales que existían en Europa, si bien se permite que se complemente con algunas cláusulas específicas por las asociaciones nacionales de franquicia⁵³⁴.

iv. Principles of European Law

435. Otra de las iniciativas de positivación son los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (“*Principles of European Contract Law*” o “PECL”), una serie de principios originados tras la Resolución 158/400 de 26 de mayo 1989 del Parlamento Europeo con la intención de ser el origen de un futuro e hipotético “Código Civil europeo”⁵³⁵.

franchise agreements which do not fall under the competition rules, particularly the code of ethics for franchising recently adopted by the European Franchising Federation”.

⁵³¹ Art. 6 del Código Deontológico Europeo de la Franquicia: “Este Código Deontológico no se aplicará a las relaciones entre el Franquiciador y su Máster Franquiciado. Sin embargo, sí se aplicará entre el Máster Franquiciado y sus Franquiciados”.

⁵³² K. METZLAFF, *Praxishandbuch Franchising*, Beck, Munich, 2003, pp. 1083 y ss.; E. FLOHR, *op. cit.*, p. 46; O. BUENO DIAZ, *op. cit.*, p. 19.

⁵³³ Sent. Trib. Comm. Bruxelles, 10 noviembre 1987, *Droit de la distribution*, 1994, p. 323 y Sent. Trib. Comm. Anvers 26 abril 1993, *Pratiques du commerce*, 1993, p. 311. Sin embargo, la Corte de Casación Belga (Sent. Cour Cass., 11 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 766) indica que un uso profesional solamente puede ser reconocido si es “constante y general”, algo que no parece cumplirse si se tiene en cuenta que el número de afiliados a la sección belga de la EFF es menor de un 60 %. Ver V. REGNAULT DE BOUTTEMONT, “La loi Laruelle”, *TFM*, Université Libre de Bruxelles, 2009, p. 4. Ver también la sentencia inglesa, *Re Drivertime Recruitment Limited* [2004] EWHC 1637. En el caso, unos franquiciados demandan a su franquiciador por no haberles informado previamente a la celebración del contrato sobre el hecho de que la mayoría de los franquiciados de la cadena habían fracasado. Reino Unido no cuenta con normativa sobre *disclosure*, por lo que se sustentó la solicitud en el Código ético de la BFA (directamente tomada del Código europeo). La Corte falló que dicha normativa no era obligatoria, pero que podía ser vista como una buena indicación de las prácticas o costumbres habituales en el sector.

⁵³⁴ Así por ejemplo, en Alemania, la Deutschen Franchise-Verband ha previsto normas sobre capacitación de los franquiciados y sobre la creación de un consejo consultivo en las redes de franquicia. Ver al respecto, K. METZLAFF, *op. cit.*, p. 1083. Las asociaciones austríaca, belga, inglesa, francesa, alemana y holandesa han incluido cláusulas sobre recurso a métodos alternativos de solución de controversias.

⁵³⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, pp.465-472.

436. Estos principios fueron revisados y desarrollados en lo que se conoce como “DCFR” (*Draft Common Frame of Reference*), producto del “Acquis Group” (*Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law*), iniciativa financiada por la Unión Europea⁵³⁶. El DCFR contiene en su libro IV, parte E, una regulación específica de los contratos de agencia, franquicia y distribución, basada en un estudio comparado de los sistemas legales nacionales: los *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC, 2006)*⁵³⁷. Estos PEL CAFD han de interpretarse en el marco general de Derecho contractual de los PECL⁵³⁸.

437. Estos principios van más allá de formular una terminología común. Pretenden ser la propuesta de una posible regulación de los contratos de agencia, franquicia y distribución a nivel europeo, y por lo tanto establecen derechos y obligaciones para las partes del contrato⁵³⁹. Además de las disposiciones comunes a los tres tipos de contratos contenidas en el capítulo 1, el capítulo 3 se dedica a los contratos de franquicia. Su primera sección define el contrato de forma y las obligaciones específicas de información precontractual, la segunda se refiere a los deberes del franquiciador⁵⁴⁰ y la tercera a los deberes del franquiciado⁵⁴¹. Sobre el espíritu general de los mismos se ha indicado que no fueron inspirados por ningún interés de protección de alguna de las partes del contrato, si bien han recibido críticas en este sentido que han señalado su fuerte posición a favor del franquiciado⁵⁴².

438. Sobre los mismos se ha planteado la posibilidad de considerarlos como usos del comercio internacional o como *Lex mercatoria* codificada, algo que ha de ser

⁵³⁶ J.W. RUTGERS / M. HESSELINK / M. VELDMAN / M. SCOTTON / O. BUENO DÍAZ, *op. cit.*, p. 77; O. BUENO DIAZ, *op. cit.*, pp. 3-19; J. RUTGERS, “Los contratos de agencia, franquicia y distribución en el DCFR”, en E. BOSCH CAPDEVILA (dir), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 311-319.

⁵³⁷ J.W. RUTGERS / M. HESSELINK / M. VELDMAN / M. SCOTTON / O. BUENO DÍAZ, *op. cit.*, pp.77-88.

⁵³⁸ O. BUENO DIAZ, *op. cit.*, p. 22.

⁵³⁹ E. CASHIN RITAINE, “The Common Frame of Reference (CFR) and the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts”, *ERA Forum*, vol. 8, n. 4, 2007, pp. 563-584, p. 563; O. BUENO DIAZ, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁴⁰ Las obligaciones del franquiciador incluyen: garantizar al franquiciado el derecho de utilizar los derechos de propiedad intelectual y proveerle con el *know-how* (arts. 3:201 y 3:202); proporcionar asistencia al franquiciado en la forma de cursos de formación, guía y consejo (art. 3:203); proveer al franquiciado con los productos contractuales con un plazo razonable de tiempo (art. 3:204); informarle durante la duración del contrato de las condiciones de venta del mercado (art. 3:205); advertirle en caso de que sufra una merma en su capacidad de suplir al franquiciado con los productos contractuales (art. 3:206) y promover y mantener la reputación de la red (art. 3:207).

⁵⁴¹ El franquiciado debe cumplir las siguientes obligaciones: pago del canon y los royalties (art. 3:301); informar al franquiciador de las reclamaciones o vulneraciones por parte de terceros respecto a sus derechos de propiedad intelectual (art. 3:302); seguir el modelo de negocio del franquiciador y sus instrucciones (art. 3:303) y permitir las inspecciones del franquiciador (art. 3:304). Al respecto, K.P. PIFLER, “Franchising”, *cit.*, p. 729.

⁵⁴² O. BUENO DIAZ, *op. cit.*, p. 25.

totalmente descartado por su escasa utilización y las duras críticas que han recibido⁵⁴³. Los mismos solamente han sido utilizados por algunas cortes nacionales de forma aislada para interpretar vacíos contractuales y legales en contratos de franquicia, por ejemplo, en Suecia⁵⁴⁴.

v. *Contrato modelo de franquicia internacional de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”)*

439. A los esfuerzos de UNIDROIT para ofrecer un marco uniforme a las relaciones de franquicia internacional en su fase precontractual se pueden sumar los de la CCI, que han tenido como objetivo proporcionar tal uniformidad en la fase contractual. Para ello, el vehículo escogido ha sido el de un “contrato modelo” de franquicia internacional⁵⁴⁵. Dado que UNIDROIT contaba ya con la mencionada Guía sobre Acuerdos de Franquicia Principal Internacional, los esfuerzos de la CCI se centraron únicamente en el contrato de franquicia unitaria, de forma que el contrato modelo está previsto únicamente para este tipo de contratos⁵⁴⁶.

440. Este contrato tipo ha sido objeto de comentarios detallados, en los que se han puesto de manifiesto sus múltiples ventajas⁵⁴⁷. En primer lugar, se trata de un contrato equilibrado, en el que los derechos y obligaciones de las partes están redactadas por un grupo de expertos que conocen a la perfección el funcionamiento de este contrato en el comercio internacional⁵⁴⁸. Además, el contrato ofrece una regulación completa y muy detallada de dichos derechos y obligaciones, que se completa con cláusulas clásicas de confidencialidad, transferencia del contrato, no competencia... También se prevén cláusulas tipo sobre elección de Ley y elección de tribunales (arts. 32 y 33).

441. Obviamente, el contrato modelo solo puede tener efectos si las partes lo utilizan para su relación contractual. El mismo carece de todo valor normativo. Se excluye la posibilidad de que se le pueda reconocer el carácter de *Lex mercatoria*

⁵⁴³ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 121, que menciona las críticas del *International Distribution Institute Project*.

⁵⁴⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Högsta domstolen) 3 noviembre 2009, *NJA* 2009, p. 672, sobre un contrato de distribución en que no existía plazo de preaviso para la terminación del mismo. La Corte estipula un plazo de tres meses basándose en los PEL CAFD.

⁵⁴⁵ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Model International Franchising Contract*, ICC Services, Paris, 2011. Existe una primera edición del año 2000, respecto de la que se han introducido algunos cambios.

⁵⁴⁶ Este contrato se encuentra reproducido en el Anexo I.

⁵⁴⁷ D. FERRIER, “Contrat modèle de franchise internationale de la CCI: les obligations du franchiseur”, COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *Le contrat de franchise*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 133-141 y CL. VERBRAEKEN, “Contrat modèle de franchise internationale de la CCI: les obligations du franchisé”, *loc. cit.*, pp. 143-153; O. VAES, *Franchising. Guide pratique pour juristes*, Bruylant, Bruselas, 2007, p. 165.

⁵⁴⁸ Ver el video de la ICC, “Using franchising to take your business international”, ICC Youtube Channel, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=VZSBHZfrXII> (fecha última consulta : 20/03/2017).

“codificada” o de costumbre, como sí se ha podido hacer con otros instrumentos de la CCI como los “*Incoterms*”, pues se trata de un instrumento muy reciente, y basado más en el estudio de la regulación más conveniente y equilibrada que en las costumbres del comercio internacional⁵⁴⁹.

b. La nueva *Lex Mercatoria*

442. Junto con las codificaciones convencionales expuestas cabe plantearse si existen normas privadas que puedan ser aplicadas por los tribunales estatales o arbitrales como “*Lex Mercatoria*” sobre los contratos de franquicia⁵⁵⁰.

443. Para identificar si existen algunas de estas reglas propias del contrato de franquicia, se seguirá la postura de B. GOLDMAN, para el que la nueva *Lex* está conformada fundamentalmente por los principios generales del Derecho y los usos y costumbres del comercio internacional⁵⁵¹:

444. i. Principios generales del Derecho. Como indica E. GAILLARD, es un error tratar de identificar en una “lista” los principios generales que pueden afectar a un determinado contrato, puesto que dicha lista no pasará de ser una enumeración enunciativa que no tenga valor alguno, y que incluso pueda contener principios contradictorios, como pueden ser el principio *pacta sunt servanda* y el principio *non adimplenti contractus*⁵⁵². Para que estos principios puedan aplicarse a una verdadera relación comercial internacional como la de franquicia, el tribunal que los aplique tendrá que proceder (i) a un examen del mandato que le han dado las partes sobre las normas a aplicar, pues por ejemplo, pueden someter el contrato a “los principios generales del Derecho aplicados en Europa occidental” o simplemente a la “nueva *Lex Mercatoria*” y (ii) a un análisis de Derecho comparado del tratamiento de la cuestión controvertida en el litigio (que puede ser una cuestión muy concreta, como por ejemplo

⁵⁴⁹ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 121.

⁵⁵⁰ A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, *cit.*, p.25, define la nueva *Lex Mercatoria* como “quel corpo di regole ed istituti concernenti il comercio internazionale comunemente applicati dai mercatores nella consapevolezza che si tratti di regulae iuris (regole del diritto) o, almeno, che gli altri contraenti si comporteranno osservando le stesse regole”.

⁵⁵¹ La noción ha sido objeto de controversias doctrinales desde que fue acuñada en 1964 por B. GOLDMAN, “Frontières du droit et lex mercatoria”, *Archives du philosophie du droit*, n. 9, 1964, pp. 177-192. En este sentido se sigue la postura de B. GOLDMAN, “La Lex Mercatoria dans les contrats et l’arbitrage internationaux”, *JDI Clunet*, 1979, pp. 475-512 e Y. DERAÏNS, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.*, 1973, pp. 122-149, entre otros. Otro sector de la doctrina defiende que los principios generales del Derecho no forman parte de la *Lex Mercatoria*, sino que se encontrarían en otro plano (P. WEIL, “Principes généraux de Droit et contrats d’État”, *Mélanges Goldman*, Litec, Paris, 1983, pp. 387 y ss. y PH. FOUCHARD, *L’arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965, pp. 401 y ss.).

⁵⁵² E. GAILLARD, “Trente ans de *Lex Mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, *JDI*, n.122, vol. 1, 1995, pp. 5-30, p. 22: « La présentation des règles transnationales en termes de liste repose sur une conception erronée ».

la caducidad de la acción ejercitada) para escoger la solución compartida por el mayor número de Derechos posible en los casos internacionales⁵⁵³.

445. En este sentido, si se considera el ámbito de la Unión Europea, se podría considerar como un principio de la nueva *Lex Mercatoria* la obligación de *disclosure* previa al contrato del franquiciador frente al franquiciado. Se trata, como se verá más adelante, de una cuestión regulada en la mayoría de Estados a nivel legal o jurisprudencial.

446. Cabe además señalar que durante los años 80, una corriente doctrinal intentó destacar la existencia de una serie de principios aplicables a todos los contratos de colaboración de larga duración, que podrían aplicarse a la franquicia⁵⁵⁴. Estos principios serían unos deberes implícitos derivados de las exigencias de confianza y lealtad recíproca que requieren estas relaciones, como el deber de información recíproca de las circunstancias que puedan afectar al desarrollo del objetivo común o la obligación de negociar de buena fe los problemas que surjan durante el desarrollo del contrato, que conforme a esta corriente podrían ser exigibles al margen de que una cláusula contractual o un ordenamiento estatal los reconociera como tal, pues estarían fundados en “*general principles of law as recognized by civil nations*”⁵⁵⁵.

447. ii. Usos y costumbres del comercio internacional. Su identificación se presenta como una cuestión difícil. Son los actos que se repiten de forma voluntaria por los operadores del comercio con la convención de su obligatoriedad⁵⁵⁶. Dentro de éstos tienen una gran influencia las codificaciones convencionales mencionadas, así como otras más generales sobre las que se ha afirmado que son una codificación fiel de los usos de las empresas del comercio internacional, como los Principios relativos a los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT. Entre estos principios cabe destacar, la posibilidad de terminar el contrato unilateralmente sin necesidad de preaviso cuando media incumplimiento por la otra parte (art. 7.3.2.1º) o que los efectos de una resolución abusiva sean la terminación de la relación y la indemnización de daños y perjuicios y no la continuación de la relación (art. 7.3.5.1º)⁵⁵⁷.

⁵⁵³ No es necesario que la unanimidad sea total, sino que se ha de escoger la solución más extendida. En contra, en relación al carácter de principio general de la norma sobre la separabilidad del convenio arbitral, P. MAYER, “L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence”, *RCADI*, 1989, t. 217, pp. 319-454, esp. p. 432.

⁵⁵⁴ F. NICKLISH, *op. cit.*, p. 17; E. JAYME, “Kollisionsrechtliche Techniken für Langzeitverträge mit Auslandsberührung”, en VV.AA., *Der Komplexe Langzeitvertrag*, Verlag, Heidelberg, 1987, p. 311-318.

⁵⁵⁵ En relación a los contratos de *joint venture*, F. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, pp. 65-66. Sobre la franquicia, M. ABELL / V. HEBBS, “The duty of good faith in franchise agreements – a comparative study of the civil and common law approaches in the EU”, *International Journal of Franchising Law*, vol. 11, n. 10, 2013, pp. 1-16, p. 15.

⁵⁵⁶ A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, *cit.*, p.28.

⁵⁵⁷ Laudo CCI as. n. 10422/2001, en *Recueil Sentences Arbitrales CCI*, 2001-2002, pp. 610-623, relativo a un contrato de concesión al que los árbitros aplican la *Lex mercatoria*, especialmente los Principios UNIDROIT, en relación a la terminación del contrato sin preaviso.

448. En cualquier caso, y como se verá más adelante, la aplicación de la *Lex Mercatoria* por los tribunales de los Estados miembros se encuentra muy limitada, pues sólo se aplicará si las partes lo han acordado expresamente, otorgándose a ese pacto el valor de un pacto sustantivo y no de elección de Ley, de forma que no podrá sustituir en ningún caso al Derecho estatal aplicable al contrato. En sede de arbitraje, donde podría pensarse que su aplicación es mayor, porque se permite a las partes la elección de la *Lex Mercatoria* como Ley aplicable al contrato, las partes también prefieren la elección de un Derecho estatal⁵⁵⁸.

2. CUESTIONES REGULADAS (PERSPECTIVA MATERIAL)

449. Desde el punto de vista material, las normas que se refieren a los contratos de franquicia son muy variadas. Además de las normas que regulan los aspectos contractuales de la relación, existen muchos otros sectores del ordenamiento jurídico, tanto de Derecho público como de Derecho privado que tienen incidencia sobre estos contratos.

450. A continuación se expondrá de forma general el contenido de las principales de estas normas por temáticas, sin que con ello se pretenda realizar un análisis comparado en sentido estricto sino más bien extraer una serie de principios informadores derivados de los Derechos materiales de algunos Estados miembros con especial relevancia en el sector de la franquicia, con la finalidad de que puedan proporcionar al lector una idea clara de la regulación de la franquicia en la Unión Europea⁵⁵⁹. En los anexos II y III del presente trabajo se ha realizado un análisis más detallado de estas normativas por cada uno de esos Estados miembros⁵⁶⁰.

A. NORMAS ESPECÍFICAS SOBRE LA RELACIÓN DE FRANQUICIA

451. Los Estados miembros que han adoptado normas específicas sobre los contratos de franquicia suelen regular en su mayoría aspectos relacionados con la revelación de información precontractual o con otras cuestiones previas al comienzo de

⁵⁵⁸ Estos casos son muy escasos. Según los últimos datos de la ICC, en el 97% de los casos registrados en el último año las partes habían elegido una Ley estatal, “Statistical Report”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 25, n. 1, 2014, pp. 5-17, p. 13.

⁵⁵⁹ Un análisis estrictamente de Derecho comparado de la franquicia en la Unión Europea ya ha sido realizado magistralmente por L. VOGEL (dir.), *op. cit.*

⁵⁶⁰ Se contemplan todos los Estados miembros con normativa específica sobre franquicia junto con otros dos que no la tienen pero que aportan datos significativos sobre el tratamiento de estos contratos en la Unión Europea: Reino Unido (Inglaterra y Gales) y Alemania. Ambos Estados se han escogido porque representan dos polos opuestos: la regulación alemana de los contratos de franquicia, a pesar de no contar con normas específicas, se ha calificado como la más severa de la Unión Europea junto con la austríaca. La regulación de Reino Unido, por el contrario, se encuentra entre los Estados con una regulación más laxa. Al respecto, M. ABELL, “Which EU jurisdictions most heavily regulate franchising?”, *WWL*, noviembre 2012, disponible en <http://whoswholegal.com/news/features/article/30097/which-eu-jurisdictions-heavily-regulate-franchising> (fecha última consulta: 20/03/2017).

la relación (a). No obstante, también hay normas que regulan otros aspectos de la relación contractual, relativos a su desarrollo y a su terminación (b). En los Estados en que no existe normativa específica sobre uno o todos estos aspectos, la solución vendrá dada por el Derecho común de los contratos, la aplicación analógica de algunos contratos con características comunes a la franquicia y la jurisprudencia⁵⁶¹.

a. Antes del comienzo de la relación

i. Obligación de registro del franquiciador

452. De toda la Unión Europea, solamente España exige a los franquiciadores que pretendan comenzar esta actividad se inscriba en un registro *ad hoc*, el denominado “Registro de Franquiciadores”⁵⁶².

453. La normativa establece que las personas físicas o jurídicas establecidas en España que pretendan desarrollar en territorio español la actividad de franquiciadores deberán comunicar el inicio de su actividad en el plazo de tres meses desde su inicio al mencionado registro. Esta obligación se extiende también a los franquiciadores de terceros países que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores⁵⁶³. Solamente quedan exentos de la obligación de comunicación de datos los franquiciadores establecidos en otros Estados miembros de la Unión Europea sin establecimiento permanente en España. En este caso, la única obligación para el franquiciador consistirá en comunicar el inicio de sus actividades (art. 5.4 RD 201/2010).

454. Estas obligaciones se extienden tanto a los franquiciadores, en relación a los contratos de franquicia directa o máster que suscriban, y a los franquiciados máster, en relación a los contratos de franquicia que puedan suscribir con los subfranquiciados (art. 7 RD 201/2010). La comunicación al registro de franquiciadores no condiciona el inicio de la actividad, pero la falta de comunicación de datos transcurrido el plazo puede conllevar una sanción administrativa.

ii. Obligación de información precontractual

455. En numerosos Estados miembros el legislador ha intervenido para promulgar normativas de “*disclosure*”, que imponen al franquiciador obligaciones de revelación de información al franquiciado con carácter previo a la celebración del

⁵⁶¹ O. BUENO DIAZ, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁶² Art. 62 Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, BOE n. 15 de 17 enero de 1996, pp. 1243-1254; desarrollado por Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, que regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, BOE n. 63, de 13 de marzo de 2010, pp. 25037-25046.

⁵⁶³ De hecho, en el Registro de Franquiciadores español se encuentran inscritas multitud de empresas franquiciadoras de otros Estados, como *Burger King Europe GMBH*, con sede en Suiza.

contrato. Estas normas están llamadas a verificar la existencia de elementos fraudulentos en la oferta de franquicia y a que el franquiciado realice una opción informada⁵⁶⁴.

456. Fuera de la Unión Europea, las primeras de estas leyes fueron las de la provincia canadiense de Alberta (1972) y la japonesa (1973). Le siguió la norteamericana *Full Disclosure Act* 21 octubre 1979. Ésta, en su última versión de 2007 (“*Amended FTC Rule*”)⁵⁶⁵ enumera una larga serie de informaciones, al menos 20 puntos, que el franquiciador debe ofrecer al franquiciado antes de concluir el contrato, que conciernen: sus experiencias previas, la concreción de los signos distintivos ofertados en el paquete, el nombre de otros franquiciados, cuentas anuales, condiciones económicas exactas, etc. El movimiento legislativo se desarrolló a lo largo de todo el mundo a partir de los años 1990⁵⁶⁶.

457. En la Unión Europea cuentan con normas sobre *disclosure* Bélgica, Francia, España, Italia, Rumanía y Suecia. Estas normas se suelen aplicar tanto a los contratos de franquicia directa como a los contratos de máster franquicia, incluidos los contratos entre el franquiciador y el máster franquiciado, y los contratos entre el máster franquiciado y el subfranquiciado⁵⁶⁷. Donde no existe Ley, la obligación de *disclosure* ha sido desarrollada en mayor o menor medida por la jurisprudencia, de forma que la misma está presente en todos los Estados miembros. En los Estados que carecen de Ley específica tienen un papel más importante las asociaciones del sector privado, que suelen imponer unos estándares más altos que los jurisprudenciales y no admiten miembros que no sigan sus políticas de información precontractual⁵⁶⁸.

458. Estados miembros con legislación específica. La primera de estas Leyes en Europa fue la *Loi Doubin*⁵⁶⁹ francesa, que añadió el art. L330-3 al *Code de Commerce*. Si bien la misma se inspiró en las dificultades presentes en el contrato de franquicia, el ámbito de aplicación de la obligación de información precontractual que establece en realidad mucho más amplio. El art. L330-3 CC establece su aplicación a todos los contratos por los que se “ponga a disposición un nombre comercial, una marca o una

⁵⁶⁴ Un estudio comparativo de estas leyes puede encontrarse en F.-L. SIMON, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly Ed., Paris, 2009, pp. 536-541 y en L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, pp. 96 y ss.

⁵⁶⁵ FTC Amended Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunities, 16 CFR, parts 436 and 437, FR vol 72 (30 marzo 2007), pp. 15.444-15.571.

⁵⁶⁶ K.P. PIBLER, “Franchising”, *cit.*, p. 728. Sobre la norma americana y su comparación con las normas europeas, L. VOGEL (dir.), *op. cit.*

⁵⁶⁷ E. FLOHR, *op. cit.*, p. 47; H. FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, Munich, 2004, p. 416.

⁵⁶⁸ R. BELDA ET AL., “What to disclose to prospective franchisees in Europe?”, *Newsletter EFL*, 2013, p. 2; A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, *cit.*, p. 283.

⁵⁶⁹ *Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social*, modificada por última vez el 19 mayo 2011 y disponible en su última versión en <http://legifrance.gouv.fr>.

insignia” en régimen de exclusividad o “casi-exclusividad” lo que incluye también contratos de arrendamiento de negocio, concesión y otros contratos de licencia de marcas que tenga como finalidad la explotación de estos signos distintivos⁵⁷⁰.

459. La normativa belga se encuentra directamente inspirada en la francesa⁵⁷¹. La misma fue introducida por la Ley de 19 diciembre 2005 (*Loi Laruelle*)⁵⁷² y trasladada al Título II del Libro X del *Code de Droit Économique* recientemente⁵⁷³. Esta norma establece obligaciones de información precontractual en los contratos de “colaboración comercial” (“*partenariat commercial*”). Dentro estos contratos de “colaboración” se encuadra fácilmente a la franquicia⁵⁷⁴. Sus efectos son muy relevantes: que no se proporcione dicha información, o que la misma se proporcione de forma defectuosa puede dar lugar a la nulidad del contrato en los dos años siguientes a la firma o a la nulidad de las cláusulas afectadas sin límite temporal⁵⁷⁵.

460. En cuanto a la legislación española (art. 62.3 LOCM)⁵⁷⁶, adopta una fórmula de obligación de información precontractual también basada en la Ley francesa –el plazo mínimo para el suministro de la información es también de 20 días previos a la firma del contrato o precontrato o a la entrega por el franquiciado de cualquier pago-, pero que la mejora de forma considerable⁵⁷⁷. Esta Ley contiene un ámbito de aplicación

⁵⁷⁰ J.-M. LELOUP, *La franchise...*, *cit.*, pfo. 909.

⁵⁷¹ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 121.

⁵⁷² *Loi 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial*, MB 18 enero 2006.

⁵⁷³ *Loi 2 avril 2014 portant insertion du livre X "Contrats d'agence commerciale, contrats de coopération commerciale et concessions de vente" dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre X, dans le livre Ier du Code de droit économique*, MB 28 abril 2014, pp. 35053 y ss.

⁵⁷⁴ Los contratos de “*partenariat commercial*”, tal y como son definidos por la propia normativa, engloban la los contratos de cooperación, la concesión y la agencia. Dentro de los contratos de cooperación se encuentra clasificada la franquicia. P. DEMOLIN, *L'information précontractuelle et la commission d'arbitrage*, Les dossiers du Journal des tribunaux, Larcier, Bruselas, 2014, pp. 39 y 46.

⁵⁷⁵ Sents. Trib. Comm. 14 mayo 2009, R.G. A/07/2525-2622 y A/07/2524-2620, en las que el tribunal decide que el contrato es nulo por no haberse cumplido con los requisitos de información precontractual (se había entregado únicamente una copia del contrato a firmar). En consecuencia, el franquiciador ha de devolver el canon de entrada, y los demás royalties, salvo que pueda probar que los mismos fueron en pago de servicios concretos que prestó al franquiciado. En el mismo sentido, Sent. Trib. Comm. Charleroi 27 octubre 2011 (RG A/11/01430), que declara nulo el contrato de afiliación a una cadena de supermercados por defectos en la información en relación a los beneficios previstos. Antes de la promulgación de la Ley se había alcanzado la misma solución por la vía de los vicios en el consentimiento, Sent. Trib. Comm. Louvain, 12 febrero 2002, R.G. n. 1028701, inédita, en la que además se indemniza al franquiciado con 170.000 € (citada por S. WILLEMART, “Analyse comparée des mécanismes et questions d'actualité posées par l'indemnité de clientèle en matière de concession de vente, par l'indemnité d'éviction en matière d'agence et par le droit commun en matière de franchise”, en D. PUTZEYS (dir.), *Regards croisés sur la distribution: concession, agence et franchise*, Larcier, Bruselas, 2015, pp. 51-98, p. 98).

⁵⁷⁶ Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, BOE n. 15 de 17 enero de 1996, pp. 1243-1254.

⁵⁷⁷ J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, *cit.*, p. 95 (intervención de J.-M. LELOUP).

mucho más preciso (se aplica únicamente a los contratos de franquicia, tal y como se encuentran definidos en el apartado 1º del mencionado art. 62 LOCM) y además establece una obligación de información más concisa y justificada que la de su homóloga.

461. Respecto a Italia, el art. 4.1 de la Legge n. 129/2004 recoge la obligación del franquiciador de proporcionar al franquiciado una copia por escrito del contrato con una serie de anexos informativos con treinta días naturales de antelación a la fecha prevista de la firma⁵⁷⁸. Si el franquiciador ejerce su actividad en más de un Estado, la información sobre el número de franquiciados en ese momento, su variación respecto a los últimos tres años y la descripción de los procedimientos judiciales en curso pueden restringirse a la actividad llevada a cabo en Italia. También se prevé una normativa especial de *disclosure* para los franquiciadores que únicamente han operado en el extranjero. La misma se encuentra desarrollada en el Decreto n. 204/2005⁵⁷⁹. Para todos los casos en que la obligación de información se vea incumplida, el art. 8 de la Legge prevé la posibilidad de solicitar la anulación del contrato así como el resarcimiento del daño causado⁵⁸⁰.

462. En cuanto a Rumanía la Ordenanza 52/1997, que es la que regula la cuestión, no especifica plazo para proveer la información, pero sí contiene un listado de los datos que el franquiciador ha de proporcionar al franquiciado “en la fase precontractual”⁵⁸¹.

463. Por último, en Suecia tampoco se establece el plazo previo, lo que se hizo de forma intencionada, para que los tribunales pudieran juzgar caso por caso qué se considera un período de tiempo adecuado⁵⁸². En cuanto a las sanciones, Suecia prevé la posibilidad de multa así como el ejercicio de una acción por la que se le obligue a proporcionar la información (art. 4 Ley 484/2006)⁵⁸³.

⁵⁷⁸ Legge 6 maggio 2004, n. 129, "Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale", Gazzetta Ufficiale n. 120 de 24 mayo 2004.

⁵⁷⁹ Decreto 2 settembre 2005, n. 204, Regolamento recante norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale di cui all'articolo 4, comma 2, della legge 6 maggio 2004, n. 129, Gazzetta Ufficiale n. 231 de 4 Ottobre 2005, p. 3.

⁵⁸⁰ Así se ha recogido en el art. 8 de la Legge 6 maggio 2004, n. 129, Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale", Gazzetta Ufficiale n. 120 de 24 mayo 2004. Véanse también las Sent. Pret. Milano 7 abril 1975, est. D'Avossa; Sent. Trib. Roma 22 marzo 1975, est. Muglio, citadas en A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, cit., p. 283.

⁵⁸¹ Ordenanza Gubernamental n° 52/1997 sobre el regimen jurídico de la franquicia (*Ordonanta nr. 52 din 28-8-1997 privind regimul juridic al francizei*), MO n. 224, 30 agosto 1997, aprobada por la Ley n. 79/1998 (*Lege nr. 79 din 9 aprilie 1998 pentru aprobarea Ordonantei Guvernului nr. 52/1997 privind regimul juridic al francizei*), MO n. 147 de 13 abril 1998, modificada en 2011.

⁵⁸² UNIDROIT, “Guía UNIDROIT...”, cit., anexo III.

⁵⁸³ Ley n. 484/2006 de 24 mayo relativa al deber del franquiciador de proveer información (*Lag om franchisegivares informationsskyldighet*), SFS 484, 2006.

464. Estados miembros en que la obligación se establece por jurisprudencia.

En cuanto a los Estados en que la obligación de revelación de información precontractual se encuentra establecida por la jurisprudencia cabe destacar el caso de Alemania⁵⁸⁴. Esta obligación parece aplicarse también a los franquiciadores que firman contratos de máster franquicia y a los franquiciados máster en relación a los contratos de subfranquicia⁵⁸⁵. Incluso en Estados tradicionalmente menos exigentes con esta cuestión, como Reino Unido, cada vez le es más difícil al franquiciador salir indemne de no haber proporcionado información que solamente estaba a su alcance y no al del franquiciado⁵⁸⁶. En cualquier caso, en este Estado la cuestión está lejos de convertirse en una obligación legal⁵⁸⁷. De momento, únicamente se ha condenado a los franquiciadores que han proporcionado información falsa o inexacta al franquiciado, pero el franquiciado no cuenta con ninguna norma o precedente que le permita solicitar una información concreta si el franquiciador se opone a ello⁵⁸⁸.

iii. Formalización del contrato por escrito

465. Tanto la normativa italiana (art. 4 Legge 129/2004) como la lituana (art. 6767 CC) exigen que el contrato de franquicia se formalice por escrito⁵⁸⁹. En ambos casos se trata de un requisito de forma *ad solemnitatem*, en cuyo defecto el contrato se considerará nulo de pleno derecho.

iv. Derecho de la Competencia

466. Incidencia de la franquicia en la libre competencia. Los contratos de franquicia, como todos los acuerdos dirigidos a regular la producción, el suministro o la reventa, tienen la posibilidad de restringir la competencia y alterar sensiblemente el

⁵⁸⁴ Sent. OLG Munich 16 septiembre 1993, *NJW*, 1994, pp. 667 y ss y Sent. OLG Munich 24 abril 2001, *Aufina*, *BB* 2001, pp. 1759 y ss. Anteriormente la Bundesarbeitgericht ya había establecido por su Sent. BAG 24 abril 1980, *ZIP*, 1980, pp. 777 que el franquiciador tenía la obligación de advertir o proteger al franquiciado de inversiones malas o fraudulentas. Estas decisiones se basan en el desarrollo del “principio de buena fe” contenido en el Código Civil alemán, arts. 241, 242 y 311 BGB y permiten al franquiciado solicitar una indemnización de daños y perjuicios si la información proporcionada no es suficiente o no es veraz. En Sentencias más recientes, este deber de información se ha ido disminuyendo, basándose cada vez más en la idea de que el franquiciado es un empresario independiente y que el franquiciador no puede actuar como su consultor. Ver OLG Düsseldorf 30 junio 2004, *U(Kart)*, n.40, p. 2; OLG Brandenburg, *NJW-RR* 2006, p. 51; OLG Schleswig, *NJW-RR* 2009, p. 65. Ver D. WALDZUS, “Germany, pre-contractual disclosure requirements and relevant case law”, *International Journal of Franchising Law*, vol. 12, n. 5, 2014, pp. 3-10, esp. p. 5 y ss.

⁵⁸⁵ E. FLOHR, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁸⁶ *Papa John's GB Ltd v Elsada Doyley* [2011] EWHC 2621 (QB).

⁵⁸⁷ R. BELDA ET AL., *op. cit.*, p. 7.

⁵⁸⁸ *Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111 (QB); *MGB Printing and Design Ltd v. Kall Kwik UK Limited* [2010] EWHC 624 (QB).

⁵⁸⁹ Legge 6 maggio 2004, n. 129, “Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale”, *Gazzetta Ufficiale* n. 120 de 24 mayo 2004; Código Civil de Lituania (*Lietuvos Respublikos Civilinis Codeskas*), n. VIII/1864, DO 18 julio 2000.

mercado. Estos contratos, en la medida en que además suelen incluir pactos de exclusiva, no solamente restringen la libertad económica del franquiciador y del franquiciado, sino también de los consumidores y de otras empresas competidoras, pues se reducen las opciones de abastecimiento de los productos objeto de los acuerdos⁵⁹⁰.

467. Ejemplo. La compañía suiza *Tespresso* comercializa sus exquisitas cápsulas de té a través de establecimientos franquiciados a los que se les ha concedido la exclusiva territorial para la mayoría de ciudades europeas. Un consumidor establecido en Madrid que desee adquirir este producto se encontrará con que la única opción que tiene para hacerlo será la de acudir a la franquicia de su ciudad, aunque los precios del producto en ese establecimiento sean muy elevados y los servicios de postventa sean muy mejorables. Este consumidor no tendrá ni siquiera la posibilidad de optar por adquirir el producto bajo otras condiciones si se desplaza a otro lugar, pues allí encontrará un establecimiento franquiciado que seguirá las mismas directrices que el de su ciudad de origen. En este sentido, su libertad económica se ve restringida.

468. Dualidad de regímenes. Junto con las normas autónomas propias de cada Estado miembro, que se ocupan de la libertad de competencia y del buen funcionamiento de su mercado, en la Unión Europeo existen las disposiciones protectoras del mercado europeo⁵⁹¹. Se podría pensar, por el hecho de la primacía del Derecho europeo, que cuando se vea afectado el mercado europeo, sus normas tienen preferencia sobre las nacionales, pero no es este el caso, sino que, siempre que se cumplan sus criterios de aplicación, se aplicarán ambos cuerpos normativos de manera cumulativa. Así por ejemplo, dentro del sistema español habrá que tener en cuenta tanto las normas españolas (Ley de competencia desleal y Ley de defensa de la competencia⁵⁹²), como las normas europeas (artículos 101 y 102 TFUE y Reglamentos de exención).

469. De esta forma, se puede afirmar que los contratos de franquicia que afecten tanto al mercado europeo como al de un Estado miembro han de pasar una “doble barrera reguladora”, en primer lugar la de Derecho europeo, en cuya preferencia se manifiesta el principio de primacía, y en segundo lugar, y si este valida la operación, la de los ordenamientos nacionales, que pueden ser más estrictos que la normativa europea⁵⁹³.

⁵⁹⁰ M.A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial” en A. L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dir.), *Contratos internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1275-1384, p. 1276; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 183.

⁵⁹¹ L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, p. 17.

⁵⁹² Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE, n. 10, 11 enero 1991, pp. 954-962; Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE, n. 159, 4 junio 2007, pp. 28848-28872.

⁵⁹³ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 191; STJUE 14 julio 1972, as. 49/69, *Badische Anilin- & Soda-Fabrik AG v. Comisión de las Comunidades Europeas*, RJ 1972, p. 713, ECLI:EU:C:1972:71.

470. Existen también contratos que quedan fuera del ámbito de los Reglamentos y sujetos exclusivamente a las normas y autoridades nacionales, como los acuerdos de “menor importancia” y los acuerdos en los que únicamente se vea afectado un mercado nacional. Las normas nacionales se ocupan también en exclusiva de cuestiones relacionadas con la competencia desleal, materia no armonizada por normas europeas.

471. Ejemplo. Contrato de franquicia entre franquiciador español y franquiciado español en que se acuerda la apertura de varios establecimientos franquiciados en la Comunidad Valenciana. En el contrato se acuerda el aprovisionamiento exclusivo de los productos con el franquiciador y el precio de reventa de los mismos. Este contrato estaría sometido a Derecho de la Competencia español y no europeo.

1. Normas nacionales

472. El contrato de franquicia puede verse afectado, a nivel nacional, por normas relativas a los acuerdos entre empresas y al abuso de posición dominante. De forma marginal, los acuerdos de franquicia podrían verse también afectados por la normativa sobre concentraciones de empresas, pero para ello haría falta algún elemento más allá de los habitualmente presentes en los contratos de franquicia que confiera al franquiciador el control sobre la empresa del franquiciado⁵⁹⁴.

473. Normas sobre acuerdos entre empresas. En cuanto a los acuerdos entre empresas, las normas nacionales toman casi palabra por palabra la normativa europea, consagrando de forma general el principio de prohibición de ententes y estableciendo excepciones al mismo de una forma u otra. Por ejemplo, en Derecho francés, el art. L420-1 del *Code de Commerce* prohíbe estos acuerdos y establece la nulidad de las cláusulas que infrinjan tal prohibición. Se prevé la posibilidad de emitir normas de exención de acuerdos por categorías, pero la misma no ha sido aprovechada por el legislador, por lo que las excepciones se han ido estableciendo jurisprudencialmente y mediante directrices de la autoridad francesa en materia de competencia (*Conseil de la concurrence*)⁵⁹⁵. Exactamente el mismo sistema es el seguido en Italia⁵⁹⁶. En España y Alemania el legislador nacional ha ido más allá y se ha remitido directamente a la normativa europea⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, p. 17.

⁵⁹⁵ Déclaration du Conseil de la concurrence de 28 mayo 1996, aff. *Zannier*, que resuelve prácticamente todos los problemas de Derecho de la Competencia que pueden presentar los contratos de franquicia, y Decisión n. 11-D-20, 16 diciembre 2011.

⁵⁹⁶ Sin embargo, en Italia la jurisprudencia se muestra mucho más reticente a anular las cláusulas de los contratos de franquicia. Anula únicamente las cláusulas estrictamente necesarias. Ver Cons. Stato Sez. VI 7 marzo 2008, n. 1006, *Rivoira S.p.A. c. Autorità Garante della Concorrenza del Mercato e altri*, *Giornale Dir. Amm.*, n. 10, 2008, p. 1105, nota M. LIBERTINI.

⁵⁹⁷ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE núm. 159, 4 julio 2007; Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, BOE núm. 50 de 27 de Febrero de 2008; En cuanto a Alemania, arts. 1 y 2 Ley contra las restricciones de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), versión de 31 junio 2013, *BGBI.* I S. 1750, 3245.

474. Pese a esta tendencia general, existen Estados que añaden obligaciones que no existen en la normativa europea. En Austria, por ejemplo, existe una obligación de registro de todos los acuerdos verticales que puedan afectar al mercado austríaco, incluidos por lo tanto los contratos de franquicia directa y de máster franquicia (art. 30 KartG)⁵⁹⁸.

475. Normas sobre abuso de dominio. Por lo que se refiere a las normas sobre abuso de dominio, la tendencia de los Estados europeos es la de considerar que el franquiciado es la parte débil del contrato, y por lo tanto que existen posibilidades de que el franquiciador abuse de esta posición. Como se vio anteriormente, no está extendida en Europa la distinción americana entre *market powers* y *relational powers*, de forma que también se tienen en cuenta estos últimos (los poderes de control del franquiciado sobre el franquiciado una vez ya está vigente el contrato de franquicia) para considerar que existe “posición dominante”⁵⁹⁹. En Estados Unidos, la tendencia es bien distinta, pues se determina esa posición dominante únicamente en función de los *market powers* (posibilidades del franquiciador de influir en el mercado y de manipular su buen funcionamiento), lo que lleva a desestimar la mayoría de los casos de abuso de posición dominante en contratos de franquicia⁶⁰⁰.

476. En consecuencia, en la mayoría de Estados europeos se considera que existe un riesgo importante de que el franquiciador abuse de su posición dominante. En Francia, por ejemplo, se les aplica el art. 420-2 del Código de Comercio⁶⁰¹. En Alemania han caído también muchos franquiciadores bajo el art. 20.2 GWB, que protege a las pequeñas y medianas empresas que se aprovisionan de un cierto tipo de mercancías y servicios de otras empresas, cuando no tienen posibilidades reales de obtenerlos de otros proveedores⁶⁰². Las consecuencias jurídicas vinculadas a la infracción de estas normas suele ser la ordenación de la cesación de la conducta y la posibilidad de reclamar daños y perjuicios. En el caso italiano, se prevé además la nulidad de la cláusula en la que se materializa el abuso de dominio⁶⁰³.

⁵⁹⁸ Art. 30 Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (“Kartellgesetz 2005” o “KartG”), *BGB*, I n. 61/2005. Esta obligación corre a cargo del franquiciador, o máster franquiciador (art. 88.I KartG).

⁵⁹⁹ L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, p. 23.

⁶⁰⁰ *Queen City Pizza, Inc. v. Dominos Pizza, Inc.*, 922 F. Sup. 1055 (E.D. Pa. 1996); *Tominaga v. Sheperd*, 682 F. Sup. 1489 (C.D. Cal. 1988).

⁶⁰¹ Sent. Cass. Comm. 16 diciembre 1997, Ste. Prodim, *RJDA*, 1998, n. 521, en la que el franquiciador había solicitado al franquiciado que le proporcionara su contabilidad y que gestionara sus pedidos por un sistema específico. No obstante, recientemente se ha elevado el número de casos desestimatorios: Decisión n. 10-D-08 de 3 marzo 2010, *Contrats Conc. Consom.*, n. 123, mayo 2010 (sobre ciertas prácticas llevadas a cabo por Carrefour).

⁶⁰² M. MARTINEK / F.J. SEMLER / S. HABERMEIER, *Handbuch des Vertriebsrechts*, CH Beck, Múnich, 2010, p. 977 y Sent. BGH *EWiR*, n. 26, marzo 1988, p. 683.

⁶⁰³ Art. 9 Ley n. 192 de 18 junio 1998 sobre el contrato de “*subfornitura*” (Legge 18 giugno 1998, n. 192 “Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”), *GU* n. 143, 22 junio 1998.

477. Como puede observarse, la aplicación de estos instrumentos para reequilibrar unas relaciones comerciales entre profesionales puede poner en riesgo la naturaleza y finalidad del propio negocio⁶⁰⁴. Por ello en algunos Estados la tendencia a aplicar este tipo de normativa a la franquicia comienza a ser más restrictiva⁶⁰⁵.

2. Normas europeas

478. *El Derecho europeo de la competencia y los contratos de franquicia.* En cuanto a las normas europeas, los contratos de franquicia también pueden resultar en una infracción al art. 101 TFUE relativo a los acuerdos o prácticas anticompetitivas entre empresas, y en una infracción del art. 102 TFUE, relativo al abuso de posición dominante. En ambos casos, además de las multas que pueda imponer la Comisión, las partes perjudicadas pueden reclamar daños y perjuicios ante los tribunales nacionales⁶⁰⁶.

479. *Normas sobre acuerdos entre empresas. Exenciones a la aplicación del art. 101 TFUE.* Existen excepciones generales a la infracción del art. 101 TFUE, de forma que, siempre que se cumplan ciertos requisitos, el contrato quedará exento de ser examinado a la luz del mencionado artículo. En cuanto a la infracción del art. 102 TFUE, se ha de comprobar caso por caso cada vez que una situación de abuso de dominio sea denunciada ante la Comisión europea o los tribunales nacionales. Las exenciones a la aplicación del art. 101 TFUE son las siguientes:

480. En primer lugar, se han desarrollado Reglamentos de exención por categorías, que son aplicables a los contratos de franquicia si cumplen con ciertas condiciones:

481. i. *Franquicia industrial o de producción.* Los acuerdos de franquicia industrial se encuentran cubiertos por el Reglamento n. 316/2014 relativo a la exención de los acuerdos de transferencia de tecnología⁶⁰⁷. Se aplica a este tipo de franquicias por considerarse que tienen un mayor componente tecnológico (en el que suelen cederse patentes, maquinaria productiva...) ⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, p. 24.

⁶⁰⁵ En Italia, Sent. Trib. Taranto 17 septiembre 2003, *Danno è responsabilità*, 2004, p. 65, nota G. COLANGELO, en la que se estima que el art. 9 Legge n. 192/1998 no es aplicable a la franquicia por no poder ser considerada una “subfornitura”, en un caso en que el franquiciador había previsto en el contrato una cláusula unilateral que le permitía resolver el contrato sin motivo.

⁶⁰⁶ EU DG Competition, “Antitrust procedures in abuse of dominance (Article 102 TFEU cases)”, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁶⁰⁷ Reglamento (UE) n. 316/2014 de la Comisión de 21 de marzo de 2014 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, DOUE L 93, 28 marzo 2014, pp. 17-23.

⁶⁰⁸ Las Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología, DOUE C-101, 27 abril 2004, pp. 2-42, párrafo 39, señalan que estos acuerdos entran dentro

482. ii. Franquicia de distribución. Los acuerdos de franquicia de distribución, tanto los de distribución al por mayor como de distribución al por menor, se consideran cubiertos por el Reglamento n. 330/2010 relativo a la exención de algunas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (en adelante, “Reglamento sobre acuerdos verticales” o “RAV”)⁶⁰⁹.

483. iii. Franquicia de distribución de vehículos automóviles. Existe una normativa especial que se aplica al sector de vehículos de motor, y que por lo tanto incluiría a los acuerdos de franquicia de distribución de vehículos automóviles, el Reglamento n. 461/2010 sobre la exención de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos a motor⁶¹⁰. Si bien el instrumento contractual más utilizado en este campo es el de los contratos de concesión, también existen franquicias encargadas de la distribución y venta de vehículos a motor (por ejemplo, la insignia española *Gestiauto*).

484. En segundo lugar, conforme a la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia, los acuerdos de franquicia en que la suma de las cuotas de mercado de sus partes sea inferior a un 10% en todos los mercados implicados (o al 15% en algunos casos) se consideran que no son capaces de restringir la competencia siempre que cumplan con determinadas condiciones, en concreto que no contengan ninguna de las restricciones graves del RAV (art. 11 Comunicación)⁶¹¹.

485. *El Reglamento de restricciones verticales y los contratos de franquicia.* De los Reglamentos de exenciones expuestos, el más relevante por tener un espectro mayor de aplicación es el RAV. Según este Reglamento, los acuerdos verticales son acuerdos para la compraventa de bienes o servicios suscritos entre empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución, y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios (art. 1.1.a RAV), por ello se aplica plenamente a los contratos de franquicia. Para ello no es objeción que los contratos de franquicia se refieran a la cesión de derechos de propiedad intelectual, pues los mismos están directamente relacionados con el uso, venta o reventa de bienes o servicios por parte del franquiciado o sus clientes (*vid.* art.

del ámbito de aplicación del Reglamento aunque se refieran no sólo a la fase de producción sino también a la de distribución.

⁶⁰⁹ Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DOUE L 102 de 23.4.2010, pp. 1-7.

⁶¹⁰ Reglamento (UE) n ° 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010 , relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor, OJ L 129, 28.5.2010, p. 52–57.

⁶¹¹ Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*), DOUE C 368 de 22 diciembre 2001.

3.3 RAV). El RAV se considera aplicable tanto a los contratos de franquicia directa como máster⁶¹².

486. La franquicia se encuentra regulada por el RAV desde su versión de 1999. Anteriormente, la franquicia contaba con una regulación propia en Derecho de la competencia europeo, el ya mencionado Reglamento 4087/88 sobre la exención de acuerdos de franquicia⁶¹³. Este Reglamento se aplicaba también a los contratos de franquicia directa y de máster franquicia, y ya excluía los acuerdos de franquicia industrial por considerar que podían beneficiarse de otras exenciones⁶¹⁴.

487. Como se ha indicado, los acuerdos de franquicia son susceptibles de restringir la libre competencia, pues suelen venir acompañados de pactos de exclusiva, por ejemplo, se pueden establecer limitaciones sobre los proveedores de los que puede adquirir los productos el franquiciado, o sobre el número de franquicias que el franquiciador puede licenciar en un determinado territorio. Pero el legislador ha considerado que, siempre que el acuerdo esté dentro de ciertos límites y cumpla con unas determinadas condiciones, genera unas ventajas para el mercado interior que superan sus inconvenientes en relación al Derecho de la Competencia, por lo que han de quedar exentos. La mayor ventaja que proporcionan estos acuerdos es que ayudan al empresario principal a introducirse en un nuevo mercado sin aumentar sus precios, pues comparte los costes de internacionalización. Esto beneficia a todo el mercado y a todos los ciudadanos europeos⁶¹⁵.

488. Para que estos contratos se consideren exentos, los requisitos que establece el RAV son los siguientes:

489. 1º) Límite máximo de cuota de mercado del 30% tanto para franquiciador como para franquiciado (art. 3.1 RAV). Este límite se refiere tanto al mercado en que el franquiciador ofrece los bienes o servicios que serán objeto del contrato de franquicia (“mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales”) como al

⁶¹² Los contratos de máster franquicia están incluidos en el RAV desde su versión de 1999, el Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Así lo establecieron sus Directrices relativas a las restricciones verticales, DO C 291 de 13 octubre 2000, párrafo 43: “Las licencias contenidas en los acuerdos de franquicia quedan cubiertas por el Reglamento de Exención por Categorías si reúnen las cinco condiciones enumeradas en el punto 30. Por lo general es el caso en la mayoría de los acuerdos de franquicia, incluidos los acuerdos "master" de franquicia, ya que el franquiciador ofrece al franquiciado bienes y/o servicios, especialmente servicios de asistencia comercial o técnica”. Ver E. FLOHR, *op. cit.*, p. 47.

⁶¹³ Reglamento (CEE) n° 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, DO L 359 de 28.12.1988, pp. 46-52.

⁶¹⁴ Ver Cdos. 4 y 5 del Reglamento.

⁶¹⁵ “Exención de los acuerdos verticales de suministro y distribución”, *Summaries of EU legislation*, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3Acc0006> (fecha última consulta: 20/03/2017).

mercado en que el franquiciado puede adquirir los bienes o servicios que serán objeto del contrato de franquicia (“mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales”)⁶¹⁶. Como señalan las Directrices de la Comisión, si el franquiciador no suministra al franquiciado bienes sino que le asiste para que preste unos servicios, el franquiciador ha de tener en cuenta su cuota de mercado como “prestador de un método comercial”. Para determinar sus competidores no tendrá que tener en cuenta solamente a otros franquiciadores, sino también a otros proveedores de los mismos servicios o bienes que sean intercambiables y que no recurran a la franquicia⁶¹⁷.

490. Ejemplo. Un franquiciador que ofrece franquicias de comida rápida tendría que calcular su cuota de mercado basándose en las cifras de ventas de sus franquiciados en ese mercado de la comida rápida, en relación a la totalidad de operadores que ofrecen comida rápida a los consumidores.

491. 2º) Que el acuerdo no contenga ninguna de las restricciones especialmente graves establecidas en el Reglamento (art. 4 RAV)⁶¹⁸. De estas restricciones, las susceptibles de aparecer en un contrato de franquicia son: (i) que el franquiciador no fije el precio mínimo de venta al que el franquiciado puede vender sus productos⁶¹⁹ (art. 4.a RAV) y (ii) que las restricciones sobre el territorio en que el franquiciado puede ofrecer sus productos cumplan con ciertas condiciones, como por ejemplo que solamente se refieran a las ventas activas y no a las pasivas (art. 4.b RAV)⁶²⁰.

492. 3º) Que el acuerdo no tenga ninguna cláusula que suponga una restricción específica de las contenidas en el art. 5 RAV que no esté justificada. En relación a estas cláusulas, el beneficio de la exención se “pierde”, pues la cláusula ha de ser examinada conforme al art. 101 TFUE, pero el resto del acuerdo podrá seguir sujeto al Reglamento. De estas cláusulas, las susceptibles de encontrarse en un acuerdo de franquicia son las relativas a la obligación de no competencia durante y tras la vigencia del contrato (art.

⁶¹⁶ P. JOUKADOR / R. HUNT, “Franchising: international...”, *cit.*, p. 9.

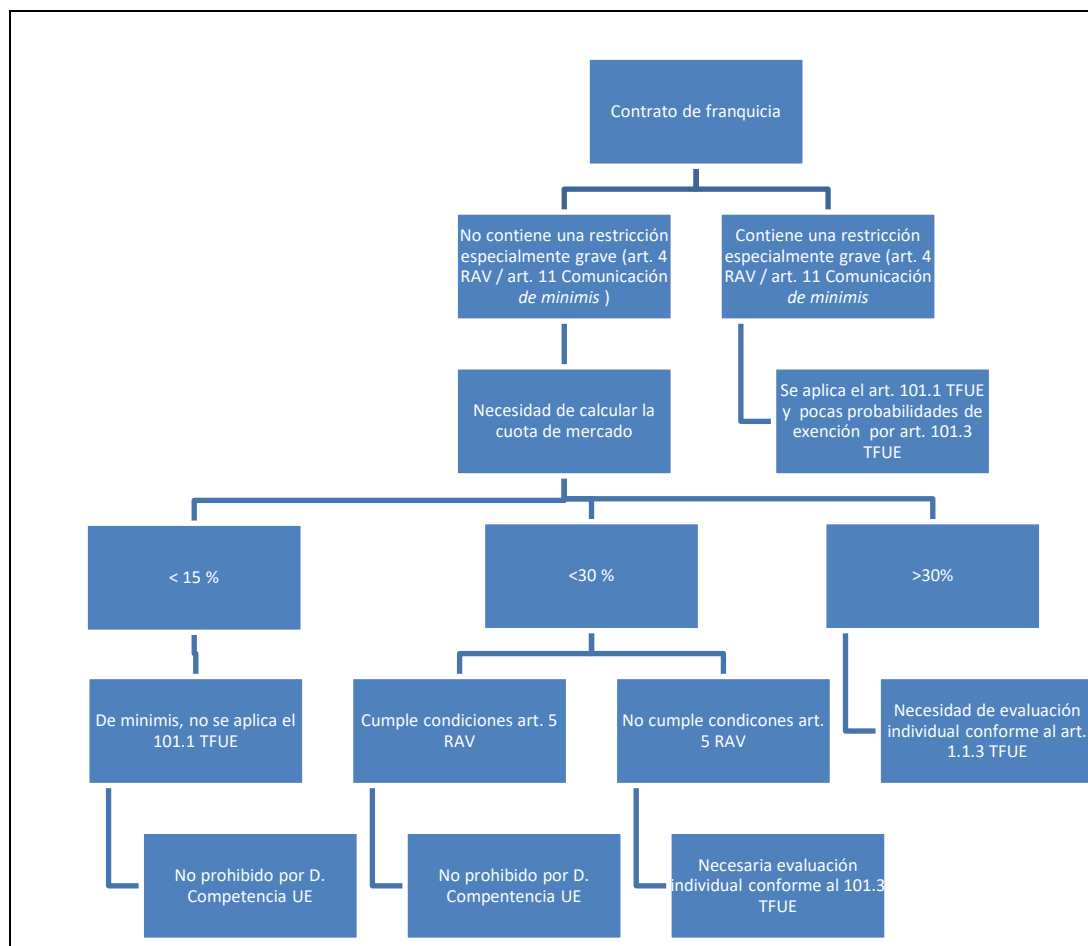
⁶¹⁷ Directrices relativas a las restricciones verticales, DOUE C 130, 19.05.2010, pp. 1-46, p. 35, párrafo 92.

⁶¹⁸ Los proveedores no podrán fijar el precio (mínimo) al que los distribuidores pueden revender sus productos —; restricciones relativas al territorio; aunque se prohíba a los distribuidores seleccionados que vendan a distribuidores no autorizados, no se les podrá restringir los usuarios finales a quienes pueden vender (para distribución selectiva); los distribuidores designados deberán ser libres de vender o comprar los bienes objeto del contrato a o de otros distribuidores designados en la red (para distribución selectiva); en relación al suministro de piezas de repuesto, Un acuerdo entre un fabricante de piezas de repuesto y un comprador que incorpora dichas piezas a sus propios productos podrá no impedir o restringir las ventas del fabricante de dichas piezas de repuesto a usuarios finales, talleres de reparación independientes o proveedores de servicio.

⁶¹⁹ Si cabe que se fije un precio máximo o un precio recomendado, véanse las STS 15 enero 2010, rec. 1182/04 y 5 mayo 2011, rec. 1043/07, entre otras. La prohibición total y absoluta de esta cláusula ha recibido ciertas críticas doctrinales, por considerarse que la misma podría contribuir a la uniformidad y refuerzo de imagen unitaria de la red, A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, *cit.*, p. 288.

⁶²⁰ P. JOUKADOR / R. HUNT, “Franchising: international...”, *cit.*, p. 11.

5.1.a y b RAV). No obstante, en la mayoría de los contratos de franquicia estas obligaciones de no competencia para toda la duración del contrato está justificada por la transferencia de conocimientos técnicos sustanciales y por lo tanto podrán mantenerse⁶²¹.



Cuadro n. 8. Los contratos de franquicia en Derecho de la competencia europeo

493. En consecuencia, todas las cláusulas de un contrato de franquicia que pudieran considerarse restricciones no permitidas han de ser consideradas con mucho cuidado. En primer lugar, se ha de comprobar si las mismas se encuentran incluidas en las Directrices de aplicación del Reglamento. Estas señalan una serie de cláusulas típicas de los contratos de franquicia que se considera que no vulneran el art. 101 TFUE por ser necesarias para proteger los derechos de propiedad intelectual del franquiciador, como la imposición al franquiciado de la obligación de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar, de no adquirir intereses en una empresa competidora, y de no desvelar o utilizar los conocimientos técnicos del franquiciador en tanto no hayan pasado a ser de dominio público⁶²².

⁶²¹ Directrices relativas a las restricciones verticales, DOUE C 130, 19.05.2010, pp. 1-46, p. 52, pfo 148.

⁶²² Directrices relativas a las restricciones verticales, DOUE C 130, 19.05.2010, pp. 1-46, p. 19, pfo. 45.

494. En cuanto a las cláusulas no contempladas en las Directrices, conviene consultar la jurisprudencia del TJUE y la práctica decisoria de la Comisión antes de incorporarlas al contrato⁶²³. En relación a la franquicia, las cláusulas más comunes han sido analizadas por la Comisión y el TJUE en numerosas ocasiones (casos *Pronuptia I y 2*, *Yves Rocher*, *Computerland*, *Service Master* y *Charles Jourdan*)⁶²⁴. En el primer caso *Pronuptia*, por ejemplo, el TJUE indicó que no era contrario al Derecho de la Competencia de la UE la prohibición al franquiciado de abrir durante el contrato o un tiempo razonablemente posterior a su cesación un punto de venta con objeto similar, en una zona en la que pudiera entrar en competencia con otros miembros de la red, o la obligación impuesta al franquiciado de no ceder el negocio sin el consentimiento previo del franquiciador o las cláusulas que exigen al franquiciado vender únicamente productos del franquiciador o seleccionados por él (“*tie-in clauses*”)⁶²⁵.

495. Esta jurisprudencia también se encuentra plenamente vigente para los casos en que el contrato de franquicia sobrepase los límites impuestos por el RAV, pues en ellos tendrá que ser examinado conforme al art. 101 TFUE⁶²⁶. En este sentido, el TJCE señaló en el caso *Pronuptia* que además de las cláusulas de imposición de precios, también restringían la competencia ciertas cláusulas sobre exclusividad territorial, pues suponían un “reparto de mercado” entre franquiciador y franquiciado, o entre franquiciados⁶²⁷. Aunque estas cláusulas estarían abiertas a exención individual a través

⁶²³ D. CAMPBELL, *International franchising*, Kluwer Law International, La Haya, 2008, p. 83; A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, cit., p. 287.

⁶²⁴ STJUE 28 enero 1986, *Pronuptia*, cit. Como resultado de dicha Sentencia, que consideraba que los contratos de franquicia podían vulnerar la libre competencia si contenían pactos de exclusividad territorial, se solicitaron a la Comisión Europea varias exenciones individuales conforme al antiguo art. 85.3 TCE: Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 1986, *Pronuptia*, DOUE L 13, 15 enero 1987, pp. 39-47; Decisión de la Comisión Europea 17 diciembre 1986, *Yves Rocher*, DOUE 10 enero 1987, L 8/49; Decisión de la Comisión Europea 13 julio 1987, *Computerland*, DOUE 10 agosto 1987, L 222/12; Decisión de la Comisión Europea 14 noviembre 1988, *Service Master*, DOUE 3 diciembre 1988, L 332/28; Decisión de la Comisión Europea 2 diciembre 1988, *Charles Jourdan*, DOUE 7 febrero 1989, L/35/31. Dichas solicitudes cesaron con la adopción del Reglamento de 1988 de exención por categorías a ciertos acuerdos de franquicia, que incluía en los acuerdos exentos los que contenían este tipo de cláusulas.

⁶²⁵ Entre otros se pueden destacar los siguientes comentarios sobre la STJCE *Pronuptia*: M. MENDELSON “The Pronuptia Case and its Effect on Franchising”, *The Law Society's Gazette*, 1986, pp.1792-1794; R. BALDI, “La sentenza Pronuptia della Corte ed il franchising in Europa”, *Rivista di diritto industriale*, 1987, II, pp.277-298; D. FERRIER / J.M. LELOUP, “Nouvelles approches de la franchise commerciale”, *La Semaine juridique - édition entreprise*, 1986, suppl. n° 3 pp.14-19; W. SKAUPY, “Pronuptia und die Folgen”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1986, pp. 445-454; PH. BESSIS / Y. PLASSERAUD, “L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire Pronuptia”, *Droit et pratique du commerce international*, 1986, Pp.461-470 ; R. BARATTA, “La compatibilità con il diritto comunitario della concorrenza dei contratti di franchising in materia di distribuzione commerciale”, *Giustizia civile*, 1988, I, pp.12-17; A. FRIGNANI, “La Corte di giustizia riconosce le peculiarità del franchising (prime annotazioni)”, *Giurisprudenza commerciale*, 1987, II, pp.36-56; E.R. HURLEY, “Pronuptia de Paris v. Schillgalis: Permissible Restraints of Trade on Franchising in the EEC”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 8, n. 2, 1987, pp. 476-502.

⁶²⁶ P. JOUKADOR / R. HUNT, “Franchising: international...”, cit., p. 13.

⁶²⁷ STJUE 28 enero 1986, *Pronuptia*, cit., FJ 24 (cláusulas que impedían al franquiciado vender los productos fuera del local designado en el contrato y que le garantizaban una zona en exclusiva).

del art. 101.3 TFUE, se ha de ser extremadamente cautelosos con su inclusión, no tanto por la incoación de un procedimiento por parte de la Comisión, que en materia de franquicia es bastante inactiva, sino por la posibilidad de que la otra parte del acuerdo solicite su nulidad conforme al art. 101.1 TFUE. Por último también puede ser útil la consulta de la jurisprudencia de los Estados miembros, pues son sus tribunales los que han de interpretar el Derecho de la Competencia europeo cuando su vulneración se alegue en el marco de un litigio relativo a un contrato⁶²⁸.

b. Durante la relación contractual

i. Principios generales

496. En algunas de las normativas específicas sobre el contrato de franquicia se establecen principios generales que han de gobernar la totalidad de la relación, como es el caso de la normativa húngara. La misma establece el deber de ambas partes de proteger la “reputación de la red de franquicia” (art. 6:379 CCH)⁶²⁹. También la Ley italiana, en su art. 6 prevé una obligación mutua de buena fe y de información entre las partes del contrato (“*comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede*”)⁶³⁰.

497. Esta obligación de lealtad, transparencia y buena fe se reconoce también jurisprudencialmente en los Estados miembros de tradición “*civil law*”, especialmente en Francia y Alemania, y se está extendiendo también a los países de “*common law*”⁶³¹.

ii. Prestaciones de las partes

498. De las normas que regulan los derechos y obligaciones de las partes del contrato de franquicia cabe destacar el Derecho húngaro por su detalle. En éste se regulan las obligaciones del franquiciador respecto de los derechos incorporales incluidos en el paquete de franquicia (obligación de procurar el acceso ininterrumpido del franquiciado al uso y a la explotación de esos derechos, art. 6:377 CCH) y cuestiones relacionadas con el suministro de productos al franquiciado (en el caso de

⁶²⁸ J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, *cit.*, p. 104 (intervención de J.-P. CLEMENT). Ver por ejemplo la Sent. Cour Cass. Comm. *Phildar*, 17 junio 1996, *D. Affaires*, n. 6, 1997, pp. 172-177, nota O. GAST, que se refiere al cumplimiento del Reglamento 1988 por un contrato de franquicia en que existía una obligación de aprovisionamiento exclusivo.

⁶²⁹ Código Civil Húngaro, Ley n. IV/1959.

⁶³⁰ Legge 6 maggio 2004, n. 129, “*Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale*”, *Gazzetta Ufficiale* n. 120 de 24 mayo 2004.

⁶³¹ Sobre el deber implícito de lealtad contenido en un contrato internacional de distribución en exclusiva resuelto ante los tribunales ingleses, puede consultarse la Sentencia *Yam Seng Limited v. International Trade Corporation Limited*, (2013) EWHC 111 (QB). Esta decisión es muy relevante, pues en Derecho inglés tradicionalmente no se exige la buena fe contractual. Ver decisiones como *Interfoto Picture Library Ltd v Stilleto Visual Programmes Ltd* (1988) 1 All ER 384, *Lloyds Bank Limited v Bundy* [1975], QB 326 y *Union Eagle Limited v Golden Achievement Limited* (1997) 2All ER 215. En esta última, muy llamativa, el vendedor resolvió el contrato porque el comprador había pagado el precio diez minutos después de lo estipulado y el Tribunal validó su forma de proceder.

que el contrato prevea el aprovisionamiento de productos por parte del franquiciador o por un tercero señalado por éste y éstos no cumplan con los pedidos del franquiciado, este tendrá el derecho a obtener dichos productos por otras vías, art. 6:378 CCH) y con las instrucciones dadas al franquiciado (si las instrucciones dadas por el franquiciador no son razonables, el franquiciado podrá advertir al franquiciador, y si tras dicha advertencia el franquiciador continúa dando las mismas instrucciones, el franquiciado ha de cumplir, siendo cualquier daño responsabilidad exclusiva del franquiciador, art. 6:380 CCH)⁶³².

499. El Derecho italiano también regula algunas de estas obligaciones de las partes. En concreto, respecto al franquiciado, el art. 5 Legge n. 149/2004 establece que no podrá trasladar la unidad a otra localización sin el consentimiento del franquiciador, y que tiene un deber de confidencialidad máximo respecto a la actividad objeto de franquicia⁶³³.

500. Entre los Estados que las regulan jurisprudencialmente puede citarse Francia, donde existen algunas limitaciones desarrolladas de forma jurisprudencial a la determinación del precio de los suministros que el franquiciador realice al franquiciado. La Corte de Casación estableció que el precio de esos suministros se puede dejar a determinar por el franquiciador siempre que éste no lo fije de forma abusiva. En ese caso, el franquiciado tendrá derecho a resolver el contrato y/o a solicitar una indemnización por los perjuicios causados⁶³⁴.

iii. Terminación de la relación contractual

501. En primer lugar, se ha de señalar que la Directiva sobre agentes comerciales independientes no es aplicable a los contratos de franquicia⁶³⁵. Los franquiciados, pese a depender en ocasiones del franquiciador de la misma forma que lo hace un agente de su principal, no negocian o concluyen contratos en nombre de dicho principal, como exige tal Directiva, sino en su propio nombre⁶³⁶. Respecto a la terminación de los contratos de franquicia se ha de estar por lo tanto a lo que disponga la normativa de cada Estado miembro.

⁶³² Código Civil Húngaro, Ley n. IV/1959.

⁶³³ Legge 6 maggio 2004, n. 129, "*Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*", Gazzetta Ufficiale n. 120 de 24 mayo 2004.

⁶³⁴ J.-M. LELOUP (coord.), "*La franchise: vers...*", *cit.*, p. 104 (intervención de J.-P. CLEMENT).

⁶³⁵ Directiva nº 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, DOUE L 382, 31.12.1986, p. 17–21.

⁶³⁶ U. MAGNUS, "*Article 4: Applicable law in the absence of a choice*", en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (dirs.), *Rome I Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 263-441, p. 296.

502. Normativa sobre la duración del contrato. En la mayoría de Estados, como España o Reino Unido, no existe un plazo mínimo o máximo de duración⁶³⁷. En consecuencia, dicha duración puede establecerse por tiempo determinado indeterminado, lo que se suele dejar a la voluntad de las partes. Lo más habitual es fijar un plazo de duración concreto y bastante prolongado, para que el franquiciado pueda amortizar su inversión (la mayoría de los contratos se pactan por un período de 5-10 años)⁶³⁸.

503. No obstante, en algunos Estados miembros se establece un plazo legal para dicha duración. En Francia, cuando el contrato contiene un pacto de exclusividad a favor del franquiciador, se permite una duración máxima de diez años, pasados los cuales el contrato ha de renegociarse en su totalidad (art. L. 330-1 CCom). En Alemania, en cambio, se considera aplicable a los franquiciados que sean pequeñas y medianas empresas un plazo mínimo de cinco años (arts 624.2 y 675 BGB)⁶³⁹.

504. Normativa sobre la terminación de la relación. En relación a la terminación de la relación contractual se producen la mayor parte de las controversias derivadas de los contratos de franquicia⁶⁴⁰. En este momento se suelen contraponer los intereses de franquiciador y franquiciado. El franquiciado, que habrá realizado importantes inversiones, suele desear que la relación se mantenga, mientras que el franquiciador, que ha comprometido su nombre y su reputación, puede pretender la resolución si considera que el franquiciado pone su sistema en peligro⁶⁴¹. A diferencia de lo que ocurre con el contrato de agencia, cuya terminación en la Unión Europea está regulada en todos los Estados miembros como desarrollo de la Directiva de Agencia, la terminación de los contratos de franquicia suele carecer de regulación específica⁶⁴².

505. En la solución, la mayoría de las veces jurisprudencial, que se ha adoptado en los Estados miembros se pueden distinguir dos tendencias: (i) una marcada tutela del franquiciado; y (ii) una vertiente menos proteccionista, basada en la *sanctity of the contract*, que no reconoce el derecho a indemnizaciones o a la renovación o prolongamiento del contrato una vez finalizado⁶⁴³.

⁶³⁷ M. MENDELSON, *Franchising Law*, cit., p. 362.

⁶³⁸ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 264; N. VAN RANST, *op. cit.*, p. 10.

⁶³⁹ L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, p. 152; M. MARTINEK, *Moderne Vertragstypen, Bd. 2: Franchising, Know-How-Verträge, Management- und Consultingverträge*, Beck, Múnich, 1992, p. 119.

⁶⁴⁰ R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 297, denomina a este momento la “*frontiera calda*”, el “punto caliente” del contrato.

⁶⁴¹ L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, p. 149.

⁶⁴² Directiva nº 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, *DOUE L* 382, 31.12.1986, p. 17–21.

⁶⁴³ A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, cit., p. 264.

506. En función del contenido del contrato cabe distinguir dos situaciones que pueden regularse de forma diferente, los contratos a tiempo determinado y los contratos a tiempo indeterminado:

507. a. Contratos a tiempo determinado. Los contratos de franquicia a tiempo determinado suelen incluir la posibilidad de prórroga en virtud de acuerdo expreso o tácito de las partes. No obstante, también cabe la posibilidad de que no la contemplen o que la excluyan expresamente. Tanto en un caso como en otro pueden darse dos situaciones conflictivas en relación con la terminación:

508. i. No renovación o prórroga del contrato al término. En la mayoría de Estados Europeos existe un enfoque liberal, en que no se reconoce al franquiciado el derecho a la renovación a la terminación del contrato salvo que éste se encuentre previsto en el contrato⁶⁴⁴. En Francia, fue la jurisprudencia la que estableció que no se puede obligar al franquiciador a la renovación, si bien se reconoció al franquiciado el derecho a un preaviso razonable, aunque el mismo no esté previsto en el contrato, salvo en caso de fuerza mayor o de incumplimiento por la otra parte⁶⁴⁵. Esta obligación ha sido recogida finalmente en el Código de Comercio de una forma general en 1996 (“*rupture brutale des relations commerciales établies*”) y su incumplimiento genera el derecho a una indemnización⁶⁴⁶. No obstante, el derecho a la renovación se ha reconocido en algunos casos en que el rechazo se debía exclusivamente a un intento de hacer daño por parte del franquiciador⁶⁴⁷. La misma solución se ha seguido en Alemania⁶⁴⁸ y también en Inglaterra por vía jurisprudencial⁶⁴⁹.

509. En cuanto a Bélgica, dispone de una legislación que regula expresamente la cuestión de la terminación de los contratos de “concesión en exclusiva” (arts. X.35 a

⁶⁴⁴ Respecto a Inglaterra, *Paperlight Limited v Swinton Group Limited*; (1996) CLC 1667, en un caso de franquicias de seguros en que el derecho de prórroga por parte del franquiciado estaba pactado en el contrato.

⁶⁴⁵ Sents. Cour App. Paris 12 noviembre 1962, *Dalloz*, 1963, p. 25 y 14 febrero 1962, *Dalloz*, 1962, p. 514.

⁶⁴⁶ Art. L 442-6, I, 5° du Code de commerce : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers: (...) 5°. De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. (...) ».

⁶⁴⁷ Sent. Cour Cass. 13 noviembre 1972, *Bull. Civ.*, n. 286, p. 296 y Sent. Cour Cass. 9 marzo 1976, *Dalloz* 1976, p. 150, en las que se sanciona esta denegación de renovación por la vía del “abuso de derecho” citadas por D. FERRIER, “L'intérêt...”, *cit.*, p. 12.

⁶⁴⁸ R. PARDOLESI, *op. cit.*, pp. 179-203.

⁶⁴⁹ En el mencionado caso *Paperlight Limited v Swinton Group Limited*; (1996) CLC 1667, el juez determina que sería razonable un plazo de preaviso de cinco años, conforme a las circunstancias del caso.

X.40 *Code de Droit Économique*)⁶⁵⁰. No existe unanimidad doctrinal sobre si estas disposiciones se aplican también a los contratos de franquicia cuando en los mismos esté presente tal pacto de exclusiva⁶⁵¹. No obstante, la jurisprudencia se ha mostrado favorable a su aplicación⁶⁵².

510. Si se considera aplicable el mencionado Código, habrá que estar a lo dispuesto en su art. X.38, según el cual, si el contrato es acordado por una duración determinada, se presumirá que las partes han consentido a una renovación del contrato, ya sea por una duración indeterminada, ya sea por la duración que las partes hayan previsto en el contrato, si ninguna de ellas notifica por escrito su voluntad de finalizar el contrato con un preaviso entre seis y tres meses anterior a su fecha de finalización (art. X.38.1º CDE). Junto con ello, si un contrato de duración determinada ha sido renovado expresa o tácitamente por las partes por dos veces, sin que el contrato haya sido modificado, toda prórroga posterior se entenderá como hecha por una duración indeterminada (art. X.38.2º CDE)⁶⁵³.

511. En Italia, la Ley n. 129 no ha previsto ningún régimen especial para la terminación de los contratos de franquicia, por lo que se aplica el régimen contractual general. Tal y como indica la doctrina, la no renovación sin justa causa podría ir en contra de los principios de la buena fe (art. 1375 *Codice Civile*)⁶⁵⁴. En España la cuestión también queda sujeta al régimen general de las obligaciones y no existe obligación de prórroga al finalizar el contrato, ni la oposición a tal prórroga genera derecho a indemnización. Tampoco existe una obligación de preaviso para no suscribir la prórroga, salvo que esa obligación se haya previsto en el contrato⁶⁵⁵.

⁶⁵⁰ *Code de droit économique*, MB 29 marzo 2013, p. 19975. Versión oficial actualizada disponible en: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2013022819&table_name=loi (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁶⁵¹ A favor se han pronunciado M. WAGEMANS, *Concession de vente*, Bruylant, Bruselas, 2014, pp. 102 y ss; N. VAN RANST, *op. cit.*, p. 12. En contra, S. WILLEMART, *op. cit.*, p. 91.

⁶⁵² Una Sent. Cour App. Gand consideró plenamente aplicable esta Ley en un caso en que el franquiciado ejercía las actividades en su propio nombre y por su propia cuenta y distribuía los bienes que le eran suministrados por el franquiciador con exclusividad territorial y aprovisionamiento en exclusiva a favor de dicho franquiciador. En el mismo sentido la Sent. Cour App. Liège 9 enero 2009, indica que las prestaciones de cesión de marca, *savoir-faire* y asistencia eran secundarias respecto a la prestación de distribución, y que por lo tanto no hay *a priori* razón para descartar la aplicación de la Ley 27 julio 1961. Ambas resoluciones extraídas de M. WAGEMANS, *Concession de vente*, Bruylant, Bruselas, 2014, punto 102.

⁶⁵³ Si por el contrario, no se considera aplicable el Código de Derecho Económico, habrá que estar a la normativa general sobre contratos, que en materia de contratos de duración determinada indica que solamente habrá tácita reconducción en el caso en que las partes lo hayan previsto expresamente en el contrato, S. WILLEMART, *op. cit.*, p. 93.

⁶⁵⁴ A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, *cit.*, p. 285 y art. 1375 *Codice Civile*, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, *Gazzetta Ufficiale* n.79 de 4 abril 1942.

⁶⁵⁵ STS 23 enero 2007, RJ 2007\594, y STS 13 febrero 2009 (sentencias relativas a contratos de distribución).

512. La única excepción a la libertad de prórroga se encuentra en el Código Civil lituano⁶⁵⁶. Se establece en el art. 6774 CC que el franquiciado que ha ejecutado debidamente el contrato tendrá derecho a una renovación a la terminación del contrato por el mismo plazo de tiempo y bajo las mismas condiciones. El franquiciador podrá negarse a dicha prórroga solamente si se compromete a no contratar en el mismo territorio con otros franquiciados en el plazo de tres años⁶⁵⁷.

513. ii. Ruptura del contrato antes del término. Es un principio común a todos los ordenamientos de los Estados miembros que la ruptura antes del término puede producirse legítimamente cuando medie un incumplimiento de la otra parte (por ejemplo, en Italia, art. 1454 y 1455 *Codice Civile*)⁶⁵⁸. Este incumplimiento ha de ser sustancial, lo que se interpreta de forma distinta en cada Estado (incumplimiento “grave”, *fundamental breach of the contract*, etc.).

514. En Bélgica se trata de una cuestión que no se reguló en el Libro X del Código de Derecho económico, por lo que su regulación se remite en todo caso al Derecho común de obligaciones⁶⁵⁹. Si el contrato es de duración determinada, solamente se podrá resolver de forma anticipada (i) si no se ha previsto nada en el contrato, en caso de falta grave, en cuyo caso la resolución ha de ser judicial (art. 1184 Código Civil belga) o (ii) si las partes han previsto en el contrato una cláusula de condición resolutoria expresa, cuando se de dicha condición, caso en que se dará una resolución de pleno derecho sin necesidad de intervención judicial⁶⁶⁰. Esta cláusula resolutoria puede referirse a un incumplimiento de las partes o a cualquier evento futuro e incierto que pueda condicionar el fin del contrato, como la muerte de una de las partes, su entrada en concurso, o el cambio de accionariado de la franquicia⁶⁶¹.

515. En España, se ha aplicado a la resolución antes del término el art. 1124 CC (resolución de contrato con obligaciones recíprocas), reconociéndose la procedencia de indemnización por daños causados a la otra parte en caso de que el contrato haya sido dado por terminado por una parte antes del término sin incumplimiento de la otra⁶⁶².

⁶⁵⁶ Código Civil de Lituania (*Lietuvos Respublikos Civilinis Codeskas*), n. VIII/1864, DO 18 julio 2000.

⁶⁵⁷ Como indica UNIDROIT, “Guía UNIDROIT...”, *cit.*, anexo III, esta postura más protectora puede deberse a que la legislación lituana se encuentra directamente inspirada por la contenida en el Código Civil ruso.

⁶⁵⁸ “Codice Civile”, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, *Gazzetta Ufficiale* n.79 de 4 abril 1942.

⁶⁵⁹ C. VERBRAEKEN, “La loi...”, *cit.*, p. 562 ; F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, Bruselas, 1993, p. 566 ; J. MASEDA RODRIGUEZ, *op.cit.*, p. 26.

⁶⁶⁰ S. WILLEMART, *op. cit.*, p. 93. P. DEMOLIN / V. DEMOLIN, *op. cit.*, p. 138.

⁶⁶¹ Lo que no se permite es la ruptura sin motivo alguno y sin que concurra tal condición resolutoria, tal y como indica la Sent. Cour App. Liège, 16 enero 1998, *JLMB*, 1998, p. 589, que reconoce en concepto de daños y perjuicios una indemnización de 250.000 € al franquiciado. Véase también la Sent. Cour App. Liège, 19 marzo 1998, *DAOR*, 1999, p. 79, que reconoce a dos franquiciados indemnizaciones por la misma causa.

⁶⁶² Ver por ejemplo SAP Madrid n. 374/2008 30 julio 2008, confirmada por la STS 16 julio 2012, n. 463/2012, en la que se condena a los franquiciadores (titulares de las marcas “Pizza World” y

516. b. Contratos a tiempo indeterminado. Cuando el contrato se pacta por tiempo indefinido es habitual prever la terminación unilateral. En ausencia de pacto, la mayoría de los ordenamientos permite esta terminación *ad nutum*⁶⁶³. Así lo hace, por ejemplo, el art. 6:381 del Código Civil Húngaro.

517. Al igual que en el caso del contrato a término, la norma o la jurisprudencia suele reconocer la obligación de preaviso, basada en el principio de la buena fe contractual. En Francia, esta posibilidad ha venido reconocida por la más alta jurisprudencia⁶⁶⁴. De forma legal se ha reconocido también en el mencionado Código Civil Húngaro, estableciéndose un plazo de preaviso de un mes, durante el primer año del contrato, de dos meses para el segundo y de tres del tercero en adelante (art. 6:381).

518. En cuanto a Bélgica, se vuelve a producir la misma situación que en relación a los contratos de duración determinada. La solución dependerá de si se considera o no aplicable la regulación del mencionado Título 3 del Libro X del CDE sobre la resolución unilateral de los contratos de concesión en exclusiva. En caso afirmativo, si se denuncia el contrato por cualquiera de las partes sin que haya mediado incumplimiento de la otra, se reconocerá el derecho a un preaviso razonable, que puede sustituirse por una indemnización (art. X.36 CDE). Este mismo derecho lo tendrá el subconcesionario (o subfranquiciado) respecto del miembro de la cadena que haya terminado el contrato principal, ya sea por culpa o por su mera voluntad (art. X.40 CDE).

519. En caso de que se considere que la franquicia no entra en el ámbito de aplicación del CDE, habrá que estar a lo dispuesto en el Derecho común de obligaciones belga, que también permite la ruptura unilateral con un preaviso razonable y en su defecto indemnización⁶⁶⁵. Conforme al art. 1134 del Código Civil belga, las partes contratantes pueden determinar en el contrato la duración del tiempo del preaviso así como la cuantía indemnizatoria⁶⁶⁶.

520. Pese a que lo que prima es la libertad contractual, en algunas jurisdicciones, como la italiana, se han producido casos muy criticados por la doctrina en que se ha obligado al franquiciador no sólo a preavisar sino también a proseguir con el contrato,

“Telepizza”) a pagar al franquiciado indemnización de daños y perjuicios por ruptura del contrato antes del término.

⁶⁶³ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 264.

⁶⁶⁴ Sent. Cour Cass. 9 marzo 1976, *Dalloz*, 1976, p. 388 y Sent. Cour Cass. 9 febrero 1976, cit. D. FERRIER, “L’intérêt...”, *cit.*, p. 12.

⁶⁶⁵ Sent. Cour App. Liège, 4 junio 1991, *RRD.*, 1992, p. 249, nota de C. MATRAY, En la que el tribunal estimó que el franquiciador había puesto fin a las relaciones comerciales sin el preaviso suficiente, causando un perjuicio al franquiciado, y que por lo tanto era procedente una indemnización en tal concepto.

⁶⁶⁶ S. WILLEMART, *op. cit.*, p. 94.

por tiempos de hasta diez meses, por considerarse que la ruptura de la relación indefinida produciría al franquiciado daños irreparables⁶⁶⁷.

521. En cuanto a España, se ha defendido la aplicación analógica de la Ley de Contratos de Agencia a la terminación de los contratos de distribución y de franquicia, lo que se ha traducido en varios pronunciamientos jurisprudenciales en los que se establece la obligación de realizar un preaviso razonable, y en su defecto de indemnizar daños y perjuicios⁶⁶⁸. Lo mismo ha hecho la jurisprudencia alemana, aplicando el art. 89 HGB⁶⁶⁹.

522. Posibles indemnizaciones al franquiciado. En cuanto a las posibles indemnizaciones por clientela al franquiciado, se le suele dar el mismo tratamiento que a las concesiones de venta y otros tipos de distribución⁶⁷⁰. En principio, si bien habría que estar a lo dispuesto por cada Estado, únicamente procederán en los casos en que el contrato se haya terminado sin culpa de éste, bien se trate de un contrato de duración determinada o de duración indefinida⁶⁷¹. Estas normas, aunque suelen preverse para los contratos de agencia, se suelen aplicar de forma analógica a los contratos de distribución y de franquicia en algunos Estados miembros si se cumplen algunas circunstancias.

523. El tratamiento por los tribunales de la cuestión de la procedencia o no de una indemnización por clientela puede incidir incluso en la competitividad nacional, como bien apunta J. FONTCUBERTA LLANES: un franquiciador extranjero, en el momento de plantearse su decisión en relación a la expansión internacional de su negocio en un determinado país, valorará las consecuencias que pueda tener en el futuro la extinción de las relaciones contractuales que establezca con los franquiciados de dicho país⁶⁷².

524. En España esta cuestión de la aplicación analógica de la indemnización por clientela prevista para el contrato de agencia (art. 28 de la Ley del contrato de agencia) ha generado mucho interés tanto en la doctrina como en la jurisprudencia⁶⁷³. La doctrina del Tribunal Supremo abre la puerta al reconocimiento del derecho a la indemnización a otros contratos siempre que se pruebe la efectiva aportación de la clientela⁶⁷⁴. Esta

⁶⁶⁷ Ord. Pretura Roma 11 junio 1984, comentada por R. PARDOLESI, *Foro it.*, 1984, p. 2909. El autor califica el *iter* argumental del juez como “rocamboloso”.

⁶⁶⁸ Ver entre otras las STS 30-6-1987, 27-5-1993, 14-2-1997, 17-5-1999 y 28-1-2002. Todas ellas se refieren a contratos de distribución, incluidos contratos de distribución, no a franquicia.

⁶⁶⁹ BGH, *DB* 2002, p. 1992, *MDR* 2002, p. 1259, *NJW-RR* 2002, p. 1554, *WM*, 2003, p. 251.

⁶⁷⁰ A. FRIGNANI, *Il Diritto...*, *cit.*, p. 264.

⁶⁷¹ E. CORDERO LOBATO, “La jurisprudencia relativa al contrato de distribución: exclusividad, inhibición de la competencia, desestimiento y otras cuestiones”, *Aranzadi civil*, n. 2, 2008, pp. 253-278, p. 260.

⁶⁷² J. FONTCUBERTA LLANES, *op. cit.*, p. 24.

⁶⁷³ Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia.

⁶⁷⁴ STS 28 enero 2009, n. 38/2009: “la jurisprudencia más reciente de esta Sala sobre el contrato de concesión, no reconoce sin más al concesionario una indemnización cuando el contrato se extinga por denuncia unilateral del concedente cumpliendo el plazo de preaviso, sino que considera posible una

efectiva aportación se concreta en la acreditación de los siguientes requisitos: que el incremento se deba a la actividad del distribuidor; que pueda continuar proporcionando ventajas sustanciales al empresario; y que concurren circunstancias que hagan equitativamente procedente la indemnización⁶⁷⁵.

525. En Bélgica se reproduce la situación ya expuesta. En caso de que la normativa especial se considere aplicable a la franquicia, habría que estar por lo tanto a lo que indica el Título 3 del Libro X del CDE. Cuando el contrato en exclusiva (o cuasi-exclusiva o con “obligaciones importantes” a cargo del franquiciado) y de duración indeterminada sea denunciado por el franquiciador en ausencia de falta grave del franquiciado, o cuando el franquiciado denuncia el mismo por concurrir falta grave del franquiciador, el franquiciado tendrá derecho a una indemnización complementaria en concepto de clientela, de ganancias dejadas de percibir y/o de los despidos que ha de realizar por causa de la finalización del contrato (art. X.37 CDE).

526. Si se considera en cambio, que la terminación del contrato de franquicia se rige por el Derecho común de obligaciones, no se reconoce al franquiciado al que se le ha extinguido la relación contractual ninguna indemnización por concepto de clientela, *stock* sobrante, o ganancias dejadas de percibir. Se considerará que la aportación de clientela en beneficio del franquiciador es “una contrapartida de las ventajas económicas de las que el franquiciado gozó durante el contrato”⁶⁷⁶.

527. En Alemania, la posibilidad de reconocer analógicamente esta indemnización por clientela (art. 89 HGB) ha sido también admitida por la jurisprudencia⁶⁷⁷.

528. En Francia se comenzó por reconocer solamente en caso de que se rompiera el contrato de forma brusca, sin respetar el preaviso⁶⁷⁸. Sin embargo, en la Sentencia *Avis* se reconoce este derecho en base a la “propiedad comercial” del franquiciado, una

compensación por clientela, aplicando la idea inspiradora del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia en virtud de lo que dispone el artículo 1258, pero siempre que el concesionario pruebe la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente”. Ver también STS 22 junio 2007, n. 697/2007 y STS 15 enero 2008, RJ 2008/1393, rec. n. 4344/00.

⁶⁷⁵ STS 3 marzo 2008, n. 159/2008, FJ 4. En este caso, la concesionaria en España de las películas de *Disney* concesionario, una empresa española solicitaba a Buena Vista Home Entertainment una indemnización por clientela. El TS deja la puerta abierta al reconocimiento de esta indemnización, indicando que la misma no se reconoce en el caso por lo haberse acreditado los requisitos para que ese incremento pueda ser compensable al concesionario. En relación a la franquicia, SAP Madrid n. 374/2008 30 julio 2008 en que el franquiciado solicita indemnización por clientela, pero la Audiencia no especifica si la misma se concede o no, pues le concede una indemnización global y SAP Madrid n. 504/2008, 14 noviembre 2008, en la que se desestima la petición del franquiciado por considerar que el contrato se resolvió por su previo incumplimiento.

⁶⁷⁶ S. WILLEMART, *op. cit.*, p. 93.

⁶⁷⁷ Sent. BGH 14 abril 1983, *NJW*, 1983, p. 2877.

⁶⁷⁸ Sent. Cour App. Amiens 1973, *Gaz. Pal.*, 1974, I, p. 190 (nota de E. GUYENOT), casada por la Sent. Cass. Comm. 9 marzo 1976, *Bull. civ.*, 1976, n. IV, p. 89.

decisión que ha sido aplicada por las cortes de primera y segunda instancia de manera intermitente⁶⁷⁹.

iv. Riesgo de laboralidad

529. Como se indicó, en todos los Estados de la Unión Europea existe un riesgo, mayor o menor, de que un contrato aparentemente de franquicia sea recalificado en contrato de trabajo. Ante este riesgo, en los propios contratos se suele excluir de forma expresa la relación laboral entre las partes, aunque la presencia de este tipo de cláusulas no supone obstáculo alguno para una posterior recalificación judicial.

530. Si bien este riesgo existe en todos los Estados, existen algunos más propensos a la recalificación que otros. Así, en Francia, por ejemplo, la Corte de Casación ha declarado en múltiples ocasiones que el contrato de franquicia ha de ser recalificado en contrato de “gerencia” laboral cuando el franquiciado no dispone de ninguna autonomía comercial⁶⁸⁰. Independientemente de su recalificación, existen algunos artículos del *Code du travail* francés que se aplican directamente al franquiciado, siempre que el mismo venda bienes o servicios exclusivamente o casi exclusivamente del franquiciador, en un local proporcionado por éste y bajo su dependencia económica (art. L. 732-2 CT)⁶⁸¹.

531. En Alemania, la jurisprudencia ha considerado como contrato de trabajo todo contrato de franquicia que no deje al franquiciado independencia organizativa para dirigir su actividad y determinar su tiempo de trabajo⁶⁸².

532. En Italia, en cambio, los tribunales se muestran muy reacios a recalificar el contrato de franquicia como contrato de trabajo, estimando en la mayoría de ocasiones que existía un margen suficiente de independencia por parte del franquiciado⁶⁸³.

⁶⁷⁹ Por ejemplo, Sent. *Bistrot de la Gare* 18 enero 1996, que obliga a la contratación de un perito para que determine qué parte de la clientela pertenece al franquiciador y cual al franquiciado, citada por J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, *cit.*, p. 104 (intervención de J.-P. CLÉMENT).

⁶⁸⁰ Sent. Cour Cass. Soc. 4 diciembre 2001, *D.* 2002, p. 1934, OBS. H. KENFACK; *Contrats Conc. Consom.*, 2002, n. 55, *JCP*, 2002, n. I, p. 148 y Sent. Cour Cass. Soc. 21 febrero 2007, n. 05-45.048, *Juris Data*, 2007, n. 37640. En estas Sentencias, para determinar la falta de autonomía, la Cámara Social utilizó el criterio del art. L-732-2 CT (en su momento, art. L. 781-1-2° CT), de forma que consideró como contrato de trabajo dos contratos en que existía aprovisionamiento exclusivo del franquiciador, el local era propiedad del franquiciador y éste imponía horarios y precios. En el segundo de los casos la situación es aún más llamativa, porque el franquiciado era una sociedad y no una persona física.

⁶⁸¹ Sent. Cour Cass. Comm. 3 mayo 1995, *D.* 1997, p. 10.

⁶⁸² Sent. BAG 16 julio 1997, *NJW* 1997, p. 2973 y ss.; *ZIP* 1997, p. 1714 y ss., Sent. BGH 4 noviembre 1998, *ZIP* 1998, p. 2104 y ss. y Sent. BGH 16 octubre 2002, *WM* 2003, p. 353.

⁶⁸³ Sent. Pretore Palestrina, 14 febrero 1987, *Resp. Civ. prev.*, 1988, p. 240, nota de C. VACCA “Contratto di franchising e rapporto di lavoro subordinato”; Sent. Corte di Cass. 15 enero 2007, n. 647, *Il foro italiano*, 2008, p. 920.

v. Deber de no competencia

533. La protección de la confidencialidad y las restricciones a la competencia del franquiciado antes, durante y después de la relación contractual han de ser estudiadas con mucha cautela antes de ser incluidas en el contrato de franquicia. Además de cumplir con el Derecho de la Competencia europeo si el acuerdo tiene efectos en el territorio UE, estas cláusulas tendrán que ajustarse al Derecho de los Estados miembros, que en algunas ocasiones puede restringir su alcance y exigibilidad. Por ejemplo en Inglaterra existen un buen número de precedentes que modulan el contenido y la exigibilidad de estas cláusulas⁶⁸⁴.

B. SECTORES NORMATIVOS RELEVANTES PARA LA FRANQUICIA INTERNACIONAL

534. En cada ordenamiento jurídico, los contratos de franquicia se encuentran sujetos a un número considerable de normas además de las previstas específicamente para este tipo de contratos. Como indica UNIDROIT, estas normas serán las responsables de un buen o mal funcionamiento de los contratos de franquicia sujetos a dicha legislación. Por ejemplo, si el Estado cuenta con una legislación capaz de proteger los derechos de propiedad intelectual, de forma que las compañías pueden confiar en que sus marcas y *know-how* serán protegidos en caso de infracción, o con unas normas que garanticen el cumplimiento del deber de confidencialidad, los contratos tendrán más posibilidades de éxito que en el caso contrario⁶⁸⁵.

535. Dentro de esta normativa se ha de distinguir aquella que tiene un carácter de Derecho público de aquella que tiene un carácter de Derecho privado. La primera se regirá por sus propios criterios de aplicación, generalmente territoriales, y la segunda, por criterios de Dipr., que se estudiarán en el segundo capítulo de este trabajo. A continuación se exponen los aspectos más relevantes de estas normas de forma general. En el anexo III se ha realizado un estudio más detallado de las mismas por Estados miembros.

1. Normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas

536. Dada la posible condición de contratos de adhesión de algunos contratos de franquicia es preciso tener en cuenta las normas sobre “condiciones generales de la contratación” del ordenamiento cuya Ley se aplique al contrato (*general contract terms, allgemeine Geschäftsbedingungen*)⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ *Prontaprint plc v Landon Litho Ltd* [1987] FSR 315; *Office Overloald Ltd v Gunn* [1977] FSR 39, CA; *Kall Kwik Printing (UK) Ltd v Bell* [1994], FSR 674; *Kall Kwik Printing (UK) Ltd v Rush* [1996], FSR 114.

⁶⁸⁵ UNIDROIT, “Guía UNIDROIT...”, *cit.*, anexo III.

⁶⁸⁶ E. FLOHR, *op. cit.*, p. 47.

537. Por otra parte, en algunos Estados las normas sobre cláusulas abusivas no se aplican únicamente a los contratos sobre consumidores, sino también a contratos entre profesionales, de forma que podrían aplicarse a los contratos de franquicia.

2. Derecho de sociedades

538. El Derecho de sociedades que regule la formación y el lugar de establecimiento del franquiciador y el franquiciado tendrá que ser tenido en cuenta, sobre todo a efectos de responsabilidad y por cuestiones fiscales⁶⁸⁷.

3. Derecho sobre la propiedad intelectual e industrial

539. Los derechos de propiedad intelectual e industrial son uno de los pilares fundamentales sobre los que se construye el acuerdo de franquicia. El franquiciador querrá proteger sus marcas, sus diseños y patentes en el territorio en que vaya a desarrollarse la franquicia. También querrá proteger el *know-how*, si es posible. Para ello se han de tener en cuenta las normas relativas a su titularidad, registro y cesión, existiendo tanto normas nacionales como internacionales.

540. Además de la posibilidad de registro de la marca directamente en cada uno de los Estados en que se pretende operar el sistema de franquicia conforme a su propia normativa, existe la posibilidad de solicitar el registro de las mismas en varios Estados a la vez, de conformidad con el Arreglo de Madrid y el Protocolo de Madrid, si el Estado en que se pretende la protección es parte, a través de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (“OMPI”). En la Unión Europea, también es posible solicitar el registro de una marca o una patente europea ante la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (“EUIPO”) o ante cada agencia nacional de marcas, que concede protección a su titular en todo el territorio de la UE⁶⁸⁸.

4. Derechos reales

541. Esta rama jurídica tendrá que ser tenida en cuenta por las partes a la hora de determinar la forma en que el franquiciado ocupará el establecimiento franquiciado. Muchas veces los franquiciadores son los que adquieren la titularidad del local, o lo arriendan, para posteriormente arrendarlo al franquiciado. También tendrá que ser considerada la normativa sobre la propiedad de los activos que forman parte del negocio de franquicia, especialmente en lo que respecta a su destino a la terminación del contrato.

⁶⁸⁷ UNIDROIT, “Guía UNIDROIT...”, *cit.*, anexo III.

⁶⁸⁸ Reglamento (UE) 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 207/2009 del Consejo sobre la marca comunitaria, y el Reglamento (CE) n° 2868/95 de la Comisión, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) n° 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria, y se deroga el Reglamento (CE) n° 2869/95 de la Comisión, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, diseños y modelos) (Texto pertinente a efectos del EEE), OJ L 341, 24.12.2015, p. 21–94.

5. Protección de los consumidores y responsabilidad por productos

542. La normativa sobre protección de los consumidores ha de ser considerada desde dos puntos de vista. En primer lugar, por la posibilidad de que la misma establezca la responsabilidad del franquiciador por los bienes o servicios vendidos por el franquiciado a los consumidores. En segundo lugar, por la posibilidad de que el franquiciado (o subfranquiciado) sea considerado como un consumidor y por lo tanto se encuentre protegido por esta normativa frente al franquiciador.

6. Derecho sobre inversiones

543. Se deberá tener en cuenta tanto la normativa general sobre inversiones financieras como la legislación en materia de inversiones extranjeras, importación y exportación (obligación de declaración *ex post*, de autorización previa a la inversión...). Siempre que el contrato tenga contactos con la Unión Europea, bien porque el franquiciador o el franquiciado tenga su sede en la UE, o bien porque las unidades franquiciadas se encuentren en territorio europeo, será necesario tener en cuenta la normativa europea a este respecto.

7. Protección de datos.

544. En los contratos de franquicia el franquiciado se compromete a realizar un importante traspaso de información sobre la marcha del negocio al franquiciador. Dentro de la misma pueden incluirse datos personales de los clientes. Por ello, es preciso tener en cuenta la normativa de protección de datos a aplicar⁶⁸⁹. La aplicación de esta normativa se tendrá que tener en cuenta no solo cuando el litigio surja entre el franquiciador o el franquiciado, o cuando los traspasos entre éstos puedan ser inspeccionados por las Agencias de Protección de Datos de los Estados miembros, sino también en las reclamaciones que los particulares puedan realizar tanto a franquiciado como a franquiciador por considerar vulnerado su derecho a la intimidad por el tratamiento de dichos datos.

545. A nivel europeo esta normativa se encuentra unificada por el Reglamento 2016/679 general de protección de datos (“RGPD”), que será aplicable a partir de 25 de mayo de 2018⁶⁹⁰. Éste sustituye a la Directiva 95/46/CE y soluciona los problemas de aplicación de dicha Directiva surgidos por las versiones divergentes de su transposición por los Estados miembros y por la dificultad de la norma de aplicación de su art. 4⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ M. MENDELSON, *Franchising Law*, cit., p. 263.

⁶⁹⁰ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (“Reglamento general de protección de datos”), DOUE L núm. 119 de 04 de Mayo de 2016.

⁶⁹¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, vol. II, p. 1212.

546. El art. 3 RGPD establece una norma de aplicación basada en la jurisprudencia más reciente de la Unión Europea, que fija como punto de conexión que el establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento se encuentre en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no⁶⁹². El Reglamento también se aplicará si dicho establecimiento se encuentra fuera de la UE cuando haya dirigido sus actividades comerciales a la UE (art. 3.2 RGPD). Por lo que respecta a los contratos de franquicia, tanto el franquiciador como el franquiciado podrían considerarse como responsables o encargados del tratamiento, pues según el art. 4 del Reglamento, responsable es la persona física o jurídica que trata los datos personales o que determina los fines y medios de tal tratamiento.

547. El tratamiento de los datos ha de distinguirse de la transferencia internacional de los mismos. Según el Reglamento, la transferencia de datos es totalmente libre si se realiza entre operadores situados en la UE. La transferencia a terceros países solamente se permitirá si ese Estado garantiza un nivel de protección adecuado (arts. 45-46 RGPD)⁶⁹³.

8. Fiscalidad

548. Las cuestiones fiscales deciden en ocasiones la forma y domicilio social que adoptarán franquiciador y franquiciado⁶⁹⁴. En el contrato de franquicia se suelen incluir disposiciones sobre quién será responsable del pago de los tributos que genere la operación, pero dichas cláusulas han de estar permitidas por el ordenamiento jurídico que regule esta cuestión⁶⁹⁵.

9. Derecho del trabajo

549. Además de por el riesgo de laboralidad en que pueden incurrir las relaciones de franquicia, las normas sobre Derecho del trabajo han de ser tenidas en cuenta para determinar los efectos para el franquiciador de la relación del franquiciado con sus trabajadores del franquiciado con el franquiciador, la legalidad de un pacto contractual por el que el franquiciador se reserve el derecho a aprobar los trabajadores del franquiciado, o el derecho de los empleados del franquiciado a ser consultados en relación a decisiones de negocio⁶⁹⁶.

⁶⁹² Sobre el concepto de establecimiento, ver cdo. 22 del Reglamento, que lo define como el lugar donde se lleva a cabo el “*ejercicio efectivo y real de una actividad mediante a través de modalidades estables*”, cualquiera que sea su forma jurídica: sucursal, filial, con o sin personalidad jurídica. Ver también las Conclusiones del Abogado General Sr. NIILLO JÄÄSKINEN as. C-131/12, *Google Spain, S.L., Google Inc. vs Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, punto 58.

⁶⁹³ Estos países con “nivel de protección adecuado” los deciden la Comisión en un listado (art. 45.1 RGPD) o mediante una autorización específica (art. 46 RGPD).

⁶⁹⁴ M. MENDELSON, *Franchising Law*, cit., p. 133.

⁶⁹⁵ A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, Ipsoa Informatica, Milano, 1986, pp. 131-142.

⁶⁹⁶ Sobre esta materia se ha de considerar también la aplicación de la Directiva 2009/38/CE sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los

10. Normas sobre transferencia de tecnología

550. Los contratos de franquicia puede que queden cubiertos por la definición de “transferencia de tecnología” de algunas legislaciones nacionales. En tal caso, es posible que el contrato tenga que ser aprobado por las autoridades competentes y/o que el mismo haya de registrarse.

11. Derecho administrativo sobre el ejercicio de actividades comerciales

551. Se tendrán que tener en cuenta las normas de carácter público del lugar en que se encuentra sito el establecimiento franquiciado en cuestiones tales como los horarios y fechas de apertura, licencias de actividad requisitos sanitarios de las unidades.

552. Existen además otras normas especiales en algunos Estados que exigen que el franquiciado identifique de forma clara su identidad en el establecimiento en que desarrolla su actividad en nombre y por cuenta del franquiciador. En Reino Unido la *Business Names Act 1985* (sec. 4(1)(b)) obliga a los empresarios que van a conducir un negocio bajo un nombre diferente de aquél de su titular a identificar a tal titular “*in a prominent position*”⁶⁹⁷.

12. Normativa específica del sector al que pertenezca la franquicia

553. La distribución comercial es un sector que los Estados regulan también por normas de carácter público, estableciendo restricciones o normativas especiales aplicables a determinados productos. Estas normas se aplican a la distribución de productos mediante franquicia.

554. Algunos ejemplos de los productos o servicios cuya distribución está sujeta a restricciones en un Estado suelen ser los productos o servicios financieros y seguros; el agua, la electricidad, el gas y aquellos otros sectores con normativa específica; los medicamentos y productos sanitarios. Ello no quiere decir que no puedan ser distribuidos a través de una franquicia, sino que el contrato de franquicia tendrá que cumplir con las normativas especiales del país en que pretendan comercializarse dichos productos o servicios.

trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (versión refundida) (DO L 122 de 16.5.2009, pp. 28-44), cuya aplicación a la franquicia es controvertida.

⁶⁹⁷ P. TORREMANS, *op. cit.*, p. 569 y M. MENDELSON, *Franchising Law, cit.*, p. 125.

RECAPITULACIÓN DE LA SECCIÓN II DEL CAPÍTULO I

555. En esta sección II del capítulo I se han analizado los aspectos más relevantes del contrato de franquicia internacional en la Unión Europea, desde un punto de vista jurídico material. A modo de recapitulación, se enumeran a continuación las consideraciones alcanzadas que se consideran más relevantes:

556. Primera. Los Estados miembros de la UE comparten una noción común de contrato de franquicia basada en la que el legislador europeo proporcionó en 1988 para el campo de Derecho de la competencia.

557. Segunda. Ese concepto ha evolucionado desde considerarse a la franquicia como un contrato específico e independiente de otros contratos, basado en la explotación por parte del franquiciador de su experiencia en el mercado, a ser considerado como una forma de distribución.

558. Tercera. El contrato de franquicia no es un tipo de contrato de distribución, sino un paso más en relación a éstos. Sin embargo, comparte con estos contratos su finalidad económica, que es la colocación en el mercado de los bienes y servicios de un empresario principal. Una misma finalidad económica puede alcanzarse con contratos muy diferentes.

559. Cuarta. Esta finalidad es común a los contratos de franquicia directa y de máster franquicia, pues en ambos se crea un canal de distribución de los bienes o servicios del franquiciador.

560. Quinta. Tanto los contratos de franquicia directa, unitaria o múltiple, como los contratos de máster franquicia son considerados como contratos de franquicia en el sentido europeo, no así otras figuras contractuales instrumentales como el “*area representation agreement*” o el “*area development agreement*”, si no se cede en el mismo ningún paquete de franquicia.

561. Sexta. Estos contratos presentan tres características esenciales que, conjugadas, los hacen diferentes a los demás: su finalidad distributiva, la transmisión del “paquete de franquicia”, especialmente del *know-how*, y la asistencia técnica durante toda la relación contractual por parte del franquiciador al franquiciado.

562. Séptima. Pese a ser contratos diferenciados en la práctica comercial europea, no existen muchas normas de Derecho privado que los regulen en la Unión Europea. No existen ni convenciones internacionales ni normas europeas que regulen el contenido de la relación contractual, más allá de los efectos que pueda tener sobre ésta el Derecho de la competencia europeo.

563. Octava. Se trata por lo tanto de un sector con una regulación fuertemente estatalizada, en la que algunos Estados miembros han promulgado normas de Derecho privado específicas sobre este contrato y en que los demás han desarrollado su tratamiento por la vía jurisprudencial.

564. Novena. Las normas que regulan la relación contractual de franquicia en su mayoría de los Estados miembros se ocupan solo de la obligación de información precontractual al franquiciado, encaminada a que éste realice una elección informada. Las soluciones que da la jurisprudencia a cuestiones como las obligaciones de las partes o la terminación de la relación son variadas de Estado a Estado. Algunas tienen un punto de vista más proteccionista, incluso paternalista, y otras más liberal, tendente a considerar a ambas partes de la relación como empresarios independientes.

565. Décima. Además de las normas que propiamente regulan la relación contractual, en la franquicia se han de tener en cuenta otros sectores de Derecho público y privado que pueden influir en su tratamiento jurídico. En este trabajo únicamente se estudiará cómo determinar la competencia judicial internacional y la Ley aplicable a aquellos sectores que sean de Derecho privado.

RECAPITULACIÓN DEL CAPÍTULO I

566. Primera. En primer lugar, este estudio ha puesto de manifiesto que la realidad económica de los contratos de franquicia y su papel crucial en la cadena de distribución hace que los mismos se sitúen en medio de dos necesidades. Estas necesidades son la preservación de un sano nivel de competencia en el mercado y el respecto a la autonomía de la voluntad. Ello explica que en la regulación de los contratos de franquicia intervengan tanto normas de Derecho público como de Derecho privado, y más especialmente, tanto de Derecho de la competencia como de Derecho común de los contratos.

567. Segunda. En cuanto a la base de tal regulación jurídica, se ha revelado la existencia de un concepto común de franquicia compartido por todos los Estados miembros, que tiene una clara inspiración europea. Se podría hablar de una “armonización espontánea” de inspiración europea del concepto de contrato de franquicia.

568. Tercera. En los Estados miembros, las normas de Derecho privado aplicables a la franquicia se refieren a parcelas aisladas como la información precontractual, las obligaciones de las partes o la terminación del contrato (Francia, Italia, España) o son inexistentes (Reino Unido, Alemania). En consecuencia, en todos los Estados miembros tiene un gran papel la jurisprudencia.

569. Cuarta. Esta regulación de la franquicia en los Estados miembros se basa en el contrato de franquicia de forma aislada, considerando únicamente las obligaciones recíprocas de las partes y no tiene suficientemente en cuenta el marco económico en que estos contratos se encuentran inmersos. Se ignora especialmente que estos contratos se integran en una “red” y que al menos en el ámbito internacional, el poder entre ambas partes contratantes se encuentra generalmente equilibrado.

570. Quinta. Esta falta de consideración de la realidad económica ha llevado a que algunos Estados sigan una tendencia muy proteccionista en cuanto al franquiciado (Bélgica, Francia, Alemania). Los Estados que han tenido más en cuenta esta perspectiva tienden a primar la autonomía de la voluntad (Reino Unido, Italia).

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FRANQUICIA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Una vez expuesto el funcionamiento económico y jurídico de los contratos internacionales de franquicia, es preciso proceder al estudio de la regulación de los mismos en el Dopr. de la UE, el objeto de esta Tesis Doctoral y por lo tanto el núcleo del trabajo.

2. Como se indicó, solamente quedarán sujetos a Dopr. los contratos de franquicia que presenten un “elemento internacional”⁶⁹⁸. En consecuencia, no existe coincidencia entre lo que se entiende por franquicia internacional en sentido económico, o “expansión internacional a través de franquicias” y “contratos internacionales de franquicia”⁶⁹⁹. Esta falta de coincidencia se manifiesta de dos formas:

3. Por un lado, pueden existir contratos internacionales de franquicia que no surjan en el contexto de una expansión internacional a través de franquicias. Así, es un contrato internacional de franquicia el que se celebra entre un franquiciador español y un franquiciado de nacionalidad francesa, para la explotación en España de un establecimiento franquiciado. Este contrato no se produce en el contexto de la expansión internacional del franquiciador, sino en el de su expansión interna, pero es un contrato internacional, pues cuenta con el elemento extranjero de la nacionalidad del franquiciado. En consecuencia, será objeto del Dopr.⁷⁰⁰.

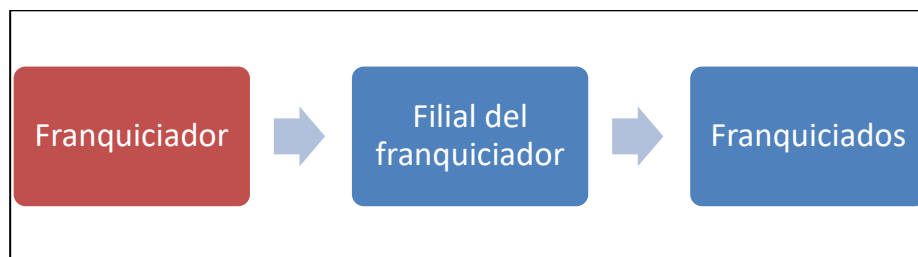
4. Por otro lado, esta falta de coincidencia implica que no todas las formas que tiene una empresa de realizar su expansión internacional a través de franquicia implican la existencia de contratos internacionales de franquicia. Esta expansión internacional puede realizarse a través de contratos internos de franquicia, contratos a los que no se aplicará el Dopr.. En este sentido, es preciso determinar, de todas las modalidades de expansión internacional a través de franquicia, aquellas que se suelen instrumentar a través de contratos internacionales y aquellas que lo hacen a través de contratos internos:

⁶⁹⁸ Ver capítulo I, sección II, apartado I.1.B. “La internacionalidad”.

⁶⁹⁹ Esta cuestión ha sido abordada en relación a la franquicia en los trabajos de P. LE TOURNEAU, *Les contrats de franchise*, Litec, Paris, 2003, pp. 59-60 y D. MAINGUY, “Les opérations du commerce international” en J. BEGUIN / M. MENJUCQ (eds.), *Droit du commerce international*, Litec, Paris, 2005, p. 446.

⁷⁰⁰ La determinación de la internacionalidad del contrato es la que determina su sujeción al Derecho internacional privado. Ello conlleva consecuencias prácticas muy importantes, como por ejemplo la facultad de las partes de elegir la Ley a la que someterlo. Nota B. OPPETIT a la Sent. Cour App. Paris 30 noviembre 1972, *JDI* 1973, p. 390: “ce n’est pas la soumission à une loi étrangère qui confère un caractère international à un contrat. C’est au contraire l’internationalité d’un contrat qui justifie le jeu de la loi d’autonomie : dans l’ordre logique, c’est l’internationalité d’un contrat qui commande le droit de choisir la loi gouvernant et non l’inverse”; H. KENFACK, *La franchise...*, cit., p. 26.

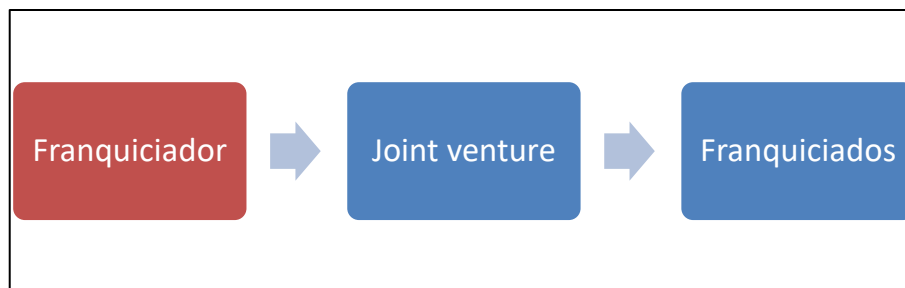
5. i. *Expansión a través de filial.* Cuando el franquiciador utiliza para su expansión internacional la creación de una filial en el Estado de destino y desde ésta celebra los contratos de franquicia (ya sea de franquicia directa o de máster franquicia), lo habitual es que estos contratos no sean internacionales, y que por lo tanto estén únicamente sujetos al Derecho de ese Estado de destino y a sus tribunales. La razón para ello es que en estos casos, la totalidad de los elementos de la relación suele estar localizada en ese Estado de destino: la sede del franquiciador (filial), la sede del franquiciado, su nacionalidad y residencia habitual si es persona física, y el mercado en que se va a poner en marcha la franquicia. No se plantearán tampoco problemas en cuanto a la constitución y funcionamiento de la filial, pues ésta se constituye en el país de destino y con arreglo al Derecho de ese país de destino⁷⁰¹.



Cuadro n. 9. Franquicia a través de filial. Rojo: Estado 1; Azul: Estado 2.

6. ii. *Expansión a través de joint venture.* Cuando se utiliza la vía de la *joint venture*, el franquiciador realiza generalmente una operación en dos fases. En primer lugar, constituye la *joint venture* en el Estado de destino junto con los demás participantes. En segundo lugar, celebra con ella el contrato de franquicia. En estos casos, el contrato de franquicia será un contrato internacional en todos los casos, pues en el mismo estarán presentes los elementos extranjeros del mercado a conquistar. Cuando la *joint venture* tenga naturaleza societaria, también estará presente el elemento extranjero de la sede de dicha *joint venture*. La *joint venture* puede explotar directamente las unidades franquiciadas, o bien actuar como un máster franquiciado, subcontratando con otros franquiciados (este último es el caso que se muestra en la figura). En este último caso, los contratos de franquicia que celebre la *joint venture* con los subfranquiciados serán en su gran mayoría contratos internos, pues todos los elementos de los mismos están localizados en el Estado de destino.

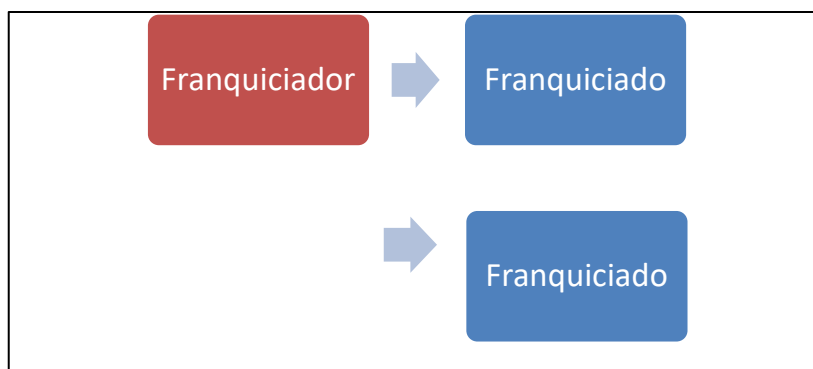
⁷⁰¹ Sí pueden plantearse en caso de conflicto entre matriz y filial, pero no se trata de una cuestión propia de los contratos de franquicia. Estos problemas pueden ser de naturaleza contractual o societaria. L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 270.



Cuadro n. 10. Franquicia a través de joint venture. Rojo: Estado 1; Azul: Estado 2.

7. iii. Expansión a través de franquicia directa desde la sede del franquiciador.

Cuando el franquiciador decide utilizar la técnica de la franquicia directa, contratará directamente con la persona física o jurídica que vaya a ejercer de franquiciado en el mercado de destino⁷⁰².



Cuadro n. 11. Franquicia directa. Rojo: Estado 1; Azul: Estado 2.

8. Si la opción escogida es la franquicia unitaria, es decir, la explotación por parte del franquiciado de un único establecimiento, la operación se concretará en la firma de un único contrato de franquicia⁷⁰³. En este caso, el contrato entre el franquiciador y el franquiciado será un contrato internacional, y por lo tanto será objeto de regulación por el Dipr.⁷⁰⁴. La internacionalidad de esta relación vendrá no tanto por el domicilio o nacionalidad del franquiciado, que en algunos casos puede encontrarse en el Estado del franquiciador, sino por su objeto, por el mercado de destino en que va a implantarse la franquicia, que será el de otro Estado.

9. Ejemplo. La empresa ESP con sede en España decide comenzar su expansión mediante establecimientos franquiciados en Francia. Para ello, firma un contrato de franquicia unitaria con el franquiciado X, de nacionalidad española y con residencia habitual en España en el momento de la firma del contrato, con el objeto de que éste abra el primer establecimiento de la firma en París. El contrato de franquicia unitaria será un contrato internacional sujeto al Dipr., aunque ambas partes tengan su domicilio

⁷⁰² S. C. MICHAEL, “Determinants...”, *cit.*, p. 270.

⁷⁰³ Ver Anexo I: “Contrato tipo de franquicia unitaria internacional”.

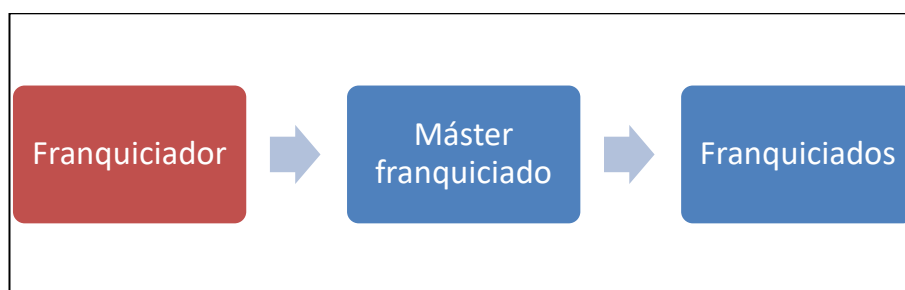
⁷⁰⁴ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 270.

en el mismo Estado en el momento de la firma del contrato, pues está presente el elemento extranjero del lugar en que operará el franquiciado.

10. Cuando la opción escogida por las partes es la de una franquicia de área o multifranquicia, es decir, que el franquiciado explote directamente más de una unidad franquiciada dentro de un territorio, la operación se suele estructurar a través de la firma de varios contratos de franquicia unitaria, o de un único contrato en que se acuerde la apertura de tales establecimientos, de forma simultánea o sucesiva. Cada uno de estos contratos, o dicho contrato único, será también un contrato internacional por su objeto, pues el mercado en que se van a operar estos establecimientos será el de un Estado distinto de aquél en que tiene su sede el franquiciador. También será internacional el contrato de “*area development agreement*” que puede firmarse de forma previa a los contratos de franquicia, si bien, como se ha dicho anteriormente, no se considerará contrato de franquicia a no ser que el mismo ceda efectivamente el derecho a explotar las franquicias de forma que no sea necesario firmar más contratos.

11. Ejemplo. La empresa alemana DEU contacta con el empresario gambiano GAM para que éste establezca en Gambia diez establecimientos franquiciados de su negocio de aires acondicionados. Para ello suscriben un “*area development agreement*” (“ADA”) en que ambos se fijan el siguiente calendario: el primer año, GAM abrirá dos establecimientos, el segundo año, tres establecimientos y el tercero, cinco establecimientos más. En ese contrato se ceden ya los derechos y se pactan las condiciones para la apertura de los dos primeros, comprometiéndose las partes a firmar un nuevo contrato cada año para los establecimientos restantes si se cumplen los objetivos del primer año. Tanto el ADA como los contratos de franquicia posteriores que puedan firmar respecto a los demás establecimientos son contratos internacionales.

12. iv. Expansión a través de máster franquicia desde la sede del franquiciador. Cuando la expansión internacional se realiza a través del sistema de máster franquicia, ésta se estructura jurídicamente a través de distintos contratos.



Cuadro n. 12. Franquicia directa. Rojo: Estado 1; Azul: Estado 2

13. En primer lugar, el franquiciador, o empresario principal, suscribe con el máster franquiciado el contrato de máster franquicia, a través del cual le concede el

derecho a la explotación de la franquicia en un territorio determinado⁷⁰⁵. Este contrato será un contrato internacional, y por lo tanto estará sujeto a las consideraciones del Dopr., pues el mismo siempre contará al menos con un elemento de internacionalidad: el del territorio en que se acuerda la explotación de la franquicia por parte del máster franquiciado⁷⁰⁶. Además, el máster franquiciado suele ser un empresario con nacionalidad o residencia habitual en ese mercado de destino, pues una de sus cualidades esenciales ha de ser precisamente el ser un buen conocedor de ese mercado. En segundo lugar, la operación de máster franquicia se compone de los contratos de franquicia suscritos entre el máster franquiciado y cada uno de los subfranquiados, sin intervención del franquiciador. Estos contratos son, salvo que esté presente algún otro elemento internacional (como por ejemplo, la nacionalidad de una de las partes) contratos internos y por lo tanto no son objeto del Dopr.⁷⁰⁷.

14. Ejemplo. El empresario californiano CAL contacta con la empresa italiana IT para que ésta constituya en Italia la red de franquicias de sus restaurantes *tex-mex*. El contrato de máster franquicia que firmen CAL e IT será un contrato internacional. No lo serán, como norma general, los contratos que suscriba IT con cada uno de los subfranquiados italianos.

15. En este trabajo serán objeto de estudio los contratos tanto de franquicia directa como de máster franquicia en los que pueda tener incidencia el Dopr.. La mayoría de estos se darán en el contexto de la expansión internacional de una red de franquicia, y dentro de este contexto se corresponderán con los supuestos ii, iii, iv y v recientemente expuestos. Pero tal y como se ha indicado, también cabe que otros contratos de franquicia no utilizados para la expansión internacional sino para la expansión dentro de un solo Estado sean también internacionales, si concurre en ellos un elemento extranjero subjetivo (como puede ser la nacionalidad o residencia habitual del franquiciado).

⁷⁰⁵ J. MARTÍ MIRAVALLS, *op. cit.*, p. 98; definición tomada del art. 1.3 del derogado Reglamento (CEE) nº 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia; DO L 359 de 28.12.1988, p. 46/52.

⁷⁰⁶ M.C. MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 106; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 264.

⁷⁰⁷ M.C. MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 106; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 264.

SECCIÓN I: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y CONTRATO DE FRANQUICIA

16. Para determinar qué tribunales serán competentes para conocer de los litigios derivados de los contratos internacionales de franquicia es preciso tener en cuenta un dato previo: en el sector de la competencia judicial internacional, la estatalidad del Dipr. sigue siendo una realidad. Si bien existe un instrumento europeo común a todos los Estados miembros que regula la competencia de los tribunales de esos Estados miembros en materia patrimonial, el Reglamento Bruselas I bis⁷⁰⁸, éste no es aplicable en todos los casos, pues tiene un ámbito de aplicación material, personal y temporal limitado. En consecuencia, en un número importante de litigios, la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros seguirá rigiéndose por las normas de producción interna de estos Estados.

17. No obstante, esta realidad dual en que convive la norma europea con la de cada Estado miembro tiende a una unificación a favor de la norma europea, si se tiene en cuenta la evolución de los instrumentos europeos cuya aplicación se ha ido sucediendo en este campo⁷⁰⁹. Si bien el Reglamento Bruselas I bis ha mantenido el ámbito de aplicación de su antecesor, el Reglamento Bruselas I⁷¹⁰, ha incorporado dos nuevos casos en que la competencia se examinará exclusivamente en base al Reglamento: la sumisión expresa a los tribunales de un Estado miembro y los contratos de consumo y de trabajo⁷¹¹. Además, el texto del Reglamento ha plasmado la intención del legislador europeo de convertirlo en un instrumento *erga omnes* (art. 79 RB-I bis)⁷¹². Esta tendencia va en consonancia con las previsiones de la doctrina, que apuntan a que

⁷⁰⁸ Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), *DOUE L 351*, 20 diciembre 2012, pp. 1-32.

⁷⁰⁹ De este modo ya se opera en otros ámbitos del Dipr. europeo, como el Reglamento 1346/2000 de 29 mayo 2000 sobre procedimientos de insolvencia, *DOCE L 160* de 30 junio 2000 y corrección de errores en *DOCE L 176* de 5 julio 2002, y el Reglamento 4/2009 de 18 diciembre 2008 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de obligaciones de alimentos, *DOUE L 7* de 10 enero 2009.

⁷¹⁰ Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial y reconocimiento de resoluciones en materia civil y mercantil, *DOUE L 12*, 16 enero 2001, pp. 1-23.

⁷¹¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Las novedades incorporadas por el Reglamento Bruselas I-bis (1215/2012 de 12 diciembre 2012). Un nuevo elemento para la construcción del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, Página web *Accursio*, 2014, disponible en: http://www.accursio.com/w-ComentariosDIP.html#Bruselas_I_BIS_2012 (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁷¹² Art. 79 RB-I bis: “A más tardar el 11 de enero de 2011, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación del presente Reglamento. Este informe incluirá una evaluación de la posible necesidad de una mayor ampliación de las normas sobre competencia a los demandados que no estén domiciliados en un Estado Miembro, atendiendo al funcionamiento del presente Reglamento y a la posible evolución de la situación en el plano internacional. Si fuera necesario, el informe irá acompañado de una propuesta de modificación del presente Reglamento”.

en unos veinte años el Dipr. de producción interna habrá sido totalmente sustituido por el EPIL⁷¹³.

18. Esta clara tendencia hacia la eliminación de las normas nacionales, junto con que la gran mayoría de franquiciadores de terceros Estados, cuando operan en el territorio de la UE, lo hacen a través de una filial, sucursal, o máster franquiciado establecido en un Estado de la Unión Europea, hace que en este trabajo se vaya a dedicar una atención especial a los casos en que la competencia tenga que ser determinada conforme a las normas del Reglamento Bruselas I bis⁷¹⁴. Este especial foco en este instrumento se manifiesta en un análisis detenido de sus principios generales en el apartado I de esta sección. A ello seguirá el estudio de las normas de competencia judicial internacional propiamente dichas, tanto de este instrumento como de los aplicables en su defecto, en el apartado II.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL INSTRUMENTO APLICABLE

19. El Reglamento Bruselas I bis será por lo tanto el instrumento de referencia para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros cuando se les presente un litigio derivado de un contrato de franquicia. Previamente a exponer la forma en que se ha de determinar la competencia judicial internacional mediante este instrumento (2) conviene justificar su aplicación a los contratos de franquicia (1).

1. EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS COMO NORMATIVA GENERAL APLICABLE A LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA

20. *Ámbito de aplicación material.* El Reglamento Bruselas I bis es el instrumento “de referencia” para determinar la competencia judicial internacional en caso de un litigio surgido de un contrato internacional de franquicia porque estos contratos quedan cubiertos por su ámbito de aplicación material. Dicho ámbito de aplicación cubre los litigios internacionales cuyo objeto principal sea una materia civil o mercantil (art. 1.1 RB-I bis):

21. *i. Internacionales.* Ante a la ausencia de indicación expresa en el propio instrumento sobre cuándo se ha de considerar internacional la relación, el TJUE sigue la

⁷¹³ P. LAGARDE, “Développements futurs de Droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-233, p. 226; M. FALLON / T. KRUGER, « The spatial scope of EU’s rules on jurisdiction and enforcement of judgments: from bilateral modus to unilateral universality? », *YBPIL*, vol. 14, 2012-2013, pp. 11-37, esp. p. 18; I. PRETELLI, « Jurisdiction of the European Union and relations with third states » en I. PRETELLI / L. HECKENDORN (eds.), *Possibility and terms for applying Brussels I Regulation (recast) to extra-EU disputes*, Publicaciones del Parlamento Europeo, Bruselas, 2014, p. 38.

⁷¹⁴ Este es el caso de *Starbucks Coffee* y *Subway*, entre otras, que operan desde sociedades holandesas y no desde su matriz norteamericana. Fuente: Registro de Franquiciadores del Ministerio de Economía y Competitividad, disponible en: <http://franquicias.comercio.es/> (fecha última consulta: 20/03/2017).

“tesis del elemento extranjero”, que es la adoptada en este trabajo, según la cual serán litigios internacionales aquéllos que presentan algún “elemento de extranjería” sea cual sea dicho elemento y sea cual sea el país, Estado miembro o no, con el que dicho elemento esté conectado⁷¹⁵. En consecuencia el Reglamento se aplicará a la resolución de los litigios derivados de una operación contractual de franquicia no sólo cuando las partes se encuentran domiciliadas en Estados distintos (litigios transfronterizos) o cuando el franquiciador utilice la franquicia para expandirse hacia otro Estado, sino también a todos los demás casos en que esté presente un elemento extranjero. En consecuencia, el Reglamento se aplicará a todos los contratos que en este trabajo se han considerado como contratos internacionales de franquicia⁷¹⁶.

22. ii. Materia civil y mercantil. El Reglamento Bruselas I bis indica expresamente que se aplicará “en materia civil y mercantil, con independencia del órgano jurisdiccional”, pero no contiene una definición material autónoma de lo que ha de entenderse por estos términos. La determinación de lo que ha de entenderse por “materia civil y mercantil” ha de realizarse a partir de la exclusión expresa de determinadas cuestiones en el art. 1 RB-I bis, párrafos 1 y 2, y de la extensa interpretación que al respecto ha realizado el TJUE. En cualquier caso, como indican U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI, los contratos en su sentido “obvio” de acuerdo mutuo y consentido en que ambas partes tienen que cumplir con obligaciones son “genuinamente” materia civil o mercantil, por lo que quedarían incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis⁷¹⁷. Es más, el Reglamento Bruselas I bis prevé un foro especial en “materia” contractual (art. 7.1 RB-I bis)⁷¹⁸. Es cierto que

⁷¹⁵ STJCE 28 marzo 1995, as. C-346/93, *Benson*, RJ 1995, p. I-615; STJCE 1 marzo 2005, as. C-281/02, *Andrew Owusu vs. N.B. Jackson*, RJ, 2005, p. I-1445, FJ 26; STJUE 14 noviembre 2013, as. C-478/12, *Armin Maletic, Marianne Maletic vs. lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH*, ECLI:EU:C:2013:735, FJ 26 y 28; STJUE 19 julio 2012, as. C-154/11, *Mahamdia*, ECLI:EU:C:2012:491, FJ 39; STJUE 17 noviembre 2011, as. C-327/10, *Hypotecní banka a.s. vs. Udo Mike Lindner*, RJ 2011, p. I-11543, FJ 29-33.

⁷¹⁶ Véase la introducción de este capítulo II.

⁷¹⁷ P. MANKOWSKI, “Article 5” en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, Munich, 2007, pp. 88-294, p. 121.

⁷¹⁸ Sobre la interpretación de los términos “materia civil y mercantil”, “materia contractual” y “materia extracontractual”, pueden consultarse las siguientes obras generales: B. AUDIT / L. D’AVOUT, *Droit International Privé*, Economica, Paris, 2013, pp. 512-519, 519-521; B. BAREL / S. ARMELLINI, *Manuale Breve Diritto Internazionale Privato*, Giuffrè Editore, Milán, 2013, pp. 234-241, 255-260; O. CACHARD, *Droit International privé*, Larcier, Bruselas, 2013, pp. 51-54; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, pp. 655-658, 1063-1065; P. DE CESARI, *Diritto Internazionale Privato dell’Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 77-78, 91-96; S. CLAVEL, *Droit international privé*, Hypercours Dalloz, Paris, 2012, p. 207; G. CONNETTI / S. TONOLO / F. VISMARA, *Manuale di Diritto Internazionale Privato*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 26-30; J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 229-237, 247-254; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2014, p. 110-11, 118-119; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, cit., pp. 165-167, 217-220; B. HAFTEL, “Entre Rome II et Bruxelles I: l’interprétation communautaire uniforme du règlement Rome II”, *JDI*, n. 3, julio 2010, doctrina 11, p. 760-788; P. MANKOWSKI, “Article 5”, cit., pp. 121-144, 231-239; P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 224-228; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 86-98.

algunos contratos, como los convenios entre acreedores y quebrados, se excluyen del ámbito de aplicación del mismo, pero no ocurre así los demás contratos mercantiles. En consecuencia, el contrato de franquicia se incluye sin duda en el ámbito de aplicación material de este Reglamento⁷¹⁹.

23. Otros ámbitos de aplicación. En consecuencia, estos contratos quedan cubiertos por el Reglamento, que se aplicará siempre que se cumplan sus demás condiciones de aplicación:

24. i. Ámbito de aplicación temporal. En lo que se refiere a competencia judicial internacional, el Reglamento Bruselas I bis se aplicará a las acciones judiciales ejercitadas a partir de 10 de enero de 2015 (art. 66.1 RB-I bis). El Reglamento Bruselas I se seguirá aplicando a las resoluciones dictadas a raíz de acciones judiciales ejercitadas antes del 10 de enero de 2015 (art. 66.2 RB-I bis).

25. ii. Ámbito de aplicación territorial. El Reglamento Bruselas I bis se aplica a todos los Estados miembros de la UE. De conformidad con el art. 3 del Acuerdo de 19 octubre 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca⁷²⁰, Dinamarca aplicará las modificaciones introducidas en el Reglamento Bruselas I (cdo. 41 RB-I bis). Hasta que el “Brexit” no se haga efectivo, se aplica también en Reino Unido, pues ejercitó su facultad de “*opting-in*” al igual que Irlanda (cdo. 40 RB-I bis). En consecuencia, todos los tribunales de los Estados miembros, incluido Dinamarca, tendrán que tenerlo en cuenta a la hora de determinar su competencia judicial internacional cuando se les presente un litigio relacionado con un contrato internacional de franquicia.

26. iii. Ámbito de aplicación personal. En principio, se aplicará en su totalidad por los tribunales de los Estados miembros cuando el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro, aunque como se ha indicado, muchos de los foros que contempla se aplican a todos los litigantes con independencia de su domicilio (sumisión expresa, sumisión tácita, competencias exclusivas y contratos con consumidores y trabajadores)⁷²¹.

27. Objetivos y principios inspiradores del Reglamento Bruselas I bis. El Reglamento Bruselas I bis, al igual que su predecesor, persigue una serie de objetivos que se encuentran reflejados en sus considerandos, y que han sido explicados con mayor

⁷¹⁹ En este sentido se han pronunciado todos los autores que han estudiado el contrato de franquicia en la Unión Europea. Ver por ejemplo L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 265.

⁷²⁰ Acuerdo de 19 octubre 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE* L 299, 16 noviembre 2005, p. 62.

⁷²¹ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.* (volumen I), p. 109. *Vid.* Cdo. 14 RB-I bis.

detalle en varias decisiones del TJUE⁷²². El principal de estos objetivos es el de proporcionar normas uniformes y procedimientos más simples para la litigación civil transfronteriza en el marco de la Unión Europea⁷²³. Este objetivo está basado en el convencimiento de que las diferencias entre las normas nacionales sobre competencia y reconocimiento de decisiones, así como las distintas formalidades procesales desincentivan a las personas a establecer relaciones comerciales transfronterizas y por lo tanto dañan seriamente el mercado interior. Este Reglamento es por lo tanto un instrumento que sirve a uno de los objetivos principales de la Unión Europea, la integración económica a través de la creación y fortalecimiento de un mercado interior que repercuta en el bienestar de todos los ciudadanos europeos⁷²⁴.

28. Esta integración económica solamente puede conseguirse si existe también una integración jurídica de las relaciones de Derecho privado, especialmente cuando surge un contencioso⁷²⁵. Al resultado de esta integración se le ha llamado “espacio judicial europeo” y el mismo supone que, a efectos de litigación transfronteriza, los distintos Estados miembros se comporten en la medida de lo posible como un mismo Estado. Este espacio judicial europeo ha intentado lograrlo el Reglamento mediante el establecimiento de un sistema de competencia judicial internacional y de circulación de decisiones uniforme, preciso y seguro. Las partes de un litigio con dimensiones europeas han de conocer con precisión cual es el tribunal competente para conocer de su litigio, así como qué posibilidades existen de que dicha decisión sea ejecutada en otros Estados miembros.

29. Pero esa seguridad jurídica no es suficiente para que los ciudadanos se vean animados a entablar relaciones transfronterizas y con ello a aumentar el mercado interior. Por eso el Reglamento persigue también otros objetivos. Para fomentar verdaderamente el intercambio transfronterizo el sistema ha de ser “eficiente”, es decir, les ha de suponer tanto a los operadores económicos como a los órganos que administran justicia los menores costes posibles de intercambio internacional⁷²⁶. En

⁷²² U. MAGNUS, “Introduction”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, Munich, 2015, pp. 4-45, p. 7.

⁷²³ Ver cdos. 1 y 2 RB-I bis.

⁷²⁴ Art. 3.3 TFUE.

⁷²⁵ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, cit., p. 1.

⁷²⁶ Véase al respecto el AAP Barcelona (secc. 13ª) 3 mayo 2011, núm. 70/2011, JUR 2011/259838, FJ 2: “En toda ordenación del sistema de competencia confluyen intereses de profunda implicación constitucional, estando en juego el modo de poner en funcionamiento el derecho al juez natural y por ello el derecho a la tutela judicial efectiva: Sin normas claras, equilibradas y razonables no hay verdadera tutela, mientras que del lado pasivo, es claro que su falta puede generar situaciones de indefensión. Pero, además de estas preocupaciones, las normas de distribución del volumen de competencia ad intra de la jurisdicción española tienen una función económica indudable: Para el privado se trata de permitir la planificación (el cálculo anticipado del coste de litigar); para la administración de justicia, de repartir el trabajo de modo racional (...)", citado por I. LORENTE MARTÍNEZ, *Competencia Judicial Internacional y Compraventa Internacional de Mercaderías. Un estudio de metajurisprudencia analítica*, Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, 2016, p. 75.

competencia judicial internacional, ello se traduce en dos objetivos perseguidos por el Reglamento, consagrados en su cdo. 16: el principio de proximidad y el principio de buena administración de la justicia.

30. El principio de proximidad se traduce en la posibilidad de litigar ante los tribunales de un Estado que presenta una vinculación mínima con el supuesto y que sea por lo tanto previsible para las partes. Todos los foros del Reglamento Bruselas I bis están inspirados en este principio, y en consecuencia el Reglamento únicamente señala como competentes para conocer de un litigio a tribunales que tengan conexión con el mismo. De esta forma no se incrementan los gastos de las partes en relación a la litigación internacional. Este principio de proximidad se manifiesta especialmente en el foro especial por razón de la materia, alternativo al foro del domicilio del demandado. En el mismo, la vinculación con el litigio ha de ser muy estrecha y ha de permitir a ambas partes litigar a costes reducidos en comparación con dicho foro del domicilio del demandado. Solamente si ambas partes tienen esa posibilidad de litigar a costes reducidos se firmará el contrato. Si el contrato solamente es eficiente para un contratante, la otra parte no contratará⁷²⁷. En consecuencia, solamente si los foros permiten la litigación a un bajo coste para ambos contratantes se fomentará la contratación internacional y se favorecerá el mercado interior, lo que constituye un objetivo del Reglamento Bruselas I bis⁷²⁸.

31. Junto con ello, los costes de litigación internacional han de ser reducidos porque ello supone una garantía de la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia. El derecho de acceso a la justicia no puede estar impedido por los costes excesivos del procedimiento, sino que ha de ser accesible a las partes desde el punto de vista de la distancia geográfica, sus recursos jurídicos y los costes. Así lo ha indicado el TEDH al interpretar el art. 6 CEDH (caso *Arlewin*)⁷²⁹. Si no se proporciona el acceso a un tribunal con contactos sustanciales con el caso, dicha tutela judicial efectiva se vería vulnerada.

32. El principio de buena administración de la justicia y de sustanciación adecuada del proceso supone la litigación a costes reducidos para el tribunal. Se encuentra íntimamente ligado con el principio de proximidad, pues será el tribunal que presente una vinculación más estrecha con el litigio el que pueda sustanciar el procedimiento de la forma más rápida y económica posible (práctica de pruebas, realización de notificaciones procesales...).

⁷²⁷ S. CLAVEL, *op. cit.*, p. 170 indica que este principio asegura el equilibrio entre las partes.

⁷²⁸ Así lo indicó el Tribunal Supremo de Estados Unidos en su sentencia de 12 junio 1972, caso *Bremen v. Zapata Off-shore Co.*, US 1, 12-13 (1972): "*The expansion of American business and industry will hardly be encouraged if, notwithstanding solemn contracts, we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts.*"

⁷²⁹ STEDH 1 marzo 2016, *Arlewin v. Suecia [GC]*, app. n. 22302/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0301JUD002230210. Ver especialmente "*concurring opinion*" del juez Silvis, pp. 25-28, esp. p. 28.

2. LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS.

33. El “conjunto de la acción” como objeto de calificación en el Reglamento Bruselas I bis. El Reglamento Bruselas I bis determina la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros respecto de cada acción ejercitada⁷³⁰. Así lo ha afirmado en varias ocasiones el TJUE⁷³¹.

34. Ejemplo. Si el franquiciado ejercita al mismo tiempo una acción de responsabilidad contractual porque el franquiciador ha resuelto el contrato antes del plazo convenido y una acción para que se declare su derecho a continuar como arrendatario del local propiedad del franquiciador en que explotaba la franquicia, los tribunales ante los que se ejerciten dichas acciones examinarán su competencia respecto a cada una de las acciones ejercitadas, de forma que puede ser que se declaren competentes para conocer de una de ellas y no de la otra.

35. Tendencia a la “unidad jurisdiccional de litigios”. No obstante, respecto a algunos foros, el Reglamento permite una labor de “concentración” ante unos mismos Tribunales de distintas acciones (“unidad jurisdiccional de litigios”)⁷³². Es decir, hay casos en que el Reglamento parece querer determinar la competencia judicial internacional respecto de un conjunto global de acciones y no “acción por acción”, de forma que la totalidad de dicho conjunto de acciones pueda ser conocida por el mismo Tribunal. Esta posición es razonable y favorece la buena administración de la justicia, la concentración de acciones ante un mismo Tribunal ahorra costes a las partes y a los propios tribunales (pruebas, notificaciones...) y puede evitar el fraccionamiento del pleito ante distintos tribunales, así como decisiones contradictorias.

36. Concentración de acciones en el foro de la sumisión expresa. Esto ocurre, por ejemplo, en el foro de la sumisión expresa, en que el Reglamento permite a las partes acordar que “los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica...” (art. 25.1 RB-I bis). En este caso, el Reglamento deja a las partes la labor de decidir qué acciones quieren poner globalmente en manos de un mismo Tribunal. Dicha labor tiene un único límite: que la competencia

⁷³⁰ “L’ensemble de l’action”, B. HAFTEL, “Entre Rome II et Bruxelles I: l’interprétation communautaire uniforme du règlement Rome II”, *JDI*, n. 3, julio 2010, doctrina 11, p. 760-788, p. 767; P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Paris, 1973, p. 102; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, cit., p. 219-220.

⁷³¹ STJUE de 18 julio 2013, asunto C-147/12, *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB c. Frank Koot, Evergreen Investments BV*, ECLI:EU:C:2013:490, FJ 33. Vid. también las Sentencias citadas por ésta: STJUE 20 enero 2005, as. C-27/02, *Engler*, RJ 2005, p. I-481, FJ 50 y 51, y STJUE 14 de marzo de 2013, as. C-419/11, *Česká spořitelna*, FJ 46 y 47.

⁷³² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. I, p. 218.

pactada se refiera a las reclamaciones que surjan respecto de una *determinada relación jurídica*. El concepto de “relación jurídica” ha sido objeto de una interpretación extensiva por parte del TJUE (caso *Powell Duffryn* de 10 marzo 1992)⁷³³. No es un concepto estrecho que solo permita agrupar las acciones que se refieran a un único “contrato” o a una única “relación extracontractual”. Es un concepto amplio, al que las partes pueden dar forma a través del pacto de elección de tribunales, determinando a qué controversias o litigios se referirá dicha cláusula⁷³⁴. El TJUE solo establece un mínimo, no se puede realizar un pacto general por el que se sometan todas las diferencias que surjan de contratos presentes y futuros entre las partes a unos tribunales (cláusula escoba o “*clause balai*”), pues generaría inseguridad jurídica⁷³⁵.

37. Concentración de acciones en el foro especial para materia contractual.

También puede apreciarse una voluntad similar de “concentración” en el foro especial en materia contractual contenido en el art. 7.1.b RB-I bis. En este caso, es el propio Reglamento y no las partes quien determina “el conjunto” de acciones que serán conocidas por un mismo Tribunal. Serán las acciones derivadas de un mismo “contrato”, pues es preciso calificar dicho “contrato” (y establecer si se trata de un contrato de compraventa, un contrato de prestación de servicios, o ninguno de ellos) para determinar el tribunal competente. En este sentido, para determinar la competencia judicial internacional en materia contractual, habrá que hacerlo en principio “contrato por contrato”. El concepto de “contrato” a efectos del Reglamento se aclarará en la sección correspondiente, pero cabe adelantar que su concreción en relación a una operación jurídica compleja como es la franquicia no se halla exenta de dificultad⁷³⁶.

38. Ejemplo. Una acción ejercitada por un franquiciador que demanda al franquiciado porque éste sigue utilizando su nombre y su marca una vez ha finalizado el acuerdo de franquicia ha de considerarse como una acción contractual referida al “contrato de franquicia” y no como una acción relativa a un contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual⁷³⁷.

⁷³³ STJCE 10 marzo 1992, as. C-214/89, *Powell Duffryn vs. Petereit*, RJ 1992, pp. 1745-1780.

⁷³⁴ F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 10.

⁷³⁵ STJUE 21 mayo 2015, as. C-352/13, *Cártel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA vs. Akzo Nobel NV y otros*, FD 68: “Una cláusula atributiva de competencia sólo puede abarcar las controversias nacidas o que puedan nacer de una relación jurídica determinada, lo que limita el alcance de un pacto atributivo de competencia únicamente a las controversias que tengan su origen en la relación jurídica con ocasión de la cual se estipuló esa cláusula. Esa exigencia tiene como objetivo evitar que una parte contratante sea sorprendida por la atribución a un foro determinado de todas las controversias que puedan surgir en las relaciones que mantiene con la otra parte contratante, y que nacieran de relaciones distintas de aquellas con ocasión de las cuales se pactó la atribución de competencia (véase, en ese sentido, la sentencia *Powell Duffryn*, C-214/89, EU:C:1992:115 apartado 31)”.

⁷³⁶ Véase apartado II.2.C de este capítulo, “Obligaciones derivadas del contrato”.

⁷³⁷ Este caso fue el que motivó la decisión del Privy Council australiano *J H Coles Pty Ltd v Need* (1934), AC 82.

39. *Concentración de acciones en el foro especial para material delictual.* Lo mismo ocurre con los daños, en que el art. 7.2 RB-I bis utiliza como criterio determinante de la competencia el lugar en que se haya producido el “hecho dañoso”. Parece intención del Reglamento concentrar todos los litigios derivados de un mismo “hecho dañoso” ante los mismos Tribunales. Se podría decir que el art. 7.2 RB-I bis determina la competencia judicial internacional “hecho dañoso por hecho dañoso”.

40. Estas consideraciones tienen implicaciones muy considerables en los litigios derivados de los contratos de franquicia. Como se verá más detenidamente al analizar cada uno de los foros mencionados, esto supone un indudable protagonismo del “contrato de franquicia” a la hora de determinar la competencia judicial internacional y no tanto de cada una de las acciones ejercitadas.

II. DETERMINACIÓN DE LOS TRIBUNALES COMPETENTES

41. Cuando el operador jurídico se plantee qué tribunales de la Unión Europea tendrán competencia para conocer de los litigios derivados de una concreta relación de franquicia internacional tendrá que comenzar por lo tanto por consultar el Reglamento Bruselas I bis. Pero como se ha indicado, este no es el único instrumento aplicable, sino que existen algunas materias relacionadas con el contrato cuya competencia puede ser determinada en su totalidad por las normas de producción interna de los Estados miembros, o bien por una combinación de normas europeas e internas.

42. En los apartados siguientes, la determinación de los tribunales competentes se abordará desde la perspectiva de ese operador jurídico (ya sea una de las partes del contrato, un tercero, o el propio Tribunal de un Estado miembro ante el que se plantea la demanda) que ha de aplicar distintos instrumentos. Dado que la aplicación de estos instrumentos depende, entre otros criterios, de la materia de la reclamación, se ha optado por seguir un criterio de “problema-solución”, en que la competencia judicial internacional se examina en función de la materia del potencial litigio. Conforme a este criterio es en primer lugar preciso distinguir entre los litigios suscitados sobre cuestiones relativas a la celebración del contrato de franquicia (1), y los litigios sobre derechos derivados del contrato de franquicia (2), distinguiéndose en cada caso el instrumento aplicable.

1. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

43. Los litigios relacionados con la capacidad y el consentimiento de las partes a la hora de celebrar el contrato, así como con la forma del mismo tradicionalmente han contado con normas de conflicto independientes a las que determinan la Ley aplicable al contenido de dicho contrato. Sin embargo, por lo que respecta a competencia judicial

internacional, estas cuestiones sí se encuentran sujetas a los puntos de conexión aplicables a los contratos⁷³⁸.

44. En consecuencia, la competencia judicial internacional respecto de estas cuestiones de capacidad, consentimiento y forma se ha de determinar chequeando en primer lugar si resultan aplicables los foros del Reglamento Bruselas I bis, y utilizando en su defecto las normas de producción interna del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. Como se indicó anteriormente, los foros del Reglamento serán aplicable siempre que exista una sumisión expresa o tácita a los tribunales de un Estado miembro (arts. 25 y 26 RB-I bis), o en su defecto, cuando el demandado se encuentre domiciliado en la Unión Europea, caso en que se podrá demandar ante los tribunales del domicilio de ese demandado (art. 4 RB-I bis) o bien ante los tribunales que señale el foro especial por razón de la materia (art 7 RB-I bis). Cuando éste sea aplicable, en defecto de pacto de sumisión, este tipo de reclamaciones se han de considerar como “materia contractual” a efectos del foro especial por razón de la materia⁷³⁹.

45. Ejemplo. Si el franquiciado pretende ejercitar contra un franquiciador domiciliado en un Estado miembro una acción de nulidad del contrato por vicios en el consentimiento podrá hacerlo ante los tribunales que, en su caso, hayan pactado las partes en el contrato que se pretende anular (art. 25 RB-I bis). En defecto de pacto, podrá interponer su demanda ante los tribunales del domicilio del franquiciador (art. 4 RB-I bis) o ante los tribunales que designe el foro especial por razón de la materia (art. 7 RB-I bis). Esos mismos tribunales serán competentes si la acción de nulidad se basa en una falta de capacidad o en un defecto de forma del contrato.

46. Pese a que la determinación de la competencia judicial internacional en esta materia no suele revestir especiales dificultades, es preciso hacer referencia a un tipo de reclamaciones que se suscitan en relación al consentimiento en estos contratos que son especiales de los contratos de franquicia. Estas reclamaciones son las relativas a los defectos en la información precontractual que el franquiciador ha de proporcionar al franquiciado previamente a la firma del contrato. En función de la Ley que se aplique a la provisión de dicha información, puede que el franquiciado disponga de acciones específicas para reclamar la nulidad del contrato por información defectuosa o bien que tenga que recurrir a la acción general de nulidad basándose en vicios en su consentimiento. Cuenta con una acción específica, por ejemplo, el ordenamiento belga,

⁷³⁸ Como puede observarse, la calificación en sede de competencia judicial internacional y en Ley aplicable no tiene por qué coincidir, ya que ambas calificaciones tienen objetos distintos. En materia de conflicto de leyes el objeto de la calificación es cada “cuestión de derecho”, cada institución concreta, de forma que existen muchas más categorías, mientras que en materia de competencia judicial internacional, como se ha expuesto, lo que se califica es el “conjunto de la acción”. B. HAFTEL, *op. cit.*, p. 767: “Certes, les solutions apportées aux difficultés de qualification seront, en fait, souvent identiques (...), mais il n’y a qu’une réalité statistique”.; En el mismo sentido, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence..., cit.*, p. 219-220. Véase también A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, vol. I, p. 156.

⁷³⁹ P. MAYER, *La distinction..., cit.*, p. 102.

que prevé la posibilidad de anulación del contrato ya firmado por defectos en la información en un plazo de dos años⁷⁴⁰. Sin embargo, existen Estados miembros que no cuentan con leyes específicas sobre *disclosure*, o bien que cuentan con ellas pero no prevén ninguna acción específica para solicitar la nulidad por información precontractual defectuosa. Este es el caso, por ejemplo, de la Ley rumana⁷⁴¹ y de la Ley española⁷⁴². También de la Ley sueca, que únicamente prevé el ejercicio de una acción de exhibición de la información de forma previa a la celebración del contrato⁷⁴³. Cuando resultan aplicables estos ordenamientos, los franquiciados a los que se ha proporcionado una información defectuosa suelen recurrir a una acción general de nulidad del contrato, basándose en la existencia de vicios en su consentimiento⁷⁴⁴. Estas acciones generales relativas al consentimiento contractual serán también las que se hayan de ejercitar cuando la Ley que rija la provisión de información sea la Ley italiana, pues su Ley específica sobre la franquicia expresamente remite al art. 1439 *Codice Civile*, sobre la anulación del contrato por dolo de la otra parte (art. 8 Legge n. 129/2004)⁷⁴⁵.

47. Estas reclamaciones por vicios en el consentimiento basados en la falta o defectos de información precontractual se han de considerar también como “materia contractual” a efectos del Reglamento Bruselas I bis cuando dicho instrumento resulte aplicable. En cambio, no recibirán esta calificación otras acciones que pueden ejercitarse en relación a esos defectos en la información, como las de daños y perjuicios por la ruptura de las negociaciones debido a dichos defectos. Como se verá más adelante, éstas se calificarán en la mayoría de supuestos como materia extracontractual.

2. CUESTIONES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO

48. No todos los litigios relacionados con las obligaciones o derechos derivados de un contrato de franquicia reciben un mismo tratamiento a efectos de competencia judicial internacional. En este sentido es preciso distinguir por un lado, los litigios

⁷⁴⁰ Arts. X-26 a X-34 Código de Derecho Económico (*Code de Droit économique*), MB 29 marzo 2013, p. 19975.

⁷⁴¹ Art. 3 Ordenanza Gubernamental n° 52/1997 sobre el régimen jurídico de la franquicia (*Ordonanta nr. 52 din 28-8-1997 privind regimul juridic al francizei*), MO n. 224, 30 agosto 1997.

⁷⁴² Art. 2.1 Real Decreto 201/2010, que regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, BOE n. 63, de 13 de marzo de 2010.

⁷⁴³ Art. 4 Ley n. 484/2006 de 24 mayo relativa al deber del franquiciador de proveer información (*Lag om franchisegivares informationsskyldighet*), SFS 484, 2006.

⁷⁴⁴ Ver por ejemplo SAP Asturias (secc. 5) 2 junio 2010, n. 200/2010, RJ JUR\2010\250688, sobre un contrato internacional de franquicia de intermediación inmobiliaria entre franquiciador español y franquiciado mejicano, en que se concede la nulidad del contrato por dolo del franquiciador, al haber proporcionado éste una información precontractual engañosa. En el caso, los tribunales españoles no se plantean las cuestiones de la competencia judicial internacional ni de la Ley aplicable, resolviendo directamente conforme a la Ley española.

⁷⁴⁵ Art. 8 Legge n° 129 del 6 maggio 2004 “Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale”, GU n. 120 de 24 mayo 2004.

relacionados con los derechos reales (A) y derechos de propiedad intelectual (B), que por su vinculación estrecha con el territorio de los Estados miembros reciben un tratamiento especial y por otro, los litigios relacionados con los demás derechos derivados del contrato (C)⁷⁴⁶.

A. Derechos reales y arrendamiento de inmuebles

49. La actividad objeto de franquicia suele desarrollarse en un local o establecimiento físico gestionado por el franquiciado, sobre el que franquiciador y franquiciado pactarán ciertas condiciones. Por ejemplo, si el establecimiento es propiedad del franquiciado, es muy común que el franquiciador acuerde en el contrato de franquicia un derecho de adquisición sobre ese establecimiento para el momento del cese la relación contractual⁷⁴⁷. También puede que ciertos derechos sobre dicho local surjan *ex lege*, por ejemplo, si el Derecho aplicable reconoce al arrendatario un derecho de tanteo o retracto sobre el establecimiento arrendado.

50. Si estos derechos se califican como “derechos reales inmobiliarios” a efectos del Reglamento Bruselas I bis, los litigios derivados de los mismos tendrán que regirse por el régimen excepcional de competencias exclusivas previsto en el art. 24 RB-I bis. Esa calificación se tendrá que realizar de forma autónoma, es decir, conforme al concepto del propio Reglamento, que ha sido concretado por el TJUE en numerosa jurisprudencia⁷⁴⁸. Así, un pacto de adquisición preferente como el mencionado se considera como un “derecho real inmobiliario” a efectos del Reglamento, pues, como indica el TJUE, grava un inmueble y produce efectos no sólo frente al propietario sino también frente a terceros⁷⁴⁹. También se ha de aplicar este foro a los litigios relativos a la propiedad del establecimiento franquiciado. En consecuencia, serán competentes para conocer de estos litigios conforme al art. 24.1 RB-I bis los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito, es decir, los tribunales del Estado en que se encuentre el establecimiento del franquiciado.

51. Al tratarse de una competencia exclusiva, cabe recordar que esta norma se aplicará en todos los casos, sin que quepa aplicar ninguna norma de producción interna, siendo indiferente si el demandado está domiciliado o no en un Estado miembro. Esta competencia excluye también la eficacia respecto a estos litigios de un posible pacto de sumisión a tribunales contenido en el contrato de franquicia. En consecuencia, dicho pacto de sumisión no podrá ser tenido en cuenta a la hora de interponer una demanda sobre un derecho real inmobiliario entre franquiciador y franquiciado.

⁷⁴⁶ STJCE 26 marzo 1992, as. C-261/90, *Reichert v. Desdner Bank (II)*, RJ 1992, p. I-2175, FJ 24.

⁷⁴⁷ M. MENDELSON, *Franchising Law*, cit., p. 265.

⁷⁴⁸ STJUE 3 abril 2014, as. C-438/12, *Irmengard Weber vs. Mechthilde Weber*, ECLI:EU:C:2014:212, FJ 40; STJUE 10 enero 1990, as. C-115/88, *Reichert vs. Dresdner Bank (I)*, RJ 1990, p. I-27.

⁷⁴⁹ STJUE 3 abril 2014, *Weber*, cit., FJ 44-47.

52. Junto con los derechos reales inmobiliarios, el art. 24.1.1º RB-I bis establece también una competencia exclusiva para los litigios derivados de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles también a favor de los tribunales donde se halle sito dicho inmueble. Como se ha indicado, es muy frecuente que el franquiciador se comprometa a adquirir o arrendar a un tercero el local en que se instalará la franquicia y a arrendarlo seguidamente al franquiciado por el tiempo de duración del contrato de franquicia. Si surge una controversia en relación a este arrendamiento, será necesario considerar este arrendamiento como un contrato de aplicación del contrato marco de franquicia, y aplicar al mismo el foro del art. 24.1.1º RB-I bis, sin que pueda tenerse en cuenta el pacto de sumisión a otros tribunales que pueda contener el contrato marco.

53. Ejemplo. Las relaciones entre un franquiciador de helados con sede en España y su franquiciado para la ciudad de Niza se encuentran muy deterioradas. El franquiciador desea ejercitar una acción de resolución por incumplimiento ante los tribunales españoles, tal y como venía pactado en el contrato. Al mismo tiempo, el franquiciador desea solicitar el pago atrasado de la renta relativa al local de su propiedad en que se desarrollaba la actividad del franquiciado. ¿Puede solicitarlo ante dicho tribunal?

54. El franquiciador podrá demandar al franquiciado por el pago de la renta ante los tribunales franceses que resulten competentes territorialmente según la normativa francesa, en virtud del art. 24.1 RB-I bis. No podrá demandarlo ante los tribunales españoles, puesto que se trata de una competencia exclusiva de los tribunales franceses.

55. Como puede observarse a partir del ejemplo expuesto, la distinción de qué pactos de la operación de franquicia forman parte del contrato marco y cuáles constituyen contratos de ejecución del mismo resulta muy relevante, no solamente en ausencia de pacto de elección de tribunales para aplicar el art. 7.1 RB-I bis, sino también cuando dicho pacto está presente. Resulta preciso distinguir estas cuestiones, pues dichos pactos pueden referirse a materias que podrían estar sujetas a competencias exclusivas y por lo tanto escapar de los pactos de sumisión, como es el caso de los derechos reales. Al considerarse estos pactos como un contrato de ejecución del contrato marco de franquicia, habrá casos en que se de un fraccionamiento de la competencia judicial internacional, de forma que un mismo tribunal no pueda conocer, por ejemplo, de la resolución del contrato marco de franquicia y al mismo tiempo de la resolución del contrato de arrendamiento que une a franquiciador y franquiciado.

56. Por último, es necesario señalar que los derechos reales sobre bienes muebles no se encuentran cubiertos por el foro exclusivo del art. 24.1 RB-I bis. Estos litigios suelen suscitarse al finalizar la relación de franquicia, cuando existen desavenencias sobre la titularidad del *stock* sobrante o de la maquinaria utilizada para producir los productos franquiciados. Estos litigios se encontrarán sujetos al régimen general del Reglamento, de forma que se puede aplicar a los mismos el pacto de sumisión contenido en el contrato de franquicia, siempre que la redacción del mismo sea

lo suficientemente amplia para ello. En su defecto, si el demandado se encuentra domiciliado en la UE se podrá demandar ante los tribunales de su domicilio (art. 4 RB-I bis). La particularidad de estos litigios reside en que el Reglamento Bruselas I bis no ha establecido ningún foro especial como alternativa al foro general del domicilio del demandado para esta materia. Cuando el demandado se encuentre domiciliado en un tercer Estado se aplicarán las normas de producción interna del Estado miembro cuyo tribunal conoce del asunto. En el caso de España, se podrá demandar ante los tribunales españoles si los bienes muebles se encontraran en territorio español al tiempo de la interposición de la demanda (art. 22 quinquies, f LOPJ).

B. Derechos de propiedad intelectual

57. Dado que en los contratos de franquicia se ven implicados derechos de propiedad intelectual, es preciso tener en cuenta el art. 24.4 RB-I bis, que establece una competencia exclusiva respecto de ciertos aspectos de dichos derechos. Este artículo hace competentes en lo relacionado a la inscripción y validez de patentes, marcas y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro a los tribunales del Estado en que se haya solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro. En consecuencia, cuando surja una controversia relativa a la válida inscripción de estos derechos en el registro correspondiente, la misma tendrá que sustanciarse ante los tribunales del Estado en que se encuentre dicho registro, con independencia del domicilio de las partes del contrato de franquicia y con independencia también de la existencia de un pacto de sumisión a unos tribunales distintos en dicho contrato. Cuando el derecho inscrito sea una marca o patente comunitaria existen normas especiales⁷⁵⁰.

58. Sin embargo, este foro no se aplica a las demás reclamaciones relacionadas con los derechos incorporales, es decir las referentes su titularidad y la vulneración de los mismos, ya sea en el marco de un contrato de cesión o fuera de éste⁷⁵¹. Así lo estableció el TJCE en relación al art. 16.4 CB (equivalente al actual 24.4 RB-I bis) en los casos *Duijnstee* y *Lamellen*⁷⁵². En cuanto a las reclamaciones derivadas de la titularidad de los derechos, la competencia se ha de determinar conforme a los foros generales del Reglamento Bruselas I bis. En defecto de pacto de sumisión, si el

⁷⁵⁰ Respecto de la marca comunitaria son aplicables los arts. 94-108 del Reglamento (CE) n° 207/2009 de 26 febrero 2009 sobre la marca comunitaria, según los cuales cada Estado ha de designar los tribunales competentes en exclusiva para los litigios en materia tanto de validez como de vulneración de estas marcas. Este mismo esquema de soluciones lo sigue el Reglamento (CE) n° 6/2002 de 12 diciembre 2001 sobre los dibujos y modelos industriales (arts. 79-87).

⁷⁵¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 1090.

⁷⁵² STJCE 15 noviembre 1983, *Duijnstee vs. Goderbauer*, as. c-228/82, RJ 1983, pp. I- 3663 y ss., párrafos 25 y 26; STJCE 13 julio 2006, *Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG v. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG*, as. c-4/03, RJ 2006, pp. I-6523 y ss., párrafo 16: “Si, por el contrario, el objeto del litigio no es la validez de la patente o la existencia del depósito o del registro y éstas no han sido impugnadas por las partes, dicho litigio no está comprendido en el artículo 16, número 4, del Convenio (sentencia *Duijnstee*, antes citada, apartados 25 y 26). Así sucedería, por ejemplo, en el caso de una acción por violación de patente en la que la cuestión de la validez de dicha patente supuestamente vulnerada no se hubiera puesto en cuestión”.

demandado está domiciliado en la UE, solamente se podría aplicar el art. 4 RB-I bis, dado que no existe ningún foro especial por razón de la materia aplicable a la cuestión. Si el demandado está domiciliado en un tercer Estado, habrá que aplicar las normas de producción interna del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. En España, no se prevé ningún foro alternativo al del domicilio del demandado para este tipo de litigios, de forma que podría aplicarse analógicamente el art. 22 quinquies letra f LOPJ, considerando el derecho de propiedad intelectual como un “bien mueble” sito en España, o bien aplicar el foro de necesidad contemplado en el art. 22 octies, 3, párrafo segundo LOPJ, de reciente introducción⁷⁵³. La competencia en relación a los litigios referidos a la cesión de los derechos en el marco del contrato y a la vulneración de dichos derechos se estudiará en el apartado de este trabajo relativo a los foros especiales en materia contractual y extracontractual.

59. Pese a la aparente facilidad de la diferenciación entre las acciones referidas al registro, a la titularidad, a la cesión o a la vulneración de los derechos, existen algunas acciones cuya calificación suscita dudas, de forma que no resulta claro si han de quedar sujetas al foro exclusivo del art. 24.4 RB-I bis o bien a los foros generales del citado Reglamento. Este es el caso, por ejemplo, de las acciones por incumplimiento de la obligación prevista en el contrato de ceder a la otra parte ciertos derechos de propiedad intelectual, o de inscribir en el Registro de un determinado país los derechos cedidos, ambas obligaciones muy habituales en el contrato de franquicia. En el reciente caso *Taser International*, el Tribunal Supremo de Rumanía planteó al TJUE en un litigio en el marco de un contrato de distribución si una demanda por incumplimiento de una obligación prevista en el contrato por la que una parte se comprometía a ceder a la otra los derechos de propiedad intelectual inscritos en el Registro de Marcas rumano debía considerarse como una competencia exclusiva a efectos del Reglamento⁷⁵⁴. Para plantear tal duda, el tribunal se basaba en que la cesión de los derechos sobre una marca está sujeta, según la legislación en que la marca fue registrada, a inscripción en el Registro de Marcas⁷⁵⁵. Pese a lo interesante de la cuestión, el TJUE no se pronunció sobre la misma, basándose en un criterio material y no jurídico al afirmar que no merecía la pena pronunciarse sobre la cuestión pues tanto si la respuesta a la misma era afirmativa como si era negativa, los tribunales rumanos serían los competentes⁷⁵⁶. En cualquier caso, si se sigue la opinión de la doctrina más autorizada, este tipo de litigios han de calificarse como contractuales⁷⁵⁷.

⁷⁵³ Art. 22 octies introducido por el apartado doce del artículo único de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* 22 julio 2015.

⁷⁵⁴ STJUE 17 marzo 2016, as. C-175/15, *Taser International Inc. vs. SC Gate 4 Business SRL, Cristian Mircea Anastasiu*; ECLI:EU:C:2016:176.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, FJ 18.2.b.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, FFJJ 26-29.

⁷⁵⁷ J.J. FAWCETT / P. TORREMANS, *Intellectual property and private international law*, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 497; N. BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, L'Harmattan, Paris, 2002, p. 473.

C. Obligaciones derivadas del contrato

60. Los litigios sobre el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de franquicia son los más comunes en relación con este contrato. La determinación de la competencia judicial internacional respecto de estas controversias se encuentra sujeta al régimen general del Reglamento Bruselas I bis, si bien algunas de sus normas se aplicarán únicamente cuando el demandado se encuentre domiciliado en la Unión Europea.

61. Por ello, es preciso distinguir entre los casos en que existe un pacto atributivo de competencia (a), en que el Reglamento se aplicará a todos los demandados independientemente de su domicilio, y los casos en que no exista dicho pacto (b), en que el Reglamento se aplicará únicamente a los demandados con domicilio en un Estado miembro, quedando sometidos los demás a las normas de producción interna del Estado cuyos tribunales conocen del asunto.

a. Foros en presencia de pacto atributivo de competencia

62. Cuando al tribunal de un Estado miembro se le presente un caso derivado de un contrato de franquicia, podrá declararse competente para conocer del mismo si las partes se han sometido a dicho tribunal bien de forma expresa (1) o bien de forma tácita (2) en virtud de los arts. 25 y 26 RB-I bis, independientemente del lugar en que el demandado tenga su domicilio.

i. Pacto de sumisión expresa

63. La mayoría de contratos de franquicia incorporan de forma casi automática una “cláusula de sumisión” (*jurisdiction clause*) que determina la instancia competente en caso de litigio. De hecho, estas cláusulas se encuentran con frecuencia en los modelos ofrecidos por los organismos internacionales, a los que los actores comerciales recurren con frecuencia puesto que les reportan ahorro de tiempo y dinero, además de la confianza y seguridad que ofrece la repetida práctica de los mismos en el comercio internacional⁷⁵⁸.

64. Esta elección del foro permite a las partes fijar la competencia *ex ante* y les sirve para prevenir conductas estratégicas posteriores, como situar el pleito ante las autoridades que a la parte demandante le resulte más favorable (“*forum shopping*”)⁷⁵⁹,

⁷⁵⁸ Véase, por ejemplo, el modelo ofrecido por la Cámara de Comercio Internacional en <http://www.iccwbo.org/>. Al respecto, A. DURÁN AYAGO, “Contratos...”, *cit.*, p. 333-361.

⁷⁵⁹ En contra de la opinión tradicional sobre este fenómeno, G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 8: “*Forum shopping* is by no means a negative or suspect phenomenon”. Ver también J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p.478.

así como para evitar incertidumbres sobre la autoridad competente y la conocida como “carrera a los tribunales” (“*rush to courts*”).

65. Muchos de los contratos de franquicia que presentan conexiones con la Unión Europea contienen una elección en favor de los tribunales de un Estado miembro (apartado 1). Pero también es posible que la sumisión se realice a favor de tribunales de terceros Estados (apartado 2) o de mecanismos alternativos de solución de controversias (apartado 3)⁷⁶⁰. En este apartado se analizarán los efectos de los tres tipos de cláusulas cuando sean examinadas por los tribunales de un Estado miembro.

66. De forma previa al estudio de las mismas se ha de señalar que dichos tribunales comprobarán la validez de las cláusulas de sumisión en base a distintas normas, en función del tipo de cláusula. En los casos en que la cláusula señale a los tribunales de un Estado miembro, su validez se examinará exclusivamente conforme al Reglamento Bruselas I bis⁷⁶¹. En cambio, en los casos en que las partes se hayan sometido a los tribunales de un tercer Estado o a un mecanismo alternativo de resolución de controversias, el tribunal examinará la validez de dichas cláusulas conforme a sus normas de competencia judicial internacional de producción interna, dado que estos tipos de cláusulas no son objeto del Reglamento.

1. Pacto en favor de los tribunales de un Estado miembro

67. Los tribunales de un Estado miembro serán competentes cuando exista un acuerdo de sumisión expresa del asunto a su favor (art. 25 RB-I bis). Pero la cuestión de la elección del foro no se agota con pactar el mismo en el contrato, sino que por las condiciones especiales de las relaciones de franquicia, relaciones complejas en que una de las partes parece asumir un poder de negociación menor que la otra, se pueden

⁷⁶⁰ Sobre las ventajas o inconvenientes de escoger una u otra opción, A. S. KONIGSBERG, *op. cit.*, pp. 262-265. Este autor menciona el hecho de que los medios alternativos de resolución de controversias, y en particular el arbitraje, favorecen al franquiciador en lo que respecta a la confidencialidad. Si la decisión del tribunal no es favorable al mismo, esta será confidencial y no tendrá impacto en los futuros litigios entre el franquiciador y otros franquiciados y en consecuencia tampoco animará a estos últimos a presentar sus demandas. De todas formas, esta confidencialidad no es absoluta, y no se impone a los terceros, como recuerdan P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 104, R. B. LAKE, *op. cit.*, p. 58 y M. ABELL / M. R. DAIGLE / M. J. LOCKERBY, “Avoiding and managing system-wide litigation in international franchising”, *Intl. J. Franchising Law.*, 2010, pp. 13-49, esp. 20-25, que demuestran precisamente que las ventajas del arbitraje son muy relativas, y que en caso de que se opte por el mismo es absolutamente necesario velar por una redacción muy clara de la cláusula de arbitraje.

⁷⁶¹ En este sentido puede citarse la muy correcta SAP Alicante 24 febrero 2014, n. 41/2014, RJ AC\2014\453, FJ 2, en la que el demandante pretende aplicar la normativa española para impugnar la cláusula de sumisión a tribunales británicos incluida en el contrato de gestión hotelera que vinculaba a las partes, que indica lo siguiente: “tratándose de una cuestión de competencia judicial internacional en la que se aprecia, sin discusión entre las partes, la concurrencia de los presupuestos de aplicación del Reglamento, porque el litigio versa sobre materia civil - art 1 Reglamento- y porque el domicilio del demandado Tui Travel, está en un Estado contratante - art 2 Reglamento-, la referencia a la ley procesal nacional resulta vacua al no contemplar el Reglamento la legislación procesal nacional como norma complementaria ni supletoria de aquella que prima, como bien reconocen ambas partes, sobre la ley nacional”.

plantear dudas en cuanto a la validez del pacto (1.1), a sus efectos (1.2), a su ámbito de aplicación (1.3) y a las posibilidades de su anulación por considerarse una cláusula abusiva (1.4).

1.1. Condiciones de validez de la cláusula

68. La cláusula de sumisión a los tribunales de un Estado miembro contenida en un contrato de franquicia está sujeta a las normas de validez material y formal que señala el propio art. 25 RB-I bis.

69. Validez material. La validez “material” o “de fondo” de la cláusula de sumisión supone que la misma haya sido suscrita con plena capacidad y consentimiento de las partes. De ambos aspectos, es el consentimiento, en particular el del franquiciado, el susceptible de suscitar más litigios en los contratos de franquicia. Esto se debe a que en la mayoría de ocasiones es el franquiciador el que propone el contrato de franquicia, contrato en que suele incluir una cláusula de sumisión a los tribunales de su domicilio que es aceptada sin negociación por el franquiciado⁷⁶². Sólo cuando surge una controversia entre las partes el franquiciado es consciente de que tendrá que desplazarse a los tribunales del franquiciador para interponer o contestar a la demanda y en ese momento intenta alegar la nulidad de la cláusula de sumisión basándose en que no consintió dicha cláusula.

70. El Reglamento Bruselas I no determinaba la Ley conforme a la cual el tribunal ante el que se plantea la demanda debía examinar estas cuestiones, de forma que existían varias posiciones doctrinales⁷⁶³. Esto suscitaba importantes problemas, teniendo en cuenta lo habitual de este tipo de impugnaciones. Ante esta situación, el Reglamento Bruselas I bis (art. 25.1 RB-I bis) solventó la cuestión expresamente y señaló que el órgano jurisdiccional acordado será competente “a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro”. Es decir, la nulidad de fondo de la cláusula atributiva de jurisdicción se regirá por la Ley del Estado miembro elegido por las partes en la cláusula⁷⁶⁴. El considerando 20 RB I-bis aclara que el Derecho del Estado miembro del órgano

⁷⁶² Como indican D. P. FERNÁNDEZ ARROYO / C. FRESNEDO DE AGUIRRE / M. B. NOODT TAQUELA / J. R. ALBORNOZ, “Modalidades contractuales específicas” en D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Zavalía, Buenos Aires, 2003, pp. 1027-1086, esp. p. 1048, los contratos de franquicia suelen ser contratos predispuestos por el franquiciador.

⁷⁶³ Incluso se dudaba que la validez de la cláusula se pudiera cuestionar una vez cumplidos los requisitos formales: STJCE 3 julio 1997, *Benincasa*, cit. En opinión de D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome II, p. 370-372, capacidad y consentimiento quedaban supeditados a la Ley aplicable al contrato. Para A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. I, p.111, la opción que proporcionaría mayor seguridad jurídica sería la aplicación al consentimiento de la *lex fori*, y a la capacidad, la Ley aplicable al fondo del asunto.

⁷⁶⁴ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit International Privé*, Dalloz, Paris, 2013, p. 780; D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome II, p. 367. Pese a la claridad de la norma, parte de la doctrina opina que la misma incluye únicamente las cuestiones relacionadas por el consentimiento, pues la capacidad es una cuestión excluida del Reglamento Bruselas I bis (art. 1).

jurisdiccional designado en el acuerdo incluye las normas sobre conflictos de leyes de dicho Estado miembro⁷⁶⁵.

71. Ejemplo. Un acuerdo atributivo de competencia señala a los tribunales de París como los competentes para conocer de los litigios derivados del contrato suscrito entre un franquiciador con sede en dicha ciudad y un franquiciado con sede en Bratislava. El franquiciador demanda al franquiciado ante los tribunales de París y el franquiciado interpone una declinatoria alegando la nulidad del pacto de sumisión por vicios en su consentimiento.

72. El tribunal de París tendrá que determinar si dicho pacto es o no válido desde el punto de vista material aplicando para ello las normas de Dopr. francés que se apliquen al consentimiento de las partes que suscriben un contrato, pues las partes se sometieron a los tribunales franceses (art. 25.1 RB-I bis)⁷⁶⁶. Esas normas se contemplan en el Reglamento Roma I sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, en concreto en su art. 10, que conduce a la Ley aplicable al contrato (apartado 1) y alternativamente a la Ley de la residencia habitual de la parte que ha sufrido el defecto en su consentimiento (apartado 2). En consecuencia, el franquiciado podrá basar su falta de consentimiento no sólo en la Ley aplicable al contrato (que podría ser la francesa si existe un pacto de Ley aplicable), sino también en el Derecho eslovaco, de su residencia habitual, siempre que, como indica dicho art. 10 RR-I, el tribunal lo considere “razonable” según las circunstancias del caso.

73. Por otra parte, existen otras cuestiones relacionadas con el consentimiento a la cláusula de sumisión que también pueden ser alegadas por el franquiciado, como que se trata de una cláusula abusiva, que le fue totalmente impuesta por la otra parte contratante o incluso que la misma no es oponible al ser el contrato de franquicia un contrato de consumo. Si bien estas cuestiones están relacionadas con el consentimiento, las mismas no deben dilucidarse conforme a la Ley aplicable a éste. Las mismas dependen de lo que se conoce como “validez procesal” de la cláusula de sumisión (“*licéité de la clause*”) y por lo tanto han de ser dilucidadas por el propio Reglamento⁷⁶⁷. Por su especial importancia en relación a los contratos de franquicia serán estudiadas en un apartado específico del trabajo (apartado 1.4. “Cláusulas abusivas y pactos de sumisión en los contratos de franquicia”, a continuación).

⁷⁶⁵ Cdo. 20 RB-I bis: “La cuestión de si un acuerdo atributivo de competencia en favor de un órgano jurisdiccional determinado de un Estado miembro o de sus órganos jurisdiccionales en general es nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material debe decidirse con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional o de los órganos jurisdiccionales designados en el acuerdo, incluidas las normas sobre conflictos de leyes de dicho Estado miembro”.

⁷⁶⁶ Parece que la Ley aplicable al consentimiento, al considerarse la cláusula atributiva de competencia como un contrato en sí mismo, quedaría regida por el Reglamento Roma I. Respecto a la capacidad, parece que habría que remitirse a las normas de producción interna.

⁷⁶⁷ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome II, p. 372.

74. Validez formal. En relación a la validez formal de los pactos de sumisión, el Reglamento Bruselas I bis establece directamente una serie de normas materiales, lo que elimina la necesidad de recurrir a ninguna Ley estatal. Con ello se garantiza la constancia de la voluntad de las partes sin sacrificar la flexibilidad requerida por el comercio internacional⁷⁶⁸. El art. 25 RB-I bis permite así la elección de los tribunales de cualquier Estado miembro siempre que la cláusula atributiva de competencia se contenga por escrito (lo que comprende, por el 25.2 RB-I bis, los medios electrónicos) o verbalmente con confirmación escrita; o en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas; o en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer, que sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado (art. 25.1 RB-I bis).

75. Cabe preguntarse si existen estos usos en el sector comercial de la franquicia. Dado que estos contratos suelen formalizarse por escrito, ello es muy improbable. Es cierto que muchos de estos contratos se preparan en ferias u otros eventos en que los franquiciadores ofrecen sus negocios a futuros franquiciados, algo muy común en el sector, pero los contratos se firman posteriormente por escrito, dada su complejidad y la necesidad de cumplir con las obligaciones de información precontractual que imponen la mayoría de ordenamientos (“*cooling off period*”)⁷⁶⁹. Ello hace muy improbable que las partes acuerden verbalmente en dichas ferias términos del contrato, como la sumisión a tribunales, sin que los mismos queden plasmados posteriormente en el contrato. Se puede afirmar por lo tanto que no existen en estos contratos unos usos así definidos, y que la regla general será que el acuerdo de sumisión deba constar por escrito⁷⁷⁰.

76. También en relación con la forma cabe precisar que la cláusula de sumisión puede contenerse tanto en el contrato de franquicia como en un documento independiente, incluso en las condiciones generales de la contratación de franquiciador. Respecto de esta última posibilidad, el TJUE ha establecido como requisito adicional que el contrato remita expresamente a tales condiciones generales⁷⁷¹.

77. Por otro lado, el Reglamento no permite el acuerdo tácito. Por ejemplo, no puede considerarse que existe un pacto de sumisión a los tribunales de un determinado

⁷⁶⁸ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome II, p. 366.

⁷⁶⁹ Por ejemplo, España establece un período de 20 días desde la entrega de la información hasta la firma del contrato (art. 3 del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al Registro de Franquiciadores).

⁷⁷⁰ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 267.

⁷⁷¹ STJCE 14 diciembre 1976, as. 24/76, *Colzani vs. Riiwa*, RJ 1976, pp. 1831-1849, D. 1977, IR 349, *Rev. crit. DIP.* 1977, 581, nota E. Mezger, *JDI* 1977, 734, nota J.-M. BISCHOFF. Ver también Ordenanza Corte Cass. Italia 27 septiembre 2006, STS 20 julio 2011, sobre una cláusula de sumisión expresa en favor de tribunales alemanes y AAP Tarragona 10 junio 2004, sobre una cláusula contenida en unas condiciones generales a las que remite un documento aceptado y firmado sólo por una de las partes.

Estado porque en el contrato se incluyan otras cláusulas referidas a dicho Estado, como por ejemplo un pacto de elección de Ley⁷⁷². En cuanto a la aceptación tácita, se ha de realizar una precisión para los casos en que se produzca una renovación tácita de un contrato escrito. En estos casos, tal y como indicó el TJCE (caso *Fiat*), la cláusula de sumisión contenida en el mismo ha de considerarse válida⁷⁷³. En los contratos de franquicia, esta posibilidad no es remota. El Derecho de la Competencia europeo establece una restricción, aplicable a los contratos de franquicia, por la que no podrá pactarse una cláusula de no competencia de una duración mayor de cinco años⁷⁷⁴. Así, es frecuente suscribir un contrato de este tipo con una duración pactada de cinco años, pero que, a su transcurso, se prorrogue tácitamente por las partes.

78. Otra de las cuestiones que se plantean en relación a la validez formal de estos pactos de sumisión es la posibilidad de convenir la competencia de una pluralidad de foros, puesto que el artículo 25 del RB-I bis habla de “*un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro*”. La pluralidad de foros podría articularse como una opción de competencia distinta concedida por el contrato a franquiciador y a franquiciado, o bien como una repartición de la materia contenciosa en distintos foros. Como ha indicado también el TJUE, cabe que dichos foros se encuentren en Estados miembros diferentes⁷⁷⁵.

79. Por último, tal y como indicó el TJCE, el Reglamento no permite las cláusulas de sumisión en favor de una sola parte contratante⁷⁷⁶. En un contrato de franquicia, un ejemplo de cláusula de este tipo sería aquella por la que el franquiciado sólo puede demandar al franquiciador ante un tribunal determinado en el acuerdo de sumisión, pero el franquiciador, sin embargo, puede demandar al franquiciado ante dicho tribunal o ante cualquier otro tribunal que fuere competente en virtud del Reglamento Bruselas I-bis. Cabe destacar la posición de los tribunales franceses, unos

⁷⁷² Un buen ejemplo sería la SAP Guipúzcoa 21 de septiembre 2007, n. 197/2007, RJ JUR\2008\35356, referida al Reglamento Bruselas I, en la que un fabricante holandés interpone declinatoria internacional de jurisdicción por considerar que eran los tribunales holandeses los que debían conocer del pleito con un distribuidor español. La Sentencia, teniendo en cuenta que trataba de un contrato verbal, indica acertadamente que no cabe acoger la aplicación del art. 23 RB-I (actual art. 25 RB-I bis) pues “el precepto exige una sumisión expresa plasmada por escrito o verbal con confirmación escrita, lo que en este supuesto no cabe entender”.

⁷⁷³ STJCE 11 noviembre 1986 as. 313/85, *Iveco Fiat vs. Van Hool*, *Recopilación*, 1986, pp.3337-3358. En este caso se declaró válida una cláusula de sumisión inserta en un contrato cuya prórroga había de efectuarse de manera expresa, pero que se siguió aplicando por las partes sin esa prórroga escrita y sin objeción alguna por ninguna de ellas.

⁷⁷⁴ Art. 5.1.a del Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

⁷⁷⁵ STJCE 9 noviembre 1978, *Nikolaus Meeth v. Glacetal*, as. 23/78, RJ 1978, pp. 02133 y ss.; D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome II, p. 368.

⁷⁷⁶ STJCE 24 junio 1986, as. 22/85, *Anterist vs. Crédit Lyonnais*, RJ 1986, pp. 1951-1965. Como indica el Informe F. POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 106 en DOUE 13 diciembre 2009, esta posibilidad sólo beneficiaba a la parte más fuerte en la negociación del contrato y no comportaba ninguna ventaja significativa para el comercio internacional.

de los más firmes en anular estas cláusulas “potestativas”⁷⁷⁷. En consecuencia, una cláusula como la indicada, en que el franquiciado únicamente pudiera demandar ante los tribunales del franquiciador, mientras que el franquiciador pudiera demandar ante sus propios tribunales y también ante los tribunales del domicilio del franquiciado, debería ser anulada en base al art. 25 RB-I bis por considerarse una cláusula de sumisión establecida exclusivamente en favor de una parte.

1.2. Efectos

80. Cuando la cláusula de sumisión es válida su efecto principal es la atribución de una competencia exclusiva (en el sentido de única) al juez designado⁷⁷⁸. De esta forma, la cláusula de elección de foro tiene dos efectos, uno atributivo y otro derogatorio, pues sirve para atribuir competencia a los tribunales designados y también para derogar la competencia que tuviesen otros tribunales europeos conforme al régimen supletorio del Reglamento. En consecuencia, cualquier otro tribunal de un Estado miembro ante el que se plantee la demanda debe declararse incompetente si la cláusula atributiva de jurisdicción es esgrimida frente a él⁷⁷⁹. Resulta necesario detenerse en ambos tipos de efectos, pues es muy común en las relaciones de franquicia que las partes, sobre todo el franquiciado, intente demandar ante los tribunales de un Estado que no es el pactado en la cláusula de sumisión:

⁷⁷⁷ Sent. Cass. Civ. 1^{re}, 26 septiembre 2012, *D.* 2012, 2876, nota D. MARTEL; *JCP*, 2013, 105, nota L. DEGOS / D. AKCOTI; *Rev. crit. DIP.*, 2013, 256, nota D. BUREAU. En este caso, la señora X, domiciliada en París, contrató con el banco luxemburgués E. Rothschild y con su filial francesa un contrato de cuenta corriente en su sucursal de París. El contrato contenía una cláusula de sumisión a los tribunales de Luxemburgo, pero el banco se reservaba el derecho a demandar ante el domicilio del cliente o ante cualquier otro tribunal que hubiera sido competente en defecto de elección. La señora X plantea una demanda ante los tribunales de París ante ambas sociedades en virtud del art. 6.1 RB-I (actual 8.1 RB-I bis) alegando la invalidez de la cláusula de sumisión. El banco de Luxemburgo interponen una declinatoria internacional, indicando que la cláusula de sumisión es perfectamente previsible y válida conforme al art. 23 RB-I. La Corte de Apelación y la de Casación, confirman la competencia de los tribunales de París, por considerar que la cláusula reviste de un carácter potestativo en favor del banco que es contrario al art. 23 RB-I, y que por lo tanto la misma ha de ser anulada en su totalidad. En la línea de esta decisión va la más reciente Sent. Cour Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, pourvoi n° 13-27264, relativa al Convenio de Lugano II, y que llega a la misma conclusión en un caso de una cláusula de sumisión establecida en un contrato de crédito entre un banco suizo y un cliente profesional francés. En este caso, el contrato incluía una cláusula de sumisión que permitía al prestatario demandar ante los tribunales de Zúrich o de la sucursal en la que había contratado, y al prestamista a demandar también ante “todo otro tribunal competente”. La Corte de Apelación establece que la cláusula no puede determinarse inválida conforme al CLug., a pesar de las alegaciones del prestamista indicando que se trataba de una cláusula incluida en un contrato de adhesión, y que era particularmente favorable al banco. La Corte de Casación anula tal Sentencia indicando que la cláusula no presenta los elementos objetivos necesarios para basar la competencia, lo que es contrario a los principios de previsibilidad y seguridad jurídica perseguidos por el Convenio. En cualquier caso, la decisión del Alto Tribunal no parece basarse en el desequilibrio creado por dicha cláusula sino en la falta de concreción por parte de la misma de los tribunales competentes en caso de demanda al prestamista.

⁷⁷⁸ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, *cit.*, n. 148.

⁷⁷⁹ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 780.

81. *i. Efectos atributivos.* La cláusula atributiva de competencia vincula al juez elegido, de forma que no tiene derecho a declararse incompetente ni a declinar su competencia a través de ningún otro mecanismo (como podría ser, por ejemplo la figura anglosajona del *forum non conveniens*⁷⁸⁰).

82. *ii. Efectos derogatorios.* Es muy importante comprender el impacto que puede tener una cláusula atributiva de jurisdicción a favor de los tribunales de un Estado miembro en caso de la presentación de la demanda ante uno tribunal distinto del elegido por las partes. Se hace preciso distinguir dos situaciones. La primera, que la demanda se haya planteado ante los tribunales de un Estado miembro, la segunda, que se haya planteado ante los tribunales de un tercer Estado. En este último caso, dichos tribunales evaluarán el pacto de sumisión conforme a sus propias normas de competencia judicial internacional y no en base al Reglamento Bruselas I bis, cuyo ámbito de aplicación territorial se limita a la Unión Europea. En cambio, en el primero de los casos, los tribunales de los Estados miembros examinarán la cláusula de sumisión en base al Reglamento. Si la cláusula es considerada válida, dicho tribunal tendrá que declararse incompetente. Este efecto derogatorio únicamente tiene lugar a instancia de parte, es decir, si alguna de las partes alega la existencia de la cláusula de sumisión. Si ambas partes comparecen voluntariamente frente a un juez de un Estado miembro no elegido, en detrimento de su acuerdo anterior, ese juez será competente por el artículo 26 RB-I bis (foro de la sumisión tácita)⁷⁸¹.

83. Si el tribunal del Estado miembro entra a conocer del caso a pesar de la existencia de la cláusula, ello no significa que la sentencia no vaya posteriormente a reconocerse o a ejecutarse conforme al mecanismo previsto en el propio Reglamento, puesto que el Reglamento solamente contempla como causa de denegación del reconocimiento y la ejecución la vulneración de competencias exclusivas (art. 24 RB-I bis) o en materia de partes débiles (casos en que los demandados sean el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, el perjudicado, el consumidor o el trabajador)⁷⁸². Es decir, la sentencia circulará a pesar de haber sido dictada por un juez distinto del elegido por las partes.

84. Estos efectos derogatorios se extienden también a los casos de litispendencia. Con el Reglamento Bruselas I bis, la competencia otorgada al juez elegido prevalece sobre la de un primer juez ante el que se interponga la demanda, de manera que el primero tendrá que inhibirse para que pueda pronunciarse sobre su propia el tribunal que se pactó en el contrato (art. 31.2 RB-I bis). Se reconoce respecto del juez elegido una especie de principio “*kompetenz-kompetenz*” con el objeto de evitar las

⁷⁸⁰ STJCE 1 marzo 2005, *Owusu*, *cit.*, prohíbe definitivamente la apreciación del *forum non conveniens* en el marco del Reglamento.

⁷⁸¹ Sobre este foro véase la sección ii. “Sumisión tácita a los tribunales de un Estado Miembro” de este apartado.

⁷⁸² D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome II, p. 377.

posibles maniobras dilatorias que una de las partes podría estar tentada de realizar al plantear el pleito ante otros tribunales distintos de los elegidos⁷⁸³. Esto representa una importante novedad con respecto al Reglamento Bruselas I, cuyo art. 27 RB-I era interpretado por el TJCE en el sentido de no considerarse incluida la sumisión expresa (caso *Gasser*⁷⁸⁴).

85. Nota. Esta nueva regla no implica que el tribunal elegido sea siempre quien tenga que decidir sobre su propia competencia, sino que si se plantea la demanda ante otro tribunal, este puede decidir sobre la validez de la cláusula siempre que las partes no planteen posteriormente una demanda ante el tribunal elegido. Solo si se demanda posteriormente al tribunal elegido, el tribunal que conocía en primer lugar tendrá que suspender el procedimiento y esperar a que el tribunal elegido decida sobre la validez de la cláusula atributiva de jurisdicción (art. 31.2 RB-I bis).

1.3. Extensión del pacto

86. Todo contrato internacional de franquicia debería incluir una estipulación expresa y clara del tribunal competente en caso de litigio. Pero la realidad no se corresponde en la mayoría de ocasiones con este deseo. Las partes o sus asesores suelen incluir cláusulas que comportan dificultades interpretativas que han de ser resueltas por el tribunal ante el que se plantea la demanda.

87. Para evitar una interpretación no deseada, o peor, la anulación de la cláusula de elección de foro, lo mejor es basarse en una cláusula tipo, como por ejemplo la prevista en el modelo de contrato ofrecido por la CCI en relación a los tribunales estatales. Con esta base, se han de evitar formulaciones ambiguas que hagan referencia a la jurisdicción del Estado de una de las partes (“...*los tribunales del Estado del franquiciador...*”) o las elecciones no exclusivas de los tribunales de un país (“...*los litigios que deriven del presente contrato podrán someterse a los tribunales de...*”) ⁷⁸⁵. También se ha de prestar atención a la forma de articular el recurso a los distintos modos de resolución de controversias, si es que se opta por un sistema compuesto, lo que es también muy común ⁷⁸⁶. A estos efectos, es muy importante señalar con claridad los plazos en que se puede pasar a la siguiente forma de resolución (por ejemplo, “...*sesenta días después de que una de las partes haya manifestado por escrito a la otra su intención de comenzar un procedimiento de mediación...*”) ⁷⁸⁷.

⁷⁸³ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 781.

⁷⁸⁴ STJCE 9 diciembre 2003, as. C-116/02, *Erich Gasser GmbH vs. MISAT Srl.*, RJ 2003, p. I-14693.

⁷⁸⁵ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 105.

⁷⁸⁶ Resulta habitual configurar una cláusula de resolución de controversias en la que se prevea como primera opción la negociación de buena fe entre las partes por un período de tiempo determinado, después el recurso a la mediación, y finalmente, si tras otro plazo no se ha resuelto el litigio, la sumisión a los tribunales de un determinado Estado o a arbitraje.

⁷⁸⁷ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 105.

88. Igualmente se desaconseja “fraccionar” el litigio ante distintas autoridades, resultando especialmente inoperativa la reserva de ciertas materias para las jurisdicciones estatales y de otras para las arbitrales⁷⁸⁸. Cuando se recomiendan estas separaciones el argumento que se utiliza es que en general el arbitraje es más ventajoso, pero que existen situaciones que requieren una actuación inmediata que el arbitraje no es capaz de proporcionar. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que el franquiciado realice un mal uso de la marca de la que es titular el franquiciador, o que éste se vea incurso en actos de competencia desleal, o que esté revelando o vendiendo información confidencial del franquiciador. En efecto, el arbitraje no es una jurisdicción permanente y la constitución del tribunal arbitral puede extenderse durante semanas, por lo que dichos expertos recomiendan la reserva de estas materias, en concreto la adopción de medidas provisionales y cautelares y los litigios referidos a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual e industrial a la jurisdicción estatal⁷⁸⁹. Pero puede que estos incumplimientos se den al mismo tiempo que otros cuyo conocimiento se haya reservado al arbitraje, de forma que si se ha realizado tal fraccionamiento sería necesario activar los dos procedimientos⁷⁹⁰.

89. Por ello, la opción más práctica es la elección de un método u otro para todo tipo de disputas, teniendo en cuenta que los tribunales estatales siempre podrán conocer de todo tipo de materias, pero también que ciertas instituciones arbitrales han puesto también en marcha procedimientos de urgencia para evitar estas disfunciones (por ejemplo, la figura del *emergency arbitrator* creada por la ICC en sus nuevas reglas de 2012)⁷⁹¹.

90. Junto con estas consideraciones, dado el carácter complejo de la relación de franquicia internacional, la redacción de una cláusula de sumisión ha de tener presente también los aspectos que se destacan a continuación.

1.3.1. Contrato marco y contratos de ejecución

⁷⁸⁸ Ver por ejemplo, A. S. KONIGSBERG, *op. cit.*, p. 265; M. ABELL / M. R. DAIGLE / M. J. LOCKERBY, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁷⁸⁹ UNIDROIT, “Guía UNIDROIT...”, *cit.*, p. 204 aconseja la reserva de las medidas provisionales y cautelares, así como de los litigios referidos a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual del franquiciador, a los tribunales estatales. A estos argumentos, se suele sumar la cuestión de la arbitrabilidad de las cuestiones relacionadas con los derechos de propiedad intelectual, que es dudosa en algunos Estados: FR. DESSEMONTET, “Arbitration and Intellectual Property”, en E. GAILLARD / D. DI PIETRO (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards - The New York Convention 1958 in Practice*, Cameron May, Londres, 2009, pp. 553-573, p. 554.

⁷⁹⁰ Como indica P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 105 : “Il semble dès lors dangereux de procéder de façon pointilliste en excluant certaines catégories de litiges du bénéfice de l'arbitrage ”.

⁷⁹¹ Arts. 28 y 29 de las *ICC Arbitration Rules*, ICC Services, Paris, 2012. Además, en la mayoría de los Derechos de los Estados miembros está generalmente admitido que en caso de urgencia se permite acudir a los tribunales estatales aunque exista una cláusula de sumisión a arbitraje, G. KEUTGEN / G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et droit international*, Tomo I, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 191-193.

91. Como se indicó al comienzo de esta sección, la extensión del pacto de sumisión se deja por el propio RB-I bis a la autonomía de la voluntad de las partes, sin que se exija más límite que el mismo se refiera a una “relación jurídica determinada” (art. 25.1 RB-I bis) lo cual excluye las cláusulas “escoba”. En la práctica, dicha extensión no suele determinarse de forma clara por las partes, lo que suscita problemas de interpretación del ámbito de aplicación de la cláusula en caso de operaciones contractuales complejas como la franquicia, que puede componerse de un contrato marco y varios contratos de ejecución. Un ejemplo de esta falta de delimitación sería, por ejemplo, que el contrato marco al designar la jurisdicción competente no haya previsto expresamente su aplicación a los contratos subsiguientes o que la cláusula de sumisión se encontrara únicamente en uno de los contratos de aplicación⁷⁹².

92. Para evitar estos problemas, la doctrina ha sugerido que las partes determinen de forma global la fórmula de resolución de los litigios aplicable a la totalidad de su relación comercial⁷⁹³. Para ello, la opción más sencilla es insertar la misma cláusula de sumisión en todos los contratos existentes entre las partes, tanto en el contrato marco de franquicia como en los contratos de ejecución⁷⁹⁴. Esta unificación del tribunal competente facilitaría tanto la labor de las partes como del juez, pues incluso si el litigio solamente concierne a uno de los contratos, en la mayoría de los casos no podrá resolverse sin tener en cuenta la totalidad de la relación de franquicia entre las partes⁷⁹⁵.

93. En cualquier caso, las partes tienen libertad para configurar su cláusula de la forma que estimen conveniente, por lo que los problemas de interpretación siguen dándose. Para proporcionar una solución a estos problemas se analizarán separadamente cada uno de los supuestos más habituales:

94. *i. Cláusula de sumisión contenida en el contrato marco que explicita su aplicación a todos los litigios que puedan surgir entre franquiciador y franquiciado.* Puede darse el caso de que la cláusula haya explicitado su vocación de ser aplicada a todos los litigios presentes y futuros que pudieran surgir de la totalidad de la relación jurídica. Incluso en este caso, parece legítimo dudar sobre si el Reglamento Bruselas I permite someter a un juez elegido la totalidad de los litigios que nazcan de las relaciones entre las partes, tanto del contrato marco como de los contratos de aplicación: ¿es este conjunto una “determinada relación jurídica” en el sentido del art. 25 RB-I bis?

⁷⁹² F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 7.

⁷⁹³ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 106.

⁷⁹⁴ En el caso en que el contencioso se refiera a más de uno de los contratos, las reglas procesales del Estado ante el que se plantea la demanda permitirán en la mayoría de los casos la acumulación de los procesos. En España, por ejemplo, esta posibilidad está prevista en los arts. 71 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE n. 7 de 8 enero 2000, versión consolidada oficial disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&p=20151028&tn=0> (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁷⁹⁵ P. HOLLANDER, “Questions...”, *op. cit.*, p. 275.

La amplia interpretación que realizó el TJUE de la noción de “relación jurídica” en el asunto *Powell Duffryn*, hace indicar que no hay ningún impedimento a que las partes pacten una “cláusula marco de sumisión” que se aplique a la totalidad de la operación de franquicia⁷⁹⁶. En consecuencia, el tribunal de un Estado miembro se podrá declarar competente en relación a una disputa derivada de un contrato de aplicación del contrato marco de franquicia aunque la cláusula que le otorgue competencia se encuentre contenida en dicho contrato marco, si en dicha cláusula figura con claridad que la misma se aplicará “a toda la relación contractual” o “a este contrato marco y a todos los contratos derivados de éste”.

95. *ii. Cláusula de sumisión contenida en el contrato marco que no explicita su ámbito de aplicación.* En este caso, la postura generalmente adoptada por la doctrina es que el acuerdo de sumisión abarca sólo los litigios derivados del contrato marco y no los derivados de sus contratos de aplicación⁷⁹⁷. Esta postura se basa en la exigencia del consentimiento como uno de los requisitos esenciales para que se considere existente el pacto de elección de foro (“Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado...”, art. 25.1 RB-I bis). Así se ha pronunciado también la jurisprudencia de distintos Estados miembros en varias ocasiones⁷⁹⁸. Esta solución, excesivamente estricta para algunos, será la misma independientemente de que el contrato de ejecución se celebre por el franquiciador y el franquiciado, o por el franquiciado con un tercero (como ocurre generalmente con algunos contratos de suministro de las materias primas necesarias para realizar la actividad franquiciada)⁷⁹⁹.

96. *iii. Cláusula incluida exclusivamente en los contratos de ejecución.* Otra cuestión a analizar es si una cláusula contenida en los contratos de ejecución que no indica nada sobre su extensión ha de ser aplicada a los litigios derivados del contrato marco. En este sentido, cierta jurisprudencia francesa y alemana ha declarado aplicable a un litigio relativo al contrato marco de distribución en exclusiva la cláusula contenida en los contratos de ejecución⁸⁰⁰. Sin embargo, esta postura resulta totalmente contraria a

⁷⁹⁶ F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 10-11 ; STJCE 10 marzo 1992, *Powell Duffryn*, *cit.*.

⁷⁹⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p.450; Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 778.

⁷⁹⁸ Sent. Cour Cass. Comm. 12 diciembre 1989, RCDIP, 1990, p. 358, nota de H. GAUDEMET-TALLON; Sent. Cour Cass. Comm. 27 febrero 1996, RCDIP 1996, p. 736, nota H. GAUDEMET-TALLON. Más recientemente, en un caso en que se pretendía la extensión de la cláusula atributiva de jurisdicción a un “no signatario”, Sent. Cour Cass. Comm. 4 marzo 2003, RCDIP, 2003, p. 285, nota de P. LAGARDE.

⁷⁹⁹ Ver F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, pp. 10-11. Como se verá más adelante, en sede arbitral se apuesta en mayor medida por la extensión, y hay autores que abogan por tomar esta misma solución en relación a los pactos de sumisión a tribunales estatales.

⁸⁰⁰ Ver Sent. Cour Cass. Civ. 1re, 6 marzo 2007, n. pourvoi 06-10946, *Bull. Civ. I*, n. 93, p. 82. En el caso, una empresa francesa demanda ante los tribunales franceses a una sociedad alemana de la que era distribuidora en exclusiva en Francia, por ruptura brutal de sus relaciones comerciales. La sociedad alemana alega la incompetencia del tribunal por existir en las confirmaciones de los pedidos y en las facturas un pacto de sumisión a los tribunales alemanes, aceptado por la sociedad francesa. La Corte de Casación confirma la incompetencia del tribunal francés por considerar aplicable al litigio el pacto de

la jurisprudencia del TJUE al respecto (casos *Cártel Damage Claims* y *Powell Duffryn*) según la cual, para que la cláusula se extienda a otras relaciones es necesario que las partes hayan podido preverlo, y para ello debe derivarse claramente del acuerdo⁸⁰¹. En consecuencia, siguiendo la postura jurisprudencial mayoritaria, no cabría extender a los litigios derivados del contrato marco de franquicia el pacto de sumisión relativo exclusivamente a las relaciones de suministro entre las partes⁸⁰².

97. *iv. Cláusulas de sumisión idénticas contenidas en el contrato marco y en los contratos de aplicación.* En este caso, el respeto de las expectativas legítimas de las partes y una buena administración apuestan por un mecanismo de consolidación, de forma que pueda conocer un mismo tribunal de un posible litigio que tuviera origen en más de un contrato.

98. *iv. Cláusulas de sumisión a tribunales estatales incluida en el contrato marco y cláusula compromisoria contenida en los contratos de aplicación o viceversa.* En estos casos, la voluntad de las partes anula cualquier argumento que pudiera existir a favor del carácter de cláusula general del pacto contenido en el contrato marco. Si surge una controversia sobre uno de esos contratos de aplicación, los tribunales estatales deberán declararse incompetentes en virtud de sus normas internas a favor del tribunal arbitral. Lo mismo ocurrirá en el caso de que exista una cláusula de sumisión a ciertos tribunales estatales en el contrato marco y a otros distintos en los contratos de ejecución.

1.3.2. Cadenas de contratos

99. Como ya se ha indicado, la relación comercial de franquicia puede formar parte de una cadena de contratos, ocupando uno o más eslabones de la misma. En una relación de franquicia directa, el contrato de franquicia entre el franquiciador y el franquiciado puede ser contemplado como un primer eslabón de la cadena, siendo el siguiente el contrato de transmisión de los bienes o servicios por el franquiciado a los consumidores. En el caso de la franquicia máster, habría que añadir un escalón

sumisión. Ver también Sent. OLG Frankfurt-am-Main 21 marzo 1961, *IPrax*, n. 61, vol. 33, 1961, p. 26, que aplica a un contrato de concesión la Ley elegida para las compraventas.

⁸⁰¹ STJUE 21 mayo 2015, as. C-352/13, *Cártel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA vs. Akzo Nobel NV y otros*, FD 68: “Una cláusula atributiva de competencia sólo puede abarcar las controversias nacidas o que puedan nacer de una relación jurídica determinada, lo que limita el alcance de un pacto atributivo de competencia únicamente a las controversias que tengan su origen en la relación jurídica con ocasión de la cual se estipuló esa cláusula. Esa exigencia tiene como objetivo evitar que una parte contratante sea sorprendida por la atribución a un foro determinado de todas las controversias que puedan surgir en las relaciones que mantiene con la otra parte contratante, y que nacieran de relaciones distintas de aquellas con ocasión de las cuales se pactó la atribución de competencia (véase, en ese sentido, la sentencia *Powell Duffryn*, C-214/89, EU:C:1992:115 apartado 31)”.

⁸⁰² Sent. Cour App. Liège 31 marzo 1981, *Journ. Trib.*, 1984, p. 21, nota M. FALLON; Sent. Cour Cass. Civ. 15 marzo 1988, *Gaz. Pal.*, 1988, n. I, p. 133; Sent. Cour App. Paris 29 septiembre 1978, *Gaz. Pal.*, 1979, p. 171; Sent. Cour Cass. 29 octubre 1985, *Bull. Civ.*, vol IV, n. 254, 1985, p. 212; Sent. Trib. Com. Bruxelles 10 septiembre 1991, *Rev. dr. com. Belge*, 1992, p. 455; Sent. Trib. Com. Bruxelles 20 diciembre 1991, *Rev. dr. com. Belge*, 1992, p. 919.

intermedio, correspondiente al contrato entre el máster franquiciado y los subfranquiados, pues el paquete de franquicia se transmite del franquiciador al máster franquiciado y de éste al subfranquiado.

100. Dadas estas circunstancias, la doctrina también ha recomendado como la mejor opción el mantener la “unidad” de competencia judicial internacional de todos estos contratos, sobre todo en el caso de máster franquicia⁸⁰³. Si se mantiene esta unidad, será posible demandar ante los tribunales de un mismo Estado para resolver el contrato de máster franquicia y para decidir sobre las consecuencias que tal decisión tendrá sobre los subfranquiados⁸⁰⁴. Sin embargo, en muchas ocasiones esta unidad de jurisdicción puede resultar poco deseable para el franquiciador. Un ejemplo de ello sería el caso de que los contratos suscritos entre el máster franquiciado y los subfranquiadores sean contratos meramente internos. En este caso, para lograr la unidad de jurisdicción, el franquiciador tendría que incluir en el contrato de máster franquicia un pacto de sumisión a los tribunales del Estado en que el máster franquiciado va a desarrollar la franquicia máster, tribunales que pueden resultarle muy lejanos.

101. En el caso de que no se haya previsto tal uniformidad, se puede plantear la cuestión de la oponibilidad al siguiente eslabón de la cadena de una cláusula de sumisión contenida en un eslabón anterior. Así por ejemplo, si la cláusula de sumisión contenida en un contrato de franquicia directa es oponible al contrato entre el franquiciado y sus clientes, o si la cláusula de sumisión inserta en un contrato de máster franquicia es oponible a las relaciones entre el máster franquiciado y sus subfranquiados. A estas cuestiones la respuesta más acorde con la posición del TJUE parece ser la de negar toda posible transmisión de la cláusula de sumisión a través de la cadena. Así lo ha manifestado el alto tribunal en relación a las acciones de responsabilidad contra los fabricantes: éste ha estimado que una cláusula atributiva de jurisdicción concluida en un contrato entre el fabricante de un bien y su adquirente no puede ser impuesta al tercero subadquirente que quiere entablar una acción de responsabilidad contra el fabricante, salvo si dicho subadquirente ha dado su consentimiento efectivo en relación a la mencionada cláusula de acuerdo con las condiciones del art. 23 RB-I bis⁸⁰⁵.

⁸⁰³ En el caso de los consumidores, el pacto de sumisión está sujeto a reglas especiales. *Vid.* arts. 17 y ss. RB-I bis.

⁸⁰⁴ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 106. Como pone de manifiesto este autor, estas acumulaciones de procedimientos son mucho más difíciles de conseguir con el arbitraje, en que las técnicas de acumulación de procedimientos están mucho menos conseguidas. Ver también al respecto O. CAPRASSE, “La constitution du tribunal arbitral en cas d'arbitrage multipartite”, *Rev. Dr. Aff. Intl'es*, 2006, pp.197-215.

⁸⁰⁵ STJUE 7 febrero 2013, as. C-543/10, *Refcomp SpA vs. Axa Corporate Solutions Assurance SA, Axa France IARD, Emerson Network, Climaveneta SpA*, ECLI:EU:C:2013:62; STJCE *Jakob Handte vs. Mecano-Chimoques*, *Recopilación*, 1992, pp.3967-399. Ver en el mismo sentido la Sent. Cour Cass. Comm. 23 marzo 1999, *RCDIP*, 2000, p. 224, en la que se rechaza la posibilidad de extender la cláusula atributiva de jurisdicción contenida en un contrato al subadquirente, cuando ejerce una acción directa contra el fabricante.

1.3.3. Relaciones extracontractuales entre las partes

102. El foro de la sumisión expresa reconocido en el art. 25 RB-I bis es aplicable tanto a las acciones sobre materia contractual como extracontractual. En consecuencia, cuando un contrato de franquicia contenga una cláusula de sumisión a los tribunales de un Estado miembro, cabe plantearse la cuestión de si la misma puede aplicarse no solo para dirimir las controversias derivadas de dicho contrato (es decir, las consideradas como “materia contractual” a efectos del Reglamento) o también las posibles controversias surgidas entre las partes que no puedan considerarse como tal “materia contractual” sino como “materia extracontractual” o “delictual”⁸⁰⁶.

103. La respuesta a esta cuestión ha sido proporcionada por el TJUE en relación a un contrato de suministro (caso *Cartel Damages Claims*⁸⁰⁷). Como indica el mismo, dependerá de la forma en que la cláusula de sumisión haya sido redactada en el contrato. Así, el TJUE indica que el art. 23 RB-I (actual art. 25 RB-I bis) ha de ser interpretado en el sentido de que permita, para las reclamaciones extracontractuales, tener en cuenta las cláusulas de sumisión incluidas en un contrato, siempre que las mismas se refieran a las controversias sobre la responsabilidad incurrida. En el caso mencionado, la reclamación se basaba en una infracción del art. 101 TFUE, por lo que el TJUE exigió que la cláusula de sumisión hiciera referencia a las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de este tipo de infracción.

104. En consecuencia, si se pretende que la cláusula de sumisión cubra todo tipo de reclamaciones relacionadas con la relación jurídica de franquicia entre las partes, ya sean consideradas como materia contractual o extracontractual, se ha de redactar dicha cláusula de la forma más detallada posible. Para ello, la cláusula debería indicar que la misma se aplicará a la resolución de todo tipo de litigios derivados del contrato, así como de todo tipo de cuestiones relacionadas con la responsabilidad extracontractual que puedan tener incidencia en un contrato de franquicia. Estas son, como se verá más adelante, responsabilidad precontractual (ruptura de las negociaciones y defectos en información precontractual), infracción de Derecho de la Competencia y vulneración de derechos de propiedad intelectual o industrial.

1.4. Cláusulas abusivas y pactos de sumisión en los contratos de franquicia.

105. Como puede deducirse de lo expuesto hasta el momento, el sistema de elección de tribunales que establece el Reglamento Bruselas I bis para los contratos de franquicia está basado en la total libertad de elección por las partes. Para otros tipos de contratos, en que considera que ha de protegerse a una “parte débil”, el Reglamento

⁸⁰⁶ Sobre los conceptos de “materia contractual” y “materia extracontractual”, conceptos autónomos del Reglamento Bruselas I bis, *vid.* apartado II,2,C,b,i,2,2.1,2.1.1. de este capítulo: “Materia contractual, contrato y relaciones de franquicia”.

⁸⁰⁷ STJUE 21 mayo 2015, as. C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide y otros*, ECLI:EU:C:2015:335.

Bruselas I bis exige unos requisitos especiales tanto de fondo como de forma, pero no la hecho así en relación a la franquicia, aunque para algunos autores los franquiciados son la parte “desprotegida” de la relación. Bruselas I bis considera el contrato de franquicia como cualquier contrato más entre profesionales, entre comerciantes, y por lo tanto no establece salvaguarda alguna en relación al posible desequilibrio de poder negociador entre ambas partes del contrato al establecer la cláusula de sumisión.

106. Esta postura del Reglamento ha sido criticada en ciertas ocasiones, señalándose que los contratos de franquicia pueden funcionar en ciertos casos como contratos de adhesión, en que el franquiciador tiene un mayor poder negociador y es posible que éste intente imponer al franquiciado una cláusula de sumisión a los tribunales de su domicilio, o a los tribunales de un Estado muy alejado a éste, con el fin de desincentivar la interposición de demandas⁸⁰⁸.

107. En cualquier caso, la opción del Reglamento Bruselas I bis de tratar por igual a franquiciador y a franquiciado en el plano de la autonomía de la voluntad conflictual parece la más acertada por varias razones. En primer lugar, la posibilidad de recurrir al pacto de sumisión facilita la previsibilidad de los tribunales competentes, lo que beneficia a ambas partes, que son operadores del comercio internacional. En segundo lugar, como se ha puesto ya de manifiesto a lo largo del trabajo, tal desequilibrio contractual, que puede darse en el plano interno, no es tal en la mayoría de los contratos de franquicia internacionales, en que el franquiciado, máster o directo, tiene un conocimiento del mercado de destino y una capacidad económica muy superior a la del franquiciado que se embarca en una operación nacional. En tercer lugar, pese a las creencias existentes, la opción de someter el contrato a los tribunales del domicilio del franquiciador no es siempre la más popular, sino que en muchos casos será más conveniente someter la controversia a los tribunales del lugar en que se encontrará el establecimiento franquiciado, lo que facilita también al franquiciador la ejecución de la sentencia, pues se trata de un lugar en muy probablemente el franquiciado poseerá bienes⁸⁰⁹.

108. Como un último argumento en favor de la posición del Reglamento se puede incluir que, aún en los casos en que se diera tal desigualdad en el poder de negociación y una de las partes proporcionara a la otra la totalidad de las cláusulas contractuales a firmar, incluido el pacto de sumisión, esta posibilidad de elección de tribunales favorece el comercio internacional, que puede verse entorpecido por el hecho de que las partes de un contrato tengan que negociar separadamente cada una de las cláusulas contractuales. En este sentido, el sistema supone que la cláusula establecida por una parte y aceptada por la otra habrá sido dispuesta en beneficio de ambos contratantes. Esto es, que una cláusula haya sido insertada por un contratante no necesariamente quiere decir que perjudica al otro. En el caso de que así sea, es decir, si

⁸⁰⁸ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 267; D. P. FERNÁNDEZ ARROYO ET AL., *op. cit.*, p. 1048.

⁸⁰⁹ H. KENFACK, *La franchise...*, *cit.*, p. 385-386; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 267.

una cláusula propuesta por uno de los contratantes es inaceptable para el otro, su protección, en su condición de profesional, estará en no contratar, y buscar a otro contratante que sí esté dispuesto a negociar.

109. En consecuencia de lo expuesto, para declarar inválida una cláusula de elección de tribunales las partes únicamente podrán alegar defectos en la forma de la misma, o en su capacidad o consentimiento, pero no podrán considerar dichas cláusulas como “abusivas”, aún cuando las mismas se hallen incluidas en un contrato de adhesión o en un contrato con condiciones generales de la contratación⁸¹⁰.

110. En este sentido, tal y como indica F.J. GARCIMARTÍN, no son aplicables a estas cláusulas de sumisión, suscritas entre empresarios, las normas internas que protegen a ciertos contratantes de “condiciones generales de la contratación”: el tribunal habrá de ejercer un “control de incorporación” de dichas cláusulas –consentimiento y capacidad de las partes-, pero no podrá entrar en su contenido⁸¹¹. De este modo, no pueden ser aplicables a la misma las normas nacionales que protegen a los pequeños empresarios de cláusulas abusivas impuestas por grandes comerciantes, aunque se contengan en unas condiciones generales de la contratación o en un contrato redactado sólo por una de las partes (contrato de adhesión), ni por supuesto las normas nacionales que protegen a los consumidores, puesto que se trata de contratos entre comerciantes⁸¹². Y ello independientemente de que dichas normas de producción interna sean consideradas como “normas internacionalmente imperativas” o “Leyes de policía”, pues las mismas no tienen aplicación sobre el Reglamento Bruselas I bis⁸¹³. Pese a ello, la jurisprudencia española ha aplicado sus normas de producción interna sobre

⁸¹⁰ Muy correctamente al respecto las siguientes decisiones españolas, SAP Alicante 24 febrero 2014, n. 41/2014, RJ AC\2014\453 (contrato de gestión hotelera); AAP Tarragona 10 junio 2004, n. 60/2004, RJ JUR\2004\204232 (contrato de compra de tuberías); AAP Pontevedra 24 septiembre 2009, n. 153/2009, RJ JUR\2009\436563 (contrato de transporte marítimo); SAP Pontevedra 31 julio 2007, n. 465/2007, RJ JUR\2007\355464 (contrato de remolque marítimo); SAP Guipúzcoa 21 septiembre 2007, n. 197/2007, RJ JUR\2008\35356 (contrato de distribución de bicicletas); SAP Navarra 27 diciembre 2007, n. 229/2007, RJ JUR\2008\184460 (contrato de venta de maquinaria).

⁸¹¹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Contratos de distribución...”, *cit.*, p. 224.

⁸¹² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. I, p. 226. Ver en España, entre otros, AAP Madrid (Secc. 28ª) 16 enero 2012, n. 5/2012 (contrato de transporte de langostinos congelados desde India a España al que se pretende aplicar la normativa protectora de los consumidores) y AAP Madrid (Secc. 28ª) 18 noviembre 2010, n. 164/2010 (contrato de transporte y sumisión expresa a tribunales de Londres), FJ 3: “la eficacia de la cláusula debe examinarse con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento 44/2001, como régimen uniforme, no en otras normas como la Ley de Condiciones Generales de la Contratación o la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tampoco es aplicable el sistema previsto en la LOPJ”. En Italia, Ord. Cass Italia 12 marzo 2012, *RDIPP*, 2013, p. 147 (contrato entre sociedad italiana e inglesa con cláusula de sumisión a tribunales ingleses contenida en módulos o formularios no negociados específicamente entre las partes). En Francia, Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 21 febrero 2012, *RCDIP*, 2012, pp. 630-635, nota D. BUREAU (cláusula atributiva de jurisdicción contenida en condiciones generales de la contratación accesibles por ambas partes).

⁸¹³ Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 22 octubre 2008, pourvoi n. 07-15.823, (“*Monster Cable*”), Bulletin 2008, I, n° 233 y Sent. Cour Cass. Civ. 1re, 6 marzo 2007, *Bull. Civ. I*, 2007, n. 93; STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins*, *cit.*.

Condiciones Generales de la Contratación para considerar como no incorporada una cláusula de sumisión en un contrato entre profesionales⁸¹⁴.

111. Ejemplo. En un litigio relativo a un contrato de franquicia directa celebrado entre un franquiciador con sede en Varsovia y un franquiciado con sede en España, sometido a los tribunales varsovianos, los tribunales españoles no podrán aplicar ni el art. 54.2 LEC ni la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para anular dicha cláusula de sumisión y entrar a conocer del asunto⁸¹⁵.

112. Situación en otros sistemas jurídicos. Esta tendencia del Reglamento a la inatacabilidad de las cláusulas de elección de foro contrasta con la solución adoptada en otros sistemas jurídicos. Por ejemplo, en Paraguay, los asuntos relativos a contratos de colaboración comercial entre un fabricante o principal extranjero y un agente, distribuidor o franquiciado domiciliado en Paraguay solamente podrán ser conocidos por los tribunales de Paraguay⁸¹⁶.

113. Es también destacable el caso de Estados Unidos cuyo sistema de competencia judicial internacional está inspirado en un principio de “*substantial fairness*” y no de “*formal validity*”, como puede estarlo el sistema europeo. Si bien, como se verá más adelante, los casos de no aplicación de las cláusulas de elección son mucho más aplios en materia de Ley aplicable, también hay lugar para la flexibilidad en materia de elección de foro. La *US Supreme Court* ha determinado que las cláusulas de elección de foro han de respetarse salvo que exista “fraude, influencia indebida o un desmesurado control del poder de negociación por una de las partes contratantes frente a la otra”⁸¹⁷. Esta defensa basada en el desequilibrio negociador de las partes se desarrolla en dos requisitos: (i) la cláusula ha tenido que ser impuesta por una parte con un poder de negociación mayor y (ii) la cláusula solamente beneficia a la parte que la ha propuesto, dejando a la otra parte en una posición peor que la que habría tenido si la

⁸¹⁴ AJMER Barcelona 11 octubre 2006, JUR\2007\38853, sobre una cláusula de sumisión a los tribunales de Turquía contenida en un conocimiento de embarque –contrato de transporte marítimo internacional-, FJ 7 y ss. En este Auto, el órgano juzgador considera que la cláusula de sumisión es inaplicable porque la misma no aparece firmada por las partes tal y como exige la LCGC española, que considera directamente aplicable al caso.

⁸¹⁵ Art. 54.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE n. 7 de 8 enero 2000: “No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios”. Este artículo se refiere a la competencia territorial y no a la competencia judicial internacional. Ver M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Art. 3 Ley sobre condiciones generales de la contratación”, en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ / L. DíEZ PICAZO, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 145-229, esp. p. 146.

⁸¹⁶ Ley 194/1993, que aprueba con modificaciones el Decreto Ley n. 7 del 27 de marzo de 1991, por el que se establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay, GO 1993, pp. 1-4.

⁸¹⁷ *Bremen v. Zapata Off-shore Co.*, US 1, 12-13 (1972): “...fraud, undue influence or overweening bargaining power...”; *Scherk v. Alverto-Culver Co.*, 417 US 506 (1974); *Stewart Org. v. Ricoh*, 487 US 22 (1988).

cláusula no hubiera sido incorporada al contrato⁸¹⁸. Esto ha sido aplicado en varias ocasiones a contratos de *franchising*⁸¹⁹.

114. La doctrina en general se ha mostrado favorable a esta posición, pues en Estados Unidos prima la consideración del franquiciado como parte débil⁸²⁰. Se ha subrayado que es una forma de evitar que el franquiciador pueda imponer al franquiciado la elección de una jurisdicción distante, que le sea inconveniente, o que tal elección de foro venga determinada únicamente por razones de *forum shopping* (porque la misma vaya a aplicar una legislación favorable para el franquiciador)⁸²¹.

115. No obstante, se han de realizar dos salvaguardas. La primera es que la cuestión es muy diferente cuando la jurisdicción elegida es el arbitraje. En estos casos, la *Supreme Court* se ha mostrado muy favorable a la aplicación de las cláusulas de sumisión⁸²². En segundo lugar, no existe en materia de competencia judicial internacional la posibilidad de anular una cláusula de elección porque la apreciación de la misma pueda dar lugar a la aplicación de una Ley que contravenga una normativa “estatal”, como las normas protectoras de los franquiciados, sino únicamente “federal”, como por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión⁸²³.

⁸¹⁸ *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 US 585 (1991), en la que la *Supreme Court* consideró que la cláusula, impuesta por una parte, suponía un beneficio para ambas partes contratantes. Ver también STEPHEN B. BURBANK “Jurisdictional Conflict and Jurisdictional Equilibration: Paths to a Via Media”, *Houston J. Int'l L.*, vol. 26, n.2, 2004, pp. 385-394, esp. p. 390 y ARTHUR T. VON MEHREN, *Theory and Practice of Adjudicatory Authority in PIL: a Comparative Study of the Doctrines, Policies and Practices of Common Law and Civil Law Systems*, Brill - Nijhoff, Leiden, 2007, p. 313.

⁸¹⁹ *Standard Office Systems v. Ricoh*, 742 F. Supp. 534 (WD Ark. 1990); *Cutter v. Scott & Fetzer Co.*, 510 F. Supp. 905 (ED Mich. 1981); *Kubis & Perszyk Associates, Inc. v. Sun Microsystems, Inc.*, 680 A.2d 618, 626 (N.J. 1996); *Korean Am. Broad. Co., Inc. v. Korean Broad Sys.*, 2012 WL 1080260 (N.D. III. Mar. 29, 2012); *Business Store, Inc. v. Mail Boxes et al.*, 2012 WL 525966 (D.N.J. Feb. 16, 2012); *Phoenix Surgicals, LLC v. Blackstone Med., Inc.*, 2011 WL 63992 (D. Conn. Jan. 3, 2011), *Brown Dog, Inc. v. The Quizno's Franchise Co., LLC*, 2004 WL 1114427 (W.D. Wis. May 13, 2004); *Jones v. GNC Franchising, Inc.*, 211 F.3d 495 (9th Cir. 2000).

⁸²⁰ HOUSE COMMITTEE ON SMALL BUSINESS OF THE HOUSE OF REPRESENTATIVES, *Franchising in the U.S. Economy: prospects and problems*, US G.P.O., Washington, 1990, p. 49: “Advantages of financial strength, access to information and to legal advice create a gross disparity of bargaining power in favor of the franchisor and results in one-sided franchise agreements that are offered, and generally accepted, no a take-it-or-leave-it basis”. En el mismo sentido, H. BROWN, *Franchising: Realities and Remedies*, Law Journal Press, Nueva York, 1985, p. 1.03; G. F. CARPINELLO, *op. cit.*, p. 67.

⁸²¹ Ver G. F. CARPINELLO, *op. cit.*, p. 88. En contra, M.J. KELSON, “Choice of Law, Venue and Convenient-to-Jurisdiction Provisions in California Commercial Lending Agreements”, *Loyola of LA L. Rev.*, n. 23, 1990, pp. 1337-1384, esp. p. 1339, partidario del respeto absoluto tanto al pacto de sumisión como al de elección de Ley.

⁸²² *Mitsubishi Motors Corp. V. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 US 614, 637, n. 19, 105 Ct., 334446, (1985); *Rev. arb.*, 1986, pp. 273 y ss, nota de J. ROBERT; *IPrax*, 1986, pp. 313-316.

⁸²³ *G&R Moojectic Treats Inc. v. Maggiemoo's Int'l, LLC*, 2004 WL 1110423 (S.D.N.Y. May 19, 2004). En este litigio entre un franquiciador de helados y dos franquiciados existía una cláusula de sumisión a los tribunales de Maryland, aunque los franquiciados interpusieron su demanda ante los tribunales de Nueva York. El tribunal declare que la cláusula tenía que ser respetada y se declaró incompetente. Otros ejemplos en el mismo sentido son *HOODZ Int'l, LLC v. Toshiaddi*, 2012 WL 883912 (E.D. Mich. Mar. 14, 2012) (haciendo cumplir la cláusula de sumisión frente a la Ley californiana protectora de los franquiciados); *Big O Tires, LLC v. Felix Bros., Inc.*, 724 F. Supp. 2d 1107 (D. Colo. 2010) (Ley de

2. Pacto de sumisión expresa en favor de los tribunales de un tercer Estado

116. Dado que este trabajo se realiza desde la perspectiva de los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea, en esta sección solamente se estudiarán los efectos que puede tener un pacto de sumisión en favor de tribunales de terceros Estados cuando la demanda se presente ante los tribunales de un Estado miembro⁸²⁴. El Reglamento Bruselas I bis, al igual que sus predecesores, no se ha manifestado sobre su aplicabilidad a esta cuestión. En otras palabras, no existe en el Reglamento un pronunciamiento expreso sobre si dicha cláusula de sumisión a un tercer Estado ha de ser examinada conforme al Reglamento o conforme a las normas de producción interna de cada Estado miembro. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia han distinguido dos casos:

117. El primero de ellos es aquél en que el demandado impugna la competencia del tribunal europeo ante el que se ha planteado la demanda alegando la existencia de tal acuerdo de sumisión a un tercer Estado. ¿Se ha de aplicar al examen de la validez de dicho acuerdo el Reglamento Bruselas I bis o la normativa interna de cada Estado? La posición mayoritaria ha sido la de considerar que los efectos de estas cláusulas se han de determinar conforme al Derecho internacional privado de producción interna de cada Estado, y no conforme al EPIL, pues el Reglamento únicamente se refiere a la sumisión a los tribunales de Estados miembros⁸²⁵. Sin embargo, después del caso *Owusu*⁸²⁶, y más aún, del caso *Apostolides*⁸²⁷, un sector de la doctrina comenzó a considerar que el Reglamento seguía siendo de aplicación a pesar de dicho pacto de sumisión, de forma que, si concurría algún foro de los previstos en dicho Reglamento, estos tribunales debían declararse competentes y entrar a conocer del caso⁸²⁸. Pese a ello, la postura

California); *Park Inn Int'l, LLC v. Mody Enters., Inc.*, 105 F. Supp. 2d 370 (D.N.J. 2000) (Ley de Nuevo México); *Szymczyk v. Signs Now Corp.*, 606 S.E. 2d 728 (N.C. App. 2005) (Ley de North Carolina); *Bakhsh v. JACRRC Enters., Inc.*, 895 P. 2d 746 (Okla. Ct. App. 1995) (Ley de Oklahoma); *My Café-CCC, Ltd. V. Lunchstop, Inc.*, 107 S.W.3d 860 (Tex. Ct. App. 2003) (Ley de Texas).

⁸²⁴ Si la demanda se presenta ante los tribunales de ese tercer Estado, o de cualquier otro Estado que no sea parte de la Unión Europea, esos tribunales examinarán la cláusula de sumisión conforme a sus propias normas de competencia judicial internacional.

⁸²⁵ Vid. P. SCHLOSSER, "Informe relativo al Convenio de Bruselas de 1968", 9 octubre 1978, *DOUE* 1979, pp. C-59/72 y ss, párrafo 176.

⁸²⁶ STJCE 1 marzo 2005, *Owusu*, *cit.*. En este caso el TJUE concede la competencia a un tribunal de un Estado Miembro conforme al Reglamento en base al foro del domicilio del demandado, cuando existía una competencia concurrente de un tribunal de un tercer Estado, no por cláusula atributiva de jurisdicción, sino por ser el lugar en que se había producido el daño. La cuestión es si la cuestión se habría resuelto de la misma manera si el tribunal del tercer Estado hubiera sido competente en virtud de una cláusula atributiva de jurisdicción.

⁸²⁷ STJUE 28 abril 2009, as. C-420/07, *Meletis Apostolides v David Charles Orams and Linda Elizabeth Orams*, RJ 2009 I-03571. En este caso, el TJUE considera aplicable el Reglamento y reconoce la competencia de los tribunales chipriotas para entrar a conocer del caso independientemente de la existencia de una competencia exclusiva en favor de un tercer Estado (bien inmueble situado en la parte turca de Chipre).

⁸²⁸ Y. LOUSSOUARN / P. BOURREL / P. VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 773.

mayoritaria de la doctrina y la única mantenida por la jurisprudencia sigue siendo que estas cláusulas se rigen por la normativa interna de cada Estado, que suele respetar su exclusividad⁸²⁹. Esta parece la postura más acertada por dos razones. En primer lugar, porque facilita el respeto a los pactos de sumisión y en definitiva el comercio de la Unión Europea con terceros Estados. Si los tribunales europeos no respetaran las cláusulas de sumisión a terceros Estados, la Unión Europea presentaría una desventaja competitiva frente a otros Estados que sí respetan dichos pactos. Por otro lado, porque la aplicación analógica de decisiones del TJUE en relación a los foros exclusivos a otros foros no puede realizarse con ligereza⁸³⁰.

118. El segundo caso es aquél en que el demandado no impugna la competencia del tribunal ante el que se plantea la demanda. En este caso, el TJUE se ha pronunciado en relación a un contrato de distribución celebrado entre una empresa con domicilio en Estados Unidos y otra empresa con domicilio en Rumanía, con pacto de sumisión a unos tribunales estadounidenses (caso *Taser*)⁸³¹. La empresa estadounidense presenta una demanda de incumplimiento contractual ante los tribunales de Rumanía, y el demandado contesta al fondo del asunto. Conforme al TJUE, se ha de aplicar el Reglamento Bruselas I (y por lo tanto también su refundición) para afirmar la competencia del tribunal ante el que se ha planteado la demanda en estos casos, y ello independientemente de que exista un acuerdo atributivo de competencia a un tribunal de un tercer Estado, pues el foro de la sumisión tácita se aplica independientemente de que exista dicho pacto (caso *Taser*, FJ 23 y 24)⁸³².

⁸²⁹ Ver por ejemplo AJMER Barcelona 11 octubre 2006, JUR\2007\38853, FJ 5, 6 y 19, sobre cláusula de sumisión a los tribunales de Turquía en un conocimiento de embarque. En el caso de Reino Unido, esta opción se ha mantenido para que el tribunal no perdiera su “poder moderador” (*forum non conveniens*). Vid. por ejemplo la Sent. High Court of Justice (Queen’s Bench Division, Commercial Court), 10 mayo 2005, Nota de H. MUIR WATT, *Rev. crit. DIP.*, 2005, p. 722 y ss.

⁸³⁰ Como ha indicado el TJUE en varias ocasiones: “A la vista del lugar que este precepto ocupa en el sistema de dicho Reglamento y de la finalidad perseguida, las reglas de competencia que establece dicho precepto tienen carácter exclusivo e imperativo que se impone con una fuerza específica tanto para las partes como al juez” (STJUE 12 julio 2012, as. C-616/10, *Solvay SA v. Honeywell Fluorine Products Europe BV y otros*, ECLI:EU:C:2012:445, FJ 44).

⁸³¹ STJUE 17 marzo 2016, *Taser*, *cit.*, FJ 21-25.

⁸³² FJ 23: “Por consiguiente, la regla general sobre la prórroga tácita de la competencia del juez al que se ha sometido el litigio se aplica, salvo en los casos que figuran expresamente entre las excepciones previstas en la segunda frase del citado artículo 24. En la medida en que la prórroga de competencia mediante acuerdo atributivo de competencia, en el sentido del artículo 23 del Reglamento n.º 44/2001, no figura entre esas excepciones, el Tribunal de Justicia declaró que ninguna razón relacionada con el sistema general o con los objetivos del mencionado Reglamento llevaba a considerar que a las partes les estuviera vedado someter un litigio a un órgano jurisdiccional distinto del estipulado en su acuerdo (véase, en este sentido, la sentencia *ČPP Vienna Insurance Group*, C-111/09, EU:C:2010:290, apartado 25)”.

FJ 24: “Este razonamiento se aplica tanto a los acuerdos atributivos de competencia a los tribunales de un Estado miembro como a los que la atribuyen a los tribunales de un Estado tercero, ya que la prórroga tácita de competencia en virtud del artículo 24, primera frase, del Reglamento n.º 44/2001 se basa en una elección deliberada de las partes del litigio relativa a dicha competencia (véase la sentencia *A*, C-112/13, EU:C:2014:2195, apartado 54). Por lo tanto, como se desprende del apartado precedente de la presente sentencia, la cuestión relativa a la aplicabilidad del artículo 23 de ese Reglamento es irrelevante”.

119. También se ha de tener en cuenta el art. 26.6 del Convenio de La Haya sobre elección de foro, que prevé su propia aplicación en los casos en que al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado que sea parte de dicho Convenio⁸³³. Este instrumento permite otorgar efecto exclusivo a las cláusulas que atribuyen competencia a tribunales de terceros Estados⁸³⁴. Dado que actualmente son parte del mismo la Unión Europea, Méjico y Singapur, si el tribunal de un Estado miembro se encuentra ante una cláusula de sumisión a alguno de estos dos Estados alegada por una de las partes tendrá que declararse incompetente o suspender el procedimiento (art. 6 Convenio)⁸³⁵.

3. Pacto de sumisión a arbitraje y/o a medios alternativos de solución de controversias

120. El estudio de la competencia *judicial* internacional únicamente engloba los casos en que puede declararse competente un tribunal estatal. Sin embargo, dada su creciente importancia en el panorama del comercio internacional, a continuación se abordan otras opciones a las que pueden someterse las partes de un contrato de franquicia para dirimir una controversia. Estas opciones, conocidas por sus siglas en inglés como “ADR” (*alternative dispute resolution*) o en español como “MASC” (mecanismos alternativo de solución de controversias) engloban procesos tan dispares como son la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje.

121. No todos estos mecanismos son iguales. La negociación se produce de forma directa entre las partes, mientras que la mediación, la conciliación y el arbitraje implican la intervención de un tercero. Junto con estas figuras, han surgido otras nuevas como los “*advisory boards*”. Todas ellas serán analizadas, pero se dedicará especial atención al arbitraje, el medio más consolidado y el que más se utiliza en el ámbito de los contratos de franquicia como una alternativa a la vía judicial, pues en el mismo la decisión del árbitro es vinculante para las partes, estén éstas de acuerdo o no. Los demás métodos, incluida la mediación, se encuentran aún en una etapa embrionaria de implantación⁸³⁶. Dado que este trabajo se realiza desde el punto de vista de los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea, los efectos de la sumisión a estos medios alternativos solamente se estudiarán en la medida en que afecten a la competencia de dichos tribunales, es decir, cuando a pesar de existir una cláusula de sumisión a algún MASC la demanda se plantee ante los tribunales de un Estado miembro.

⁸³³ Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=98> (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁸³⁴ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome II, p. 376.

⁸³⁵ Un listado actualizado de los Estados parte en este Convenio puede consultarse en la página oficial de la HCCH : <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=98> (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁸³⁶ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 104.

3.1. El arbitraje

122. El arbitraje es una de las alternativas más recurrentes a la hora de dirimir una controversia comercial internacional derivada de un contrato de franquicia⁸³⁷. A su favor respecto del recurso a los tribunales estatales se suele aducir su mayor celeridad y la mayor especialización técnica de las personas que se encargarán de la resolución del litigio. Otra de sus ventajas es su alta ejecutividad, que se basa en su difícil apelación y la fácil circulación transfronteriza de los laudos arbitrales. Además de las razones expuestas, la doctrina incluye la complejidad de los contratos de franquicia para recomendar el recurso al arbitraje⁸³⁸.

123. Sin embargo, la decisión de recurrir al arbitraje ha de sopesarse muy bien antes de ser incluida en el contrato de franquicia, ya que puede no ser la opción más recomendable. Para el franquiciado, por los costes que suele conllevar, y para el franquiciador, porque en ocasiones le interesará más el recurso a los tribunales estatales, con vistas a establecer un precedente de cara a desavenencias similares con otros franquiciados.

124. En cualquier caso, se trata de un medio de solución de controversias muy extendido en la franquicia. En España, por ejemplo, resulta parte de la información obligatoria que se ha de suministrar al registro de franquiciadores la disponibilidad del franquiciador de someterse a arbitraje⁸³⁹. Esta familiaridad del contrato con el arbitraje ha hecho que existan cortes especializadas en arbitraje de franquicias que se encuentran abiertas a la resolución de pleitos tanto relativos a contratos nacionales como internacionales. Algunas de estas tienen su sede en las asociaciones de franquicias (IFA, EFA, AFA...) y otras son independientes, como la Corte Española de la Franquicia⁸⁴⁰. Las cortes arbitrales no especializadas, como la ICC, también resuelven cada vez más pleitos relacionados con estos contratos internacionales. De acuerdo con el último *ICC Statistical Report*, el porcentaje de controversias relativas a contratos de distribución, en los que se incluye la franquicia, fue de un 6%⁸⁴¹.

⁸³⁷ “La rebelión de los franquiciados”, *Diario El País*, Sección de Sociedad, versión online, 22 abril 2014, disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/21/actualidad/1398109531_306439.html (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁸³⁸ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 104.

⁸³⁹ En España, en el Registro oficial de franquicias dependiente de la Secretaría de comercio se puede consultar esta información: <http://franquicias.comercio.es/> (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁸⁴⁰ La Corte Española de la Franquicia, de acuerdo con su Reglamento, administrará las mediaciones y los arbitrajes que se le sometan y que se deriven o relacionen con un contrato de franquicia, o aquellas que expresamente se sometan a la misma. La institución fue creada en 2002 promovida por la AEF y está formada por árbitros especializados en el contrato de franquicia. Los laudos que emite son firmes y de muy difícil apelación. La Corte se compromete a dictar el laudo en un plazo máximo de seis meses desde que se acepta por el árbitro la resolución de la controversia. Ver el Reglamento de la Corte Española de la Franquicia: http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/Es/images/stories/REGLAMENTO_CEF.pdf (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁸⁴¹ “Statistical Report”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 25, n. 1, 2014, pp. 5-17, p. 14.

125. Su alta utilización no se debe únicamente a las razones expuestas anteriormente, sino también a la Reglamentación favorable al arbitraje que han llevado a cabo los distintos Estados miembros. La firma por todos ellos del Convenio de Nueva York de 1958 relativo al reconocimiento y a la ejecución de laudos arbitrales extranjeros es una muestra de ello⁸⁴². En esta misma tendencia se enmarcan otras actuaciones de los Estados miembros como el reconocimiento de la autonomía de la cláusula compromisoria y del principio “*kompetenz-kompetenz*”, y una mayor permisividad respecto a las materias susceptibles de arbitraje⁸⁴³.

126. Junto con el Convenio de Nueva York 1958, el arbitraje internacional se regula por las Leyes de cada Estado miembro. La sumisión a un tribunal arbitral no está regulada por la normativa europea. El arbitraje internacional está excluido del Reglamento Bruselas I bis y tampoco tiene un Reglamento propio, sino que es una cuestión que se confía a cada Estado miembro⁸⁴⁴. Cada Estado miembro sigue siendo soberano para elegir el “campo” que deja a este mecanismo de resolución de controversias y para determinar la forma de organizar las relaciones entre sus tribunales y las cortes arbitrales⁸⁴⁵.

127. En consecuencia, si se presenta una demanda a un tribunal estatal de un Estado miembro relativa a un contrato de franquicia que contenga una cláusula compromisoria, éste tendrá que decidir sobre la validez de la misma en virtud de sus normas de producción interna y no del Reglamento Bruselas I bis (apartado 3.1.1). Estas mismas normas se utilizarán para determinar si el contrato de franquicia es “arbitrable” o no (apartado 3.1.2), así como para interpretar la cláusula (apartado 3.1.3).

128. Antes de adentrarse en dichas cuestiones es necesario realizar una aclaración terminológica. Qué se considera un “arbitraje internacional” varía de Estado a Estado⁸⁴⁶. Esto ha de ser tenido en cuenta a la hora de determinar qué normativa se aplica al

⁸⁴² UNCITRAL, “Status Map of the Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status_map.html

⁸⁴³ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome I, p. 178.

⁸⁴⁴ El mantenimiento de esta exclusión ignoró la recomendación de la Comisión de incorporar un régimen de litispendencia que impusiera a los jueces de todo otro Estado miembro suspender el procedimiento en beneficio de la jurisdicción arbitral. *Vid.* R. GARNETT, “Coexisting and Conflicting jurisdiction and arbitration clauses”, *JPIL*, 2013, pp. 361-386, esp. 361; L. RADICATI DI BROZOLO, “Arbitration and the draft revised Brussels I Regulation: seeds of home country control and of harmonisation”, *JPIL*, 2011, p. 423-460, esp. 423.

⁸⁴⁵ En España el arbitraje internacional está regulado por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE núm. 309, de 26 diciembre 2003. En Francia, por los artículos 1504 y ss. *Code de Procédure Civile*, que reenvía a los artículos relativos al arbitraje interno, regulado en los arts. 1492 y ss. del mismo código.

⁸⁴⁶ Este término no ha de confundirse además con el de “sentencias arbitrales extranjeras” que utiliza el Convenio de Nueva York de 1958 para referirse a los laudos arbitrales dictados en el territorio de un Estado distinto de aquél para el que se solicita el reconocimiento o el *exequatur*.

arbitraje de un contrato que el Reglamento Bruselas I consideraría como “internacional” (un contrato con presencia de un elemento extranjero), si la del arbitraje internacional o la del arbitraje interno.

129. En la mayoría de Estados el concepto de “arbitraje internacional” suele ser muy amplio, por lo que suele cubrir toda controversia relativa a un “contrato internacional de franquicia” tal y como han sido definidos en este trabajo. Por ejemplo, en España, la Ley de Arbitraje define el arbitraje internacional como aquél en que (i) en el momento de la celebración del convenio, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes (arbitraje transfronterizo); o (ii) el lugar de arbitraje, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones del contrato, o el lugar con que dicha relación presente unos vínculos más estrechos se encuentre situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; o (iii) que la relación jurídica “afecte a intereses del comercio internacional” (art. 3 LA)⁸⁴⁷. En Francia el *Code de procédure civile* solamente se refiere a la tercera opción, es decir, el arbitraje se considerará internacional cuando afecte a los intereses del comercio internacional (art. 1492 CPC), lo que ha sido interpretado de manera muy amplia por la jurisprudencia⁸⁴⁸.

3.1.1. Validez del convenio arbitral

130. Competencia de los tribunales de los Estados miembros para determinar la validez de un convenio arbitral. En primer lugar, resulta indispensable determinar si los tribunales de los Estados miembros tendrán competencia para juzgar sobre la validez de una determinada cláusula compromisoria contenida en un contrato de franquicia, o si dicha competencia corresponde exclusivamente a los árbitros⁸⁴⁹. Como se ha indicado, estas cuestiones vienen determinadas por el Derecho de cada Estado miembro, incluido el Convenio de Nueva York de 1958, que proporciona algunas indicaciones. De dichas normas pueden extraerse ciertas notas generales. Así, puede afirmarse que ello dependerá del objeto del proceso en que se cuestione la validez de la cláusula. Se han de distinguir dos supuestos:

131. i. La validez del convenio arbitral constituye el objeto del proceso. Cuando la validez del convenio arbitral se plantea en vía principal, es decir, cuando el objeto del proceso sea únicamente lograr la declaración de nulidad de la cláusula arbitral, solamente serán competentes para conocer de dicho proceso los árbitros señalados por la cláusula cuya validez se cuestiona. Esta competencia les viene otorgada por la propia

⁸⁴⁷ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE núm. 309, de 26 diciembre 2003.

⁸⁴⁸ Sobre el concepto francés de “arbitraje internacional” *vid.* PH. FOUCHARD / B. GOLDMAN / E. GAILLARD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, §78 y ss.

⁸⁴⁹ PH. FOUCHARD / B. GOLDMAN / E. GAILLARD, *op. cit.*, §660; J. J. BARCELÓ, “Who decides the arbitrator’s jurisdiction? Severability and competence-competence in transnational perspective”, *Vand. J. Transnat’l L.*, n. 36, vol. 4, 2003, p. 115-138.

cláusula en virtud del principio “*Kompetenz-Kompetenz*” (arts. 1458 CPC –Francia- y art. 11 y 22 Ley de Arbitraje –España-) ⁸⁵⁰.

132. Ejemplo. La asociación de franquiciados europeos de *Andrea Napolitano* una empresa de ropa infantil con sede en España, presenta una demanda ante los tribunales españoles para que declaren la nulidad de una cláusula compromisoria contenida en todos los contratos de franquicia suscritos por dichos franquiciados. ¿Tiene competencia para decidir sobre la validez de la cláusula el tribunal español?

133. El tribunal español no es competente para conocer del caso. Éste ha de declararse incompetente en virtud de los artículos 11 y 22 LA, que otorgan al tribunal arbitral designado la competencia exclusiva para decidir sobre la validez del convenio en vía principal.

134. ii. *La validez del convenio arbitral constituye una cuestión incidental del proceso.* Cuando el objeto del proceso sea un objeto “material” (que se pida, por ejemplo, la resolución del contrato de franquicia) en que la cuestión de la validez de la cláusula surja como una excepción a la competencia del tribunal arbitral, la competencia para decidir sobre dicha validez será también de los árbitros, pero no de forma exclusiva. Como ha indicado el TJUE en un caso relativo al Reglamento Bruselas I, los tribunales estatales que tendrían competencia judicial internacional en ausencia de la cláusula podrán controlar también dicha validez cuando se plantee el asunto ante dicho tribunal (caso *West Tankers*) ⁸⁵¹. Cuando una de las partes acuda ante tribunales estatales para conocer de un asunto sobre el que existe un convenio arbitral la otra parte puede interponer una excepción declinatoria construida sobre la existencia de ese convenio ⁸⁵². En tal supuesto, estos tribunales podrán conocer, incidentalmente, sobre la cuestión de la existencia y validez del convenio arbitral, siempre que dispongan de un foro de competencia judicial internacional para conocer del caso ⁸⁵³. Si el tribunal estatal estima que el convenio arbitral existe y es válido, tendrá que declararse incompetente e indicar

⁸⁵⁰ Sent. Cass. Civ. 1ere, 7 junio 2006, *Rev. arb.*, 2006, pp. 945 y ss., nota de E. GAILLARD.

⁸⁵¹ STJUE 10 febrero 2009, as. C-185/07, *Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*, RJ 2009, p. I-00663, FJ 26: “A este respecto, como indica la Abogado General en los puntos 53 y 54 de sus conclusiones, debe considerarse que si por objeto del litigio, es decir, por la naturaleza de los derechos que deben salvaguardarse en un procedimiento, como una demanda de indemnización de daños y perjuicios, ese procedimiento está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 44/2001, una cuestión previa relativa a la aplicabilidad de un convenio arbitral que incluya, en particular, su validez, está igualmente comprendida en ámbito de aplicación de dicho Reglamento. (...)”.

⁸⁵² En España, esta opción está permitida por el art. 39 LEC.

⁸⁵³ Como indica la STJUE 10 febrero 2009, *Allianz*, cit., FJ 33: “Corrobora esta conclusión el artículo II, apartado 3, de la Convención de Nueva York, según la cual, el tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo de arbitraje, remitirá las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho pacto es nulo, ineficaz o inaplicable”.

a las partes que deben litigar ante el órgano arbitral pactado (art. II.3 CNY 1958⁸⁵⁴). Si el tribunal estatal estima que el convenio arbitral no existe o no resulta válido, podrá conocer de la controversia al disponer de un foro de competencia judicial internacional al efecto⁸⁵⁵.

135. Esta cuestión incidental puede plantearse en el marco de un litigio regido por el Reglamento Bruselas I bis sin que por ello se vulnere la excepción de la materia de arbitraje de este Reglamento⁸⁵⁶. En el caso de que un tribunal de un Estado miembro conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje y sobre el que tendría competencia en virtud del Reglamento Bruselas I bis, dicho tribunal puede remitir a las partes al arbitraje, suspender o sobreseer el procedimiento, o examinar si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional (Cons. 12 RB I-bis). Si el tribunal decide conocer del asunto tras haber estimado que un convenio arbitral era nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable y dicta sentencia sobre el fondo del asunto con arreglo a las normas de competencia recogidas en el Reglamento Bruselas I-bis, dicha sentencia sobre el fondo puede ser reconocida y ejecutada con arreglo al mencionado Reglamento⁸⁵⁷.

136. Ejemplo. El máster franquiciado para el territorio de Francia de la empresa de moda infantil *Andrea Napolitano*, con sede en España, presenta una demanda ante los tribunales españoles para que declaren resuelto el contrato de máster franquicia por incumplimientos de la franquiciadora, alegando de forma previa que la cláusula compromisoria contenida en el contrato es nula. ¿Tienen competencia los tribunales españoles para decidir sobre la validez de la cláusula compromisoria?

137. Sí la tienen, pues la cuestión se ha planteado de forma incidental en un procedimiento cuyo objeto principal es la resolución del contrato de franquicia (art. 11 LA y cdo. 12 RB-I bis). El caso se encuentra sujeto al Reglamento Bruselas I bis, pues el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro. En consecuencia, los tribunales españoles serán competentes para decidir sobre la validez de la cláusula arbitral, para lo que tendrán que aplicar su Derecho interno y para conocer del fondo del asunto, si consideran tal cláusula como nula, ineficaz o inaplicable.

⁸⁵⁴ Art. II.3 CNY 1958: “El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

⁸⁵⁵ *Vid.* AAP Barcelona (secc. 17ª) 28 mayo 2009, n. 95/2009 (contrato de agencia y cláusula de arbitraje) y STS 10 marzo 2010, n. 1132/2010, FJ 3 (contrato de distribución y cláusula de arbitraje).

⁸⁵⁶ STJUE 10 febrero 2009, *Allianz, cit.*,.

⁸⁵⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. I, p. 191.

138. Los tribunales estatales también tendrán competencia para decidir sobre la validez de la cláusula compromisoria cuando dicha validez se plantee como una cuestión incidental en un procedimiento de exequátur del laudo arbitral. En este caso, serán los tribunales competentes para otorgar dicho exequátur los que tendrán también competencia para analizar dicha cláusula. Dichos tribunales podrán denegar tal exequátur si consideran que el convenio arbitral es nulo o inexistente (art. V.1.a CNY 1958)⁸⁵⁸. Junto con ello, y pese a que el Convenio de Nueva York 1958 no indica nada, las leyes de arbitraje de algunos Estados también permiten la posibilidad de controlar la validez de la cláusula arbitral en un proceso de anulación del laudo arbitral⁸⁵⁹.

139. Ejemplo. Se insta en España el *exequátur* de un laudo arbitral dictado en Francia que condena a la empresa franquiciadora española *Andrea Napolitano* a pagar a su máster franquiciado para el territorio francés una indemnización por incumplimiento del contrato de franquicia suscrito entre ellos. La empresa española se opone alegando que la cláusula arbitral contenida en el contrato fue falsificada por el máster franquiciado. ¿Puede el tribunal español al que se le ha solicitado la declaración de ejecutividad decidir sobre la validez de dicha cláusula?

140. El tribunal español tiene competencia para decidir sobre la validez de la cláusula compromisoria en virtud del art. 46 LA y del art. V.1.a CNY, pues la cuestión se ha planteado como motivo de denegación del exequátur.

141. Por el contrario, un tribunal de un Estado miembro no podrá decidir sobre la validez de una cláusula arbitral en un procedimiento de reconocimiento o ejecución de una sentencia dictada por los tribunales de otro Estado miembro a pesar de la existencia de tal convenio arbitral. El art. 45.1 RB-I bis no contempla como motivo de oposición al reconocimiento la incompetencia del juez de origen y el art. 45.3 RB-I bis expresamente indica que no podrá procederse a la comprobación de dicha competencia salvo ciertos supuestos tasados. Cuando no se aplique el Reglamento, habrá que estar a lo dispuesto por las normas de reconocimiento y exequátur de producción interna de cada Estado miembro. En defecto de Convenio internacional, en España se aplicará el art. 46 de la LCJI, que en su apartado primero, letra “c” permite controlar la competencia judicial internacional del juez de origen con algunas condiciones⁸⁶⁰.

⁸⁵⁸ Auto TSJ Cataluña 16 octubre 2014; Ref. ECLI:ES:TSJCAT:2014:324A.

⁸⁵⁹ Esta posibilidad está permitida por ejemplo por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, *BOE* núm. 309 de 26 diciembre 2003.

⁸⁶⁰ Art. 46.1 LCJI : “*Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: (...) c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española*”.

142. Ejemplo. Se insta en España la ejecución de una sentencia dictada en Francia que condena a la empresa franquiciadora española *Andrea Napolitano* a pagar a su máster franquiciado para el territorio francés una indemnización por incumplimiento del contrato de franquicia suscrito entre ellos. La empresa española se opone alegando que dicho contrato contenía una cláusula arbitral válida que no fue tenida en cuenta por el tribunal francés. ¿Puede el tribunal español al que se le ha solicitado la ejecución decidir sobre la validez de dicha cláusula?

143. El tribunal español no puede entrar a decidir sobre la validez de dicha cláusula y por lo tanto sobre la competencia del juez francés, pues así se lo prohíbe el art. 45.3 RB-I bis. Por consiguiente, si no aprecia ningún otro motivo de denegación, tendrá que ejecutar la resolución francesa.

144. En conclusión de lo expuesto puede afirmarse que el control judicial sobre la validez legal del convenio arbitral es siempre incidental y se produce bien con la interposición de una excepción declinatoria basada en dicho convenio arbitral, bien con ocasión de la solicitud del *exequatur* o de la nulidad del laudo arbitral⁸⁶¹.

145. Requisitos de validez de la cláusula arbitral a controlar por los tribunales de los Estados miembros. Los tribunales de los Estados miembros podrán comprobar tanto la validez material (consentimiento y capacidad de las partes) como formal de la cláusula arbitral. Al tratarse de una cuestión sujeta al Derecho de producción interna de cada Estado y dada la ambigüedad del precepto recogido al respecto en el Convenio de Nueva York, no existe una práctica uniforme en la Unión Europea sobre la Ley conforme a la cual han de controlarse dichos requisitos⁸⁶².

146. La norma del Convenio de Nueva York se refiere al control de la validez de la cláusula en el momento del *exequatur* del laudo. Sujeta dicho control a la Ley a la que las partes hayan sometido dicho acuerdo, y en su defecto, a la Ley del país en que se haya dictado el laudo (art. 5.1.a CNY 1958) pero nada indica sobre la Ley aplicable a dicho control en un momento previo a la celebración del arbitraje. Algunos Estados miembros han cubierto tal laguna con su normativa interna, mientras otros lo han hecho por vía jurisprudencial⁸⁶³. Lo que sí puede afirmarse es que este control de validez se

⁸⁶¹ F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, Bruselas, 1993, p. 615 ; A. NUYTS, “Le contrôle de l’arbitrabilité selon la loi du for dans les Conventions de New York et de Genève et les concessions de vente exclusive à durée indéterminée en Belgique”, *Rev. dr. com. belge*, 1993, pp. 1118 – 1130, p. 1124.

⁸⁶² G. BERMAN, “Arbitration and Private International Law”, *Curso General de La Academia de La Haya de Derecho internacional*, sesión de Derecho internacional privado, julio 2015 (RCADI aún no publicado, notas tomadas por la autora). Dicho precepto es el art. 5.1.a CNY 1958, que determina como una de las causas de no reconocimiento o ejecución del laudo “que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”.

⁸⁶³ En España, la Ley de 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, *BOE* núm. 309 de 26 diciembre 2003, indica en su art. 9.6: “Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la

asienta sobre un principio compartido, que es el de la autonomía respecto al contrato. De acuerdo con éste, la nulidad del contrato principal no afecta a la nulidad de la cláusula arbitral, es decir, la cláusula y el contrato principal son independientes⁸⁶⁴.

147. En cuanto al control de la validez material, sobre todo del consentimiento se las partes, de nuevo se ha de prestar mucha atención en los contratos de franquicia, dado que existe un importante riesgo de anulación de la cláusula compromisoria por falta de consentimiento al considerarse el franquiciado como parte débil⁸⁶⁵. A ello se suma la posibilidad de que tal cláusula se considere como “abusiva” o “inoponible” (“*unconscionable*”). Si bien la mayoría de los tribunales estatales han optado por considerar que estas cláusulas son perfectamente válidas, por tratarse de acuerdos entre empresarios⁸⁶⁶, existen algunos casos en que se han anulado las mismas por considerarse como impuestas y manifiestamente abusivas⁸⁶⁷.

148. Ejemplo. El máster franquiciado para el territorio de Francia de la empresa de moda infantil *Andrea Napolitano*, con sede en España, presenta una demanda ante los tribunales españoles para que declaren resuelto el contrato de máster franquicia por incumplimientos de la franquiciadora, alegando de forma previa que la cláusula compromisoria contenida en el contrato es una cláusula abusiva. ¿Pueden los tribunales españoles controlar el carácter “abusivo” de dicha cláusula?

149. Sí pueden, pues se trata de una cláusula no sujeta al Reglamento Bruselas I bis y por lo tanto de una cláusula sobre la que se puede realizar un control de validez “de fondo” y no sólo un control de “incorporación”. Si el contrato se rige por la Ley española, los tribunales españoles utilizarán para determinar dicho carácter abusivo la LCGC.

controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”.

⁸⁶⁴ Vid. por ejemplo art. 1447 Code Procedure Civile aplicable al arbitraje internacional en virtud del art. 1506 del mismo Código (Francia), o el art. 22 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (España) (en adelante, “LA 2003”).

⁸⁶⁵ D. OTTO / O. ELWAN, “Art. V(2)” en H. KRONKE (dir.), *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards, A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010, pp. 365-410, esp. p. 405.

⁸⁶⁶ En la Unión Europea, Sent. Supremo Tribunal de Justiça Portugal, YCA, n. XXXII, 2007, pp. 474 y ss. En terceros Estados, Sent. Prince Edward Island Supreme Court (Canada) 2001, *Grow Biz International Inc. v. DLT Holdings Inc. and Debbie Tanton*, YCA, n. XXX, 2005, pp. 450 y ss, esp. p. 455; Sent. Court of Appeal Uganda, *Mungereza v. PriceWaterhouseCoopers*, 2001, *East African Law Reports*, n.1, pp. 174 y ss.; Sent. US District Court for the District Colorado, *Mangistaumunaigaz Oil Production Association v. United World Trade, Inc.*, YCA, n. XXIV, 1999, pp. 806 y ss.

⁸⁶⁷ Sent. Corte de Apelación Dresden, Alemania, 2008, YCA n. XXXIII, 2008, pp. 549 y ss, en la que el tribunal determina que el acuerdo de arbitraje entre un vendedor de sándwiches alemán y un franquiciador extranjero pactando el recurso al arbitraje en Nueva York era inválido en base al artículo V(1)(a) de la Convención y que el reconocimiento o ejecución de un laudo como ese iba en contra del orden público.

150. En cuanto a la validez formal, para que la cláusula sea válida, su redacción tendrá que ajustarse a lo dispuesto por el Convenio de Nueva York de 1958⁸⁶⁸: ha de ser un “acuerdo por escrito”, expresión que denotará una “cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas” (art. 2.2 CNY)⁸⁶⁹. Hoy en día se recomienda su interpretación conforme al art. 7(4) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional⁸⁷⁰.

3.1.2. Arbitrabilidad de los contratos de franquicia

151. Una cuestión distinta de la validez de la cláusula es la de la arbitrabilidad del litigio. La Convención de Nueva York de 1958 excluye la obligación de los Estados de reconocer las cláusulas arbitrales si las mismas tratan sobre cuestiones “no susceptibles de ser regladas por la vía del arbitraje” (art. II.1 CNY 58). Asimismo, también les excluye de otorgar el exequátur o el reconocimiento a las sentencias que hayan tenido por objeto un litigio “no susceptible de ser reglado por la vía del arbitraje” (art. V.2.a CNY 58)⁸⁷¹. Ante dichas normas es preciso preguntarse si los contratos de franquicia son una materia susceptible de ser sometida a arbitraje.

152. La citada Convención no contiene ninguna definición de arbitrabilidad ni otorga los criterios precisos para determinar qué litigios no son susceptibles de ser sometidos a arbitraje. Al igual que en el caso del examen de la validez de la cláusula compromisoria, la Ley conforme a la cual se determinará dicha arbitrabilidad dependerá del tribunal que decida sobre la cuestión y de las normas de cada Estado miembro. De nuevo, la misma puede ser estudiada por el tribunal arbitral al que se ha sometido la controversia, por el tribunal estatal que habría sido competente si se excluye el arbitraje, o por el tribunal ante el que se presenta la solicitud de *exequátur* o de nulidad del laudo

⁸⁶⁸ Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, abierto a la firma en Nueva York el 10 de junio de 1958.

⁸⁶⁹ Sobre la adaptación de esta norma a la era digital, D. SCHRAMM *et al.* “Article II” en H. KRONKE *et al.*, *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a global commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, Alphen aan del Rijn, pp. 37-114, esp. p. 83.

⁸⁷⁰ Art. 7.4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006, disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf (fecha última consulta: 20/03/2017): “El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

⁸⁷¹ Se pueden encontrar referencias equivalentes en el Protocolo de Ginebra de 1923 (art. 1), en las Convenciones de Ginebra de 1927 (art. 1.2.b) y de 1961 (art. IV.2), y en la Ley modelo de la CNUDCI (art. 34.2.b.i y art. 36.1.b.i).

arbitral⁸⁷². Esta cuestión ha suscitado importantes controversias en algunas jurisdicciones, como por ejemplo en Bélgica, donde finalmente se ha optado por la aplicación de la *lex fori* en todos los casos en que sea un tribunal estatal belga el que tenga que decidir sobre la arbitrabilidad⁸⁷³. Esta solución ha sido también adoptada por el Derecho francés⁸⁷⁴.

153. Dentro de cada ordenamiento, la solución puede ser más o menos estricta. Así por ejemplo, en España, la posibilidad de que una materia pueda someterse o no a arbitraje depende de su “disponibilidad”, es decir, de la capacidad que se le otorgue a las partes de arreglar sus diferencias por la vía contractual. En cambio en Francia se permite que se sometan a arbitraje incluso aquellas cuestiones que están sujetas a normas internacionalmente imperativas, como podría ser la franquicia en lo que se refiere al Derecho de la competencia, o a otras normas de ordenación económica, dado que se puede ejercer posteriormente un control de la regularidad internacional de la Sentencia⁸⁷⁵. En el mismo sentido se ha pronunciado la más alta jurisprudencia estadounidense⁸⁷⁶.

154. Por lo que respecta a la franquicia, existen Estados que son permisivos con su arbitrabilidad, mientras que en otros se considera una cuestión excluida de arbitraje, por la asimilación de los franquiciados con “partes débiles” a la hora de negociar el contrato. Si se realiza un estudio comparado de las legislaciones de distintos Estados se puede distinguir entre:

155. (i) *Estados en que la arbitrabilidad de los contratos de franquicia es controvertida.* Suele corresponderse con los Estados en que existe una fuerte legislación protectora del franquiciado, puesto que si se quiere hacer esa protección extensiva a los

⁸⁷² G. BERMAN, “Arbitration and Private International Law”, *Curso General de La Academia de La Haya de Derecho internacional*, sesión de Derecho internacional privado, julio 2015 (RCADI aún no publicado, notas tomadas por la autora).

⁸⁷³ Sent. Cour. Cass. Be. 16 noviembre 2006, *Van Hopplynus Instruments v. Coherent Inc.*, J.L.M.B., 2007, p. 472; Sent. Cour. Cass. Be. 15 octubre 2004, *Colvi / Interdica*, NJW, 2005, p. 630, nota de M. PIERS / H. VERBIST; R.W., n. 5, 2004, p. 1063, nota de M. PIERS; R.D.C., 2005, p. 488, notas de M. TRAEST y P. HOLLANDER.

⁸⁷⁴ Sobre la postura del ordenamiento jurídico francés, M. DE BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN-Joly, Paris, 1990; CH. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Paris, 2013; R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris, 1982 ; PH. FOUCHARD, *op. cit.*; E. GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage commercial international*, ADI-Poche, Paris, 2008.

⁸⁷⁵ PH. FOUCHARD / B. GOLDMAN / E. GAILLARD, *op. cit.*, §566 y ss. ; Sent. Cass. Civ. 1ere, 8 julio 2010, *Rev. crit. dip.*, 2010, pp. 743 y ss., nota D. BUREAU / H. MUIR WATT.

⁸⁷⁶ Se puede citar en este sentido la célebre Sent. Supreme Court de Estados Unidos *Mitsubishi*, 473 US 614, 637, n. 19, 105 Ct., 334446, *Rev. arb.*, 1986, pp. 273 y ss, nota de J. ROBERT, *IPrax*, 1986, pp. 313-316.

casos internacionales la opción más segura para el Estado será la de prohibir la posibilidad de “escapar” a su jurisdicción⁸⁷⁷.

156. Por ejemplo, la arbitrabilidad de los contratos de franquicia ha sido muy controvertida en varios Estados de Estados Unidos en los últimos años, especialmente en California, donde los tribunales han permitido en algunos casos el incumplimiento de cláusulas compromisorias (*unenforcement*) en acuerdos de franquicia⁸⁷⁸. Esta posibilidad llegó incluso a plantearse a nivel federal, donde se discutió si se debían excluir las relaciones de franquicia de la “Federal Arbitration Act” (FAA)⁸⁷⁹. En otros Estados norteamericanos los litigios de franquicia solamente se consideran arbitrables si se consigue que el árbitro certifique que va a aplicar la Ley de ese Estado.

157. Por lo que respecta a la Unión Europea, la arbitrabilidad de la franquicia ha sido controvertida en Bélgica, donde como ya se ha expuesto, el Libro X del Código de Derecho Económico se considera de aplicación internacionalmente imperativa. Dado dicho carácter, que se declaraba por la misma Ley, los operadores jurídicos realizaron maniobras disuasorias por las que insertaban cláusulas compromisorias y cláusulas de elección de una Ley distinta de la belga en contratos internacionales de franquicia que tenían sus efectos en Bélgica y que por lo tanto estaban llamados a ser regidos por las citadas normas⁸⁸⁰. Lo mismo ocurría con los contratos de concesión, respecto a los que el Tribunal de Casación Belga declaró que el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros estaba sometido a la condición de que el litigio fuera arbitrable en el Derecho del foro, y que un litigio sobre un contrato de concesión comercial en que no se aplicara la citada Ley belga no era arbitrable⁸⁸¹. Una evolución posterior marcada por la

⁸⁷⁷ E. A. O'HARA, “The Jurisprudence and Politics of Forum-Selection Clauses”, *Chicago J. Int'l L.*, vol. 3, n. 2, 2002, pp. 301-318, esp. p. 309. Otra opción sería un control en el momento del reconocimiento o ejecución de la Ley aplicada, pero ello no permite controlar aquellos casos en que la sentencia no ha de ejecutarse en dicho Estado.

⁸⁷⁸ M.G. MCGUINNESS / A.J. KARR, “California’s Unique Approach to Arbitration”, *Journal of Dispute Resolution*, n. 61, 2005, pp. 62-92, p. 63; K.L. BUNDY / M. HERO / P. HOLLANDER, *op.cit.*, p.7 y p. 10. Ver *Indep. Ass'n of Mailbox Ctr. Owners, Inc. v. Superior Court*, 133 Cal. App. 4th 396, 407 (2005) and *Postal Instant Press, Inc. v. Sealy*, 43 Cal App. 4th 1704, 1716 (1996). Estas decisiones son posteriores a *Southland Corporation v. Keating*, 465 U.S. 1, 5 (1984). En este caso, *Keating* interpuso una demanda colectiva en el nombre de un grupo de franquiciados de la insignia de tiendas 24 horas “7-Eleven”, contra su franquiciador, Southland. La *US Supreme Court* se pronunció sobre la interpretación de un artículo de la *California Franchise Investment Law* que las Cortes californianas habían utilizado para prohibir el arbitraje de las controversias relativas a un contrato de franquicia, y declaró que la interpretación de la corte californiana no era compatible con la política fuertemente favorecedora del arbitraje de la *Federal Arbitration Act's*.

⁸⁷⁹ En el borrador de la Arbitration Fairness Act de 2009 (S. 931 and H.R. 1020, 111th Congress) constaba lo siguiente: “no predispute arbitration agreement shall be valid or enforceable if it requires arbitration of an employment, consumer, franchise, or civil rights dispute”. No obstante, en el último borrador de esta enmienda se eliminó la referencia a las disputas relacionadas con los contratos de franquicia.

⁸⁸⁰ En la doctrina se refieren a esta cuestión A. NUYTS, “Le contrôle...”, *cit.*, p. 1118; R. VANDER ELST, “Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé”, en G. BOGAERT / P. MAYAERT (dirs.), *Droit de la distribution*, Kluwer, 1994, p. 151 y J. MASEDA RODRIGUEZ, *op.cit.*, pp. 52-53.

⁸⁸¹ Sent. Trib. Cass. Bélgica 28 junio 1979, *Pas. belge*, 1979, n. 1, p. 1260, nota de E. KRINGS, en la que se sometía el contrato a arbitraje suizo y se elegía de forma indirecta la Ley alemana, en que el tribunal

Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Mitsubishi*, modificó en cierto modo esta postura, de forma que el control de traslada al momento del reconocimiento o *exequátur* del laudo⁸⁸².

158. Así, los tribunales belgas consideran actualmente como válida la sumisión a arbitraje en un caso que se considere cubierto por sus normas internacionalmente imperativas si se puede asegurar que los árbitros aplicarán las normas internacionalmente imperativas belgas⁸⁸³. En consecuencia, también concederán el reconocimiento o *exequátur* en Bélgica de tal decisión, siempre que los árbitros hayan aplicado la Ley belga, y no lo concederán en el caso de que el *Code de Droit Économique* haya sido ignorado por los árbitros⁸⁸⁴. En cualquier caso, esta nueva posición ha recibido también críticas, pues en la práctica los árbitros no suelen considerarse vinculados por ninguna Ley estatal⁸⁸⁵.

159. ii) Estados en que la arbitrabilidad de los contratos de franquicia no es controvertida. En la mayoría de los países, en cambio, se concede a las partes una gran libertad para arbitrar estos conflictos y por lo tanto “escapar” de la aplicación de las normas imperativas normalmente destinadas a ser inderogables en el plano internacional⁸⁸⁶. En estos Estados, se deja la protección para el momento del *exequátur* del laudo arbitral, ante el que se podrían oponer por motivos de orden público.

declaró que la controversia derivada de un contrato de concesión con efectos en Bélgica que se hubiera sometido a un Derecho extranjero no era arbitrable. Al respecto, H. VAN HOUTTE, “L’arbitrabilité de la résiliation des concessions de vente exclusive”, en VV.AA., *Mélanges offertes à Raymond Vander Elst*, Nemesis, Bruselas, 1987, pp. 821 y ss., esp. p. 828; B. HANOTIAU, “L’arbitrabilité des litiges relatifs à la résiliation d’une concession exclusive de vente à durée indéterminée”, *Rev. dr. com. Belge*, n.4, 1993, pp. 1146 y ss.

⁸⁸² Sent. Supreme Court US 2 julio 1985, *Mitsubishi Motors Corp. V. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 US 614, 637, n. 19, 105 Ct., 334446, *Rev. arb.*, 1986, pp. 273 y ss, nota de J. ROBERT; *IPrax*, 1986, pp. 313-316.

⁸⁸³ Sent. Cour. Cass. Be. 16 noviembre 2006, *Van Hopplynus Instruments v. Coherent Inc.*, *J.L.M.B.*, 2007, p. 472. Ver al respecto P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 115.

⁸⁸⁴ Sent. Trib. Com. Bruselas 19 diciembre 1986, *R.W.*, 1993-1994, p. 474; Sent. Trib. Com. Bruselas 29 octubre 1991, *Rev. droit. Com. belge*, 1993-1994, p. 1121-1122, en la que el tribunal belga declara su incompetencia para resolver sobre la terminación de un contrato de concesión en exclusiva de productos *Lacoste* para el territorio de Bélgica y Luxemburgo celebrado entre un principal francés y un distribuidor belga, sometido a Derecho francés, conforme al que el contrato sería arbitrable. Para ello se argumentó que la Convención de Nueva York, en su artículo V.1, solamente se refiere al reconocimiento y a la ejecución del laudo arbitral, y no al examen de una declinatoria de jurisdicción.

⁸⁸⁵ Muestra de ello son los laudos CCI n. 6379, *Rev. dr. com. Belge*, 1993, p. 1134, nota de B. HANOTIAU y n. 6752, *YbCA*, 1993, p. 54; A. NUYTS, “Le contrôle...”, *cit.*, p. 1125.

⁸⁸⁶ H. MUIR WATT / L. RADICATI DI BROZOLO, “Party autonomy and mandatory rules in a global world”, *Global Jurist Advances*, 2004, vol. 4, n. 1, art. 2; L. RADICATI DI BROZOLO, “Mondialisation, jurisdiction, arbitrage: vers de règles d’application semi-immédiate?”, *Rev. crit. DIP*, 2003, pp. 1 y ss.; R. WAI, “Transnational liftoff and juridical touchdown: the regulatory function of private international law in a global age”, *Colum. J. Trans’l. Law*, n. 40, p. 209 (2002); H. GAUDEMET-TALLON, “La clause attributive de jurisdiction, un moyen d’échapper aux lois de police?”, en VV.AA., *Liber amicorum K. Siehr*, Eleven International Publishing, 2010, p. 707.

3.1.3. Interpretación de la cláusula compromisoria

160. Aunque la cláusula compromisoria se haya considerado como válida, y la materia objeto de la misma como arbitrable, puede plantearse la cuestión de si una determinada controversia está cubierta o no por esa cláusula arbitral. La solución a esta cuestión pasa por interpretar la cláusula de arbitraje. La misma dependerá de nuevo del órgano que conozca de la misma, que puede ser cualquiera de los tribunales arbitrales o estatales enumerados en los dos apartados anteriores.

161. Cuando la cuestión se plantee ante el tribunal estatal que sería competente para conocer del pleito en caso de que no se reconociera efecto alguno a la cláusula arbitral, éste aplicará generalmente su propia Ley. Por las especiales características del contrato de franquicia, la cláusula puede haber tomado distintas formas:

162. i. Cláusula de sumisión a arbitraje contenida en el contrato marco que no explicita su ámbito de aplicación. Puede darse el caso de que se presente una demanda ante el tribunal de un Estado miembro, relativa a un contrato de ejecución de un contrato de franquicia, existiendo en el contrato marco una cláusula de sumisión a arbitraje que no concrete su ámbito de aplicación. Surge la cuestión de si dicha cláusula ha de considerarse extensible a los acuerdos de ejecución y el tribunal del Estado miembro declararse en consecuencia incompetente. Para decidir sobre la misma, el tribunal estatal tendrá que pronunciarse en base a sus normas de producción interna, pues el arbitraje es materia excluida del Reglamento Bruselas I bis. La solución de los Estados miembros dependerá del peso que otorguen a uno de estos dos principios: por un lado, el principio de autonomía de la cláusula compromisoria, que se percibe como un freno a la extensión, y por otro, el principio de la validez y eficacia de la cláusula, que militan en favor de dicha extensión⁸⁸⁷. Por ejemplo, en Francia, se ha seguido la línea de su actitud favorable al arbitraje y se ha privilegiado el segundo principio, indicándose que se entenderán sometidos a arbitraje todos aquellos litigios nacidos directa o indirectamente del contrato inicial, lo que incluye también los nacidos de los contratos de ejecución, salvo que las partes hayan indicado expresamente lo contrario⁸⁸⁸. Es cierto que la visión del contrato marco como un acto de “previsión” de las relaciones futuras entre las partes invita a tomar esta posición. Si se aplicara la doctrina judicial francesa relativa a las cadenas de contratos, también se podría considerar extensible al caso en que el litigio surja en relación a un contrato de aplicación firmado por una de las partes del contrato de franquicia y un tercero⁸⁸⁹.

⁸⁸⁷ F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 9 ; D. COHEN, “ Arbitrage et groupe de contrats ”, *Rev. arb.*, 1997, pp. 471-503.

⁸⁸⁸ Sent. Cour Cass. Civ. 1ere, 5 enero 1999, *RCDIP*, 1999, p. 536, nota de E. PATAUT. Ver también Sent. Cour Cass. Civ. 1ere, 28 mayo 2002, *RCDIP*, 2002, p. 758, nota de N. COIPPEL-CORDONNIER.

⁸⁸⁹ En relación con las cadenas de contratos, ver la relevante Sent. Cour Cass. Civ. 1ere, 27 marzo 2007, *Sté Alcatel Business Systems v. Sté. Amkor Tech.*, n. pourvoi 04-20.842, *JCP*, vol. 1, 2007, p. 168, nota de C. SERAGLINI; *JCP*, vol. 2, 2007 p. 10118, nota de C. GOLHEN; W. W. PARK, “ Non-signatories and international contracts : an arbitrator’s dilemma ” en VVAA., *Multiple party actions in International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 1-31, esp. p. 15.

163. ii. Cláusula de arbitraje contenida en el contrato marco explicitando su aplicación a todos los litigios a venir entre las partes. Puede darse el caso de que la cláusula haya explicitado su vocación de ser aplicada a todos los litigios presentes y futuros que pudieran surgir de la relación jurídica. En este caso, pueden distinguirse dos supuestos: (i) que surja un litigio referido a un contrato de ejecución entre las mismas partes que hayan celebrado el contrato de franquicia. Si bien la justificación dependerá del Derecho de cada Estado, la respuesta unánime es que no habrá ningún problema para que el Tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda se declare incompetente en favor del Tribunal arbitral. La cláusula compromisoria se reconocerá incluida “por referencia” en dichos contratos de aplicación, y podrá aplicarse a los litigios derivados de los mismos⁸⁹⁰; y (ii) que surja un litigio referido a un contrato de ejecución, suscrito entre una de las partes del contrato marco y un tercero (por ejemplo, el caso de un suministro realizado por el franquiciado con un proveedor seleccionado por el franquiciador, en desarrollo de lo acordado en el contrato marco de franquicia). En este caso, la solución se torna más complicada. *A priori*, la cláusula no se considerará aplicable pues falta el consentimiento de las partes, base de todo arbitraje. Pese a ello, hay algunos casos en que podría apreciarse un consentimiento implícito, por ejemplo, cuando el contrato de ejecución hace referencia expresa al contrato marco y las condiciones definidas por éste⁸⁹¹.

164. iii. Cláusulas de arbitraje idénticas contenidas en el contrato marco y en los contratos de aplicación. Al igual que se indicó al tratar la cuestión en relación a los pactos de sumisión a tribunales estatales, el respeto de las expectativas legítimas de las partes y la preocupación por una buena administración de la Justicia apuestan por un mecanismo de consolidación, de forma que si surgen dos controversias que pongan en juego ambos contratos puedan sustanciarse ante el mismo tribunal arbitral.

165. iv. Cláusulas de arbitraje incluida en el contrato marco y cláusula de atribución de competencia a los tribunales de Estados miembros en los contratos de aplicación o viceversa. En estos casos, la voluntad de las partes anula cualquier duda sobre el carácter de cláusula general del pacto contenido en el contrato marco. Si surge una controversia sobre uno de esos contratos de aplicación, los tribunales estatales deberán examinar su competencia sin tener en cuenta la cláusula compromisoria. Pese a ello, en un afán por promover desmedidamente el arbitraje, la *Cour d’appel de Paris* llegó a desechar la aplicación de las cláusulas contenidas en los contratos de ejecución y por lo tanto a declinar la competencia de los tribunales franceses a favor del arbitraje,

⁸⁹⁰ F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 8 ; Sent. Cour Cass. Civ. 1ere, 3 junio 1997, *RCDIP*, 1999, p. 93, nota de P. MAYER.

⁸⁹¹ F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 9.

con la justificación de la menor entidad de estas cláusulas o su carácter subsidiario⁸⁹². Esta tendencia ha sido ya corregida por la *Cour de Cassation*⁸⁹³.

166. *v. Cláusulas de arbitraje distintas incluidas en el contrato marco y en los contratos de aplicación.* Al igual que en el caso anterior, se debería respetar la voluntad de las partes. En sede arbitral, no obstante, se ha decidido en algún caso reunir la totalidad del litigio ante la corte arbitral designada en el contrato marco⁸⁹⁴.

3.2. Otros medios

167. De los demás medios alternativos de solución de controversias, es la mediación la que puede prestar un mayor servicio en el campo de la franquicia, como en todos los campos en que la relación de las partes se basa en la cooperación a largo plazo y en la confianza mutua entre las partes contratantes⁸⁹⁵. Sin embargo, su desarrollo como un medio alternativo de resolución de controversias en este campo ha sido, según algunas fuentes, un auténtico fracaso⁸⁹⁶. El recurso al mismo en instancias internacionales es insignificante en comparación con el arbitraje. Por ejemplo, en 2013 la ICC recibió 767 solicitudes de arbitraje y únicamente 17 solicitudes de mediación, datos que no han mejorado de forma significativa en los siguientes años⁸⁹⁷.

⁸⁹² F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 9; Sent. Cour App. Paris, 29 noviembre 1991, *Rev. arb.*, 1993, p. 617, nota L. AYNES.

⁸⁹³ Sent. Cour Cass. Civ. Iere 6 noviembre 2013, n. de pourvoi: 11-17736, no publicada (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028175886>). Esta última decisión se refiere a un contrato marco de distribución de productos farmacéuticos celebrado entre una empresa distribuidora francesa y una empresa holandesa. El contrato marco contenía una cláusula compromisoria, y al mismo tiempo preveía la creación de una sociedad que llevaría a cabo las labores de distribución. Al surgir una controversia relativa al contrato de creación de dicha sociedad, la sociedad francesa demanda a la holandesa ante la ICC, la corte arbitral designada en la cláusula del contrato marco, pero ésta se declara incompetente para conocer de la parte del litigio referida a la constitución de la sociedad y excluye a la sociedad creada de parte en el proceso, con la base de que ésta no fue parte en el contrato marco. La Corte de Casación indica que al hacer esto, la corte arbitral no ha hecho dejadez de su función, ya que en los contratos de ejecución se preveían cláusulas de sometimiento a tribunales estatales que demostraban la voluntad de las partes de tratar de forma diferenciada los distintos aspectos de sus relaciones contractuales, por motivos de “proximidad geográfica” o de “adecuación de las reglas de fondo aplicables a la materia tratada”.

⁸⁹⁴ Ver por ejemplo Laudo Cam. Com. Praga, 30 abril 1974 (decisión arbitral), *JDI*, 1979, p. 640, en relación a un contrato marco de distribución en que existía una cláusula de sumisión a dos tribunales arbitrales: en relación a las controversias derivadas del acuerdo marco, a favor de la CCI París, y en relación a los contratos de ejecución, a la Cam. Com. de Praga. En el litigio, que versaba sobre el impago de unas facturas relativas a una de las relaciones de compraventa, y por lo tanto planteado ante la Cam. Com. Praga, se planteó y se estimó la invalidez de la cláusula de sumisión a esta Cámara conforme al Derecho checoslovaco. Ante esto, conoció del litigio la CCI París, extendiéndose la cláusula compromisoria incluida en el acuerdo marco a los contratos de venta.

⁸⁹⁵ P. WAULETEL, *op. cit.*, p. 104 ; P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 71.

⁸⁹⁶ Entrevista telefónica con ANTONIO HIERRO, Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, miembro por España de la Corte de Arbitraje de la ICC, fundador del Club español de arbitraje y experto en arbitraje internacional de Distribución, 23 junio 2015.

⁸⁹⁷ ICC *ICarb. Bull.*, vol. 25, n.1, 2014, “2013 Statistical Report”, pp. 5-17, esp. p. 15.

168. Estos datos contrastan además con el panorama favorable a la circulación de los acuerdos de mediación que existe en la Unión Europea, ya que los acuerdos de mediación declarados como ejecutivos en un Estado miembro pueden reconocerse y ejecutarse en otros Estados a través de los mecanismos del Reglamento Bruselas I bis (art. 6 Directiva 2008/52)⁸⁹⁸. Puede que los mismos obedezcan a que, más allá de esta Directiva, que unifica ciertos aspectos, no existen suficientes normas de producción interna o precedentes jurisprudenciales que proporcionen a las partes que se sometan a mediación cierta seguridad jurídica sobre cuestiones tales como la validez del convenio de mediación, la capacidad de una materia de ser sometida a mediación o la interpretación de una posible cláusula de mediación, ni sobre la Ley a la que han de ser sometidas estas cuestiones.

169. En cuanto a la conciliación, ha experimentado cierto desarrollo normativo, especialmente desde 2002, año desde el que se cuenta con la *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation* (“MLICC”), Ley modelo a la que pueden someterse las “*international commercial conciliations*” para solucionar desavenencias surgidas en relaciones comerciales. Dentro de estas relaciones parece tener cabida el contrato de franquicia internacional⁸⁹⁹. En cualquier caso, de nuevo, la proporción de conciliaciones ante organismos internacionales de resolución de controversias es muy pequeña. Conforme a los datos del mencionado *2013 Statistical Report* de la ICC, en dicho año se registraron únicamente tres solicitudes de conciliación⁹⁰⁰. Puede que se recurra a este medio ante organismos de un ámbito más nacional o local o ante expertos que no estén integrados en ninguna organización, pero lo cierto es que el medio no se usa tanto como se esperaba.

170. En cuanto al recurso a otros medios alternativos de resolución de controversias, como el nombramiento de comités de expertos (“*advisory boards*”), no es común en los contratos de franquicia, sino que normalmente se reservan para contratos de construcción de infraestructuras o de ingeniería civil.

171. Por último, se ha de hacer referencia a la negociación directa entre las partes, sin necesidad de terceros. Ésta es muy beneficiosa en un contrato como el de franquicia en que las partes “están destinadas a entenderse”, si no quieren perder las inversiones realizadas. Por esta razón, los Códigos de Deontología suelen insistir en la

⁸⁹⁸ Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, *DOUE* L 136, 24 mayo 2008, p. 3-8.

⁸⁹⁹ Nota al pie del art. 1 MLICC: “*Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road*”.

⁹⁰⁰ *ICC IC Arb. Bull.*, vol. 25, n.1, 2014, “2013 Statistical Report”, pp. 5-17, esp. p. 15.

comunicación directa entre las partes como la primera solución a las controversias que surgen en estas relaciones⁹⁰¹.

ii. Sumisión tácita a los tribunales de un Estado miembro

172. La sumisión a los tribunales de un Estado miembro puede realizarse no sólo a través de una cláusula atributiva de competencia, sino también mediante un acuerdo tácito, es decir, mediante ciertas prácticas que denoten la voluntad de las partes de someterse a los tribunales de un determinado país. En concreto, el tribunal ante el que el demandado comparezca será considerado competente, a no ser que el objeto de su comparecencia sea impugnar la competencia de ese tribunal en virtud del art. 26 RB-I bis. Cuando hay sumisión tácita, el Reglamento se aplicará independientemente del lugar en que tenga su domicilio el demandado. Este foro, que permite designar también al juez territorialmente competente, no presenta ninguna especialidad en relación a los contratos de franquicia, por lo que no se procederá a su estudio de forma detallada.

b. Foros en ausencia de pacto atributivo de competencia

173. Como se ha expuesto, el régimen de Bruselas I bis en presencia de un pacto atributivo de competencia se aplica a todos los casos sin consideración del domicilio de las partes (art. 25.1 RB-I bis). De esta forma, para que el acuerdo quede sometido a las normas del Reglamento Bruselas I bis basta con que las partes designen el juez de un Estado miembro⁹⁰². Por el contrario, para determinar el tribunal competente en ausencia de un pacto de sumisión expreso o tácito es preciso tener en cuenta el domicilio de las partes del litigio. Si el demandado se encuentra domiciliado en la Unión Europea, dicho tribunal competente se determinará conforme al Reglamento Bruselas I bis (apartado i). En el caso opuesto, el tribunal se determinará por las normas de producción interna de cada Estado miembro (apartado ii).

i. Domicilio del demandado en un Estado miembro

174. Con arreglo a lo dispuesto por el Reglamento Bruselas I bis, a falta de elección de foro, o cuando dicha elección no tenga alcance exclusivo, el demandante podrá optar entre plantear su demanda ante los tribunales del domicilio del demandado (1) y ante aquéllos que señale el foro especial por razón de la materia (2).

⁹⁰¹ Ver por ejemplo el art. 2.4 del Código deontológico europeo de la franquicia: “*Las dos partes deberán cumplir de manera continua las obligaciones siguientes: (...) b. Resolver sus quejas y litigios con lealtad y buena voluntad, mediante la comunicación y negociación directas*”.

⁹⁰² De esta forma decae el antiguo art. 23.3 RB-I, según el cual se hacía una distinción entre los casos en que el tribunal era designado por al menos una parte domiciliada en la UE, y los casos en que el tribunal era designado por partes no domiciliadas en la UE. *Vid.* D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome II, p. 377.

1. Foro general del domicilio del demandado

175. En caso de litigio, una de las partes de un contrato de franquicia podrá demandar a la otra parte ante los tribunales del Estado miembro del domicilio de esta última (art. 4 RB-I bis). Si junto con esa otra parte del contrato desea demandar a otros (por ejemplo, cuando un subfranquiciado desea demandar a su máster franquiciado y también al franquiciador principal) también podrá hacerlo ante los tribunales del Estado miembro del domicilio de uno de ellos (art. 8.1 RB-I bis). Esta regla no presenta particularidades especiales al aplicarse a los contratos de franquicia, pero como norma general que es, resulta necesario incluirla en la exposición⁹⁰³.

176. En cuanto a qué ha de entenderse por domicilio, se trata de un concepto autónomo del Reglamento Bruselas I bis cuando el demandado es una persona jurídica, lo que ocurre en la mayoría de los litigios en materia de franquicia internacional, sobre todo si el demandado es el franquiciador. A efectos del Reglamento, se permite considerar como tal cualquiera de las tres localizaciones siguientes: (i) la sede estatutaria; (ii) la administración central o (iii) el centro de actividad principal (art. 63.1 RB-I bis)⁹⁰⁴. Cuando el demandado es una persona física, como son muchos franquiciados, no existen unas reglas propias del Reglamento para determinar donde se considera domiciliado el demandado, sino que tendrá que estar a lo que disponga el Derecho del Estado miembro ante el que se pretende interponer la demanda (art. 62.1 RB-I bis)⁹⁰⁵.

177. Como se ha indicado, ya se trate de una persona física o jurídica, para que este foro sea aplicable es preciso que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro. Si la situación del domicilio del demandado es desconocida, el TJUE ha instaurado una presunción simple de domicilio dentro de la Unión para los demandados no localizados pero que “probablemente” residan en ella, para favorecer la aplicación del Reglamento⁹⁰⁶.

178. La última cuestión a destacar es que este foro, a diferencia de los foros alternativos por razón de la materia, atribuye competencia sea cual sea el objeto de la reclamación. Lo anterior resultará útil en aquellos casos, numerosos en las relaciones de franquicia, en que se tenga duda de la calificación de la reclamación como “materia

⁹⁰³ A ella hacen referencia todos los textos internacionales dedicados a este contrato, por ejemplo, en UNIDROIT, “Guía UNIDROIT...”, *cit.*, p. 205 se recuerda al demandante que para optar por este foro primero prevea las posibilidades de ejecución de la futura sentencia en otros Estados.

⁹⁰⁴ El artículo presenta además algunas especialidades cuando se pretenda considerar que la persona jurídica está domiciliada en Irlanda, Chipre y Reino Unido. En estos casos, se considerará “sede estatutaria” la *registered office* y, en su defecto, el *place of incorporation* (lugar de constitución). A falta de ambos, se considerará como “sede estatutaria” el lugar conforme a cuya legislación se haya efectuado la *formation* (creación) de la sociedad o persona jurídica (art. 63.2 RB-I bis).

⁹⁰⁵ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 772.

⁹⁰⁶ STJUE 15 marzo 2012, as. C-292/10, *G vs. Cornelius de Visser*, RJ 2012, D. 2012, actu. 952.

contractual” o “materia delictual o cuasidelictual” a los efectos de utilizar el foro especial por razón de la materia⁹⁰⁷. Como se verá a continuación, esta duda puede suscitarse en relación a numerosas acciones, como pueden ser las acciones de reclamación de daños derivados de un defecto en la información precontractual que el franquiciador ha de proporcionar al franquiciado, las acciones de cesación en la vulneración de los pactos de no competencia postcontractual establecidos en el contrato o las acciones indemnizatorias por la ruptura sin preaviso de las relaciones comerciales entre las partes. Este foro será también muy operativo cuando la demanda se base en dos o más acciones, unas de carácter contractual y otras de carácter delictual.

179. No obstante, como recientemente ha puesto de manifiesto el TEDH, el foro del domicilio del demandado puede conducir a un tribunal que no sea próximo al litigio, pudiendo incluso vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante⁹⁰⁸. Por ello, como se verá a continuación, el Reglamento proporciona foros alternativos por razón de la materia que permiten al demandante presentar su reclamación ante un tribunal más conectado con el caso.

2. Foro especial por razón de la materia

180. Como se ha indicado, el foro general del domicilio del demandado convive con otros foros alternativos a éste cuya finalidad es proporcionar un foro conectado con el litigio⁹⁰⁹. Estos foros especiales están especialmente guiados por los principios ya expuestos de “proximidad” y “buena administración de la justicia”⁹¹⁰. En palabras de D. BUREAU / H. MUIR WATT, la posibilidad de esta optar por éstos “*está fundada sobre la idea de una buena administración de Justicia, en el sentido de que el conocimiento por un tribunal más próximo al lugar de los hechos litigiosos facilita notablemente las medidas de instrucción y de búsqueda de pruebas*”⁹¹¹.

181. De estos foros especiales contenidos en el art. 7 RB-I bis se procederá a analizar los dos con una mayor incidencia en los posibles litigios derivados de un contrato de franquicia: el foro especial en materia contractual (apartado 2.1) y el foro especial en materia delictual o cuasidelictual (apartado 2.2).

⁹⁰⁷ Sobre los conceptos de “materia contractual” y “materia delictual o cuasidelictual” véanse los apartados 2.1 y 2.2 a continuación.

⁹⁰⁸ STEDH 1 marzo 2016, *Arlewin v. Suecia*, ref. n. 22302/10.

⁹⁰⁹ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 784.

⁹¹⁰ Sobre este principio como fundamento de la competencia judicial internacional puede consultarse: N. JOUBERT, *La notion des liens suffisant avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, Paris, 2007; P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, vol. 196, 1986, pp. 9 y ss.; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, Paris, 2008.

⁹¹¹ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome II, p. 338. D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome I, p. 172 : “*L’objectif de proximité, instrument d’une bonne administration de la justice, sous-tend notamment toutes les options de compétence de l’article 5 du Règlement Bruxelles I (et avant, de la Convention de Bruxelles)*”.

2.1. Foro especial en materia contractual

182. El Reglamento Bruselas I bis contiene un foro especial, alternativo al foro del domicilio del demandado, para los litigios relativos a materia contractual (art. 7.1 RB-I bis). De este foro se dice que es un foro “neutro”, por dejar fuera todos aquellos casos en que se pretende la protección de una parte débil (los foros relativos a esa protección se encuentran codificados en los arts. 10 a 23 RB-I bis)⁹¹². Los litigios derivados de un contrato de franquicia quedarán sujetos al foro “neutro” del art. 7.1 RB-I bis, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:

1) a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda;

b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será:

- cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías;

- cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios;

c) cuando la letra b) no fuere aplicable, se aplicará la letra a)”.

183. Como puede observarse, se trata de un foro que elige un criterio “interno” a la economía del contrato, el del “lugar de ejecución”, bien del contrato, bien de la obligación que sirve de base a la demanda. Con este punto de conexión se intenta responder adecuadamente a las expectativas de los contratantes. No obstante, y como se verá a continuación, este foro suscita también dificultades, tanto en general como en particular en su aplicación a los litigios derivados de los contratos de franquicia, cuyo estudio se realizará en los epígrafes siguientes.

2.1.1. “Materia contractual”, “contrato” y relaciones de franquicia

184. Materia contractual y extracontractual y relaciones de franquicia. La primera de estas dificultades consiste en concretar qué ha de entenderse por “materia contractual” y por “contrato”, pues para que se active este foro especial es necesario que el objeto del pleito se considere “materia contractual”.

185. El TJUE, ante la ausencia de definición de este término en el Reglamento Bruselas I, indicó que el mismo debía interpretarse manera autónoma (entre otros, caso *ÖFAB*), es decir, remitiéndose principalmente al sistema y a los objetivos del Reglamento y excluyendo el reenvío al Derecho interno de uno u otro de los Estados

⁹¹² No obstante, la “neutralidad” de estos foros basados en el principio de proximidad se ha puesto últimamente en cuestión, ya que su puesta en funcionamiento supone también una asignación de los costes conflictuales entre las partes. D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome I, pp. 172 y 173.

implicados⁹¹³. Esta afirmación es igualmente válida para el Reglamento Bruselas I bis, puesto que las normas que contienen este foro en ambos instrumentos pueden calificarse de equivalentes⁹¹⁴.

186. Además, el TJUE ha dado una lectura amplia a este concepto frente a otros foros especiales⁹¹⁵. Así, ha establecido que se considerarán como materia contractual todas las acciones que deriven de un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra⁹¹⁶. De esta forma, para que una acción se considere como contractual han de reunirse dos requisitos: el primero, que exista un “compromiso libremente asumido por una parte frente a otra” y segundo, que la acción que se ejercita “derive” de dicho compromiso, es decir, que en ese compromiso “se base la acción del demandante”⁹¹⁷.

187. El TJUE ha dado indicaciones sobre qué se considera un compromiso libremente asumido y sobre cuándo ha de considerarse que la acción deriva de dicho compromiso⁹¹⁸:

188. (i) Respecto a la existencia de ese compromiso, el TJUE no define el término, sino que indica que es suficiente con que exista una “obligación identificable” y que haya sido “asumida libremente”⁹¹⁹. En consecuencia, se han de considerar como compromisos libremente asumidos por una parte frente a otra los vínculos entre una asociación o sociedad con sus socios, los títulos valores, las donaciones, los contratos nulos e inexistentes y las promesas unilaterales⁹²⁰. Este requisito de la existencia de un

⁹¹³ STJUE 18 julio 2013, *ÖFAB*, cit., FJ 27; STJCE 22 marzo 1983, as. 34/82, *Peters vs. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, RJ 1983, pp. 987-1012, STJCE 8 marzo 1988, as. 9/87, *Arcado vs. Haviland*, RJ 1988, pp.1539-1556, STJCE 17 junio 1992, *Handte*, cit.; STJCE de 27 de octubre de 1998, asunto C-51/97, *Réunion européenne SA y otros vs. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV, Capitaine commandant le navire “Alblasgracht V002”*, RJ 1998. En relación a “materia extracontractual” se ha pronunciado a favor de su interpretación autónoma en los casos STJCE 27 septiembre 1988, as. 189/87, *Kalfelis vs. Schröder*, RJ 1988, pp.5565-5588, STJCE 26 marzo 1992, as. 261/90, *Reichert vs. Dresdner Bank [III]*, RJ 1992, pp. 2149-2186, STJCE de 11 de julio de 2002, asunto 96/00, *Rudolf Gabriel* y STJCE de 1 de octubre de 2002, asunto C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation vs. Karl Heinz Henkel*, RJ 2002, pp. I-8126 y ss.

⁹¹⁴ Art. 5 puntos 1 y 3 RB-I y art. 7 puntos 1 y 2 RB-I bis (STJUE 18 julio 2013, *ÖFAB*, cit., FJ 28 y 29).

⁹¹⁵ P. MAYER / V. HEUZE, *Droit...*, cit., p. 224.

⁹¹⁶ STJCE *Handte*, cit.; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, cit..

⁹¹⁷ Vid. STJUE 18 julio 2013, *ÖFAB*, cit., FJ 33: “una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante”. Vid. también las Sentencias citadas por ésta: Sentencias de 20 de enero de 2005, *Engler*, C-27/02, Rec. p. I-481, párrafos 50 y 51, y de 14 de marzo de 2013, *Česká spořitelna*, C-419/11, párrafos 46 y 47.

⁹¹⁸ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, cit., p. 110 distingue estas dos cuestiones con el nombre de “relaciones” y “obligaciones”.

⁹¹⁹ J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *op. cit.*, p. 230.

⁹²⁰ En cuanto a las relaciones entre las sociedades o asociaciones y sus socios, el TJUE considera que estos vínculos son análogos a los de un contrato, en el sentido de que derivan de una relación voluntariamente establecida entre las partes, y ello con independencia de que las obligaciones deriven de la decisión de incorporarse como miembro o de una decisión de sus órganos. Vid. párrafo 13 de la STJCE 22 marzo 1983, as. 34/82, *Peters vs. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, *Recueil*, 1983, pp.987-

compromiso libremente asumido quedaría sobradamente cumplido con un contrato de franquicia, en cualquiera de sus modalidades, que encaja en el concepto más clásico de contrato, de acuerdo mutuo y consentido en que ambas partes tienen que cumplir obligaciones⁹²¹.

189. En cuanto a este aspecto ha de señalarse que el TJUE ha excluido del concepto de “materia contractual” los litigios derivados de responsabilidad precontractual o tratos preliminares (caso *Tacconi*⁹²²). En opinión de P. RÉMY-CORLAY, esta desvinculación de la regulación contractual es cuanto menos incoherente, si se tiene en cuenta que la ruptura abusiva de las negociaciones puede llevar en algunos ordenamientos a la obligación de suscribir el contrato⁹²³. R. ALONSO SOTO ha señalado la inconveniencia de esta calificación especialmente en relación a los contratos de colaboración comercial, dentro de los que habría que incluir la franquicia, pues en ellos la fase precontractual tendría una relevancia tal que no podría desvincularse del contrato⁹²⁴.

190. (ii) En cuanto a que la acción derive de ese compromiso, el TJUE ha indicado que lo hará siempre que “tenga como fundamento” dicho compromiso⁹²⁵. En concreto, ha considerado que dicho nexo se encuentra presente en las acciones declarativas de cumplimiento, de exoneración de responsabilidad o de indemnización por incumplimiento de una obligación contractual, ya sea ésta de hacer o de no hacer, en las acciones de indemnización por falta de preaviso o por la ruptura del contrato, en las derivadas de información engañosa dada por una parte que incitó a contratar y las acciones declarativas de validez, nulidad o inexistencia contractual⁹²⁶.

191. Así, serían consideradas como acciones en materia contractual todas las acciones ejercitadas por las partes de un contrato de franquicia que tuvieran su base en

1012, sobre la reclamación de una suma de dinero por parte de una asociación a sus asociados. En cuanto a los títulos valores, STJCE de 14 marzo 2013, asunto C-419/11, *Česká spořitelna, a.s. c. Gerald Feichter*, FJ 48: “el avalista, al firmar en el anverso del pagaré con la mención “por aval” aceptó voluntariamente actuar como garante de las obligaciones del emisor del pagaré”. En cuanto al resto de la enumeración, *vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., cit., vol. II, pp. 656-657.*

⁹²¹ P. MANKOWSKI, “Article 5”, *cit.*, p. 121.

⁹²² STJUE 17 septiembre 2002, as. C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, RJ, 2002, p. I-07357.

⁹²³ P. REMY-CORLAY, *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du Droit européen des contrats*, Dalloz, Themes et Commentaires, 2003, p. 53.

⁹²⁴ Esta fase sería “la fase más importante, pues es en ella donde se va a cerrar la negociación del contrato y se van a sentar las pautas de lo que será el posterior contenido del mismo e incluso los efectos jurídicos que desplegará en el momento de su resolución o extinción”, R. ALONSO SOTO, “Bases...”, *cit.* p. 58.

⁹²⁵ STJCE 8 marzo 1988, *Arcado*, *cit.*, FJ 12.

⁹²⁶ STJCE 8 marzo 1988, *Arcado*, *cit.*, FJ 13; STJCE 19 febrero 2002, as. c-256/00, *Besix SA v Wagab y Plafog*, RJ 2002, pp. I-01699 y ss; STJCE 4 marzo 1982, *Effer v. Kantner*, as. 38/81, RJ 1982, pp. 825-840. *Vid. Comentario A. HUET a la Sent. Cour Paris 29 enero 1981, R.C., 1982, p. 383.*

el contrato. Por ejemplo, respecto a las acciones que podría ejercitar el franquiciador, se considerarán como materia contractual a efectos del art. 7.1 RB-I bis las acciones que reclaman el pago de cánones y *royalties*, o las que solicitan la resolución del contrato por inobservancia de las directrices o por no asistir a la formación. En cambio, hay otras acciones que podrían ejercitarse cuya calificación como “materia contractual” resulta menos clara, de forma que podría plantearse la posibilidad de que fueran consideradas como “materia delictual o cuasidelictual” a efectos del foro especial. Estas acciones serían las relacionadas con la venta de productos no autorizados, con la competencia desleal, con la violación de los derechos de propiedad intelectual e industrial del franquiciador o con la utilización del *know-how* para fines distintos de la explotación de la franquicia. La calificación de las mismas se estudiará más detenidamente al examinar el foro sobre materia extracontractual⁹²⁷.

192. Lo mismo ocurre con las acciones que puede interponer el franquiciado. Algunas quedan claramente incluidas en el ámbito de la “materia contractual”, como son las que exigen el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo en materias como la falta de asistencia técnica, la falta de formación, la inexistencia de *know-how* o sistema operativo, la infracción del pacto de exclusividad...⁹²⁸. También es materia contractual, como ha indicado el TJUE, la acción de indemnización por ruptura abusiva de contrato⁹²⁹. Otras, como la fijación de precios en el suministro de productos, la falta de publicidad en la red, o la realización de actos de competencia desleal contra el franquiciado son más dudosas. También se estudiará la calificación de estas últimas acciones al examinar el foro sobre materia extracontractual.

193. Otras de las acciones que puede ejercitar el franquiciado respecto de las que tradicionalmente se ha suscitado debate sobre su carácter contractual son las indemnizatorias que no derivan de la ruptura del contrato sino directamente de la Ley⁹³⁰. Este es el caso de la indemnización por clientela, que en muchos ordenamientos se reconoce no solamente al agente, sino también al distribuidor o al franquiciado, en el supuesto de ruptura abusiva del contrato por parte del empresario principal. Los tribunales franceses, aunque el Derecho francés no dispone de “indemnización por clientela”, se habían pronunciado en cuanto al carácter no contractual de la indemnización equivalente en Derecho francés (art. 134.12 *Code de Commerce*)⁹³¹. Este

⁹²⁷ Vid. el apartado II,2,C,b,i,2,2.1 del presente capítulo, titulado “Foro especial en materia extracontractual”.

⁹²⁸ Todas las acciones citadas son las más comunes en relación a los contratos de franquicia, según datos del Ministerio de Comercio de España, disponibles en: <http://www.comercio.gob.es/es-es/comercio-interior/registros/franquiciadores/preguntas-frecuentes/paginas/arbitraje.aspx> (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁹²⁹ En relación a un contrato de agencia comercial, STJCE 8 marzo 1988, *Arcado, cit.*, al respecto se puede consultar el comentario en *Rev. crit. Dip.*, 1988, p. 610, nota H. GAUDEMET-TALLON.

⁹³⁰ Sent Cour Cass. Civ. Ire 3 octubre 2006, *JDI Clunet*, 2007, Enero-Marzo, n. 2, pp. 132-139, nota V. EGÉA/D. MARTEL, esp. p. 135.

⁹³¹ Art. 134.12 *Code de Commerce*, versión consolidada a 9 abril 2015, disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379> (fecha de última

debate se trasladó a las decisiones relativas al Reglamento Bruselas I, cuestión que zanjó la *Cour de Cassation* francesa respecto de una acción de indemnización por clientela basada en Derecho portugués, indicando que estas acciones se tenían que considerar claramente como “materia contractual” a efectos del Reglamento Bruselas I bis, ya que las mismas siguen la suerte del contrato⁹³². Del mismo lado parece estar el TJUE, que en la STJUE *Unamar* aplicó el Reglamento Roma I (sobre Ley aplicable a obligaciones *contractuales*) a un pleito en que el agente reclamaba varias indemnizaciones, entre ellas una indemnización por clientela⁹³³. Hasta hace poco, resultaba también dudosa la calificación de las acciones que solicitaban otras indemnizaciones basadas en la Ley como la indemnización reconocida por la Ley francesa en caso de “*rupture brutale des relations commerciales*”, respecto de la que se ha pronunciado recientemente el TJUE a favor de su calificación como materia contractual si existe contrato y que también se estudiará al tratar el foro en materia delictual⁹³⁴. En el mismo sentido ya se había pronunciado el TJUE respecto a otras indemnizaciones por resolución inesperada e intempestiva del contrato (caso *Arcado*)⁹³⁵.

194. Para todas estas acciones cuya calificación resulta más dificultosa, el TJUE ha indicado que el operador jurídico que analice la competencia judicial internacional tendrá que estar a lo que disponga el contrato (casos *Brogasser* y *Granarolo*⁹³⁶). Una acción solamente será considerada como materia contractual “si puede considerarse que el comportamiento recriminado es un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato”⁹³⁷. En

consulta: 15/04/2015). Sent. Cour Cass. Civ. 1re 17 junio 2003, *Rev. crit. Dip.*, 2004, p. 878; *RTD. Com.*, 2004, p. 396, nota P. DELEBECQUE.

⁹³² Sent Cour Cass. Civ. 1re 3 octubre 2006; *JCP*, 2007, II, n. 10028, pp. 36-38, note C. ASFAR; *JDI Clunet*, 2007, Enero-Marzo, n. 2, pp. 132-139, nota V. EGÉA / D. MARTEL; *Gaz. Pal.*, 2007, somm. 23 y ss., nota M.-L. NIBOYET; Al respecto ver también H. GAUDEMET-TALLON, “Quelques réflexions à propos de trois arrêts récents de la Cour de cassation française sur l’art. 5-1 et de l’avis 1/03 de la Cour de justice des Communautés sur les compétences externes de la Communauté” en A. BONOMI / E. CASHIN RITAINE / G.-P. ROMANO (eds), *La convention de Lugano, passé, present et devenir*, Schulthess, Zurich, 2008, p. 97-106.

⁹³³ STJUE 17 octubre 2013, *Unamar*, *cit.*. Sobre la relación entre la calificación de materia contractual en el Reglamento Bruselas I bis y los Reglamentos Roma I y Roma II, *vid.* M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual”, *CDT*, v.6, n. 2 (2014), pp. 315-329, esp. pp. 324-325.

⁹³⁴ STJUE 14 julio 2016, as. C-196/15, *Granarolo SpA vs. Ambrosi Emmi France SA*, ECLI:EU:C:2016:559.

⁹³⁵ STJCE 8 marzo 1988, *Arcado*, *cit.*, FJ 12: “No hay ninguna duda de que una demanda reclamando el pago de comisiones adeudadas en virtud de un contrato de agencia comercial autónoma tiene como fundamento mismo este contrato y está comprendida, por consiguiente, en la materia contractual en el sentido del apartado 1 del artículo 5 del Convenio” y FJ 13: “Debe utilizarse la misma solución en lo que se refiere a una demanda reclamando el pago de una indemnización compensatoria por resolución improcedente de este mismo contrato, teniendo en cuenta que esta indemnización se basa en el incumplimiento de una obligación contractual”.

⁹³⁶ STJUE 13 marzo 2014, as. C-548/12, *Marc Brogasser v. Fabrication de Montres Normandes EURL*, ECLI:EU:C:2014:148; STJUE 14 julio 2016, *Granarolo*, *cit.*.

⁹³⁷ STJUE 13 marzo 2014, *Brogasser*, *cit.*, FJ 24.

definitiva, si es indispensable tener en cuenta el contrato para resolver sobre la acción, ésta ha de calificarse como “materia contractual” en el sentido del art. 7.1. RB-I bis.

195. El “contrato” en el art. 7.1. RB-I bis. Como ya se indicó en el comienzo de la sección dedicada a la competencia judicial internacional, el Reglamento Bruselas I bis realiza respecto a diversos foros una labor de concentración de “acciones” ante los mismos tribunales de un Estado miembro. Así ocurre respecto al foro especial en materia contractual, en que la “unidad” de determinación de la competencia para los casos comprendidos en la letra “b” es ese “compromiso libremente asumido por una parte frente a otra”, que generalmente tomará la forma de un contrato tradicional, y no la “acción”⁹³⁸.

196. Concepto de contrato en el art. 7.1 RB-I bis. El “contrato” es un término que no ha sido definido por el propio Reglamento, y tampoco por el TJUE, que como acaba de exponerse, solamente ha definido “materia contractual”⁹³⁹. La definición de contrato ha sido proporcionada por la doctrina y la misma se puede aplicar tanto a la determinación de la competencia judicial internacional como de la Ley aplicable, pues el considerando 7 RR-I dispone la interpretación coherente de ambos Reglamentos⁹⁴⁰. El término “contrato” es más concreto que el de “relación jurídica” utilizado por el Reglamento Bruselas I bis para concretar el ámbito de aplicación del foro de la sumisión expresa: es el “acuerdo entre dos o más partes dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico entre las mismas”⁹⁴¹. Este concepto presenta un elemento clave, que es que exista un “equilibrio contractual único”, es decir, una correspondencia entre las prestaciones debidas⁹⁴².

⁹³⁸ STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, *cit.*. En este caso, el entonces TJCE determinó expresamente que los pleitos que se basan en grupos de contratos, es decir, en las reclamaciones derivadas de contratos relacionados con un contrato principal, no podrán agruparse ante un mismo tribunal por aplicación del 7.1, siempre que este foro condujera a tribunales diferentes en cada uno de dichos contratos. Ver también STJCE 15 enero 1987, as. 266/85, *Shenavai vs. Kreischer*, *Recopilación*, 1987, pp. 239-258, que permite la agrupación del litigio ante los tribunales del lugar de cumplimiento de la “obligación principal”, pero dicha reagrupación solo es válida si los litigios se basan en distintas obligaciones “de un mismo contrato”.

⁹³⁹ STJCE 17 junio 1992, *Handte*, *cit.*; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, *cit.*.

⁹⁴⁰ Considerando 7 RR-I: “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), y el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”. Véase también el considerando 17 del RR-I.

⁹⁴¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Apuntes sobre la competencia judicial internacional y la Ley aplicable a las donaciones: antes y después del Reglamento Roma I”, *CDT*, n.1, vol. 2, 2009, pp. 320-327, p. 324.

⁹⁴² A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 773. En las Conclusiones AG L.A. GEELHOED presentadas el 31 de enero de 2002 en el as. C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH*, RJ 2002, pp. 7359-7382, párrafo 77, se hace especial referencia a este elemento mediante la palabra “reciprocidad”: “En mi opinión, para aplicar el Convenio de Bruselas es determinante averiguar si ha surgido un compromiso entre las partes. ¿Han asumido las partes obligaciones recíprocas? Si existe una obligación libremente asumida, deberá aplicarse el artículo 5, número 1”.

197. Ejemplo. Se considera un “contrato” a efectos del art. 7.1 RB-I bis el acuerdo por el que un ciudadano inglés se compromete a vender a un español un equipo de ciberseguridad para el hogar y a prestarle asistencia técnica, a cambio de una contraprestación dineraria global.

198. Ejemplo 2. La operación contractual por la que un empresario español compra un inmueble sito en Tailandia a otra empresa española y posteriormente se lo arrienda por un período de un año, tras el cual tendrá que abandonarlo, no será considerado a efectos el Reglamento Bruselas I bis como un único contrato, sino como dos contratos. Existen dos equilibrios contractuales distintos. En primer lugar, la adquisición del bien a cambio de una remuneración. En segundo lugar, el alquiler de dicho bien, a cambio de una renta mensual.

199. Contratos existentes en la operación contractual internacional de franquicia. Realizadas estas precisiones, se ha de determinar cuántos “contratos” en el sentido del art. 7.1 RB-I bis, existirán entre franquiciador y franquiciado en una operación contractual internacional de franquicia. Para ello, se ha de tener en cuenta que las operaciones internacionales de franquicia son peculiares en dos sentidos, primero, porque son lo que se ha denominado tradicionalmente “contrato complejo”, es decir, se trata de una operación contractual compuesta de un “acuerdo marco” y varios “acuerdos de ejecución” de tal acuerdo marco. Segundo, porque dicho “acuerdo marco” es lo que la doctrina denomina un acuerdo “mixto”, es decir, un acuerdo compuesto por elementos procedentes de contratos típicos distintos.

200. 1) La franquicia como operación contractual compleja. La primera cuestión a precisar es por lo tanto si esos “acuerdos de ejecución” pueden ser considerados como “contratos” a efectos del art. 7.1 RB-I bis o si han de considerarse como una parte de un único contrato global de franquicia formado por el acuerdo marco y los acuerdos de aplicación. Como se dijo, los más comunes serán las distintas operaciones de venta de productos necesarios para llevar a cabo la actividad franquiciada que se formalicen entre franquiciador y franquiciado a lo largo de la vida de la operación contractual, pero pueden existir otros, como un acuerdo de realización de una campaña publicitaria, de financiación para realizar mejoras o de arrendamiento de las premisas donde se desarrollará el negocio, previamente adquiridas por el franquiciador⁹⁴³. Conforme a las consideraciones expuestas, lo adecuado sería analizar si en estos acuerdos accesorios existe o no un “equilibrio en las prestaciones” sin necesidad de tener en cuenta el

⁹⁴³ Pacto muy común en los contratos de franquicias con grandes insignias, como el caso de McDonald’s: “¿Dónde se localizará mi restaurante?”, *McDonald’s España*, disponible en: <https://www.mcdonalds.es/empresa/franquicias> (fecha última consulta 20/03/2017). Desde un punto de vista más crítico: “¿Son las hamburguesas el negocio principal de McDonald’s?”, *Deuda externa*, 30 abril 2014, <http://www.deudaexterna.es/el-negocio-principal-de-mcdonald%C2%B4s/> (fecha última consulta: 20/03/2017).

acuerdo marco de franquicia⁹⁴⁴. Si bien será algo a determinar caso por caso, en la mayoría de los supuestos la respuesta será afirmativa: estos acuerdos de ejecución pueden considerarse “contratos” a efectos del art. 7.1 RB-I bis. En los distintos acuerdos de compraventa (que no tienen por qué ser contratos formalizados por escrito, sino que pueden instrumentarse como simples pedidos) habrá entrega de mercancías y pago del precio, y por lo tanto equilibrio de las prestaciones; en el acuerdo de alquiler habrá puesta a disposición del local y pago de renta; en el acuerdo de financiación se procurarán facilidades para asumir ciertos gastos y a cambio existirá un interés a pagar por el franquiciado. Por lo expuesto, en este trabajo se partirá de considerar esos acuerdos de ejecución como “contratos” independientes en relación al art. 7.1 RB-I bis.

201. Ejemplo. La asociación de franquiciados portugueses de un negocio de pizzerías quiere demandar a su franquiciador español por un incumplimiento de los contratos que habían suscrito para la campaña de publicidad “San Valentín 2016”, solicitando la devolución de parte de precio pagado y una indemnización de daños y perjuicios por las ganancias dejadas de percibir durante esa fecha. El franquiciador se comprometió a realizar una difusión en la televisión portuguesa durante los siete días previos al 14 de febrero, pero solamente se hizo los últimos tres y en malísimas condiciones. ¿Es este acuerdo un “contrato” a efectos de competencia judicial internacional?

202. Este acuerdo entre franquiciador y franquiciado se ha de considerar como un “contrato” a efectos del art. 7.1 RB-I bis, aunque el mismo se haya celebrado en cumplimiento de una obligación prevista en el contrato marco de franquicia. En este acuerdo de publicidad existe equilibrio entre las prestaciones, una correspondencia entre las prestaciones debidas: el franquiciador adquiere un compromiso de promoción y publicidad de la marca a nivel de la red para unas determinadas fechas y el franquiciado a cambio paga un precio. En consecuencia, el contrato de publicidad se ha de calificar de forma independiente a efectos del mencionado foro especial.

203. Los acuerdos de ejecución que se consideren como “contratos” no tienen por qué estar contenidos en un documento aparte del contrato de ejecución, sino que algunas de las circunstancias de los mismos puede que se hayan previsto en el contrato marco, sin que ello altere su naturaleza de “contrato” independiente.

204. Ejemplo. En un contrato marco de franquicia se acuerda que el franquiciador adquirirá el local en que vaya a situarse el establecimiento franquiciado, y que posteriormente lo arrendará al franquiciado por un precio fijo al mes, a determinar en el contrato de arrendamiento, más los gastos de agua y electricidad. En ejecución de esa obligación, un mes más tarde las partes suscriben el contrato de arrendamiento

⁹⁴⁴ No es relevante que el contrato de ejecución se haya firmado en cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato marco de franquicia, si sus prestaciones se encuentran equilibradas con independencia de dicho contrato marco. Respecto a la concesión, D. BERLIN, *op. cit.*, p. 38; P. CRAHAY, *Guide des contrats internationaux d'agence et de concession de vente*, LGDJ, Paris, 1989, p. 137.

respecto del local adquirido por el franquiciador. El franquiciador pretende que el franquiciado pague todos los gastos de agua y electricidad efectuados durante la reforma del local, a lo que éste se opone. ¿Dónde puede demandar el franquiciado?

205. Pese a que la inclusión de los gastos en el precio del alquiler se pactó en el contrato marco de franquicia, se trata de una cuestión relativa al contrato de arrendamiento, y que, en el litigio que se ha suscitado entre las partes, se agota en dicho contrato de arrendamiento. Por ello, se ha de determinar el tribunal competente en relación al contrato de arrendamiento, pese a que este pacto se encuentre contenido en el acuerdo-marco de franquicia. En consecuencia, la demanda podrá solamente plantearse ante los tribunales del lugar en que se encuentre sito el establecimiento, pues los contratos de arrendamiento son materia sujeta al foro exclusivo del art. 24.1 RB-I bis.

206. 2) *La franquicia como operación contractual mixta.* La segunda cuestión es la de precisar si el “acuerdo marco” constituye un único contrato a efectos del art. 7.1 RB-I bis, o bien varios contratos. En este punto es preciso incidir en el elemento clave de la noción de “contrato” en el Reglamento, que es “el equilibrio contractual”. En el contrato marco de franquicia existen muchas obligaciones a cargo del franquiciador y del franquiciado, pero un equilibrio contractual único. Esas prestaciones se encuentran “equilibradas” en conjunto y no de forma individual, es decir, no se puede distinguir si la obligación del franquiciador de ceder los derechos se corresponde el pago por el franquiciado de un “X” por ciento del *royalty*, o si la obligación del franquiciado de comercializar los productos en la zona pactada se corresponde con la obligación del franquiciador de asumir la publicidad de la red a nivel nacional. Por esto se puede afirmar que el “acuerdo marco” de franquicia constituye para el art. 7.1 RB-I bis un único “contrato”, una única unidad de determinación de la competencia judicial internacional.

207. En resumen, aunque el contrato marco de franquicia sea un contrato “mixto”, es decir, un contrato compuesto, será un único contrato a efectos de la determinación de la competencia judicial internacional en función del foro especial del art. 7.1 RB-I bis. En consecuencia, todas las acciones relacionadas con un mismo contrato marco de franquicia podrán sustanciarse ante los mismos tribunales por medio del foro especial del art. 7.1 RB-I bis⁹⁴⁵.

208. Ejemplo. Para ilustrar esta cuestión se puede utilizar el ejemplo de la cesión de los derechos incorporeales (marcas, patentes, *know-how*, signos distintivos...) que se produce dentro de los contratos de franquicia. Esta cesión puede ser también un contrato independiente, que consista únicamente en la asignación de determinados derechos inmateriales a un cesionario para su explotación en un determinado territorio, a cambio

⁹⁴⁵ Salvo que las partes, como se verá más adelante, decidan por su autonomía de la voluntad fraccionar tal unidad.

de un precio⁹⁴⁶. En esos casos, la competencia judicial internacional respecto de un litigio derivado de dicha cesión será determinada calificando el contrato como un contrato de cesión de derechos incorpóreos. Pero no ocurre lo mismo cuando la cesión de derechos forma parte de un contrato mayor, como por ejemplo, un contrato de compraventa de empresa, o un contrato, como en el caso objeto de estudio, de franquicia. En estos supuestos, la cesión de derechos adquiere el papel de obligación contractual, no es un “contrato” y por lo tanto ha de ser tratada a efectos de competencia judicial internacional como una parte del contrato de franquicia⁹⁴⁷.

209. Dado que los contratos de ejecución pueden ser de diversa naturaleza y no presentan problemáticas propias del contrato de franquicia, más allá que el problema de la delimitación (que si se tratará, tanto en Ley elegida como en defecto de elección), a continuación se tratará exclusivamente la competencia judicial internacional relativa al contrato marco de franquicia.

2.1.2. La calificación de los contratos de franquicia unitaria a efectos del foro especial en materia contractual

210. Un segundo problema planteado por el foro especial en materia contractual respecto a los contratos de franquicia es el de su calificación a efectos del art. 7.1 RB-I bis, es decir, el de determinar en cuál de las tres opciones que ofrece el citado artículo – letra a; letra b, guión primero y letra b, guión segundo– se ha de subsumir dicho contrato⁹⁴⁸. Efectuar esta operación de calificación supone “encajar” este contrato de franquicia unitaria en alguna de las categorías previstas en dicho artículo (= contratos típicos a efectos de competencia judicial internacional europea): compraventa de mercaderías (a lo que correspondería la calificación de la letra b, guión primero), prestación de servicios (a lo que correspondería la calificación de la letra b, guión segundo) o ninguno de éstos (a lo que correspondería la calificación de la letra a del citado artículo).

⁹⁴⁶ Ver, por ejemplo, STJCE 23 abril 2009, *Falco*, *cit.*, sobre un contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual sobre unas grabaciones del grupo de música *Falco*.

⁹⁴⁷ O. LANDO, “Contracts” en VV.AA., *Int. Enc. Comp. Law*, vol. III, capítulo 24; J.C.B. Mohr, Tübingen, 1976, p. 141.

⁹⁴⁸ De la calificación en los Reglamentos Bruselas I y Bruselas I bis se han ocupado, entre otros, los siguientes autores: F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *Derecho...*, *cit.*, pp. 110-11, 118-119; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, *cit.*, p. 165-167, 217-220; P. MAYER / V. HEUZE, *Droit...*, *cit.*, p. 224-228; B. HAFTTEL, “Entre Rome II et Bruxelles I: l’interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I”, *JDI*, n. 3, julio 2010, doctrina 11, p. 760-788; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, pp. 655-658, 1063-1065; S. CLAVEL, *op. cit.*, p. 207; P. MANKOWSKI, “Article 5”, *cit.*, pp. 121-144, 231-239; J. CARRASCOSA GONZALEZ, “Art. 5.1” y P. BLANCO MORALES LIMONES, “Art. 5.3”, en A.-L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas Relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 77-101, 120-138; P. DE CESARI, *Diritto Internazionale Privato dell’Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 77-78, 91-96; J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *op. cit.*, pp. 229-237, 247-254; B. AUDIT / L. D’AVOUT, *op. cit.*, pp. 512-519, 519-521; B. BAREL / S. ARMELLINI, *op. cit.*, pp. 234-241, 255-260; G. CONNETTI / S. TONOLO / F. VISMARA, *op. cit.*, pp. 26-30; O. CACHARD, *op. cit.*, pp. 51-54; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 86-98.

211. Esta calificación únicamente puede resolverse (apartado 2.1.2.4) si se tienen en cuenta los antecedentes de la solución actual (apartado 2.1.2.1), la regulación vigente en el Reglamento Bruselas I bis (apartado 2.1.2.2) y las nuevas indicaciones aportadas al respecto por el legislador europeo en el Reglamento Roma I (apartado 2.1.2.3).

212. Para estudiar esta cuestión se tomará como modelo de contrato de franquicia, entre todos los tipos estudiados, el contrato de franquicia directa unitaria, y ello por dos razones. En primer lugar, porque es el contrato al que se ha referido la mayoría de la doctrina al tratar esta cuestión de la calificación. En segundo lugar porque se trata del contrato de franquicia que presenta un esquema contractual más sencillo⁹⁴⁹. Posteriormente se analizará la calificación de los demás tipos de contratos de franquicia.

2.1.2.1. Antecedentes históricos: el Convenio de Bruselas de 1968

213. *El foro en materia contractual en el CB 1968. Fundamento.* Para poder determinar la calificación del contrato de franquicia a efectos del art. 7.1 RB-I bis es preciso comprender los antecedentes del precepto. El foro que actualmente recoge el art. 7.1.a (lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda) era el único punto de conexión del foro especial en materia contractual en el Convenio de Bruselas 1968 (art. 5.1. CB)⁹⁵⁰. Su lógica era la de proporcionar un foro más próximo al litigio tanto al tribunal como a las partes. Esta norma general remitía al lugar de cumplimiento de la obligación porque es allí donde se hallarán las pruebas y los elementos fácticos del litigio y por lo tanto, es donde más eficiente puede resultar la instrucción del proceso. Esta norma general obedecía también a un justo reparto de la “carga de internacionalidad jurisdiccional”: desde la perspectiva del deudor, este foro implica que éste puede ser demandado ante los tribunales del lugar donde esté materialmente obligado a cumplir⁹⁵¹.

214. *El foro en materia contractual en el CB 1968. El riesgo de dispersión del contencioso.* Pero este foro presentaba importantes dificultades en relación a ciertos contratos y a ciertos tipos de litigios derivados de los mismos. En primer lugar, requería una definición muy precisa del litigio, algo muy delicado en el campo de las operaciones comerciales internacionales, en que lo habitual son contratos complejos como el de franquicia y en el que un mismo asunto puede tener diversos fundamentos o referirse a la violación de varias obligaciones contractuales. Ello generaba inseguridad

⁹⁴⁹ Como se estudió en el capítulo I de este trabajo, en este contrato solamente se encuentran involucrados un franquiciador y un franquiciado, que acuerdan la explotación de un único establecimiento por parte del franquiciado.

⁹⁵⁰ Aunque la versión inicial del art. 5.1 CB designaba el lugar de ejecución “de la obligación”, sin ninguna otra precisión, el TJCE, en el caso *De Bloos* determinó que esa obligación era la que “servía de base a la demanda”, lo que se incorporó posteriormente al texto del Convenio, y de ahí al Reglamento de Bruselas I (STJCE 6 octubre 1976, as. 14/76, *De Bloos vs. Bouyer*, RJ 1976, pp.1497-1520).

⁹⁵¹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, cit., p. 108.

jurídica y además resultaba en la dispersión del contencioso ante distintos tribunales⁹⁵². Así, si el mismo demandado invocaba varias obligaciones autónomas (en un contrato de franquicia, pago del canon, y cumplimiento de los estándares de imagen de la marca, por ejemplo), podían darse varios jueces competentes. En palabras de D. BUREAU y H. MUIR WATT, “esta diseminación del contencioso se aparecía como contraria a una de las finalidades esenciales del espacio judicial común, que busca limitar el riesgo de decisiones contradictorias en un mismo asunto”⁹⁵³. Este efecto poco deseable del art. 5.1 CB se suavizó por la jurisprudencia posterior del TJCE al permitirse la agrupación del contencioso ante el foro que había de conocer de la obligación principal (caso *Shenavai*⁹⁵⁴). Pero la jurisprudencia europea no pudo ofrecer una solución satisfactoria a aquellos casos en que se reclamaban obligaciones de una importancia equivalente⁹⁵⁵.

215. El foro en materia contractual en el CB 1968. La dificultad de determinación del lugar de cumplimiento. En segundo lugar, se requería la determinación del lugar de ejecución de esa obligación litigiosa, algo que es muy complicado respecto a algunas obligaciones. En el propio contrato de franquicia, por ejemplo, resultaba muy difícil determinar el lugar de ejecución de la obligación del franquiciador de proporcionar asistencia técnica al franquiciado⁹⁵⁶. Pero de todas las posibles obligaciones controvertidas, la que generaba más dificultades de localización en todos los contratos era el pago. El lugar del pago no tenía por qué ser un lugar conectado con la controversia, ni con el contrato y además se convertía en una forma muy fácil de falsear la competencia: como en los contratos en que existe algún desacuerdo o incumplimiento lo habitual es que la parte que debe el pago lo suspenda o interrumpa, el acreedor se apresuraba a dirigirse a los tribunales que le señalaba el foro especial, para evitar ser demandado en el lugar de cumplimiento de la obligación. Así, el foro se hacía depender, en un primer momento, de la parte que tomara la iniciativa de la demanda. Para intentar solucionar la cuestión, el TJCE estableció que, a falta de cláusula contractual sobre la cuestión, era la Ley aplicable al contrato la que había de determinar dicho lugar de ejecución (caso *Tessili*⁹⁵⁷). Los inconvenientes de esta decisión fueron numerosos, tal y como pone de manifiesto la doctrina más autorizada: retrasos y complejidad, riesgo de un conflicto negativo, es decir, de una ausencia de

⁹⁵² Una ilustración de esta dispersión de la competencia propia del Convenio de Bruselas puede verse en el comentario a la Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 8 febrero 2000, *Rev. crit. DIP.*, 2000, nota H. MUIR WATT.

⁹⁵³ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome II, p. 393.

⁹⁵⁴ STJCE 15 enero 1987, *Shenavai, cit.*, FJ 14, 16 y 18, sobre la determinación de la obligación relevante a efectos del art. 5.1º CB en relación a un litigio sobre el pago de honorarios de un arquitecto. *Vid.* también la STJCE 26 mayo 1982, as. 133/81, *Ivenel v. Schwab, RJ* 1982, pp. 1891 y ss, sobre una demanda basada en varias obligaciones que resultan de un único contrato de representación.

⁹⁵⁵ Ver STJCE 5 octubre 1999, as. C-420/97, *Leathertex Divisione Sintetici SpA vs. Bodetex BVBA, RJ*, 1999, p. I-6747; Comentario a la Sent Cour Cass. Civ. 1re 3 octubre 2006, *JDI Clunet*, 2007, Enero-Marzo, n. 2, pp. 132-139, nota V. EGÉA / D. MARTEL, p. 137.

⁹⁵⁶ H. KENFACK, *La franchise...*, *cit.*, p. 400.

⁹⁵⁷ STJCE 6 octubre 1976, as. 12/76, *Tessili vs. Dunlop, RJ*, 1976, pp. 1473-1495.

foro y configuración de un *forum actoris* en los casos en que se considerara como lugar de cumplimiento el domicilio del demandante⁹⁵⁸.

216. Estas disfunciones del art. 5.1 CB fueron puestas de manifiesto por la doctrina, hasta el punto de llegar a sugerir la supresión total del foro en materia contractual por su falta de funcionalidad⁹⁵⁹. Finalmente, se optó por la posibilidad de simplificar este foro para ciertos contratos, de forma que no hubiera que consultar la Ley aplicable al contrato para determinar la obligación controvertida y que no se produjera una dispersión del contencioso aunque se planteara una demanda basada en el incumplimiento de varias obligaciones derivadas del mismo contrato⁹⁶⁰. Fue así como nació el foro del art. 5.1 del Reglamento de Bruselas I, que ha pasado intacto al Reglamento Bruselas I bis vigente actualmente.

2.1.2.2. La solución de Bruselas I y Bruselas I bis

217. La regla del art. 7.1.b RB-I bis. Los contratos elegidos para simplificar el foro en materia contractual fueron los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios. Se creó para ambos la regla especial contenida en la letra b del art. 5.1 RB-I (actual letra b del art. 7.1 RB-I bis). Conforme a dicha regla especial ya no es relevante la obligación que sirve de base a la demanda, sino que el propio Reglamento determina, salvo pacto en contrario, cómo se ha de fijar el tribunal competente en todas las reclamaciones que se deriven de los tipos de contratos que contiene. Para ello, es el propio Reglamento el que determina la obligación que ha de tenerse en cuenta para la concreción del lugar de ejecución sea cual sea la obligación litigiosa: para el contrato de compraventa de mercaderías, dicha obligación será la entrega de las mercaderías, y para la prestación de servicios, la obligación de prestación del servicio. Además, se modificó en dicho precepto la forma en que ha de determinarse el lugar de ejecución, de forma que el mismo ha de fijarse “según el contrato” y no según la Ley aplicable al mismo⁹⁶¹.

⁹⁵⁸ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome II, p. 394. Para estos autores, esta situación podría darse cuando lo que se reclame sea el pago del precio, que según algunos ordenamientos jurídicos es reputado como “*portable*”, es decir, pagadero en el domicilio del vendedor. En estos casos, la reclamación del pago del precio suele esconder el incumplimiento de la obligación de ejecutar correctamente la prestación, de manera que reconocer el foro del actor iría en contra de un proceso equitativo.

⁹⁵⁹ Comentario a la STJUE 8 marzo 1988, *Arcado, cit.*, *Rev. crit. DIP.*, 1988, n. 203 *in fine*, p. 610, nota H. GAUDEMET-TALLON; G. DROZ, “Delendum est fórum contractus?”, *Dalloz*, 1997, chron. p. 351; V. HEUZE, “De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968”, *Rev. crit. DIP.*, 2000, p. 588 y ss., esp. p. 589; Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 786; M.-L. NIBOYET, “La révision de la Convention de Bruxelles part le règlement du 22 décembre 2000”, *Gaz. Pal.*, 10-12 junio 2001, doctr. 1, p. 943.

⁹⁶⁰ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *cit.*, p. 109.

⁹⁶¹ Esta solución se aparta radicalmente del método analítico distributivo impuesto por la jurisprudencia *Tessili* para el Convenio de Bruselas. De hecho, a esta nueva regulación se le ha denominado “anything but *Tessili*” por P. MANKOWSKI, “Article 5”, *cit.*, p. 135.

218. Como se ha visto, esta formulación “tripartita” del foro en materia contractual ha pasado intacta al Reglamento Bruselas I bis. Ello supone que, para determinar el tribunal competente en virtud de este foro, sea preciso calificar el contrato del que derive la acción litigiosa ejercitada, para ver si se ajusta a los conceptos del Reglamento de “compraventa de mercaderías” o de “prestación de servicios” o a ninguno de ellos.

219. La regla del art. 7.1 RB-I bis. La interpretación de los conceptos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios. La operación calificatoria requiere en primer lugar una tarea previa de interpretación del significado de los conceptos que utiliza el Reglamento Bruselas I bis en los que se pretende subsumir el contrato de franquicia, es decir, “prestación de servicios” y “compraventa de mercaderías”. Se ha de comprobar en primer lugar si el contrato en cuestión encaja en alguno de estos dos términos, y si no es así, inmediatamente se considerará que el mismo encaja en la letra a del precepto, “ni compraventa de mercaderías ni prestación de servicios”. De esta forma, la regla general del art. 7.1.a RB-I bis se ha de considerar más bien como una regla residual.

220. Como ha indicado el TJUE, esta interpretación ha de realizarse de forma autónoma, es decir, los conceptos de “compraventa de mercaderías” y “prestación de servicios” son propios del Reglamento Bruselas I bis⁹⁶². Así, el intérprete se ha de remitir principalmente al sistema y a los objetivos de dicho Reglamento, y ha de excluir “el reenvío al derecho interno de uno u otro de los Estados implicados”⁹⁶³. Como ha indicado también la mejor doctrina, esta opción es la más deseable, pues favorece la uniformidad interpretativa del Reglamento en toda la UE⁹⁶⁴.

221. El TJUE ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la interpretación de los conceptos de “compraventa de mercaderías” y “prestación de servicios” en varias ocasiones. Sus consideraciones sobre estos términos han sido emitidas en relación al Reglamento Bruselas I, pero son plenamente extensibles al Reglamento Bruselas I bis vigente actualmente, pues las disposiciones de ambos Reglamentos en que se utilizan estos términos “pueden calificarse de equivalentes”⁹⁶⁵.

⁹⁶² STJCE 23 abril 2009, *Falco*, *cit.*, FJ 26.

⁹⁶³ STJCE 22 marzo 1983, as. 34/82, *Peters vs. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, *Recueil*, 1983, pp.987-1012, párrafo 9, en relación a los conceptos de materia contractual y delictual.

⁹⁶⁴ P. BERLIOZ, “La notion...”, *cit.*, p. 677; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, *cit.*, p. 148; S. LEIBLE, “Art. 5 Brüssel I-VO” en T. RAUSCHER (dir.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, Sellier, Munich, 2006, n. 49; B. HAFTEL, *op. cit.*, p. 764. Además, esta interpretación autónoma favorece un buen funcionamiento del mercado único europeo, garantiza una tutela judicial efectiva, permite la circulación de las decisiones judiciales... (STJCE 6 octubre 1976, *Tessili*, *cit.*, y STJCE 8 marzo 1988, *Arcado*, *cit.*).

⁹⁶⁵ STJUE de 18 de julio de 2013, *ÖFAB*, *cit.*, FJ 28 y 29.

222. Concepto de compraventa de mercaderías. El concepto de “compraventa de mercaderías” no ha sido definido como tal por el TJUE, si bien éste ha indicado que se trata de “un contrato cuya obligación característica es la entrega de un bien” (caso *Car Trim*⁹⁶⁶). Al igual que en el caso de la prestación de servicios, el TJUE ha desoído sus propias indicaciones y ha realizado una interpretación amplia del precepto, de forma que ha caracterizado como compraventa de mercaderías algunos contratos en que existen más obligaciones que la entrega de un bien⁹⁶⁷. Por ejemplo, ha considerado como compraventas los contratos que tienen por objeto la fabricación y entrega de mercancías incluso si el comprador, sin facilitar los materiales, formula exigencias relativas a la obtención, transformación y entrega de las mercaderías, e incluso si el proveedor es responsable de la calidad y conformidad de las mercancías con el contrato⁹⁶⁸. Además, esta entrega no tiene por qué ser puntual, sino que puede tratarse de una entrega periódica, en el marco de una relación duradera entre dos operadores económicos, siempre que esta relación se limite a acuerdos sucesivos que tengan cada uno de ellos como objeto la entrega de mercancías⁹⁶⁹.

223. Concepto de prestación de servicios. El TJUE ha indicado que “el concepto de servicios implica, como mínimo que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración” (caso *Falco*)⁹⁷⁰. En consecuencia, el contrato de prestación de servicios se caracteriza, como se verá más adelante, por la presencia de dos elementos: actividad y remuneración. En cuanto a la realización de una actividad, implica la realización de actos positivos, de forma que la simple tolerancia de una situación no es suficiente⁹⁷¹. En cuanto a la remuneración, el TJUE ha afirmado que no tiene por qué ser dineraria. Como se podrá estudiar posteriormente con más detenimiento, el TJUE ha vuelto a desoír sus propias indicaciones acerca de una interpretación estricta de este foro y ha calificado como prestación de servicios contratos de agencia comercial y de concesión (casos *Peter Rehder*, *Wood Floor* y *Corman Collins*⁹⁷²)⁹⁷³. Esta interpretación amplia del concepto de

⁹⁶⁶ STJUE 25 febrero 2010, as. C-381/08, *Car Trim GmbH vs. KeySafety Systems Srl.*, RJ 2010, p. I-1255, FJ 32.

⁹⁶⁷ Sobre el concepto de compraventa de mercaderías en el art. 7.1.b *vid.* I. LORENTE MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 258: “A partir del concepto estático de “compraventa” extraído de la convención de Viena de 11 abril 1980, puede indicarse que una posible definición propia y autónoma de contrato de compraventa de mercaderías en el Reglamento Bruselas I bis es la siguiente: el contrato sinalagmático en cuya virtud una parte entrega a otra parte un bien mueble corporal (mercadería) a cambio del pago de un precio en dinero”.

⁹⁶⁸ STJUE 25 febrero 2010, *Car Trim*, *cit.*, FJ 43.

⁹⁶⁹ STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins*, *cit.*, FJ 36.

⁹⁷⁰ STJCE 23 abril 2009, *Falco*, *cit.*, FJ 29.

⁹⁷¹ Previamente al pronunciamiento del TJUE, parte de la doctrina se había mostrado favorable de incluir en el concepto de prestación de servicios también las obligaciones de “no hacer”. *Vid.* P. BERLIOZ, “La notion...”, *cit.*, p. 687.

⁹⁷² STJUE 9 julio 2009, *Rehder*, *cit.*; STJUE 11 marzo 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH vs. Silvia Trade SA*, as. c-19/09, RJ 2010, pp. I-02121 y ss.; STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins*, *cit.*.

prestación de servicios parece concordar mejor con la razón de ser de la norma, pues tiene como resultado evitar la dispersión de foros en los mayores supuestos posibles⁹⁷⁴.

224. La regla del art. 7.1 RB-I bis y los contratos de franquicia. Opciones de calificación. Una vez definidos los conceptos, será preciso realizar la operación de calificación en sí, es decir, determinar en cual de ellos encaja un contrato de franquicia directa unitaria, con las características estudiadas en la primera parte de este trabajo⁹⁷⁵. Se abren por lo tanto varias posibilidades:

225. Primera. Considerar que el contrato de franquicia es un contrato de compraventa, y que por lo tanto se ha de beneficiar de la regla recogida en el art. 7.1.b guión primero RB-I bis.

226. Segunda. Considerar que el contrato de franquicia es un contrato de prestación de servicios, y que por lo tanto se ha de sujetar al art. 7.1.b guión segundo RB-I bis. Tanto esta opción como la anterior supondrían que todos los litigios derivados del mismo contrato se sustancien ante los mismos tribunales⁹⁷⁶.

227. Tercera. Considerar que el contrato de franquicia no es ni un contrato de compraventa ni un contrato de prestación de servicios, que por lo tanto se ha de someter a la primera versión de la regla, aún vigente en el art. 7.1.a RB-I bis, lo que impediría “diseccionar” el contrato para seleccionar la obligación que sirve de base a la demanda, y que la competencia del juez se limitara únicamente al contencioso relativo a tal obligación.

228. Para resolver esta cuestión de calificación no es suficiente, como se ha visto, con recurrir al propio tenor del Reglamento, pero tampoco a la jurisprudencia del TJUE. Ninguna sentencia del TJUE en toda su historia de interpretación del Convenio de Bruselas y Reglamento de Bruselas I se ha referido al contrato de franquicia, ni siquiera lo ha mencionado. Además, las definiciones que ha proporcionado el tribunal sobre los

⁹⁷³ A. BRIGGS, *Civil Jurisdiction and Judgments*, pp. 123-124: “Though in *Falco Privatstiftung* the Court suggested that Article 7(1)(b) should be given a narrow construction, on the footing that it was an exception to the more general rule in Article 7(1)(a), the Court plainly ignored its own advice in *Corman-Collins SA v. La Maison du Whisky SA*, and it is submitted that it was right to do so”. Ver también la reciente STJUE 14 julio 2016, *Granarolo*, cit., FJ 18: “El Tribunal de Justicia ya ha declarado que dichas competencias especiales deben interpretarse de modo estricto, sin que quepa una interpretación de las mismas que vaya más allá de los supuestos explícitamente contemplados en el citado Reglamento (sentencia de 18 de julio de 2013, *ÖFAB*, C-147/12, EU:C:2013:490, apartado 31)”, en la que en cambio interpreta el término prestación de servicios de nuevo en sentido amplio.

⁹⁷⁴ P. BERLIOZ, “La notion...”, cit., p. 676; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Contratos de distribución...”, cit., p. 229.

⁹⁷⁵ Este análisis de los atributos de la institución a calificar se realiza también conforme a datos de hecho y no conforme a ningún Derecho nacional. Quedán atrás los tiempos en que esta cuestión se reducía a la elección entre una calificación *lege fori* y una calificación *lege causae*. Vid. V. E. BARTIN, “De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois”, *JDI*, 1897, p. 225 y ss.

⁹⁷⁶ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 108.

conceptos de compraventa de mercaderías y prestación de servicios no son, tal y como se ha visto, lo suficientemente concretas como para poder afirmar con seguridad a qué categoría pertenecen los contratos de franquicia.

229. Las decisiones más próximas o con mayor aplicación a la determinación de la competencia judicial internacional de estos contratos serían los mencionados casos *Falco* (sobre la calificación a efectos del Reglamento Bruselas I de un contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual) y *Corman-Collins* (sobre la calificación de un contrato de concesión de venta o distribución)⁹⁷⁷. La única mención a los contratos de franquicia en un expediente del TJUE se realiza precisamente en las Conclusiones presentadas por los Abogados Generales de ambos casos. En *Corman-Collins*, se menciona a la franquicia para señalar su naturaleza diferente a la del contrato de concesión de venta o distribución⁹⁷⁸ y en *Falco* en dos ocasiones, la primera para señalar su naturaleza diferente al contrato de cesión de derechos, y la segunda para ejemplificar la dificultad de su encaje en el antiguo 5.1 RB-I (actual 7.1 RB-I bis)⁹⁷⁹.

230. A estas dificultades se suma que la jurisprudencia de los Estados miembros sobre la calificación del contrato de franquicia a efectos del Reglamento Bruselas I y de su versión refundida es, por lo que se ha podido investigar en el presente trabajo, inexistente. Por ello, para resolver la calificación de los contratos de franquicia en el art. 7.1 RB-I bis será preciso recurrir a la interpretación analógica de la jurisprudencia referida a otros contratos, tanto europea como de los Estados miembros, así como a los distintos análisis de la doctrina, que sí se ha pronunciado sobre la cuestión.

231. La regla del art. 7.1 RB-I bis y los contratos de franquicia. La posición de la jurisprudencia del TJUE. Como se ha indicado, no existe ningún pronunciamiento del TJUE sobre la calificación de los contratos de franquicia en relación al art. 7.1 RB-I bis (art. 5.1 RB-I). Sin embargo, los mencionados casos *Falco* y *Corman Collins*

⁹⁷⁷ STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins*, *cit.*; STJUE 23 abril 2009, *Falco*, *cit.*.

⁹⁷⁸ Conclusiones del A.G. NILO JÄÄSKINEN, presentadas el 25 de abril de 2013 al caso *Corman-Collins SA v. La Maison du Whisky SA*, as. c-9/12, nota al pie n. 30, refiriéndose a los contratos de concesión de venta: “Estos contratos se distinguen claramente, por un lado, de los contratos de agencia comercial porque el concesionario no tiene atribuida la facultad de representar al concedente y, por otro, de los contratos de franquicia, pues la concesión de venta no se basa en que el concedente ponga a disposición del concesionario su experiencia técnica o administrativa”.

⁹⁷⁹ Conclusiones de la A.G. Verica Trstenjak, presentadas el 27 de enero de 2009 al caso *Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch v. Gisela Weller-Lindhorst*, as. c-533/07, nota al pie n. 47: “En la doctrina austriaca (...) subraya que hay que distinguir el contrato de licencia del contrato de transferencia de procedimientos tecnológicos (know-how) y del contrato de franquicia (...)”; y nota al pie n. 112: “Para numerosos contratos, no resulta evidente a primera vista si deben ser tratados según la norma de la letra a) o la de la letra b) del artículo 5, apartado 1; a título de ejemplo, cabe citar el contrato de arrendamiento o alquiler y el contrato de crédito. Además, incluso dentro de la letra b) de dicha norma no siempre estará clara la delimitación entre contratos de compraventa de mercaderías y contratos de prestación de servicios; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, *cit.*, p. 147, menciona por ejemplo en tal contexto el contrato de franquicia. (...)”.

pueden proporcionar datos al intérprete jurídico que le permitan orientar su labor calificatoria en relación a la franquicia⁹⁸⁰.

232. En el primero de ellos, el caso *Falco*, el TJUE se pronunció en el curso de un litigio entre los demandantes *Falco Privatstiftung*, una fundación establecida en Viena y el señor Rabitsch, también con domicilio en Viena y la demandada señora Weller-Lindhorst, con domicilio en Múnich. Dicho litigio versaba sobre la ejecución de un contrato de licencia de propiedad intelectual por el que dichos demandantes facultaron a la demandada a comercializar en Austria, Alemania y Suiza grabaciones de vídeo de un concierto del grupo *Falco*. La demandada había incumplido el contrato comercializando grabaciones de audio sin autorización alguna y los demandantes reclamaban su responsabilidad. Ante la cuestión planteada al TJUE sobre la calificación de tal contrato a efectos del artículo 5.1 RB-I, éste indicó que el contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho como contrapartida por el pago de una remuneración no es un contrato de prestación de servicios en el sentido de dicha disposición, sino que el mismo ha de sujetarse al artículo 5.1.a RB-I.

233. En cuanto al segundo de ellos, el caso *Corman Collins*, el TJUE se pronunció en un caso de un contrato de concesión entre *La Maison du Whisky*, una corporación con sede en Francia y una empresa belga, *Corman-Collins* en que esta última reclamaba una indemnización por ruptura de la relación contractual existente entre ambas, por la que *Corman Collins* distribuía varias marcas de whisky de la empresa francesa para su reventa en Bélgica. Ante la cuestión planteada al TJUE sobre la calificación de este contrato a efectos del Reglamento Bruselas I, éste indicó que el artículo 5.1.b, segundo guión, relativo a los contratos de prestación de servicios es aplicable a un contrato de distribución en exclusiva que contenga términos específicos relativos a la distribución por el distribuidor de los bienes que le son vendidos por el principal.

234. La regla del art. 7.1 RB-I bis y los contratos de franquicia. La posición de la jurisprudencia de los Estados miembros. La cuestión de la calificación a efectos del art. 5.1 RB-I (actual 7.1 RB-I bis) sí se dio a nivel jurisprudencial en varios Estados miembros respecto de otros contratos que, como se ha podido estudiar en el capítulo I del presente trabajo, son muy próximos a los contratos de franquicia: los contratos de distribución. Éstos fueron calificados de forma muy diferente por los tribunales de los Estados miembros, que se resistían a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE⁹⁸¹. Se podían distinguir así varias posiciones:

⁹⁸⁰ STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins*, *cit.*; STJUE 23 abril 2009, *Falco*, *cit.*.

⁹⁸¹ En esta actitud de los tribunales nacionales respecto al contrato de distribución algún autor ha visto la reticencia de las altas jurisdicciones nacionales a prescindir de su prerrogativa de interpretación del Derecho, tal y como les impone el Derecho europeo. P. BERLIOZ, "Le contrat de concession est un contrat de fourniture de services au sens du règlement Bruxelles I", *JCP éd. G.*, n. 6, 10 febrero 2014, p. 183.

235. Por un lado, en Francia, la postura mayoritaria en relación con los contratos de distribución en exclusiva y de concesión de venta era que estos contratos debían subsumirse en el art. 5.1.a RB-I (actual 7.1.a RB-I bis), pues no eran contratos de venta, ni de prestación de servicios⁹⁸². Con esta postura, la Corte francesa sostenía que los contratos de distribución no eran una operación compleja en que pudiera distinguirse el contrato marco de los contratos de ejecución (compraventas), sino que se trataban de un único contrato en que se incluían todas las prestaciones intercambiadas por las partes durante el tiempo de vida de la relación contractual y que por lo tanto tenía notas tanto de compraventa como de prestación de servicios⁹⁸³. En España, estos contratos se calificaron también conforme al art. 5.1.a RB-I (art. 7.1.a RB-I bis)⁹⁸⁴. En Irlanda se siguió el mismo enfoque⁹⁸⁵.

236. Por otro lado, los tribunales italianos consideraron el contrato de distribución como un contrato de compraventa de mercaderías⁹⁸⁶. Esta tendencia estaba

⁹⁸² Véanse, entre otras las Sent. Cour Cass. Civ. 1ere Francia 5 marzo 2008, 06-21.949, *Rev. crit. DIP.*, 2008, 665, 3er esp., y crónica de M.-E. ANCEL, p. 561; *JDI* 2008, 521, 1er esp., nota J.-M. JACQUET; *D.* 2008, 1729, 2º esp., nota H. KENFACK; *RTD com.*, 2008, p. 665, nota P. DELEBECQUE (el contrato de distribución no es un contrato de prestación de servicios ni de compraventa a efectos del art. 5.1 RB-I) y Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 23 enero 2007, n. 05-12.166, *Waeco International GMBH v. Cardon*, *Rev. crit. Dip.* 2008, 661, 1er esp. y crónica de M.-E. ANCEL, p. 561; *JDI* 2008, 1er esp., nota J.-M. JACQUET; *D.* 2007, 1575, nota H. KENFACK; *D.* 2007, Pan. 2571, nota S. BOLLÉE; *D.* 2008, Pan. 1514, nota F. JAULT-SESEKE; *JCP* 2007, II, 10074, nota T. AZZI; *Gaz. Pal.* 2007, 29 abril-3 mayo, n. 119-123, Spécial sur contentieux judiciaires internationaux et européens 23, 3er esp., nota M.-L. NIBOYET. El resumen oficial provisto por la Cour de Cassation en relación a esta última Sentencia expresa su posición de forma muy clara: “Un contrat de concession exclusive n'est ni un contrat de vente, ni une fourniture de services au sens de l'article 5 § 1 b) du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. Dès lors seul l'article 5 § 1 a) de ce règlement est applicable et il appartient donc au juge français de rechercher la loi compétente selon l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”. Ver también en el mismo sentido la más reciente Sent. Cass. Civ. 1ere, 8 julio 2010, pourvoi n°09-16063, *Rev. crit. dip.*, 2010, pp. 743 y ss., nota D. BUREAU / H. MUIR WATT.

⁹⁸³ COMMISSION DU RAPPORT ET DES ETUDES DE LA COUR DE CASSATION, “1^{er} Civ., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13.13.405, en cours de publication”, en *Rapport Annuel 2014 - Livre IV Jurisprudence de la Cour*, pp. 538-542, p. 539; H. GAUDEMET-TALLON, “Quelques réflexions...”, *cit.*, pp. 97-106.

⁹⁸⁴ SAP Guipúzcoa 21 de septiembre 2007, n. 197/2007, RJ JUR\2008\35356, sobre un contrato de distribución en exclusiva no formalizado por escrito entre las partes, suscrito entre un fabricante holandés de bicicletas y un distribuidor español. Esta sentencia encuadra el contrato de distribución en el art. 5.1.a, a pesar de indicar que “la actividad de distribución de los productos GIANT por parte de COMET se ceñía al mercado español, por lo que ha de considerarse el territorio español como el lugar de ejecución y cumplimiento del contrato” (y no de la obligación).

⁹⁸⁵ *Nestorway Ltd t/a Electrographic International v Ambaflex BV* (2006) IEHC 235, (2007) IL Pr 48. El caso se refería a la reclamación del distribuidor por terminación injusta del contrato de distribución, y la High Court Irlandesa determinó que, si bien el contrato marco de distribución necesariamente implicaba la consecución de otros contratos de compraventa de mercaderías, no era una compraventa de mercaderías, y tampoco una prestación de servicios, por lo que debía sujetarse al art. 5.1.a RB-I bis. Ver también *General Monitors Ireland Limited v SES-ASA Protection SpA* (2005), IEHC 223, en que una de las ventas concretas en ejecución del contrato marco se considera como un contrato de compraventa subsumido en el art. 5.1.b, guión primero RB-I.

⁹⁸⁶ Sent. Corte Cass., sez. un., 6 julio 2005, n. 14208, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, n.2, 2006, pp. 447-450, sobre un contrato por el que una empresa italiana era nombrada distribuidora en exclusiva en Italia de los juguetes electrónicos de una empresa holandesa. La empresa italiana demanda a la holandesa ante los tribunales italianos y ésta opone la falta de jurisdicción del juez italiano para conocer del caso. Tanto las partes como la Corte aplican directamente el art. 5.1.b, guión primero, relativo a la compraventa de

ya presente en las últimas sentencias aplicativas del Convenio de Bruselas, en las que afirmaba que la obligación principal del contrato de distribución era la entrega de mercaderías⁹⁸⁷. En estas Sentencias se cambió el rumbo que al comienzo había tomado la *Corte di Cassazione*, tendente a considerar que la obligación principal de estos contratos era la distribución de los productos por parte del distribuidor⁹⁸⁸. Los tribunales ingleses también parecían inclinarse por esta opción, al determinar, en materia de Ley aplicable, que la “obligación característica” del contrato de distribución era la venta de los productos del fabricante al distribuidor⁹⁸⁹.

237. Por su parte, los tribunales belgas y griegos optaban por considerar estos contratos como prestaciones de servicios llevadas a cabo por el distribuidor, enmarcadas en el art. 5.1.b guión segundo RB-I (actual 7.1.b guión segundo)⁹⁹⁰.

238. *La regla del art. 7.1 RB-I bis y los contratos de franquicia. La posición de la doctrina.* Como se ha indicado, la doctrina ha tomado partido no sólo en relación a la calificación de los contratos de distribución, sino también de franquicia. Dado que

mercaderías, para determinar el foro especial en materia contractual, y en consecuencia únicamente deliberan sobre el “lugar de entrega” de tales mercaderías. En el mismo sentido la Sent. Trib. Brescia 5 diciembre 2013, inédita, citada en S. BORTOLOTTI, “La nozione di contratto di distribuzione. Possibili effetti della sentenza Corman-Collins, della Corte di Giustizia europea, sulla giurisprudenza italiana”, *News BBM Partners*, disponible en: <http://www.bbmpartners.com/index.php/it/new> (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁹⁸⁷ Ver la Sent. Corte Cass. Italia, sez. un., 4 mayo 2006, n. 10223, sobre un distribuidor italiano y un fabricante francés en que el distribuidor reclama una indemnización por ruptura del pacto de exclusiva y por la falta de entrega de los productos objeto del contrato. El tribunal resuelve el caso bajo el CB, y por lo tanto ha de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda. Como la demanda se sustenta sobre dos obligaciones (entrega y exclusiva) el Tribunal señala que ha de determinar el lugar de cumplimiento de la “obligación principal” entre ambas. El Tribunal estima que esa obligación principal ha de determinarse en función de la “estructura” del contrato y concluye que en los contratos de distribución es la entrega de mercaderías la obligación principal, pues de ella “*dipende la successiva attività di distribuzione*”. Al considerar que dicha entrega debía llevarse a cabo en Francia, se declara incompetente. En el mismo sentido la posterior Sent. Corte d’Appello di Roma 18 diciembre 2008.

⁹⁸⁸ Ver por ejemplo la Sent. Corte Cass. Italia, sez. un., 30 junio 1999, n. 366, sobre un contrato por el que una sociedad francesa distribuía en exclusiva en Francia maquinaria de una empresa italiana. La empresa italiana demanda ante los tribunales italianos para resolver el contrato por incumplimiento de la obligación de compras mínimas, y el tribunal se declara incompetente por considerar que “*l’obbligazione nascente dalla concessione di vendita doveva eseguirsi in Francia*”. En el mismo sentido, Sent. Corte Cass. sez. un., 6 agosto 1998, n. 7714; *Id.* 5 septiembre 1986, n. 5438; *Id.*, 20 marzo 1986, n. 1971; *Id.*, 20 diciembre 1982, n. 7040.

⁹⁸⁹ Sent. CA EW 2 marzo 2001 *Print Concept GmbH v G.E.W. (EC) Ltd.* [2001] EWCA Civ 352 (CA), [2001] *All ER* (D), 29 (Mar). En este caso, el distribuidor en exclusiva para Alemania, Suiza y Austria de un sistema de secado por aire frío provisto por una empresa inglesa demanda ante los tribunales ingleses. Ante la inexistencia de pacto de elección, éstos determinan que la Ley aplicable es la inglesa, en base a lo siguiente: “As it seems to me, the “real meat” of the arrangement of that date, (...) was the supply of the products rather than the penetration of the German market” (FJ 35).

⁹⁹⁰ Sent. Trib. Comm. Liège 13 enero 1993, que se refiere a la distribución como un cuadro de relaciones continuadas y organizadas, basado en una participación económica y comercial del concesionario y Sent. Corte Reg. de Tesalónica (Grecia) 11862/2004, citada en P. MANKOWSKI, “Article 5”, *cit.*, p. 131.

estos contratos tienen un carácter complejo, en el sentido de que comportan diversas obligaciones, se han utilizado varios métodos para determinar la naturaleza del contrato:

239. *i. Criterio de la obligación principal.* Conforme a este criterio, se ha tratado de calificar a los contratos en torno al art. 5.1 RB-I en función de su “obligación principal”, “obligación característica” o “elemento dominante”⁹⁹¹. Este método implica sopesar la importancia de las obligaciones presentes en el contrato con el fin de identificar cual de ellas es la principal, la que da su naturaleza al contrato.

240. En función del mismo se han dado opiniones de todo tipo en relación a los contratos de franquicia. Por un lado, se ha defendido que la obligación principal del contrato de franquicia era la distribución de los productos por parte del franquiciado y por lo tanto la prestación de un servicio a cargo del franquiciado⁹⁹², que la obligación principal era la obligación del franquiciador de proveer al franquiciado con asistencia comercial y/o financiera y comunicarle su *know-how*, lo que era considerado como una prestación de servicios a cargo del franquiciador⁹⁹³ y que la obligación principal era la transmisión por el franquiciador de los derechos incorporales que permitían el desarrollo del negocio y por lo tanto ni una prestación de servicios ni una compraventa⁹⁹⁴. Respecto de la franquicia, y a diferencia de la distribución, la única calificación que no fue propuesta fue la de compraventa de mercaderías, y ello quizá porque existen contratos de franquicia relativos al sector de los servicios en que no se realiza ningún suministro de mercaderías por parte del franquiciador al franquiciado. Por último, otros autores defendían que esa obligación principal dependería de la configuración del contrato por las partes en cada caso concreto⁹⁹⁵.

241. Este criterio de la obligación principal ha sido objeto de críticas por otros autores, para los que estos intentos de averiguar la obligación principal recordaban mucho al debate que, en sede de Ley aplicable, se vivió en relación a la prestación

⁹⁹¹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Contratos de distribución...”, *cit.*, p. 90; J. FORNER DELAYGUA en E. BOSCH CAPDEVILA (dir), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 311-319.

⁹⁹² J.J. FAWCETT / P. TORREMAN, *op. cit.*, p. 88: “*It is more plausible that the distributor provides a service by carryinh out the activity of distribution*”.

⁹⁹³ Notas a la Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 23 enero 2007, n. 05-12.166, *Waeco International GMBH v. Cardon: D.* 2007, p. 2562, nota S. BOLLÉE; *JCP* 2007, II, p. 10074, nota T. AZZI. Esta opción fue anteriormente defendida por M.-L. NIBOYET, “La révision de la Convention de Bruxelles par le règlement du 22 décembre 2000”, *Gaz. Pal.*, 10-12 junio 2001, doct. 1, pp. 943-949 y por H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, *cit.*, n. 188: “*S’agissant de ces contrats-cadres, on peut penser que, en tout cas, le contrat de franchise (que la franchise porte sur la distribution de produits ou de services) sera considéré comme un contrat de fourniture de services (...) dans la mesure où le franchiseur n’est pas tenu seulement de livrer la marchandise aux franchisés mais aussi de leur fournir une assistance commerciale et/ou financière qui varie selon les cas*”.

⁹⁹⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, “Les contrats de distribution”, en *Dictionnaire Joly, Pratique des contrats internationaux*, vol. XVI, Joly, Paris, 2008, n. 92; J.-P. BERAUDO, “Le règlement (CE) du Conseil du 20 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *JDI*, 2001, pp. 1033-1084, p. 1046.

⁹⁹⁵ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *cit.*, p. 91; ID., “Contratos de distribución...”, *cit.*, p. 299.

característica de ciertos contratos, que como se verá, tuvo difícil solución⁹⁹⁶. Conforme a éstos, resultaba imposible establecer un orden en “grado y cantidad” de las obligaciones del contrato de franquicia, pues el número de prestaciones que se intercambian las partes es muy elevado y el peso de dichas prestaciones es muy similar⁹⁹⁷. En consecuencia, la determinación de la relevancia de una de estas obligaciones sobre las demás, hasta el punto de considerarla la “obligación principal” era una cuestión irresoluble⁹⁹⁸.

242. ii. Criterio de la finalidad de la operación contractual. P. BERLIOZ propuso un criterio alternativo al de la obligación principal para calificar los contratos a efectos del art. 5.1 RB-I (art. 7.1 RB-I bis), el criterio de la finalidad del contrato⁹⁹⁹. Según el mismo, un contrato sería calificado a los efectos del artículo 7.1 RB-I bis como un contrato de prestación de servicios, compraventa de mercaderías, o ninguno de ellos, en función del objetivo económico para el cual el contrato se hubiera suscrito. Desde este punto de vista, no se considera que las obligaciones que conforman un contrato se encuentran enfrentadas las unas con las otras de forma que haya que elegir la más relevante, sino que todas ellas conforman una estructura homogénea en torno a un objetivo en particular, a una finalidad común que constituiría “el centro de gravedad” del contrato¹⁰⁰⁰. Para identificar esa finalidad es preciso un análisis de la economía general del contrato, que ha de confrontarse con la definición del TJUE de prestación de servicios.

243. Conforme a este criterio, P. BERLIOZ argumentó que el contrato de franquicia debía considerarse un contrato de prestación de servicios a cargo del franquiciador, a diferencia de los contratos de distribución y de concesión en exclusiva, que debían ser considerados contratos de prestación de servicios a cargo del distribuidor

⁹⁹⁶ Algunos autores incluso indican directamente que la calificación de los contratos a efectos del Reglamento Bruselas I ha de efectuarse a la luz de su “prestación principal o característica” (véase F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, cit., p. 91). Como se verá en la sección segunda de este capítulo, en tiempos de la vigencia del Convenio de Roma de 1980, antes de la entrada en vigor del Reglamento Roma I, el contrato se regía por la Ley del país con el que presentara los “vínculos más estrechos”. El art. 4.2 CR contenía una presunción general, por la que el contrato presentaría los vínculos más estrechos con el país donde, en el momento de celebración del contrato, tuviera su residencia habitual la parte del contrato que debiera proporcionar la “prestación característica” del contrato. A pesar de que existía una corriente que intentaba imponer su aplicación a todos los contratos, muchos autores defendían que la “prestación característica” presentaba un alcance limitado, puesto que sólo sería operativa en relación con los contratos que implican un intercambio básico de *cosas o servicios* por dinero, supuesto en el que no se encuadrarían los contratos de distribución ni los de franquicia (vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha...”, cit., p. 349).

⁹⁹⁷ P. MANKOWSKI, “Article 5”, cit., p. 133.

⁹⁹⁸ J.J. FORNER DELAYGUA, “La Ley aplicable a los contratos internacionales”, en E. BOSCH CAPDEVILA (dir), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 45; A. KASSIS, op. cit., p. 295.

⁹⁹⁹ P. BERLIOZ, “La notion...”, cit., pp. 712-713.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, pp. 701-702.

(P. BERLIOZ)¹⁰⁰¹. Esta calificación se basaba en la definición del contrato de franquicia como el contrato por el cual el franquiciador confería al franquiciado el derecho a reiterar su éxito comercial. En consecuencia, la franquicia era un complejo conjunto de obligaciones encaminadas a un objetivo preciso: permitir al franquiciado la reiteración del éxito comercial del franquiciador, y según este autor, ello constituye un servicio prestado por el franquiciador al franquiciado¹⁰⁰². En aplicación de este mismo criterio de la finalidad económica, otro sector de la doctrina ha defendido que el contrato de franquicia ha de ser calificado como contrato de prestación de servicios a cargo del franquiciado, al considerarlo una variante del contrato de distribución¹⁰⁰³.

244. Entre ambos criterios, el de la obligación principal y el de la finalidad económica, el TJUE se ha decantado formalmente por el primero de ellos, pues ha declarado que para calificar un contrato a efectos del art. 5.1 RB-I / 7.1 RB-I bis “es preciso basarse en la obligación característica del contrato en cuestión”¹⁰⁰⁴. No obstante, de su jurisprudencia más reciente se desprende que para determinar tal obligación se basa en la finalidad económica del contrato (casos *Corman Collins, Falco y Rehder*)¹⁰⁰⁵.

2.1.2.3. Los nuevos datos del Reglamento Roma I

245. La regla del art. 7.1 RB-I bis y los contratos de franquicia. La posición del legislador europeo. A las consideraciones expuestas se ha de añadir un nuevo dato, incorporado por el Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales¹⁰⁰⁶. Dicho Reglamento, en su considerando 17, indica lo siguiente:

“Por lo que se refiere a la ley aplicable a falta de elección, los conceptos de «prestación de servicios» y de «venta de mercaderías» deben interpretarse del mismo modo que al aplicar el artículo 5 del Reglamento (CE) no 44/2001, en cuanto la venta de mercaderías y la prestación de

¹⁰⁰¹ P. BERLIOZ, “La notion...”, *cit.*, p. 713. Parece que siguiendo el mismo criterio de la finalidad económica se posicionan también en este sentido P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 107; P. HOLLANDER, “Questions...”, *cit.*, p. 285.

¹⁰⁰² P. BERLIOZ, “La notion...”, *cit.*, p. 713. Al proponer esta calificación, el TJUE aún no había indicado que las obligaciones de “dejar hacer” no debían ser consideradas como prestación de servicios, lo que quizá explica la posición del autor.

¹⁰⁰³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 732; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 268.

¹⁰⁰⁴ STJUE 25 febrero 2010, *Car Trim*, *cit.*, FJ 32.

¹⁰⁰⁵ COMMISSION DU RAPPORT ET DES ETUDES DE LA COUR DE CASSATION, *op. cit.*, p. 541 : “la Cour de justice s’est attachée à la finalité économique de ce type de contrats : la distribution des produits du concédant par le concessionnaire qu’il a sélectionné à cet effet”. Ver STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins*, *cit.*, FJ 27: “No obstante, cualquiera que sea la variedad de los contratos de concesión en la práctica comercial, las obligaciones que prevén se articulan en torno a la finalidad de esa clase de contratos, que es la de asegurar la distribución de los productos del concedente. Para ello, el concedente se compromete a vender al concesionario, al que ha seleccionado con ese fin, las mercancías que éste le encargue para satisfacer la demanda de su clientela, mientras que el concesionario se obliga a comprar al concedente las mercancías que necesite”.

¹⁰⁰⁶ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6 y ss.

servicios están cubiertos por dicho Reglamento. Aunque los contratos de franquicia y de distribución son contratos de servicios, están sujetos a normas específicas”.

246. Este considerando, además de indicar que en el propio Reglamento Roma I los contratos de franquicia están sujetos a una disposición específica, parece señalar que a efectos del Reglamento Bruselas I (y su refundición) éstos han de ser calificados como contratos de prestación de servicios. En este sentido, directamente se excluye la posibilidad de calificar el contrato de franquicia como (i) contrato de compraventa de mercaderías o (ii) ni compraventa de mercaderías ni prestación de servicios. De esta forma, el Reglamento Roma I ayuda a solucionar la cuestión de la calificación de los contratos de franquicia para la determinación del juez competente con el fundamento en el artículo 7.1. RB-I bis¹⁰⁰⁷.

247. No obstante, hay autores que han cuestionado el valor jurídico de esta disposición y por lo tanto el peso que se le ha de dar a la hora de determinar la competencia judicial internacional¹⁰⁰⁸. Para ello se han basado en que, de acuerdo con el Derecho de la UE, un considerando ha de tener como función la justificación de las bases legales del acto y la explicación de sus disposiciones más sensibles, pero no puede tener un carácter normativo¹⁰⁰⁹. Junto con ello, también se ha argumentado que la intención del segundo inciso de esta norma es únicamente señalar que en el Reglamento Roma I los contratos de franquicia y distribución cuentan con una norma especial, sin ninguna intención de influir en la calificación que merecen estos contratos en sede de competencia¹⁰¹⁰.

248. Independientemente de que este considerando haya traspasado las funciones que le reserva el Derecho de la UE, el mismo sigue siendo vinculante, pues forma parte de un Reglamento y por ello negar sus efectos sería ingenuo¹⁰¹¹. En consecuencia, en este trabajo se partirá de que dicho considerando 17 RR-I ha de influir en la calificación que confiere a los contratos de franquicia para el Reglamento Bruselas I bis.

249. La regla del art. 7.1 RB-I bis y los contratos de franquicia. Lo que no concreta el legislador europeo. Según lo indicado por el considerando 17 RR-I, no queda más opción por lo tanto que considerar los contratos de franquicia como contratos

¹⁰⁰⁷ L. GARCIA GUTIERREZ, *op. cit.*, p. 268; M.-E. ANCEL, “Les contrats...”, p. 561 ; D. SINDRES, “De la qualification d’un contrat-cadre de distribution au regard des règles communautaires de compétence”, *RCDIP*, pp. 863 y ss.; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, *cit.*, n. 188.

¹⁰⁰⁸ D. SINDRES, *op. cit.*, p. 869 ; S. LEMAIRE, “Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I”, *D.*, 2008, pp. 2157 y ss.; 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 ?”, *JDI*, vol. 1, 2009, pp. 3-39, p. 16.

¹⁰⁰⁹ H. KENFACK, “Le règlement...”, *cit.*, p. 15. STJCE 9 julio 1969, as. 1/69, *Italia v. Comisión*, *RJ* 1969, p. 227.

¹⁰¹⁰ J.J. FAWCETT / P. TORREMANS, *op. cit.*, p. 89.

¹⁰¹¹ Se ha de tener en cuenta que el art. 288 TFUE establece que el reglamento será “obligatorio en todos sus elementos”, sin hacer distinción entre preámbulo y parte dispositiva.

de prestación de servicios a efectos del art. 7.1 RB-I bis. Pero el legislador europeo no termina de solucionar la cuestión. La pregunta que surge al instante es la de qué parte presta el servicio en un contrato de franquicia¹⁰¹². Sólo respondiendo a la misma se puede determinar el lugar de prestación de esos servicios y el tribunal competente en virtud del foro especial en materia contractual.

2.1.2.4. Solución propuesta

250. La regla del art. 7.1 RB-I bis y los contratos de franquicia. Solución propuesta: el contrato de franquicia como contrato de prestación de servicios a cargo del franquiciado. Justificación. La solución que propone este trabajo es la de considerar a los contratos de franquicia como contratos de prestación de servicios prestados por el franquiciado. Esta opción es la más correcta de las posibles, tal y como se expone a continuación.

251. Exclusión de la calificación como compraventa de mercaderías. La calificación del contrato de franquicia como un contrato de compraventa de mercaderías ha de ser excluida, no sólo por las indicaciones que el cdo. 17 RR-I hace en relación a su calificación como contrato de prestación de servicios, sino también por las razones que se exponen a continuación. En primer lugar, porque realmente no existen tribunales o autores que defiendan esta calificación¹⁰¹³. Solamente, como se ha visto, la jurisprudencia de algunos Estados miembros, como Italia, la utilizaron en relación a los contratos de distribución. Esta calificación, basada en una consideración del contrato de distribución como un “todo” que incluye el contrato marco y sus contratos de ejecución posteriores, incluidos los suministros del principal al distribuidor, no es susceptible de ser trasladada analógicamente a la franquicia, y ello por dos razones.

252. En primer lugar, esta jurisprudencia parte de un planteamiento poco acertado. La misma parece ignorar que en los contratos de distribución no es una condición *sine qua non* que existan esos suministros de mercaderías del principal al distribuidor. Se trata de una condición habitual pero no necesaria para que exista un contrato de distribución. Y ello porque los contratos de distribución pueden tener como objeto tanto bienes como servicios. Por ejemplo, en un contrato de distribución de seguros, el empresario principal no tiene por qué suministrar mercadería alguna al distribuidor. Ello hace imposible calificar a todos los contratos de distribución como contratos de compraventa de mercaderías en base a esas ventas del principal al distribuidor. Del mismo modo no pueden calificarse como tales los contratos de franquicia, que también pueden tener por objeto la distribución de servicios y no de

¹⁰¹² L. GARCIA GUTIERREZ, *op. cit.*, p. 268.

¹⁰¹³ P. BERLIOZ, “La notion...”, *cit.*, p. 710; notas a la Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 23 enero 2007, n. 05-12.166, *Waeco International GMBH v. Cardon: D.* 2007, p. 2562, nota S. BOLLEE; *JCP* 2007, II, p. 10074, nota T. AZZI.

bienes¹⁰¹⁴. Es cierto que el franquiciador puede suministrar ciertos productos al franquiciado, pero de nuevo no es una condición necesaria para que exista un contrato de franquicia. El franquiciado puede aprovisionarse a través de otros proveedores seleccionados por el franquiciador o por su propia cuenta y no a través del franquiciador, sin que por ello el contrato pierda su condición de franquicia. Por eso no es posible calificar esta operación como compraventa de mercaderías, aunque se considerara la misma como un único contrato.

253. En segundo lugar, porque, como ya se ha indicado, la consideración de la operación de franquicia como un “todo”, como una única unidad a efectos de determinar el foro en materia contractual del art. 7.1 RB-I bis, resulta errónea¹⁰¹⁵. El Reglamento Bruselas I bis, en relación al art. 7.1.b, utiliza una lógica de concentración “contrato por contrato”, de forma que se ha de calificar el contrato marco de franquicia como independiente de sus posibles contratos de ejecución. En este sentido se ha pronunciado el TJUE en relación a los contratos de concesión, cuya estructura en este sentido es muy similar a la franquicia: estos contratos no se limitan a acuerdos sucesivos, cada uno de los cuales con el objeto de la entrega y recepción de mercancías, acuerdos que sí podrían calificarse como compraventa de mercaderías, sino que se caracterizan por la existencia de un acuerdo marco que, además del compromiso de suministro, contiene estipulaciones específicas sobre la distribución de los productos vendidos por el empresario principal¹⁰¹⁶. Como indica P. BERLIOZ, este acuerdo marco no implica ninguna transmisión de propiedad, por lo que no puede ser calificado de compraventa¹⁰¹⁷. Como se verá más adelante, ello no obsta para que los distintos contratos de venta que se puedan celebrar dentro del cuadro de la relación de franquicia puedan ser calificados como compraventa de mercaderías, pero sí excluye la calificación del contrato de franquicia como tal compraventa.

254. *Exclusión de la calificación como tertium genus (=ni compraventa ni prestación de servicios).* La calificación del contrato como ni compraventa ni prestación de servicios también ha de descartarse por más razones que su exclusión por el mencionado cdo. 17 RR-I. En el contrato de franquicia, como ocurre en el contrato de distribución y en especial en el de concesión, las distintas obligaciones del franquiciador – transferir el paquete de la franquicia, conceder en su caso la exclusividad territorial, proveer al franquiciado con los productos, dar asistencia técnica y comercial– y del

¹⁰¹⁴ De hecho, como se indicó al comienzo del trabajo, según datos de la IFA, el 65% de las franquicias establecidas en Estados Unidos pertenecen al sector de la hostelería, lo que constituye una distribución de servicios y no una venta de bienes; INTERNATIONAL FRANCHISE ASSOCIATION, “*Franchise Business Economic Outlook 2016*”, *cit.*

¹⁰¹⁵ En el mismo sentido en relación a los contratos de distribución, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Las operaciones de compraventa en la distribución comercial internacional”, *AEDIPr*, 13, 2013, pp. 423-455; ID., “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de diciembre de 2013, asunto C-9/12, *Corman-Collins c. La Maison du Whisky*”, *REDI*, n. 64, vol. 2, 2014, pp. 239-243.

¹⁰¹⁶ STJUE 17 octubre 2013, *Corman Collins*, *cit.*, FJ 36.

¹⁰¹⁷ P. BERLIOZ, “Le contrat...”, *cit.*, p. 183; P. BERLIOZ, “La notion...”, *cit.*, p. 710.

franquiciado –adquirir los productos del franquiciador, respetando en la mayoría de casos una serie de cuotas y un compromiso de exclusividad, distribución de esos productos respetando las normas e instrucciones del franquiciador, pago de los *royalties* y del canon de entrada– parecen tener una importancia similar, de forma que resulta casi imposible determinar cuál de ellas es la “obligación principal”¹⁰¹⁸. Según este razonamiento, si no se puede determinar si la “obligación principal” es una compraventa o una prestación de servicios, se puede pensar que el contrato no es ni compraventa ni prestación de servicios y que por lo tanto ha de quedar sujeto al art. 7.1.a RB-I bis.

255. *Justificación de la calificación como prestación de servicios a cargo del franquiciado.* Pero la dificultad de identificar la obligación principal de estos contratos se salva si, tal y como se ha propuesto, en vez de tratar de identificar ésta se presta atención a la finalidad económica de la operación contractual en particular. En aplicación de este criterio, la calificación del contrato de franquicia resulta mucho más sencilla, pues no hay que “sopesar” los distintos elementos que conforman el contrato, sino que se trata de una mera apreciación de facto de *por qué* las partes se comprometen a suscribir este tipo de contrato. Este criterio es además el más pertinente pues como se ha indicado, es el que, *de facto*, utiliza el TJUE en sus últimas decisiones.

256. La identificación de tal finalidad resulta sencilla si, tal y como ocurre en esta investigación, se ha estudiado previamente la realidad económica en que se insertan estos contratos. Como se expuso en el primer capítulo de este trabajo, en base a su naturaleza colaborativa, los contratos de franquicia no se agotan en la autorización del uso de la forma de negocio por el franquiciador al franquiciado y menos aún en la transmisión de la propiedad ciertas mercaderías o productos contractuales.

257. Si la finalidad del contrato fuera la autorización del uso de la forma de negocio por parte del franquiciador al franquiciado, nada diferenciaría al contrato de franquicia de otros contratos de cesión de derechos incorporeales. En tal caso, el contrato tendría que ser calificado como “ni compraventa ni prestación de servicios”, al igual que esos otros contratos de cesión de derechos incorporeales¹⁰¹⁹. Pero esta asimilación de la franquicia con las licencias de derechos no es posible. En los contratos de cesión de derechos el licenciante no lleva a cabo una conducta activa de seguimiento o control del uso de tales derechos por el licenciatario, sino que se limita a permitir la explotación de los mismos. En cambio, en los contratos de franquicia, el licenciante sí se preocupa sobre el buen uso de esos derechos (formación y organización de la red, asistencia técnica, instrucciones...), pues de dicho buen uso dependerán sus ganancias y su

¹⁰¹⁸ Respecto a los contratos de concesión, P. BERLIOZ, “Le contrat...”, *cit.*, p. 184.

¹⁰¹⁹ STJUE 23 abril 2009, *Falco*, *cit.*. Ya en las Conclusiones AG Verica Trstenjak 27 enero de 2009, ECLI:EU:C:2009:34, números 57 y 58 se indica que: “se encuentran excluidos del concepto de la prestación de servicios los contratos de compraventa y cesión de derechos, pues constituyen contratos cuya finalidad principal es la transferencia de la propiedad o de facultades dominicales sobre cosas o derechos: licencias y compraventa de patentes, marcas, know how, y otros derechos”.

prestigio como red. El contrato no se agota en la mera cesión y por lo tanto no es dicha cesión su finalidad económica.

258. Por lo que se refiere a la transmisión de la propiedad de ciertas mercaderías del franquiciador al franquiciado, tampoco puede ser la finalidad del contrato de franquicia, y ello por las mismas razones anteriormente expuestas. Es cierto que en el marco de un contrato de franquicia se puede producir la transmisión de la propiedad de ciertos bienes al franquiciado (por el suministro de los productos al franquiciado para su posterior reventa o utilización en el negocio), pero esa no es la finalidad económica de este contrato, es más, esa transmisión de propiedad es siempre “accesoria” y transitoria, pues el destino de esos bienes es su adquisición por el consumidor final.

259. Descartadas estas opciones, se puede afirmar que la finalidad económica del contrato de franquicia es la comercialización de los productos, la explotación del negocio por parte del franquiciado. Esta es la actividad perseguida por el contrato de franquicia, pues es la actividad que beneficia a ambas partes contratantes. Si se retoma lo expuesto en el primer capítulo del trabajo se puede recordar que esta finalidad se encuentra incluso plasmada en la clásica definición del contrato de franquicia del Reglamento 4087/1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 TCE a categorías de acuerdos de franquicia (art. 1.3.b R. 4087/1988)¹⁰²⁰. Todas las obligaciones de las partes se articulan en torno a este objetivo, tanto las obligaciones del franquiciado, incluidas las de aprovisionamiento y las de pago de los derechos, como las del franquiciador, incluida la provisión de los productos, las instrucciones técnicas y comerciales y la obligación de exclusividad, que tienen como objetivo el conferir a la red de franquicia la mayor eficacia posible¹⁰²¹. Esta explotación del negocio en un mercado local por parte del franquiciado es sin duda una prestación de servicios porque cumple con los dos requisitos que, como se indicó, ha exigido el TJUE para calificar un contrato como una prestación de servicios en sus sentencias más recientes¹⁰²²: la realización de una actividad y su contraprestación mediante una remuneración.

260. (i) El primer elemento que caracteriza a la prestación de servicios es la actividad regulada por el contrato. Para que un contrato sea considerado como una

¹⁰²⁰ Art. 1.3.b del Reglamento (CEE) n° 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia; DO L 359 de 28.12.1988, pp. 46-52: “*el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos: (i) el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato, (ii) la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un “know-how”, y (iii) la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo*” (el subrayado es de la autora).

¹⁰²¹ P. BERLIOZ, “Le contrat...”, *cit.*, p. 184.

¹⁰²² Sobre esta noción, M.-E. ANCEL, “Les contrats...” *cit.* n. 11; P. BERLIOZ, “La notion...”, *cit.*, pp. 675-717; P. BERLIOZ, “Le contrat...”, *cit.*, p. 180; L. IDOT, “Compétence en matière contractuelle et contrat de concession”, *Rev. Europe* n. 2, febrero 2014, comm. 109.

prestación de servicios esa actividad ha de consistir en “*hacer algo*”. Este “hacer algo” se ha de concretar en actos positivos y no simples en abstenciones o conductas permisivas (caso *Falco*, FJ 29-31)¹⁰²³. La comercialización por parte del franquiciado se trata sin duda de un “hacer algo”. Se trata de la externalización de una actividad que en ausencia de franquiciados debería realizar por sí mismo el franquiciador¹⁰²⁴.

261. De acuerdo con lo anterior, el TJUE indica en *Corman Collins* que el concesionario, al asegurar la distribución de los productos del concedente, participa por esos actos positivos en el desarrollo de esa difusión “en beneficio de los productos del concedente” (caso *Corman Collins*, FJ 38)¹⁰²⁵. Esta consideración es perfectamente extensible a los contratos de franquicia. La explotación del negocio en el mercado local no es una simple abstención, sino que es un acto positivo, que implica la comercialización activa de los bienes o servicios del franquiciador y la participación en el desarrollo de la red del franquiciador. En este sentido, los contratos de franquicia y de concesión comparten la misma finalidad económica (en palabras del TJUE, “asegurar la distribución de los productos del concedente”), de forma que si el TJUE se ha pronunciado expresamente sobre el carácter de “servicio” de la finalidad del contrato de concesión no puede darse una respuesta distinta respecto de los contratos de franquicia.

262. (ii) El segundo elemento exigido por el TJUE es la existencia de una contrapartida o remuneración a esa actividad. Como explica el TJUE, dicha remuneración no tiene por qué consistir únicamente en una remuneración dineraria (*Corman Collins*, FJ 39). Ni el Reglamento Bruselas I bis contiene esta restricción ni la misma coincide con los objetivos de proximidad y uniformidad del mismo, que se verán favorecidos cuanto más amplios sean los conceptos del art. 7.1.b RB-I bis. En palabras de P. BERLIOZ, la remuneración se trata de una “ventaja económica”¹⁰²⁶. Así, la exigencia de remuneración debe entenderse como todo valor económico proporcionado por el contrato y no necesariamente ofrecido por la otra parte. En consecuencia, la remuneración puede ser un simple efecto de las obligaciones de la otra parte o de la situación jurídica que crea el contrato¹⁰²⁷. En la mencionada sentencia, el propio

¹⁰²³ STJUE 23 abril 2009, *Falco*, *cit.*, FJ 29-31.

¹⁰²⁴ En relación a la concesión, P. BERLIOZ, “Le contrat...”, *cit.*, p. 184.

¹⁰²⁵ STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins SA*, *cit.*, FJ 38: “Gracias a la garantía de abastecimiento de la que dispone en virtud del contrato de concesión, y en su caso a su participación en la estrategia comercial del concedente, en especial en las operaciones de promoción, aspectos que incumbe comprobar al tribunal remitente, el concesionario está en condiciones de ofrecer a los clientes servicios y ventajas que no puede ofrecer un simple revendedor, y de obtener así una mayor cuota del mercado local, en beneficio de los productos del concedente”.

¹⁰²⁶ P. BERLIOZ, “Le contrat...”, *cit.*, p. 183: “le contrat de concession est un contrat de fourniture de services, dans la mesure où le distributeur rend indéniablement au fournisseur un service (1), dont il retire un avantage économique (2)”. Esto mismo ya lo había puesto de manifiesto en P. BERLIOZ, “La notion...”, *cit.*, p. 675.

¹⁰²⁷ P. BERLIOZ, “Le contrat...”, *cit.*, p. 184. El autor llega a afirmar que se podrían calificar como prestaciones de servicios actos jurídicos unilaterales con los que el prestador obtenga ventaja económica. Para ello se basa en la propia definición de “materia contractual” proporcionada por el TJUE, que en ningún caso exige la existencia de obligaciones recíprocas sino el “compromiso libremente asumido por

Tribunal indica que una interpretación estrecha del concepto de remuneración sería incompatible con la redacción, muy general, del art. 5.1.b RB-I, actual art. 7.1.b RB-I bis (*Corman Collins*, FJ 40).

263. Para los contratos de concesión, el TJUE indicó expresamente en la decisión mencionada que la remuneración, además de los márgenes que pueda obtener en la venta de los productos y servicios, es la “ventaja competitiva” que obtiene el concesionario frente a otros empresarios, incluso la simple limitación del número de revendedores de los productos o servicios (*Corman Collins*, FJ 40). Esto mismo ocurre en la franquicia¹⁰²⁸: el conjunto de esas ventajas, que son incluso mayores en el caso de la franquicia que en el de la concesión comercial, representan para el franquiciado un valor económico que puede considerarse constitutivo de una remuneración. Para determinar si existen esas ventajas, el TJUE otorga un peso muy importante al hecho de haya existido una cierta “selección” del concesionario por el concedente. Dicha selección existe también en los contratos de franquicia y es incluso más competitiva, habiéndose desarrollado técnicas económicas específicas para no errar en dicha selección¹⁰²⁹. Esta consideración de las ventajas competitivas obtenidas por el franquiciado como la remuneración del contrato puede mantenerse a pesar de que el franquiciado efectivamente pague al franquiciador ciertas cantidades dinerarias (cánones y *royalties*) a lo largo del contrato, pues dichos pagos no se realizan como “contraprestación” a la prestación de un servicio por parte del franquiciador, sino como una obligación más dentro del contrato de entre todas las que tiene a su cargo el franquiciado.

264. *Exclusión de la calificación como contrato de prestación de servicios a cargo del franquiciador.* En consecuencia de lo anterior, el contrato de franquicia ha de ser calificado como una prestación de servicios a cargo del franquiciado, pues es éste el que lleva a cabo la tarea de comercialización y conquista del mercado. Ello excluye la posibilidad de considerarlo como un contrato de prestación de servicios a cargo del franquiciador, opción por la que se había decantado un sector de la doctrina¹⁰³⁰. Esta opción resulta sin embargo poco acertada si se tienen en cuenta los dos requisitos

una parte frente a otra” (STJCE 17 junio 1992, *Handte*, *cit.*). No obstante, si ello fuera así, también cabría contemplar “contratos de compraventa” unilaterales, en los que de la transmisión de la propiedad el vendedor obtuviera alguna ventaja económica, lo que parece incorrecto. En estos casos se estaría ante una donación, cuya calificación debería ser en el art. 5.1.a y no en el 5.1.b RB-I bis.

¹⁰²⁸ STJUE 17 octubre 2013, *Corman Collins*, *cit.*, FJ 40.

¹⁰²⁹ Véase J.M. RAMÍREZ HURTADO / F.J. RONDÁN CATALUÑA / F.M. GUERRERO CASAS, “Selección de franquiciados mediante simulación con análisis conjunto”, *Cuadernos de economía y dirección de la empresa*, n. 31, 2007, pp. 171-202, esp. p. 176; M.K. RAHATULLAH / R. RAESIDE, “The dynamism of partner selection criteria in franchising”, *SAM Advanced Management Journal*, vol. 74, n. 4, pp. 36-46, p. 37.

¹⁰³⁰ De hecho, el autor que propuso la utilización del criterio de la finalidad económica optó por esta calificación. *Vid.* P. BERLIOZ, “La notion...”, *cit.*, p. 713. Otros autores que en función de uno u otro criterio han optado por considerar el contrato de franquicia como un contrato de prestación de servicios a cargo del franquiciador han sido P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 107; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, *cit.*, n. 188; P. HOLLANDER, “Questions...”, *cit.*, p. 285.

recientemente expuestos para la calificación del contrato como una prestación de servicios, y en concreto, el primero de ellos. Conforme al mismo, como se ha indicado, para que el contrato pueda ser calificado como una prestación de servicios, su finalidad económica ha de consistir en “hacer algo”. Permitir al franquiciado el uso de la franquicia no es “hacer algo”, no es la realización de una actividad, como tampoco lo es permitir al cesionario de un derecho de propiedad intelectual el uso de tal derecho, algo que expresamente ha indicado el TJUE¹⁰³¹. Aún si se considera que el franquiciador lleva a cabo otras obligaciones “de hacer” (como por ejemplo, participar en la publicidad y en el *marketing* de la fórmula comercial en el territorio del franquiciado, o proporcionar formación) las mismas no podrán ser calificadas nunca como la finalidad del contrato. Estas obligaciones son accesorias en los contratos de franquicia, de forma que puede que hasta no se encuentren presentes en el contrato.

265. En otro orden de argumentos, se ha señalado que considerar al franquiciador como el prestador del servicio en sede de competencia judicial internacional era la única interpretación posible del Cdo. 17 RR-I, pues la intención del mismo sería indicar que los contratos de distribución y de franquicia, “*aunque son contratos de prestación de servicios*” son objeto de reglas especiales. Conforme a este razonamiento, si el prestador del servicio fuera el franquiciado, no haría falta ninguna regla especial en el art. 4.1.e RR-I, pues el propio art. 4.1.b llevaría a la Ley de la residencia habitual del prestador del servicio, es decir, del franquiciado. Por lo tanto, dado que existe esta regla especial, la solución general es que el prestador del servicio es el franquiciador¹⁰³². Pero la STJUE *Corman Collins*, referida a los contratos de distribución, desmonta esta teoría, pues el TJUE ha indicado expresamente que el prestador del servicio es el distribuidor. Así, la regla del RR-I respecto a estos contratos no es una “excepción” sino más bien una “precisión”, a sabiendas del legislador europeo de la dificultad de precisar quién es el prestador del servicio en estos contratos mixtos y complejos. El Reglamento Bruselas I bis y Reglamento Roma I comparten por lo tanto una solución uniforme: el contrato de distribución es un contrato de prestación de servicios a cargo del distribuidor. Lo lógico es que la misma solución se comparta para el contrato de franquicia: el contrato de franquicia es un contrato de prestación de servicios a cargo del franquiciado, tanto a efectos de competencia judicial internacional como de Ley aplicable.

266. La regla del art. 7.1 RB-I bis y los contratos de franquicia. Solución propuesta: el contrato de franquicia como contrato de prestación de servicios a cargo del franquiciado. Ventajas de esta calificación. En base a estas consideraciones, y dado que los dos criterios proporcionados por el TJUE se ven satisfechos, se puede afirmar que el contrato de franquicia es un contrato de prestación de servicios, en el que el servicio relevante a efectos de determinar la competencia es el prestado por el franquiciado para realizar la finalidad económica del contrato: la comercialización de

¹⁰³¹ J.J. FAWCETT / P. TORREMANS, *op. cit.*, p. 88; STJUE 23 abril 2009, *Falco*, *cit.*, FJ 30.

¹⁰³² P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 110.

los productos del franquiciador y por lo tanto la explotación de la franquicia. Esta calificación presenta las siguientes ventajas:

267. (i) Esta interpretación es la que mejor encaja con la *ratio legis* del art. 7.1.b RB-I bis, pues es la que le proporciona un mayor efecto útil. Entender de esta forma amplia el concepto de prestación de servicios y no sólo como el intercambio simple de la realización de una actividad por una retribución dineraria supone que el precepto, creado para intentar corregir las desviaciones que se producían por la complejidad con su redacción anterior, se utilice en el mayor número de casos posible¹⁰³³.

268. (ii) Que el contrato de franquicia sea considerado un contrato de prestación de servicios evita también el *forum shopping*. Esta solución supone que las partes no podrán calcular estratégicamente qué obligación consideran como incumplida para atraer el pleito a los tribunales que les convengan, sino que dichos tribunales serán los mismos sea cual sea la obligación incumplida del contrato¹⁰³⁴. Como se verá más adelante, esto se alinea también con la solución de primer grado para fijar directamente la Ley aplicable a los contratos en el art. 4.1 del Reglamento de Roma I, que parte de la consideración de que la teoría del caso concreto es siempre complicada y ralentiza la labor del tribunal.

269. (iii) Considerar la franquicia como una prestación de servicios es además la opción más coherente con el ya estudiado cdo. 17 RR-I y la más acorde con la solución explícitamente tomada por el TJUE para los contratos de concesión comercial¹⁰³⁵. También se ajusta a la jurisprudencia del TJUE en relación a otro contrato de colaboración comercial, el contrato de agencia, calificado asimismo como contrato de prestación de servicios a cargo del agente¹⁰³⁶.

270. (iv) Además, esta calificación del contrato de franquicia como un contrato de prestación de servicios es la más acorde con el resto del Derecho europeo. Encaja en el más amplio concepto de prestación de servicios del TFUE (art. 57)¹⁰³⁷, así como en el de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior¹⁰³⁸¹⁰³⁹.

¹⁰³³ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, cit., pp. 109 y 113.

¹⁰³⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, pp.457- 458.

¹⁰³⁵ STJUE 19 diciembre 2013, *Corman Collins*, cit., FJ 40.

¹⁰³⁶ Sobre la agencia, STJUE 11 marzo 2010, *Wood Floor*, cit., FJ. 34.

¹⁰³⁷ Art. 57 TFUE: “Con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Los servicios comprenderán, en particular: (i) actividades de carácter industrial;(ii) actividades de carácter mercantil;(iii) actividades artesanales;(iv) actividades propias de las profesiones liberales”.

¹⁰³⁸ Art. 4.1 Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, DOUE núm. L 376 de 27 de diciembre de 2006: “A efectos de la presente Directiva se entenderá por: 1) “servicio” cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado”.

271. (v) Esta solución favorecerá además que exista una armonía de soluciones en todo el territorio de los Estados miembros cuando se den casos sobre contratos de franquicia. Eso mismo ha ocurrido con los contratos de distribución después de que los mismos hayan sido calificados como contratos de prestación de servicios a cargo del distribuidor. En Francia, por ejemplo, la *Cour de Cassation* ha cambiado radicalmente su criterio en la *Sent. Cour Cass. Iere civ. 19 noviembre 2014*, sobre un contrato marco de distribución en exclusiva en el territorio francés de artículos de caza¹⁰⁴⁰. Como se puede apreciar en esta sentencia, la consideración de estos contratos como prestación de servicios simplifica muchísimo la determinación del tribunal competente: no solo ya no es necesario consultar las normas de Ley aplicable y la Ley sustantiva aplicable al caso (incluida la jurisprudencia) sino que además no es necesario identificar la obligación que sirve de base a la demanda. Esta ha sido la principal razón por la que esta solución ha sido valorada positivamente por la doctrina. Cuando los tribunales pretendan determinar su competencia judicial internacional para conocer de un litigio derivado de un contrato de franquicia, bastará que los mismos se refieran al contrato en sí, donde se configuran los derechos y obligaciones de las partes y que consulten allí el lugar en que el franquiciado se ha comprometido a comercializar los productos¹⁰⁴¹.

272. Pese a los apoyos recibidos, esta solución para los contratos de distribución también ha recibido críticas, que son perfectamente trasladables a la franquicia: se le ha acusado de no ser tan simple como parece, pues la complicación que antes se situaba en la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación que servía de base a la

¹⁰³⁹ En cualquier caso, no se puede olvidar que la definición de este concepto es autónoma del Reglamento Bruselas I bis y más estrecha que la de estos instrumentos europeos. Ver J.-J. KUIPERS, *The interrelationship between EU Law and Private International Law in contractual obligations: private autonomy, overriding mandatory provisions and a European justice area*, PhD thesis, EUI, Florencia, 2010, p. 4. Para esta autora el concepto de servicios en el Derecho europeo es más amplio que el que se utiliza en el Reglamento Bruselas I bis, pues el Derecho europeo define prestación de servicios a efectos del mercado interior, otro ámbito muy diferente del Dipr. Según ella no podría obviarse que el Derecho europeo y el Dipr. no tienen el mismo punto de partida, puesto que el Derecho europeo está desde el principio influido por la necesidad de creación de un mercado interior, mientras que el Dipr, no está, o al menos eso se supone, influido por ese propósito de integración. Frente a esta postura, la de M. FALLON, “Libertés...”, *cit.*, p. 34, que parece preferible, y que defiende que las normas de conflicto de Dipr. europeo han perdido parte de su “neutralidad” y que las mismas también han de estar orientadas a un mejor funcionamiento del mercado interior.

¹⁰⁴⁰ *Sent. Cour Cass. Civ. Iere 19 noviembre 2014, pourvoi n. 13-13.405, Bulletin 2014, n. 9, p. 107; ECLI:FR:CCASS:2014:C101357*. En el caso, el distribuidor (sociedad con domicilio en Estrasburgo) demandó al empresario principal (sociedades establecidas en Alemania) ante los tribunales de Estrasburgo, solicitando la terminación del contrato y una indemnización por la ruptura del contrato de distribución, por haber incumplido dicho empresario principal la exclusiva concedida en el contrato a los distribuidores franceses. En base a la anterior jurisprudencia de la Corte de Casación, que calificaba estos contratos como contratos ni de compraventa ni de prestación de servicios, y por lo tanto subsumibles en el art. 5.1.a RB-I (art. 7.1.a RB-I bis), las partes basaron sus recursos en la localización del “lugar de ejecución” de la obligación que servía de base a la demanda (la obligación de respetar la exclusividad) conforme a la Ley alemana, aplicable al caso. La Corte de Casación desatiende los argumentos de las partes y se basa en la STJUE *Corman-Collins* para calificar el contrato como de prestación de servicios y determinar que la competencia tenía que decidirse conforme al art. 5.1.b RB-I (art. 7.1.b RB-I bis).

¹⁰⁴¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, *op. cit.*, n. 47; J.-P. BERAUDO, *op. cit.*, p. 1046.

demanda se traslada ahora a la determinación del lugar de prestación de los servicios, sobre todo en la hipótesis, frecuente, en que el franquiciado opere en distintos Estados¹⁰⁴².

273. En cualquier caso, esta postura es la más deseable si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 4.1.e RR-I, para mantener la armonía entre las soluciones adoptadas en sede de competencia judicial internacional y de Ley aplicable. Entender que el prestador del servicio es el franquiciado y que la competencia se determina por el lugar en que presta dicho servicio sería conforme con señalar que el contrato se ha de regir por la Ley del lugar en que dicho franquiciado tiene su residencia habitual, que es la regla expresamente vigente en sede de Ley aplicable, al menos más conforme que indicar que el prestador del servicio es el franquiciador¹⁰⁴³.

274. La regla del art. 7.1 RB-I bis y los contratos de franquicia. Solución propuesta: el contrato de franquicia como contrato de prestación de servicios a cargo del franquiciado. Adecuación a los objetivos del Reglamento. Calificar los contratos de franquicia como contratos de prestación de servicios a cargo del franquiciado es una solución que respeta y fomenta los objetivos del Reglamento Bruselas I bis.

275. En primer lugar, se trata de una opción segura para las partes. El lugar en que se desarrolla el negocio de franquicia se encontrará estipulado en el contrato con toda seguridad, de forma que en la mayoría de los casos a las partes no les supondrá ninguna complicación conocer con precisión los tribunales competentes. Con esta opción, las partes no se verán sorprendidas por una demanda ante unos tribunales que no pudieron prever. Pero no sólo eso, también es una opción que respeta los principios de proximidad y de buena administración de la justicia, pues permite tanto a los tribunales que conocerán del caso como a las partes una litigación a costes reducidos.

276. En cuanto a la buena administración de la justicia, se trata de un foro muy vinculado con el contrato y por lo tanto con mucha probabilidad de estar conectado con los litigios que puedan suscitarse. Ello permitirá que los tribunales que conocen del caso administren justicia a bajo coste, pues se trata de los tribunales en que se encontrará la mayor parte del material probatorio de los litigios que puedan plantearse (información económica y documentación sobre el funcionamiento del establecimiento franquiciado, trabajadores del establecimiento que podrían intervenir como testigos, el propio establecimiento, que podría ser objeto de inspección ocular por parte del tribunal, la maquinaria o materias primas utilizadas para elaborar los productos comercializados en la franquicia...). Estos costes serán menores que los costes que comportaría sustanciar la causa ante otros foros a los que podrían llevar interpretaciones distintas del art. 7.1

¹⁰⁴² D. SINDRES, *op. cit.*, p. 869; H. KENFACK, "Rome I et contrats de distribution : protéger les intérêts des distributeurs sans léser les fournisseurs ", *JCP G*, n. 4, 25 enero 2006, pp. 127-128. Sobre los defectos del art. 5.1 RB-I (7.1. RB-I bis), M.-L. NIBOYET, *op. cit.*, p. 945 ; V. HEUZE, "De quelques...", *cit.*, p. 622 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, *cit.*, n. 187.

¹⁰⁴³ D. SINDRES, *op. cit.*, p. 871.

RB-I bis en relación a estos contratos. Otras interpretaciones podrían conducir a los tribunales del domicilio del franquiciador (si se entiende que es éste el prestador de los servicios) o a los tribunales del lugar en que se entreguen los bienes que el franquiciado adquiere del franquiciador (si se entiende que se trata de un contrato de compraventa de mercaderías), lugares en que puede resultar más complicado practicar la prueba.

277. En cuanto al principio de proximidad, los tribunales del lugar de ejecución de la franquicia permitirán a las partes litigar a costes reducidos en comparación a los tribunales del domicilio del demandado, un foro que no cumple con esta exigencia. El foro del domicilio del demandado puede tratarse de un foro lejano al lugar en que se encuentra el objeto del litigio y puede suponer costes muy elevados para las partes. Así lo indicó el TEDH en el mencionado caso *Arléwin*. El foro podría considerarse incluso inconstitucional considerado aisladamente, si no da a las partes la posibilidad de plantear su demanda ante otro tribunal más próximo al litigio, a un menor coste¹⁰⁴⁴. Por ello tiene mayor relevancia que el tribunal al que conduzca el foro especial en materia contractual sea un foro eficiente, que permita a las partes la litigación a costes reducidos en relación al foro del domicilio del demandado.

278. Los tribunales del lugar en que se desarrolla la franquicia cumplen con esa eficiencia, pues proporciona la posibilidad de litigar tanto al franquiciado como al franquiciador a unos costes menores que los del foro del domicilio del demandado.

279. Ejemplo. Un franquiciador domiciliado en Londres suscribe un contrato de franquicia de área con un franquiciado domiciliado en España para que desarrolle una cadena de sastrerías en Portugal. El contrato no contiene pacto de sumisión. ¿Dónde sería más eficiente para las partes litigar? Para el franquiciador, litigar en Reino Unido le comportaría unos costes muy bajos, pues se trata de los tribunales de su domicilio, los más cercanos geográficamente y con cuyo funcionamiento se encontrará más familiarizado. Estos tribunales, en cambio, comportarían al franquiciado unos costes de litigación internacional muy altos, pues se trata de unos tribunales alejados geográficamente a los que tendría que trasladarse para litigar y cuyo funcionamiento desconoce. Lo mismo ocurriría, en sentido inverso, con los tribunales españoles. Estos supondrían para el franquiciado unos costes muy reducidos pero muy altos para el franquiciador. Teniendo esto cuenta, litigar ante los tribunales portugueses, los del lugar de implantación de la franquicia, supondría para ambas partes unos costes menores que los que les supondría tener que litigar ante los tribunales del domicilio de la otra parte. Al fin y al cabo, puede que ya cuenten con contactos en Portugal y que se encuentren más familiarizados con dicho país por tratarse del país en que se

¹⁰⁴⁴ En el mencionado caso, el TEDH consideró que la posibilidad de demandar ante los tribunales ingleses no era suficiente para garantizar el derecho de acceso a los tribunales del demandante, y que Suecia tenía la obligación de entrar a conocer del caso, pues éste tenía fuertes conexiones con Suecia (demandante y uno de los demandados domiciliados en Suecia, daño a la reputación del demandado producida en Suecia, en un programa emitido en Suecia, dirigido al público sueco –anuncios de empresas suecas, presentador sueco- pero emitido desde un terminal sito en Reino Unido).

desarrollará el negocio.

280. Lo anterior se ilustra de forma más sencilla mediante un cuadro:

| | <i>UK</i> | <i>España</i> | <i>Portugal</i> |
|-----------------------------|-----------|---------------|-----------------|
| <i>Costes franquiciador</i> | 10 | 90 | 70 |
| <i>Costes franquiciado</i> | 90 | 10 | 50 |
| <i>Costes totales</i> | 100 | 100 | 120 |

Cuadro n. 14. Contrato de franquicia y análisis económico del art. 7.1.b RB-I bis

281. Paradójicamente, aunque los costes totales sean mayores, lo más eficiente será litigar en Portugal, el lugar en que se desarrolla el negocio franquiciado. Para el franquiciado español es una alternativa mejor que litigar en Reino Unido y para el franquiciador inglés es una alternativa mejor que litigar en España.

282. La regla del art. 7.1 RB-I bis y los contratos de franquicia. Excepciones a la calificación propuesta. El art. 7.1.b RB-I bis indica que se aplicará “salvo pacto en contrario de las partes”. Sobre el significado de esta expresión existen dos opiniones doctrinales. Un sector de autores indica que dicha expresión permite excluir la aplicación del art. 7.1.b RB-I bis siempre que las partes hayan fijado directamente el lugar de cumplimiento de una obligación concreta del contrato. Según esta opinión, si las partes fijan en el contrato, por ejemplo, el lugar en que el franquiciado ha de pagar los *royalties* al franquiciador y se produce un incumplimiento de la obligación de pago, el 7.1.b no sería de aplicación, sino que habría que demandar en el lugar pactado del pago, a través del 7.1.a¹⁰⁴⁵.

283. Otro sector doctrinal opina que el art. 7.1.b RB-I bis solamente puede excluirse si las partes expresamente indican su voluntad de no sujetarse a dicho apartado. Esto podría hacer mediante una cláusula como las siguientes: “*El presente contrato no se considerará un contrato de prestación de servicios a efectos del art. 7.1.b RB-I bis*” o “*Las partes acuerdan que la competencia judicial internacional se determinará en virtud de lo dispuesto en el art. 7.1.a RB- bis*”. Esta interpretación se basa en explicar que el legislador, para proporcionar la regla especial del 7.1.b), intentó actuar como hubieran actuado personas razonables con un criterio medio, pero las partes

¹⁰⁴⁵ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, cit., p. 115; ID. “Contratos de distribución...”, cit., p. 230; Sent. Cour Cass. 1ere 3 octobre 2006, *JCP*, 2007, II, n. 10028, pp. 36-38, nota C. ASFAR.

pueden romper esa presunción del legislador excluyendo expresamente la regla del 7.1.b¹⁰⁴⁶. El art. 7.1.b) lleva a un único tribunal para la resolución de todas las controversias del litigio, lo que puede terminar favoreciendo a una parte más que a otra. Puede que, en defecto de acuerdo de las partes sobre cuál ha de ser el tribunal competente, éstas al menos decidan que se litigue por cada obligación ante el tribunal del lugar en que haya de ser cumplida tal obligación, es decir, que prefieran aplicar la regla del art. 7.1.a). Esta segunda interpretación del inciso “salvo pacto en contrario” es la que parece más conforme con los objetivos del Reglamento, pues favorece la seguridad jurídica: la regla del art. 7.1.b RB-I bis se aplicará así en el mayor número de casos posibles.

284. Ejemplo. Si las partes de un contrato de franquicia a ejecutar en Valencia, España, fijan que el franquiciador ha de proporcionar al franquiciado un curso de formación inicial en la sede del franquiciador, se puede plantear la duda de si dicho acuerdo puede entenderse o no como un “pacto en contrario” que excluiría la aplicación de la letra “b” del art. 7.1. RB-I bis, en favor de su letra “a” si surge un pleito sobre dicha formación inicial. De acuerdo con la postura que se mantiene en este trabajo, para determinar la competencia en ese caso se aplicará el art. 7.1.b RB-I, por el que el tribunal competente de acuerdo con el foro en materia contractual será el del lugar en que han de ser prestados los servicios y no el art. 7.1.a RB-I bis, por el que el tribunal competente sería el del establecimiento del franquiciador.

2.1.3. Calificación de otros tipos de contrato de franquicia a efectos del foro especial en materia contractual

285. En el apartado anterior se ha estudiado la calificación del contrato de franquicia directa unitaria. La mayoría de la doctrina, cuando ha tratado esta cuestión se ha detenido en ese punto y no ha abordado la cuestión de la calificación de otros tipos de contratos de franquicia distintos del primero¹⁰⁴⁷. Por ello se estudia a continuación si las afirmaciones expuestas anteriormente en relación a los contratos de franquicia directa unitaria son también aplicables a otros tipos de contratos de franquicia, es decir, si estos otros tipos han de ser también calificados como contratos de prestación de servicios a efectos del art. 7.1 RB-I bis.

2.1.3.1. Contratos de franquicia directa de área

286. Como se ha indicado, la franquicia directa unitaria, encaja sin duda en el concepto de prestación de servicios, en que la comercialización de los bienes y

¹⁰⁴⁶ M. VIRGÓS SORIANO, “Los vínculos más estrechos y la prestación característica en la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales” en J.L. Iglesias Prada (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 4: “Derecho civil y Derecho público”, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5312, esp. p. 5293.

¹⁰⁴⁷ A lo sumo, algún autor ha distinguido entre los contratos de franquicia directa unitaria y los contratos de máster franquicia a efectos de esta calificación, como L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 278.

servicios, la explotación del mercado de destino, es realizada directamente por el franquiciado. En estos casos se aplicará sin duda el 7.1.b, guión segundo, del RB-I bis, abriéndose el foro del lugar de prestación de los servicios por parte de ese franquiciado.

287. En cuanto a la franquicia de área, hay que tener en cuenta que la misma puede articularse de distintas formas. Si únicamente se suscribe un contrato de franquicia por el que el franquiciado se compromete a explotar diversas unidades en un determinado territorio, no existe ninguna objeción para que este contrato sea calificado como una prestación de servicios a efectos del art. 7.1. RB-I bis, y ello independientemente de los problemas que pueda suponer para la determinación del foro competente que tales unidades se encuentren en distintos Estados¹⁰⁴⁸. Se trata de un contrato que presenta las mismas características que el contrato de franquicia unitaria y su misma finalidad económica, y que solamente difiere de éste en el número de unidades explotadas.

288. Lo mismo ha de deducirse de aquellos casos en que la operación se articule exclusivamente a través de la firma de varios contratos de franquicia unitaria sucesivos, suscritos entre el mismo franquiciador y el mismo franquiciado, de forma que el franquiciado explote finalmente varios de estos establecimientos. En estos casos, cada uno de esos contratos de franquicia será calificado como un contrato de prestación de servicios de forma independiente, lo que simplificará la determinación del lugar de prestación del servicio en caso de que surja algún litigio.

289. En este segundo caso, puede que previamente a los contratos de franquicia suscritos entre franquiciador y franquiciado para cada unidad se haya celebrado entre las partes un contrato de “desarrollo de área” cuyo único objeto, como se indicó, sea la obligación de ambas partes de ir firmando conforme al calendario estipulado esos contratos de franquicia para ese determinado territorio¹⁰⁴⁹. Resulta preciso preguntarse por la calificación de este contrato de desarrollo de área, que no es propiamente un contrato de franquicia pero respecto del cual pueden surgir litigios entre las partes de la operación.

290. Ejemplo. El franquiciado de área se niega a firmar más acuerdos de franquicia conforme al calendario estipulado en el contrato de desarrollo de área. El franquiciador quiere demandarle y desea conocer qué tribunales serían competentes para conocer del caso además de los del domicilio del franquiciado. Para contestar a esta cuestión sería preciso calificar el contrato de desarrollo de área suscrito entre el franquiciador y el franquiciado de área.

¹⁰⁴⁸ Esta cuestión se estudiará más adelante en el apartado “Determinación del lugar de cumplimiento de la obligación contractual relevante a efectos de este foro”.

¹⁰⁴⁹ Ver Cap. I, Secc. II, Apartado I.1.B. “La internacionalidad”.

291. Para proceder a la calificación de este contrato se tendrá que prestar atención a su finalidad económica. Su finalidad no es la comercialización de bienes o servicios por parte del franquiciado, es la firma de contratos de franquicia en un momento posterior, planificar la expansión de la red. Y esa firma de contratos posteriores no parece encajar en el concepto de prestación de servicios construido por el TJUE tal y como se ha expuesto anteriormente. En cuanto a su consideración como contrato de prestación de servicios a cargo del franquiciado, éste no se compromete a ninguna actividad “de hacer”, más allá de la firma de los futuros contratos y como mucho entregar una suma inicial al franquiciador. Tampoco parece estar presente el elemento de la remuneración. Es cierto que el franquiciado de área puede obtener mediante la firma de estos acuerdos una “promesa” de ventaja competitiva frente a otros operadores del mercado, pero esa promesa únicamente se materializará en el momento en que se firmen cada uno de los contratos de franquicia. En cuanto a su consideración como contrato de prestación de servicios a cargo del franquiciador también ha de ser descartada. El franquiciador no se compromete tampoco a ninguna actividad “de hacer”, más allá de la firma del contrato, y de concederle la posibilidad de poder explotar en el futuro una serie de establecimientos franquiciados. A cambio de ello, como se ha indicado, el franquiciado puede entregar una suma inicial al franquiciador, pero esa suma no se entrega a cambio de ninguna actividad, sino que puede entenderse como una especie de “reserva”, por lo que no puede considerarse un contrato de prestación de servicios.

292. Descartada también la calificación como compraventa de mercaderías por razones obvias (no existe en estos contratos ningún elemento de la misma), no queda más opción que considerar que estos contratos no son ni compraventa de mercaderías ni prestación de servicios, y que por lo tanto quedarían sujetos al art. 7.1.a RB-I bis. En consecuencia, serán competentes por razón de la materia los tribunales del lugar en que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda. En un caso como el del ejemplo, en que la obligación incumplida es la de la firma de los contratos, se tendrá que determinar el lugar en que las partes habían acordado que se realizara dicha firma¹⁰⁵⁰.

2.1.3.2. Contratos de máster franquicia

293. Como ya se indicó, en la operación de máster franquicia es preciso distinguir dos fases. La primera es la del contrato suscrito entre franquiciador y máster franquiciado y la segunda la de los contratos suscritos entre ese máster franquiciado y los subfranquiados.

¹⁰⁵⁰ Sobre la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación en los contratos suscritos al art. 7.1.a RB-I bis, ver el siguiente apartado “Determinación del lugar de cumplimiento de la obligación contractual relevante a efectos de este foro”, “Casos comprendidos en el art. 7.1.a RB-I bis”.

294. En cuanto al contrato suscrito entre el franquiciador y el máster franquiciado (el contrato denominado de “máster franquicia”), la mayoría de la doctrina que se ha referido al mismo se ha inclinado por considerar que el mismo se ha de considerar, al igual que el contrato de franquicia directa, como un contrato de prestación de servicios, a cargo del máster franquiciado¹⁰⁵¹. Esta posición parece la más correcta. Como se ha indicado en el primer capítulo de este trabajo, estos contratos son definidos en el art. 1.3 del Reglamento (CEE) 4087/88 como aquellos en que “una empresa, el franquiciador, otorga a la otra, el franquiciado principal, en contraprestación de una compensación financiera directa o indirecta, el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados”¹⁰⁵². En definitiva, suponen que el franquiciador transmite el paquete de la franquicia a un sujeto (el máster franquiciado) al que encarga la configuración de la red de franquicias en un determinado territorio. El máster franquiciado asume así el papel de franquiciador en ese territorio.

295. La asunción de dicho papel implica que ha de promocionar la concertación de contratos de franquicia, asumir la gestión de la propia red creada y prestar a ésta la asistencia comercial necesaria¹⁰⁵³. De esta forma, el máster franquiciado presta claramente al franquiciador el servicio de “conquista” y explotación del mercado de destino que es característico de los contratos de franquicia y que lo caracteriza por lo tanto como un contrato de prestación de servicios¹⁰⁵⁴. Se trata de un contrato en que el todas las obligaciones de franquiciador y franquiciado se encuentran orientadas a que el máster franquiciado explote esa franquicia en el mercado de destino.

296. En cuanto a los distintos contratos suscritos entre el máster franquiciado y cada uno de los subfranquiciados se ha de adoptar la misma solución que para los contratos de franquicia unitaria, pues ambos contratos serían muy similares. En ellos, se

¹⁰⁵¹ P. HOLLANDER, “Questions...”, *cit.*, pp. 285,287-288 ; P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 112. Únicamente se manifiesta en contra L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 278, para la cual: “no se trata en este caso de un contrato que pudiera encuadrarse en esta categoría y, aunque así lo consideráramos, me parecería complicado indentificar quién sería el prestador de servicios en un contrato de máster franquicia”. Para esta autora, el contrato de máster franquicia debería quedar por lo tanto sujeto al art. 7.1.a RB-I bis, determinándose en cada litigio la obligación que sirve de base a la demanda para poder identificar el foro especial en materia contractual.

¹⁰⁵² Reglamento (CEE) nº 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia; DO L 359 de 28.12.1988, p. 46/52.

¹⁰⁵³ E. LÁZARO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 94.

¹⁰⁵⁴ Pese a ello, algunos autores se muestran reticentes a considerar como franquicia a la franquicia principal. *Vid.* E. LÁZARO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 94: “Aunque se ha defendido la inclusión de esta “clase de franquicia” en el concepto legal y jurisprudencial por considerarla una concreta modalidad operativa de franquicia (el art. 2. Párr. 2 del RD 2485/1988, de 13 de noviembre, puede avalar tal entendimiento), no parece que deba ser admitida su homologación de forma indiscriminada, desde el momento en que la finalidad de esta franquicia principal viene a ser, no la reproducción del modelo de empresa por el franquiciado y en su propio interés, sino la autorización a éste para concluir acuerdos –o mejor, contratos– de franquicia con terceros, los (sub)franquiciados”.

ha de considerar como prestador del servicio al subfranquiciado, que desempeña la labor de explotación del establecimiento franquiciado en el mercado local.

2.1.3.3. Contrato de representación de área

297. Como también se indicó en el primer capítulo del trabajo, existen otros contratos utilizados en el ámbito de las relaciones de franquicia internacional que no pueden ser considerados como contratos de franquicia. Este es el caso del contrato de representación territorial o de área (“*area representation agreement*”), en que un franquiciador nombra a otro empresario como su representante, con la tarea de buscar oportunidades de negocio para abrir nuevas franquicias en un nuevo territorio. La diferencia con el contrato de máster franquicia reside en que al representante no se le traslada ningún tipo de derecho sobre los signos distintivos o el *know-how* del franquiciador, ni ninguna facultad de explotar la fórmula de negocio¹⁰⁵⁵. Éste no tiene además ninguna facultad de celebrar los contratos en su propio nombre y por su propia cuenta, sino que lo hará en nombre y por cuenta del franquiciador.

298. Como también se indicaba, ni en las leyes de los Estados miembros ni en la doctrina se considera que haya de aplicarse a esta figura la normativa sustantiva relativa a la franquicia (como son, entre otras, las obligaciones de *disclosure*) pues se les suele considerar relaciones de agencia¹⁰⁵⁶. Lo mismo ocurre con la normativa de Dopr.: estos contratos se han de considerar como contratos de agencia, de comisión, o de mandato, pero no de franquicia, de forma que en competencia judicial internacional deberían asimilarse a aquéllos.

299. A estos contratos se les podría aplicar, por lo tanto, la calificación que en sede de competencia se haya dado a los contratos de agencia. Dado que los contratos de agencia han sido considerados por el TJUE como contratos de prestación de servicios prestados por el agente, el foro especial en materia contractual también conduciría, vía art. 7.1.b, guión segundo RB-I bis, a los tribunales del Estado en que se presten los servicios (caso *Wood Floor*)¹⁰⁵⁷.

300. Como puede apreciarse, una ventaja añadida de que el contrato de franquicia unitaria se considere a efectos de competencia judicial internacional como un contrato de prestación de servicios prestados por el franquiciado es que “unifica” todos los tipos

¹⁰⁵⁵ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Giuffrè Editore, Milán, 2012, p. 19.

¹⁰⁵⁶ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Giuffrè Editore, Milán, 2012, p. 18: “Infatti il developer non assume alcun impegno finanziario. Il contratto può dunque essere avvicinato ad una sorte di mandato di intermediazione. In questa accezione mancano sia gli elementi dell’art. 1.1, sia quelli dell’art. 2.1 e perciò non trovano applicazione gli obblighi di disclosure previsti dalla legge”.

¹⁰⁵⁷ STJUE 11 marzo 2010, *Wood Floor*, cit..

de contratos de franquicia bajo un mismo régimen en relación al foro especial en materia contractual.

2.1.3.4. *Bare bones agreements* y otros híbridos

301. También es preciso concretar la calificación de aquellas figuras considerablemente implantadas en la práctica internacional que pueden encontrarse a medio camino entre la franquicia y otros contratos. Son los ya analizados “*bare bones agreements*” y los “contratos híbridos de franquicia – licencia”.

302. En cuanto a los primeros, son contratos en los que se autoriza al licenciario a utilizar el sistema de negocio del licenciante, pero en que los compromisos de ambas partes son mucho más reducidos. Por ejemplo, el licenciante se suele comprometer únicamente a proporcionar al licenciario una formación inicial y desde el momento en que se celebra el contrato se despreocupa del devenir del mismo¹⁰⁵⁸. La calificación de este contrato como prestación de servicios dependerá de si éste se encuentra que estar orientado a que el licenciario explote el negocio en ese territorio determinado utilizando el paquete transmitido o si el mismo se agota en la transmisión de dicho paquete. Si esa finalidad de comercialización de los productos del licenciante no está presente en el contrato o no pasa de una mera “obligación formal”, sin que se concrete en un compromiso de compras o ventas mínimas, en una transmisión de información al licenciante o en su facultad de dar instrucciones al licenciario, parece que la economía general de los mismos está más orientada a la transmisión del “paquete” del negocio que a la consecución por las partes de un objetivo común. En estos casos, estos contratos no podrían ser considerados como prestación de servicios, y tampoco como compraventa de mercaderías, dado que la finalidad de los mismos tampoco es la transmisión de la propiedad de ninguna mercadería, y por lo tanto quedarían sujetos a la regla del art. 7.1.a RB-I bis.

303. Por lo que se refiere a los contratos denominados por UNIDROIT como “contratos híbridos de franquicia y licencia”, son contratos con la forma habitual de un acuerdo de licencia de derechos incorporeales, a los que se añade la obligación de comercialización por parte del licenciante¹⁰⁵⁹. De nuevo, para calificarlos habrá que estar al contrato concreto para observar si tiene verdaderamente como finalidad que el franquiciado o licenciante comercialice los productos del franquiciador o si la misma se agota en la cesión de los derechos.

2.1.3.5. Franquicia y *joint venture*

304. Por último, se ha de hacer referencia a la posibilidad de implantación de una franquicia en un territorio extranjero mediante *joint-venture*. Como se verá más

¹⁰⁵⁸ UNIDROIT, “Guía UNIDROIT...”, *cit.*, p. 12.

¹⁰⁵⁹ UNIDROIT, “Guía UNIDROIT...”, *cit.*, p. 12.

adelante, esta cuestión ha suscitado varias dudas doctrinales en relación a la calificación en sede de Ley aplicable, pero el mismo problema se plantea en competencia judicial internacional¹⁰⁶⁰.

305. Cabe señalar que la forma habitual de operar en estos casos es que, junto con el contrato de *joint-venture* se firme el contrato de franquicia entre el franquiciador y la nueva corporación (“contrato satélite” de franquicia)¹⁰⁶¹. A efectos de determinación del foro especial en materia contractual, este contrato se ha de considerar como un contrato independiente del contrato de *joint-venture*, respecto al que se han de determinar los tribunales competentes de forma separada. Por ello, los tribunales que pudieran ser competentes por el foro especial para conocer sobre cuestiones relacionadas con el contrato de *joint venture*, no tienen por qué coincidir con los tribunales competentes para conocer de los litigios que surjan en relación a la franquicia. Estos últimos serán los que determine el art. 7.1.b RB-I bis, pues ese contrato satélite de franquicia se ha de considerar un contrato de prestación de servicios.

306. Otro caso distinto es aquél en que en el propio contrato de *joint venture* cada parte se compromete a las obligaciones propias de la franquicia, es decir, que el franquiciador aporta el *know-how* y los demás elementos del paquete y el franquiciado se compromete a desarrollar por él mismo (franquicia directa) o a través de subfranquiciados (máster franquicia) la red de franquicia en el Estado de destino. Bajo estas circunstancias se tendría que calificar la totalidad del contrato de *joint venture* a efectos de determinar el foro especial en materia contractual. Habría que estudiar la finalidad de dicha operación contractual. Si el contrato de *joint-venture* tiene como única finalidad estructurar la operación de franquicia, y por lo tanto que el franquiciado (máster o directo) explote la franquicia en el territorio local, debería mantenerse la aplicación del art. 7.1.b. guión segundo RB-I bis.

2.1.4. Determinación del lugar de cumplimiento a efectos de este foro

2.1.4.1. Casos comprendidos en el art. 7.1.b RB-I bis

307. La regla del art. 7.1.b, guión segundo RB-I bis y los contratos de franquicia. Lugar de prestación de los servicios. En los casos en que el contrato de franquicia se pueda considerar un contrato de prestación de servicios, es decir, siempre que no exista pacto en contrario de las partes, el siguiente y último paso para determinar los tribunales competentes es localizar el lugar de prestación de esos servicios, una labor que, como ya ha puesto de manifiesto la doctrina, no está exenta de dificultad¹⁰⁶².

¹⁰⁶⁰ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 137.

¹⁰⁶¹ UNIDROIT, “Guía UNIDROIT...”, *cit.*, p. 13.

¹⁰⁶² D. SINDRES, *op. cit.*, p. 869; H. KENFACK, “Rome I...”, *cit.*, pp. 127-128. Sobre los defectos del art. 5.1 RB-I (7.1. RB-I bis), M.-L. NIBOYET, *op. cit.*, p. 945 ; V. HEUZE, “De quelques...”, *cit.*, p. 622 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, *cit.*, n. 187.

308. Si el contrato de franquicia es un contrato de prestación de servicios porque su finalidad es la comercialización de los productos del franquiciador por parte del franquiciado, o en otras palabras, la explotación de su negocio en un determinado mercado, el lugar de prestación de esos servicios será el lugar en que se produzca tal comercialización, es decir, el lugar en que opera el franquiciado. Esta solución se sustenta en una aplicación analógica de la propuesta por el TJUE para los contratos de agencia en el caso *Wood Floor*¹⁰⁶³.

309. Este lugar en que opera el franquiciado tendrá que ser siempre determinado “según el contrato”¹⁰⁶⁴. Ello quiere decir que se ha de determinar de forma autónoma y no por remisión a la *lex contractus*¹⁰⁶⁵. Se tendrá que estar a lo pactado en el propio contrato por las partes o, en defecto de pacto expreso, a los datos fácticos del caso¹⁰⁶⁶. Ello implica también que en caso de discordancia entre el lugar previsto en el contrato y el lugar efectivo en que se hayan prestado los servicios deberá prevalecer el lugar previsto en el contrato, pues esta solución favorece la previsibilidad de la competencia.

310. Ejemplo. En un litigio que tiene su origen en el incumplimiento de una zona de exclusiva por parte del franquiciado, pues éste ha vendido los productos de la marca a clientes situados fuera de dicha zona ¿cuál se consideraría el lugar de prestación del servicio a efectos del art. 7.1.b, guión segundo RB-I bis?

311. A la luz del tenor literal del 7.1.b RB-I bis (“lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios”), habría de prevalecer el lugar determinado en el contrato, es decir, el lugar en que el franquiciado se comprometió a comercializar los productos y no el lugar en que los vendió efectivamente.

¹⁰⁶³ STJUE 11 marzo 2010, *Wood Floor*, cit., FJ 38-40, en los que el TJUE indica, en el contexto de un contrato de agencia comercial, que “en el contexto de un contrato de agencia comercial, procede identificar, con arreglo a este contrato, el lugar en el que el agente debía desempeñar principalmente su trabajo por cuenta del empresario, consistente, en particular, en preparar, negociar y, en su caso, concluir las operaciones de las que esté encargado”.

¹⁰⁶⁴ Aunque el foro de competencia se pretenda activar precisamente para anular dicho contrato: STJCE 4 marzo 1982, as. 38/81, *Effer v. Kantner*, RJ 1982, pp. 825-840.

¹⁰⁶⁵ F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *Derecho...*, cit., p. 113; Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, op. cit., p. 792 : “pour les contrats de vente et de fourniture de services, il ne devrait donc plus être besoin désormais de se référer à la *lex contractus* pour vérifier si la clause de localisation est admise”. En este aspecto, la solución proporcionada por el artículo 7.1.b RB-I bis con la expresión “según el contrato” difiere de la que dio el TJUE en relación al Convenio de Bruselas, que sugería la aplicación del método analítico-distributivo, es decir, consultar la Ley aplicable al contrato, para saber si las partes podían pactar el lugar de ejecución de la obligación que abría el foro de competencia (en el caso del Convenio, la obligación que sirve de base a la demanda). Ver al respecto STJCE 17 enero 1980, as. 56/79, *Zelger vs. Salinitri*, *Recueil*, 1980, pp. 89-102.

¹⁰⁶⁶ STJUE 9 julio 2009, *Rehder*, cit., FJ. 39-40.

312. De acuerdo con lo expuesto, en primer lugar, se habrá de estar a lo que indique el contrato, a sus términos. Se han de consultar las cláusulas contractuales en que las partes hayan indicado el lugar de prestación del servicio encargado. Las partes podrán haber fijado el lugar de prestación de los servicios directamente (con una cláusula del tipo “*el lugar de prestación de los servicios por parte del franquiciado será...*”) si bien esto no es habitual. Lo habitual será un pacto indirecto, es decir, una cláusula en que se haya indicado el lugar de ejecución de la finalidad del contrato, es decir, de esa conquista y explotación del mercado, o más concretamente, de la comercialización de los productos por el franquiciado (por ejemplo, “*el franquiciado se obliga a explotar su el negocio en el territorio del Estado de [...]*” o “*el establecimiento franquiciado será un bajo comercial situado en la ciudad de [...], que previamente habrá de ser aprobado por el franquiciador*”).

313. Este tipo de disposiciones activarán el foro de competencia del art. 7.1 RB-I bis siempre que señalen un lugar sito en un Estado miembro y que no tengan por único objeto determinar la competencia judicial internacional, en cuyo caso, tal y como ha indicado el TJUE, se trataría de un caso de elección de foro al que se aplicarían las normas relativas a la sumisión expresa y no las del foro especial del art. 7.1 RB-I bis (caso *Gravières Rhénanes*¹⁰⁶⁷). Tampoco podrá tenerse en cuenta el lugar señalado en el contrato si las partes han indicado expresamente que la concreción del lugar de ejecución se hace sin efectos sobre la competencia jurisdiccional¹⁰⁶⁸.

314. *La regla del art. 7.1.b, guión segundo RB-I bis y los contratos de franquicia. Lugar de prestación de los servicios en un único Estado miembro.* Si lo que se ha determinado en el contrato es el Estado en que el franquiciado ha de operar, pero no se ha previsto expresamente el lugar concreto, se hace necesario determinar dicho lugar, ya que el foro del art. 7.1 RB-I bis es también atributivo de competencia territorial, y ha de designar directamente el tribunal territorialmente competente¹⁰⁶⁹. Esta circunstancia puede darse con cierta frecuencia en los contratos de máster franquicia, en que el contrato señala el Estado en que el máster franquiciado ha de construir la red, pero no el lugar concreto en que ha de pactar con los subfranquiados la implantación de un establecimiento franquiciado.

315. Esta cuestión, que no solucionaba el Reglamento Bruselas I tampoco ha sido resuelta por el Reglamento Bruselas I bis. La jurisprudencia anterior al Reglamento, relativa al Convenio de Bruselas, indicaba que dicho lugar debía determinarse conforme a la Ley aplicable al fondo del asunto, aplicando también a esta cuestión el método

¹⁰⁶⁷ STJCE 20 febrero 1997, as. C-106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG) vs. Les Gravières Rhénanes SARL*, *Recopilación*, 1997, p. I-11; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Editorial Thomson Reuters (Legal) Ltd, 2009, p. 480.

¹⁰⁶⁸ P. MAYER / V. HEUZE, *Droit...*, *cit.*, p.251.

¹⁰⁶⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p.453.

analítico-distributivo¹⁰⁷⁰. No obstante, la doctrina descarta esta posibilidad para los litigios enmarcados en los Reglamentos Bruselas I y Bruselas I bis, ya que con ellos la aplicación de este método ha quedado para casos muy excepcionales¹⁰⁷¹. En el marco de los Reglamentos, para determinar el lugar concreto dentro de un Estado miembro en que se presta el servicio no se ha de consultar la Ley que rige el contrato, sino que resulta más adecuado considerar que se trata de un dato de hecho, no jurídico¹⁰⁷². Como ha indicado el TJUE en el caso *Car Trim* relación a los contratos de compraventa de mercaderías, se ha de realizar una determinación uniforme del lugar de cumplimiento, que en el caso de la compraventa es el lugar de entrega material de la mercancía al comprador en el destino final¹⁰⁷³. Respecto a los contratos de prestación de servicios, el TJUE también debería establecer una determinación autónoma del lugar de prestación para los casos en que el contrato no indique nada¹⁰⁷⁴. Mientras, habrá que estar al lugar de ejecución *efectivo*, “el lugar donde el prestador ejerce las actividades y el comitente recibe los resultados respectivos”¹⁰⁷⁵.

316. En las ocasiones en que dicho lugar sea único, su identificación será muy sencilla. Este será el caso, por ejemplo, de un contrato de máster franquicia en que el máster franquiciado haya desarrollado toda su actividad de explotación y formación de la red en una misma ciudad, contratando en ella todas las subfranquicias.

317. En el caso de que dicho lugar no sea único, por ejemplo, en un contrato de máster franquicia en que las operaciones del máster franquiciado se encuentran dispersas en distintas ciudades de un mismo Estado, el art. 7.1.b RB-I bis sigue siendo aplicable¹⁰⁷⁶. En estos casos se puede recurrir a la solución que ha proporcionado el TJUE para los contratos de compraventa de mercaderías (caso *Color Drack*¹⁰⁷⁷): debe existir un único tribunal competente para resolver todas las demandas basadas en el contrato. Aplicando analógicamente esta STJUE, ese tribunal ha de ser el del lugar de prestación de los servicios principal determinado con base en criterios económicos. Si no puede determinarse dicho lugar, el demandante podrá optar por el tribunal de prestación de los servicios de su elección¹⁰⁷⁸. La aplicación analógica de esta sentencia

¹⁰⁷⁰ STJCE 6 octubre 1976, *Tessili*, *cit.*; D. 1977, p. 614, nota E. DROZ; *Rev. crit. DIP.* 1977, p. 751, nota P. GOTHOT / D. HOLLEAUX; *JDI*, 1977, nota J.-M. BISCHOFF, p. 719.

¹⁰⁷¹ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 791.

¹⁰⁷² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p.459.

¹⁰⁷³ STJUE 25 febrero 2010, *Car Trim*, *cit.*; STJUE 9 junio 2011, as. C-87/10, *Electrosteel Europe SA vs. Edil Centro SpA.*, *RJ*, 2011, p. I-4987.

¹⁰⁷⁴ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 792.

¹⁰⁷⁵ P. MANKOWSKI, “Article 5”, *cit.*, p. 145.

¹⁰⁷⁶ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 111.

¹⁰⁷⁷ STJCE 3 mayo 2007, as. C-386/05, *Color Drack GmbH contra Lexx International Vertriebs GmbH*, *RJ*, 2007, p. I-03699. En el caso, una empresa establecida en Alemania vendía mercancías a una empresa con sede en Austria; las mercancías debían entregarse en diferentes ciudades pero todas éstas se encontraban en el territorio austríaco.

¹⁰⁷⁸ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho...*, *cit.*, p.480.

se justifica porque es la solución más previsible: en el caso de que no haya un lugar de prestación principal, si todos los servicios se prestaron en el mismo Estado miembro, las partes pueden asumir que podrán demandar y ser demandadas ante cualquiera de los tribunales de este Estado miembro de los lugares en que se prestan los servicios.

318. Ejemplo. Un franquiciador español suscribe un contrato de máster franquicia con otro empresario español para el desarrollo en exclusiva de su red de franquicias en el territorio de Alemania. En el contrato consta que el franquiciado ha de suscribir al menos un contrato de subfranquicia al año en una ciudad distinta del país, sin especificar cuáles de ellas. Tras tres años de relación contractual cumpliendo sus objetivos, en los que se abrieron subfranquicias en Berlín, Hamburgo y Múnich, el franquiciador contrata con otro máster franquiciado alemán para el desarrollo de la red en ese mismo Estado. ¿Dónde puede demandar el primer máster franquiciado al franquiciador español en virtud del foro del art. 7.1 RB-I bis?

319. Dado que el contrato de máster franquicia se ha de considerar como un contrato de prestación de servicios a cargo del máster franquiciado, el tribunal competente será el del lugar de prestación de esos servicios (art. 7.1.b, guión segundo RB-I bis). En el contrato de máster franquicia únicamente se especifica como dicho lugar Alemania, pero no una localización concreta que permita determinar la competencia territorial. Dicha localización tendrá que ser determinada seleccionando el lugar de prestación principal conforme a criterios económicos. En este caso, ello se podría traducir en el lugar en que se encuentre la subfranquicia que proporcione al máster franquiciado mayores ingresos, y por lo tanto que también se los proporcione al franquiciador. Si ésta es la de Berlín, por ejemplo, serán competentes los tribunales de Berlín. En el caso de que las tres subfranquicias proporcionaran ingresos similares, el demandante podrá elegir entre los tribunales del lugar de cualquiera de ellas: Berlín, Hamburgo o Múnich.

320. La misma solución ha de adoptarse si el contrato indica expresamente múltiples lugares de prestación de los servicios dentro de un solo Estado miembro. Ello ocurriría, por ejemplo, si en el caso expuesto anteriormente, el contrato de máster franquicia hubiera explicitado los lugares en que se abrirían las subfranquicias. Para determinar cuál de ellos activa el foro especial se tendrá que seleccionar el lugar de prestación principal conforme a criterios económicos. En su defecto, se podría elegir entre los tribunales del lugar de cualquiera de esas subfranquicias. Esta posibilidad es también muy común en los contratos de franquicia directa de área, en que el franquiciado está encargado de abrir varios establecimientos en un mismo Estado conforme a un calendario estipulado. Para determinar cuál de esos lugares habilita el foro de competencia se tendrá que realizar una estimación conforme a criterios económicos.

321. La regla del art. 7.1.b, guión segundo RB-I bis y los contratos de franquicia. Lugar de prestación de los servicios en varios Estados miembros. En el

caso de que el franquiciado preste sus servicios en varios Estados miembros, existen varias soluciones posibles, todas ellas basadas en distintas decisiones del TJUE. La primera decisión se refiere a un contrato de agencia que se debía ejecutar en varios Estados miembros (caso *Wood Floor*¹⁰⁷⁹), que propone una solución similar a *Color Drack*¹⁰⁸⁰, es decir, lugar de prestación principal basado en criterios económicos, con algunas especialidades. La segunda decisión se refiere a un contrato de transporte aéreo de pasajeros (caso *Air Baltic*¹⁰⁸¹), que permite al demandante optar entre el lugar de salida y el de llegada del vuelo. Otra opción sería aplicar directamente la doctrina *Color Drack*, que como se ha visto fue emitida por el TJUE en un caso en que los lugares de cumplimiento se encontraban en un solo Estado, si se considera que el contrato de franquicia no se asemeja al contrato de agencia ni al de transporte de pasajeros.

322. De estas opciones, la aplicación de la doctrina *Wood Floor* parece la más acertada¹⁰⁸². Ambos contratos, el de franquicia y el de agencia, son contratos de colaboración. Además, en el caso *Air Baltic* se argumenta la especialidad de la solución propuesta por constituir los transportes aéreos servicios prestados de manera indivisible y unitaria, de forma que no puede distinguirse una prestación principal, lo que sí puede distinguirse en el caso de un franquiciado que opera en distintos Estados¹⁰⁸³. La posibilidad de extender exclusivamente la solución de *Color Drack*, no parece la más ajustada, pues la misma está prevista para aquellos casos en que el contrato se ejecuta en un único Estado y se refiere además a una compraventa de mercaderías, con lo que aplicarla directamente a un caso de servicios en que además éstos se prestan en varios Estados miembros podría dañar seriamente la previsibilidad de la competencia, ya que las partes podrían ser demandas ante los tribunales de cualquiera de los Estados en que prestan sus servicios. Si en consecuencia se opta por aplicar analógicamente la doctrina *Wood Floor*, para concretar el lugar de prestación se ha de atender:

323. (i) Al lugar de prestación “principal” de esos servicios según el contrato o en su defecto, atendiendo a los hechos del caso¹⁰⁸⁴. Si en el contrato se ha dispuesto cual

¹⁰⁷⁹ STJUE 11 marzo 2010, *Wood Floor*, cit.. La STJUE, sobre un contrato de agencia a ejecutar en varios Estados, indica que, si existe un lugar localizado en un Estado miembro en que debe ejecutarse la prestación “principal” del contrato de prestación de servicios, el tribunal competente según el 5.1.b será el correspondiente a dicho lugar de prestación principal.

¹⁰⁸⁰ STJCE 3 mayo 2007, *Color Drack*, cit..

¹⁰⁸¹ STJCE 9 julio 2009, *Rehder*, cit..

¹⁰⁸² A favor de esta aplicación analógica de la doctrina *Wood Floor* a los contratos de franquicia se muestra P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 111, para el caso en que se debiera considerar que la prestación del franquiciado es la pertinente a efectos del art. 7.1.b RB-I bis.

¹⁰⁸³ STJCE 9 julio 2009, *Air Baltic*, cit., FJ 42: “No obstante, ha de señalarse a este respecto que a diferencia de las entregas de mercancías en lugares distintos, que constituyen operaciones diferentes y cuantificables en orden a determinar la entrega principal en función de criterios económicos, los transportes aéreos suponen, por su propia naturaleza, servicios prestados de manera indivisible y unitaria desde el lugar de partida al lugar de llegada del avión, de forma que no cabe distinguir en tales casos, en función de un criterio económico, una parte concreta de la prestación que constituya la prestación principal y que se preste en un lugar preciso”.

¹⁰⁸⁴ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, cit., p. 115.

es ese lugar principal, se tendrá que respetar dicha previsión pues ello garantiza la proximidad del litigio con el tribunal competente, “dado que dicho lugar presenta, por naturaleza, un vínculo con el fondo del litigio”¹⁰⁸⁵. En el caso en que el lugar de ejecución de la prestación principal no se encuentre determinado en el contrato, dicho lugar será aquél en que se haya efectuado efectivamente y de manera preponderante el servicio. Para la detección de ese lugar, el tribunal deberá valorar tanto el tiempo empleado en la prestación como la importancia de la misma¹⁰⁸⁶. Como puede apreciarse, se trata de un criterio ligeramente distinto al propuesto en *Color Drack*¹⁰⁸⁷ para los contratos de compraventa a entregar en distintos puntos de un mismo Estado, pues introduce la variable temporal, y no centra la “importancia” únicamente en criterios económicos. En cualquier caso, la valoración económica debería seguir realizándose, para que la determinación de esa “importancia” se realice de forma objetiva y no como convenga a la parte que se plantee interponer la demanda.

324. (ii) Si no es posible determinar ese lugar de prestación principal, se considerará como tal el lugar del domicilio del prestador del servicio. Según el TJUE, el domicilio “presenta un vínculo de proximidad con el litigio, puesto que el agente prestará en él, con toda probabilidad, una parte no despreciable de sus servicios”¹⁰⁸⁸. El TJUE entiende que de esta manera se respetan los criterios de proximidad y previsibilidad perseguidos por el Reglamento Bruselas I. Estos principios se verían menos respetados si se aplicara la doctrina *Air Baltic*, no se puede dejar a las partes que, en defecto de un lugar de prestación principal, elijan entre los tribunales de distintos Estados miembros que no están claramente fijados como pueden estarlo la salida y la llegada de un vuelo.

325. En cualquier caso, para poder realizar esta aplicación analógica se ha de caminar con mucha cautela. Se ha de tener en cuenta que en los contratos de agencia, el TJUE señala el domicilio del agente no por capricho, sino porque como se ha indicado, dicho lugar presenta por los especiales caracteres del contrato un vínculo de proximidad con el litigio. De este modo, esta solución respeta los objetivos de previsibilidad y proximidad perseguidos por el Reglamento Bruselas I-bis (*vid. cdos. 15 y 16 RB-I bis*). Así, esta aplicación analógica se tendrá que hacer previa comprobación de que tales objetivos de previsibilidad y proximidad son respetados. En consecuencia, la posibilidad de demandar ante los tribunales del domicilio del franquiciado en caso de que no pueda determinarse un lugar de ejecución principal solamente debería ser válida si es posible prever que el franquiciado presta sus actividades en el país de su domicilio. Por ejemplo, si el domicilio del franquiciado no coincide con alguno de los lugares en que

¹⁰⁸⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, pág. 561.

¹⁰⁸⁶ STJUE 11 marzo 2010, *Wood Floor*, *cit.*, FJ 40.

¹⁰⁸⁷ STJCE 3 mayo 2007, *Color Drack*, *cit.*

¹⁰⁸⁸ STJUE 11 marzo 2010, *Wood Floor*, *cit.*, FJ 42.

se prestan los servicios, esta solución sería absolutamente imprevisible para las partes y no debería aplicarse.

326. En los casos en que el foro se vuelva imprevisible, no parece admisible dejar al demandante la opción de elegir la jurisdicción competente, pues como se ha indicado, sería proporcionarle una ventaja injustificada, sobre todo si ese demandante es el franquiciado, caso en que el foro se convertiría en un *forum actoris*. Lo más adecuado en estos casos será la exclusión del foro en materia contractual¹⁰⁸⁹.

327. Ejemplo. Un franquiciador con domicilio en Italia contrata con un máster franquiciado domiciliado en Alemania para que desarrolle en Bélgica y Holanda la red de franquicias de unos restaurantes de comida italiana. Ante varios incumplimientos del franquiciador, el máster franquiciado desea demandarlo, pero no le resulta posible determinar cuál es el lugar principal de prestación de los servicios, pues todas las subfranquicias que ha implantado tienen un volumen de negocios similar. ¿Puede hacerlo ante los tribunales de su propio domicilio en aplicación de la doctrina *Wood Floor*?

328. En este caso no se le debería permitir tal posibilidad. Demandar en Alemania no cumpliría con el objetivo de previsibilidad del Reglamento Bruselas I bis, pues allí el franquiciado no presta ningún servicio, de forma que el franquiciador no pudo prever ser demandado allí en virtud del art. 7.1 RB-I bis. Ante ello, cabrían dos posibilidades, poder demandar ante los tribunales de cualquiera de los lugares en que presta sus servicios, o bien que el foro del art. 7.1 RB-I bis devenga inaplicable, de forma que sólo podría demandar ante los tribunales del domicilio del demandado, esto es, los tribunales italianos. Esta segunda opción parece ser más respetuosa con el mencionado objetivo de previsibilidad del Reglamento.

329. La regla del art. 7.1.b, guión segundo RB-I bis y los contratos de franquicia. Lugar de prestación de los servicios en un tercer Estado. Por último, cabe la posibilidad de que el lugar de prestación de los servicios al que conduce el art. 7.1.b RB-I bis se encuentre en un tercer Estado. Para este caso, la doctrina ha propuesto dos soluciones distintas. Algunos autores se han decantado por indicar que se aplicará entonces el art. 7.1.a RB-I bis¹⁰⁹⁰. Sería por lo tanto competente el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda,

¹⁰⁸⁹ D. SINDRES, *op. cit.*, p. 871 ; M.-E. ANCEL, “Les contrats...”, n. 21.

¹⁰⁹⁰ J.C. FERNANDEZ ROZAS / S. SANCHEZ LORENZO, *Derecho...*, *cit.*, p. 480; F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *Derecho...*, *cit.*, p. 115; P. MAYER / V. HEUZE, *Droit...*, *cit.*, p.247: “si ce sont les deux dernières de ces conditions – que le lieu de fourniture des services soit situé dans un pays membre et que les parties n'aient pas indiqué que la définition conventionnelle du lieu d'exécution est sans incidence sur la compétence juridictionnelle - qui ne sont pas remplies on doit revenir à la compétence du tribunal du lieu d'exécution de l'obligation même qui sert de base à la demande”.

que es la obligación presuntamente incumplida, de acuerdo con el “principio de separabilidad”¹⁰⁹¹.

330. Otro sector doctrinal opta por considerar que en los casos en que el art. 7.1.b RB-I bis conduzca a los tribunales de un tercer Estado se ha de inaplicar totalmente el art. 7.1, sin que pueda determinarse por lo tanto un foro en materia contractual¹⁰⁹². Esta opción parece la más adecuada, pues el objetivo del art. 7.1 RB-I bis es concentrar ante los tribunales de un solo Estado miembro todas las demandas derivadas de un contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios. Las posibilidades de fraccionar la competencia judicial internacional en relación a las disputas surgidas de los contratos pasan por lo tanto, por que dichos contratos no sean compraventas de mercaderías ni prestación de servicios (o por el hecho de que, aun siéndolo, exista un pacto expreso de las partes que excluya esa concentración de los litigios). Por ello, aplicar la letra “a” del precepto cuando la letra “b” no puede aplicarse supondría vulnerar la finalidad de este art. 7.1 RB-I bis. Junto con ello, aplicar el 7.1.a RB-I bis a contratos de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios cuando las partes no lo han pactado expresamente hace que el foro en materia contractual se convierta en un foro imprevisible para las partes. Este foro, que se creó para otorgar seguridad jurídica y certeza legal a las partes de los contratos de compraventa de mercaderías y prestación de servicios, se convertiría por lo tanto en “autoatentatorio”.

331. Ejemplo. Un franquiciador francés firma un contrato de franquicia con una empresa domiciliada en Italia, para crear una cadena de restaurantes de comida italiana en Nueva York. El franquiciador incumple la obligación de realizar la publicidad de la nueva cadena de franquicias y el franquiciado considera que, a causa de eso, los restaurantes que ha instalado en Nueva York son un fracaso. Decide demandar al franquiciador y quiere hacerlo ante los tribunales italianos ¿puede hacerlo en virtud del foro especial en materia contractual del Reglamento Bruselas I bis?

332. El art. 7.1.b RB-I bis sería de aplicación por tratarse de un contrato de prestación de servicios y el mismo señalaría a los tribunales de un tercer Estado (tribunales de Nueva York, USA) por lo que devendría inaplicable. Según una parte mayoritaria de la doctrina, en estos casos habría que aplicar el art. 7.1.a RB-I bis, y ver por lo tanto cuál es el lugar en que debería haberse cumplido la obligación que sirve de base a la demanda (la organización de campañas de publicidad por parte del franquiciador). De acuerdo con la posición que se defiende en este trabajo, la totalidad del art. 7.1 RB-I bis devendría inaplicable por falta de previsibilidad, de forma que en virtud del Reglamento el franquiciado solo podría interponer su demanda ante los tribunales franceses, que son los tribunales del domicilio del demandado.

¹⁰⁹¹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Contratos de distribución...”, *cit.*, p. 230.

¹⁰⁹² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 563.

333. La regla del art. 7.1.b, guión segundo RB-I bis y los contratos de franquicia. Imposibilidad de determinación del lugar de prestación de los servicios. También puede darse el caso de que sea totalmente imposible determinar el lugar de prestación de los servicios. En estos casos, al igual que en los anteriores, la opción más adecuada parece ser la de que el art. 7.1 RB-I bis devenga inaplicable en su totalidad. En los contratos de franquicia directa, unitaria o de área, la posibilidad de que el lugar de prestación no pueda determinarse resulta muy improbable. No obstante, se trata de una situación que sí podría darse en un contrato de *máster franquicia*, por ejemplo, en que la obligación de conseguir franquiciados no esté referida a un determinado Estado, ni siquiera a varios, sino al mundo entero, o ni siquiera se mencione ningún territorio en particular.

334. Ejemplo. Una empresa española fabricante de calzado desea comenzar su proceso de internacionalización y selecciona a un comercial francés con experiencia en el sector para que, como máster franquiciado, promueva contratos de franquicia de su modelo de producción a lo largo de todo el mundo. El máster franquiciado no realiza ni uno sólo de esos contratos en el plazo de dos años, y el principal quiere demandarle. El art. 7.1.b no puede aplicarse puesto que no puede determinarse un lugar de prestación de los servicios. Según la tesis que se mantiene en este trabajo no podría aplicarse el art. 7.1.a RB-I, sino que el foro en materia contractual devendría directamente inaplicable.

2.1.4.2. Casos comprendidos en el art. 7.1.a RB-I bis

335. La regla del art. 7.1.a RB-I bis y los contratos de franquicia. Lugar de cumplimiento de la obligación controvertida. Los casos regidos por el art. 7.1.a RB-I bis siguen la lógica del antiguo Convenio de Bruselas en cuanto a la determinación del lugar “en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda”. En consecuencia, se les puede aplicar la jurisprudencia que el TJCE emitió en relación con la determinación del lugar de cumplimiento en dicho instrumento. Así, para conocer el lugar de cumplimiento de la obligación controvertida deberá consultarse la Ley que regula el contrato, que se determina con arreglo a las normas de DIPr. del país cuyos tribunales conocen del asunto (casos *Bodetex*, *Tessili*...) ¹⁰⁹³. Esta cuestión se resolverá como cualquier otra cuestión de Ley aplicable ¹⁰⁹⁴. Será esta Ley la que determine si se permite en el propio contrato el acuerdo sobre el lugar en que debe cumplirse una determinada obligación (y por lo tanto si se puede acordar así cuál sería el tribunal competente de acuerdo con el art. 7.1.a RB-I bis). Será también esta Ley la que indique, en el caso de que existan varios lugares de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, cuál de ellos se ha de considerar el lugar de cumplimiento principal.

¹⁰⁹³ STJCE 6 octubre 1976, *Tessili*, *cit.*; STJCE 5 octubre 1999, as. C-420/97, *Leathertex Divisione Sintetici SpA vs. Bodetex BVBA*, *Recopilación*, 1999, p. I-6747.

¹⁰⁹⁴ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho...*, *cit.*, p. 481.

336. Ejemplo. Si dicha Ley aplicable fuese la española, y la obligación controvertida el pago, el lugar de cumplimiento a falta de designación por las partes será el del domicilio del deudor, salvo que se entregue una cosa determinada (art. 1171 CC)¹⁰⁹⁵.

337. La regla del art. 7.1.a RB-I bis y los contratos de franquicia. Lugar de cumplimiento de la obligación controvertida en varios Estados miembros. Si existen varios lugares de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, se tendrá que aplicar la jurisprudencia del TJUE relativa al Convenio de Bruselas, que indica que todas estas cuestiones han de resolverse conforme a la *lex contractus*, es decir, conforme a la Ley del Estado que rija el contrato en cuestión¹⁰⁹⁶, por lo que ello no llevará a la inaplicación del foro en materia contractual.

338. La regla del art. 7.1.a RB-I bis y los contratos de franquicia. Lugar de cumplimiento de la obligación controvertida en un tercer Estado. En los casos en que la obligación que sirve de base a la demanda se hubiera cumplido o hubiera debido cumplirse en un Estado no miembro, el foro especial en materia contractual devendría inaplicable directamente.

339. Ejemplo. En el contexto de un contrato de franquicia entre un franquiciador con domicilio en Francia y un franquiciado con domicilio en España surge una controversia relativa al impago de ciertos *royalties* al franquiciador. En dicho contrato las partes han excluido expresamente la aplicación del art. 7.1.b RB-I bis y han pactado que todos los pagos al franquiciador han de realizarse en Ginebra, Suiza. ¿Dónde puede demandar el franquiciador para reclamar el cobro de dichos pagos?

340. El franquiciador únicamente podrá demandar al franquiciado ante los tribunales de su domicilio, es decir, ante los tribunales españoles. El foro especial en materia contractual no puede tenerse en cuenta y ello por las siguientes razones. Dado que las partes han excluido la aplicación del art. 7.1.b RB-I bis, se aplicará el art. 7.1.a RB-I bis. Para determinar los tribunales competentes conforme a este artículo se ha de localizar el lugar en que tendría que haberse cumplido la obligación que sirve de base a la demanda. Ello se determinaría conforme a la Ley aplicable al contrato, que en defecto de pacto de elección sería la Ley de la residencia habitual del franquiciado, esto es, la

¹⁰⁹⁵ Art. 1171 CC: “§1. El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación. §2. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación. §3. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor.” Una solución muy similar es la adoptada por el Código Civil francés, art. 1247: “Le paiement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, le paiement, lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet. Les aliments alloués en justice doivent être versés, sauf décision contraire du juge, au domicile ou à la résidence de celui qui doit les recevoir. Hors ces cas, le paiement doit être fait au domicile du débiteur”.

¹⁰⁹⁶ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, cit., p. 113.

Ley española (ex art. 4.1.e RR-I). El Derecho español permite que se pacte el lugar del pago, por lo que el pacto por el que las partes acuerdan que el pago tenga lugar en Suiza sería válido (art. 1171 CC). En consecuencia, el lugar de cumplimiento de la obligación controvertida será Ginebra, situado en un tercer Estado. Ello hace que no exista ningún tribunal competente por razón de la materia en aplicación del RB-I bis.

341. La regla del art. 7.1.a RB-I bis y los contratos de franquicia. Imposibilidad de determinación del lugar de cumplimiento de la obligación controvertida. Por último, puede darse el caso de que resulte imposible determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda o de que tales lugares resulten indefinidos como ocurre, por ejemplo, en el caso de incumplimiento de obligación de no competencia sin una limitación geográfica o de buena fe (caso *Besix*¹⁰⁹⁷). En estos casos, el foro tampoco debería aplicarse, pues se pierde la previsibilidad del tribunal competente y el riesgo de sentencias contradictorias es muy alto¹⁰⁹⁸. El foro dejaría de ser efectivo, puesto que no hay ningún lugar en que pueda concretarse el cumplimiento de estas obligaciones, siendo la consecuencia de su activación la admisión de una especie de “foro universal” contrario al Derecho de la UE.

2.1.5. Imposibilidad de aplicar las normas de producción interna de cada Estado miembro

342. Otro problema de aplicación del foro especial en materia contractual a los litigios derivados de contratos de franquicia es el que surge por la existencia de normas de competencia judicial internacional de producción interna de los Estados miembros relativas a estos contratos que parecen tener una vocación de aplicación internacionalmente imperativa, es decir, de prevalencia sobre el art. 7.1 RB-I bis.

343. Como ya se ha indicado a lo largo del trabajo, cuando los contratos de franquicia se celebran en un caso “conectado” con la Unión Europea, el instrumento que se utilizará para determinar qué tribunales europeos pueden conocer en relación a una controversia sobre los mismos será el Reglamento Bruselas I bis. Estas normas, como se ha podido comprobar, no proporcionan al franquiciado ningún tipo de “protección conflictual” a diferencia de lo que ocurre con otros contratantes, como los asegurados, consumidores y empleados¹⁰⁹⁹. Es decir, se permite que las partes se sometan al tribunal estatal que deseen y en su defecto, que se aplique la norma general del domicilio del demandado o la norma especial prevista para los contratos en el art. 7.1 RB-I bis.

¹⁰⁹⁷ STJCE 19 febrero 2002, *Besix*, *cit.*.

¹⁰⁹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p.462.

¹⁰⁹⁹ En relación a los contratos de seguro, arts. 10-16; a los contratos con consumidores, arts. 17-19 y a los contratos de trabajo, arts. 20-23.

344. En cambio, existen algunas legislaciones nacionales que sí consideran al franquiciado como una parte merecedora de una especial protección conflictual. Este es el caso de la normativa belga, y en concreto del foro contenido en el art. X.33 de su *Code de Droit Économique*, según el cual la fase precontractual de los contratos de “*partenariat commercial*”, entre los que como ya se argumentó se incluye la franquicia, será competencia exclusiva de los tribunales belgas, siempre que el franquiciado ejerza su actividad principalmente en Bélgica¹¹⁰⁰. Esta previsión es muy trascendente por el contenido de los derechos que otorga el *Code de Droit Économique* al potencial franquiciado en esa fase precontractual. En concreto, el incumplimiento de una de las obligaciones de información precontractual establecida puede dar lugar a la nulidad del contrato de franquicia si la acción de nulidad se insta dentro de los años desde la celebración del mismo (art. X.30 CDE)¹¹⁰¹. Lo mismo ocurre con el art. X.39 CDE, relativo a las acciones sobre ruptura unilateral de los contratos de concesión. En la medida en que se estime que dicha norma es aplicable a la franquicia¹¹⁰², se considerará también aplicable la facultad que la misma reconoce al concesionario perjudicado por la ruptura unilateral de un contrato que produce sus efectos en Bélgica de demandar al concedente ante los jueces de su propio domicilio o del domicilio del concedente (art. X.39 CDE)¹¹⁰³.

345. Que se hayan promulgado estas normas en relación a los distribuidores y los franquiciados tiene su explicación. Se les considera como partes “débiles” de la relación contractual, es decir, como partes con un menor poder de negociación porque tanto la franquicia como la distribución son contratos de “colaboración comercial”, cuyas notas definitorias son que una parte (el distribuidor, el franquiciado) promociona la colocación en el mercado de los productos o servicios de la otra parte (el principal, el franquiciador)¹¹⁰⁴. El distribuidor y el franquiciado son empresarios independientes pero que de alguna forma se mantienen bajo el poder y las instrucciones del principal¹¹⁰⁵. Como también se ha indicado en el primer capítulo de este trabajo, y desde una

¹¹⁰⁰ En España se establece un foro similar para los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales (D.A.1ª.8 LCA), pero la mayoría de la doctrina coincide en que se trata de un foro de competencia territorial y no de un foro de competencia judicial internacional; H. AGUILAR GRIEDER, *Protección...*, cit., pp. 142-148 en relación al contrato de agencia.

¹¹⁰¹ Estas acciones de nulidad contractual, aunque estén basadas en los defectos de la información que ha de proporcionarse de forma previa a la firma del contrato, han de ser consideradas como materia contractual, y por ello se tratan en esta sección del trabajo, tal y como se argumentará en el apartado 2.2. de este capítulo: “Foro especial en materia extracontractual”.

¹¹⁰² Véase el apartado “Terminación de la relación contractual”, en el Cap. I, Secc. II, II, 2, A, b, iv; y como resumen de las posibles posturas, M. WAGEMANS, *Concession de vente*, Bruylant, Bruselas, 2014, puntos 102 y ss.

¹¹⁰³ Art. X.39 CDE: “*Le concessionnaire lésé, lors d'une résiliation d'une concession de vente produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge, peut en tout cas assigner le concédant, en Belgique, soit devant le juge de son propre domicile, soit devant le juge du domicile ou du siège du concédant. Dans le cas où le litige est porté devant un tribunal belge, celui-ci appliquera exclusivement la loi belge*”.

¹¹⁰⁴ H. AGUILAR GRIEDER, *La protección...*, cit., p. 22.

¹¹⁰⁵ A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. cit., p. 359; R. ALONSO SOTO / A. SÁNCHEZ ANDRÉS, op. cit., p. 100; F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 683.

perspectiva de *Law and Economics*, podría decirse que estos contratos, junto con la agencia, son contratos “híbridos”, en que los servicios no se prestan directamente bajo las instrucciones y la estructura de la *empresa*, ni tampoco bajo la sola estructura del *mercado*, sino que se encuentran en una zona intermedia entre ambos conceptos¹¹⁰⁶. Esto explica por qué en algunos Estados esta relación se ve como una regular prestación de servicios (más cercana al *mercado*) y en otros Estados se ve una especie de paralelismo con los contratos de trabajo (más cercana a la *empresa*), asumiéndose que el distribuidor o el franquiciado no ha sido capaz de negociar separadamente las cláusulas del contrato, y que éstas han sido impuestas en una lógica de “*take it or leave it*”¹¹⁰⁷. Para remediar esta situación, algunos Estados han promulgado un régimen conflictual que limita la posibilidad del empresario principal o del franquiciador de imponer acuerdos atributivos de competencia y que designa como competentes a unos tribunales próximos a la parte a proteger¹¹⁰⁸.

346. Las normas protectoras mencionadas han sido promulgadas, en lo que concierne a la franquicia, en Bélgica, un país de tradición de *civil law*, en que la visión del agente, del distribuidor y del franquiciado como partes “pobres y explotadas” necesitadas de protección está más extendida que en los países de *common law*¹¹⁰⁹. Además, Bélgica ha sido tradicionalmente un país de distribuidores más que de fabricantes, lo que ha podido influir en esta legislación, que posteriormente se habría extendido a agentes y franquiciados¹¹¹⁰.

347. Estas normas protectoras no pueden ser aplicadas cuando el caso queda bajo el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis. Ello iría en contra del principio de primacía del Derecho europeo¹¹¹¹. En este sentido se pronunció el TJUE en cuanto al foro del art. X.39 CDE en la ya mencionada decisión *Corman-Collins SA v La Maison du Whisky SA*¹¹¹². A la cuestión preliminar de si los art. 2 y 5.1 RB-I bis debían

¹¹⁰⁶ P. RUBIN, *op. cit.*, p. 226.

¹¹⁰⁷ H. AGUILAR GRIEDER, *La protección...*, *cit.*, p. 21, “...no en todas las legislaciones estatales está presente dicho principio tuitivo del agente, lo cual dota a la problemática relativa a la protección del agente comercial frente al principal, en el contrato de agencia internacional, de una particular relevancia práctica”.

¹¹⁰⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Madrid, Colex, 2011, p. 128.

¹¹⁰⁹ N. YELL, “Success keys in international contracts. Agency and distribution. Franchise and international sale of goods”, *Actas del II Congress of the Practice of International Law: Review of international current legislation and practice in areas of succession, family, tort, social media and traffic accidents*, Murcia, 12 November 2013.

¹¹¹⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha...”, *cit.*, p. 368.

¹¹¹¹ De acuerdo con este principio, el Derecho europeo es superior al Derecho nacional de los Estados miembros, Este principio se aplica respecto a todos los instrumentos europeos que tengan fuerza vinculante, como son los Reglamentos. En consecuencia, un Estado Miembro no puede aplicar una norma nacional que contradiga una Ley europea. El TJCE consagró este principio en el caso *Costa v. Enel, STJUE* 15 julio 1964, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, as. 6/64, RJ versión en español 1964-1966, pp. 99 y ss. (http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114548_en.htm).

¹¹¹² STUE 19 diciembre 2013, *Corman Collins*, *cit.*.

prevalecer sobre el foro belga en un litigio bajo el ámbito de aplicación del Reglamento, el TJUE respondió que la aplicación de tal norma de conflicto estaba descartada¹¹¹³. Para ello, se basó en que el propósito del Reglamento Bruselas I (y de Bruselas I bis) era proporcionar una definición uniforme de competencia judicial internacional para todas las disputas que contuvieran un elemento extranjero que estuvieran relacionadas con su ámbito de aplicación¹¹¹⁴. Antes de esta decisión ya se habían manifestado en este sentido la doctrina y la jurisprudencia de los Estados miembros¹¹¹⁵.

348. Con esta decisión el TJUE ha confirmado que no existen los “foros de policía”, es decir, que no había ninguna disposición en el Reglamento Bruselas I, ni la hay en el Reglamento Bruselas I bis, que permita hacer prevalecer una norma de competencia judicial internacional de producción interna sobre el régimen del Reglamento cuando éste resulta aplicable. En consecuencia, no hay posibilidad siquiera de cuestionarse si una buena razón para hacer prevalecer estas normas internas sería la protección de una parte considerada débil por el legislador nacional y menos aún si podrían aplicarse los art. X.33 y X.39 CDE a los litigios sobre la fase precontractual de un contrato de franquicia cuando resulte aplicable el Reglamento¹¹¹⁶. Como se verá a continuación, estos preceptos se aplicarán en los casos en que la determinación de la competencia judicial internacional se rijan por las normas de producción interna belgas.

2.1.6. Casos que requieren soluciones específicas

349. Dada la complejidad de las relaciones de franquicia, resulta también preciso analizar si el foro especial en materia contractual será también aplicable para conocer de litigios sobre algunos aspectos particulares de estas relaciones. Esos aspectos particulares son (i) la acción directa del consumidor frente al franquiciador; (ii) las acciones derivadas de un contrato de franquicia que incluya condiciones generales de la contratación; (iii) las acciones derivadas de uno de los contratos de ejecución del

¹¹¹³ Conclusiones del A.G. JÄÄSKINEN emitidas el 25 abril 2013, as. c-9/12, *Corman-Collins SA v La Maison du Whisky SA*, p. 20.

¹¹¹⁴ El cdo. 2 RB-I / 4 RB-I bis afirma que estas disposiciones que unifican las normas sobre conflictos de jurisdicción en material civil y mercantil son imprescindibles para el buen funcionamiento del Mercado interior. Esta idea se refuerza en el art. 3.2 RB-I / 5.2 RB-I bis: “No podrán invocarse frente a las personas a que se refiere el apartado 1, en particular, las normas nacionales de competencia judicial que los Estados miembros han de comunicar a la Comisión de conformidad con lo establecido en el art. 76, apartado 1, letra a)” y también en el cdo. 8 RB-I / 10 RB-I bis, cuando se indica que las normas comunes de jurisdicción establecidas en el Reglamento han de ser aplicadas y prevalecer, en principio, sobre las normas de jurisdicción vigentes en los distintos Estados miembros.

¹¹¹⁵ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 113, que cita algunos autores y las siguientes decisiones: Sent. Trib. Comm. Termonde 26 octubre 2001, *A.J.T.*, n. 2, 2001, p. 667; Sent. Trib. Comm. Bruxelles 10 diciembre 1987, *J.T.*, 1988, p. 197; Sent. Trib. Comm. Bruxelles 20 julio 1984, *T.B.H.*, 1985, p. 415; Sent. Trib. Comm. Gand 5 junio 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 151 y Sent. Trib. Comm. Gand 7 marzo 2005, *Tijdschrift*, n.2, 2006, p. 60.

¹¹¹⁶ En el litigio principal que dio lugar al asunto *Unamar*, STJUE 17 octubre 2013, *Unamar*, *cit.*, el Tribunal Supremo belga se declaró competente para conocer en virtud del foro contenido en la Ley sobre contratos de concesión, antecesora del CDE, si bien lo hizo hecho en detrimento de una corte de arbitraje.

contrato de franquicia, en especial de las posibles relaciones de suministro de franquiciador a franquiciado y (iv) las *class actions* de los franquiciados frente a su franquiciador.

2.1.6.1. La acción directa del consumidor frente al franquiciador

350. En muchas ocasiones, los adquirentes finales de los bienes y servicios ofrecidos por el franquiciado son consumidores en el sentido del Reglamento Bruselas I bis y/o de las normativas internas de ciertos Estados¹¹¹⁷. Si se tiene en cuenta la especial protección conflictual conferida al consumidor en ambos niveles, cabe plantearse qué tribunales serían los competentes para que un consumidor demande directamente a un franquiciador¹¹¹⁸. ¿Estaría facultado para demandarle ante los tribunales de su propio domicilio o se hallaría sujeto a las normas generales del Reglamento Bruselas I bis (domicilio del demandado y foro especial en materia contractual o extracontractual)?

351. Para analizar esta situación conviene recordar las diversas relaciones jurídicas que existen entre franquiciador, franquiciado y consumidor:

352. 1º) *Relación entre el franquiciado y el consumidor.* El consumidor adquiere el producto al franquiciado. Por ello, el consumidor y el franquiciado estarían vinculados por un contrato de compraventa o de prestación de servicios, en función de la naturaleza del producto adquirido (bien o servicio). Esta relación suele ser interna; por ejemplo, si la venta se realiza en España, le serán de aplicación las normas del Código Civil, así como las normas de protección de los consumidores, incluido el art. 124 de la Ley de Consumidores y Usuarios¹¹¹⁹. Si la relación fuera internacional, esta relación se consideraría como “materia contractual” en el Reglamento Bruselas I bis, pero no se le aplicarían los foros generales, sino que primero habría que estar a las normas previstas para los consumidores en los arts. 17 a 19 RB-I bis.

¹¹¹⁷ El art. 17.1 RB-I bis indica que los contratos de consumo son aquellos “celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional”.

¹¹¹⁸ Esta acción “directa” del consumidor frente al productor de los bienes o servicios está reconocida “ex lege” en algunos ordenamientos jurídicos. Así ocurre en España (art. 10 Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, BOE núm. 165, 11 julio 2003). En otros se trata de una mera acción por daños. Sobre el concepto de acción directa, véase J.L. IRIARTE ÁNGEL / M. CASADO ABARQUERO, *La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario*, Fundación Mapfre, Madrid, 2013, p. 15: “La acción directa se caracteriza por la posibilidad de que el acreedor pueda dirigirse directamente y por derecho propio contra alguien con quien no le une una relación obligacional previa, basándose para ello en un crédito que el acreedor ostenta a su vez contra un tercero”. Sobre la mencionada acción contra el productor en Derecho español: J.R. GARCÍA VICENTE, “La acción contra el productor: el artículo 10 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo”, *ADC*, vol. LX, 2007, pp. 33-66.

¹¹¹⁹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (“LGDCU”), BOE núm. 287 de 30 noviembre 2007.

353. En caso de que la acción que se ejercitara fuera una acción colectiva, en la que el demandante fuera una asociación de consumidores y usuarios, la acción se consideraría como “materia delictual o cuasidelictual” a efectos del Reglamento Bruselas I bis, de forma que no podrían aplicarse los mencionados foros reservados para materia de contratos celebrados con consumidores. Así lo estableció el TJUE en el caso *Henkel*¹¹²⁰.

354. 2º) *Relación entre el franquiciado y el franquiciador.* Por otro lado se encuentra la relación de franquicia, una relación mercantil entre el franquiciado y el franquiciador. Esta es la que suele ser internacional. Si existe un litigio entre franquiciador y franquiciado se aplicarán las normas del Reglamento Bruselas I bis expuestas en este capítulo, incluido el art. 7.1 RB-I bis.

355. 3º) *Relación entre el franquiciador y el consumidor.* Por último, cabe referirse a la relación entre el consumidor del bien o servicio y el franquiciador. Si el franquiciador tiene su domicilio en otro Estado, la relación entre ambos será internacional. El consumidor y el franquiciador no han firmado ningún contrato, sin embargo, esto no quiere decir que el consumidor no pueda demandar al franquiciador, ni que esta relación se considere automáticamente como extracontractual a efectos del Reglamento Bruselas I bis, sino que habría que estar a las normas de interpretación del concepto de consumidor establecidas por el TJUE en su jurisprudencia.

356. Esta cuestión fue resuelta en el caso *Handte*¹¹²¹ en relación al Convenio de Bruselas. Esta sentencia calificó como materia contractual una controversia en que el comprador de un bien reclamaba al fabricante de dicho bien, distinto del vendedor, por los defectos o impropiedad para el uso al que estaba destinado dicho bien, ya que el demandado no podía prever razonablemente que pudiera ser demandado ante esos tribunales. Posteriormente, el TJCE precisó en el caso *La Réunion* que las acciones directas así ejercidas son parte de la “materia delictual” en el sentido del art. 5.3, cuya aplicación deberá llevar a atribuciones de competencia seguras y previsibles para el demandado¹¹²². En consecuencia, este tipo de reclamaciones del consumidor al fabricante no puede considerarse como materia contractual a efectos del Reglamento Bruselas I bis¹¹²³. Ello supone que no se aplicaría el foro especial en materia contractual (art. 7.1 RB-I bis), pero también que no se aplicaría el foro protector previsto para los consumidores (arts. 17-19 RB-I bis). Así el consumidor podría demandar al

¹¹²⁰ STJUE 1 octubre 2002, *Henkel*, cit..

¹¹²¹ STJCE 17 junio 1992, *Handte*, cit..

¹¹²² STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, cit..

¹¹²³ En contra se posicionó la jurisprudencia francesa, que indicaba que se trataba de “materia contractual” a efectos de competencia judicial internacional y que la Ley que había de regir esta cuestión era la del contrato por el que el demandado está ligado a la acción: *Adde Civ. 1ere* 27 enero 1993, *Rev. Crit. DIP* 1993, 485, nota H. GAUDEMET-TALLON.

franquiciador ante los tribunales de su domicilio o bien, al considerarse como una acción sobre materia delictual, ante los tribunales que señale el art. 7.2 RB-I bis¹¹²⁴.

357. Este tipo de demandas será admitido siempre que la Ley aplicable al fondo del asunto permita que el consumidor tenga “acción directa” frente al franquiciador¹¹²⁵. Esta Ley, dado que a efectos de Ley aplicable la reclamación también se consideraría como materia extracontractual, vendría determinada por el Reglamento Roma II o por el Convenio de La Haya de 2 octubre 1973, sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos. No obstante, como han indicado P. MAYER y V. HEUZÉ, en la práctica, cuando las Leyes de Estado cuyos tribunales conocen del asunto reconozcan al consumidor el derecho de accionar directamente con el fabricante, siempre se permitirá a dicho consumidor la posibilidad de demandar, aun cuando la Ley aplicable al fondo no se lo permita. Para ello, el tribunal puede escapar a la aplicación de la Ley que designe el Reglamento Roma II y aplicar la Ley del foro como la Ley que presenta los vínculos más estrechos con el caso (en virtud de la cláusula de excepción del art. 4.3 RR-II) o bien puede atribuir la categoría de leyes de policía a las reglas del foro atributivas de acción directa¹¹²⁶.

358. Es importante señalar que esta solución es la vigente en los casos que queden bajo el ámbito de aplicación personal del Reglamento Bruselas I bis. En los casos en que sean de aplicación las normas de producción interna de cada Estado miembro, como se verá más adelante, la solución podría ser diferente.

359. Ejemplo. En el caso de que las normas a aplicar fueran las españolas, la LOPJ permite al consumidor demandar ante los tribunales españoles cuando éste tuviera su residencia habitual en España (art. 22 quinquies d) LOPJ). La aplicación de este foro a la acción directa del consumidor podría acogerse por los tribunales en los casos en que no fuera de aplicación el Reglamento, sino las normas de competencia judicial internacional internas, dado que la jurisprudencia española se muestra vacilante a la hora de determinar si las acciones directas tienen naturaleza contractual o extracontractual¹¹²⁷.

360. Por último, es preciso indicar que en la práctica la reclamación directa al franquiciador por parte del consumidor se plantea en pocas ocasiones. En primer lugar,

¹¹²⁴ Un estudio más detallado del foro especial en materia delictual puede encontrarse en el apartado 2.2 del presente capítulo: “Foro especial en materia extracontractual”.

¹¹²⁵ En caso de que se aplicara la Ley española, la LGDCU establece que, cuando al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los productos con el contrato podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener la sustitución o reparación del producto.

¹¹²⁶ P. MAYER / V. HEUZE, *Droit...*, cit., p.577.

¹¹²⁷ SSTS 6 mayo 1998, n. 394/1998 (reclamación al INSS por parte de unos pacientes, calificada como contractual) y 5 mayo 2010, n. 272/2010 (reclamación a fabricante de cigarrillos por un consumidor que sufre una enfermedad producto del tabaco, calificada como extracontractual).

por la denominada “tradicional apatía del consumidor”¹¹²⁸ (el consumidor no suele litigar) y en segundo lugar, por los altos costes, tanto de desplazamiento como de tiempo, que supondría para dicho consumidor. Estos costes no serían tan altos en el momento de la reclamación, que si se hace en el lugar en que se ha producido el daño como indica el art. 7.2 RB-I bis normalmente coincidirá con el lugar de su residencia habitual, sino en un momento posterior, pues dicho consumidor tendrá que desplazarse al país del domicilio del franquiciador, país donde dicho sujeto tendrá sus bienes, para poder instar allí la ejecución de la sentencia que haya podido dictarse a su favor.

2.1.6.2. Contratos con condiciones generales de la contratación

361. En la contratación internacional actual es frecuente que las empresas celebren contratos-tipo sujetos a sus propias “condiciones generales de la contratación”. Ello incide en el comercio internacional de modo decisivo, pues lo agiliza y facilita, al mismo tiempo que aumenta el riesgo de que el “contratante más fuerte” imponga al “más débil” los términos del contrato¹¹²⁹. Ante este fenómeno, algunos Estados miembros contienen normas de producción interna que regulan la posibilidad de declarar nulas o no incorporadas al contrato las cláusulas consideradas como “condiciones generales de la contratación”. Mediante este régimen se intenta extender al profesional que firma un contrato de adhesión con una gran empresa una protección que podría equipararse en algunos aspectos a la que se proporciona a los consumidores.

362. En caso de que el franquiciado pretenda anular alguna de las cláusulas de su contrato de franquicia por considerar que dicha cláusula no ha sido negociada individualmente y que le perjudica, tendrá que plantearse qué tribunales serán competentes para conocer de la cuestión. Estas normas de producción interna mencionadas pueden contener además disposiciones especiales de competencia judicial internacional, que determinen qué jueces serían competentes para conocer de estos casos, que suelen invalidar los pactos de sumisión y señalar como competentes a los tribunales del domicilio del demandante¹¹³⁰. Cuando el caso quede sujeto a las normas de producción interna de esos Estados miembros (por ejemplo, franquiciador a demandar domiciliado en Delaware), estas normas serían especiales y prevalecerían sobre las normas generales de competencia judicial internacional aplicables. Sin embargo, en los casos en que es de aplicación el Reglamento Bruselas I bis, como se ha indicado con anterioridad, el TJUE ha indicado que no cabe la aplicación de foros de

¹¹²⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, pág. 652.

¹¹²⁹ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO ET AL., *op. cit.*, p. 1049.

¹¹³⁰ Por ejemplo, el art. 52. 14º de la Ley de Enjuiciamiento Civil española establece que: “En los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante. Y, sobre esa misma materia, cuando se ejerciten las acciones declarativa, de cesación o de retractación, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio; y si el demandado careciere de domicilio en el territorio español, el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión. Se permite además el ejercicio de acciones colectivas, como en materia de consumidores y usuarios”.

producción interna (“foros de policía”), por lo que estas normas no tendrían aplicación y la competencia judicial internacional para conocer de esta materia vendría determinada única y exclusivamente por el citado Reglamento¹¹³¹.

363. A efectos del Reglamento, estas acciones serían consideradas como materia contractual, de modo que en ausencia de pacto de sumisión se podría aplicar el foro especial del art. 7.1 RB-I bis tal y como ha sido expuesto en este capítulo del trabajo. No podrían aplicarse las normas de competencia judicial internacional previstas para los contratos con consumidores, puesto que los franquiciados son profesionales y no tales consumidores.

364. Por último, es preciso señalar que en el sector de las franquicias existen “asociaciones de franquiciados”, al mismo modo de las asociaciones de consumidores, que emprenden acciones legales contra los franquiciadores¹¹³². Cabe plantearse qué tribunal sería competente para conocer de una acción de impugnación de una cláusula presente en todos los contratos de su red por parte de una de estas asociaciones, y si la misma tendría o no legitimación para efectuar tal reclamación.

365. Por lo que respecta a la competencia, la reclamación de los accionantes no podría ser considerada como “materia contractual” a efectos del art. 7.1 RB-I bis, al igual que no se consideran como tal las acciones colectivas emprendidas por asociaciones de consumidores¹¹³³. Estas reclamaciones se considerarían como materia extracontractual y por lo tanto podría aplicarse a las mismas el art. 7.2 RB-I bis. En cuanto a la legitimación, no es cuestión de competencia judicial internacional, sino que depende de la Ley aplicable al fondo de dicha reclamación: ésta es la que determinará si esa asociación “tiene acción” frente al franquiciador para solicitar la eliminación de una condición abusiva.

2.1.6.3. Contratos de ejecución del contrato de franquicia

366. Como se ha indicado al comienzo de la sección relativa a este foro especial en materia contractual, la unidad básica de determinación de competencia judicial internacional respecto al foro especial en materia contractual es el “contrato” y no la

¹¹³¹ STUE 19 diciembre 2013, *Corman Collins, cit.*,

¹¹³² Ver por ejemplo: “Desestimada la demanda presentada por un grupo de franquiciados contra Telepizza”, *El Economista*, 10 octubre 2006, disponible en: <http://www.economista.es/empresas-finanzas/noticias/83144/10/06/Desestimada-integramente-la-demanda-presentada-por-un-grupo-de-franquiciados-contr-Telepizza.html> (fecha última consulta: 20/03/2017). En el caso, la asociación de franquiciados de Telepizza solicitó al franquiciador la homologación de un queso de un proveedor distinto del autorizado, cuyo precio consideraban muy elevado. Más recientemente, “Franquiciados de Dia se unen para demandar al grupo”, *El Economista*, 14 enero 2016, disponible en: <http://www.expansion.com/empresas/distribucion/2016/01/14/56974af0268e3e8e078b456f.html> (fecha última consulta: 20/03/2017).

¹¹³³ STJUE 1 octubre 2002, *Henkel, cit.*.

operación contractual en su conjunto¹¹³⁴. Por ello, a pesar de que la operación internacional de franquicia suele estar conformada por varios “contratos”, hasta el momento solamente se ha estudiado la determinación de la competencia judicial internacional respecto del contrato marco de franquicia.

367. En consecuencia, resulta necesario a continuación preguntarse por la aplicación del art. 7.1 RB-I bis a los litigios derivados de los contratos de aplicación de ese contrato marco, que recibe un tratamiento diferenciado a efectos del foro especial en materia contractual.

368. Ejemplo. Un franquiciador con sede en España firma un contrato de franquicia con un franquiciado con residencia habitual en Francia para la explotación de un establecimiento franquiciado en París. En un anexo a dicho contrato las partes acuerdan que el franquiciador adquirirá el local en que se situará el establecimiento y que arrendará dicho local al franquiciado a cambio de una renta mensual. Transcurrido un año, el franquiciado deja de pagar el alquiler. El franquiciador pretende demandar a su franquiciado ante los tribunales españoles para reclamar dicho pago. ¿Son competentes los tribunales españoles?

369. Para poder contestar a esta cuestión es preciso calificar la relación entre las partes, que se ha de considerar como un contrato independiente al contrato de franquicia a estos efectos. El contrato del que deriva el litigio es un contrato de arrendamiento de inmueble, que cuenta en el art. 24.1.1º RB-I bis con un foro de competencia exclusiva a favor de los tribunales donde se halle sito dicho inmueble. En consecuencia, serán exclusivamente competentes para conocer de esta reclamación los tribunales del lugar en que se encuentre situado el establecimiento franquiciado, esto es, los tribunales franceses.

370. Sobre la determinación de la competencia judicial internacional respecto de las acciones que derivan exclusivamente de uno de estos contratos de ejecución no se precisa mayor profundización, pues esta operación no presenta especialidades frente a los casos en que la competencia se tiene que determinar respecto a un contrato independiente que no surgiera de un contrato marco. Casos distintos, que sí pueden resultar problemáticos para el operador jurídico, son aquéllos en que, sin que exista un pacto atributivo de competencia que cubra la totalidad de los litigios surgidos de las relaciones entre las partes, el demandante ejercite varias acciones, cada una de ellas derivada de un contrato (una del contrato marco y otra del contrato de ejecución) o

¹¹³⁴ STJCE 27 octubre 1998, *Réunion, cit.*. En este caso, el entonces TJCE determinó expresamente que los pleitos que se basan en grupos de contratos, es decir, en las reclamaciones derivadas de contratos relacionados con un contrato principal, no podrán agruparse ante un mismo tribunal por aplicación del 7.1, siempre que este foro condujera a tribunales diferentes en cada uno de dichos contratos.

como ha subrayado H. GAUDEMET-TALLON, ejercite una única acción de ruptura del contrato marco, provocada por la inexecución de uno de los contratos de ejecución¹¹³⁵.

371. Ejemplo. El franquiciado pide la resolución anticipada del contrato de franquicia por retrasos sucesivos del franquiciador en la entrega de las mercaderías que le ha de proporcionar a lo largo de la relación contractual. ¿Es ésta una cuestión relativa al contrato marco de franquicia o a los contratos de ejecución en los que ha existido el retraso? ¿Qué contrato se ha de tener en cuenta para determinar el tribunal competente a efectos del foro especial en materia contractual, el contrato marco o los sucesivos contratos de compraventa de mercaderías?

372. Ante esta circunstancia, si no hay posibilidad alguna de acumulación de acciones, el tribunal ante el que se presenta la demanda tendrá que examinar su competencia “contrato por contrato”¹¹³⁶. Tanto en el primer caso, en que se ejerciten varias acciones relativas a distintos contratos, como en el segundo, en que se ejercite una única acción pero basada en distintos contratos, el tribunal tendrá que examinar su competencia de forma separada para cada cuestión.

373. Ejemplo. En el caso mencionado en el ejemplo anterior, el tribunal tendrá que examinar (i) si es competente para decidir sobre si ha existido retraso en la entrega de las mercaderías, y (ii) si es competente para decidir sobre si tales retrasos suponen un incumplimiento del contrato de franquicia. Para la primera de las cuestiones, los contratos a tener en cuenta serán cada uno de los contratos de compraventa de mercaderías, y para la segunda, el contrato marco de franquicia.

374. Esta forma de proceder puede dar lugar al fraccionamiento del pleito ante varios tribunales competentes y a la existencia de decisiones contradictorias, incluso se puede afirmar que es contraria a la buena administración de la justicia, pues implica unos costes mayores tanto para las partes, que han de desplazarse de tribunal en tribunal, como para los tribunales que conocen del asunto, que tendrán que informarse doblemente sobre el caso, realizar doblemente pruebas, emplazar doblemente al demandado...

375. Ante este resultado, muchos autores han defendido que sería mejor dotar de una fuerza atractiva al foro del “contrato marco”, teniendo en cuenta su carácter de contrato general y hacer a los tribunales que éste señala competentes para conocer de la

¹¹³⁵ En referencia al método analítico-distributivo, H. GAUDEMET-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et Lugano*, Montchrestien, Paris, 1996, p. 116.

¹¹³⁶ Si ambas acciones derivaran del mismo contrato, por ejemplo, si se solicitara la resolución anticipada del contrato de franquicia, y el cese de la utilización de la marca del franquiciador por parte del franquiciado, aunque sean dos acciones, al derivar las dos del mismo “contrato” (de la misma unidad de determinación de competencia judicial internacional), y ser tal contrato un contrato de prestación de servicios, el tribunal se podría declarar competente para conocer de la totalidad del litigio conforme al art. 7.1.b RB-I bis.

totalidad del litigio¹¹³⁷. Pero esta solución es *contra legem*, nada en el Reglamento Bruselas I bis permite hacerlo (arts. 7 y 8 RB-I bis)¹¹³⁸. Tampoco lo permite la jurisprudencia del TJUE¹¹³⁹. Además, frente a estos argumentos, se puede añadir que tal fraccionamiento es fruto de la imprevisión de las partes, que no han utilizado todas las herramientas que les proporciona el Reglamento para evitar esta situación (no han pactado la sumisión a ningún tribunal para la totalidad de las desavenencias surgidas del litigio) y de la decisión del demandante, que no ha hecho uso del foro del domicilio del demandado¹¹⁴⁰.

2.1.6.4. Acciones colectivas y contratos de franquicia

376. Los caracteres de las relaciones de franquicia pueden hacer conveniente la utilización de acciones colectivas para ciertas reclamaciones de los franquiciados al franquiciador. En particular, la existencia de una “red” de franquiciados dependiendo de un sólo franquiciador, que pueden verse todos ellos afectados por la conducta de este último y la posibilidad de que el coste de una acción para el franquiciado individual supere con creces los beneficios de la misma, hacen de la franquicia un terreno idóneo para el planteamiento de este tipo de acciones. El ejercicio de esta clase de acciones favorecería el acceso a la justicia de los franquiciados, les haría economizar recursos y evitaría resoluciones contradictorias¹¹⁴¹.

377. La franquicia sería particularmente propicia para el ejercicio de acciones de cesación (cesación de la inclusión en los contratos de cláusulas abusivas, cesación de la imposición de precios abusivos en los productos que los franquiciados han de adquirir del franquiciador o cesación en la facilitación de información precontractual falsa o incompleta a los futuros franquiciados) y de indemnización (solicitud de indemnización por haber proporcionado esa información precontractual falsa o incompleta, por no haber realizado actos publicitarios de la red de franquicia en un determinado territorio, por haber proporcionado un “manual de franquicia” incompleto o poco preciso, por no cumplir con las obligaciones de formación comprometidas en los contratos...).

¹¹³⁷ Ver A. HUET, *Juriscl. Droit international*, fasc. 581-40, n. 31-36, que propone esta posibilidad a través de la configuración de la “conexidad” como un foro autónomo.

¹¹³⁸ F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 17: “*L’observation des règles tant de droit conventionnel que de droit commun de la compétence internationale conduit à conclure que le for du contrat cadre demeure à ce jour introuvable*”.

¹¹³⁹ STJCE 15 enero 1987, *Shenavai, cit.*, permite la agrupación de reagrupar el litigio ante los tribunales del lugar de cumplimiento de la “obligación principal”, pero dicha reagrupación sólo es válida si los litigios se basan en distintas obligaciones “de un mismo contrato”, lo que no corresponde a la hipótesis aquí debatida.

¹¹⁴⁰ F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 16.

¹¹⁴¹ En relación al daño ambiental defiende la utilización de acciones colectivas L. GARCÍA ÁLVAREZ, *El acceso a la justicia civil en supuestos de daños ambientales causados por grupos transnacionales de sociedades con matrices europeas*, Tesis Doctoral, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2015, pp. 475-476.

378. De hecho, en algunos ordenamientos jurídicos, como en USA y Canadá este tipo de acciones son muy comunes en el campo de la franquicia¹¹⁴². Sin embargo, esta posibilidad de tutela colectiva sigue siendo bastante teórica en la mayoría de ordenamientos europeos, en que las acciones colectivas se suelen prever únicamente para ciertos tipos de reclamaciones, generalmente relacionados con la tutela de consumidores¹¹⁴³. De forma específica, solamente existe la ya mencionada acción prevista en Derecho sueco que permite a un grupo de franquiciados o cualquier otra asociación con interés legítimo en la cuestión solicitar la cesación en la entrega de información defectuosa a los futuros franquiciados (art. 5 Ley sobre el deber del franquiciador de proveer información)¹¹⁴⁴.

379. Pese a ello, cada vez son más los Estados miembros que van incorporando en su normativa la posibilidad de accionar de forma colectiva en algún o en todo tipo de procesos¹¹⁴⁵. El tema ha despertado además un interés creciente en la doctrina europea, que se plantea cómo dar una respuesta más eficaz a los daños de masa tan presentes en las sociedades actuales¹¹⁴⁶. La UE también ha puesto su atención sobre el tema de las acciones colectivas, recomendando la inclusión de las mismas de forma horizontal en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y sugiriendo una posible armonización de la materia¹¹⁴⁷.

380. Estas acciones colectivas se diferencian de la mera acumulación en un solo procedimiento de varias reclamaciones individuales totalmente identificadas: no todos

¹¹⁴² M. ABELL / M. R. DAIGLE / M. J. LOCKERBY, *op. cit.*, p. 20-25.

¹¹⁴³ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 104.

¹¹⁴⁴ Ley n. 484/2006 de 24 mayo relativa al deber del franquiciador de proveer información (*Lag om franchisegivares informationsskyldighet*), SFS 484, 2006. Este artículo en particular ha sido modificado por la Ley n. 221/2016 (*Lag om ändring i lagen (2006:484) om franchisegivares informationsskyldighet*), SFS 221, 2016.

¹¹⁴⁵ Son al menos dieciséis los Estados miembros que cuentan con algún tipo de acción colectiva, sin embargo, no todas ellas permiten litigantes extranjeros ni la litigación en todo tipo de materias. Los Estados que permiten el ejercicio de estas acciones en todo tipo de materias son Portugal, Suecia, Países Bajos, Dinamarca, Inglaterra y Gales. Al respecto ver L. GARCÍA ÁLVAREZ, *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 166-167; M. SHELLEY, "Towards a Uniform European Approach to Collective Redress?", *Working paper Shook Hardy & Bacon*, p. 4, en: <http://www.shb.com/~media/files/professionals/shelleymarc/stateofeuclassactions.pdf?la=en> (fecha última consulta: 20/03/2017).

¹¹⁴⁶ Sobre la creación de un sistema de acciones colectivas en Europa véase J. G. BACKHAUS, A. CASSONE, G. B. RAMELLO (COORD.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe: Lessons from America*, Edward Elgar, Londres, 2012, pp. 306-326; L. CARBALLO PIÑERO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial: problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009; A. FERRERES COMELLA, "Las acciones de clase en la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, n. 11, 2005, pp. 38-48.

¹¹⁴⁷ De los múltiples documentos emitidos por las instituciones europeas cabe destacar el último de éstos: Recomendación 2013/396/UE de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, DOUE 26 julio 2013, L 201, p. 60.

los interesados son parte procesal, ya que en su interés litiga una persona, un grupo o una asociación, pero los efectos de la sentencia sí que les afectan¹¹⁴⁸. Por ello, en relación a las mismas surgen inevitablemente las cuestiones de si se pueden plantear ante los tribunales de un Estado miembro y de qué juez de la UE tendría competencia para conocer de las mismas¹¹⁴⁹.

381. La competencia judicial internacional para conocer de las mismas, al no existir ningún Convenio internacional que pueda aplicarse a la materia, se ha de determinar por el Reglamento Bruselas I bis si el demandado tiene su domicilio en la UE, pues sigue tratándose de materia civil o mercantil¹¹⁵⁰. La doctrina coincide en la inoperatividad de este Reglamento para encauzar las acciones colectivas, pues se trata de un instrumento concebido para procedimientos entre dos partes¹¹⁵¹. Sin embargo, y como se verá a continuación, no todos los foros presentan los mismos problemas cuando se trata de aplicarlos a este tipo de acciones.

382. Ejemplo 1. Un grupo de franquiciados domiciliados en Estados Unidos pretenden ejercitar una *class action* frente a su franquiciador, ante los tribunales de su sede social, en Francia. Para determinar la competencia judicial internacional de dichos tribunales tendrá que aplicarse el Reglamento Bruselas I bis.

383. Ejemplo 2. Una asociación formada por los franquiciados españoles de una empresa de muebles domiciliada en Suecia pretende ejercitar una acción de cesación de entrega de información defectuosa a futuros franquiciados ante los tribunales españoles. Para determinar la competencia judicial internacional de dichos tribunales también se aplicará el Reglamento Bruselas I bis.

384. El foro general del domicilio del demandado se puede adaptar perfectamente al ejercicio de acciones colectivas, pues éste no se ve alterado en función de quién sea el demandante. Se trata de un foro fijado en atención al demandado y que es previsible

¹¹⁴⁸ A. FERRERES COMELLA, “Las acciones de clase (“class actions”) en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, n. 11, 2005, pp. 38-48, p. 39; L. GARCÍA ÁLVAREZ, *Daños...*, *cit.*, p. 158.

¹¹⁴⁹ Estas cuestiones no han sido abordadas por la mencionada Recomendación 2013/396/UE. Sí se encuentran algunos comentarios en la Resolución 2011/2089 del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, sobre «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo», párrafos 26-28, que aconseja utilizar Bruselas I como punto de partida para determinar los tribunales competentes.

¹¹⁵⁰ L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones...*, *cit.*, p. 97; L. GARCÍA ÁLVAREZ, “Las acciones colectivas en los litigios internacionales por daños ambientales”, *REEI*, n. 30, 2015, DOI: 10.17103, p. 13. Así lo considera también la Comunicación de la Comisión COM/2013/0401 final “Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo”.

¹¹⁵¹ B. HESS, “Collective redress and the jurisdictional model of the Brussels I Regulation”, en A. NUYTS / N. E. HATZIMIHAIL, *Cross-border Class Actions. The European way*, Sellier, Munich, 2014, pp- 59-68, esp. p. 60: “the Brussels I Regulation is guided by the leitmotiv of two-party-proceedings”; H. MUIR WATT, “The trouble with cross-border collective redress” en D. FAIRGRIEVE / E. LEIN (eds.), *Extraterritoriality and collective redress*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 119-128, p. 121.

para el mismo independientemente de que el actor se trate de una *class*. Lo mismo ocurre con el foro del art. 7.5 RB-I bis. Si el franquiciador ha suscrito sus contratos a través de una agencia, sucursal o establecimiento, la *class* podrá también demandarlo ante los tribunales de tal Estado¹¹⁵².

385. En cuanto a los foros por razón de la materia, se ha de descartar en primer lugar la aplicación a este tipo de acciones del foro de protección en materia de consumo. Esto se debe a que, como se verá más adelante, el franquiciado no puede ser considerado como un consumidor en ningún caso, con lo que tampoco puede ser considerado como tal un colectivo de franquiciados o una asociación de éstos¹¹⁵³.

386. Queda por determinar si este tipo de acciones pueden plantearse ante los tribunales señalados por el foro especial para la materia contractual o en su defecto ante los que señale el foro en materia delictual. Para ello, será preciso calificar la acción ejercitada. Como ya se ha indicado, para que una acción se considere como materia contractual, es preciso que exista un compromiso libremente asumido por una de las partes frente a otra y que la acción ejercitada derive de dicho compromiso¹¹⁵⁴. En el único caso en que el TJUE ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre el ejercicio de una acción colectiva se ha inclinado por considerar que la misma se trataba de una acción en materia extracontractual (caso *Henkel*)¹¹⁵⁵. El caso versaba sobre una acción de cesación en la utilización de cláusulas abusivas ejercitada por una asociación de consumidores austríaca frente a un empresario alemán. El tribunal se basó para calificarla como materia delictual en la inexistencia de contrato entre demandante y demandado, así como en la propia naturaleza de la acción ejercitada, una acción “preventiva” que no podría derivar de un contrato entre las partes, aun cuando lo hubiere¹¹⁵⁶.

387. Con arreglo a este segundo criterio, una parte de la doctrina ha defendido que, si la acción ejercitada no fuera una acción preventiva, sino otro tipo de acción que si pudiera derivar de un contrato, como por ejemplo, una acción que solicite la anulación de la cláusula contractual que obliga al franquiciado a adquirir ciertos productos única y exclusivamente del franquiciador (“*tying*”), ésta podría ser considerada como “materia contractual”¹¹⁵⁷. Para ello, será además necesario que exista

¹¹⁵² L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones...*, *cit.*, p. 100; cfr. P. JIMÉNEZ BLANCO, “El tratamiento de las acciones colectivas en materia de consumidores en el Convenio de Bruselas”, *La Ley*, núm. 5709, 2003, pp. 1573-1583, esp. p. 1582; C. MICHAILDOU, *Prozessuale Fragen des Kollektivrechtsschutzes im europäischen Justizraum. Eine rechtsvergleichende Studie*, Nomos, Baden Baden, 2007, p. 224.

¹¹⁵³ Ver apartado 2.7.1.4. de esta sección: “Contratos de consumo”.

¹¹⁵⁴ STJUE 13 marzo 2014, *Brogstetter*, *cit.*.

¹¹⁵⁵ STJCE 1 octubre 2002, *Henkel*, *cit.*.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, FJ 33.

¹¹⁵⁷ L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones...*, *cit.*, p. 116 y los autores citados por ella. En contra, C. MICHAILDOU, *op. cit.*, p. 226; P. MANKOWSKI, “Article 5”, *cit.*, p. 234, M. DANOV, “The Brussels I Regulation: Cross-border Collective Redress Proceedings and Judgments”, *JPrIL*, vol. 6, n. 2, 2010, pp.

un compromiso libremente asumido entre el sujeto que ejercita la acción y el franquiciador demandado.

388. En este punto, resulta preciso realizar una distinción en función de quién interpone la demanda en este tipo de procedimientos. La doctrina, al tratar las acciones colectivas, las ha clasificado en tres grupos: (i) acciones de grupo, en que un conjunto identificado de demandantes unifican en un único procedimiento sus reclamaciones; (ii) acciones representativas, en que una entidad, por ejemplo una asociación, litiga en representación del conjunto de afectados, que no son parte en el proceso y (iii) acciones de clase, en que uno de los afectados actúa como demandante en representación de la totalidad de éstos, que se verán vinculados por la sentencia, bien mediante su derecho “*opting in*” o su derecho “*opting out*”¹¹⁵⁸.

389. Cuando la acción colectiva sea una acción representativa, es decir, una acción interpuesta por una entidad ya existente o constituida *ad hoc* para la defensa de los intereses de los afectados¹¹⁵⁹ no existirá ninguna relación contractual entre tal entidad y el franquiciador. En consecuencia, estas acciones no pueden ser calificadas como “materia contractual” a efectos del art. 7.1 RB-I bis, sino que se considerarán “materia delictual o cuasidelictual”, quedando sujetas al foro del art. 7.2 RB-I bis.

390. Sin embargo, cuando la acción que se pretende ejercitar sea una acción de grupo o una acción de clase se podría calificar la misma como “materia contractual”, pues existe un compromiso libremente asumido por el franquiciador en relación a cada uno de los franquiciados afectados. En el caso del grupo, la existencia de este vínculo se ve muy claro, pues son todos los afectados, identificados, los que ejercitan la acción conjuntamente. En el caso de las acciones de clase, el demandante es únicamente el “representante” de la *class*, pero éste ha de ostentar derechos de la misma naturaleza que los demás integrantes de la misma, es decir, tendría que ser también un franquiciado afectado por la actuación del franquiciador. Cuando los sujetos de la *class* estén identificados, también se podrá comprobar la existencia de ese vínculo contractual entre cada uno de ellos y el franquiciador. Cuando no lo estén, ya que dicha identificación puede realizarse una vez emitida la sentencia, dado que todos los miembros de la *class*

359-393, p. 367, que consideran que todas las acciones colectivas han de ser consideradas como materia extracontractual.

¹¹⁵⁸ A. NUYTS, “The consolidation of collective claims under Brussels I” en N. HATZIMIHAÏL / A. NUYTS, *Cross-border Class Actions. The European Way*, Sellier, Munich, 2014, pp. 69-84, p. 70; B. HESS, *op. cit.*, p. 59; Recomendación 2013/396/UE de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, DOUE 26 julio 2013, L 201, p. 60.

¹¹⁵⁹ La constitución de estas entidades *ad hoc* resulta muy común. Los afectados se constituyen en asociación o sociedad y ceden a la misma los derechos litigiosos. Como ejemplo ver el caso *Arica*, en que las víctimas ceden sus derechos a la sociedad “Víctimas Arica KB”, relatado por L. GARCÍA ÁLVAREZ, *El acceso...*, *cit.*, p. 518.

han de contar con derechos homogéneos y que la sentencia se emitirá únicamente en relación con estos, se puede presumir la existencia de tal vínculo contractual¹¹⁶⁰.

391. En consecuencia, las acciones de grupo y las de clase, cuando la acción ejercitada “derive” de ese compromiso libremente asumido entre el franquiciador y cada franquiciado, han de calificarse como “materia contractual” a efectos del art. 7 RB-I bis. En este sentido, una acción exclusivamente de cesación de inclusión de una condición general en contratos ulteriores no derivaría, efectivamente, de tal contrato¹¹⁶¹. Pero sí podrían hacerlo otras muchas acciones, como las indemnizatorias por incumplimiento de una determinada cláusula contractual presente en todos los contratos de los integrantes de la *class*.

392. En este tipo de acciones el foro previsto por el art. 7.1 RB-I bis será por lo tanto aplicable y será necesario determinar el lugar de prestación de los servicios, que para los contratos de franquicia se traduce en el lugar de explotación de la franquicia por parte del franquiciado. Precisar el lugar de prestación de los servicios respecto de estas acciones no será sencillo, pero tampoco imposible¹¹⁶². Cuando se trate de una acción de grupo, todos los afectados son los demandantes y éstos se encuentran identificados. En consecuencia, si el grupo se compone de franquiciados que prestan sus servicios en un mismo Estado miembro, el art. 7.1.b RB-I bis apuntará a dicho Estado miembro y el único problema será el de determinar el tribunal territorialmente competente. Si por el contrario, el grupo se compone de franquiciados que prestan sus servicios en distintos Estados miembros, el tribunal se tendría que declarar incompetente para conocer de la parte de la acción relativa a los derechos de esos franquiciados que prestan sus servicios en otros Estados.

393. Cuando se trata de una *class action*, solamente será demandante el representante, no todo el grupo, aunque actúe en nombre de todos ellos. En consecuencia, cabe plantearse si la competencia ha de ser examinada únicamente en relación a dicho representante o a la totalidad de los afectados. La solución más correcta parece ser la comprobación de la competencia en relación a todos los miembros de la *class*. En caso contrario, se dañaría la previsibilidad del foro para el demandado, pues el tribunal competente se haría depender de a quién se eligiera como representante de la *class*. Si los miembros de la *class* no se encuentran identificados, no se podrá

¹¹⁶⁰ L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones...*, *cit.*, p. 32; L. CARBALLO PIÑEIRO, “Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el derecho de la Unión Europea (Estrasburgo, 11 de junio de 2013)”, *REDI*, vol. LXV, n. 2, 2013, pp. 395-399, p. 397.

¹¹⁶¹ STJCE 1 octubre 2002, *Henkel*, *cit.*.

¹¹⁶² Algunos autores se han basado en esta dificultad para rechazar la aplicación del foro en materia contractual. Ver C. KESSEDIAN, “L’action en justice des associations de consommateurs et d’autres organisations représentatives d’intérêts collectifs en Europe”, *Rev. dir. Int. pr. Proc.*, 1997, pp. 281-300, p. 288.

determinar el “lugar de prestación de los servicios”, y en consecuencia, el foro devendrá inaplicable.

394. En consecuencia, el foro especial en materia contractual únicamente podría ser activado si los miembros del grupo o de la *class* constituyen un conjunto homogéneo, es decir, si prestan sus servicios en el mismo Estado miembro, caso en el que habría que determinar qué tribunal sería el territorialmente competente. Para ello, podría aplicarse la doctrina *Color Drack*, aunque la misma fuera creada para los casos en que la prestación de los servicios en múltiples lugares deriva de un solo contrato y no de varios. En función de la misma, el lugar de prestación a efectos del art. 7.1.b RB-I bis ha de ser el lugar “principal” en función de criterios económicos¹¹⁶³. En caso de no poder determinarse dicho lugar conforme a dichos criterios, la demanda podrá interponerse ante los tribunales del lugar de prestación de los servicios de su elección¹¹⁶⁴.

395. En los casos en que se estime que la acción ejercitada ha de ser calificada como “materia delictual” a efectos del art. 7 RB-I bis, estas dificultades de concreción del foro también existen, pues se tendrá que precisar, ex. art. 7.2 RB-I bis, el lugar en que se produce o pudiera producirse el “hecho dañoso”¹¹⁶⁵. En este sentido, en la mayoría de los casos el lugar de origen del daño será distinto del lugar de manifestación del mismo, en cuyo caso se aplica la regla de la ubicuidad: el demandante podrá escoger entre ambos lugares para interponer la demanda, si bien solamente podrá reclamar la indemnización por la totalidad de los daños en el lugar de origen de los mismos¹¹⁶⁶. En el caso de acciones colectivas de carácter preventivo, como la que se ejercitó en el caso *Henkel*, o la que pudiera ejercitarse en base a la normativa sueca, puede resultar complicada la localización del lugar de los efectos, pues el daño aún no se ha producido. Como indicó el Alto Tribunal, dicho lugar será aquel en que se quiera evitar la producción de dichos efectos¹¹⁶⁷. Como propone L. CARBALLO PIÑEIRO en relación a las acciones de cesación de inclusión de condiciones generales, se podría distinguir entre el lugar donde se realiza la oferta de contratación y el lugar de destino de la oferta¹¹⁶⁸. No obstante, el lugar de generación del daño coincidirá en la mayoría de supuestos con el domicilio del demandado, por lo que la utilidad de esta opción será mínima para las demandas colectivas¹¹⁶⁹. En cuanto al lugar de manifestación, dado que los tribunales

¹¹⁶³ STJCE 3 mayo 2007, *Color Drack*, *cit.*.

¹¹⁶⁴ Esta solución la propone también L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones...*, *cit.*, p. 119, en relación a los casos en que la autora estima que las acciones colectivas deberían ser calificados como materia contractual.

¹¹⁶⁵ C. KESSEDIAN, “L’action...”, *cit.*, p. 290.

¹¹⁶⁶ STJCE 30 noviembre 1976, as. 21/76, *Bier vs. Mines de Potasse d’Alsace*, RJ 1976, pp.1735-1758; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, *cit.*.

¹¹⁶⁷ STJCE 1 octubre 2002, *Henkel*, *cit.*, FJ 44.

¹¹⁶⁸ L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones...*, *cit.*, p. 123.

¹¹⁶⁹ A. NUYTS, “The consolidation...”, *cit.*, p. 76.

solamente serán competentes en relación a los daños causados en el territorio de ese Estado, solamente será útil para demandas homogéneas, en que el daño se haya manifestado en un mismo lugar¹¹⁷⁰.

396. Como puede observarse, cuando la acción ejercitada sea una acción colectiva parece que el único foro que puede ser plenamente operativo es el del domicilio del demandado (art. 4 RB-I bis), pues éste no depende del tipo de acción ejercitada ni de la identidad de los demandantes. Pero este foro privilegia al demandado, lo que puede ser perjudicial para los demandantes, que se verán situados en desventaja frente al pleito, ya que litigar en el extranjero conlleva mayores riesgos y costes¹¹⁷¹. Además, este foro no estará operativo cuando el demandado tenga su domicilio fuera de la UE, por lo que únicamente servirá para demandar en territorio europeo a franquiciadores europeos. Cuando el franquiciador tenga su domicilio fuera de la UE, los franquiciados que pretendan demandarle en territorio europeo tendrán que consultar las normas de producción interna de competencia judicial internacional de cada Estado miembro.

397. En último lugar, será preciso determinar si esa *class* o conjunto de personas interesadas están “legitimadas” para el ejercicio de la acción. Esta cuestión no está relacionada con la competencia judicial internacional, sino con la Ley aplicable, por lo que se estudiará posteriormente.

2.1.7. Exclusión de otros foros especiales

398. Teniendo en cuenta el carácter no exclusivo de los foros contenidos en el art. 7 RB-I bis¹¹⁷², cabe plantearse si el foro del art. 7.1 es el único aplicable a las situaciones litigiosas derivadas de contratos de franquicia o si es posible aplicar otros de los foros especiales que prevé el Reglamento Bruselas I bis en función del objeto de la controversia.

2.1.7.1. Explotación de establecimientos secundarios

399. El foro con más probabilidades de excluir al art. 7.1 RB-I bis es el recogido en el art. 7.5 RB-I bis, ya que no se restringe a una clase específica de reclamaciones, pudiendo aplicarse a obligaciones tanto contractuales como extracontractuales. Según el mismo, podrá demandarse “si se trata de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el órgano jurisdiccional en que se hallen sitios”. Mediante este foro, el tribunal del lugar en que se encuentra sito un establecimiento secundario de una sociedad será competente para conocer de los litigios

¹¹⁷⁰ L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones...*, cit., p. 121; L. GARCÍA ÁLVAREZ, *Daños...*, cit., p. 213.

¹¹⁷¹ B. HESS, *op. cit.*, p. 63; L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones...*, cit., p. 70; L. GARCÍA ÁLVAREZ, *Daños...*, cit., p. 212.

¹¹⁷² P. MANKOWSKI, “Article 5”, *cit.*, p. 97.

entre dicha sociedad y los terceros que se relacionan con ella desde dicho establecimiento (personal de servicios, clientes, víctimas de daños causados al ejercer la actividad desde dicho establecimiento...) ¹¹⁷³. Su finalidad es hacer competente a un tribunal más próximo que el del domicilio del demandado cuando el demandado no ha operado desde su domicilio sino desde otro establecimiento secundario ¹¹⁷⁴. Su relación con la franquicia puede darse desde dos perspectivas:

400. En primer lugar, para que se pueda demandar a una persona jurídica ante los tribunales que señala este foro, el establecimiento ha de ser directamente regido por ella misma, o por persona con facultad de actuar en su nombre y obligarle y no por una filial con dirección propia o por agentes independientes ¹¹⁷⁵. En consecuencia, este foro no puede ser utilizado por terceros que tengan relaciones contractuales o extracontractuales con un franquiciado para actuar contra el franquiciador, dado que el franquiciador no es quién gestiona dicho establecimiento, sino el franquiciado.

401. Ejemplo. El franquiciado murciano de la cadena de franquicias francesa *La Crêpe de la Crêpe* contrata con una empresa también murciana la creación de una aplicación para móviles que permita hacer pedidos a domicilio y obtener descuentos. La empresa realiza el encargo pero el franquiciado no le paga la cantidad acordada. La empresa de informática no puede utilizar el art. 7.5 RB-I bis para accionar contra el franquiciador solicitando el pago, pues no es éste quien explota el establecimiento sino el franquiciado.

402. Por otra parte, este foro no cubre las reclamaciones entre la sociedad o persona jurídica y la entidad independiente pero relacionada con ésta que se encarga de gestionar el establecimiento. Así, no cubre los litigios entre una sociedad madre y sus filiales o sucursales, ni los litigios entre una sociedad y los empresarios independientes que gestionen un establecimiento en que promocionen o comercialicen los productos de esa sociedad por su propia cuenta y riesgo ¹¹⁷⁶. En consecuencia, el foro no podría ser

¹¹⁷³ STJUE 19 julio 2012, *Mahamdia, cit.*, FJ 48.

¹¹⁷⁴ STJCE 22 noviembre 1978, as. 33/78, *Somafer vs. Saar-Ferngas, RJ*, 1978, pp. 2183-2201.

¹¹⁷⁵ STJCE 6 octubre 1976, *De Bloos...*, FJ 18; STJCE 6 abril 1995, as. C-439/93, *Lloyd's Register of Shipping vs. Société Campenon Bernard, Recopilación*, 1995, pp. 961-982, Rev. crit. DIP 1995, p. 770, nota G. DROZ; STJCE 9 diciembre 1987, as. 218/86, *Schotte vs. Parfums Rothschild, RJ* 1987, pp.4905-4922.

¹¹⁷⁶ STJCE 6 octubre 1976, *De Bloos vs. Bouyer*, as. 14/76, *RJ* 1976, pp.1497-1520. La autonomía jurídica de las empresas unidas por una relación de franquicia ha sido puesta de manifiesto por el TJUE en otros ámbitos como el tributario: STJUE 5 febrero 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi Kft. v. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közép-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága*, as. c-385/12, ECLI:EU:C:2014:47. Véanse las Conclusiones de la A.G. J. KOKOTT, 5 de septiembre de 2013, párrafo 69: “Pues bien, al menos en el presente caso de influencia dominante de una sociedad matriz sobre una sociedad filial, no se puede decir que las estructuras de grupo y de franquicia sean comparables a este respecto. Debido a dicha influencia dominante, el volumen de negocios de las filiales es imputable a la sociedad matriz, pues ésta puede optar en gran medida entre realizar por sí misma el volumen de negocios o hacerlo mediante una sociedad filial sujeta a tributación. En cambio, esta posibilidad no asiste a los franquiciadores, debido a la autonomía jurídica y económica de sus franquiciados”.

aplicado para los litigios derivados entre franquiciador y franquiciado, como tampoco se ha de aplicar para los litigios derivados de contratos de distribución o de agencia¹¹⁷⁷. Pese a ello, su aplicación se ha intentado en numerosas ocasiones ante los tribunales de los Estados miembros. Cabe citar como ejemplo un caso planteado ante los tribunales españoles en relación a un contrato de distribución en que el establecimiento se hallaba sito en España, en que los tribunales se declararon acertadamente incompetentes por indicar que en este foro no cabe incluir los casos en que el reclamante es quien explota el establecimiento y “ejecuta sus actividades a su riesgo y ventura, jurídica y económicamente independientes”¹¹⁷⁸.

2.1.7.2. Contratos de trabajo

403. El foro previsto para el trabajador (arts. 20-23 RB-I bis) puede intentar ser utilizado por el franquiciado persona física como estrategia para conseguir demandar ante sus propios tribunales, aún en contra de un acuerdo atributivo de competencia que haya pactado expresamente o bien en ausencia de tal pacto¹¹⁷⁹. Para ello, tratará de calificar la relación contractual que le une al franquiciador como un contrato de trabajo.

404. Las disposiciones del Reglamento Bruselas I bis que establecen el foro especial previsto para los contratos de trabajo (arts. 20-23 RB-I bis) no definen qué se considera un “contrato de trabajo”. Este concepto ha de ser autónomo, es decir, propio del Reglamento, como ha indicado el TJUE, sin llegar a definirlo¹¹⁸⁰. Para concretarlo, se puede acudir a la noción proporcionada por este Tribunal para la libre circulación de trabajadores. En este ámbito, se considera que existe contrato de trabajo cuando “una persona proporciona durante un cierto período de tiempo a favor y bajo la dirección de otra persona, prestaciones por las cuales percibe una retribución” (casos *Bernini*, *Leclere* y *Jessy Saint Prix*)¹¹⁸¹.

405. Dado que una de las características de un auténtico contrato de franquicia es la total independencia jurídica y económica del franquiciado respecto del franquiciador, no se le puede aplicar dicho foro, pues las actividades realizadas por el franquiciado no se realizan “a favor” del franquiciador, sino en favor de ambos contratantes, ni se realizan “bajo su dirección”, aunque reciba del mismo ciertas instrucciones. En consecuencia, este tipo de demandas tienen pocas posibilidades de prosperar. No

¹¹⁷⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 660.

¹¹⁷⁸ SAP Baleares n. 410/2001, de 15 de junio, RJ AC 2001/2146.

¹¹⁷⁹ Esta opción resulta aún más atractiva si se tiene en cuenta que estos artículos se aplican aunque el demandado tenga su domicilio en un tercer Estado.

¹¹⁸⁰ STJUE 13 julio 1993, *Mulox IBC Ltd v. Hendrick Geels*, as c-125/92, RJ 1993, pp. I-04075 y ss. (lugar de trabajo en varios Estados); STJUE 15 enero 1987, as. 266/85.

¹¹⁸¹ STJUE 26 febrero 1992, *M. J. E. Bernini v. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, as. c-3/90, RJ 1992, pp. I-01071 y ss.; STJUE 31 mayo 2001, *Ghislain Leclere and Alina Deaconescu v. Caisse nationale des prestations familiales*, as. c-43/99; RJ 2001, pp. I-04265 y ss.; STJUE 19 junio 2014, *Jessy Saint Prix v. Secretary of State for Work and Pensions*, as. c-507/12, ECLI:EU:C:2014:2007.

obstante, en última instancia la apreciación de la “laboralidad” de la relación puede convertirse en una cuestión de prueba, en aquellos casos en que el franquiciador ejerza un verdadero poder de dirección y control sobre el franquiciado.

2.1.7.3. Contratos de consumo

406. Al igual que en el caso anterior, puede surgir la cuestión de si es posible calificar una relación de franquicia como una relación de consumo a efectos de competencia judicial internacional, con el fin de que se apliquen al franquiciado los favorables foros previstos para el consumidor en los arts. 17-19 RB-I bis. En cuanto a estos contratos, el Reglamento sí proporciona un concepto, definiéndolos como aquellos contratos “celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional” (art. 17.1 RB-I bis). Puesto que el franquiciado se trata de un empresario independiente, que contrata la franquicia para el ejercicio de su actividad profesional, parece poco probable que este tipo de reclamaciones prosperen.

407. El único caso relativo a la competencia judicial internacional para conocer de un contrato de franquicia llevado ante el TJUE está muy relacionado con esta cuestión. Se trata del caso *Benincasa*¹¹⁸². En el mismo, el Sr. Benincasa, domiciliado en Alemania, suscribió un contrato de franquicia con la insignia italiana *Dentalkit*, especializada en la venta de productos para la higiene dental, para la explotación de un establecimiento franquiciado en Múnich. El contrato contenía una cláusula de sumisión a favor de los tribunales de Florencia, lugar de la sede del franquiciador. El Sr. Benincasa abonó la cantidad inicial al franquiciador y efectuó diversos pedidos, pero antes de pagarlos, cesó el negocio y presentó una demanda ante los tribunales de Múnich alegando la nulidad del contrato y la competencia del juez alemán para conocer del caso por considerarse un consumidor. Alegó, entre otros argumentos, que el contrato no se celebró para un uso relacionado con una actividad profesional ya ejercitada, sino para un uso relacionado con una actividad comercial que iba a comenzar en el futuro, de forma que no quedaba vinculado por el pacto de sumisión.

408. El tribunal de apelación presenta dudas sobre su competencia y plantea la cuestión al TJUE, que contesta que el concepto de consumidor del Reglamento es muy estricto y se refiere únicamente al consumidor final privado que no participa en actividades comerciales o profesionales¹¹⁸³. En consecuencia, señala que la protección pretendida por las disposiciones relativas al consumidor no se justifican en el caso de contratos cuyo objeto sea una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior. El carácter futuro no afecta a su naturaleza profesional y por lo tanto el TJUE concluye acertadamente que el foro especial para consumidores no es aplicable en los casos en que el demandante haya celebrado un contrato para el ejercicio

¹¹⁸² STJCE 3 julio 1997, *Benincasa*, cit..

¹¹⁸³ STJCE 3 julio 1997, *Benincasa*, cit., FJ 15.

de una actividad profesional futura¹¹⁸⁴. Al reconocer indirectamente que la actividad de franquicia se trata de una “actividad profesional” excluye también toda posibilidad de calificar al franquiciado como consumidor una vez haya iniciado dicha actividad, sea éste una persona física o una persona jurídica que actúe con o sin ánimo de lucro.

2.2. Foro especial en materia delictual

409. Como se ha puesto de manifiesto en la sección anterior, existen acciones que puede ejercitar una de las partes del contrato de franquicia frente a la otra cuya calificación como “materia contractual” puede resultar dudosa. Entre éstas cabe citar algunas acciones relacionadas con la vulneración de los derechos de la propiedad intelectual o industrial cedidos en el contrato, las reclamaciones relacionadas con la venta de productos no autorizados, las reclamaciones por competencia desleal, por la utilización del *know-how* para fines distintos de la explotación de la franquicia o las reclamaciones sobre la infracción de obligaciones de la información precontractual que ha de proporcionarse al franquiciado.

410. Junto a éstas se encuentran además las reclamaciones de terceros frente a una de las partes del contrato, que tampoco pueden calificarse como materia contractual. En concreto, a pesar de que el franquiciado sea un empresario independiente y ello sea esencial para la franquicia, la responsabilidad civil subsidiaria del franquiciador por actos del franquiciado puede ser reconocida al amparo de la normativa europea y de algunas normativas nacionales en materia de responsabilidad por los productos y seguridad alimentaria, publicidad engañosa, servicios defectuosos, seguridad y salud de los empleados y del establecimiento franquiciado¹¹⁸⁵. De esta forma, el franquiciador puede ser directamente demandado por la víctima de un daño causado por el franquiciado en el ejercicio de su actividad, por ejemplo, por un consumidor.

411. Para saber qué tribunal por razón de la materia será el competente para conocer de todas estas reclamaciones se estudiará a continuación el foro especial en materia delictual o cuasidelictual del art. 7.2 RB-I bis.

2.2.1. El concepto de materia delictual y las relaciones de franquicia

412. El concepto de “materia delictual o cuasidelictual” (también denominado “materia extracontractual”) a efectos del Reglamento Bruselas I bis es, al igual que el concepto de “materia contractual”, un concepto autónomo, propio del Reglamento¹¹⁸⁶. Además, es preciso subrayar que se trata de un concepto “residual” respecto de aquél, pues comprende toda acción en la que se exija la responsabilidad de un demandado y

¹¹⁸⁴ STJCE 3 julio 1997, *Benincasa*, cit., FJ 17.

¹¹⁸⁵ M. MENDELSON, *Franchising Law*, cit., p. 123.

¹¹⁸⁶ Véase, por todas, la STJUE 18 julio 2013, *ÖFAB*, cit., FJ 27.

que no esté relacionada con la materia contractual¹¹⁸⁷. Esta configuración *a contrario* supone que para que una acción pueda considerarse como materia extracontractual se han de verificar dos elementos:

413. (i) *Elemento positivo*: que se trate de una acción que ponga en cuestión la responsabilidad del demandado y

414. (ii) *Elemento negativo*: que la acción no se pueda calificar como materia contractual¹¹⁸⁸. Esto puede ocurrir por dos razones, bien porque no exista un compromiso libremente asumido por ambas partes, es decir, un “contrato” que vincule a ambas partes, en el sentido amplio del Reglamento, o bien porque no se considere que la acción ejercitada deriva de ese compromiso¹¹⁸⁹.

415. En cuanto a la primera de ellas, el TJUE ha considerado que no existe un compromiso libremente asumido por las partes en los casos de accidentes, daños medioambientales, prácticas contrarias al Derecho de la libre competencia, daños a los derechos de propiedad intelectual o industrial, daños a los derechos contra la personalidad o la intimidad, daños derivados de la ruptura de negociaciones contractuales de mala fe, daños derivados de la gestión de negocios ajenos...¹¹⁹⁰. En los casos en que la acción derive de estas relaciones, ésta se considerará como “materia delictual o cuasidelictual”. Así, se han considerado como materia extracontractual todas las acciones de reparación, de indemnización, de cesación, de exoneración de responsabilidad extracontractual, o, incluso, para prevenirse anticipadamente de una acción de responsabilidad (acciones declarativas negativas) derivada de los daños enumerados. También se consideran como tales las acciones relativas a terceros que se subrogan en los derechos de la víctima o del responsable, bien por ley o en virtud de contrato, como por ejemplo el caso de la responsabilidad de los padres por los daños de los hijos¹¹⁹¹.

416. El TJUE también ha considerado como extracontractual la acción ejercitada por una asociación de consumidores frente a un comerciante cuyo objeto es obtener la

¹¹⁸⁷ STJUE 27 septiembre 1988, as. 189/87, *Kalfelis Schröder*, RJ 1988, p. 5565, FJ 17: “Para garantizar una solución uniforme en todos los Estados miembros, conviene admitir que el concepto de “en materia de delitos o cuasidelitos” comprende toda demanda que se dirija a exigir la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la “materia contractual” en el sentido del apartado 1 del artículo 5”. En el mismo sentido, STJUE 26 marzo 1992, as. C-261/90, *Reichert y Kockler*, RJ 1992, p. I-2149, FJ 16; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, cit., FJ 22, y STJUE 17 septiembre 2002, *Tacconi*, cit., FJ 21.

¹¹⁸⁸ P. MAYER / V. HEUZE, *Droit...*, cit., p. 227.

¹¹⁸⁹ J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *op. cit.*, p. 250 denomina a estos dos elementos “*liability of a defendant*” y “*harmful event*”.

¹¹⁹⁰ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, cit., p. 118-119.

¹¹⁹¹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, cit., p. 120.

prohibición del uso de cláusulas comerciales abusivas¹¹⁹², o la acción del destinatario de unas mercancías que no demanda al que figura como transportista sino al que considera como tal¹¹⁹³. También se considera extracontractual el litigio entre el subadquirente y el fabricante de una cosa¹¹⁹⁴, o los daños realizados a terceros por una relación contractual, por ejemplo, los daños a terceros por infracapitalización de una sociedad¹¹⁹⁵. En todos estos casos no hay “contrato” ni otro tipo de compromiso libremente asumido entre las dos partes del litigio.

417. En cuanto a la segunda de las razones por las que una acción pueda considerarse como materia extracontractual, es decir, que exista ese compromiso libremente asumido por las partes pero que la acción ejercitada no derive del mismo, se requiere una valoración muy cuidadosa por parte del tribunal. El TJUE, en los recientes casos *Brogstetter*¹¹⁹⁶ y *Granarolo*¹¹⁹⁷ ha proporcionado algunos indicios sobre estos casos, indicando que el tribunal que analice su competencia tendrá que prestar atención a lo disponga el contrato que vincula a las partes para determinar si la acción ejercitada ha de considerarse como materia contractual o extracontractual. Tal y como indicó el TJUE, si es indispensable tener en cuenta el contrato para resolver sobre la acción, ésta ha de calificarse como “materia contractual” en el sentido del art. 7.1. RB-I bis. En caso contrario, la acción se ha de calificar como “materia extracontractual” y el foro especial será el que determine el art. 7.2 RB-I bis.

418. En relación a los contratos de franquicia pueden surgir ambos tipos de reclamaciones. Se pueden dar casos en que sea un tercero el que reclame a una parte del contrato de franquicia, de forma que no exista ningún “compromiso libremente asumido” que vincule a las partes del litigio. Pero también puede que sea el franquiciador o el franquiciado quien reclame a la otra parte del contrato, por una cuestión que no derive de dicho contrato. Siendo estas últimas las más problemáticas, serán las que se analizarán a continuación con una mayor profundidad¹¹⁹⁸.

2.2.2. Acciones relativas a la franquicia que podrían calificarse como materia delictual

419. Los litigios que pueden surgir entre franquiciador y franquiciado con una mayor posibilidad de ser calificados como “materia extracontractual” a efectos del art.

¹¹⁹² STJCE 1 octubre 2002, *Henkel*, *cit.*.

¹¹⁹³ STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, *cit.*.

¹¹⁹⁴ STJCE 17 junio 1992, *Handte*, *cit.*.

¹¹⁹⁵ STJCE de 18 julio 2013, *ÖFAB*, *cit.*.

¹¹⁹⁶ STJUE 13 marzo 2014, *Brogstetter*, *cit.*.

¹¹⁹⁷ STJUE 14 julio 2016, *Granarolo*, *cit.*.

¹¹⁹⁸ Las reclamaciones extracontractuales entre un tercero y una parte del contrato pueden referirse a cualquier tipo de daños: por los productos, daño ambiental, competencia desleal o daño por conductas antitrust, daños físicos o lesiones ocurridas en el establecimiento franquiciado, vulneración de derechos incorporales... Véase P. MANKOWSKI, “Article 5”, *cit.*, p. 229 y ss.

7.2 RB-I bis son los relativos a los defectos en la información precontractual proporcionada por el franquiciador al franquiciado (apartado 1), los relativos a la interrupción brusca de las relaciones comerciales entre las partes (apartado 2), los referidos a la vulneración por parte del franquiciado de los derechos de propiedad intelectual del franquiciador (apartado 3) y los referidos a la vulneración por parte del franquiciador del Derecho de la Competencia, causando por ello un daño al franquiciado (apartado 4).

2.2.2.1. Defectos en la información precontractual

420. Como se ha estudiado en el primer capítulo de este trabajo, la mayoría de los Estados miembros cuentan con normas escritas o precedentes jurisprudenciales que establecen a cargo del franquiciador ciertas obligaciones de revelación de información sobre la red de franquicia. Puede que el franquiciador infrinja dicha obligación no entregando información en absoluto al franquiciado, entregando menos de la que exige el Derecho aplicable a la cuestión, o bien entregando información errónea o maliciosamente alterada, y que por ello el franquiciado suscriba el contrato de franquicia. Si el franquiciado interpone una demanda contra el franquiciador basada en su responsabilidad precontractual por dichos defectos de información, se plantea la duda sobre si la acción ejercitada ha de ser calificada como materia contractual o delictual.

421. Para responder esta cuestión es preciso realizar una indicación inicial: no todas las acciones derivadas de esos defectos de información han de ser calificadas de la misma forma. Que la *culpa in contrahendo* haya sido incluida en el dominio del Reglamento Roma II y excluida del Reglamento Roma I (art. 1.2.i RR-I) no significa que todas las acciones derivadas de dicha culpa hayan de ser caracterizadas en su totalidad como “materia delictual” a efectos del Reglamento Bruselas I bis, pues el art. 12.1 RR-II al regular la Ley aplicable a la responsabilidad precontractual remite en primer lugar a la “*lex contractus*”, siempre que la misma pueda determinarse¹¹⁹⁹.

422. En relación a las acciones que pueden ejercitarse cabe distinguir varios supuestos:

423. En primer lugar, se ha de hacer referencia a las acciones que soliciten algún efecto en relación con el contrato de franquicia. Como se ha indicado, existen Derechos que reconocen al franquiciado la posibilidad de reclamar la nulidad del contrato si tales obligaciones de *disclosure* se han visto incumplidas. Este es el caso, por ejemplo, del Derecho belga, que le otorga este derecho durante los dos años siguientes a la firma del contrato. En otros ordenamientos, estos defectos en la información también podrían dar lugar a la resolución del contrato o a su modificación para adaptarlo a la verdadera realidad de la red franquiciada, al modo de una acción *quanti minoris*. Todas estas

¹¹⁹⁹ P. MANKOWSKI, “Article 5”, *cit.*, p. 137; A. SPICKHOFF, “Anspruchskonkurrenzen, Internationale Zuständigkeit und Internationales Privatrecht”, *IPrax*, vol. 29, n. 2, 2009, pp. 128-134, p. 132.

acciones han de ser calificadas como materia contractual. Las acciones de nulidad, anulabilidad, resolución o rescisión de un contrato son acciones contractuales, pues las mismas derivan de un compromiso presuntamente válido libremente asumido y pretenden generar efectos sobre el contrato, en relación con la nulidad, la declaración de que nunca existió (P. MANKOWSKI, M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ)¹²⁰⁰.

424. Ejemplo. Un franquiciado que explota un establecimiento en Bruselas, ciudad en la que reside, interpone ante los tribunales de dicha ciudad una acción de nulidad del contrato de franquicia frente a su franquiciador con domicilio en Londres por defectos en la información precontractual que le proporcionó dicho franquiciador. A efectos de competencia judicial internacional, si no hay pacto de sumisión, la acción se calificará como materia contractual, pues existe un “contrato libremente asumido por una parte frente a otra” y la acción “deriva” de dicho compromiso en la medida en que pretende desplegar sus efectos sobre él (=declarar que nunca existió). En consecuencia, serían competentes para conocer del caso los tribunales del lugar en que se presta el servicio, es decir, los tribunales de Bruselas (art. 7.1.b, guión segundo RB-I bis).

425. En segundo lugar, el franquiciado también puede solicitar al franquiciador una indemnización por daños por la información precontractual defectuosa. Como en el caso de Suecia, también se puede solicitar que el franquiciador deje de proporcionar la información de forma defectuosa para futuros contratos (acción de cesación). Respecto de estas acciones, por una parte, parece claro afirmar que en los casos en que los defectos en la información hayan provocado la ruptura de las negociaciones entre las partes, y por ello el candidato a franquiciado desee solicitar una indemnización, han de calificarse como materia extracontractual, pues no existe ningún vínculo libremente asumido entre las partes (STJUE *Tacconi*)¹²⁰¹.

426. Por otra, para los casos en que, a pesar de los defectos de información se haya suscrito el contrato, no existe jurisprudencia del TJUE aplicable¹²⁰². En relación a

¹²⁰⁰ P. MANKOWSKI, “Article 5”, *cit.*, pp. 137-140; M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 188, en que consideran que el daño precontractual es el derivado del contrato que no se celebra.

¹²⁰¹ STJUE 17 septiembre 2002, *Tacconi, cit.*, relativa a una indemnización de daños y perjuicios reclamada por Tacconi a HWS como reparación del perjuicio presuntamente sufrido por la primera como consecuencia de que la segunda incumpliera las obligaciones de buena fe que deben observarse al negociar un contrato. Tacconi contrató un leasing con la empresa BN con la expectativa de que posteriormente HWS vendiera la maquinaria objeto del arrendamiento a BN. Pero HWS, tras haber indicado a Tacconi que así lo haría, se negó a realizar dicha venta. En el mismo sentido, Sent. Cour App. Paris 3 abril 2002, *JDI* 2003, p. 145, obs. A. HUET.

¹²⁰² STJUE 17 septiembre 2002, *Tacconi, cit.*, FJ 25: “Habida cuenta de las circunstancias del asunto principal, la obligación de reparar el perjuicio supuestamente derivado de una ruptura injustificada de las negociaciones únicamente puede resultar de la infracción de normas jurídicas, en particular de la que obliga a las partes a actuar de buena fe en las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato” y FJ 26: “En estas circunstancias, es necesario reconocer que la responsabilidad derivada en su caso de la circunstancia de no haberse celebrado el contrato contemplado en la demanda en el asunto principal no puede ser de naturaleza contractual”.

la calificación de este tipo de reclamaciones la doctrina se encuentra dividida. Un sector de la doctrina no duda en calificar toda acción derivada de los deberes precontractuales de proporcionar información como materia contractual, por la incidencia que dicha información puede tener en el contrato si éste finalmente se celebra (P. MANKOWSKI, P. FRANZINA, H. DÖRNER, R. IGNATOVA)¹²⁰³. Para otros, la cuestión no tiene una respuesta única, sino que será preciso distinguir según el interés que proteja la norma de *disclosure* (D. MOURA VICENTE)¹²⁰⁴. Otros autores determinan que este tipo de reclamaciones han de ser consideradas como materia extracontractual, independientemente de que el contrato se haya celebrado o no, pues el daño se produjo en un momento anterior a la conclusión del contrato (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)¹²⁰⁵. Esta última opción parece la más acertada. Es además la que proporciona una interpretación más coherente con el art. 12 RR-II. En los casos de acciones de indemnización, o de cesación, se solicita la tutela judicial por la incongruencia de la información facilitada con la prescrita por la Ley aplicable, que derive directa y exclusivamente de la Ley. Por ello, esta acción debería calificarse como materia extracontractual, y ello aunque el contrato se haya celebrado entre las partes, pues, tal y como indica el TJUE, no será necesario “tener en cuenta el contrato” para resolver el litigio (caso *Brogstetter*)¹²⁰⁶.

427. Ejemplo. Un franquiciado que explota un establecimiento en Bruselas, ciudad en la que reside, interpone ante los tribunales de dicha ciudad una acción de indemnización frente a su franquiciador con domicilio en Londres por las pérdidas sufridas en el primer año de explotación del negocio como consecuencia de los defectos en la información precontractual que le proporcionó dicho franquiciador. A efectos de competencia judicial internacional, si no hay pacto de sumisión, la acción se calificará como materia extracontractual, pues a pesar de que existe un “contrato libremente asumido por una parte frente a otra”, la acción ejercitada no deriva de él.

428. Cuando la acción se califique como extracontractual, se tendrá que prestar atención en primer lugar a la cláusula de sumisión presente en el contrato, si el mismo

¹²⁰³ P. MANKOWSKI, “Article 5”, *cit.*, p. 138; P. FRANZINA, “La responsabilità precontrattuale nello spazio giudiziario europeo”, *Riv. Dir. Int.*, 2003, pp. 714-745, p. 731; H. DÖRNER, “Nachträgliche Wahl des Versicherungsvertragsstatuts und Anknüpfung vorvertraglicher Informationspflichten (OLG Düsseldorf, S. 37)”, *Iprax*, vol. 25, n. 1, pp. 26-28, p. 27; R. IGNATOVA, *Art. 5 Nr. 1 EuGVVO- Chancen und Perspektiven der Reform des Gerichtstands am Erfüllungsort*, Peter Lang, Frankfurt, 2005, p. 118.

¹²⁰⁴ D. MOURA VICENTE, “Precontractual Liability in Private International Law: A Portuguese Perspective”, *RabelsZ.*, n. 67, 2003, pp. 699-725, p. 711; ID., *Da responsabilidade pré-contractual em direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 11-19. Para el autor, los casos en que los deberes de revelación de información tengan como finalidad la protección de intereses públicos y no sólo de las partes contratantes deberían calificarse como materia delictual, mientras que aquellos que protejan únicamente a las partes contratantes deberían considerarse materia contractual. Esta distinción no parece acertada, pues obliga a consultar la Ley aplicable para determinar la competencia judicial internacional, un sistema del que pretende huir el Reglamento Bruselas I bis por su complejidad.

¹²⁰⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 1127.

¹²⁰⁶ STJUE 13 marzo 2014, *Brogstetter*, *cit.*, FJ 24.

se ha llegado a celebrar entre las partes (art. 25 RB-I bis). Si dicha cláusula se ha redactado de forma amplia, de modo que tienen cabida en ella no sólo las acciones contractuales sino también las extracontractuales, la misma se tendrá que aplicar también a estas reclamaciones, siempre que se haya incluido expresamente en la redacción de esta cláusula su aplicación para estas reclamaciones precontractuales. Esta postura es la que más se ajusta a la jurisprudencia del TJUE (caso *Cartel Damages Claims*¹²⁰⁷). No obstante, como opina parte de la doctrina, sería más conveniente que la cláusula de sumisión se aplicara a no ser que las partes hubieran limitado expresamente su extensión a los casos de responsabilidad extracontractual¹²⁰⁸.

429. En el caso de que no exista cláusula de sumisión, o contrato, será preciso concretar los tribunales competentes en virtud del art. 4 RB-I bis (domicilio del demandado) o del art. 7.2 RB-I bis (foro especial en materia delictual). En cuanto a este último, será preciso determinar el “lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”. Dado que la responsabilidad precontractual podría configurarse como un “ilícito a distancia”, es decir, como un ilícito en que el hecho que genera el daño y la manifestación del resultado dañoso pueden producirse en lugares distintos, podría aplicarse al caso la doctrina del TJUE *Mines de Potasse*¹²⁰⁹. Según la misma, serán competentes para conocer del caso tanto los tribunales del lugar en que se realiza el hecho dañoso, que en casos de responsabilidad precontractual podría ser el lugar en que se llevaron a cabo las negociaciones del contrato, como los tribunales del lugar en que se manifestó el resultado de dicho daño, si bien en éste último lugar solamente se podrá demandar por los daños causados en ese Estado¹²¹⁰. El lugar del resultado dañoso se identifica en el caso *Tacconi* con el lugar en que se produce el empobrecimiento de la persona perjudicada, lo que podría llevar a los tribunales del domicilio del franquiciado y por lo tanto a un *forum actoris*¹²¹¹.

430. Ejemplo. En el caso anterior, serían competentes para conocer del caso en virtud del art. 7.2 RB-I bis los tribunales del lugar en que se ha producido el daño, que en virtud de la teoría de la ubicuidad podrían ser los tribunales del lugar en que realizó la negociación del contrato (=lugar del hecho que causa el daño) o bien los del lugar en que se ha producido el empobrecimiento del demandado (=lugar del resultado dañoso), es decir, los tribunales belgas.

¹²⁰⁷ STJUE 21 mayo 2015, *Cartel Damage*, cit..

¹²⁰⁸ Ver P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 113.

¹²⁰⁹ STJCE 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse*, cit.

¹²¹⁰ M. VINAIXA I MIQUEL, “La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del Convenio de Bruselas de 1968”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, n. 13, 2002, pp. 977-997, p. 994.

¹²¹¹ STJUE 17 septiembre 2002, *Tacconi*, cit.; Ordenanza Corte di Cass. It. 17 diciembre 2007.

2.2.2.2. Interrupción de las relaciones comerciales

431. Existe en Derecho francés un precepto susceptible de ser aplicado a las relaciones de franquicia que permite a la parte que ha sido víctima de la “ruptura brusca de unas relaciones comerciales establecidas” solicitar una indemnización por tal ruptura. Se trata del art. L.442-6 I 5º del *Code de Commerce*. En Derecho interno francés, ha sido establecido por la *Cour de Cassation* que este tipo de reclamaciones, exista o no exista un contrato marco que regule las relaciones comerciales entre las partes, ha de ser calificado como “materia extracontractual”, por derivar directamente de la Ley¹²¹².

432. Cuando la situación presenta un carácter internacional, será preciso realizar la calificación de una acción basada en este artículo como materia contractual o extracontractual para determinar la aplicación del art. 7.1 o 7.2 RB-I bis. Esta calificación ha de realizarse de forma autónoma, basándose en los principios del Reglamento Bruselas I bis y ha de ser independiente de la efectuada por el Derecho francés. Respecto a la misma, la *Cour de Cassation* ya se había pronunciado en una ocasión indicando su carácter extracontractual también a efectos de la aplicación del art. 5.3 RB-I (7.2 RB-I bis), pero la cuestión seguía discutiéndose¹²¹³. En consecuencia, en un pleito posterior, la *Cour d’appel* de París planteó una cuestión preliminar al TJUE preguntando si este tipo de acciones han de ser calificadas como contractuales o extracontractuales, en el marco de un litigio en que las partes estaban unidas por una relación de suministro de bienes durante varios años (caso *Granarolo*)¹²¹⁴.

433. La muy reciente respuesta del TJUE va en la línea de sus decisiones anteriores sobre la distinción entre materia contractual y extracontractual¹²¹⁵. Indica que para poder calificar la acción como materia contractual o extracontractual, el tribunal ante el que se ha presentado la demanda ha de evaluar si realmente existe una relación contractual entre las partes, aunque sea una relación tácita, de cuyo incumplimiento se pueda derivar una responsabilidad contractual¹²¹⁶. En cualquier caso, como indica el alto Tribunal, la existencia de una obligación contractual no puede presumirse, sino que ha de ser probada por la parte interesada en base a elementos concordantes, como la duración de las relaciones, la buena fe entre las partes, la regularidad de las transacciones y su evolución en el tiempo, los acuerdos sobre precios y descuentos o la correspondencia mantenida¹²¹⁷.

¹²¹² Sent. Cour Cass. Comm. 18 enero 2011, pourvoi n. 10-11.855 y Sent. Cour Cass. Comm. 20 mayo 2014, pourvoi n. 12-26.705.

¹²¹³ Sent. Cour Cass. Comm. 25 marzo 2014, pourvoi n. 12-29.534, *Bulletin* 2014, n. 4, n° 58, ECLI:FR:CCASS:2014:CO00326.

¹²¹⁴ STJUE 14 julio 2016, *Granarolo*, cit.

¹²¹⁵ STJUE 13 marzo 2014, *Brogssitter*, cit..

¹²¹⁶ STJUE 14 julio 2016, *Granarolo*, cit., FJ 23.

¹²¹⁷ *Ibid.*, FJ 26.

434. En el caso de que se ejercite esta acción por una de las partes de un contrato de franquicia, la existencia de un contrato entre las partes será indubitada. Además, en la gran mayoría de los casos, por no decir en todos, dicha relación contractual se encontraría formalizada por escrito, de forma que será muy sencillo probar su existencia. En consecuencia, una acción de estas características ha de calificarse como materia contractual a efectos del Reglamento. Cuestión distinta es que la responsabilidad alegada se efectivamente derive del incumplimiento de dicho contrato.

2.2.2.3. Vulneración de derechos de propiedad intelectual o industrial

435. Como en el caso anterior, las vulneraciones de estos derechos que se puedan producir por parte del franquiciado serán calificadas como materia contractual si es preciso consultar el contrato para saber si ha existido o no tal vulneración¹²¹⁸.

436. Ejemplo. Una acción ejercitada por un franquiciador que demanda al franquiciado porque éste sigue utilizando su nombre y su marca una vez ha finalizado el acuerdo de franquicia ha de considerarse como una acción contractual referida al “contrato de franquicia” y no como una acción extracontractual, pues se ha de consultar el contrato de franquicia para determinar las condiciones de uso de dicha marca y nombre comercial por el franquiciado¹²¹⁹.

437. En cuanto a las vulneraciones por terceros, generarán responsabilidad claramente calificable como responsabilidad en materia extracontractual, siempre que no exista entre ese tercero y el franquiciador o franquiciado encargado de custodiar los derechos ningún vínculo libremente asumido en relación a esos derechos. Para dilucidar quién está legitimado para ejercitar dicha acción, si el franquiciador o el franquiciado, será necesario consultar el contrato de franquicia. Esta cuestión, de fondo, se determinará conforme a la Ley aplicable al contrato, si bien ello no determina que la acción haya de ser calificada como “materia contractual”, pues no existe relación contractual alguna entre el tercero que vulnera los derechos y el actor.

438. Ejemplo. El franquiciado de *KFC* en Leicester comienza a sufrir importantes pérdidas porque un competidor ha comenzado a vender productos y a usar logos y material promocional muy similar al de *KFC*, a precios mucho más bajos¹²²⁰. La acción de *passing off* que podrá ejercitar el franquiciado será calificada como materia extracontractual. Otra cuestión es si el franquiciado está legitimado a ejercitarla, o lo

¹²¹⁸ STJUE 13 marzo 2014, *Brogssitter*, *cit.*.

¹²¹⁹ Este caso fue el que motivó la decisión del Privy Council australiano *J H Coles Pty Ltd v Need* (1934), AC 82. Otro ejemplo podría ser aquél en que el franquiciado está utilizando los derechos de autor del franquiciador (protegidos por *copyright*) para otro negocio que no forma parte del acuerdo de franquicia, como ocurrió en *Jeffrey Stone, Lynn Ashwell (trading as “Tyre 20”) v Fleet Mobile Tyres Limited* (2006) EWCA Civ 1209.

¹²²⁰ Ejemplo extraído de P. TORREMANS, *op. cit.*, p. 572.

estará únicamente el franquiciador, que es el auténtico titular de la marca. Esto se determinará conforme a la Ley que rija el contrato de franquicia entre franquiciador y franquiciado.

2.2.2.4. Vulneración del Derecho de la competencia

439. El TJUE ha declarado expresamente la posibilidad de que una de las partes de un acuerdo nulo en virtud del art. 101 TFUE pueda reclamar daños y perjuicios a la otra parte contratante, siempre que el reclamante no fuera el responsable de la conducta desleal¹²²¹. Este tipo de acciones han de ser consideradas como materia contractual, pues para determinar la posible responsabilidad de una de las partes contratantes se ha de tener en cuenta el contrato, y las condiciones que se han pactado en el mismo (si existe o no imposición de precios, por ejemplo).

440. También cabe la posibilidad de que las reclamaciones por la infracción de Derecho de la competencia no se sustenten en el propio contrato que une a franquiciador y franquiciado, sino en las actuaciones de una de estas partes con terceros (por ejemplo, un acuerdo entre franquiciadores del sector de la restauración para exigir a los franquiciados un canon de entrada muy similar). En estos casos, la acción ha de ser calificada como “materia extracontractual”, pues a pesar de la existencia de contrato entre franquiciador y franquiciado, dicha acción no “deriva” de tal contrato, y no es preciso consultar el mismo para dilucidar la responsabilidad del franquiciador, sino las relaciones de ese franquiciador con otros operadores económicos de su mismo sector¹²²².

2.2.3. Imposibilidad de aplicar las normas de producción interna de cada Estado miembro

441. Como ya se indicó al tratar el foro en materia contractual, el art. X. 33 del *Code de Droit Économique* belga contiene una norma de competencia judicial internacional relativa a estos contratos de “partenariado comercial”, entre los que se encuentra la franquicia¹²²³. Conforme a la misma, todos los litigios relacionados con los derechos de información precontractual respecto a un contrato de *partenariat commercial* quedarán sometidos a los tribunales belgas si la persona que es titular del

¹²²¹ STJCE 20 septiembre 2001, as. C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan*, RJ 2001, p. I-06297. El caso podría juzgado es fácilmente comparable al de un contrato de franquicia: el señor Crehan había firmado un contrato de alquiler de un “pub” con una gran empresa, en que se comprometía a la compra en exclusiva de la cerveza de una determinada marca. El Señor Cohen, tras fracasar su negocio, solicitó a su arrendador una indemnización por los daños ocasionados por dicho acuerdo contrario al art. 101 TFUE (en aquél momento, art. 81 TCE).

¹²²² Sobre una reclamación de este tipo calificada como extracontractual, STJUE 21 mayo 2015, *Cartel Damage*, *cit.*.

¹²²³ Art. X.33: “*La phase précontractuelle de l'accord de partenariat commercial relève de la loi belge et de la compétence des tribunaux belges, lorsque la personne qui reçoit le droit exerce l'activité à laquelle se rapporte l'accord principalement en Belgique*”.

derecho de información precontractual (en este caso, el franquiciado) ejerce la actividad a la que se refiere el contrato principalmente en el territorio belga¹²²⁴.

442. Al igual que ocurría con los litigios derivados de esta norma calificados como materia contractual (como los relativos a la solicitud de la nulidad del contrato), el art. X.33 CDE no tiene efecto alguno respecto a la determinación de la competencia de los litigios que sean calificados como materia extracontractual (solicitud de indemnización por daños y perjuicios por las informaciones erróneas proporcionadas por el franquiciador o reclamaciones de entrega de la información exigida por la Ley)¹²²⁵. En estos casos, si se pretende reclamar, tendrá que hacerse ante los tribunales que establezca el Reglamento Bruselas I bis: si no hay pacto de sumisión, ante los tribunales del domicilio del demandado o alternativamente ante los tribunales del lugar en que se haya producido el “hecho dañoso”¹²²⁶. No se modifica esta conclusión aunque esta norma pretenda tener, desde el punto de vista del Derecho belga, carácter de norma internacionalmente imperativa¹²²⁷. El ámbito de aplicación del art. X.33 CDE queda por lo tanto reducido a los casos en que no sea aplicable el Reglamento Bruselas I bis (casos, por ejemplo, en que las partes hayan acordado la sumisión a un tercer Estado, independientemente de donde se encuentren domiciliadas¹²²⁸).

ii. Domicilio del demandado en un Estado parte del Convenio de Lugano.

443. Una vez examinadas las normas de determinación de la competencia judicial internacional en los casos en que es aplicable el Reglamento Bruselas I bis, es decir, cuando el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea,

¹²²⁴ Como indica P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 112, n. 53, la redacción del precepto es ambigua, pero no cabe otra interpretación posible que entender que el foro previsto es aplicable a todas las situaciones en que una parte pretende hacer valer su derecho a la información precontractual conforme a lo dispuesto por estas normas, independientemente de que lo haga antes o después de la celebración del contrato. En el mismo sentido, J. TORO, “L’information précontractuelle dans le cadre d’accords de partenariat commercial en droit international privé”, *RDC*, n.9, 2006, pp. 923-933, p. 930.

¹²²⁵ Se dan por reproducidos los argumentos expuestos en relación al foro previsto para la terminación del contrato, y en especial los de la STJUE 19 diciembre 2013, *Corman Collins*, *cit.*.

¹²²⁶ V. RETORNAZ / B. VOLDERS, “Dissection d’un parapluie troué”, *RCDIP*, 2006, pp. 441-444; A. MOTTET HAUGAARD / M. VERHULST, *op. cit.*, p. 131; P. HOLLANDER, “Questions...”, *cit.*, p. 278.

¹²²⁷ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 113, refiriéndose a la doctrina y a la jurisprudencia relativa a las disposiciones sobre el contrato de concesión de venta, y a que el foro previsto para el mismo debe ceder en los casos europeos: Sent. Trib. Comm. Termonde 26 octubre 2001, *A.J.T.*, n. 2, 2001, p. 667; Sent. Trib. Comm. Bruxelles 10 diciembre 1987, *J.T.*, 1988, p. 197; Sent. Trib. Comm. Bruxelles 20 julio 1984, *T.B.H.*, 1985, p. 415; Sent. Trib. Comm. Gand 5 junio 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 151 y Sent. Trib. Comm. Gand 7 marzo 2005, *Tijdschrift*, n.2, 2006, p. 60.

¹²²⁸ En palabras de P. WAUTELET *op. cit.*, pp. 114-115: “*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 in fine celle-ci*”.

procede analizar la forma en que un tribunal de un Estado miembro determinará su competencia judicial internacional en el caso en que el demandado tenga su domicilio en un tercer Estado.

444. En general, esto se hará conforme a las normas de producción interna de cada Estado, pero de forma preliminar se ha de prestar atención a las reglas de compatibilidad del Reglamento Bruselas I bis con otros instrumentos, puesto que existen ciertos convenios internacionales suscritos en la materia que pueden influir en la cuestión. Estas reglas de compatibilidad del Reglamento Bruselas I bis (art. 67 a 73 RB-I bis), como las del Reglamento Bruselas I (arts. 67 a 72 RB-I), son más restrictivas que las del Convenio de Bruselas (art. 57 CB). Para la determinación de la competencia judicial internacional, el Reglamento únicamente admite la prevalencia de los convenios internacionales que contengan normas especiales de competencia judicial internacional si fueron suscritos por los Estados miembros antes de la entrada en vigor del propio Reglamento (art. 71.2 RB-I bis). También prevalecerán sobre el Reglamento aquellos Convenios suscritos por la Unión Europea con terceros Estados (art. 67 RB-I bis). Este es el caso del Convenio de Lugano, cuya última versión fue concluida en 2007 por la UE (*vid.* además art. 73.1 RB-I bis)¹²²⁹.

445. Este Convenio, llamado “Convenio de Lugano II” (“CLug II”) contiene un régimen paralelo al del Reglamento Bruselas I. Sus Estados parte son los Estados europeos y los Estados de la Asociación Europea de Libre Cambio (EFTA). En consecuencia, los tribunales europeos lo aplicarán como norma general cuando el demandado esté domiciliado en Islandia, Noruega o Suiza y también cuando se haya pactado la sumisión a uno de estos Estados¹²³⁰. Ahora que está en vigor el nuevo Reglamento Bruselas I bis, será preciso adoptar una nueva versión de este Convenio de Lugano para continuar con el paralelismo entre ambos instrumentos.

446. Los foros del Convenio de Lugano II que permiten atribuir competencia judicial internacional en el caso de un litigio relacionado con un contrato de franquicia son los mismos que contenía la versión previa del Reglamento de Bruselas I y por lo tanto han de interpretarse de la misma forma que éstos. Así, en primer lugar, se encuentran los foros relativos a la autonomía de la voluntad conflictual de las partes (art. 23 CLug II sobre la sumisión expresa y art. 24 CLug II sobre la sumisión tácita). En consecuencia, si se presenta ante un tribunal de un Estado miembro un litigio relativo a un contrato de franquicia en que una de las partes alega un pacto de sumisión a los tribunales de Noruega, Suiza o Dinamarca, éste tendrá que declararse

¹²²⁹ Como indica F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *cit.*, p. 87, el TJUE afirmó que la competencia para celebrar este Convenio corresponde en exclusiva a la UE: Dictamen n. 1/03 del TJUE (Pleno) de 7 febrero 2006 sobre “Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *RJ* 2006, p. I-1145 y ss.

¹²³⁰ El Convenio de Lugano II tiene el mismo ámbito de aplicación personal que el Reglamento Bruselas I.

incompetente. Dado que la regulación del Reglamento Bruselas I no ha sido modificada sustancialmente en esta materia en el Reglamento Bruselas I bis, en relación al resto de cuestiones problemáticas que pueda plantear la sumisión, se realiza una remisión al apartado correspondiente a este Reglamento, dándose por reproducidas las cuestiones expuestas en el mismo, y que tendrán la misma solución si se aplica el Convenio de Lugano.

447. En defecto de pacto, el foro general del domicilio del demandado (art. 2 CLug) permite atribuir la competencia a los tribunales suizos, noruegos o islandeses, pero no a los tribunales de los Estados miembros de la UE (si el domicilio del demandado estuviera en un Estado miembro de la UE, éste aplicaría para declararse competente el Reglamento Bruselas I bis, independientemente de donde estuviera domiciliado el demandante)¹²³¹. Alternativamente puede activarse el foro especial en materia contractual, que conforme a la postura defendida en este trabajo, supondrá la calificación del contrato de franquicia como un contrato de prestación de servicios y permitirá demandar ante los tribunales del lugar en que explote el establecimiento franquiciado (art. 5.1.b., guión segundo, CLug II).

448. Ejemplo. Un franquiciador con domicilio en Suiza contrata con un máster franquiciado con domicilio también en dicho Estado la creación de su red en Austria. Tras algunas desavenencias, el máster franquiciado pretende demandar al franquiciador ante los tribunales austríacos. ¿Serán estos competentes? Sí, serán competentes en virtud del foro especial por razón de la materia contenido en el art. 5.1.b., guión segundo, CLug. II.

449. Además del Convenio de Lugano II, solamente existe otro convenio internacional multilateral en materia civil y mercantil en vigor que contenga normas de competencia judicial internacional que puedan aplicarse a un contrato de franquicia. Se trata de la Convención de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro¹²³², en vigor para la Unión Europea, México y Singapur¹²³³. Pese a su corta existencia, ya se han efectuado las primeras reservas acerca de su utilidad práctica¹²³⁴. La Convención se limita a *acuerdos exclusivos de elección de foro en casos internacionales entre profesionales en asuntos civiles o comerciales* (art. 1), con una

¹²³¹ Respecto de este foro tampoco existe ninguna modificación sustancial respecto al Reglamento Bruselas I y Bruselas I bis.

¹²³² Para el texto en inglés y el resumen, <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt37en.pdf> (fecha última consulta: 20/03/2017).

¹²³³ Vid: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=98 (fecha última consulta: 20/03/2017).

¹²³⁴ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome II, p. 366; C. KESSEDIAN, “La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l’élection du for”, *JDI*, 2006, pp. 813 y ss, esp. p. 850. Como indican los autores, existen visiones más positivas en los trabajos de B. AUDIT, “Observations sur la Convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d’élection de for”, en VV.AA., *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 171 y ss.; L. USUNIER, “La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d’élection de for. Beaucoup de bruit pour rien?”, *Rev. Crit. DIP*, 2010, 37.

extensión opcional del capítulo sobre el reconocimiento y la ejecución a las resoluciones dictadas por un tribunal designado en un acuerdo no exclusivo de elección de foro (art. 22).

iii. Domicilio del demandado en otros Estados

1. Foros determinados por convenios internacionales

450. Cuando el domicilio del demandado se encuentre en un tercer Estado, y el caso no se encuentre cubierto por ninguno de los dos Convenios citados, los Estados miembros aplicarán sus normas de producción interna para determinar si son competentes para conocer de un litigio relacionado con un contrato de franquicia internacional. Dentro de dichas normas, será preciso en primer lugar prestar atención a los Convenios bilaterales suscritos por ese Estado miembro y un tercer Estado¹²³⁵.

451. Como ejemplo, se puede citar en relación a España el Convenio sobre competencia judicial suscrito con El Salvador¹²³⁶. Además del foro de competencia general del domicilio del demandado, este Convenio establece un foro especial en materia contractual: las personas domiciliadas en uno de los Estados partes, podrán ser demandadas ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviese de base a la demanda (art. 4). Esta formulación sigue, como puede observarse, el modelo del Convenio de Bruselas 1968, por lo que la jurisprudencia desarrollada en relación al mismo podría ser utilizada orientativamente para la interpretación de este artículo (determinación del lugar de cumplimiento en función de la Ley aplicable al contrato, selección de la obligación principal en caso de que sean varias las obligaciones que sirvan de base a la demanda...).

2. Foros determinados por las normas de producción interna: el caso de España

452. En ausencia de pacto atributivo de competencia, y en el caso de que ningún instrumento legal internacional sea aplicable, si el demandado tiene su domicilio en un tercer Estado la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros en materia de contratos de franquicia se regulará por las normas de producción interna de cada Estado. A este tipo de competencia se le conoce como “competencia residual”, pues entrará en juego únicamente en los supuestos no cubiertos por el Reglamento Bruselas I bis.

¹²³⁵ El Reglamento Bruselas I bis sustituye a los Convenios bilaterales que estuviesen en vigor entre dos Estados miembros siempre que sus ámbitos de aplicación coincidan (art. 69 RB-I bis), pero no afecta a la aplicación de estos otros convenios con terceros Estados.

¹²³⁶ Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000, BOE núm. 256, 25 octubre 2001, pp. 39.150-39.153.

453. La mayoría de las normas de producción interna de los Estados miembros cuentan con un sistema atributivo de competencia con foros alternativos, compuesto normalmente por un foro general (foro del domicilio del demandado) y varios foros especiales (foro en materia contractual, en materia extracontractual...), si bien existen algunas excepciones. En el cuadro incluido a continuación se puede encontrar una referencia a la normativa en que se regula esta competencia “residual” respecto del Reglamento en cada Estado miembro. El cuadro también recoge qué artículos de dicha normativa, en su caso, regulan el foro especial en materia contractual, el foro que se aplicará en el mayor número de casos relacionados con un contrato de franquicia.

| País | Normas de CJI aplicables a los contratos de franquicia | Foro especial en materia contractual |
|-------------|--|--|
| Alemania | Arts. 12-40 ZPO | Art. 29 |
| Austria | Jurisdiktionsnorm (JN) | Arts. 67 y 88 |
| Bélgica | Code de Droit international privé | Art. 97 |
| Bulgaria | Código de Derecho internacional privado | Art. 15 |
| Chipre | Cyprus Civil Procedure Rules | Art. 6.e |
| Croacia | Act concerning the resolution of conflicts of laws with the provisions of other countries in certain matters | Art. 55 |
| Dinamarca | Arts. 235-248 Retsplejeloven | Art. 242 |
| Eslovaquia | Ley n. 97/1963 de Derecho internacional privado | Art. 37.a.d |
| Eslovenia | Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (Ley de Derecho internacional privado) | Art. 56 |
| España | Art. 22 y ss. Ley Orgánica del Poder Judicial | Art. 22 quinquies |
| Estonia | Código de proceso civil | Art. 79 |
| Finlandia | Ley n. 4/1734 (Código de procedimiento judicial) | No existe foro especial en materia contractual |
| Francia | Arts. 42 y ss. Code de procédure civile | Art. 46.1 |
| Grecia | Kodikas Politikis Dikonomias (Código de proceso civil) | Art. 33 |
| Hungría | Decreto Ley CX/2000 de Derecho internacional privado | Art. 55 |
| Irlanda | Jurisdiction of Courts and Enforcement of Judgments Act 1998 | Aplicación de criterios RB-I bis por vía jurisprudencial |
| Italia | Legge 31 maggio 1995, n. 218 | Art. 3.2 |
| Letonia | Ley 14 octubre 1998 de Procedimiento Civil | No existe foro especial en materia contractual |
| Lituania | Código de Procedimiento Civil 2003 | Art. 30.9 |

| | | |
|--------------|---|--|
| Luxemburgo | Nouvelle Code de procédure civile | Art. 28 |
| Malta | Code of Organisation and Civil Procedure | Art. 742 |
| Países Bajos | Arts. 1-14 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Código de Proceso Civil) | Art. 6 |
| Polonia | Kodeks postępowania cywilnego (Código de Proceso Civil) | No existe foro especial en materia contractual |
| Portugal | Arts. 61 y ss. Código de Proceso Civil | Art. 74.1 |
| Reino Unido | Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982; Civil Procedural Rules (CPR) (Inglaterra y Gales) | Criterios jurisprudenciales resumidos en Rules of the Supreme Court Order 11 |
| R. Checa | Ley n. 97/1963 de Derecho internacional privado y procesal | No existe foro especial en materia contractual |
| Rumanía | Libro I Código de Proceso Civil | Art. 10 |
| Suecia | Ley 1942:740 (Código de Proceso Judicial) | Art. 4.10 |

Cuadro n. 13. Normas de producción interna aplicables a los contratos de franquicia¹²³⁷

454. Respecto de las diferencias entre estas normas, algunos Estados, como Italia, utilizan un sistema de remisión directa a las normas europeas, de forma que se aplicarán los arts. 4 y 7 RB-I bis a estos casos que quedan fuera de la aplicación del Reglamento¹²³⁸. Las normas del Reglamento se aplican también en otros Estados como Francia, Estonia, Hungría, Luxemburgo, Países Bajos y Eslovaquia, ya sea a través del mismo sistema de remisión directa, ya sea por interpretación jurisprudencial de las normas internas en concordancia con dicho instrumento¹²³⁹. En todos estos casos el foro especial en materia contractual contiene la regla especial para los contratos de compraventa y prestación de servicios. Los conceptos del Reglamento se han de

¹²³⁷ Datos obtenidos de los informes nacionales de la Comisión Europea sobre las normas de competencia judicial internacional de cada Estado Miembro: “Comparative study of “residual jurisdiction” in civil and commercial disputes in the EU”, 2007, disponibles en: <http://ec.europa.eu/civiljustice/> (fecha última consulta: 20/03/2017).

¹²³⁸ Art. 3.2 de la Legge 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, Suppl. ordinario n. 68, alla Gazz. Uff. n. 128, del 3 giugno 1995: “La giurisdizione sussiste inoltre in base ai criteri stabiliti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, firmati a Bruxelles il 27 settembre 1968, resi secutivi con la legge 21 giugno 1971, n. 804 (2), e successive modificazioni in vigore per l'Italia, anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione. Rispetto alle altre materie la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio”.

¹²³⁹ A. NUYTS, “Study on Residual Jurisdiction: Review of the Member States’ Rules concerning the residual jurisdiction of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations, General Report”, 2007, 156 p., p. 32.

interpretar en estos casos conforme a conceptos internos y no europeos, lo que podría hacer que la calificación de algunas acciones como materia contractual o extracontractual varíe de la que le concede la norma europea o el TJUE.

455. Ejemplo. Esta discrepancia podría darse en el caso de una acción presentada ante los tribunales franceses basada en la ruptura brutal de las relaciones comerciales derivadas de un contrato de franquicia suscrito entre un franquiciador norteamericano y un franquiciado francés. El franquiciado francés podrá demandar ante los tribunales franceses (lugar en que se ha producido el daño) en virtud del foro especial para materia extracontractual francés, por considerarse estas acciones como “materia delictual” en el Derecho francés. Esta calificación es distinta de la que sería otorgada a la acción si al caso se aplicara el Reglamento Bruselas I bis. Bajo este instrumento, al existir un contrato entre las partes del que podría derivar la responsabilidad por la ruptura, la acción se consideraría materia contractual, tal y como se ha justificado anteriormente (caso *Granarolo*¹²⁴⁰).

456. En otros Estados, el régimen vigente también presenta como alternativos el foro general del domicilio del demandado (en algunos casos, sustituido o combinado con la residencia habitual) y los foros especiales, si bien el foro especial en materia contractual se concreta exclusivamente en el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, manteniendo un régimen similar establecido por el Convenio de Bruselas 1968. Así lo hacen Austria, Bulgaria, Dinamarca, Alemania, Lituania, Portugal, Eslovenia, España y Rumanía¹²⁴¹. Por último, existen otros Estados que en relación a este foro especial en materia contractual presentan unas normas más alejadas de las soluciones europeas. Bélgica, Chipre, Grecia, Irlanda y Suecia utilizan exclusiva o cumulativamente el punto de conexión del lugar de celebración del contrato, e Inglaterra y Chipre el lugar de la ruptura del contrato¹²⁴². Inglaterra e Irlanda también permiten que sus tribunales se declaren competentes en todos los casos en que el contrato esté regido por la *Lex fori*, y Malta establece como punto de conexión que el contrato se haya celebrado en favor de un ciudadano con residencia en dicho Estado, siempre que la sentencia pueda ser posteriormente ejecutada allí¹²⁴³.

457. Para este trabajo se ha escogido desarrollar la normativa de producción interna aplicable en España. Además de por la familiaridad de la autora con este ordenamiento, esta elección se justifica, en primer lugar, porque se trata de un Estado que no reproduce el régimen ya estudiado del Reglamento Bruselas I bis, de forma que

¹²⁴⁰ STJUE 14 julio 2016, *Granarolo*, *cit.*.

¹²⁴¹ A. NUYTS, “Study...”, *cit.*, p. 32.

¹²⁴² Ver P. WAUTELET, “Les litiges contractuels transfrontaliers – le domaine résiduel du droit international privé: le droit belge”, en M. DEFOSSEZ / J. SENECHAL (eds.), *Enforcing contracts. Aspects procéduraux de l'exécution des contrats transfrontaliers en droit européen et international Les litiges contractuels transfrontaliers*, Larcier, Bruselas, 2008, pp. 133-159, y A. NUYTS, “Study...”, *cit.*, p. 31.

¹²⁴³ A. NUYTS, “Study...”, *cit.*, p. 31.

su estudio puede aportar algo nuevo a este trabajo. En segundo lugar, porque su régimen de competencia judicial internacional, inspirado en su base en el Convenio de Bruselas de 1968, es muy similar al de, al menos, otros diez Estados miembros, de forma que las conclusiones extraídas para el mismo pueden servir de punto de partida para el estudio de las normas de esos otros Estados.

458. En España, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles viene atribuida por los arts. 22 a 22 nonies de la Ley Orgánica del Poder Judicial, recientemente reformada (en adelante, “LOPJ”)¹²⁴⁴. De dichos artículos, la competencia residual de los tribunales españoles en los casos que puedan estar relacionados con un contrato de franquicia se determinará por los arts. 22 ter (foro general del domicilio del demandado) y 22 quinquies (foro especial en materia contractual y extracontractual). Estos foros serán analizados a continuación.

2.1. El foro del domicilio del demandado

459. El art. 22 ter LOPJ establece que serán competentes los tribunales españoles cuando el demandado tenga su domicilio en España (párrafo 1), siempre que dicha competencia no haya sido excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un tribunal extranjero (párrafo 4). Este foro, que teóricamente forma parte de la denominada “competencia residual”, no podrá aplicarse en la práctica en un caso relacionado con un contrato de franquicia para afirmar la competencia de los tribunales españoles, pues si el domicilio del demandado se encuentra en España, se encuentra en un Estado miembro, de forma que no sería de aplicación el art. 22 ter LOPJ, sino el art. 4 RB-I bis.

460. Ejemplo. Una sociedad franquiciadora domiciliada en USA suscribe un contrato de franquicia directa unitaria con un franquiciado español. El franquiciado español no procede a la apertura del establecimiento franquiciado, por lo que la empresa norteamericana decide demandarlo. ¿Puede hacerlo ante los tribunales españoles? Podrá hacerlo ante estos tribunales, porque son los tribunales del domicilio del demandado, pero no en virtud del art. 22 ter LOPJ sino del art. 4 RB-I bis, dado que el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea.

2.2. Foros especiales

2.2.1. Foro especial en materia contractual

461. El art. 22.quinquies a) LOPJ contiene un foro en materia contractual similar al art. 7.1.a RB-I bis. Según el mismo, serán competentes los tribunales españoles en

¹²⁴⁴ Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE 2 julio 1985.

materia de obligaciones contractuales cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España¹²⁴⁵.

2.2.1.1. Calificación de una acción como contractual

462. Para poder activar este foro, será preciso en primer lugar calificar la acción ejercitada como “contractual”. Resulta complejo determinar conforme a qué Derecho ha de realizarse tal calificación¹²⁴⁶. De todas las opciones (*lex fori*, *lex causae* o calificación independiente de Dipr. español), la más extendida, y sobre todo la utilizada por la mayoría de los tribunales es la calificación conforme a *lex fori*, es decir, conforme a Derecho español¹²⁴⁷. Así, será la Ley interna del foro la que determine si una determinada reclamación ha de considerarse como contractual o no, por ejemplo, las reclamaciones basadas en los contratos de ejecución, en la ruptura de tratos preliminares, en la infracción de la obligación de proporcionar información precontractual al franquiciado, etc. Estas cuestiones pueden recibir, por lo tanto, una calificación distinta de la que se le otorga en el Reglamento Bruselas I bis¹²⁴⁸.

463. La fuente principal para realizar la distinción entre ambas materias en Derecho español es el Código Civil, que reconoce una diferente naturaleza a la responsabilidad contractual y extracontractual en varios preceptos. De éstos, los principales son los arts. 1089 y 1101 CC, que establecen la diferencia entre las obligaciones nacidas de los contratos y de otros actos y omisiones, y la responsabilidad por contravenir las mismas¹²⁴⁹. En cualquier caso, como indica E. ROCA TRÍAS, la

¹²⁴⁵ Esta nueva redacción, introducida por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 julio, sustituye el sistema anterior, que prevería el tradicional *forum celebrationis* junto al *forum executionis*.

¹²⁴⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 864.

¹²⁴⁷ Así lo ha hecho la jurisprudencia, por ejemplo la SAP La Coruña (Secc. 6) 15 junio 2015, n. 168/2015, sobre un contrato de compraventa entre una empresa española y otra portuguesa al que erróneamente se aplica el art. 22 LOPJ y la SAP Barcelona (Secc. 16) 8 abril 2014, n. 190/2014, contrato de distribución en que la obligación incumplida es el pacto de exclusiva. Esta tesis ha sido defendida también por M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución en contratación internacional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 33; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, p. 29; M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 158.

¹²⁴⁸ Como indica H. GAUDEMET-TALLON *Compétence...*, *cit.*, pp. 165-166, un ejemplo sería el daño cometido en los tratos preliminares a un contrato, la *culpa in contrahendo*, que se considera como materia extracontractual en Alemania y como materia contractual en Francia. Ante un litigio franco-alemán sobre dicho daño podría ser resuelto de forma diferente por los tribunales franceses y los alemanes. Sobre este distinto tratamiento de las negociaciones precontractuales la autora cita, entre otros a P. MOUSSERON, “Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle”, *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1998, p. 248 y ss.

¹²⁴⁹ Art. 1089 CC: “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia” y art. 1101 CC: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

distinción entre ambos tipos de responsabilidad no es sencilla, por lo que se hace preciso recurrir a los criterios que ha establecido el Tribunal Supremo español¹²⁵⁰.

464. A este respecto, el Alto Tribunal se ha pronunciado de forma muy similar a cómo lo ha hecho posteriormente el TJUE. Así, existirá responsabilidad contractual cuando se cumpla un doble requisito: (i) que entre las partes exista un contrato o una relación contractual y (ii) que se produzca un daño que resulta de la violación de aquél¹²⁵¹. En sentido contrario, se considerará como responsabilidad extracontractual aquella en que no exista tal contrato entre las partes, o bien aquella que, existiendo tal contrato, no derive de aquél¹²⁵². En aplicación de estas Sentencias, la doctrina ha puesto de manifiesto que la mayor diferencia entre ambos tipos de responsabilidad será su “fuente”: en la responsabilidad contractual, su fuente es el contrato, la voluntad de las partes, mientras que en la extracontractual lo es el hecho ilícito, sin que exista ningún deber previo más allá del “*alterum non laedere*”¹²⁵³.

465. Además, a diferencia del TJUE, el Tribunal Supremo reconoce la existencia de zonas mixtas, es decir, de acciones que pueden ser calificadas tanto de contractuales como de extracontractuales, en aquellos casos en que el incumplimiento deriva del contrato pero se refiere a bienes con una importancia tal que existe también sobre los mismos un deber general de protección establecido por la ley¹²⁵⁴. Esto supone que una acción relativa a estas materias mixtas el demandante podrá demandar en España tanto si se considera que la obligación incumplida debía cumplirse en España como si se considera que el daño ha tenido lugar en España. Un ejemplo aplicado a la franquicia podría ser la acción ejercitada por el franquiciado frente al franquiciador solicitando responsabilidad por haberse lesionado durante la formación que éste le impartió.

2.2.1.2. Determinación de la obligación contractual

466. Este foro no prevé, al contrario del Reglamento de Bruselas I bis, una norma especial para los contratos de compraventa ni de prestación de servicios que permita en

¹²⁵⁰ E. ROCA TRÍAS / M. NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 46.

¹²⁵¹ Por todas, STS n. 1135/2008, de 22 diciembre 2008, FJ 4: “La responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquel y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo -el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1258 CC - y otro subjetivo -la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe-”.

¹²⁵² En palabras del TS, STS n. 1135/2008, de 22 diciembre 2008, FJ 4: “Es aplicable el régimen de responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo”.

¹²⁵³ E. ROCA TRÍAS / M. NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, pp. 46-47.

¹²⁵⁴ A esta doctrina la ha llamado el Tribunal Supremo “principio de unidad de culpa civil”, *vid.* STS n. 607/2010, de 7 octubre 2010, FJ 3 y STS n. 202/2008, de 13 marzo 2008, FJ 3.

estos casos señalar un único tribunal competente para todos los litigios derivados de un único contrato. El art. 22 quinquies a) únicamente hace referencia al lugar de cumplimiento de la “obligación objeto de la demanda”, es decir, que la obligación relevante a efectos de determinar la competencia judicial internacional será la obligación específica objeto de litigio.

467. Si bien es cierto que la regulación de la competencia judicial internacional en la LOPJ está inspirada por el modelo de Bruselas, en este punto existe una clara divergencia. Interpretar el texto español como si el legislador hubiera querido adoptar la totalidad de la regulación europea, es decir, el art. 7.1 RB-I bis con sus tres apartados, cuando no lo ha hecho, sería una interpretación *contra legem*, más aún teniendo en cuenta lo reciente de la reforma¹²⁵⁵. En consecuencia, no se puede calificar el contrato de franquicia como un “contrato de prestación de servicios” a efectos de este artículo ni considerar como obligación contractual relevante a efectos del mismo la explotación del negocio por parte del franquiciado, sino que se tendrá que determinar cuál es la obligación objeto del pleito en concreto, así como su lugar de cumplimiento¹²⁵⁶. Esta es la postura que ha seguido la jurisprudencia española en relación a otros contratos que podían haber sido calificados como “prestaciones de servicios” si se hubiera determinado la competencia conforme al Reglamento Bruselas I bis¹²⁵⁷.

468. Ejemplo. Un franquiciado español que explota un establecimiento en España pretende demandar a su franquiciador y solicitar la resolución judicial del contrato y una indemnización, por considerar que éste está incumpliendo la obligación de proporcionarle formación durante el desarrollo del negocio. El franquiciador tiene su sede en Canadá y en el contrato no consta cláusula de sumisión. ¿Puede el franquiciado presentar su demanda ante los tribunales españoles?

469. Dado que no existe acuerdo de sumisión y que el demandado tiene su domicilio en un tercer Estado, para determinar la competencia de los tribunales españoles será necesario aplicar las normas de competencia judicial internacional de producción interna españolas y en concreto el art. 22 quinquies a) LOPJ. Por lo tanto, serán competentes los tribunales españoles si la obligación objeto de la demanda, es

¹²⁵⁵ Antes de la misma, se había sugerido seguir la tendencia de la evolución europea e “integrar” este foro con su análogo en el Reglamento Bruselas I bis, lo que implicaría considerar implícita la norma del art. 7.1.b RB-I bis relativa a los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios. Ver A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 864.

¹²⁵⁶ En el mismo sentido respecto a la versión anterior, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho...*, cit., p.483; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 270.

¹²⁵⁷ SAP Madrid 9 junio 2006, relativa a un contrato de mandato: “para determinar, por tanto, la competencia, habrá de estarse a lo que constituya la causa de pedir del actor; es decir, la relación jurídico material controvertida en el pleito, que determinará si la relación negocial en que se sustenta la demanda ha nacido o no en España”; también AAP Barcelona 16 marzo 2005, contrato de transporte, que considera como la obligación a tener en cuenta la que sirve de base al litigio, es decir, la de entrega de las mercancías.

decir, la obligación de prestar formación al franquiciado, tendría que haberse cumplido en España.

470. En consecuencia de lo expuesto, cuando se aplique el art. 22 quinquies LOPJ no será preciso determinar *a priori* si el contrato del que deriva la acción ejercitada (contrato de franquicia directa, contrato de máster franquicia, contrato de franquicia de área...) es un contrato de prestación de servicios. En este sentido, no será necesario calificarlos¹²⁵⁸.

471. En cualquier caso, lo anterior no significa que la aplicación del precepto se encuentre exenta de dificultades. La norma deja sin resolver muchas cuestiones, como qué hacer si la demanda se basa en el incumplimiento de varias obligaciones contractuales. En estos casos, ante la ausencia de criterio por el legislador interno, podría ser una solución la aplicación analógica de la fórmula europea utilizada para los casos incluidos en el art. 7.1.a RB-I bis: si existe una obligación principal respecto a las demás, debe ser ésta la tenida en cuenta para precisar el lugar de ejecución (caso *Shenavai*¹²⁵⁹). En el caso de que se reclamen obligaciones de importancia equivalente, la única solución será la comprobación de la competencia del tribunal español respecto a cada una de ellas, lo que puede conducir a una dispersión del contencioso¹²⁶⁰.

2.2.1.3. Determinación del lugar de cumplimiento de la obligación contractual

472. Otra cuestión que precisa aclaración es la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación objeto del pleito, respecto a la que no se ha pronunciado expresamente la jurisprudencia. Dado que, como se ha indicado, el precepto es de inspiración europea, lo más acertado parece ser determinar ese lugar como se hace con el art. 7.1.a RB-I bis, su homólogo europeo. De esta forma, para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación debe aplicarse la Ley que regula el contrato, que tendrá que ser determinada conforme al Reglamento Roma I. En la mayor parte de los Derechos nacionales se permite a los contratantes pactar el lugar de cumplimiento de una obligación. Ese lugar pactado será el tenido en cuenta a efectos del art. 22 quinquies a) LOPJ siempre que el pacto sea válido conforme a la Ley que regula el contrato¹²⁶¹.

¹²⁵⁸ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 270.

¹²⁵⁹ STJCE 15 enero 1987, *Shenavai*, *cit.*, FJ 14, 16 y 18, sobre la determinación de la obligación relevante a efectos del art. 5.1º CB en relación a un litigio sobre el pago de honorarios de un arquitecto. *Vid.* también la STJCE 26 mayo 1982, as. 133/81, *Ivenel v. Schwab*, *RJ* 1982, pp. 1891 y ss, sobre una demanda basada en varias obligaciones que resultan de un único contrato de representación.

¹²⁶⁰ Ver en Francia la Sent Cour Cass. Civ. 1re 3 octubre 2006, *JDI Clunet*, 2007, Enero-Marzo, n. 2, pp. 132-139, nota V. EGÉA / D. MARTEL, p. 137.

¹²⁶¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 864.

473. Ejemplo. En el caso proporcionado en el ejemplo anterior, ¿cómo se determina si la obligación de impartir formación al franquiciado tenía que cumplirse en España?

474. Para ello se tendrá que recurrir a la Ley aplicable al contrato. En primer lugar, habrá que consultar si la misma permite que las partes acuerden el lugar de cumplimiento de una obligación. En caso afirmativo, habrá que consultar el contrato para comprobar si existe algún acuerdo de las partes al respecto. En caso de que no exista tal acuerdo, o que el Derecho aplicable no lo considere una materia disponible, se estará a lo que disponga dicho Derecho aplicable. Si la Ley aplicable al caso fuera la española, a falta de acuerdo entre las partes, el lugar previsto para el pago del deudor es el de su propio domicilio (art. 1171 CC), de forma que no podrían declararse competentes los tribunales españoles, pues se consideraría que la formación debía prestarse en Canadá.

475. Para resolver los casos problemáticos también se ha de tener en cuenta esa inspiración en el precepto europeo y aplicar la jurisprudencia del TJUE en relación al Convenio de Bruselas y al art. 7.1.a RB-I bis¹²⁶². No obstante, se ha de recordar que este foro especial, a diferencia de los foros de Bruselas, determina la competencia judicial internacional pero no la territorial, que quedaría sujeta a la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que se tendrán que realizar algunas adaptaciones. Por ejemplo, en los casos en que existen pluralidad de lugares de cumplimiento de la obligación objeto del pleito, y todos ellos se encuentren en España, el tribunal territorialmente competente se determinará conforme a la LEC¹²⁶³. En los casos en que resulte imposible determinar el lugar de cumplimiento de la obligación, por resultar por ejemplo indefinido o extensible a todo el mundo (como una obligación de no competencia sin limitación geográfica) el foro no debería activarse, pues, al igual que ocurría en los casos cubiertos por el Reglamento, se perdería la previsibilidad del tribunal competente y el riesgo de sentencias contradictorias sería muy alto¹²⁶⁴.

2.2.1.4. Casos que requieren soluciones específicas

476. Como se indicó en relación al Reglamento Bruselas I bis, existen algunos casos en los que la aplicación del foro especial en materia contractual puede presentar ciertas dudas. A continuación se analizará la posible solución de cada uno de esos casos a la luz de las normas de producción interna españolas.

¹²⁶² J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho...*, cit., p. 481; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 864; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, cit., p. 113.

¹²⁶³ M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ *op. cit.*, p. 158.

¹²⁶⁴ STJCE 19 febrero 2002, *Besix*, cit..

2.2.1.4.1. La acción directa del consumidor frente al franquiciador

477. Como se indicó en su momento, las acciones que un consumidor pueda entablar contra el franquiciador de un bien o producto no se consideran como materia de contratos de consumo a efectos del Reglamento Bruselas I bis, pues no existe relación contractual alguna entre ambos. Estas acciones tampoco se consideraban “materia contractual” en general, sino que fueron calificadas por el TJUE como “materia delictual”¹²⁶⁵. En resumen, si el franquiciador está domiciliado en la Unión Europea el consumidor únicamente puede demandarle ante los tribunales del domicilio de dicho franquiciador o bien ante los tribunales del lugar en que se haya producido el hecho dañoso.

478. Si la acción directa pretende interponerse por dicho consumidor en España, y el franquiciador se encuentra domiciliado en un tercer Estado no será de aplicación el Reglamento sino las normas de competencia judicial internacional de producción interna españolas. En este punto, se ha de calificar la acción para ver si, en Derecho español, la misma ha de ser considerada como “materia contractual” o “materia extracontractual”, o incluso “materia de contratos celebrados por consumidores”, pues el art. 22 quinquies letra d) cuenta con un foro específico al efecto. Dicho artículo otorga competencia a los tribunales españoles cuando el consumidor tiene su residencia habitual en España. El concepto español de consumidor resulta más amplio que el europeo. En primer lugar, no solamente se consideran como consumidores a las personas físicas, sino que también se puede considerar como tales a las personas jurídicas, siempre que actúen sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (art. 3 TRLGDCU)¹²⁶⁶. En segundo lugar, la jurisprudencia ha calificado en alguna ocasión las acciones directas como generadoras de responsabilidad contractual, aunque no exista en estos casos contrato entre las partes¹²⁶⁷. Si se siguiera esta línea jurisprudencial, la acción directa del consumidor al franquiciador residente en un tercer Estado podría ser planteada ante los tribunales españoles siempre que el consumidor tenga su residencia habitual en España (art. 22 quinquies d) LOPJ). En el caso de que se consideren estas acciones directas como extracontractuales, el consumidor únicamente podrá demandar en España si se considera que ha sido en territorio español donde ha ocurrido el hecho dañoso (art. 22 quinquies b) LOPJ).

479. Si el consumidor desea interponer la demanda frente al franquiciado y se trata de un supuesto internacional, la materia quedaría cubierta por el Reglamento

¹²⁶⁵ STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, *cit.*.

¹²⁶⁶ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE núm. 287, de 30 noviembre 2007, última actualización disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555> (fecha última consulta 20/03/2017).

¹²⁶⁷ SSTS 6 mayo 1998, n. 394/1998 (reclamación al INSS por parte de unos pacientes, calificada como contractual) y 5 mayo 2010, n. 272/2010 (reclamación a fabricante de cigarrillos por un consumidor que sufre una enfermedad producto del tabaco, calificada como extracontractual).

Bruselas I bis, pues las normas sobre contratos de consumo (arts. 17-19 RB-I bis) se aplican independientemente del domicilio del demandado.

2.2.1.4.2. Contratos con condiciones generales de la contratación

480. Como se indicó en relación al Reglamento, muchos Estados europeos cuentan con normas sobre condiciones generales de la contratación que se aplican no sólo a los contratos concluidos con consumidores sino a todo tipo de contratos. Muchas de estas normas contienen disposiciones sobre competencia judicial internacional. A diferencia de lo que ocurre cuando se aplica el Reglamento, estas disposiciones son plenamente aplicables en los casos que quedan sujetos a las normas de producción interna de los Estados miembros.

481. Estas disposiciones pueden ser de varios tipos. Puede ser que establezcan normas de competencia especiales para los casos en que se ejerciten acciones destinadas a cuestionar la validez de una condición general. Este es el caso español, que para las acciones de nulidad o no incorporación al contrato de una cláusula contenida en unas condiciones generales de la contratación designa como competentes a los tribunales del domicilio del demandante. Cuando las acciones a ejercitar sean la declarativa, la de cesación o la de retractación, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento, y a falta de éste, el de su domicilio, y si el demandado careciere de domicilio en el territorio español, los tribunales del lugar en que se hubiera realizado la adhesión (art. 52.14^a LEC)¹²⁶⁸. Este precepto si bien está incluido en las normas sobre competencia territorial, parece hacer referencia en su último inciso a los casos internacionales, de forma que sería preciso tenerlo en cuenta.

482. También puede que las normas de los Estados miembros contengan restricciones en cuanto a la incorporación de pactos de sumisión o de elección de Ley en unas condiciones generales de la contratación. En España, esta normativa existe pero únicamente se aplica a los contratos suscritos con consumidores. Respecto a los mismos, se considerará abusiva no solo toda condición general, sino también toda cláusula contractual que establezca la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo o a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, lugar de cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien adquirido si fuera inmueble, así como la elección de un Derecho extranjero respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el empresario haya dirigido su promoción (art. 90 LGDCU)¹²⁶⁹.

¹²⁶⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE n. 7 de 8 enero 2000, versión consolidada oficial disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&p=20151028&tn=0>

¹²⁶⁹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE núm. 287, de 30 noviembre 2007.

2.2.1.4.3 Contratos de ejecución del contrato de franquicia

483. Dado que la normativa española no contiene una norma especial de competencia para los contratos de prestación de servicios, no se planteará la problemática que surgía en el ámbito del Reglamento Bruselas I bis en cuanto a la calificación de las acciones derivadas de un contrato de ejecución del contrato de franquicia. Como en el caso de la norma española del art. 22 quinquies a) LOPJ únicamente se ha de calificar la obligación “objeto de la demanda”, habrá que prestar atención a dicha obligación independientemente del contrato en que se encuentre inserta.

484. Ejemplo. Un franquiciador con sede en España pretende demandar a su franquiciado con sede en México DF ante los tribunales españoles, para reclamar el pago del último de los pedidos de productos franquiciados que le ha enviado. No existe pacto de sumisión entre las partes. ¿Son competentes los tribunales españoles?

485. En ausencia de pacto, dado que el demandado se encuentra domiciliado en un tercer Estado, se aplicaría el art. 22 quinquies, letra a) LOPJ para determinar si el franquiciador puede demandar en España. El tribunal tendría que determinar si la obligación de pago hubo de cumplirse en España conforme a los datos fácticos del caso sin necesidad de determinar si dicha obligación pertenece al contrato marco de franquicia o a un contrato de ejecución de suministro.

486. No obstante, se pueden presentar algunas dificultades en la aplicación de esta norma, tanto en la identificación de la obligación objeto de la demanda como del lugar del pago. La primera de ellas estará relacionada con la presencia de una cláusula de sumisión en el contrato marco, en la que no se indique expresamente su aplicación a las demandas surgidas de los contratos de ejecución de dicho contrato marco. Si en ese caso se presenta una demanda frente a un demandado con domicilio en un tercer Estado basada en el incumplimiento de una de las obligaciones derivadas del contrato de ejecución, la interpretación de la extensión de dicha cláusula se ha de realizar conforme a criterios europeos, puesto que el foro de la sumisión expresa está en todo caso regulado por el Reglamento Bruselas I bis, independientemente del domicilio del demandado. Sólo en el caso de que se considere que la cláusula de sumisión no cubre la reclamación objeto de la demanda, se tendrá que examinar si los tribunales españoles son competentes conforme al art. 22 quinquies, letra a) LOPJ.

487. Ejemplo. Un franquiciador con sede en España pretende demandar a su franquiciado con sede en México DF ante los tribunales españoles, para reclamar el pago del último de los pedidos de productos franquiciados que le ha enviado. El contrato de franquicia contiene una cláusula de sumisión a los tribunales españoles, pero no se concreta nada sobre si dichos tribunales serán también competentes para conocer

de los asuntos derivados de los suministros entre las partes ¿Son competentes los tribunales españoles?

488. La extensión de la cláusula de sumisión ha de interpretarse conforme a criterios europeos, dado que el foro de la sumisión expresa queda siempre cubierto por el Reglamento Bruselas I bis. El tribunal español debería estimar que, conforme a las mismas, se ha de seguir el principio “contrato por contrato”, de forma que estos suministros tendrán que considerarse como contratos de ejecución, autónomos del contrato de franquicia a efectos de competencia. En consecuencia, la cláusula de sumisión no se les debería aplicar. En ausencia de pacto, dado que el demandado se encuentra domiciliado en un tercer Estado, se aplicaría el art. 22 quinquies a LOPJ para determinar si el franquiciador puede demandar en España. Para ello, tendrá que localizar el lugar de cumplimiento de esa obligación de pago consultando la Ley aplicable al contrato. Si esa Ley fuera la española por la existencia de un pacto válido en virtud del art. 3 RR-I, el pago se ha de realizar, salvo pacto entre las partes, en el domicilio del deudor (art. 1171 CC). Dicho domicilio se encuentra en México DF, por lo que los tribunales españoles no tendrían competencia para conocer del caso.

489. Otro problema que puede surgir en estos casos en que se ven implicadas obligaciones derivadas de los contratos de ejecución es que no exista una, sino varias obligaciones que sean “objeto de la demanda”, y que unas de ellas provengan del contrato marco de franquicia mientras que otras se basen en uno de sus contratos de ejecución, o que cada una de ellas se base en un contrato de ejecución distinto. ¿Se podrá determinar entonces la “obligación principal” respecto de todas ellas, aunque estén basadas en distintos contratos, o el tribunal español tendrá que afirmar su competencia una por una, de forma que podría darse el caso de que se pueda declarar competente para conocer de unas y no de otras, lo que llevaría a una dispersión del contencioso? La jurisprudencia europea, de la que proviene la solución de la selección de la “obligación principal”, solamente se refiere a dicha reagrupación si los litigios se basan en distintas obligaciones de un mismo contrato¹²⁷⁰. Si se tiene ello en cuenta, la solución más correcta parece ser la de examinar la competencia de los tribunales para cada obligación controvertida, sin que sea posible la “reagrupación” del contencioso ante los tribunales de la obligación principal.

490. Ejemplo. Un franquiciador con sede en España pretende demandar a su franquiciado con sede en Moscú ante los tribunales españoles, para reclamar el pago del último de los pedidos de productos franquiciados que le ha enviado así como el pago de los cánones de publicidad correspondientes al primer año, pactados en el contrato marco de franquicia. ¿Son competentes los tribunales españoles para conocer del caso?

491. Para examinar su competencia, el tribunal español tendrá que examinar si es España el lugar del pago tanto de los pedidos de productos como de los cánones de

¹²⁷⁰ STJCE 15 enero 1987, *Shenavai*, cit., FJ 19.

publicidad, de forma que puede que resulte competente respecto de ambas reclamaciones, una de ellas, o ninguna.

2.2.1.4.4. Acciones colectivas y contratos de franquicia

492. Como se verá más adelante en relación a la Ley aplicable, para que se pueda plantear una acción colectiva ante unos tribunales, las normas procesales del foro han de permitir actuar como parte en estos procesos a grupos, asociaciones y/o clases en todo tipo de procedimientos. Esto no ocurre en España, donde las acciones colectivas se encuentran únicamente previstas en materia de consumo y de igualdad de hombres y mujeres¹²⁷¹. En consecuencia, los franquiciados españoles de una empresa domiciliada en un tercer Estado, por ejemplo, en Canadá, no podrán plantear ante los tribunales españoles una acción de clase contra su franquiciador aunque sí se lo permita el Derecho aplicable a la reclamación.

493. En cualquier caso, aún cuando se permitiera accionar de forma colectiva respecto a la totalidad de las materias, las normas de competencia judicial internacional de la LOPJ no están preparadas para responder a los casos de acciones colectivas que puedan ejercitarse en materia contractual, pues fueron concebidas para relaciones entre dos partes contratantes. Prueba de ello es el punto de conexión del art. 22 quinquies, letra a), localizado en el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, un factor que puede variar contrato a contrato.

2.2.2. Foro especial en materia extracontractual

494. La normativa española contiene un foro similar al del art. 7.2 RB-I bis en el art. 22 quinquies b) LOPJ, que hace competentes a los tribunales españoles cuando “el hecho dañoso se haya producido en territorio español”. Este precepto está inspirado en el art. 7.2 RB-I bis, de forma que todo lo dicho en torno a la interpretación del texto europeo ha de valer también para una correcta lectura de este artículo¹²⁷². La sola diferencia entre la redacción de ambos reside en que la norma española hace únicamente referencia a que el daño “se haya producido” y no a que “vaya a producirse”, lo que parece excluir las acciones preventivas. Sin embargo, una interpretación amplia de este precepto, aconsejada por la doctrina, también supondría la inclusión en el mismo de estas acciones preventivas¹²⁷³.

495. El único extremo en que ambos cuerpos normativos difieren es la cuestión ya expuesta de la calificación de la acción como materia contractual y extracontractual,

¹²⁷¹ L. GARCÍA ÁLVAREZ, *Daños...*, cit., p. 225.

¹²⁷² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 1312; M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 198.

¹²⁷³ En relación a la versión anterior del precepto y sobre la necesidad de su interpretación amplia, L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones...*, cit., p. 123.

que a efectos de la norma española ha de realizarse conforme a *lex fori*, principalmente en atención Código Civil y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Según la misma, como ya se indicó, se considerará como responsabilidad extracontractual toda reclamación en la que no exista tal contrato entre las partes, o bien en la que, existiendo tal contrato, dicha reclamación no derive de aquél. En otras palabras, han de tratarse de daños “ajenos a la naturaleza del negocio”¹²⁷⁴. Como también se indicó, esta delimitación es muy similar a la ofrecida por el TJUE en relación a los conceptos autónomos del Reglamento¹²⁷⁵. Pese a ello, resulta conveniente estudiar a continuación cómo ha sido aplicada la misma por los tribunales españoles a los casos más problemáticos, pues la calificación que se le haya podido dar a los mismos puede diferir de la otorgada bajo el Reglamento Bruselas I bis.

2.2.2.1 Defectos en la información precontractual

496. En cuanto a la calificación de las acciones relativas a los defectos en la información precontractual, se hace preciso distinguir, como se hizo en sede del Reglamento, entre aquellos casos en que dichos defectos hayan desembocado en la firma del contrato y aquellos otros en que hayan supuesto una ruptura de las negociaciones.

497. En el primero de los casos, en que mediante las acciones ejercitadas se reclame la nulidad del contrato o una reducción de las obligaciones del franquiciado, en atención a que dicha información proporcionó al mismo unas expectativas sobre sus ganancias que no han sido cumplidas, estas acciones deberían ser calificadas como materia contractual, pues previamente a la demanda “existe” un contrato entre las partes (independientemente de su validez) y el daño producido por los defectos en la información obviamente repercuten en dicho contrato. Se trata de un caso de *culpa in contrahendo*, que emana de un vicio de la voluntad causado culpablemente por una de las partes durante el proceso formativo del contrato, pero cuyos efectos se manifiestan en el propio contrato y que en España se ha calificado por la doctrina como responsabilidad contractual¹²⁷⁶.

498. En cuanto a la calificación de las acciones relativas a la responsabilidad por ruptura de los tratos preliminares, se trata de una de las cuestiones tradicionalmente más

¹²⁷⁴ En palabras del TS, STS n. 1135/2008, de 22 diciembre 2008, FJ 4: “Es aplicable el régimen de responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo”.

¹²⁷⁵ M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 198.

¹²⁷⁶ L. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993, p. 274. Esta es la calificación que en su momento defendió el creador de la teoría de la *culpa in contrahendo*, R. VON JHERING, “Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, en *Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, tomo 4, 1861, basándose en Derecho romano, que otorgaba una *actio ex contractu* a la víctima del daño causado durante la fase preparatoria del contrato.

debatidas por la doctrina civilista española¹²⁷⁷. La jurisprudencia, en cambio, se ha manifestado firmemente a favor de su calificación como una cuestión extracontractual, subrayando precisamente la falta de contrato, calificación que parece la más conforme a los criterios del Tribunal Supremo antes mencionados y que además proporciona una interpretación uniforme a la del Reglamento de Bruselas¹²⁷⁸.

2.2.2.2 Interrupción de las relaciones comerciales

499. La interposición en España de una acción basada en el art. L.442-6 I 5° del *Code de Commerce* francés que requiera la aplicación de las normas de la LOPJ resulta muy remota. La mayoría de estos casos quedarán dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis por tener el demandado su domicilio en un Estado miembro.

500. En cualquier caso, si se planteara esta acción ante los tribunales españoles y se tuviera que calificar la misma como contractual o extracontractual a efectos del art. 22 quinquies LOPJ, se debería seguir una solución similar a la adoptada por el TJUE a nivel del Reglamento, esto es, será preciso evaluar si existe una relación contractual previa entre las partes, aunque sea un contrato tácito, que establezca la continuidad de esas relaciones entre las partes¹²⁷⁹. En caso afirmativo, la acción se calificará como contractual, y en su defecto como extracontractual. Esto se debe a que, en Derecho español, no existe un precepto similar al francés, que sancione la ruptura de las relaciones comerciales de forma independiente a la existencia de un contrato que las regule.

2.2.2.3 Vulneración de derechos de propiedad intelectual

501. Cuando la vulneración de los derechos de propiedad intelectual del franquiciador ha sido realizada por el propio franquiciado, y dichos derechos han sido los cedidos en el contrato de franquicia, las acciones que se puedan ejercitar reclamando el cese de tal vulneración o una indemnización serán materia contractual, pues existe un contrato entre las partes y se trata de daños relativos a la naturaleza de ese contrato, y no “ajenos” a la misma¹²⁸⁰.

502. Ejemplo. Un franquiciador español desea demandar a su franquiciado para el territorio de Marruecos porque éste sigue utilizando su nombre y su marca una vez ha finalizado el acuerdo de franquicia entre ambos. Esta acción ha de calificarse como una acción contractual y no como una acción extracontractual, pues la misma deriva del contrato entre las partes, que es el que le permitió en un momento utilizar dicha insignia

¹²⁷⁷ M. MEDINA ALCOZ, “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”, *Revista de Derecho privado*, n. 5-6, 2005, pp. 78-106, p. 86.

¹²⁷⁸ STS 16 mayo 1988, n. 405/1988, FJ 3; STS 16 diciembre 1999, n. 1091/1999, FJ 2.

¹²⁷⁹ STJUE 14 julio 2016, *Granarolo*, *cit.*.

¹²⁸⁰ STS n. 1135/2008, de 22 diciembre 2008, FJ 4.

y que se ha de consultar para determinar las condiciones de dicho uso por el franquiciado¹²⁸¹.

503. En cambio, si la vulneración de dichos derechos es realizada por terceros, o bien por el propio franquiciado en un contexto ajeno al contrato entre éste y el franquiciador, la cuestión debería ser calificada como materia extracontractual, y el foro por lo tanto determinado por el art. 22 quinquies, letra b LOPJ.

504. Ejemplo. El franquiciado de *Starbucks Coffee* en Murcia comienza a sufrir importantes pérdidas porque un competidor ha comenzado a vender productos y a usar logos y material promocional muy similar al de la marca *Starbucks*, a precios mucho más bajos¹²⁸². La acción que podrá ejercitar el franquiciado frente a dicho competidor será calificada como materia extracontractual si se trata de un litigio internacional.

2.2.2.4 Vulneración del Derecho de la competencia

505. Aplicando la misma distinción que en el apartado anterior, si se ejercita una acción por una de las partes del contrato de franquicia reclamando daños y perjuicios a la otra parte porque su acuerdo resulta nulo conforme al Derecho de la Competencia aplicable, la acción deberá ser calificada como materia contractual. En este tipo de reclamaciones existe (i) un contrato entre las partes, independientemente de que posteriormente a su suscripción el mismo pueda considerarse nulo y (ii) el daño emerge directamente de dicho contrato, pues es dicho contrato el que vulnera el Derecho de la Competencia.

506. Por el contrario, si la acción ejercitada por una de las partes del contrato frente a la otra está relacionada con los actos vulneradores de la competencia de esa otra parte en connivencia con terceros, la acción ha de ser calificada como materia extracontractual, pues, a pesar de existir un contrato entre las partes, los daños han sido generados por actos ajenos a la naturaleza del negocio, independientemente de que le repercuta.

¹²⁸¹ Este caso fue el que motivó la decisión del Privy Council australiano *J H Coles Pty Ltd v Need* (1934), AC 82. Otro ejemplo podría ser aquél en que el franquiciado está utilizando los derechos de autor del franquiciador (protegidos por *copyright*) para otro negocio que no forma parte del acuerdo de franquicia, como ocurrió en *Jeffrey Stone, Lynn Ashwell (trading as "Tyre 20") v Fleet Mobile Tyres Limited* (2006) EWCA Civ 1209.

¹²⁸² Ejemplo extraído de P. TORREMANS, *op. cit.*, p. 572.

RECAPITULACIÓN DE LA SECCIÓN I DEL CAPÍTULO II

507. En esta Sección I del Capítulo II se ha realizado un estudio de la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros en relación a los litigios derivados de una operación de franquicia. A modo de recapitulación, se enumeran a continuación las conclusiones más relevantes:

508. Primera. No existe en la UE un régimen totalmente unificado de determinación de la competencia judicial internacional. El Reglamento Bruselas I bis se aplicará en la mayoría de los casos, pero aún existen litigios sujetos a las normas de producción interna de los Estados miembros. Esta falta de unidad complica el escenario legal de determinación de la competencia y podría desincentivar la contratación de operadores de terceros Estados con operadores de los Estados miembros. Por ello se presenta cada vez como más urgente convertir en *erga omnes* el ámbito de aplicación personal del Reglamento Bruselas I bis.

509. Segunda. Sea cual sea el instrumento aplicable, la determinación de los tribunales competentes plantea problemas por las características particulares de los contratos de franquicia, en especial por su carácter complejo y por las distintas posturas existentes respecto a la necesidad de protección del franquiciado. Estas características se proyectan sobre la determinación de la competencia judicial internacional tanto en presencia de pacto de sumisión como en defecto del mismo.

510. Tercera. La estructura compleja de estas operaciones contractuales (compuestas por un contrato marco y varios contratos de ejecución) se proyecta en primer lugar en la necesidad de determinar si unos únicos tribunales pueden conocer de la totalidad de los litigios derivados de la relación contractual o si por el contrato será necesario un fraccionamiento de la competencia.

511. Cuarta. Cuando existe pacto de sumisión, el Reglamento Bruselas I bis permite elegir el tribunal competente para todos los litigios relativos a una “relación jurídica”, de forma que en teoría podría elegirse un único tribunal para conocer de la totalidad de los litigios derivados de la operación de franquicia. En la práctica, por la interpretación que ha hecho el TJUE de esta disposición, es necesaria una cláusula con una redacción muy exhaustiva para considerar cubiertas todas las reclamaciones contractuales y extracontractuales derivadas del contrato marco y de los contratos de ejecución y evitar así una dispersión de los tribunales competentes.

512. Quinta. En ausencia de pacto de sumisión, en relación al foro especial en materia contractual la competencia se ha de determinar “contrato por contrato”, de forma que también existe un importante riesgo de dispersión cuando la reclamación tenga su base tanto en el contrato marco de franquicia como en algún contrato de ejecución.

513. Sexta. La estructura compleja de la operación de franquicia también dificulta su calificación a efectos del foro especial en materia contractual del art. 7.1 RB-I bis. Como se ha argumentado en esta sección, el contrato marco de franquicia en todas sus especies ha de ser calificado como un contrato de prestación de servicios a cargo del franquiciado y quedar por lo tanto sujeto a la letra “b”, guión segundo del precepto. El lugar de prestación de los servicios será por lo tanto el lugar en que se explota la franquicia por parte del franquiciado. Esta interpretación es la más conforme con los objetivos del Reglamento: no sólo es previsible, sino que también respeta el principio de proximidad y el de la buena administración de la justicia, pues permite la litigación a unos costes más reducidos que el foro del domicilio del demandado.

514. Séptima. Esta interpretación del foro especial en materia contractual supone que habrá casos en los que exista una pluralidad de lugares de prestación del servicio, sobre todo cuando se trate de un franquiciado máster que promueve la creación de la red en distintos territorios. Cuando dichos territorios se encuentren en varios Estados miembros, en defecto de lugar “principal” se podría considerar como lugar de prestación el domicilio del franquiciado, si el mismo resulta previsible para la parte demandada.

515. Octava. La naturaleza compleja de la franquicia es también la causa de las dificultades que surgen a la hora de determinar el carácter contractual o extracontractual de algunas de las acciones ejercitadas en relación con esta operación. Tiene especial importancia en este sentido la calificación de las acciones de responsabilidad precontractual, por la obligación legal que existe en la mayoría de ordenamientos de los Estados miembros de proporcionar información al potencial franquiciado en esa fase. Éstas han de ser calificadas como acciones en materia contractual cuando el objeto de la demanda sea obtener algún efecto sobre el contrato de franquicia (su modificación, su anulación...) y como materia extracontractual cuando su objeto sea exclusivamente la obtención de una indemnización.

516. Novena. Por último, resultan problemáticas a efectos de determinación de la competencia las distintas posturas de los Estados miembros sobre la necesidad de protección del franquiciado, pues hacen cuestionarse si el mismo es merecedor de algún resguardo en sede de competencia judicial internacional. El Reglamento Bruselas I bis, de forma acertada, considera a los franquiciados como empresarios y no les proporciona ninguna protección conflictual. Si el franquiciador pretende imponer al franquiciado una cláusula de sumisión no deseada, la protección de dicho franquiciado estará en no contratar. Cuando se aplique el Reglamento no podrá prevalecer sobre él ninguna disposición de producción interna de competencia judicial internacional que pretenda proteger a estos contratantes, como la norma belga del art. X.33 CDE o la normativa de ciertos Estados sobre cláusulas abusivas.

517. Décima. En definitiva, la determinación de la competencia judicial internacional para los contratos de franquicia presenta algunas disfunciones que podrían

tener como efecto la pérdida de la seguridad jurídica de las partes sobre el tribunal competente. Estas disfunciones son en su mayoría fruto de una ausencia de planificación por las partes, dado que el Reglamento otorga a las mismas plena libertad para decidir qué tribunales serán los competentes para conocer de los litigios que puedan surgir de su operación contractual. La autonomía de la voluntad se presenta así como el foro idóneo para las disputas sobre franquicia, una figura que por su naturaleza poliédrica y proteiforme se adapta difícilmente a los foros en ausencia de pacto.

SECCIÓN II: LEY APLICABLE POR LOS TRIBUNALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y CONTRATO DE FRANQUICIA

1. A continuación se analizará la determinación de la Ley aplicable a las controversias derivadas de un contrato de franquicia. La solución del conflicto de leyes que plantean estos contratos se encuentra con varias dificultades. Algunas de éstas tienen que ver con las características tan particulares de estos contratos. Su naturaleza compleja y heterogénea se presenta como el caldo de cultivo perfecto para el fraccionamiento normativo¹²⁸³. También influirá en la determinación de la Ley aplicable la controvertida debilidad del franquiciado, que puede plantear cuestiones de oponibilidad del pacto de elección de Ley o de aplicación de una Ley que le beneficie en defecto de pacto de las partes. A lo anterior se une la extendida atipicidad de estos contratos y su titubeante tratamiento jurisprudencial en los Derechos nacionales, que puede llevar a la aplicación de ciertas normas no previstas por las partes¹²⁸⁴. Se ha de añadir que la práctica jurisprudencial europea ha ignorado en muchas ocasiones el problema de la Ley aplicable y ha resuelto los litigios sobre contratos internacionales de franquicia como si fueran contratos internos¹²⁸⁵.

2. A todo lo expuesto se ha sumar que, como se estudió en el primer capítulo del trabajo, los contratos de franquicia generan efectos macroeconómicos. En consecuencia, existen normas de ordenación de esos efectos que tienen incidencia sobre los mismos, por ejemplo las normas de defensa de la libre competencia. Estas normas, que suelen tener un ámbito de aplicación unilateral, son consideradas por los Estados como de aplicación internacionalmente imperativa, es decir, prevalente sobre la Ley del contrato. Estas normas podrán tener efectos sobre la relación contractual de las partes y aplicarse a algunos aspectos de dicha relación, cuestionar la eficacia de algunas estipulaciones del contrato o incluso declararlo nulo. Estas normas internacionalmente imperativas atraviesan como una diagonal fulgurante la regulación de los contratos de franquicia conforme a la *lex contractus*.

3. Cuando la controversia tenga por objeto una cuestión contractual, el instrumento que aplicarán los tribunales de los Estados miembros para determinar la Ley aplicable y por lo tanto para tratar de solventar las problemáticas expuestas será el Reglamento 593/2008 de 17 de junio sobre la Ley aplicable a las obligaciones

¹²⁸³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato...*, cit., pp. 148-149; P. LAGARDE, “Le dépeçage...”, p. 653; C. PELLISÉ DE URQUIZA, *op. cit.*, p. 190.

¹²⁸⁴ Respecto a la aplicación de las normas de compraventa los contratos en ejecución de un contrato de concesión, J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 21; M.A. Domínguez García, “Los contratos...”, cit., p. 1349; E. CHULIÁ VICENT / T. BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1995, p. 341.

¹²⁸⁵ Entre otras muchas, SAP Madrid (secc. 21) 17 septiembre 2010, n. 416/2010, sobre un contrato de máster franquicia entre franquiciador español y máster franquiciado chileno para la internacionalización de una red de peluquería en territorio chileno, en que se aplica directamente Ley española.

contractuales (Reglamento Roma I)¹²⁸⁶. Cuando la reclamación tenga otro objeto, como una obligación extracontractual o un derecho real, el instrumento aplicable será distinto.

4. Antes de estudiar cómo se determina la Ley aplicable a las controversias derivadas de estos contratos en base al Reglamento Roma I y a los demás instrumentos aplicables (apartado II) se harán unas consideraciones generales en relación a este Reglamento, por tratarse del instrumento que determina la *lex contractus* y que por lo tanto se aplicará en la mayoría de los casos (apartado I).

I. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL INSTRUMENTO APLICABLE

1. EL REGLAMENTO ROMA I COMO NORMATIVA GENERAL APLICABLE A LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA

5. El Reglamento Roma I es el instrumento de referencia para determinar la Ley aplicable a las controversias derivadas de un contrato de franquicia. Este Reglamento constituye en el momento actual el centro del paisaje contractual europeo (H. KENFACK)¹²⁸⁷. Como se verá a continuación, todos los litigios derivados de contratos de franquicia internacionales quedan incluidos en su ámbito de aplicación.

6. *Ámbito de aplicación material.* El Reglamento Roma I determina la Ley aplicable a las “obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes” (art. 1.1 RR-I):

7. *i. Situaciones que impliquen conflicto de leyes.* El Reglamento no define qué ha de entenderse por situaciones que impliquen un conflicto de leyes. Según la doctrina, existe un conflicto de Leyes cuando surge la duda sobre qué Derecho estatal ha de regir un contrato, y esa duda surge siempre que en la situación esté presente un elemento extranjero (A.-L. CALVO CARAVACA, G.R. DELAUME, P. LAGARDE, P. LALIVE, O. LANDO, R. DE NOVA, A. SINAGRA)¹²⁸⁸. Por lo tanto, al igual que en el Reglamento

¹²⁸⁶ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”), *DOUE* 4 julio 2008, L 177, pp. 6 y ss.

¹²⁸⁷ H. KENFACK, “Le Règlement...”, *cit.*, p. 3.

¹²⁸⁸ A.-L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *CDT*, vol. I, n. 2, 2009, pp. 52-133, p. 59; G.R. DELAUME, “What’s an International Contract? An American and Gallic Dilemma”, *ICLQ*, 1979, vol. XXII, pp. 258-279; P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, 1991, pp. 287-340; P. LALIVE, “Sur la notion de contrat international”, en VV.AA., *Multum non Multa: Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlass seines 70 Geburtstages*, Heidelberg, 1980, pp. 135-155; O. LANDO, “International situations and ‘situations involving a choice between the laws of different legal systems’”, en K. LIPSTEIN (dir.), *Harmonisation of Private International Law by the EEC*, London, 1978, pp. 15-24; D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (dir.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Köln, 2004, pp. 70-72; R. DE NOVA, “Quando un contratto è internazionale?”, *RDIPP*, 1978, vol. XIV, pp. 665-689; A. SINAGRA, “Natura e contenuto della internazionalità dei contratti”, en VV.AA., *Études en l’honneur de Roberto Ago*, vol. IV, Milano, 1987, pp. 349-382.

Bruselas I bis, se ha de seguir la tesis del “elemento extranjero”, según la cual el Reglamento se aplicará siempre que el litigio presente algún elemento de extranjería, sea cual sea dicho elemento y sea cual sea el Estado con que esté conectado¹²⁸⁹. El Reglamento se aplicará aunque el único elemento extranjero de la relación contractual sea la Ley elegida por las partes para regular la misma, si bien el Reglamento limita los efectos de tal elección (art. 3.3 RR-I). De esta forma, se aplicará el Reglamento a todos los contratos que en este trabajo se han considerado como “contratos internacionales de franquicia”¹²⁹⁰.

8. ii. Obligaciones contractuales. La precisión de la categoría “obligaciones contractuales” ha de realizarse de forma autónoma, propia del Reglamento. Se trata de un concepto mucho más restringido que el de “materia civil y mercantil” utilizado por el Reglamento Bruselas I bis. Para dotarlo de contenido, tanto la doctrina como el TJUE han aplicado el concepto de “materia contractual” construido en relación al Reglamento Bruselas I bis (caso *Ergo*)¹²⁹¹. En efecto, la Unión Europea ha construido un conjunto relativo a la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), a las obligaciones no contractuales (Roma II) y la competencia judicial internacional y validez extraterritorial de decisiones en materia civil y mercantil (Bruselas I bis) que ha de funcionar de forma coherente (cdos. 7 RR-I y RR-II)¹²⁹². Esta alineación entre los tres instrumentos favorece su manejo, facilita la labor de las partes y de los tribunales y por lo tanto es útil para el mercado interior¹²⁹³.

9. Para mantener esta coherencia entre los tres instrumentos mencionados, el TJUE ha afirmado que habrá “obligación contractual” cuando se pueda identificar “una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto de otra y en la que

¹²⁸⁹ S. FRANCO, « Le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JDI Clunet*, n. 136, vol. 1, 2009, pp. 40-69, p. 44; P. LAGARDE, « Les limites objectives de la convention de Rome (conflit de lois, primauté du droit communautaire, rapports avec les autres conventions) », *RDIPP*, 1993, pp. 33-42, p. 33 ; J.-S. BERGE, «La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *Travaux comité français DIP 2004-2006*, Pendone, Paris, 2008, pp. 29-62.

¹²⁹⁰ Se puede aplicar analógicamente la jurisprudencia del TJUE en relación al Reglamento Bruselas I, que ha seguido también la tesis del elemento extranjero: STJUE 14 noviembre 2013, *Maletic*, cit., FJ 26 y 28; STJUE 19 julio 2012, *Mahamdia*, cit., FJ 39; STJCE 28 marzo 1995, as. C-346/93, *Kleinwort Benson Ltd contra City of Glasgow District Council*, RJ 1995, p. I-00615; STJCE 1 marzo 2005, *Owusu*, cit. FJ 26; STJUE 17 noviembre 2011, *Hypotecní*, cit., FJ 29-33.

¹²⁹¹ STJUE 21 enero 2016, as. ac. C-359/14 y C-475/14, *ERGO Insurance*, ECLI:EU:C:2016:40, FJ 43. En el caso, se solicita al TJUE que se pronuncie sobre la Ley aplicable a dos litigios principales entre las empresas aseguradoras de un vehículo y su remolque, en que se discutía sobre quién debía ser la responsable del pago de la indemnización al conductor de dicho vehículo tras sufrir un accidente. En la doctrina, B. HAFTEL, “Entre Rome II et Bruxelles I: l’interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I”, *JDI*, n. 3, julio 2010, doctrina 11, p. 760-788, p. 765.

¹²⁹² Cuando estaban en vigor las Convenciones de Roma y Bruselas, esta falta de coherencia era una crítica extendida por la doctrina. Por ejemplo, J. FOYER, “Entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JDI*, 1991, pp. 601-631, párr. 20.

¹²⁹³ H. KENFACK, “Le règlement...”, cit., p. 10.

se basa la acción del demandante”¹²⁹⁴. Al igual que en el caso del Reglamento Bruselas I bis, no hay duda sobre la inclusión en ese concepto de “compromiso libremente asumido” del contrato en su sentido más tradicional, y en consecuencia, del contrato de franquicia. Además, tal y como se verá más adelante, el mismo Reglamento dedica a la franquicia una norma de conflicto¹²⁹⁵.

10. Para terminar de definir el ámbito de aplicación material del Reglamento se han de tener en cuenta las exclusiones explícitas que establece su propio texto (art. 1.2 RR-I), pues alguna puede afectar a los contratos de franquicia. Este es el caso de la exclusión de la culpa *in contrahendo*, que como se ha indicado, es la protagonista de muchos litigios en materia de franquicia, por la especial relevancia de la información precontractual que ha de entregarse al franquiciado previamente a la firma del contrato. Como se verá, a estas reclamaciones se les aplica el Reglamento 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)¹²⁹⁶.

11. Por último, se ha de realizar una advertencia. Pese a que el Reglamento Bruselas I bis y el Reglamento Roma I se han de interpretar coherentemente, no todas aquellas acciones derivadas de un contrato de franquicia que hayan sido calificadas como “materia contractual” a efectos de competencia judicial internacional y por lo tanto del Reglamento Bruselas I bis, han de regirse por el Reglamento Roma I. Aunque el cdo. 7 RR-I parece imponer la interpretación uniforme de las nociones compartidas por ambos Reglamentos¹²⁹⁷, esta “uniformidad” en la calificación no es más que aparente, puesto que la calificación en competencia judicial internacional y en Ley

¹²⁹⁴ STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, cit., FJ 44: “De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a este último Reglamento resulta que sólo una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante está comprendida en el ámbito de la «materia contractual», en el sentido del artículo 5, número 1, del citado Reglamento (véase la sentencia *Kolassa*, C-375/13, EU:C:2015:37, apartado 39). Por analogía, y de conformidad con el objetivo de coherencia indicado en el apartado 43 de la presente sentencia, debe considerarse que el concepto de «obligación contractual», en el sentido del artículo 1 del Reglamento Roma I, designa una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra”.

¹²⁹⁵ Como se verá en los epígrafes siguientes, el Reglamento Roma I individualiza a los contratos de franquicia designando específicamente para ellos una Ley aplicable en defecto de elección (art. 4.1.e RR-I). En relación a esa separación de otros contratos: L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, p. 135; C.H. THOMAS-CHODKIEWICZ / A. RONZANO, “Le contrat-cadre en droit international”, en A. SAYAG (dir.), *Le contrat-cadre (I.-Exploration comparative)*, Études du centre de recherche sur le droit des affaires, Litec, Paris. 1995, p. 255.

¹²⁹⁶ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DOUE L 199 de 31 julio 2007, p. 40 y ss.

¹²⁹⁷ Considerando 7 RR-I y RR-II: “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), y el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”. Véase también el considerando 17 del RR-I.

aplicable tienen objetos distintos¹²⁹⁸. En materia de conflicto de leyes, en que existen muchas más categorías, el objeto de la calificación es cada “cuestión de derecho”, cada institución concreta, mientras que en materia de competencia judicial internacional, el objeto de la calificación es el “conjunto de la acción”¹²⁹⁹. En este sentido, la calificación que se otorgue en materia de competencia judicial internacional a una materia como contractual o extracontractual no ha de vincular la que se le otorgue a efectos de Ley aplicable.

12. Ejemplo. Un franquiciado con residencia habitual en Madrid desea ejercitar una acción de nulidad frente a su franquiciador con residencia habitual en Lille, en relación al contrato de franquicia que los une. Pretende basar dicha acción en que en el momento de firmar el contrato, él no tenía capacidad para contratar. Esta acción será calificada como contractual en el plano de la competencia judicial internacional, mientras en sede de ley aplicable se le aplicaría la norma de conflicto relativa al estatuto personal en lo relacionado con la existencia del vicio y la posibilidad de anulación, y la norma de conflicto relativa al contrato de franquicia en lo que respecta a las consecuencias de esa anulación¹³⁰⁰.

13. Lo anterior no obsta para que “lo recomendable” sea que ambos textos se interpreten de forma convergente¹³⁰¹, de forma que lo que se haya considerado como “contrato de franquicia” a efectos de competencia judicial internacional también se considere como tal a efectos de Ley aplicable, aunque posteriormente a la “cuestión de derecho” discutida dentro de ese contrato se le aplique otro punto de conexión (por ejemplo, el relativo a la capacidad para contratar).

14. Otros ámbitos de aplicación. En consecuencia, los litigios que deriven de un contrato de franquicia quedan cubiertos por el Reglamento, que se aplicará siempre que se cumplan sus demás condiciones de aplicación:

15. i. Ámbito de aplicación temporal. El Reglamento Roma I se utiliza para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales celebrados a partir del día 17

¹²⁹⁸ B. HAFTEL, *op. cit.*, p. 767: «Certes, les solutions apportées aux difficultés de qualification seront, en fait, souvent identiques (...), mais il n’y a qu’une réalité statistique»; En el mismo sentido, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, *cit.*, pp. 219-220.

¹²⁹⁹ “L’ensemble de l’action”, B. HAFTEL, *op. cit.*, p. 767. Véase también A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. I, p. 156.

¹³⁰⁰ P. MAYER, *La distinction...*, *cit.*, p. 102.

¹³⁰¹ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, *cit.*, p. 177: «Il est souhaitable que les textes qui sont à la base d’un véritable droit international privé européen soient, aussi souvent que possible, interprétés de façon convergente et, en particulier que la notion de « matière contractuelle » ait la même signification pour les conflits de lois et pour les conflits de juridictions».

de diciembre de 2009, incluido éste (arts. 28-29 RR-I). A los contratos celebrados con anterioridad a esa fecha se aplicará el Convenio de Roma de 1980¹³⁰².

16. ii. *Ámbito de aplicación territorial.* El Reglamento es directamente aplicable en todos los Estados miembros de la UE (art. 288.II TFUE), excepto en Dinamarca (Protocolo n. 22 sobre la posición de Dinamarca)¹³⁰³. Hasta que el “Brexit” no se haga efectivo, se aplica también en Reino Unido pues este Estado ejerció su facultad de “*opting-in*” y aceptó el Reglamento tras su entrada en vigor (cdo. 45 RR-I, Protocolo n. 4 sobre la posición de Reino Unido y Decisión 2009/26/CE de la Comisión de 22 diciembre 2008 sobre la petición del Reino Unido de aceptar el Reglamento Roma I)¹³⁰⁴.

17. iii. *Ámbito de aplicación personal.* El Reglamento tiene un ámbito de aplicación personal *erga omnes*, esto es, se aplica con independencia del domicilio de las partes, a diferencia del Reglamento Bruselas I bis (E. CASTELLANOS RUIZ)¹³⁰⁵. También se aplica con independencia de cuál sea la Ley designada por el Reglamento, aunque no sea la Ley de un Estado miembro (art. 2 RR-I)¹³⁰⁶. En consecuencia, cuando el contrato quede regulado por el Reglamento Roma I, las normas de Ley aplicable de producción interna de cada Estado miembro no resultan aplicables¹³⁰⁷.

18. *Relación con otros instrumentos normativos.* Sobre el Reglamento Roma I prevalecen algunos textos convencionales multilaterales sobre contratos internacionales (arts. 25 y 23 RR-I)¹³⁰⁸.

19. En materia de contratos de franquicia, los Convenios que pueden interferir en la determinación de la Ley aplicable son la Convención de Viena de 1980 sobre

¹³⁰² Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (versión consolidada), DOUE, n. C-027, de 26 enero 1998, pp. 34 – 46. En España, este Convenio se aplica a los contratos celebrados desde 1 de septiembre de 1993. Los celebrados antes de dicha fecha se regirán por la Ley determinada con arreglo al art. 10.5 CC y otros preceptos de producción interna.

¹³⁰³ Protocolo n. 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al TFUE, DOUE n. C 326, de 26 octubre 2012, pp. 299-303.

¹³⁰⁴ Protocolo n. 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al TFUE, DOUE n. C 326, de 26 octubre 2012, pp. 295-298; Decisión 2009/26/CE de la Comisión de 22 diciembre 2008 sobre la petición del Reino Unido de aceptar el Reglamento Roma I, DOUE L n. 10, 15 enero 2009, p. 22.

¹³⁰⁵ E. CASTELLANOS RUIZ, *El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, p. 26 señala que este carácter *erga omnes* ha sido apreciado en numerosas resoluciones judiciales en relación al antecesor del Reglamento Roma I, el Convenio de Roma 1980: STS 29 septiembre 1998, RJ 1998/8554, STSJ Islas Canarias, Las Palmas (Social) 26 febrero 2009, n. 333/2009, RJ 2009\1057, FJ 3; STSJ Madrid (Social) 25 abril 2005, n. 292/2005, RJ 2005\1268, FJ 1.

¹³⁰⁶ E. CASTELLANOS RUIZ, *op. cit.*, p. 25; S. FRANCO, “Le Règlement...”, *cit.*, p. 46.

¹³⁰⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 752.

¹³⁰⁸ De hecho, son razones de compatibilidad las que subyacen en muchas de las exclusiones que efectúa el Reg. en su artículo 1: obligaciones cambiarias, convenios de arbitraje y de elección de foro, *trusts*... Otras excepciones obedecen a problemas calificadorios.

compraventa internacional de mercaderías¹³⁰⁹ o el Convenio de La Haya sobre compraventa de bienes muebles de 1955¹³¹⁰. Está ya muy superada la corriente doctrinal encabezada por J. THIEFFRY que defendía la aplicación de estos convenios a la determinación de la Ley aplicable a un contrato de franquicia (contrato marco). Este autor partía de considerar los contratos de franquicia, junto con los de distribución, como contratos de compraventa complejos, por lo que defendía la aplicación directa de las soluciones de Derecho material proporcionadas por estos Convenios si se cumplían sus ámbitos de aplicación, sin necesidad de recurrir a ningún instrumento de conflicto de leyes¹³¹¹. Pero, como ya ha puesto de manifiesto otro sector de la doctrina (J. ZIEGEL, J.R. BAER), el contrato marco de franquicia no tiene porqué contener elementos propios de la compraventa y en el caso de que los tenga no es “sólo” un contrato de compraventa tal y como lo conciben el Convenio de La Haya de 1955 o la Convención de Viena de 1980¹³¹². Los contratos de franquicia tienen una finalidad económica distinta de la de la compraventa, que los dota de una singularidad suficiente como para que estos instrumentos no se apliquen¹³¹³. Es más, el “núcleo” de las relaciones de franquicia no queda resuelto por estos Convenios (la existencia o no de exclusividad, el uso de las marcas y otros signos identificativos del franquiciador, la asistencia técnica, las cláusulas de cuota mínima y de no concurrencia postcontractual...) y las cuestiones que estos Convenios sí tratan no son resueltas de forma satisfactoria para la franquicia¹³¹⁴.

¹³⁰⁹ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías de 11 abril 1980, en vigor con carácter general desde 1 enero 1988, y para España desde 1 agosto 1991, *BOE* 30 enero 1991, pp. 3170-3179. Versiones auténticas en distintos idiomas disponibles en: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1988/01/19880101%2003-03%20AM/Ch_X_10p.pdf (fecha última consulta 20/03/2017).

¹³¹⁰ Convenio de La Haya de Convenio de 15 de junio de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales, en vigor con carácter general desde 1 septiembre 1964, no ratificado por España, pero sí por otros países europeos como Francia o Italia. Versión auténtica en francés disponible en: <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=31> (fecha última consulta: 20/03/2017).

¹³¹¹ Sobre la posición ya superada, véase J. THIEFFRY, “La Convention de Vienne et les contrats de distribution”, *Dr. et Prat. Com. Int.*, 1993, pp. 62-68, esp. p. 65, que proponía que las normas de la CVIM rigieran directamente el contrato, y que se buscara un ordenamiento subsidiario para las cuestiones no reguladas.

¹³¹² Véanse artículos 30 y 53 CVIM sobre las obligaciones de comprador y vendedor, que no agotan las relaciones franquiciador-franquiciado.

¹³¹³ J. ZIEGEL, “The Scope of the Convention: Reaching Out to Article One and Beyond”, *Journal of Law and Commerce*, n.6, 2005, pp. 59-73, esp. pp. 60-61; J.R.F. BAER, “The Sale of Goods in International Franchising – The impact of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Journal of International Franchising and Distribution Law*, vol. 8, n. 4, 1994, pp. 118-210. En cuanto a la jurisprudencia, Sent. Corte Supr. Cass. It., 14 diciembre 1999, *Imperial Bathroom Co. v. Sanitari Pozzi S.p.A.*, *Giustizia Civile*, 2000, pp. 2333-2334, relativa a un contrato de distribución en exclusiva al que no se aplica la Convención de Viena de 1980. En cuanto al Convenio de La Haya de 1955, la Sent. Cour Cass. Fr. (1 civ.), 15 marzo 1988, *Gaz. Pal.*, 1988, I, p. 133, desecha la aplicación del mismo por distinguir entre un contrato marco de concesión y las ventas en ejecución de dicho acuerdo.

¹³¹⁴ En relación a la concesión, J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 36.

20. Ejemplo. El art. 14 CVIM exige la precisión de las mercaderías para considerar que existe oferta de venta¹³¹⁵, cuestión que se concilia difícilmente con los contratos de franquicia de bienes, así como con otros contratos de distribución, en los que serán más las necesidades del mercado y la planificación que se haya hecho de la red los que vayan determinando a lo largo de toda la relación contractual las características de los bienes adquiridos, si es que dichos bienes se adquieren del franquiciador.

21. Que estas Convenciones no se apliquen para determinar la Ley aplicable al contrato marco de franquicia no obsta para que se haya de considerar su aplicación a los contratos por los que el franquiciador suministra al franquiciado ciertos bienes o materias primas celebrados en ejecución del contrato marco¹³¹⁶. Esta cuestión se analizará detenidamente más adelante¹³¹⁷.

22. Objetivos y principios inspiradores del Reglamento Roma I. La base jurídica del Reglamento Roma I es el art. 81 TFUE. En consecuencia, este Reglamento tiene como finalidad última contribuir al “buen funcionamiento del mercado interior” (cdo. 6 RR-I)¹³¹⁸. Esta contribución al mercado interior se concreta en el fin de crear unas normas de conflicto uniformes que favorezcan la previsibilidad del resultado de los litigios y la seguridad en la Ley aplicable (cdo. 6 RR-I). En este sentido, para favorecer el buen funcionamiento del mercado interior no es suficiente con la certeza legal que proporciona un régimen de Ley aplicable unificado, sino que las normas de dicho régimen han de responder a los principios de seguridad jurídica y previsibilidad.

23. En cuanto al principio de seguridad jurídica, supone la garantía de que la norma de conflicto concrete claramente el Derecho aplicable¹³¹⁹. Este principio está presente a lo largo de todo el texto del Reglamento y se considera en éste como su objetivo principal (cdo. 16 RR-I)¹³²⁰. La seguridad jurídica se consigue en primer lugar mediante la unificación de la norma de conflicto. Al armonizar las normas de conflicto de los Estados miembros, el Reglamento Roma I evita el *forum shopping*, de modo que

¹³¹⁵ Art. 14.1 CVIM: “La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos”.

¹³¹⁶ C. PELLISÉ DE URQUIZA, *op. cit.*, p. 183; C.H. THOMAS-CHODKIEWICZ / A. RONZANO, *op. cit.*, p. 257; J.M. JACQUET / PH. DELEBECQUE, *Droit du commerce international*, Dalloz, Paris, 1997, p. 192.

¹³¹⁷ Ver apartado II,3,C,d,i,3,3.1 “Contrato marco – contratos de ejecución” en relación a la Ley aplicable a estos contratos en presencia de pacto de elección de Ley y apartado II,3,C,d,ii,4,4.3 “Contratos de ejecución del contrato de franquicia” en relación a la Ley aplicable en defecto de elección.

¹³¹⁸ H. KENFACK, “Le règlement...”, *cit.*, p. 9.

¹³¹⁹ M. VIRGÓS SORIANO, “Los vínculos...”, *cit.*, p. 5294.

¹³²⁰ Cdo. 16 RR-I: “Con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. No obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación”.

la Ley que rige un contrato internacional será la misma sea cual sea el Estado miembro cuyos tribunales conozcan del asunto. En segundo lugar, la norma de conflicto ha de ser clara y conducir inequívocamente a una Ley aplicable. Ello proporciona estabilidad legal a los contratantes y por lo tanto favorece la contratación internacional¹³²¹. Como indican A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA ello implica que el mercado interior funcione de modo más correcto, pues las libertades de circulación de la UE que afectan a los bienes, servicios, empresas, trabajadores, capitales y personas resultan claramente impulsadas al reforzarse, gracias al Reglamento Roma I, la seguridad jurídica internacional¹³²².

24. Pero la aplicación al contrato internacional de una norma de conflicto segura, es decir, que no proporcione dudas sobre la Ley aplicable a la que conduce, no es suficiente para incentivar el intercambio internacional y por tanto para asegurar el buen funcionamiento del mercado interior. Como indica S. LEIBLE, “*La seguridad jurídica es un importante valor y de gran significado para el tráfico internacional, pero no tendría que tener ninguna preeminencia sobre la justicia del caso concreto*”¹³²³. Es decir, la norma de conflicto ha de conducir a una Ley estatal no sólo segura, sino también “justa” para ese caso. Esto equivale a que la norma sea eficiente, es decir, que comporte a las partes los mínimos costes conflictuales posibles¹³²⁴. Esta búsqueda de la norma que comporte los menores costes conflictuales se traduce, en materia de conflicto de Leyes, en el principio de proximidad. Este principio de proximidad es capaz de proporcionar una solución justa a la cuestión de la Ley aplicable (T. BALLARINO, G.P. ROMANO, H. GAUDEMET-TALLON, J. MAURY)¹³²⁵. La norma más próxima, es decir, la

¹³²¹ En relación al Convenio de Roma, STJUE 6 octubre 2009, as. c-133/08, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV y MIC Operations BV*, RJ 2009, pp. I-09687 y ss, FJ 23: “*Del mencionado Preámbulo se desprende también que el Convenio tiene como objetivo establecer unas normas uniformes relativas a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, con independencia de cuál sea el lugar en el que haya de dictarse sentencia. En efecto, tal como resulta del informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, elaborado por los profesores Mario Giuliano, de la Universidad de Milán, y Paul Lagarde, de la Universidad de París I (DO 1980, C 282, p. 1; en lo sucesivo, «informe Giuliano-Lagarde»), el Convenio nació como consecuencia de la necesidad de suprimir los inconvenientes derivados de la diversidad de normas de conflicto en materia de contratos. La función del Convenio es elevar el nivel de seguridad jurídica acrecentando la confianza en la estabilidad de las relaciones jurídicas y la protección de los derechos adquiridos en todo el ámbito del Derecho privado*” (subrayado de la autora).

¹³²² A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA, *Derecho internacional privado*, vol. II, 2016, p. 752.

¹³²³ S. LEIBLE, “La propuesta para un Reglamento Roma I: algunas observaciones sobre artículos escogidos del proyecto de la comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *AEDipr.*, vol. 6, 2006, pp. 541-568, p. 558.

¹³²⁴ Los costes conflictuales son los derivados del “riesgo de internacionalidad conflictual”, fundamentalmente, el coste de informarse del Derecho extranjero y el coste de modificar los parámetros de conducta de las partes para adecuarse a él. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2001, 2002*, pp. 87-154, p. 132.

¹³²⁵ Al menos, proporciona una solución justa desde el punto de vista conflictual. Sobre la “justicia conflictual” ver T. BALLARINO / G.P. ROMANO, “Le principe de proximité chez Paul Lagarde”, en VV.AA., *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pp. 37-54, p. 38 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé :

más vinculada con el litigio será la que comporte a las partes esos menores costes. Esta norma será también la más previsible, es decir, la norma con una mayor probabilidad de coincidir con las expectativas de las partes¹³²⁶.

25. Dado que la previsibilidad, que permite minimizar los costes de transacción y facilitar la acción planificadora de los contratantes, es uno de los principios inspiradores de este Reglamento y uno de sus fines, esta búsqueda de la norma más previsible y por lo tanto más próxima. Debería estar presente en toda su regulación¹³²⁷. Todas las normas del Reglamento deberían ser aquellas con una mayor probabilidad de coincidir con las expectativas de las partes, es decir, normas “próximas” al litigio. Este principio de proximidad puede presentarse en distintas formas: (i) el contrato internacional se rige por la Ley estatal que presenta los vínculos más estrechos con el contrato, materializados en abstracto por un único punto de conexión rígido, el “más fuerte”, (ii) el contrato se rige por la Ley que presenta los vínculos más estrechos con el contrato en concreto o (iii) el contrato se regula por una Ley que presenta una proximidad suficiente, aunque no sea el vínculo más estrecho con el contrato internacional¹³²⁸.

26. En el Reglamento Roma I el principio de proximidad se presenta de las dos primeras formas expuestas. En cuanto a la norma de conflicto principal, la autonomía de la voluntad, resulta un punto de conexión muy vinculado con el contrato en sentido abstracto (art. 3 RR-I). El legislador europeo supone que las partes elegirán una Ley estatal “eficiente”, una Ley con la que ambas se encuentran vinculadas, que seguramente conocen y con arreglo a la cual estarán habituadas a ajustar su comportamiento legal¹³²⁹. Por otra parte, las normas aplicables en defecto de pacto proporcionan puntos de conexión vinculados con el contrato también en abstracto, si bien pueden ser corregidos en casos concretos excepcionales mediante la cláusula de los vínculos más estrechos, cláusula que se utiliza también como cierre del sistema (cdo. 16 y 20 y art. 4 RR-I).

27. En consecuencia, no sólo las cláusulas de excepción, sino también los puntos de conexión del art. 4.1 RR-I han de estar inspirados en el principio de

richesses et faiblesses (le funambule et l’arc-en-ciel) », *RCADI*, 2006, pp. 1-488, esp. p. 173; J. MAURY, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, vol. 62, 1936, pp. 329-563, p. 431.

¹³²⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho internacional privado*, LiberLibro, Albacete, 2002, p. 86;

¹³²⁷ M. VIRGÓS SORIANO, “Los vínculos...”, *cit.*, p. 5294.

¹³²⁸ T. BALLARINO / G.P. ROMANO, *op. cit.*, p. 42.

¹³²⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto...*, *cit.*, p. 127; L. CARRILLO POZO, “Rigor mortis. La Ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980”, en M. DI FILIPPO ET AL. (dirs.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pp. 11-42, p. 23; E. A. O’HARA / L. E. RIBSTEIN, “Conflict of Laws and Choice of Law”, en B. BOUCKAERT / G. DE GEEST (ed.), *Encyclopaedia of Law and Economics*, Edward Elgar, Surrey, 2000, pp. 631-660, p. 631.

proximidad y ser eficientes¹³³⁰, si bien para algunos autores el Reglamento no ha conseguido ese objetivo por haberse centrado más en la seguridad jurídica que en la proximidad y previsibilidad de la solución adoptada¹³³¹.

2. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN EL REGLAMENTO ROMA I

28. Necesidad de concretar la unidad de determinación de Ley aplicable en el Reglamento Roma I. El Reglamento Roma I determina la Ley aplicable a las “obligaciones contractuales”, pero sus normas no hacen referencia a la Ley aplicable a dichas obligaciones, sino más bien a los “contratos”. En consecuencia, se ha de determinar es cuál es la “unidad” de determinación de Ley aplicable en el Reglamento Roma I, si cada “obligación contractual” o cada “contrato” y en tal caso, qué ha de entenderse como tal, para saber si una relación jurídica compleja como la franquicia se considera como un “contrato” o como varios a efectos de este Reglamento.

29. Distintas tesis. Sobre cómo se ha de determinar la “unidad” de determinación de Ley aplicable existen diversas tesis:

30. Primera opción: solución de hecho. Un primer sector de la doctrina ha señalado que la “unidad de Ley aplicable” ha de ser determinada por el tribunal que conoce del asunto en función de la propia naturaleza de la relación en juego¹³³². Conforme a esta tesis, solamente en el caso concreto se podrá medir “el grado de autonomía” de cada uno de los acuerdos que forman parte de una relación comercial¹³³³. Si se aplica esta tesis a los contratos de franquicia, el operador jurídico tendría que estudiar en cada caso en concreto el nivel de autonomía que existe entre el acuerdo marco de franquicia y los distintos acuerdos de ejecución, para determinar cuáles de ellos se han de considerar como una única unidad de Ley aplicable. Esta tesis, que podría ser acertada cuando estaba en vigor el Convenio de Roma 1980, se encuentra hoy “obsoleta” y no encaja con los fines y objetivos del Reglamento Roma I, por los siguientes argumentos: (i) esta postura “de hecho” no da seguridad jurídica a las partes,

¹³³⁰ P. LAGARDE / A. TENEMBAUM, « De la Convention de Rome au Règlement Rome I », *RCDIP*, vol. 97, n. 4, 2008, pp. 727-780, esp. p. 743 ; Z. TANG, « Law Applicable in the Absence of Choice – the new article 4 of Rome I Regulation », *Modern Law Review*, vol. 71, n. 5, 2008, pp. 785-800, p. 785; O. LANDO / P. A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, vol. 45, n. 6, 2008, pp. 1687-1725; T. AZZI, “La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du Règlement Rome I », *Recueil Dalloz*, n. 31, 2008, p. 2169.

¹³³¹ Estos autores ven en el art. 4.1 solamente una apuesta por la previsibilidad y la seguridad jurídica. H. KENFACK, “Le règlement...”, *cit.*, p. 14; O. LOPES PEGNA, “Il rilievo del collegamento più stretto dalla convenzione di Roma alla proposta di Regolamento Roma I”, *Rivista di Diritto internazionale*, n. 3, 2006, pp. 756-782, p. 759.

¹³³² B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises (Convention de Nations Unis de 11 avril 1980)*, LGDJ, Paris, 1990, pp. 26-27; J. MASEDA RODRIGUEZ, *op.cit.*, p. 116.

¹³³³ Sobre esta disyuntiva en la Ley aplicable a estos contratos de ejecución en los contratos de concesión, J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 116 y C.H. THOMAS-CHODKIEWICZ / A. RONZANO, *op. cit.*, p. 292.

que desde que surja un litigio han de ser capaces de conocer cuál es la Ley que va a aplicarse a la resolución del mismo, sin esperar a que el tribunal que conoce del asunto se pronuncie sobre esta cuestión; (ii) no es correcto proporcionar una respuesta “de hecho” a una cuestión que es meramente jurídica, los conceptos de “grupos de contratos”, “contratos mixtos” y “contratos complejos” son construcciones jurídicas, que precisan soluciones jurídicas.

31. Segunda opción: solución de Derecho sustantivo. Otro sector indicó que habría que considerar si la Ley aplicable a la relación principal consideraba la relación jurídica controvertida como única o como un conjunto de contratos independientes¹³³⁴. Esta solución tampoco es capaz de proporcionar a las partes seguridad jurídica sobre la Ley aplicable a sus relaciones. Además, quiebra claramente la uniformidad que pretende el Reglamento Roma I. Por otro lado, se trata de una solución circular. La *lex contractus* no puede consultarse porque aún no ha sido determinada. Precisamente por eso, otros autores han defendido la posibilidad de determinar esta cuestión con arreglo a la *lex fori*¹³³⁵, solución que tampoco es satisfactoria porque fomenta la diversidad de soluciones.

32. Tercera opción: solución propia del Reglamento Roma I. Una tercera postura, que favorece la uniformidad en la determinación de la Ley aplicable es la de encontrar una solución “autónoma”, propia del Reglamento Roma I, que determine para todos los casos cuál es la “unidad” de Ley aplicable (cada obligación del contrato, un contrato, un grupo de contratos...). Solo con esta interpretación de cuál es la unidad de determinación de Ley aplicable se asegurará la uniformidad de soluciones que pretende el propio Reglamento¹³³⁶.

33. Tesis correcta. Determinación autónoma de la “unidad” de determinación de la Ley aplicable. Como se ha indicado, esta última postura, la de la interpretación autónoma, es la más conforme con los fines del Reglamento, ya que éste busca una uniformidad de soluciones y ésta solamente pueden alcanzarse por una uniformidad en la interpretación¹³³⁷. Es por lo tanto la que se adoptará en este trabajo. ¿Cuál es conforme al propio Reglamento Roma I la unidad de determinación de Ley aplicable?

¹³³⁴ Esta parece ser la respuesta que dio la Secretaría de UNCITRAL respecto a la aplicación de la Convención de Viena 1980 a los contratos complejos: A/Conf. 97/5, pp. 41-42; también A.M. GARRO, / A.L. ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 77.

¹³³⁵ F. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, p. 89; M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, pp. 1-47, p. 30.

¹³³⁶ Cdo. 6 RR-I: “El correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio”.

¹³³⁷ B. HAFTEL, *op. cit.*, p. 764. Además, esta interpretación autónoma favorece un buen funcionamiento del mercado único europeo, garantiza una tutela judicial efectiva, permite la circulación de las decisiones

34. El “contrato” como unidad de determinación de la Ley aplicable. El Reglamento Roma I es aplicable para determinar la Ley aplicable a las “obligaciones contractuales”. Sin embargo, los arts. 3 y 4.1 RR-I, piedras angulares del Reglamento, utilizan el término “contrato” y no el término “obligaciones contractuales” ni tampoco los términos “operación contractual”, “situación contractual” o “conjunto de contratos”. Por ello, la doctrina más autorizada ha afirmado que el Reglamento Roma I determina la Ley aplicable al “contrato”, es decir, el Reglamento señala para cada contrato una propia y única Ley reguladora (L. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, C. VON DER SEIPEN, C. CAMPIGLIO, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)¹³³⁸. En otras palabras, el Reglamento Roma I no señala la Ley aplicable a cada obligación contractual por separado, sino la Ley aplicable a cada “contrato”¹³³⁹.

35. Esta regla es muy acertada porque proporciona sencillez y claridad a las partes y a los operadores jurídicos. Además, permite una adecuada localización de la relación jurídica litigiosa: se reconduce la Ley aplicable al sistema jurídico más próximo y por lo tanto mejor preparado para dar una respuesta satisfactoria a los litigios relacionados con cada uno de esos contratos¹³⁴⁰. También se ha argumentado que esta perspectiva facilita la aplicación directa de normas de Derecho uniforme aplicables a específicos tipos contractuales, lo que se presume que beneficia a los contratantes, ya que son normas pensadas específicamente para el tráfico internacional¹³⁴¹.

36. La regla “contrato por contrato” implica que el Reglamento no fija globalmente la Ley aplicable a un “conjunto de contratos” o a una “operación comercial”, sean cuales sean los vínculos que unan a los distintos contratos agrupados en dicha operación¹³⁴². No es conveniente una “determinación global” de la Ley reguladora de un “conjunto de contratos” por dos razones: (i) el concepto “grupo de contratos” es difícil de definir, por lo que el Reglamento perdería en seguridad jurídica

judiciales... (en relación a competencia judicial internacional, STJCE 6 octubre 1976, *Tessili, cit.* y STJCE 8 marzo 1988, *Arcado, cit.*).

¹³³⁸ C. VON DER SEIPEN, *Akzessorische Anknüpfung und engste Verbindung im Kollisionsrecht der komplexen Vertragsverhältnisse*, Heidelberg, 1989, p. 272; C. CAMPIGLIO, "Prime applicazioni della clausola d'eccezione europea in materia contrattuale", *RDIPP*, 1992, pp. 241-254; L. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, *op.cit.*, pp. 1-8; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 773.

¹³³⁹ En esto, el Reglamento Roma I toma un planteamiento muy distinto del de las normas norteamericanas, que en vez de fijar la “Ley del contrato” determinan la Ley aplicable a un “*issue of the contract*”, a un punto concreto del mismo (validez de la cláusula penal, corrección en la ejecución de la obligación...), J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, *Anales de Derecho*, n. 18, 2000, pp. 7-40, p. 15.

¹³⁴⁰ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 119.

¹³⁴¹ Lo que se verá a continuación en relación a la Convención de Viena 1980. J. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 67.

¹³⁴² En cualquier caso, como indica G. CASSONI, *op. cit.*, p. 31, esto no supone que las viscosidades del contrato principal (invalidez, resolución, rescisión...) no puedan afectar al contrato derivado, lo que ocurrirá siempre que así lo establezca la Ley aplicable al contrato de ejecución.

y (ii) aunque varios contratos puedan seguir una misma finalidad económica, cada contrato tiene su causa, y sus circunstancias propias, por lo que sus contactos con diversos Estados pueden ser muy distintos¹³⁴³.

37. Concepto de “contrato” del Reglamento Roma I. Por lo expuesto, resulta muy importante precisar el concepto de “contrato” de este Reglamento para poder determinar cuántos “contratos” o unidades de Ley aplicable existen en una concreta relación u operación contractual compleja como es la franquicia. El concepto de contrato es también autónomo o propio del Reglamento, y por lo tanto se ha de definir en base al mismo y no en base a los Derechos de los Estados miembros, lo que conllevaría un riesgo de falta de uniformidad¹³⁴⁴.

38. En relación a esta cuestión, el TJUE nunca ha definido lo que es un contrato, solamente ha concretado el significado de “materia contractual”, un concepto más amplio que el de contrato, a efectos de competencia judicial internacional¹³⁴⁵. Por ello, la definición de contrato ha sido proporcionada por la doctrina. Como se indicó en la primera sección de este trabajo, esta definición es conveniente aplicarla tanto a efectos de Ley aplicable como de competencia judicial internacional, pues el cdo. 7 RR-I anima a la interpretación uniforme de las nociones compartidas por ambos Reglamentos¹³⁴⁶.

39. De acuerdo con lo anterior, el “contrato” a efectos del Reglamento Roma I se ha definido como el “*acuerdo entre dos o más partes dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico entre las mismas*”¹³⁴⁷. Este concepto presenta un elemento clave, que es que exista un “equilibrio contractual único”, es decir, una correspondencia entre las prestaciones debidas¹³⁴⁸. Además, este equilibrio contractual único suele venir acompañado de otros indicadores,

¹³⁴³ A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 773.

¹³⁴⁴ STJCE 22 marzo 1983, as. 34/82, *Peters vs. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, RJ, 1983, pp.987-1012, STJCE 8 marzo 1988, *Arcado*, cit., STJCE 17 junio 1992, *Handte*, cit.; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, cit.; STJUE de 18 de julio de 2013, *ÖFAB*, cit., FJ 27.

¹³⁴⁵ STJCE 17 junio 1992, *Handte*, cit.; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, cit..

¹³⁴⁶ Considerando 7 RR-I: “*El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), y el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)*”. Véase también el considerando 17 del RR-I.

¹³⁴⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Apuntes...”, cit., p. 324.

¹³⁴⁸ A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 773. En las Conclusiones AG L.A. GEELHOED presentadas el 31 de enero de 2002 en el as. C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH*, RJ 2002, pp. 7359-7382, FJ 77, se hace especial referencia a este elemento mediante la palabra “reciprocidad”: “*En mi opinión, para aplicar el Convenio de Bruselas es determinante averiguar si ha surgido un compromiso entre las partes. ¿Han asumido las partes obligaciones recíprocas? Si existe una obligación libremente asumida, deberá aplicarse el artículo 5, número 1*”.

como que los acuerdos hayan sido celebrados entre las mismas partes o que exista una única formación del consentimiento¹³⁴⁹.

40. Ejemplo 1. Se considerará un “contrato” a efectos del Reglamento Roma I el acuerdo por el que un ciudadano inglés se compromete a vender a un español un equipo de ciberseguridad para el hogar y a prestarle asistencia técnica, a cambio de una contraprestación dineraria global.

41. Ejemplo 2. La operación contractual por la que un empresario español compra un inmueble sito en Tailandia a otra empresa española y posteriormente se lo arrienda por un período de un año, tras el cual tendrá que abandonarlo, no será considerado a efectos el Reglamento Roma I como un único contrato, sino como dos contratos. Existen dos equilibrios contractuales distintos. En primer lugar, la adquisición del bien a cambio de una remuneración. En segundo lugar, el alquiler de dicho bien, a cambio de una renta mensual.

42. Como puede observarse, se trata de los mismos parámetros utilizados para determinar la “unidad” de determinación de competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I bis para el foro del art. 7.1.b (materia contractual), Lo anterior facilita mucho la labor de calificación: si una operación mercantil internacional se ha calificado como un solo contrato a efectos de competencia judicial internacional, mantendrá dicha calificación a efectos de Ley aplicable.

II. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE

43. Cuando el operador jurídico europeo se plantee qué Ley es la aplicable a un litigio relacionado con una operación de franquicia internacional tendrá en primer lugar que identificar el objeto de la reclamación. Como se ha indicado, el Reglamento Roma I será el que se aplicará en la mayoría de los casos, pero no es el único instrumento potencialmente aplicable, sino que existen algunas materias relacionadas con el contrato cuya Ley aplicable puede ser determinada por otros Reglamentos o por normas de producción interna de los Estados miembros.

44. Por esta razón, en los apartados siguientes se abordará la determinación de la Ley aplicable por materias, siendo preciso distinguir en primer lugar entre la Ley aplicable a las cuestiones relacionadas con la celebración del contrato (1) y la Ley aplicable a las cuestiones relacionadas con los derechos derivados de tal contrato (2).

1. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

45. Las cuestiones relacionadas con la capacidad y el consentimiento de las partes a la hora de celebrar el contrato, así como con la forma del mismo no tienen por

¹³⁴⁹ A. LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, p. 304.

qué regularse por la misma Ley que rige las obligaciones contractuales, son cuestiones que tradicionalmente han contado con normas de conflicto propias.

46. Ejemplo 1. Si el franquiciado quiere anular el contrato de franquicia porque considera que su consentimiento estaba viciado, pues se le prometieron unos beneficios anuales muy por encima de los percibidos, la Ley que determinará si existía o no ese vicio en el consentimiento será la Ley que regule el consentimiento del franquiciado, que no tiene por qué coincidir con la *lex contractus*.

47. Ejemplo 2. La Ley aplicable a determinar si el contrato de franquicia ha de formalizarse por escrito será la Ley aplicable a la forma del contrato, que tampoco tiene por qué coincidir con la *lex contractus*.

48. Ejemplo 3. Si el franquiciado no tenía capacidad para firmar el contrato, la validez del contrato y sus efectos se determinarán de acuerdo a la Ley que rijan la capacidad de esta parte y no por la *lex contractus*.

49. Estas cuestiones no presentan muchas especialidades en lo que se refiere al contrato de franquicia, pero se incluyen en este trabajo por su vocación de tratar todos los posibles conflictos de leyes que puedan surgir en relación a este tipo contractual.

A. Consentimiento

50. La existencia y validez del consentimiento de las partes para celebrar el contrato se rige en toda la UE por el Reglamento Roma I, que destina a estas cuestiones unas normas específicas. Muchas veces se ignora esta situación. En litigios en que se ha impugnado el contrato por falta de consentimiento de una parte se ha aplicado directamente la Ley del contrato o la Ley del Estado cuyos tribunales conocen del asunto¹³⁵⁰.

51. La regla general es que se aplica la Ley que regula el mismo contrato cuya formación se discute (art. 10.1 RR-I), lo que se traduciría en la aplicación de la Ley que regula las obligaciones contractuales y sus efectos (*lex contractus*). Sin embargo, el art. 10.2 RR-I contiene una norma especial que permite que las partes apliquen la Ley de su residencia habitual para determinar que dicho consentimiento no se ha dado. Según este precepto, “para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado 1”. En definitiva, y aunque *a priori* se aplique la *lex contractus*, cada parte está respaldada por la Ley del país de su residencia habitual y si dicha Ley indica que no ha habido consentimiento del contratante, será

¹³⁵⁰ SAP Madrid (secc. 21) 17 septiembre 2010, n. 416/2010, sobre un contrato de máster franquicia para la internacionalización de una red española en territorio chileno, se aplica directamente Ley española.

indiferente lo que establezca la Ley del contrato. Podría concluirse que el consentimiento se vincula, en última instancia, a la Ley personal de cada parte, que en este caso vendría representada por la Ley de su residencia habitual, punto de conexión que se ha convertido en una tendencia en EPIL¹³⁵¹. No obstante, por las diferencias entre la calificación en competencia judicial internacional y en Ley aplicable (=en Ley aplicable se califica cada “cuestión de Derecho” y no la totalidad de la acción) es preciso distinguir dos cuestiones. Respecto a la falta de consentimiento y a sus consecuencias se aplicará la Ley que señale el art. 10 RR-I. Pero respecto a los efectos sobre el contrato de esa falta de consentimiento se aplicará directamente la *lex contractus* (art.12 RR-I).

52. Por último, al igual que en sede de competencia judicial internacional, resulta preciso hacer referencia a las acciones que pueden ejercitar las partes por defectos en su consentimiento debido a la falta de información precontractual. La Ley aplicable a estas acciones ha de determinarse conforme a las reglas expuestas del art. 10 RR-I, pues se trata de cuestiones referidas a un contrato. En cambio, no tendrá que determinarse conforme a este artículo la Ley aplicable a otro tipo de acciones relacionadas con estos defectos en la información, como la de daños y perjuicios por la ruptura de las negociaciones debido a la negativa del franquiciador a suministrar la información, que, como se verá más adelante, han de considerarse como reclamaciones referidas a “obligaciones extracontractuales”, y por lo tanto la Ley aplicable a las mismas tendrá que ser determinada conforme al Reglamento Roma II¹³⁵².

B. Forma

53. La Ley aplicable a la forma también se rige en toda la UE por el Reglamento Roma I, que destina a estas cuestiones unas normas específicas. En concreto, el art. 11 RR-I distingue entre dos situaciones:

54. *i. Contratos celebrados entre personas, o sus representantes, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración.* En relación a éstos, el Reglamento indica que serán válidos si reúnen los requisitos de forma de la *lex contractus*, es decir, de la Ley que los rijan en cuanto al fondo, o de la Ley del país donde se hayan celebrado, incorporando así la tradicional regla *lex loci celebrationis* (art. 11.1 RR-I).

55. *ii. Contratos celebrados entre personas que se encuentren en distintos países, o por medio de representantes que estén en distintos países, en el momento de su celebración.* Para estos casos, es decir, los contratos a distancia, las posibilidades se

¹³⁵¹ A. BONOMI, "Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement européen", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2010, pp. 241-272.

¹³⁵² Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DOUE L 199 de 31 julio 2007, p. 40 y ss.

amplían. Éstos serán válidos en cuanto a la forma si reúnen las condiciones de la *lex contractus*, o de la Ley de los países en que se encuentren cualquiera de las partes, o cualquiera de sus representantes, en el momento de la celebración, o de la Ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento (art. 11.2 RR-I).

C. Capacidad

56. La capacidad contractual de las partes es una materia excluida del Reglamento Roma I (art. 1.2.a RR-I). La misma queda sujeta al Dipr. de producción interna de cada Estado miembro. La tendencia habitual en los Estados miembros es que la capacidad para contratar se considere como una manifestación de la capacidad general de la persona y por lo tanto que sujeta a la Ley que regula ésta, que suele ser la Ley personal. Esta Ley personal se concreta en la Ley del domicilio, de la residencia habitual o de la nacionalidad, según el Estado miembro¹³⁵³. Esta Ley se aplicará también para decidir si un contrato es nulo o inválido por la falta de dicha capacidad.

57. Aunque con arreglo a la Ley que corresponda aplicar, el contratante sea considerado capaz, el Reglamento Roma I establece una excepción, conocida como “excepción del interés nacional” (art. 13 RR-I). Por esta excepción, en el caso de contratos celebrados entre sujetos que se encuentran en el mismo país, una persona física que sería “capaz” para contratar según la Ley del Estado donde se encuentra, sólo puede invocar su incapacidad derivada de una Ley extranjera, si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte¹³⁵⁴. Al fin y al cabo, la excepción del interés nacional constituye un mecanismo legal que sustituye la aplicación de la Ley personal, que es normalmente la Ley que regula la capacidad del sujeto, por la Ley del lugar donde se ha celebrado el contrato¹³⁵⁵.

¹³⁵³ En España, una vez comprobado que el extranjero, por normativa administrativa, puede concluir este tipo de contratos, la capacidad para contratar se regiría también por el art. 9.1 CC (en caso de persona física), y por el 9.11 CC (en el caso de persona jurídica).

¹³⁵⁴ A-L. CALVO CARAVACA, “La técnica normativa de la doctrina del interés nacional”, *REDI*, 1978-1979, vol.XXXI, pp. 111-137; ID., “La doctrina del interés nacional y su ámbito espacial de aplicación”, *ADC*, 1981, vol.XXXIV, pp. 85-107; ID., “La doctrina del interés nacional en Derecho interregional”, *Anales de Derecho*, Murcia, 1982, núm.3, pp. 215-218; ID., “Nota a las Res.DGRN de 4 marzo 1981 y de 14 diciembre 1982”, *REDI*, 1982, vol.XXXIV, pp. 507-511; ID., “La ley aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980)”, *Derecho de los negocios*, abril 1994, núm.43, pp. 1-29; ID., “Art.10.8 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 710-729; ID., “Art.10.8 Cc.”, *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, pp. 125-127; ID., “Interés nacional”, *EJB*, 1995, pp. 3664-3666.

¹³⁵⁵ Su justificación se comprenderá mejor a la luz de su origen. Como indican A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 545 y ss., se trata de una institución creada por los tribunales franceses en el siglo XIX (Sent. *Cour Cassation* Francia 16 enero 1861, *Lizardi*): “*Lizardi era un sujeto de nacionalidad mejicana que contaba 23 años de edad cuando compró joyas en Francia por una suma considerable. El sujeto pagó la suma pero su tutor instó posteriormente la nulidad de estas ventas, pues alegó que con arreglo a su Ley nacional mejicana, Lizardi era menor de edad, ya que, en aquella época, la mayor edad se alcanzaba a los 25 años según dicha Ley mejicana. El objetivo de Lizardi, parece ser, no era otro que lucir las joyas por París y luego devolverlas al joyero parisino y recuperar su dinero. Sin embargo, los tribunales franceses estimaron que el contrato era válido, ya que*

58. De lo expuesto puede extraerse que el consentimiento y a la capacidad para celebrar un contrato no se regulan en Dipr. europeo de forma conjunta: el consentimiento se sujeta a la Ley que rige el contrato (que puede ser la Ley elegida por las partes) y la capacidad a la norma que determine el Dipr. del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. No obstante, al igual que ocurre con el consentimiento y la forma, los efectos que pueda tener sobre las obligaciones de las partes y sobre el contrato una posible nulidad del contrato por falta de capacidad se regirán por la *lex contractus*, ya que el art. 12.1.e RR-I incluye en el ámbito de aplicación de dicha *lex* las consecuencias de la nulidad del contrato.

2. CUESTIONES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO

59. No todos los litigios relacionados con las obligaciones o derechos derivados de un contrato de franquicia reciben un mismo tratamiento a efectos de Ley aplicable¹³⁵⁶. En este sentido es preciso distinguir los litigios relacionados con los derechos reales (A), con los derechos de propiedad intelectual (B) con las obligaciones contractuales (C) y con las obligaciones extracontractuales (D).

A. Derechos reales

60. No existe una norma europea que determine la Ley aplicable a los litigios relacionados con derechos reales. En consecuencia, cuando surja una controversia entre franquiciador y franquiciado relacionada con los derechos reales que pueden crearse o transmitirse con el contrato de franquicia, el tribunal competente aplicará sus normas de conflicto de leyes de producción interna. Estas normas son diferentes en cada Estado miembro¹³⁵⁷.

61. Estas normas de producción interna se aplicarán cuando la controversia se refiera a derechos reales sobre bienes tanto inmuebles (por ejemplo, sobre el

aplicaron a la capacidad del comprador mejicano no su Ley nacional (Ley mejicana), sino la Ley francesa, que era la Ley del país de celebración de los contratos de compraventa. Y con arreglo a la Ley francesa, los contratos eran válidos ya que, a los ojos del Derecho francés, Lizardi era ya mayor de edad cuando adquirió las joyas”.

¹³⁵⁶ B. HAFTEL, *op. cit.*, p. 767. En el mismo sentido, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence..., cit.*, p. 219-220.

¹³⁵⁷ Los tribunales españoles aplicarán el art. 10.1 CC: “*La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen.*

La misma ley será aplicable a los bienes muebles.

A los efectos de la constitución o cesión de derechos sobre bienes en tránsito, éstos se considerarán situados en el lugar de su expedición, salvo que el remitente y el destinatario hayan convenido, expresa o tácitamente, que se consideren situados en el lugar de su destino”.

establecimiento franquiciado) como muebles (por ejemplo, sobre la maquinaria o el *stock* sobrante al finalizar el acuerdo de franquicia).

62. Ejemplo. Los tribunales españoles se declaran competentes para conocer de un pleito relacionado con un contrato de franquicia en que el franquiciador solicita la resolución del contrato y que se le declare dueño del *stock* sobrante que posee el franquiciado en el establecimiento, sito en Cannes. El contrato contiene una cláusula de elección de Ley a favor del Derecho español. ¿Qué Ley se aplicará para resolver la controversia?

63. Como se verá más adelante, la resolución del contrato es una cuestión sujeta al Reglamento Roma I, por lo que se aplicará este instrumento para determinar la Ley aplicable a la misma. En concreto, se aplicará la Ley española, por existir un pacto de elección a favor de dicha Ley (art. 3 RR-I). Por el contrario, la cuestión de la titularidad de las mercancías no queda cubierta por el Reglamento Roma I, de forma que para determinar la Ley aplicable a esta pretensión se tendrá que aplicar el Derecho al que conduzca el art. 10.1 CC, es decir, el Derecho del Estado en que se hallen sitas dichas mercancías. Como las mismas se encuentran en Francia, a esta cuestión se aplicará la Ley francesa.

64. Como puede observarse, que no exista un régimen único para determinar la Ley aplicable en materia civil y mercantil acaba perjudicando a los litigantes y a los propios tribunales, pues en acciones en las que traigan a colación más de una cuestión de Derecho pueden verse obligados a informarse sobre dos ordenamientos jurídicos distintos y a adaptar su conducta a ellos y por lo tanto a soportar altos costes conflictuales¹³⁵⁸.

B. Existencia, transmisibilidad y protección de los derechos de propiedad intelectual

65. Como ya se ha indicado, en los contratos de franquicia tienen un carácter esencial los derechos que forman parte del “paquete de la franquicia” (marcas, *know-how*, *copyrights* e incluso patentes) y que son transmitidos por el franquiciador al franquiciado para su explotación¹³⁵⁹. Tanto la jurisprudencia como la doctrina han subrayado la importante distinción que ha de existir entre la Ley aplicable a los problemas puramente relativos a esos derechos y aquellos problemas anexos, relativos a

¹³⁵⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto...*, cit., 72.

¹³⁵⁹ P. TORREMANS, *op. cit.*, p. 568; EUROPEAN MAX-PLANCK GROUP FOR CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY, “On the European Commission’s Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (“Rome I”) of December 15, 2005 and the European Parliament Committee on Legal Affairs’ Draft Report on the Proposal of August 22, 2006”, <http://pubman.mpdl.mpg.de/pubman/item/escidoc:1729069:3/component/escidoc:1795371/Comments-ContractualObligations.pdf> (fecha última consulta: 20/03/2017).

las transacciones contractuales que puede implicar un derecho de este tipo¹³⁶⁰. Esta distinción es análoga a la referida en competencia judicial internacional para esta misma materia.

66. Las normas de conflicto de leyes relativas al primer grupo de cuestiones, es decir, a los problemas relativos a los derechos incorporales en sí mismos, no se encuentran unificadas a nivel europeo. Pese a ello, el conocido como “principio de territorialidad” se impone de forma uniforme en todos los Estados miembros y en los Convenios internacionales existentes al respecto. Este principio se traduce en la aplicación de la Ley del país para el que se reclama protección (*lex loci protectionis*). En Dipr. español este principio de territorialidad se encuentra contemplado en el art. 10.4 CC¹³⁶¹ y en los convenios internacionales multilaterales en vigor para España¹³⁶².

67. La *lex loci protectionis* es la que se aplicará a todos los aspectos que conciernen directamente al derecho incorporal en sí, es decir, a su existencia y su protección. Más debatida es la Ley aplicable a la “transmisibilidad” de los derechos, las condiciones en que pueden ser concedidas licencias sobre los mismos o si dichas transmisiones y licencias pueden invocarse frente a terceros, si bien la opinión mayoritaria es que también ha de regirse por la *lex loci protectionis*¹³⁶³. Así, por ejemplo, para saber si el *know-how* es un derecho incorporal susceptible de inscripción en el Registro del Estado en que va a explotarse la franquicia, será necesario como norma general consultar la Ley del lugar en que se pretende tal registro. Será también esta Ley la que determine si se puede conceder una licencia de uso de dicha marca o únicamente una cesión de su titularidad, cuestiones que en algunos ordenamientos se encuentran muy diferenciadas¹³⁶⁴.

¹³⁶⁰ Por todos, N. BOUCHE, *op. cit.*, p. 469 y J.J. FAWCETT / P. TORREMANS, *op. cit.*, pp. 545-546; N. HATZMIHAIL, “Concluding remarks: territoriality, international governance and cross-border litigation of intellectual property claims”, en A. NUYTS (ed.), *International litigation in intellectual property and information technology*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008, pp. 303-308.

¹³⁶¹ Art. 10.4 CC: “Los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte”.

¹³⁶² Los más destacables son los siguientes: Convenio de Berna de 9 septiembre 1886 para la protección de las obras literarias y artísticas, modificado por el Arreglo particular del Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor, hecho en Ginebra el 20 diciembre 1996 (BOE n. 148 de 18 junio 2010); Convenio de Ginebra de 6 septiembre 1952; Convenio de Roma de 26 octubre 1961 sobre protección de los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión; Convenio de Ginebra sobre Derechos de autor de 20 diciembre 1996; Convenio de la Unión de París de 20 marzo 1883 para la protección de la propiedad industrial.

¹³⁶³ J.J. FAWCETT / P. TORREMANS, *op. cit.*, p. 497; N. BOUCHE, *op. cit.*, p. 473; EUROPEAN MAX-PLANCK GROUP FOR CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY, “On the European Commission’s Proposal...”, *cit.*, p. 2: “These questions are of particular importance when it comes to issues which concern the intellectual property right itself but which are closely linked to the respective contracts like the transferability of the right, the conditions under which licenses can be granted and whether the transfer or license can be invoked against third parties. These issues do not fall under the *lex contractus*; they are governed by the law that governs the intellectual property right. Courts should be careful in considering these questions of characterisation”.

¹³⁶⁴ Por ejemplo en Derecho inglés. Vid. P. TORREMANS, *op. cit.*, p. 570.

68. Como se verá más adelante respecto a las vulneraciones de estos derechos, la Ley aplicable se determina conforme a otras consideraciones distintas al principio de territorialidad¹³⁶⁵. En concreto, cuando el objeto del pleito sea calificado como contractual, se aplicará el Reglamento Roma I, y cuando se considere extracontractual, se aplicará el Reglamento Roma II.

69. Pese a que esta distinción entre la Ley aplicable a la existencia del derecho de propiedad intelectual y al contrato es muy clara, en muchas acciones tendrán que coordinarse ambas¹³⁶⁶. Así, por ejemplo, tendrán que aplicarse ambas normas de conflicto en un pleito que tenga por objeto la responsabilidad del franquiciado por haber utilizado la marca cedida de forma contraria a lo pactado en el contrato. Será la Ley aplicable al derecho de propiedad inmaterial la que determine la existencia, la validez, la duración, la extensión y el contenido del derecho y si éste podrá cederse¹³⁶⁷. Por otra parte, al incumplimiento de las condiciones con las que se cedió ese derecho en el contrato se aplicará la *lex contractus*. Respecto a estos casos, parte de la doctrina ha sugerido, para asegurar la coherencia en la resolución del pleito, la posible aplicación de la *lex loci protectionis* al contrato de franquicia cuando éste no cuente con un pacto de Ley aplicable, en virtud de la cláusula de excepción de los vínculos manifiestamente más estrechos del art. 4.3 RR-I¹³⁶⁸. Sin embargo, como se verá más adelante, esta cláusula ha de ser reservada para casos muy excepcionales, en que los vínculos con el Estado cuya Ley se pretende aplicar sean claramente mucho más estrechos con el contrato que los del Estado al que conduce la aplicación de la norma de conflicto relativa a la franquicia (art. 4.1.e RR-I), y que como también se verá, señala a la Ley del Estado de la residencia habitual del franquiciado.

70. En este punto, es preciso señalar que la Propuesta del Reglamento Roma I efectuada por la Comisión europea contenía una norma de conflicto específica para los contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual o industrial (art. 4.1.f de la propuesta)¹³⁶⁹. Estaba formulada en los siguientes términos: “*el contrato referente a la propiedad intelectual o industrial se regirá por la ley del país en que quien transfiere o concede los derechos tenga su residencia habitual*”. Esta proposición fue muy criticada

¹³⁶⁵ Especialmente la jurisprudencia francesa ha sabido diferenciar muy bien entre la Ley aplicable al derecho de propiedad intelectual y al contrato que contenga una cesión de estos derechos: Sent. Cass. civ. 1ere, 29 abril 1979, *JDI* 1970, p. 736, nota A. FRANÇON, *RCDIP* 1971, p. 270, nota H. BATIFFOL; Sent. CA Paris 4eme ch., 29 junio 2000, *RIDA*, enero 2001, p. 326.

¹³⁶⁶ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 120; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Applicable law in the absence of choice to contracts relating to intellectual or industrial property rights”, *YBPIL*, vol. 10, 2008, pp. 199-219, esp. p. 210.

¹³⁶⁷ J.J. FAWCETT / P. TORREMANS, *op. cit.*, p. 551; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos..., cit.*, p. 168.

¹³⁶⁸ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos..., cit.*, p. 267.

¹³⁶⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), COM/2005/0650 final - COD 2005/0261.

por los comentaristas, especialmente por el “CLIP” por dos razones¹³⁷⁰. La primera, que la ambigüedad de la norma podía llevar a confusión a los operadores jurídicos, de forma que aplicaran la *lex contractus* a todos los aspectos relacionados con el derecho cedido. La segunda, porque esta norma de conflicto se solapaba con las letras “g” y “h” de la propuesta, que entonces correspondían a las actuales letras “e” y “f”, relativas a los contratos de distribución y de franquicia¹³⁷¹. Según U. MAGNUS, la propuesta era simplista, pues no permitía distinguir entre los contratos de cesión de derechos en que existe obligación de explotación por el cesionario (en que el prestador característico sería dicho cesionario) y los contratos de cesión en que no existe tal obligación (en que el prestador característico sería el cedente)¹³⁷². Por estas razones, la propuesta fue finalmente retirada, de forma que hoy no cabe duda que, en el marco de un contrato de franquicia, las cuestiones relacionadas con la cesión de los derechos inmateriales en el contrato han de regirse por la Ley aplicable al contrato de franquicia. Y que las cuestiones relacionadas con la existencia, transmisibilidad y protección de los derechos inmateriales cedidos han de regirse por la Ley aplicable a la existencia y validez de tales derechos¹³⁷³.

C. Obligaciones contractuales

71. Como se ha indicado, la Ley aplicable a las obligaciones contractuales derivadas de un contrato de franquicia se determinará a partir del Reglamento 593/2008 de 17 de junio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)¹³⁷⁴. Teniendo en cuenta el carácter complejo de estas relaciones, antes de analizar los puntos de conexión del mismo (apartado c), resulta preciso concretar cuál es la unidad de determinación de la Ley aplicable por el Reglamento respecto de estos contratos (apartado a) y a qué aspectos de la operación de franquicia se aplicará la Ley señalada por el Reglamento (apartado b).

a. “Obligaciones contractuales”, “contrato” y relaciones de franquicia

72. “Contratos” existentes en la operación contractual internacional de franquicia. Como se indicó más arriba, la unidad de determinación de la Ley aplicable

¹³⁷⁰ EUROPEAN MAX-PLANCK GROUP FOR CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY, “On the European Commission’s Proposal...”, *op. cit.*

¹³⁷¹ EUROPEAN MAX-PLANCK GROUP FOR CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY, “On the European Commission’s Proposal...”, *cit.*, pp. 3-4; P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *RCDIP*, 2006, pp. 331-349, p. 331.

¹³⁷² U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 421: “*This rule was deleted, however, not because such contracts should be exempted from the scope of the Rome I Regulation but basically because the rule was much criticized as too simple and undifferentiated*”.

¹³⁷³ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 121.

¹³⁷⁴ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”), *DOUE* 4.7.2008, L 177/6.

en el Reglamento Roma I es el contrato. Por ello, se ha de determinar cuántos “contratos” en el sentido del Reglamento Roma I, existirán entre franquiciador y franquiciado en una operación internacional de franquicia.

73. Al igual que respecto al Reglamento Bruselas I bis, se ha de tener en cuenta que las operaciones internacionales de franquicia son peculiares en dos sentidos. En primer lugar, porque son contratos complejos, es decir, operaciones contractuales compuestas de un acuerdo marco y varios acuerdos de ejecución de tal acuerdo marco. En segundo lugar, el acuerdo marco es lo que la doctrina denomina un acuerdo mixto, es decir, un acuerdo compuesto por elementos procedentes de contratos típicos distintos.

74. i. La franquicia como operación contractual compleja. La primera cuestión a precisar es por lo tanto si esos acuerdos de ejecución (por ejemplo, las distintas operaciones de venta de productos contractuales que se formalicen entre franquiciador y franquiciado), pueden ser considerados como “contratos” a efectos del Reglamento Roma I. Conforme a las consideraciones expuestas, lo adecuado sería analizar si en estos contratos accesorios existe o no un “equilibrio en las prestaciones” sin necesidad de tener en cuenta el acuerdo marco de franquicia¹³⁷⁵. La respuesta es la misma que se proporcionó en sede de competencia judicial internacional: si bien será algo a determinar caso por caso, en la mayoría de los supuestos estos acuerdos de ejecución serán “contratos” a efectos del Reglamento Roma I. Por ejemplo, en los distintos acuerdos de compraventa (que no tienen por qué ser contratos formalizados por escrito, sino que pueden instrumentarse como simples pedidos) habrá entrega de mercancías y pago del precio y por lo tanto equilibrio de las prestaciones; en el acuerdo de alquiler por parte del franquiciador al franquiciado del establecimiento en que se desarrollará el negocio habrá puesta a disposición del local y pago de renta; en el acuerdo de financiación que el franquiciador puede firmar con el franquiciado se procurarán facilidades para asumir ciertos gastos y a cambio existirá un interés a pagar por el franquiciado. Por lo expuesto, en este trabajo se partirá de considerar los acuerdos de ejecución como “contratos” independientes en relación al Reglamento Roma I, al igual que se consideraron como tales a efectos del foro en materia contractual del Reglamento Bruselas I bis¹³⁷⁶.

75. Ejemplo. Varios franquiciados con residencia habitual en Portugal, de un negocio de pizzerías demanda a su franquiciador con sede en España, por un incumplimiento de los contratos que habían suscrito para la campaña de publicidad “San Valentín 2016”, solicitando la devolución de parte de precio pagado y una indemnización de daños y perjuicios por las ganancias dejadas de percibir durante esa

¹³⁷⁵ D. BERLIN, *op. cit.*, p. 38 ; P. CRAHAY, *Guide...*, *cit.*, p. 137.

¹³⁷⁶ Pese a que esta es la posición mayoritaria de la doctrina en relación a las operaciones de franquicia, existen voces disidentes: B. AUDIT, *Droit International Privé*, Economica, Paris, 2010, p. 724; S. FRANCO, “Le Règlement...”, *cit.*, p. 60, que consideran más conveniente considerar la totalidad de la operación de franquicia como un único contrato.

fecha. El franquiciador se comprometió a realizar una difusión en la televisión portuguesa durante los siete días previos al 14 de febrero, pero solamente se hizo los últimos tres y en malísimas condiciones. ¿Es este acuerdo un “contrato” a efectos de Ley aplicable?

76. Este acuerdo entre franquiciador y franquiciado se ha de considerar como un “contrato” a efectos del Reglamento Roma I, aunque el mismo se haya celebrado en cumplimiento de una obligación prevista en el contrato marco de franquicia. En este acuerdo de publicidad existe equilibrio entre las prestaciones, una correspondencia entre las prestaciones debidas: el franquiciador adquiere un compromiso de promoción y publicidad de la marca a nivel de la red y el franquiciado a cambio paga un precio.

77. Estos acuerdos de ejecución que se consideran como “contratos” no tienen por qué estar íntegramente contenidos en un documento separado del contrato marco de franquicia, sino que algunas de las circunstancias de los mismos puede que se hayan previsto en el contrato marco, sin que ello altere su naturaleza de “contrato” independiente.

78. Ejemplo. En un contrato marco de franquicia se acuerda que el franquiciador adquirirá el local en que vaya a situarse el establecimiento franquiciado, y que posteriormente lo arrendará al franquiciado por un precio fijo al mes a determinar en el contrato de arrendamiento. En ejecución de esa obligación, un mes más tarde las partes suscriben el contrato de arrendamiento respecto del local adquirido por el franquiciador. El franquiciador pretende que el franquiciado pague todos los gastos de agua y electricidad efectuados durante la reforma del local, a lo que éste se opone. ¿Qué Ley se ha de aplicar para resolver esta controversia?

79. Pese a que la inclusión de los gastos en el precio del alquiler se pactó en el contrato marco de franquicia, se trata de una cuestión relativa al contrato de arrendamiento, y que, en el litigio que se ha suscitado entre las partes, se agota en dicho contrato de arrendamiento. Por ello, el tribunal que conozca del asunto, si es que se plantean acudir a juicio, tendrá que aplicar a esta cuestión la norma de conflicto relativa los “contratos de arrendamiento” (art. 4.1.c RR-I) y no la relativa a la franquicia (art. 4.1.e RR-I), pese a que parte de este pacto se encuentre contenido en el acuerdo marco.

80. Como puede apreciarse, esa separación de la operación contractual en varios contratos puede dar lugar a la aplicación de distintas Leyes en un mismo contencioso. Esto ocurrirá cuando se traigan a colación derechos derivados del contrato marco de franquicia y de contratos de ejecución. Esta consecuencia ha sido criticada por parte de la doctrina, según la cual la *lex contractus* relativa a la franquicia se debería aplicar a toda la operación, en el sentido de cubrir, además del “acuerdo marco”, los distintos acuerdos a los que éste dé lugar¹³⁷⁷. Estos autores utilizan dos argumentos: (i) que esta

¹³⁷⁷ B. AUDIT, *Droit...*, cit., p. 724; S. FRANCO, “Le Règlement...”, cit., pp. 40-69.

postura es la más conforme con la voluntad del Reglamento, que incluyó el contrato de franquicia en la lista del 4.1 RR-I y (ii) que la finalidad económica de los contratos de ejecución no es solamente la de ese acuerdo en concreto, por ejemplo, la circulación de los bienes del vendedor al comprador, sino dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en el contrato marco de franquicia. Esta postura, si bien facilitaría la determinación de la Ley aplicable, no puede mantenerse a partir del tenor literal del Reglamento, que habla de “contratos” y que no incluye en dicho término a las operaciones formadas por varios contratos. Esto puede deducirse del cdo. 20 RR-I, en que se utiliza como criterio de concreción del país con que el contrato tenga vínculos manifiestamente más estrechos que dicho contrato en cuestión tenga una relación muy estrecha con otro contrato o contratos, en lo que podría incluirse que forme parte de una operación contractual compleja. Si la totalidad de la operación se rigiera por una misma Ley, esta indicación habría sido innecesaria.

81. La regla “contrato por contrato” es la que proporciona además una mejor solución para los contratos de franquicia. Considerar la totalidad de la relación como un único contrato, como una única relación contractual, además de las objeciones teóricas indicadas (no existe un equilibrio contractual único que afecte a todos los acuerdos que forman parte de la relación de franquicia), presentaría una serie de objeciones prácticas que resultan insalvables¹³⁷⁸. La primera es que una consideración unitaria de la totalidad de la relación de franquicia no tendría en cuenta la gran diversidad de los contratos de ejecución que es posible celebrar en desarrollo del contrato marco (compraventas, alquileres, contratos financieros, *leasing*, prestaciones de servicios de distintos tipos...) y tampoco su distinto nivel de relación con dicho contrato marco (¿se han de incluir los contratos suscritos entre una de las partes contractuales y un tercero? ¿se han de incluir los acuerdos celebrados varios años después de la celebración del contrato marco?). La segunda objeción sería la dificultad en la determinación de la Ley que debería regir la totalidad de la relación. ¿Debería ser siempre la Ley aplicable al contrato marco o debería ser la Ley con que la totalidad de la relación presente los vínculos más estrechos? Si se considerara esta última como la solución más acertada, en el supuesto de que los contratos de ejecución se celebren transcurrido un tiempo desde que se firmó el contrato marco, se planteará la duda de si la celebración de estos contratos influiría sobre la determinación de la Ley aplicable a la totalidad de la relación¹³⁷⁹.

82. *ii. La franquicia como operación contractual mixta.* La segunda cuestión es la de precisar si el acuerdo marco de franquicia constituye un único contrato a efectos del Reglamento Roma I o bien varios contratos. En este punto es preciso incidir en el elemento clave de la noción de “contrato” en el Reglamento, “el equilibrio contractual”. Como se justificó en relación al Reglamento Bruselas I bis, en el contrato marco de franquicia existen muchas obligaciones a cargo del franquiciador y del franquiciado,

¹³⁷⁸ En relación a la *joint venture*, F. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, pp. 86-87.

¹³⁷⁹ F. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, p. 87.

pero un equilibrio contractual único¹³⁸⁰. Esas prestaciones se encuentran “equilibradas” en conjunto, y no de forma individual, es decir, no se puede distinguir si la obligación del franquiciador de ceder los derechos se corresponde el pago por el franquiciado de un “X” por ciento del *royalty*, o si la obligación del franquiciado de comercializar los productos en la zona pactada se corresponde con la obligación del franquiciador de asumir la publicidad de la red a nivel nacional. Por esto se puede afirmar que el “acuerdo marco” de franquicia constituye para el Reglamento Roma I un “contrato”, una única unidad de Ley aplicable.

83. Por lo tanto, aunque el contrato marco de franquicia sea un contrato mixto, es decir, un contrato compuesto, salvo que las partes pacten lo contrario se considerará como un único contrato a efectos de la determinación de Ley aplicable, pues existe correspondencia entre las prestaciones debidas. Considerar el contrato marco de franquicia como una estructura contractual de varias unidades también tendría muchos inconvenientes prácticos, pues dificultaría mucho la determinación de la Ley aplicable¹³⁸¹. Esta interpretación se apoya también en el art. 4.2 RR-I, que admite la existencia de “un solo contrato” aun cuando los elementos del mismo correspondan a varios tipos de contrato diferentes¹³⁸². En consecuencia, las obligaciones que conforman el contrato marco de franquicia se registrarán todas ellas por la misma Ley aplicable salvo que las partes decidan fraccionar tal unidad. No importa que esas obligaciones contractuales en otras circunstancias pudieran constituir contratos independientes.

84. Para ilustrar esta cuestión se puede utilizar el ejemplo de la cesión de los derechos incorporales (marcas, patentes, *know-how*, signos distintivos...) que se produce dentro de los contratos de franquicia. Esta cesión puede ser también un contrato independiente, que consista únicamente en la asignación de determinados derechos inmateriales a un cesionario para su explotación en un determinado territorio, a cambio de un precio. En esos casos, la Ley aplicable a la cesión será determinada, obviamente, de forma independiente. Pero no ocurre lo mismo cuando la cesión de derechos forma parte de un contrato mayor, como un contrato de franquicia. En estos supuestos, la cesión de derechos adquiere el papel de obligación contractual, no es un “contrato” y por lo tanto ha de ser tratada a efectos de Ley aplicable como una parte del contrato de franquicia¹³⁸³.

¹³⁸⁰ Otros autores ponen el acento en la existencia de una única “causa” o “fin económico”, un criterio que también daría lugar a afirmar que el contrato base de franquicia es una unidad contractual. Ver L.F. CARRILLO POZO, *El contrato...*, cit., p. 188; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos...*, cit., p. 63.

¹³⁸¹ A. LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pp. 176-281.

¹³⁸² Art. 4.2 RR-I: “Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se registrará por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato”.

¹³⁸³ O. LANDO, “Contracts”, *cit.*, p. 141.

85. Ejemplo. Si surge un litigio relativo al mal uso por parte del franquiciado de la marca que le ha cedido el franquiciador, la Ley aplicable al mismo será la Ley aplicable al contrato de franquicia y no la Ley aplicable a un contrato de cesión de derechos incorporeales.

86. Estas consideraciones sobre una unidad de determinación de la Ley aplicable tienen sus efectos tanto si las partes eligen la Ley aplicable a la operación contractual de franquicia, o a parte de la misma, como si la determinación de dicha Ley se deja al tribunal. Como se verá más adelante, si las partes eligen, de forma global, la Ley estatal aplicable a la operación de franquicia en su totalidad, para valorar la validez de dicha elección se tendrá que considerar que ésta comprende tantas elecciones de Ley como “contratos” existan. Si no existe pacto de Ley, o el mismo no es global, el tribunal tendrá que determinar primero cuantos “contratos” existen en la relación jurídica de franquicia y ver con cuál de ellos está conectada la obligación litigiosa, para poder determinar la Ley aplicable a cada uno de ellos conforme a las normas del art. 4. RR-I.

87. Dado que los contratos de ejecución pueden ser de diversa naturaleza y no presentan problemáticas propias del contrato de franquicia, más allá que el problema de la delimitación (que si se tratará, tanto en Ley elegida como en defecto de elección), en los epígrafes siguientes se tratará exclusivamente la Ley aplicable al contrato marco de franquicia, si bien se dedicará un apartado a dichos contratos de ejecución más adelante.

b. La Ley aplicable a las obligaciones contractuales: *lex contractus*

88. Aplicación de la *lex contractus* a las obligaciones contractuales. De que el contrato sea la unidad básica de determinación de la Ley aplicable también se extrae la consecuencia de que, en la medida de lo posible, se ha de aplicar una única Ley a todos los aspectos relacionados con él¹³⁸⁴. En consecuencia, la *lex contractus* se aplicará a la existencia y validez del mismo, a su interpretación, a la determinación de qué obligaciones han de ejecutar las partes, a su cumplimiento, a las consecuencias del incumplimiento total o parcial de las mismas, y a su extinción, prescripción y caducidad (art. 12.1 RR-I)¹³⁸⁵.

89. La aplicación de estas consideraciones al complejo grupo de contratos que pueden existir en una operación de franquicia implica que habrá tantas *lex contractus* como contratos conformen la operación de franquicia, y que cada una de dichas Leyes se aplicará a las obligaciones contractuales de cada uno de esos contratos.

¹³⁸⁴ P. MAYER / V. HEUZE, *Droit...*, cit., p.566.

¹³⁸⁵ Como indican A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p.579, únicamente cabría hacer algunas observaciones en relación con la compensación (si ésta es convencional, se considera un contrato a parte, si ésta es judicial, se consideraría sujeta a la ley del foro, y si fuera legal, es objeto de una regulación específica en el Reglamento Roma I).

90. Ejemplo. Así, por ejemplo, en el contrato marco de franquicia, la *lex contractus* se aplicará para determinar quién ha de cumplir la obligación de no competencia, la asistencia técnica, las obligaciones de promoción y publicidad de los productos, quién tiene derecho al uso de los derechos incorporales..., qué consecuencias tendría el incumplimiento total o parcial de las mismas, así como a la forma de extinción de estas obligaciones derivadas del contrato y del contrato en su conjunto.

91. Ejemplo. Si el contrato de franquicia cuenta con unos contratos de ejecución de la formación del personal contratado por el franquiciado que se firman entre las partes cada año y por los que el franquiciado paga un precio aparte, la *lex contractus* de cada uno de estos contratos se aplicará para determinar, por ejemplo, si el franquiciador ha cumplido su obligación de impartir una formación de calidad o si el franquiciado ha incurrido en mora en el pago del precio pactado.

92. Excepciones a la aplicación de la *lex contractus* a las obligaciones contractuales. Las excepciones a la aplicación de la *lex contractus* a las obligaciones contractuales son muy pocas, así se refuerza la previsibilidad de la Ley aplicable y se simplifica la labor del operador jurídico, evitándose además riesgos de incompatibilidad entre distintos ordenamientos jurídicos¹³⁸⁶. De hecho, las únicas excepciones a la aplicación de la *lex contractus* a obligaciones calificadas como “contractuales” son las contenidas en los arts. 9 y 12.2 RR-I:

93. (i) El artículo 9 RR-I se refiere a las normas de policía, normas que por salvaguardar intereses públicos se han de aplicar a toda situación comprendida en su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la Ley aplicable al contrato según el Reglamento. Su aplicación a los contratos de franquicia se estudiará tras analizar los puntos de conexión del Reglamento¹³⁸⁷.

94. (ii) El artículo 12.2 RR-I se refiere a las modalidades de ejecución de las obligaciones y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso¹³⁸⁸. Dicho artículo admite diversas interpretaciones, de las que prevalece la favorable a la decisión del juez¹³⁸⁹. Así, el juez será el que con plena libertad de apreciación, examine el caso y decida si ha de aplicar a las modalidades de cumplimiento la *lex contractus* o la Ley del lugar de cumplimiento, o incluso combinarlas (D. MCLEAN / K. BEEVERS; M. GIULIANO / P. LAGARDE)¹³⁹⁰. Como también

¹³⁸⁶ P. MAYER / V. HEUZE, *Droit...*, cit., p.571.

¹³⁸⁷ Ver apartado II.2.C.d. “Leyes de policía”.

¹³⁸⁸ Art. 12.2 RR-I: “En lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento.

¹³⁸⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, pp.579-580.

¹³⁹⁰ D. MCCLEAN / K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, Sweet & Maxwell, Londres, 2005, p. 521; M. GIULIANO / P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 30.

indica el informe GIULIANO / LAGARDE, los conceptos de “modalidades de cumplimiento” y “medidas que se han de tomar en caso de cumplimiento defectuoso” han de ser definidos conforme a la *lex fori*¹³⁹¹. Dentro del concepto de “modalidades de cumplimiento” se incluirán cuestiones como la determinación de los días laborables o festivos en que pueden satisfacerse las obligaciones, las modalidades de examen de la mercancía y medidas a adoptar en caso de rechazo de ésta¹³⁹².

95. Ejemplo. Un franquiciado con residencia habitual en España celebra un contrato con un franquiciador americano, contrato que somete al Derecho de Nueva York. En virtud del mismo, el franquiciado se compromete a abrir un establecimiento en España el día 19 de marzo de 2017. Pero siendo festivo, abre al día siguiente. Su comportamiento es ajustado a Derecho, pues el día de apertura es una “modalidad de cumplimiento” que ha de ajustarse a la Ley del lugar de dicho cumplimiento, es decir, a la Ley española.

96. Cuestiones excluidas por no considerarse obligaciones contractuales. En forma de recapitulación se enumeran a continuación todas las cuestiones excluidas del ámbito de la aplicación de la *lex contractus* por no considerarse obligaciones contractuales: (i) la capacidad de las partes, que como se ha visto se regirá por la Ley que determine cada Estado miembro en sus normas de producción interna, a salvo la excepción de interés nacional del art. 13 RR-I; (ii) la existencia, validez, posibilidad de cesión e inscripción de los inmateriales relacionados con el contrato, que se sujetarán también a normas de producción interna¹³⁹³; (iii) los derechos reales que eventualmente puedan nacer del contrato o las modificaciones sobre ellos que puedan derivarse del mismo¹³⁹⁴ y (iv) las cuestiones que se califican como “obligaciones extracontractuales” a efectos de Ley aplicable. Se considerarán como obligaciones extracontractuales aquellas generadas por un ilícito o incumplimiento que puede determinarse sin necesidad de consultar el contrato, sino exclusivamente la Ley. Para determinar la Ley aplicable a las mismas se aplicará el Reglamento Roma II¹³⁹⁵.

97. Ámbito de aplicación expansivo de la *lex contractus*. Si bien las cuestiones relacionadas con las obligaciones contractuales son el dominio por excelencia de la *lex contractus*, ésta tiene un ámbito de aplicación que podría denominarse “expansivo”. Ésta también se extiende a otras cuestiones que no pueden calificarse propiamente como

¹³⁹¹ M. GIULIANO / P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 30.

¹³⁹² M. GIULIANO / P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 30.

¹³⁹³ O. LANDO, “Contracts”, *cit.*, p. 141, que toma esta visión de la doctrina alemana: E. ULMER, *Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht*, Heymann, Colonia, 1975, pp. 50-52; P.H. NEUHAUS, “Die Immaterialgüterrechte im künftigen international Privatrecht der Europäischen Gemeinschaften”, *RebelsZ.*, n. 40, 1976, pp. 189-232, esp. pp. 203, 207; A.V. DICEY / J.H.C. MORRIS / L. COLLINS, *Conflict of Laws*, J.H.C. Morris, London, 1973, p. 547

¹³⁹⁴ M. GIULIANO / P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 10.

¹³⁹⁵ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), *DOUE* 31.7.2007, L 199/40.

“obligaciones contractuales”, que están relacionadas con la validez del contrato y con su interpretación¹³⁹⁶.

98. En relación a la formación y a la validez del contrato: (i) la *lex contractus* se aplica de forma alternativa con la ley del lugar de celebración para determinar si el contrato es válido respecto a la forma (art. 11 RR-I)¹³⁹⁷; (ii) también regirá el consentimiento de las partes (art. 10.2 RR-I), salvo que no resulte razonable determinar si existe dicho consentimiento según dicha Ley, caso en que se aplicará la Ley del país en que la parte que alegue la falta de consentimiento tenga su residencia habitual (art. 10.2 RR-I); (iii) la *lex contractus* regirá la existencia o validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones (art. 10.1 RR-I), en lo que se consideran incluirlas las cuestiones relativas a la existencia, licitud y moralidad de la causa y (iv) por último, la *lex contractus* también regirá las consecuencias de la validez o invalidez del contrato, derivadas de cualquier circunstancia incluida la falta de capacidad, consentimiento y forma: si las normas sobre la formación del contrato lo convierten en nulo, las consecuencias de la nulidad se determinarán conforme a la *lex contractus* (art. 12.1.e RR-I).

99. En cuanto a su interpretación, la *lex contractus* se ocupará de la interpretación de la totalidad del contrato, del sentido de sus disposiciones y su alcance (art. 12.1.a RR-I). Será dicha Ley la que determine si se ha de optar por un método interpretativo “subjetivo”, como el de Derecho francés o español, en que lo relevante es la intención de las partes, u “objetivo” como el de Derecho alemán¹³⁹⁸.

100. En definitiva, la Ley del contrato cumple tres funciones: (i) dotar de fuerza vinculante al acuerdo de voluntades entre los contratantes y fijar las condiciones para la existencia y validez del mismo; (ii) marcar los límites dentro de los cuales las partes pueden acordar los pactos y cláusulas que tengan por conveniente y (iii) proporcionar la regulación del contrato a falta de previsión por las partes y los criterios de interpretación del contrato¹³⁹⁹.

c. Puntos de conexión

101. El Reglamento Roma I emplea un sistema para vincular un contrato a una Ley que puede dividirse en tres tiempos¹⁴⁰⁰: (i) en primer lugar existe un sistema

¹³⁹⁶ Por esto se le denomina “*Lex contractus*”, “Ley del contrato”. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho...*, *cit.*, p. 505.

¹³⁹⁷ Ver apartado II.1. “Cuestiones relacionadas con la celebración del contrato” de esta sección.

¹³⁹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 1016.

¹³⁹⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Elección...”, *cit.*, p. 20; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *DCI*, 1998, pp. 859-883, esp. p. 870.

¹⁴⁰⁰ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 551.

conflictual de base, con una vocación de aplicación general, formado por puntos de conexión en cascada que van activándose uno a uno sucesivamente, cuando no sea aplicable el anterior; (ii) en segundo lugar existe un régimen conflictual “derogatorio”, previsto para ciertos tipos de contratos (de consumo, de seguros, de trabajo), que aparta a los mismos del sistema general; y (iii) por último, existen otros mecanismos reglamentarios que el Reglamento permite que alteren las soluciones previstas por los anteriores sistemas (arts. 3.3, 3.4, 9, 21 y 23 RR-I)¹⁴⁰¹.

102. Las obligaciones derivadas de un contrato de franquicia quedan vinculadas al sistema conflictual de base, si bien las soluciones que proporcione dicho sistema pueden verse alteradas por los mecanismos previstos en los artículos arriba enumerados¹⁴⁰². Este sistema general establece en primer lugar como Ley aplicable al contrato la Ley elegida por las partes, siempre que la misma sea válida y se ajuste a los términos del art. 3 Reglamento Roma I¹⁴⁰³.

103. A falta de elección válida se distinguen varias situaciones: (i) que el contrato se pueda calificar como uno de los ocho contratos que se relacionan en el art. 4.1, para los que el legislador designa directamente la Ley aplicable a los mismos; (ii) que el contrato no sea encuadrable en esos tipos, caso en que se regirá por la Ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato (art. 4.2); y (iii) que el contrato no tenga prestación característica, caso en que se regirá por la Ley del país con que tengan vínculos más estrechos (art. 4.4). En cualquier caso, se establece una cláusula de excepción siempre que se desprenda que el contrato se encuentra más estrechamente vinculado con la Ley de otro país (art. 4.3).

104. A continuación se analizarán todos los puntos de conexión expuestos, distinguiendo en primer lugar entre la Ley aplicable en presencia de un pacto de elección (i) y la Ley aplicable en defecto de dicho pacto (ii).

¹⁴⁰¹ Este último artículo permitirá, por ejemplo que se apliquen con preferencia al Reglamento las normas de conflicto incluidas en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *DOUE* 22 noviembre 2011, L 304, pp. 64 y ss.

¹⁴⁰² El contrato de franquicia no se considera ni un contrato de seguro, ni un contrato de transporte, ni un contrato de consumo. Respecto a este último, el que quizá podría crear más dudas, queda excluido por la definición que se hace de contrato de consumo en el art. 6 RR-I: “*el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional»*”.

¹⁴⁰³ Este enfoque tradicional es el que se escoge en esta Tesis por ser el más difundido. De acuerdo con otros autores, la autonomía de la voluntad opera únicamente como un acuerdo que permite derogar la norma de conflicto del artículo 4 RR-I, por lo que sería este artículo el que debe abordarse en primer lugar. *Vid.* Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 552.

i. Ley aplicable en presencia de un pacto de elección de Ley

105. En primer lugar, el contrato de franquicia se regirá por la Ley pactada por las partes (art. 3 RR-I). No existe ninguna norma en el Reglamento Roma I que modifique el alcance de la libertad de elección respecto de los contratos de franquicia, por lo que el art. 3 RR-I resulta plenamente aplicable. La autonomía de la voluntad de las partes se presenta como el auténtico pilar de la determinación de la Ley aplicable a estos contratos¹⁴⁰⁴. Esta “autonomía conflictual” es exclusiva del plano internacional y va más allá de la autonomía material que rige en los ordenamientos internos. Permitirá al franquiciador y al franquiciado decidir libremente el Derecho al que será sujeto su contrato, Derecho que va a determinar la validez, alcance, y efectos de todos los pactos suscritos por las partes contratantes en virtud de su autonomía material¹⁴⁰⁵.

106. Este es el punto de conexión más utilizado en los contratos de franquicia internacional, contratos que se redactan por escrito en la mayoría de las ocasiones (por no decir siempre) y en los que estos pactos son muy comunes¹⁴⁰⁶. Desde el punto de vista del creador de la red, la posibilidad de elegir la Ley aplicable le permitirá unificar el régimen aplicable a todos los contratos que firme con otros operadores jurídicos en distintos Estados¹⁴⁰⁷. Por ello, muchos contratos de franquicia contienen un pacto de elección en favor de la Ley de la sede del franquiciador¹⁴⁰⁸.

107. Nota. Si bien la norma general es que el interesado en sujetar todos los contratos de su red a una misma Ley sea el franquiciador, también puede que lo sea el franquiciado. Esto ocurrirá sobre todo en casos de contratos de máster franquicia internacional, cuando el máster franquiciado represente a varios franquiciadores en un mismo territorio. En estos casos, será él el interesado en aplicar una misma Ley a todos los contratos de máster franquicia que celebre.

¹⁴⁰⁴ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 260.

¹⁴⁰⁵ Por la autonomía material, los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas o condiciones que tengan por conveniente (la reflejada en nuestro art. 1.255 CC), facultad que se encuentra limitada por la ley imperativa interna. Esta autonomía material también existe cuando el contrato es internacional y se encuentra limitada por las normas imperativas de la Ley aplicable al contrato, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho...*, *cit.*, p. 488.

¹⁴⁰⁶ Ver por ejemplo *Six Continents Hotels Inc. v. Event Hotels GMBH* (2006) 150 SJLB 1251, FJ 17, sobre un contrato de franquicia internacional entre franquiciador inglés y franquiciado alemán, sujeto al Derecho inglés en virtud de la siguiente cláusula: “*This Agreement shall become valid when executed by [Six Continents] and shall be governed by and construed under and in accordance with the internal laws of England*”. Como indica la Sentencia en su FJ 32, la Ley aplicable no fue contestada por las partes.

¹⁴⁰⁷ Haciendo referencia a la perspectiva del concedente, J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 45.

¹⁴⁰⁸ En el mencionado caso *Six Continents Hotels Inc. v. Event Hotels GMBH* (2006) 150 SJLB 1251 se puede apreciar como el pacto de elección de Ley lleva a la Ley de la sede del franquiciador, la Ley inglesa. Ver N. VAN RANST, *op. cit.*, p. 13; M. MENDELSON, *Franchising Law, cit.*, p. 433; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 101.

108. Esta autonomía de la voluntad es plena en relación a las obligaciones contractuales, pero no puede ser entendida como un “cheque en blanco” que permite a las partes someter a dicha Ley la totalidad de las cuestiones litigiosas que puedan surgir con ocasión de su relación: hay algunas cuestiones que, como se ha visto, quedan fuera del ámbito de la Ley del contrato (registro de los derechos de propiedad intelectual o industrial, el contenido de dichos derechos, obligaciones extracontractuales...) y otras que, pese a encontrarse dentro de la esfera contractual, pueden quedar fuera de la autonomía de la voluntad por afectar a intereses generales (cuestiones regidas por Leyes de policía nacionales o europeas, como por ejemplo el Derecho de la competencia)¹⁴⁰⁹.

109. En el contexto particular de la relación de franquicia es necesario realizar algunas aclaraciones en lo que se refiere al ejercicio de esta autonomía de la voluntad (1), sus límites (2), su extensión (3) y la posibilidad de consideración de la cláusula de elección como una cláusula abusiva (4).

1. La norma general: flexibilidad de la autonomía conflictual de las partes

110. La posibilidad de elegir la Ley aplicable al contrato aumenta su previsibilidad y la seguridad jurídica de las partes contratantes. Junto con ello, permite a las partes elegir regir el contrato por el Derecho más adecuado a sus intereses, de forma que se verán más incentivadas a celebrarlo¹⁴¹⁰. Estas ventajas se hacen particularmente patentes en un contrato como el de franquicia en que existe riesgo de fraccionamiento normativo si no se elige la Ley aplicable. Mediante un pacto de Ley aplicable, las partes simplifican y unifican en la medida de lo posible el régimen jurídico aplicable a sus relaciones.

111. La doctrina ha recomendado que el pacto de elección se realice de forma clara y sencilla, haciendo referencia a la Ley de un Estado y sin necesidad de aludir a las cuestiones cubiertas por el pacto, con el fin de mantener la unidad en la Ley aplicable a todo el contrato¹⁴¹¹. En este sentido, la cláusula 32B del Contrato Modelo de la ICC se presenta como modelo a seguir: “*This agreement is governed by the law of the country of [...]*”¹⁴¹². Pero lo cierto es que las posibilidades de las partes son muy amplias y en ocasiones puede ser conveniente una mayor concreción. Éstas pueden diseñar un régimen “a medida” para su relación internacional, que no tiene por qué basarse en una única Ley aplicable a la totalidad de su relación. Como muestra de este régimen favorable al ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual se pueden citar las siguientes posibilidades:

¹⁴⁰⁹ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 125.

¹⁴¹⁰ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome I, p. 534; J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflicto..., cit.*, p. 210; B. AUDIT, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *RCADI*, vol. 186, 1984, pp. 219-398, p. 291.

¹⁴¹¹ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 126.

¹⁴¹² INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Model International Franchising Contract*, ICC Services, Paris, 2011.

112. i. *El pacto de Ley aplicable puede hacerse de manera expresa o tácita.* La elección expresa implica la presencia de una cláusula de elección de Ley, cuya validez será independiente de la del contrato, y que ha de resolverse de manera autónoma, de acuerdo a la Ley que habría de regir el contrato si éste fuese válido (art. 10 RR-I). Las recomendaciones de la doctrina, al igual que en sede de competencia judicial internacional, van en el sentido de incluir una disposición expresa. No es necesario que la elección se refiera expresamente al Derecho sustantivo de dicho Estado, pues el reenvío se encuentra excluido de forma general por el art. 20 RR-I. En cuanto a la elección tácita, para que sea válida ha de resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso (por ejemplo, de la conducta de las partes durante la contratación, de los debates procesales planteados por las partes en el litigio...) ¹⁴¹³. La simple presencia de un acuerdo atributivo de jurisdicción no será suficiente para entender que existe también un acuerdo de elección de Ley, pero puede ser uno de los factores a tener en cuenta (así lo establece el considerando 12 RR-I) ¹⁴¹⁴.

113. ii. *La elección puede referirse a todo el contrato, o únicamente a una parte.* Como parte de esta flexibilidad, el Reglamento permite que el pacto de elección de Ley se refiera a la totalidad de las obligaciones que surjan de un contrato, o únicamente a una “parte del contrato” (art. 3.1. *in fine* RR-I) ¹⁴¹⁵. Pese a que el Reglamento no lo indica expresamente, este precepto también permite la elección de varias Leyes, una para cada “parte del contrato” (“*dépeçage*”) ¹⁴¹⁶. Por la especial forma de articulación contractual de la franquicia internacional, compuesta por el acuerdo marco de carácter mixto, y por los acuerdos de ejecución, se trata de un terreno perfecto para la práctica de este fraccionamiento voluntario de la Ley aplicable.

114. Ejemplo. En relación a un contrato marco de franquicia, las partes podrán elegir la Ley aplicable a la parte del contrato relacionada con la cesión y reversión de los derechos de propiedad intelectual, quedando el resto de las cuestiones regidas por la Ley que determine el Reglamento en ausencia de pacto (art. 4 RR-I). La misma operación se puede realizar con cualquiera de los contratos de ejecución. En relación al contrato de ejecución del arrendamiento del local, las partes podrán elegir una Ley para

¹⁴¹³ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 556.

¹⁴¹⁴ Cdo. 12 RR-I: “*Un acuerdo entre las partes para conferir a uno o más órganos jurisdiccionales de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver los litigios ligados a un contrato es uno de los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato*”.

¹⁴¹⁵ Art. 3.1 *in fine* RR-I: “*Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato*”.

¹⁴¹⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Elección...”, *cit.*, p. 17, que representa la posición mayoritaria junto con H. BATIFFOL, P. LAGARDE, P. MAYER, P. NYGH, DICEY & MORRIS, S.M. CARBONE. En contra, ver M. EKELMANS, “Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980”, VV.AA., *Mélanges Vander Elst*, Nemesi, Bruselas, 1986, pp. 243-254.

regir una cláusula penal en caso de impago de la renta y otra Ley para regir el resto del contrato.

115. Respecto a esta cuestión, si se tiene en cuenta la especial condición de la relación de franquicia, es preciso señalar que se ha de diferenciar esta posibilidad de fraccionamiento dentro de un mismo contrato (“*dépeçage*”) de la posibilidad de elegir varias Leyes aplicables, una para cada uno de los “contratos” que conforman la operación (“*dépeçage*” aparente). No existe fraccionamiento legislativo cuando se está en presencia de un conjunto convencional complejo (“*ensemble conventionnel complexe*”)¹⁴¹⁷. En este segundo caso, la posibilidad de elección de distintas Leyes no viene dada por el art. 3.1. RR-I, sino por el hecho de que esos contratos son “independientes” a la hora de la determinación de la Ley aplicable a los mismos. Sobre este tipo de fragmentación se hablará en el siguiente apartado.

116. En cuanto al primer caso, el del auténtico “*dépeçage*” (el que se produce en el seno de un mismo contrato) el Informe GIULIANO / LAGARDE señala que solamente se podrán aplicar distintas Leyes a “partes separables e independientes unas de otras desde el punto de vista jurídico y económico”, es decir, a conjuntos de derechos y obligaciones lógicamente separables del contrato¹⁴¹⁸. Numerosos estudios se han dedicado a identificar cuáles serían estas partes del contrato (cláusulas de garantía, cláusulas penales, de revisión de precios, de revisión de moneda, fuerza mayor, cláusula valor oro, cláusula “*paramount*”, “*negligence clauses*”...) ¹⁴¹⁹. Todas estas podrían encontrarse en un contrato de franquicia. Pero además, el carácter mixto de los contratos marco de franquicia –contratos formados por agregación o mezcla de contratos típicos– hacen perceptible la presencia de otras “partes del contrato” con autonomía jurídica y económica¹⁴²⁰. En un contrato marco de franquicia las partes podrían determinar de forma separada la Ley aplicable a todas aquellas obligaciones relacionadas con el suministro de productos del franquiciador al franquiciado, la formación del personal del franquiciado, la asistencia técnica, la transmisión de los derechos de propiedad intelectual o industrial... Como puede apreciarse, estas obligaciones son de índole muy

¹⁴¹⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Elección...”, *cit.*, p. 14; S.M. CARBONE, “Il contratto senza legge e la convenzione di Roma del 1980”, *RDIPP*, 1983, n. 19, pp. 279-287, p. 280.

¹⁴¹⁸ Así lo indicaban M. GIULIANO / P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 16. Las “partes del contrato” susceptibles de separación han sido definidas por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato...*, *cit.*, p. 122 como “*aquella secció del contracte constituïda per un imperatiu jurídic inescindible o per un conjunt de ells, que posee, a) individualitat de contingut manifestada en una autonomia jurídica i econòmica, i b) que presenta una funció específica que permet la seva separabilitat del rest del contracte a efectes de llei aplicable, de manera que és capaç de funcionar independentment sense menyscar amb ella el funcionament del rest del tot contractual*”. Ver también, F. RIGAUX, “Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Cah. Droit eur.*, n. 24, 1988, pp. 306-321, esp. p. 317.

¹⁴¹⁹ H. GAUDEMET-TALLON, “Le nouveau droit international privé européen des contrats”, *Rev. trim. Dr. eur.*, 1981, pp. 215-285, p. 245; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato...*, *cit.*, p. 38 y 296; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Elección...”, *cit.*, p. 26; P. LAGARDE, “Le dépeçage...”, *cit.*, pp. 649-677.

¹⁴²⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Elección...”, *cit.*, p. 27.

diversa, por lo que el fraccionamiento puede ser una herramienta especialmente útil en relación a estos contratos. No obstante, para realizar estos fraccionamientos se ha de tener en cuenta que el Reglamento no permite someter a Leyes distintas obligaciones recíprocas del contrato, pues eso daría lugar a resultados contradictorios¹⁴²¹. Por ejemplo, en un contrato de ejecución de la franquicia, de venta de productos contractuales al franquiciado por el franquiciador, no se podría sujetar el pago del precio al Derecho español y la entrega de las mercancías a Derecho francés. En ese caso, la elección no se consideraría válida y se aplicarían a la totalidad del contrato las normas previstas para los casos en que no existe elección.

117. De todas las obligaciones enumeradas, la relación para la que más se designa una Ley distinta a la del resto del contrato es la de suministro. Esta es además el ejemplo más claro de esta “independencia relativa”. Tal y como se desprende del contrato modelo de la ICC, las partes suelen dar una entidad separada a esta relación de suministro de productos contractuales entre las partes, que posteriormente se desarrollará además en concretos contratos de ejecución (contratos de compraventa)¹⁴²². Esta posibilidad tan común se utiliza también en la práctica para someter a una misma Ley, distinta de la que regula el contrato marco de franquicia, las condiciones generales sobre el suministro y los concretos contratos de compraventa, incluyendo también en estos últimos un pacto de Ley aplicable.

118. Este “*dépeçage*” fruto de la voluntad de las partes suscita cuestiones en relación a la Ley aplicable a la propia cláusula (consentimiento, forma, capacidad de las partes) y a la Ley aplicable al propio contrato, a su existencia, su validez, su interpretación y extinción (pues el contrato ya no se regirá por una sola *lex contractus*, sino por varias Leyes) que no presentan ninguna especialidad respecto a las relaciones de franquicia, por lo que para su estudio es preferible remitirse a los estudios especializados en la materia¹⁴²³.

119. iii. *Las partes pueden pactar la Ley aplicable, así como modificar dicha elección, en “cualquier momento”* (art. 3.2 RR-I). El Reglamento Roma I ofrece en este sentido una gran libertad a las partes. Se permite la elección tanto en un momento

¹⁴²¹ M. GIULIANO / P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 19: “En caso de subdivisión, la elección debe ser coherente, es decir, referirse a elementos del contrato que puedan regirse por leyes distintas sin dar lugar a resultados contradictorios. Por ejemplo, se podrá someter la cláusula de ajuste a una ley distinta, mientras que la resolución del contrato por falta de ejecución ciertamente no podrá someterse a dos leyes distintas, una para el vendedor y otra para el comprador. En caso de que las leyes elegidas no puedan combinarse de forma coherente, habrá que aplicar el artículo 4 del Convenio”.

¹⁴²² Estas obligaciones suelen enunciarse en el contrato y desarrollarse en un Anexo al mismo, como puede verse en el INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Model International Franchising Contract*, ICC Services, Paris, 2011, pp. 36 (art. 21: “Franchisors obligations regarding the supply of products”) y 52 (anexo 7: “General conditions of sale”). Este último Anexo también suele recibir el nombre de “Statement of Work” (“SOW”).

¹⁴²³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato...*, *cit.*, pp. 257-260; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Elección...”, *cit.*, pp. 29-33; P. LAGARDE, “Le dépeçage...”, *cit.*, p. 653; L.F. CARRILLO POZO, *El contrato...*, *cit.*, p. 147.

anterior al contrato, como en el momento del contrato como en un momento posterior, incluso cuando ya haya nacido la controversia en relación con el mismo, donde la elección puede servir tanto para cubrir una carencia inicial del contrato como para corregir una elección que se adapta mal a la controversia surgida¹⁴²⁴. Simplemente se incluyen dos límites a esta elección tardía: (i) el cambio de Ley aplicable no interfiere con las cuestiones de validez formal del contrato cubiertas por el art. 11 RR-I, es decir, el contrato válido conforme a la Ley previa a la elección lo seguirá siendo después de dicha elección y el contrato que era nulo antes de dicha elección también lo seguirá siendo aunque la nueva Ley elegida modifique tal condición y (ii) los derechos de terceros no se ven afectados por el cambio de la Ley aplicable¹⁴²⁵.

120. iv. La elección no se encuentra limitada geográficamente. Las partes pueden pactar la aplicación de una Ley que no tenga ningún vínculo de proximidad con el contrato¹⁴²⁶. Lo anterior tiene sentido si se tiene en cuenta que las Leyes que guardan relación con el contrato pueden no ser neutras y estar más vinculadas o ser más próximas a una de las partes. Limitar la elección de las partes a una de ellas supondría obligarlas a que el contrato se rigiera por una Ley que tuviera que beneficiar necesariamente a uno de los contratantes. En cualquier caso, se ha de indicar que en los contratos de franquicia lo más común es recurrir a la elección de la Ley del franquiciador o del lugar en que se explota la franquicia, y no a una Ley “neutra”.

121. En consecuencia de todo lo expuesto, las cláusulas sobre Ley aplicable que se incluyan en un contrato de franquicia que cumplan estas condiciones tendrán plena eficacia. Así, las partes podrán aplicar a su contrato la Ley del franquiciador, la del franquiciado, la del lugar en que se instalará el establecimiento franquiciado...incluso cualquier otra, tanto de Estados miembros como de terceros Estados, sin más limitaciones que las que se expondrán a continuación y las derivadas de las Leyes de policía que pudieran estimarse aplicables.

2. Límites de la autonomía conflictual de las partes

122. i. La elección está sujeta a unas reglas de validez. La elección de Ley se considera como un contrato autónomo incluido dentro del contrato principal, por lo que tiene que cumplir con los requisitos de capacidad, consentimiento y forma como cualquier otro contrato. En cuanto a la validez formal, viene regulada en el art. 3.1 RR-I. Respecto a la forma es preciso señalar que el Reglamento Roma I permite la elección de Ley contenida en unas condiciones generales de la contratación, siempre que el contrato remita a dichas condiciones (de forma análoga a lo dispuesto por el TJUE para las

¹⁴²⁴ M. TOMASZEWSKI, “La désignation, postérieure à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit », *Rev. crit. DIP*, 1972, pp. 567 y ss.

¹⁴²⁵ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 557.

¹⁴²⁶ J.J. FORNER DELAYGUA en E. BOSCH CAPDEVILA (dir), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 59; P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 127.

cláusulas de elección de tribunales)¹⁴²⁷. En consecuencia, el pacto de Ley aplicable podrá incluirse tanto en el contrato firmado por las partes como en las condiciones generales de la contratación del franquiciador, ya que en estos contratos no es extraño que el franquiciador disponga de tal documento¹⁴²⁸.

123. En cuanto a la validez material, es preciso distinguir entre consentimiento y capacidad. La Ley aplicable al consentimiento se determinará de acuerdo con el art. 10 RR-I (art. 3.5 RR-I) y la capacidad conforme a las normas de Dipr. de producción interna del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (si estos tribunales fueran los españoles, por ejemplo, conforme al art. 9.1 CC, que lleva a la Ley nacional de cada contratante), a lo que habría que añadir la regla especial del art. 13 RR-I (“excepción del interés nacional”).

124. ii. *El contrato ha de estar regido por una Ley Estatal.* Ello se traduce, en primer lugar, en que no cabe la posibilidad de pactar que el contrato únicamente se verá sujeto por las cláusulas establecidas por las partes sin referencia a ninguna Ley (no se permite el conocido como “*contrat sans loi*”)¹⁴²⁹. En segundo lugar, la autonomía conflictual únicamente permite que las partes se sometan a la Ley de un Estado¹⁴³⁰. Así, la referencia concreta a disposiciones legales de un país extranjero, convenios internacionales, prácticas y usos comerciales uniformes, principios UNIDROIT, *Lex Mercatoria*... deben entenderse circunscritas al ámbito de la autonomía material de las partes, y por lo tanto, sujetas al control de aplicabilidad, validez y eficacia de conformidad con la Ley estatal rectora del contrato (bien sea la elegida por las partes, si es que éstas han señalado también una Ley estatal, bien sea la determinada por el propio Reglamento Roma I en defecto de elección)¹⁴³¹. A esta forma de considerar las Leyes no estatales se le conoce como incorporación por referencia (cdo. 13 RR-I)¹⁴³².

¹⁴²⁷ Respecto al sistema de Bruselas I bis, STJCE 14 diciembre 1976, *Colzani, cit.*, Sobre su aplicación al Reglamento Roma I, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 778.

¹⁴²⁸ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 128; A. DUTTA, *op. cit.*, p. 126; S. TONOLO, “La legge applicabile ai nuovi contratti: i casi del factoring e del franchising internazionale”, *Contratto e Impresa Europa*, n. 8, 2003, pp. 542-573, p. 569; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 102.

¹⁴²⁹ Sobre esta cuestión puede citarse el indispensable artículo de P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, “À propos du contrat international”, *JDI*, 1951, pp. 4 y ss.

¹⁴³⁰ Lo anterior se deduce de la expresión utilizada por el art. 3.3 RR-I, que se refiere a la “ley de un país” y por el Cdo. 13 RR-I, que en relación a los Derechos no estatales habla de incorporación por referencia, es decir, de la incorporación “material” del Derecho no estatal en el contrato como una cláusula contractual más. Al respecto, C. HAHN, “La liberté de choix dans les instruments communautaires récents Rome I et Rome II ; l’autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *Trav. Com. Fr. DIP*, 2006-2008, pp. 187 y ss. El Cdo. 14 RR-I parece no obstante abrir la puerta a que un instrumento europeo sea elegido como la Ley aplicable al contrato (por ejemplo, la *Common European Sales Law*, o *CESL*, si saliera finalmente adelante).

¹⁴³¹ O. LANDO, “Choice of Lex Mercatoria” en VV.AA., *Mélanges Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 747 y ss ; G.P. ROMANO, « Le choix des principes Unidroit par les contractants à l’épreuve des dispositions impératives », *JDI*, 2007, pp. 473 y ss ; S. FRANCO, “Le Règlement...”, *cit.*, p. 51. Ver en contraste la posición de P. MAYER / V. HEUZE, *Droit...*, *cit.*, n. 703; E. GAILLARD, “Trente

125. Los trabajos preparatorios del Reglamento incluían como propuesta que las partes pudieran elegir como *lex contractus* una Ley no estatal¹⁴³³. Esta propuesta incluía “los principios UNIDROIT, los *Principles of European Contract Law* o un posible futuro instrumento europeo opcional” y la misma tuvo una muy buena acogida doctrinal¹⁴³⁴. Sin embargo, su implementación práctica conllevó muchas dificultades, dada la necesidad de definir criterios que garantizaran la neutralidad de los principios elegidos y su aptitud para regir la totalidad de las cuestiones que pudieran surgir en el plano contractual, y por ello fue finalmente descartada¹⁴³⁵. Si ésta hubiera sido recogida, su incidencia respecto a los contratos de franquicia habría sido considerable, pues estos contratos cuentan con varios instrumentos de *soft law* que podrían haberse elegido como Ley aplicable al contrato, como por ejemplo, la Ley modelo de UNIDROIT sobre franquicia internacional, el Código Deontológico Europeo sobre la franquicia, o los PEL CAFD.

126. Dicha propuesta prohibía en todo caso la elección de la *Lex Mercatoria* por considerarla “insuficientemente precisa”. Esta exclusión es acertada. El ámbito natural de aplicación de lo que se ha venido a denominar “nueva *Lex Mercatoria*” es el arbitraje comercial internacional (A. FRIGNANI)¹⁴³⁶. Son los árbitros, cuyo poder jurisdiccional viene dado por las partes y no directamente por un Estado, los que están facultados a aplicar la *Lex Mercatoria* sin necesidad de recurrir a la aplicación de ningún Derecho nacional si las partes la designan como Ley aplicable a su contrato¹⁴³⁷. En palabras de P. MANKOWSKI: “*The so-called lex mercatoria is and will ever be a pseudo-law, an amorphous phenomenon with unclear contents and of extremely dubitable quality*”¹⁴³⁸.

127. En relación a esta cuestión se ha de realizar una advertencia especial en el caso de que se utilice el contrato modelo de franquicia internacional de la ICC. El mismo sugiere en su art. 32.A la posibilidad de incluir en el contrato esta cláusula de

ans...”, *cit.* p. 10: “*Une possibilité aussi radicale de contrat sans loi est aujourd’hui condamnée dans la pluspart des systèmes juridiques*”.

¹⁴³² Considerando 13 RR-I: “*El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional*”.

¹⁴³³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), COM/2005/0650 final - COD 2005/0261.

¹⁴³⁴ P. MANKOWSKI, “Article 3: Freedom of choice”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (dirs.), *Rome I Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 87-263, p. 187.

¹⁴³⁵ S. FRANCO, “Le Règlement...”, *cit.*, p. 51.

¹⁴³⁶ A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, Ipsoa Informatica, Milano, 1986, p.25, la define como: “*Quel corpo di regole ed istituti concernenti il commercio internazionale comunemente applicati dai mercatores nella consapevolezza che si tratti di regulae iuris (regole del diritto) o, almeno, che gli altri contraenti si comporteranno osservando le stesse regole*”.

¹⁴³⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, pp.465-472; A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, Ipsoa Informatica, Milano, 1986, p.29.

¹⁴³⁸ P. MANKOWSKI, “Article 3”, *cit.*, p. 204.

Ley aplicable: “*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*”. Si bien se ha justificado la inclusión de esta cláusula en que la misma es preferible a someter el contrato a la Ley de una u otra parte¹⁴³⁹, lo cierto es que la misma no es recomendable en el marco del Reglamento, pues tendrá únicamente el valor de “pacto sustantivo” y no conflictual¹⁴⁴⁰. Además, un pacto de este tipo nunca podría llevar a apartar la aplicación de tal Derecho estatal, pues la nueva *Lex Mercatoria* no alcanza a regular todas las cuestiones que pueden surgir sobre un contrato internacional, tiene un alcance incompleto, como se ha puesto de manifiesto en la práctica arbitral¹⁴⁴¹.

128. En relación a este límite se ha de añadir que la Ley elegida no tiene por qué ser la Ley aplicable al territorio de todo el Estado. El Reglamento se refiere a la Ley del “país”, pero con ello se refiere a unidades territoriales con sus propias normas de obligaciones contractuales, de manera que, en caso de Estados compuestos por unidades territoriales, cada unidad territorial constituirá un “país” a efectos de esta norma (art. 22.1 RR-I). Además, la Ley que se elige es la Ley que se encuentra en vigor en un Estado en el momento en que se tenga que resolver la controversia, no las disposiciones legislativas que existían en el momento de la elección. Es decir, en caso de reforma del Derecho que rija el contrato del Estado cuya Ley se ha elegido, habrá que estar a sus normas de Derecho transitorio en vigor para determinar qué versión de dicho Derecho ha de regir el contrato¹⁴⁴². Esto tendrá que ser tenido en cuenta, por ejemplo, si se eligió como Ley aplicable el Derecho sueco o el Derecho belga, ambos con modificaciones recientes en materia de franquicia¹⁴⁴³.

¹⁴³⁹ Ver E. JOLIVET, “La loi applicable et règlement des différends dans le contrat modèle de franchise internationale CCI”, en COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *Le contrat de franchise*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 155-161, p. 158; A. S. KONIGSBERG, *op. cit.*, pp. 263-264, que califica esta elección como un compromiso « honorable » cuando las partes no pueden ponerse de acuerdo sobre qué Ley estatal ha de gobernar el contrato y P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 65, que señala que la elección de una Ley estatal en el marco del contrato de la ICC puede suscitar problemas de coordinación con el contenido tan detallado del contrato.

¹⁴⁴⁰ Estas fórmulas son más comunes si el contrato se somete a un tribunal arbitral. En cualquier caso, no son recomendables pues proporcionan una escasa seguridad jurídica y no son capaces de resolver de forma directa los principales problemas del contrato de franquicia (renovación tácita, validez de una ruptura unilateral, indemnizaciones...). Ver R. MELLERIO / D. SAVOVA, *op. cit.*, p. 1289 y para una crítica más general de la teoría de la nueva *Lex Mercatoria*, P. MAYER, “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques”, *RCADI*, 2007, t. 327, pp. 64-72.

¹⁴⁴¹ Laudo 3 de mayo de 1985 *Klöckner v. Camerún*, *JDI*, 1987, pp. 163-174; *YbCA*, n. 9, 1986, pp. 162-184.

¹⁴⁴² Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 562 : “*Le seul fait pour cette loi d’avoir été choisie, même en considération de son contenu, ne suffit pas à justifier sa survie si le droit choisi ne la lui accorde pas lui-même*”.

¹⁴⁴³ *Loi 2 avril 2014 portant insertion du livre X "Contrats d'agence commerciale, contrats de coopération commerciale et concessions de vente" dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre X, dans le livre Ier du Code de droit économique*, MB 28 abril 2014, pp. 35053 y ss. (Bélgica); *Lag om ändring i lagen (2006:484) om franchisegivares informationsskyldighet*, SFS 221, 2016 (Suecia).

129. Cabe también la posibilidad, como indica A. FRIGNANI, de que las partes de un contrato designen como aplicable una Convención internacional que no esté en vigor o no resulte de aplicación en el Estado cuya Ley rige el contrato, saltándose el filtro de la estatalidad¹⁴⁴⁴. En este caso, la elección de la Convención se considerará incorporada por referencia como cuerpo normativo material, que tendría efectos sustantivos y no conflictuales, es decir, se aplicaría en la medida en que fuera compatible con la Ley del Estado que resulte aplicable al contrato. Esto puede ocurrir, por ejemplo respecto a las relaciones de suministro entre las partes. Éstas pueden elegir expresamente aplicar a estas relaciones la Convención de Viena 1980 sin hacer referencia a la Ley de ningún Estado. Si la CVIM 1980 no resulta aplicable por no cumplirse ninguna de las condiciones de su art. 1, este pacto se considerará un pacto de autonomía material y no conflictual¹⁴⁴⁵.

130. Ejemplo. En el marco de un contrato de franquicia, el franquiciador, con domicilio en Arabia Saudí, suscribe con el franquiciado varios contratos sucesivos de compraventa de productos *halal*. El contrato contiene una cláusula que indica que el contrato se regirá por la Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías. Dicha Convención solamente podrá ser tenida en cuenta en la medida en que lo permita la Ley aplicable al contrato, que es la Ley de Arabia Saudí (art. 4.1.a RR-I, residencia habitual del vendedor), Estado que no ha ratificado dicha Convención¹⁴⁴⁶.

131. iii. *La elección tiene efectos limitados si el contrato no es “internacional”.* El Reglamento Roma I sigue al Convenio de Roma I en lo referente a la falta de exigencia de un vínculo subjetivo u objetivo del contrato con la Ley elegida. Pero la elección está supeditada al presupuesto de que la situación implique un conflicto de Leyes. En caso de que la elección se incluya en un contrato meramente interno, la misma no podrá impedir la aplicación de las disposiciones imperativas de la Ley del Estado con que se encuentra conectado el contrato (art. 3.3 RR-I)¹⁴⁴⁷. Estos pactos de elección de un Derecho extranjero en contratos internos son muy comunes cuando el franquiciador es la filial de una multinacional con sede en otro Estado.

¹⁴⁴⁴ A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, Ipsoa Informatica, Milano, 1986, p. 24.

¹⁴⁴⁵ C. PELLISÉ DE URQUIZA, *op. cit.*, p. 184; C.H. THOMAS-CHODKIEWICZ / A. RONZANO, *op. cit.*, pp. 257-258; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 65; U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 296.

¹⁴⁴⁶ Ratificaciones de la Convención de Viena 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías disponibles en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (fecha última consulta: 20/03/2017).

¹⁴⁴⁷ Esta solución se comparte también en otros países. Ver por ejemplo Sent. British Columbia Supreme Court (Canada), *Nike Information Systems Ltd v. Avac Systems Ltd* (1979), 105 D.L.R. (3d) 455 at 459, en B. LEON / G. REYNOLDS, “A Canadian Perspective: Choice of Law and Choice of Forum”, *International Law Practicum*, n. 18, vol. 2, 2005, pp. 130-137, esp. p. 132, relativa a un contrato de franquicia entre un franquiciador con sede en British Columbia y un franquiciado con sede en Alberta, en la que se determina como una de las condiciones para que sea válido el pacto de elección de Ley que el mismo se haya realizado *ex bona fide*, es decir, sin el fin de eludir las normas imperativas del Estado con que el contrato se encuentra realmente vinculado.

132. Ejemplo. La empresa multinacional *Burger&Fries*, con sede en Boston, celebra un contrato de máster franquicia con su filial *Burger&Fries Spain*, con sede en Madrid, por el que le nombra máster franquiciado para todo el territorio español. *Burger&Fries Spain* celebra varios contratos de franquicia con subfranquiados españoles y en esos contratos se incluye una cláusula de elección de Ley a favor del Derecho de Massachusetts. El Derecho elegido se aplicará al contrato junto con las disposiciones imperativas de Derecho español relativas a estos contratos.

133. iv. La elección se ve también restringida en los casos en que el contrato sea “*intra-europeo*”. Como indica el art. 3.4 RR-I, cuando el contrato en su totalidad esté conectado únicamente con Estados miembros, la elección de la Ley de un tercer Estado no impedirá la aplicación de las normas imperativas de origen europeo. Esta restricción no opera en relación a los contratos de franquicia, pues no existe ninguna norma de Derecho privado europeo en relación a estos contratos¹⁴⁴⁸. Si en un futuro se aprobara una norma de estas características, habría que tener en cuenta que si la misma tuviera la forma de una Directiva, tendrá que aplicarse en la versión del Estado miembro del foro, lo que podría dar lugar a un cierto *forum shopping*¹⁴⁴⁹.

3. Extensión del pacto

3.1. Contrato marco y contratos de ejecución

134. Dado que la operación de la franquicia puede englobar varios contratos distintos, lo primero que se ha de resaltar es que las partes tienen la facultad de elegir la Ley aplicable a cada uno de esos contratos. El principio de autonomía se aplica plenamente a cada uno de ellos¹⁴⁵⁰. Esta aplicación del principio de autonomía de la voluntad contrato por contrato supone plantearse muchas preguntas: por ejemplo, si las partes pueden realizar en una única cláusula una elección de Ley aplicable a todos los contratos entre ellas o si ha de existir una cláusula por cada contrato. También surge la duda de qué hacer si las partes no concretan con claridad el ámbito de aplicación que pretenden otorgar a la Ley elegida, es decir, si no indican si desean que se aplique a la totalidad de las relaciones contractuales entre las partes (incluidos esos contratos secundarios o de ejecución) o únicamente a parte de las mismas¹⁴⁵¹. Para proporcionar

¹⁴⁴⁸ U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 296.

¹⁴⁴⁹ En opinión de Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 564, el régimen europeo aplicable depende en definitiva del Estado en que el juez haya situado la demanda, para evitarlo, habría sido más adecuado mantener la aplicación de la Directiva del Estado al que señalara la norma de conflicto en defecto de pacto para tal contrato.

¹⁴⁵⁰ En el mismo sentido, P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 131: «*Le principe de l'autonomie de la volonté s'applique pleinement aux contrats d'application ou contrats connexes*».

¹⁴⁵¹ F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 6; J. MASEDA RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 46.

una solución a estos problemas se analizarán separadamente cada uno de los supuestos más habituales¹⁴⁵²:

135. i. Cláusula de elección de Ley contenida en el contrato marco que explicita su aplicación a la totalidad de su relación. Las partes eligen una Ley en el contrato marco de franquicia con carácter general, haciendo expresamente mención a que dicha elección se aplicará a la totalidad de las relaciones entre las partes, y ni en el contrato marco ni en los contratos de ejecución se contiene otro pacto de Ley aplicable, o bien en los mismos se hace referencia a la misma Ley que existe en el contrato principal¹⁴⁵³.

136. En este caso, la solución será la aplicación de la Ley elegida a la totalidad de las relaciones entre las partes, también a las derivadas de los contratos de ejecución¹⁴⁵⁴. Nada en el Reglamento Roma I parece oponerse a esta posibilidad, es decir, a que el pacto de elección de Ley para un determinado contrato se encuentre contemplado en otro¹⁴⁵⁵. Si dichos contratos de ejecución se consideran como contratos independientes, se considerará que existen tantas elecciones de Ley como contratos. Respecto de los contratos de ejecución, la elección de Ley será anterior al contrato al que se aplicará, pero nada en el Reglamento parece prohibir la elección anticipada de Ley aplicable¹⁴⁵⁶. Esta elección de una única Ley para regir la totalidad de la relación es una opción muy recomendable para las partes. Simplifica los casos en que en un mismo litigio se discuten obligaciones derivadas tanto del contrato marco como de los contratos de ejecución, cuestión muy común por la interrelación existente entre los mismos, o aquellos en que la calificación como contractual o extracontractual de las obligaciones controvertidas es dudosa. Elimina también problemas de incompatibilidades entre las soluciones de distintos ordenamientos jurídicos.

137. Ejemplo. Un contrato de franquicia unitaria de yogurt helado celebrado entre un franquiciador con residencia habitual en California y un franquiciado con residencia habitual en España contiene la siguiente cláusula: “Las partes acuerdan

¹⁴⁵² Para aportar soluciones a estas hipótesis, se ha optado por estimar que la problemática expuesta es una cuestión relativa a la “cláusula de elección de Ley” y a su interpretación, y además, que dicha cuestión ha de ser resuelta por una norma de Derecho internacional privado material y autónoma, propia del Reglamento, contenida en éste o desarrollada por las decisiones del TJUE. Frente a esta opción, la otra forma de razonar sería considerar que esta problemática es una cuestión relativa a los contratos de aplicación, que ha de ser resuelta consultando el Derecho aplicable a estos contratos, y viendo si el mismo permite o no una forma implícita de elección de ley. Sobre las dos posibilidades, F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 14.

¹⁴⁵³ Una cláusula de este tipo podrían ser las que propone P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 131: «*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*» y p. 132 : “*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*”.

¹⁴⁵⁴ D. MAINGUY, “Les opérations...”, *cit.*, p. 448 ; M. BEHAR-TOUCHAIS / G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, Paris, 1999, p. 390.

¹⁴⁵⁵ F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 13.

¹⁴⁵⁶ Ver P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 131 *in fine* ; M. BEHAR-TOUCHAIS / G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 398.

someter todos los litigios derivados del presente contrato y de los contratos celebrados en ejecución del mismo al Derecho de Delaware”. Ni el *Statement of Work* ni los encargos posteriores por los que se rige la compra del franquiciado al franquiciador de los polvos de yogurt con que se realiza el helado contienen ningún pacto de Ley aplicable.

138. Solución. Será la Ley de Delaware la que se aplique a la totalidad de las relaciones entre las partes, incluidos esos aprovisionamientos. Por ejemplo, si el franquiciado plantea ante el tribunal español un litigio sobre la falta de entrega por parte del franquiciador de uno de los pedidos en que se solicita la devolución del pago realizado por dichos pedidos, dicho tribunal aplicará al caso la Ley de Delaware, que es la Ley elegida (art. 3 RR-I). Esta Ley será también la que se aplique para determinar si dicho incumplimiento permite al franquiciado resolver el contrato de franquicia antes del término.

139. Respecto a esta opción, existe un caso que puede resultar problemático, que el contrato de aplicación haya sido celebrado entre el franquiciado y un tercero (lo que puede ocurrir en muchas franquicias en relación al suministro de ciertas materias primas). En este caso, para que la cláusula sea válida, se necesitará el consentimiento expreso del tercero, pues el art. 3 RR-I exige el consentimiento de las partes para que exista pacto de elección de Ley. En estos casos, aún si en el contrato de aplicación se manifiesta el consentimiento del tercero a aplicar la Ley del contrato marco, puede darse una nueva complicación: puede que el contrato celebrado entre el franquiciado y el tercero sea un contrato interno y no internacional¹⁴⁵⁷. En estos casos, el pacto de elección no deja de considerarse válido, pero como se indicó han de aplicarse a dicho contrato las disposiciones imperativas de la Ley del país con el que está conectado (art. 3.3 RR-I)¹⁴⁵⁸.

140. ii. Cláusula de elección contenida en el contrato marco que no explicita su ámbito de aplicación. Las partes eligen una Ley en el contrato marco de franquicia sin mayor mención sobre su ámbito de aplicación y no eligen ninguna Ley en los contratos de desarrollo. Este es el caso que se dará si las partes siguen las recomendaciones sobre elección de Ley del contrato modelo de franquicia internacional de la ICC, que propone la siguiente cláusula: “*This Agreement is governed by the law of the country of [...]*”.

141. En este caso, la postura mayoritaria y la más conforme con el principio de que la “unidad” de Ley aplicable es el contrato es que la Ley elegida debería aplicarse únicamente a las obligaciones derivadas del contrato marco, pero no a los sucesivos

¹⁴⁵⁷ De hecho, esta posibilidad es muy común: en el caso de una franquicia de hamburguesas lo habitual es que el franquiciado se comprometa en el contrato de franquicia a comprar la carne al proveedor señalado por el franquiciador y no al franquiciador directamente. En el caso de McDonald’s, las hamburguesas se adquieren a la planta de *OSI Food Solutions* de Toledo: <https://www.mcdonalds.es/calidad/procesos-calidad/carne> (fecha última consulta: 20/03/2017).

¹⁴⁵⁸ F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 15.

contratos de desarrollo del mismo¹⁴⁵⁹. Solamente debería extenderse el pacto a los contratos de ejecución cuando se considere que en dichos contratos existe un pacto “tácito” de elección de Ley (por ejemplo, mismo idioma, referencia a las mismas instituciones legales, incluso elección en algunos de los contratos de ejecución y en otros no)¹⁴⁶⁰. Pese a que parece la más correcta, esta opción no ha sido la adoptada por la jurisprudencia de los Estados miembros estando en vigor el Convenio de Roma 1980¹⁴⁶¹, ni por la mayoría de la doctrina, que han preferido la extensión de la Ley elegida¹⁴⁶².

142. Ejemplo. A partir del ejemplo anterior, en el contrato de franquicia consta la siguiente cláusula de elección de Ley: “Este contrato se regirá por el Derecho de Delaware”. Ni el *Statement of Work* ni los encargos posteriores por los que se rige la compra del franquiciado al franquiciador de los polvos de yogurt con que se realiza el helado contienen ningún pacto de Ley aplicable.

143. En este caso la Ley aplicable a los litigios derivados del contrato principal será la Ley de Delaware, pero si surge una controversia que se “agota” en alguno de los contratos de ejecución, como puede ser una demanda ante los tribunales españoles por la falta del pago del precio del último suministro de polvos de yogurt, ésta debería regirse por la Ley aplicable al contrato de ejecución, que en este caso sería la Ley de California (Ley de la residencia habitual del vendedor, ex. art. 4.1.a RR-I).

144. iii. Distintas cláusulas de elección para el contrato marco y los contratos de ejecución o para distintas partes del contrato marco. Las partes eligen una Ley para gobernar el contrato marco de franquicia y una Ley para regir los contratos de ejecución

¹⁴⁵⁹ En relación a la franquicia, P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 131. En relación a los contratos de distribución, J. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 67 y C. PELLISÉ DE URQUIZA, *op. cit.*, p. 186. Esta es la opción que parece más acorde también con el informe M. GIULIANO / P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 16: “El Grupo no adoptó la idea de que el juez puede, a partir de una elección parcial de la ley, establecer una presunción a favor de una ley única llamada a regir el conjunto del contrato. Tal idea podría inducir a error en situaciones en que las partes hayan celebrado un acuerdo sobre la elección de la ley únicamente para un punto en particular. Por el contrario, en el caso de elección parcial, habrá que aplicar el artículo 4”. En contra, A. DUTTA, *op. cit.*, p. 955, que parece estar a favor de la extensión.

¹⁴⁶⁰ D. BERLIN, *op. cit.*, p. 45.

¹⁴⁶¹ La jurisprudencia ha optado por la “extensión” de la Ley elegida en los contratos marco a los contratos de ejecución: Sent. OLG Klobenz 17 septiembre 1993, *RIW*, 1993, pp. 934-938, en la que se aplicó el Derecho elegido por las partes en el contrato marco (Derecho francés) a la totalidad de la relación contractual; Sent. Cour. App. Versailles 6 febrero 1991; *Rev. crit. DIP.*, 1991, nota P. LAGARDE, pp. 745-752; *JDI*, 1991, nota J. FOYER, pp. 125-133; *D.*, 1992, nota J.-P. MONDOLONI, pp. 174 y ss; *JCP* n. 51-52, 1992, pp. 453-457, nota F. OSMAN, en la que el tribunal sujetó un contrato de garantía a la Ley que regulaba el contrato principal, un contrato de distribución, por la vía de los “vínculos más estrechos” (en su momento en el art. 4.5 CR, y no a la Ley de la residencia habitual del garante, por la vía de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.2 CR). Como indica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Elección...”, *cit.*, p. 16, las partes podrían haber evitado este resultado con una elección de Ley distinta para cada contrato.

¹⁴⁶² F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 13; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, pp. 46-47, que defiende que esta solución respondería a los beneficios de simplicidad, coherencia y previsibilidad. En el mismo sentido, C.H. THOMAS-CHODKIEWICZ / A. RONZANO, *op. cit.*, p. 313; D. BERLIN, *op. cit.*, p. 46. Todos ellos en relación al Convenio de Roma 1980.

o una “parte” del contrato marco. Esta segunda elección puede contenerse en el mismo contrato marco, en el *Statement of Work* o en los distintos contratos de ejecución.

145. Si la cuestión controvertida afecta solo a una de las obligaciones para las que se ha elegido la Ley aplicable, o si afecta a distintas obligaciones regidas por distintas Leyes y éstas pueden combinarse coherentemente, se respetará la voluntad de las partes. En cambio, si la cuestión controvertida pone en juego las dos Leyes elegidas y éstas no se pueden combinar de forma coherente, la solución, como indica el Informe GIULIANO / LAGARDE, será la anulación del pacto de elección de Ley¹⁴⁶³. Con el argumento de que esta posibilidad parece no ser respetuosa con la voluntad de las partes, un sector de la doctrina ha propuesto aplicar la Ley que rige el contrato marco como Ley “general”, pero esta solución no es previsible para las partes¹⁴⁶⁴.

146. Ejemplo. A partir del caso planteado en los dos ejemplos anteriores, en el contrato de franquicia consta la siguiente cláusula de elección: “Este contrato se regirá por el Derecho de Delaware”. En el *Statement of Work* que regula los suministros de polvos de yogurt del franquiciador al franquiciado, anexo al contrato de franquicia, se contiene el siguiente pacto: “Las sucesivas compraventas derivadas de este contrato se regirán por el Derecho Español”.

147. En este caso, la Ley de Delaware se aplicará a todos los litigios exclusivamente derivados del contrato de franquicia, como por ejemplo un litigio en que se discuta ante los tribunales españoles el incumplimiento por el franquiciador del plazo de preaviso previsto en contrato para su terminación. Por otra parte, la Ley española se aplicará a las controversias derivadas de las relaciones de suministro entre las partes y que no tengan consecuencias más allá de estos suministros. Por ejemplo, si se plantea ante el tribunal español un litigio sobre el retraso repetido en el pago de los pedidos en que se solicitan intereses de demora, el tribunal aplicará al caso la Ley española como Ley elegida (art. 3 RR-I)¹⁴⁶⁵.

148. Si el litigio que se plantea es si esos retrasos repetidos en el pago de los contratos de compraventa se considera un “incumplimiento grave” y es por lo tanto causa suficiente para que el franquiciador resuelva el contrato de franquicia, el tribunal tendrá que combinar la aplicación de ambas leyes. Aplicará la Ley de Delaware para determinar si el retraso en el pago en los contratos de compraventa constituye el incumplimiento de éstos, y en caso afirmativo, la Ley española para determinar si el

¹⁴⁶³ M. GIULIANO / P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 16: “En caso de que las leyes elegidas no puedan combinarse de forma coherente, habrá que aplicar el artículo 4 del Convenio”; H. GAUDEMET-TALLON, “Le nouveau droit...”, *cit.*, p. 245; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato...*, *cit.*, p. 38 y pp. 296 y 297.

¹⁴⁶⁴ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, pp. 46-47.

¹⁴⁶⁵ Una cuestión distinta es si dentro de dicha Ley tendrá que aplicar la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías o las normas sobre compraventa del Código Civil.

incumplimiento de los contratos de compraventa tiene entidad suficiente como para resolver el contrato de franquicia.

149. *iv. Cláusula referida exclusivamente a los contratos de ejecución o a una parte del contrato marco.* El contrato de franquicia no contiene ningún pacto de elección de Ley, pero en un apartado del mismo, en un anexo, o en los contratos de ejecución, se contiene un pacto de Ley aplicable a esos contratos de ejecución o a una parte diferenciada del contrato marco.

150. En este caso la Ley elegida se aplicará exclusivamente a los contratos a los que de forma expresa o tácita se refiera el pacto (si son contratos de compraventa, a las controversias relacionadas con las condiciones de la entrega y con el pago del precio). No podrá aplicarse la Ley elegida al resto de las obligaciones derivadas del contrato de franquicia (terminación, indemnizaciones, no competencia postcontractual...) ¹⁴⁶⁶. La Ley aplicable a estas otras obligaciones deberá determinarse conforme al art. 4 RR-I ¹⁴⁶⁷. Pese a ello, al igual que en la hipótesis anterior, se pueden dar casos en que la cuestión controvertida afecte a varias obligaciones y por lo tanto se produzca un concurso de ambas Leyes, la elegida y la Ley aplicable en defecto de pacto. Si ambas Leyes no pueden combinarse de forma coherente, siguiendo de nuevo las recomendaciones del informe GIULIANO /LAGARDE se aplicarán las normas del Reglamento en defecto de pacto ¹⁴⁶⁸.

151. Ejemplo. En el contrato de franquicia de yogurt helado mencionado anteriormente no se incluye ninguna referencia a la elección de Ley, pero en la sección del mismo relativa a la cesión de los derechos de propiedad intelectual del franquiciador al franquiciado se indica: “Esta cesión se registrará por el Derecho inglés”.

152. La Ley elegida solamente se aplicará cuando surja una controversia relativa a la cesión de dichos derechos entre las partes, como por ejemplo, que el franquiciado no haya custodiado a sabiendas los derechos del franquiciador en la zona que le haya sido asignada. Para el resto de cuestiones relacionadas con el contrato se aplicará la Ley que determine el art. 4 RR-I. Si el pleito tiene como objeto la resolución del contrato de franquicia por la vulneración de las obligaciones del franquiciado en relación a estos derechos, se aplicará la Ley elegida para determinar si realmente se produjo esa vulneración, y en su caso, la Ley designada por el art. 4.1.e RR-I para establecer los efectos que esa vulneración ha de tener sobre el contrato.

¹⁴⁶⁶ En relación a la concesión, J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, pp. 60-61.

¹⁴⁶⁷ Esta remisión puede plantear un *dépeçage* legal entre la Ley aplicable al contrato marco de franquicia y a alguno de sus contratos de ejecución, si los mismos no han sido cubiertos por el pacto de elección de Ley. Sobre el *dépeçage* en defecto de elección, ver epígrafe II.2.C.c.ii.4. “Casos que requieren soluciones específicas”.

¹⁴⁶⁸ M. GIULIANO / P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 16.

153. *v. Cláusula de elección contenida en el contrato marco excluyendo expresamente ciertas obligaciones.* El contrato de franquicia contiene un pacto expreso de elección de Ley que excluye expresamente ciertas obligaciones, respecto de las que no existe ningún pacto de elección de Ley.

154. De nuevo en este caso la Ley elegida solamente se podrá aplicar a lo expresamente previsto por las partes y no a las obligaciones excluidas. En este caso, la Ley aplicable a las obligaciones excluidas se ha de determinar conforme a las normas previstas en defecto de elección, con la posibilidad de que surjan los mismos problemas de compatibilidad que en las dos hipótesis inmediatamente anteriores.

155. Ejemplo. En el contrato marco de franquicia de yogurt helado mencionado se contiene el siguiente pacto de elección de Ley: “el presente contrato, salvo en lo que se refiere a los suministros que el franquiciador realice al franquiciado, se regirá por la Ley de Delaware”.

156. Solución. La Ley aplicable a las relaciones de suministro se ha de determinar conforme a las normas del Reglamento Roma I previstas para los casos en que no existe pacto de elección. Si dichas relaciones se han de regir por la Ley que determine el art. 4.1.e RR-I relativo a los contratos de franquicia, o por otra letra del mismo artículo dependerá de si las obligaciones excluidas se consideran un “contrato” autónomo. En este caso, al tratarse de las relaciones de compraventa, contratos de ejecución del contrato de franquicia con un equilibrio contractual propio, lo más conforme con el propio Reglamento sería que la Ley aplicable a las mismas se determine en base al art. 4.1.a RR-I, relativo a los contratos de compraventa de mercaderías.

157. Estos problemas de interpretación de la extensión de la cláusula de elección pueden darse también cuando ésta se contenga en unas condiciones generales. En el caso de que las condiciones generales de la contratación no se refieran a la totalidad de la relación contractual, sino que se refieran únicamente a una parte de ésta, como por ejemplo, a las ventas, cabe plantearse si tal pacto ha de considerarse extensible a la totalidad de dicha relación si el contrato marco de franquicia no contiene pacto de elección¹⁴⁶⁹. Ello dependerá de la redacción de tales condiciones generales así como del pacto en sí, si bien, si se parte de la norma del contrato como unidad de determinación de Ley aplicable la respuesta será que el contrato marco de franquicia ha de tener su propia Ley aplicable. Si tanto las condiciones generales como el contrato de franquicia contienen un pacto de elección de Ley que remite a Derechos diferentes, ambas elecciones han subsistir siempre que sean compatibles. La elección contenida en condiciones generales se aplicará a las cuestiones contempladas por dichas condiciones y la contenida en el contrato se aplicará a las cuestiones derivadas del contrato marco de

¹⁴⁶⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS / G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 390.

franquicia¹⁴⁷⁰. En los casos en que las condiciones generales y el contrato regulen cuestiones similares, ambas cláusulas de elección deberían verse anuladas pues no se cumplirían los objetivos de previsibilidad y seguridad jurídica perseguidos por el art. 3 RR-I.

158. Aplicación de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 a las relaciones de suministro. La Convención de Viena de 1980, aunque no se aplica al contrato marco de franquicia porque éste no es una compraventa, se aplicará a cada una de las compraventas de mercaderías que se realicen entre franquiciador y franquiciado¹⁴⁷¹. Si los contratantes tienen sus establecimientos en distintos Estados, en todos los casos en que la Ley válidamente elegida, ya sea para la totalidad de la relación, como únicamente para las relaciones de compraventa, sea la de un Estado miembro de la CVIM 1980, se aplicará esta Convención para resolver los litigios relacionados con esos contratos de compraventa (ex. art. 1.b CVIM)¹⁴⁷². Como excepción, no se aplicará si ha sido rechazada por las partes contratantes (art. 6 CVIM)¹⁴⁷³.

159. Cuando la Ley elegida sea la de un Estado que no es parte de dicha Convención, en principio dicha aplicación sería posible si las partes tienen sus establecimientos en distintos Estados que sean parte de la misma (ex. art. 1.a CVIM). No obstante, la doctrina no es unánime en cuanto a esta posibilidad. Un sector doctrinal indica que en estos casos no debería aplicarse la Convención, ya que podría “sorprender” a las partes contratantes. De esta forma, la selección de una Ley de un Estado no parte podría interpretarse como una “exclusión tácita” de la misma¹⁴⁷⁴. Otros autores señalan que dicha selección no sería suficiente para apartar la aplicación de la Ley, pues no se ha producido ningún pacto expreso de exclusión de la misma (art. 6

¹⁴⁷⁰ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 128.

¹⁴⁷¹ U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 296.

¹⁴⁷² Sobre el art. 1.b CVIM, A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 1 CV” en L. Díez PICAZO (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario de la Convención de Viena)*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 45-49. Sobre la elección de la Ley de un Estado parte de la Convención en los contratos marco en general, F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 13. En los contratos de distribución, V. HEUZÉ, “La vente internationale de marchandises”, en J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit des contrats*, LGDJ, 2000, n. 79, p. 75; B. CAMPUZANO DÍAZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000, p. 92. En el contrato de concesión, J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 64, que cita un ejemplo de esta aplicación de la Convención de Viena 1980 a las relaciones de suministro de las partes es la Sent. OLG Klobenz 17 septiembre 1993, *RIW*, 1993, pp. 934-938, en la que se había elegido para la totalidad del contrato la Ley francesa, Estado que había ratificado la Convención. En cuanto a su aplicación en defecto de Ley aplicable, ver *infra* el epígrafe en esta sección II.2.D.c.iii.

¹⁴⁷³ Sobre esta cuestión, A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 6 CV” en L. Díez PICAZO (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario de la Convención de Viena)*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 92-101; J. O. HONNOLD, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987, pp. 128-130.

¹⁴⁷⁴ D. BERLIN, *op. cit.*, p. 47.

CVIM)¹⁴⁷⁵. Una postura intermedia sería la de considerar que la Convención ha de aplicarse al menos si la elección se ha realizado respecto a la totalidad del contrato de franquicia y no si la elección se refería exclusivamente a las relaciones de suministro¹⁴⁷⁶.

160. Ejemplo. Se firma un contrato de franquicia unitaria entre un franquiciador con sede en España y un franquiciado francés para abrir una franquicia de venta de accesorios para móviles en Portugal. En el contrato consta un pacto de sumisión a los tribunales portugueses y un pacto de elección de la Ley portuguesa para regir todas las relaciones derivadas del contrato. El franquiciado francés demanda al franquiciador español ante dichos tribunales por haberle entregado cien carcacas de móviles en los últimos cinco pedidos, en vez de las doscientas que había pagado, y solicita la entrega del resto de la mercancía o en su defecto la devolución de lo pagado en exceso, ante lo que el franquiciador español sostiene que entregó los pedidos completos.

161. Habría que plantearse la aplicación de la Convención de Viena a las relaciones de suministro entre las partes, puesto que tanto el “comprador” (franquiciado) como el “vendedor” (franquiciador) tienen su sede en Estados contratantes (art. 1.a CVIM). Dado que Portugal, el Estado cuyo Derecho ha sido elegido expresamente por las partes para regir sus relaciones, no ha ratificado la Convención de Viena 1980, los tribunales portugueses tendrán dos opciones:

→ No aplicar la Convención de Viena por considerar la elección de la Ley de un Estado no parte como un pacto suficiente para excluir su aplicación *ex. art. 6 CVIM*.

→ Aplicar la Convención de Viena 1980 a la resolución de este litigio, por no considerar dicho pacto como suficiente para excluir su aplicación *ex. art. 6 CVIM*. Esta opción parece la más conforme con la CVIM.

162. Cuestión distinta es que los contratantes hayan indicado que su contrato, o lo que es más común, parte de él, se rige por las disposiciones de la CVIM 1980, cuando el Convenio no es aplicable al caso en virtud de sus arts. 1 y 2 (ni las partes han elegido como Ley aplicable al contrato la de un Estado Parte del Convenio, ni el Reglamento Roma I, en defecto de elección, señala la Ley de un Estado Parte del Convenio, ni los contratantes tienen sus establecimientos en Estados Partes). En este supuesto, los preceptos de la CVIM 1980 se considerarán como “pactos privados” de Derecho sustantivo entre los contratantes, sometidos al filtro de la Ley que se considere aplicable al caso¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷⁵ C. WITZ, “L’exclusion de la Convention des Nations-Unis sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties”, *Dalloz*, 1990, p. 108. Esta parece ser también la posición de F. FERRARI, *La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 83.

¹⁴⁷⁶ J. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 65; J. O. HONNOLD, *op. cit.*, p. 129.

¹⁴⁷⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Elección...”, *cit.*, p. 32; J. O. HONNOLD, *op. cit.*, p. 129.

163. Aplicación del Convenio de La Haya de 1955. Los mismos problemas expuestos respecto a la aplicación de la Convención de Viena 1980 se pueden plantear respecto de la Convención de La Haya de 15 de junio 1955, pues ésta es también una norma de Dopr. material¹⁴⁷⁸. Este Convenio es de aplicación prioritaria a la Convención de Viena 1980 si se cumplen sus condiciones de aplicación, si bien prioritaria no significa excluyente, pues este Convenio puede señalar como Ley aplicable la de un Estado parte en la Convención de Viena y en tal caso se aplicaría también dicha Convención¹⁴⁷⁹. Para determinar si es posible que se aplique esta Convención a un contrato de venta suscrito entre franquiciador y franquiciado será necesario consultar en primer lugar su ámbito de aplicación: la misma se aplicará *erga omnes* si el tribunal que conoce del asunto es el de un Estado parte de la Convención (permitido por el art. 25.1 RR-I)¹⁴⁸⁰.

164. En caso de que el Convenio se considere aplicable, los tribunales del Estado que conozca del asunto tendrán que aplicar las normas de dicho Convenio para determinar la Ley aplicable a los contratos de compraventa entre franquiciador y franquiciado, e interpretar, por ejemplo, si la elección de Ley conforme al art. 3 CH 1955 permite que dicha elección se haya realizado en un contrato marco, y no en el propio contrato de compraventa¹⁴⁸¹.

3.2. Cadenas de contratos

165. El problema de la determinación de la Ley aplicable a una cadena de contratos se puede plantear con facilidad en el contexto de las operaciones de máster franquicia, en que el máster franquiciado puede tratar de someter los contratos que celebre con sus franquiciados a la misma Ley que rige el contrato entre aquél y el franquiciador principal.

166. Cabe plantearse si dicha elección global es oportuna o no. Una parte de la doctrina ha manifestado la conveniencia de este régimen global sobre todo si el franquiciador guarda algún tipo de contacto o relación con los subfranquiciados, pues una unidad de Ley aplicable le ayudará a mantener sus relaciones (A.S.

¹⁴⁷⁸ Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales, en vigor con carácter general desde 1 septiembre 1964, no ratificado por España, pero sí por otros países europeos como Francia o Italia. Versión auténtica en francés disponible en: <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=31> (fecha última consulta: 20/03/2017).

¹⁴⁷⁹ B. CAMPUZANO DÍAZ, *op. cit.*, pp. 181-182.

¹⁴⁸⁰ Véase por ejemplo la Sent. Cour Cass. (1re Ch.Civ.) de 15 mayo 2001, *Optelec vs. soc. Midtronics BV, RCDIP*, 2002, pp. 86-93, nota de P. LAGARDE, *JDI*, 2001, nota A. HUET, pp. 1121 y ss.; *D.*, 2002, nota C. DILOY, pp. 198 y ss., que señalaba la Ley aplicable a un contrato marco de distribución en base al Convenio de Roma 1980 y la Ley aplicable a las ventas de aplicación en base al Convenio de La Haya 1955.

¹⁴⁸¹ F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 14.

KONIGSBERG)¹⁴⁸². Por otra parte, se ha señalado que esta unidad puede no ser operativa y que puede terminar por desfavorecer a los franquiciados, pues la Ley elegida para regir la totalidad de la operación contractual raramente será la de éstos, sino la Ley del franquiciador o la del máster franquiciador. Se añade además que la elección de Ley se coordinará también con la elección de tribunales, de forma que se dificulte al subfranquiciado el acceso a la justicia (P. WAUTELET)¹⁴⁸³.

167. La realidad es que esta cuestión tiene una trascendencia relativa. En la mayoría de las ocasiones, la zona asignada al máster franquiciado se corresponderá con un único Estado, que coincidirá además con el de su sede (el Estado cuyo mercado conoce, en el que tiene contactos y puede establecer la red fácilmente). En estos casos, los contratos de subfranquicia serán contratos internos, en los que una cláusula de elección de Ley tendrá una validez relativa (art. 3.3 RR-I).

168. Otra cuestión que resulta muy relevante en relación a las cadenas de contratos es la de la ausencia de pacto de elección en el contrato de subfranquicia y la presencia de tal pacto en el contrato de máster franquicia. ¿Puede considerarse aplicable al contrato de subfranquicia la cláusula de elección contenida en el contrato marco de máster franquicia? La cuestión se encuentra muy relacionada con la “subcontratación”¹⁴⁸⁴. Como norma general, la cláusula contenida en el contrato de máster franquicia no puede extenderse al contrato de subfranquicia: se trata de contratos distintos, firmados además entre partes distintas, lo que es incompatible con el principio del contrato como unidad de determinación de Ley aplicable¹⁴⁸⁵. De nuevo, aunque económicamente se pueda considerar que existe una única operación comercial global, a efectos jurídicos, y en concreto de Dipr., se considera que existen relaciones independientes¹⁴⁸⁶.

169. Como excepción, esta extensión solamente podrá darse en los casos en que se considere que en el contrato de subfranquicia existe una elección tácita de Ley en favor del Derecho señalado en el contrato de máster franquicia, pero para ello tienen que existir otros indicios claros en el contrato: referencias al contrato de máster franquicia, a que las partes se refieren al mismo en todo lo no dispuesto...¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁸² A. S. KONIGSBERG, *op. cit.*, pp. 45-55.

¹⁴⁸³ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 129.

¹⁴⁸⁴ R. VERMEERSCH / V. VAN HOUTTE / P. WAUTELET, “La sous-traitance internationale: questions choisies”, en COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *La sous-traitance*, Bruylant, Bruselas, 2003, pp. 269-336.

¹⁴⁸⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS / G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 394.

¹⁴⁸⁶ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 130.

¹⁴⁸⁷ Como indican M. GIULIANO / P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 15, la elección ha de “inferirse con certeza de las disposiciones del contrato o de las circunstancias de la causa”. También, F. VISCHER / L. HUBER / D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, Stämpfli, Berna, 2000, p. 104.

3.3 Relaciones extracontractuales entre las partes

170. El Reglamento Roma I solamente regula la elección de Ley para las obligaciones contractuales. Sin embargo, el Reglamento Roma II permite como norma general la elección de Ley mediante un acuerdo previo al hecho generador del daño si las partes desarrollan una actividad comercial (art. 14 RR-II). Dado que en el contrato de franquicia ambas partes ejercen tal actividad, un acuerdo en el contrato destinado a determinar la Ley aplicable a las reclamaciones de naturaleza extracontractual entre las partes es perfectamente válido¹⁴⁸⁸. Si se considera aplicable analógicamente la jurisprudencia del TJUE sobre el Reglamento Bruselas I bis, también podrá considerarse válido un único acuerdo de elección de Ley contenido en el contrato que determine expresamente su aplicación tanto a las obligaciones contractuales como extracontractuales derivadas de la relación entre las partes, siempre que el mismo cumpla con los requisitos que exigen ambos Reglamentos (caso *Cartel Damages Claims*¹⁴⁸⁹).

171. Las partes del contrato de franquicia han de tomar en consideración estas posibles disputas sobre obligaciones no contractuales a la hora de redactar la cláusula de elección de Ley. Si se aplica de forma analógica la mencionada jurisprudencia del TJUE, una cláusula de elección redactada de forma simple, estrecha o restringida no podrá considerarse aplicable a esas disputas sobre obligaciones no contractuales, sino que será preciso que la cláusula incluya expresamente la voluntad de las partes de cubrir este tipo de litigios¹⁴⁹⁰. A falta de esta previsión, las reclamaciones contractuales y extracontractuales estrechamente ligadas con el contrato de franquicia podrían verse sujetas a distintas Leyes aplicables. Esta fragmentación produce una considerable inseguridad jurídica y además puede conducir a largos y costosos procesos judiciales. En consecuencia, resulta del todo recomendable que las partes incluyan expresamente las disputas no contractuales en las cláusulas de elección de Ley de sus contratos internacionales de franquicia.

172. Para aquellas cuestiones extracontractuales en que el Reglamento Roma II no permite la elección de Ley, la Ley elegida para regir el contrato puede tener también relevancia. Esto ocurrirá en los casos de *culpa in contrahendo*, que abarca los litigios surgidos de los defectos en la información precontractual proporcionada al franquiciado y que disponen de una norma especial en Roma II. Si esta cuestión no es objeto en el Estado del foro de una regulación internacionalmente imperativa, se regirán como norma general por la Ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al mismo si

¹⁴⁸⁸ Sobre el carácter “profesional” del franquiciado, STJCE 3 julio 1997, *Benincasa*, *cit.*.

¹⁴⁸⁹ STJUE 21 mayo 2015, *Cartel Damage*, *cit.*.

¹⁴⁹⁰ Sobre esta elección de Ley para las obligaciones extracontractuales en los contratos internacionales puede consultarse H. JACOBS, “Die Notwendigkeit der Wahl des auf außervertragliche Ansprüche anwendbaren Rechts in internationalen Wirtschaftsverträgen”, *IPRax*, 2015-4, pp. 293-297.

este se hubiera celebrado (art. 12 RR-II)¹⁴⁹¹. De esta forma, al menos indirectamente, la Ley elegida para regir el contrato es la que se aplicará también para decidir sobre la responsabilidad precontractual¹⁴⁹².

4. Cláusulas abusivas y pactos de elección de Ley en los contratos de franquicia

173. Se ha puesto de manifiesto que muchas de las relaciones entre operadores del comercio internacional “*business to business*”, como es el caso de la franquicia, pueden tomar la forma de un contrato de adhesión, de forma que el contratante con menor poder de negociación no puede negociar individualmente las cláusulas del contrato, sino que ha de aceptarlo o rechazarlo en su totalidad (“*take it or leave it*”). En consecuencia, el contratante “fuerte” puede elegir la Ley o las Leyes estatales que más le convengan para aplicarlas al contrato en su exclusivo beneficio y en perjuicio de la parte del contrato con menor poder de negociación (P. LAGARDE, H. KENFACK, J. MASEDA RODRÍGUEZ, C. VERBRAEKEN, I. GUARDANS CAMBÓ¹⁴⁹³). En el caso de la elección de una única Ley, el contratante más poderoso intentará que esa Ley sea su propia Ley estatal.

174. La aplicación de estas consideraciones a la franquicia suponen que el franquiciador, cuando tenga un poder de negociación mayor que el franquiciado, tenderá a seleccionar la Ley de su propio establecimiento, que por serle conocida le comportará unos menores costes conflictuales¹⁴⁹⁴. Esta reducción de los costes de información suele pesar más que el propio contenido de la Ley elegida¹⁴⁹⁵.

175. Ejemplo. En un contrato internacional de franquicia unitaria celebrado entre un franquiciador con sede en Holanda y un franquiciado con sede en Bélgica, el franquiciador propondrá como Ley aplicable al contrato la Ley holandesa. Con ello buscará una ventaja evidente, someter todos los contratos que suscriba a esa misma Ley,

¹⁴⁹¹ Sobre esta norma y sus excepciones ver el apartado relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de una relación de franquicia, en el que la cuestión se trata más detenidamente.

¹⁴⁹² P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 125; A. DUTTA, *op. cit.*, p. 954.

¹⁴⁹³ P. LAGARDE, “Le dépeçage...”, *cit.*, pp. 649-677; H. KENFACK, *La franchise...*, *cit.*, pp. 407-408; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 49; C. VERBRAEKEN, “La loi...”, *cit.*, p. 561; y I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Aranzadi, Pamplona, 1992, p. 382.

¹⁴⁹⁴ Ver por ejemplo las afirmaciones de A. S. KONIGSBERG, *op. cit.*, pp. 272, recogidas también por P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 127: “*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*”.

¹⁴⁹⁵ Por ejemplo, el franquiciador americano elegirá la Ley de su Estado a pesar de que la misma contenga numerosas disposiciones protectoras del franquiciado que no están presentes en las normas de otros Estados, H. KENFACK, *La franchise...*, *cit.*, p. 408; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 47; T.F. CLASEN, *International Agency and Distribution Agreements (Analysis and forms)*, vol. I, Butterworth 1995, p. 8; C.H. THOMAS-CHODKIEWICZ / A. RONZANO, *op. cit.*, p. 305.

para ahorrarse costes de información sobre otros Derechos y además controlar de forma más fácil todos los contratos de su red.

176. Situación en Derecho internacional privado de la UE. Si el franquiciado considera que esa elección de Ley le perjudica, la única protección de la que dispone en Dipr. europeo es la de no contratar, pues el Reglamento Roma I no proporciona al franquiciado ningún régimen especial en relación a la elección de Ley, como sí lo hace con otros contratantes a los que considera débiles (trabajadores, asegurados, consumidores). Las normas generales sobre elección de Ley del Reglamento Roma I son plenamente aplicables al contrato de franquicia¹⁴⁹⁶.

177. Algunos autores han señalado que estas cláusulas de elección, ya estén contenidas en el contrato o en unas condiciones generales de la contratación (lo que, como se indicó, está permitido por el art. 3 RR-I) deberían declararse abusivas cuando el tribunal competente las considere como manifiestamente desequilibradas, es decir, cuando hayan sido impuestas unilateralmente por los franquiciadores en beneficio exclusivo de los mismos y en perjuicio de los franquiciados¹⁴⁹⁷.

178. Pero lo cierto es que esta posibilidad no cabe en EPIL. Para anular el pacto de elección de Ley contenido en las condiciones generales o en el mismo contrato, el franquiciado no podrá alegar el carácter abusivo de dichas cláusulas conforme a un Derecho nacional. El art. 3 RR-I gobierna de forma completa y exclusiva todos los requisitos que, en relación al contenido, han de reunir dichas cláusulas¹⁴⁹⁸. En EPIL las únicas posibilidades de anulación de la cláusula de elección de Ley en un contrato entre profesionales, estén incluidas o no en unas condiciones generales de la contratación, vendrán determinadas por defectos en la capacidad, el consentimiento, o la forma de la cláusula de elección. Es decir, el tribunal podrá realizar un “control de incorporación” de la cláusula, pero no entrar a valorar su contenido ni a decidir si la misma ha de considerarse como “abusiva” conforme a ninguna norma nacional, y ello aunque dichas

¹⁴⁹⁶ U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 296: “The parties of a franchise contract can freely choose the applicable law. (...). An eventual choice of law is also not restricted because of specific protective considerations”.

¹⁴⁹⁷ A. FRIGNANI / J. H. PRATT, “A comparison of the common law and civil law in the international franchise arena”, en Actas de la IBA / IFA Joint Conference, *Emerging Trends and difficult issues in international franchising*, Washington, 2001, p. 2; A. S. KONIGSBERG, *op. cit.*, apdo. III.1.1; P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 128; A. DUTTA, *op. cit.*, p. 944; H. HEISS, “Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB nach europäischen Internationalem Privatrecht?”, *RabelsZ.*, n. 65, 2001, pp. 634-653, p. 638.

¹⁴⁹⁸ P. MANKOWSKI, “Article 3”, *cit.*, p. 247: “A material review of the content of a choice of law clause as to its substance is not permitted, neither according to the standards of the *lex fori*, nor according to the standards of the law designated in the choice of law agreement”. En el mismo sentido, G. THÜSING, “Rechtswahlklauseln”, en F. GRAF VON WESTPHALEN / G. THÜSING, *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, Beck, Múnich, 2010, pp. 428-452, n. 23, R. THODE, “Die Rom I-Verordnung – das europäische Internationale Vertragsrecht”, *NZBau*, 2011, pp. 449-457, p. 453; P. OSTENDORF, “Die Wahl des auf internationale Wirtschaftsverträge anwendbaren Rechtsrahmens im Europäischen Kollisionsrecht: Rechtswahlklauseln 2.0”, *IHR*, 2012, pp. 177-180, p. 179; W.-H. ROTH, “Rechtswahlklauseln in Verbraucherverträgen – eine schwierige Sache?”, *IPRax*, vol. 33, n. 6, 2013, pp. 515-524, p. 521.

normas sean de policía, y aunque la cláusula esté contenida en un contrato de adhesión o en unas condiciones generales de la contratación¹⁴⁹⁹. No existe ninguna necesidad de recurrir a ningún Derecho nacional porque la cuestión es contestada directamente por el EPIL: éste ha decidido optar por una elección de Ley libre, sin tener en cuenta su contenido. Una interpretación *a contrario* de las normas relativas a consumidores, trabajadores y asegurados así lo afirman: cuando el EPIL ha querido proteger conflictualmente a ciertas partes, les ha proporcionado normas especiales, cosa que no ocurre en relación a los contratos entre profesionales y en particular en relación a los contratos de franquicia. Es decir, cuando el Reglamento Roma I ha querido restringir la elección, así lo ha hecho. En consecuencia, la ausencia de restricción implica que los contratos sujetos al art. 3 RR-I siguen una política de libertad de elección. En consecuencia, a estas cláusulas no se le podrá aplicar ninguna Ley sobre cláusulas abusivas, “*unfair contract terms*” o similar¹⁵⁰⁰.

179. Ejemplo 1. Si el franquiciado desea discutir que nunca consintió en remitirse a unas condiciones generales del franquiciador en las que se establece como la Ley aplicable al contrato la Ley de Massachusets, tendrá que contestar la validez del pacto conforme a la Ley de Massachusets, la Ley presuntamente elegida por las partes (y la Ley aplicable a la validez del consentimiento de las partes a la cláusula de elección ex art. 3.5 RR-I)¹⁵⁰¹.

180. Ejemplo 2. Si el franquiciado desea anular por abusiva ante los tribunales españoles una cláusula de elección de Ley contenida en las condiciones generales de su franquiciador, a las que consintió, en las que se establece como Ley aplicable al contrato la Ley de Massachusets, no podrá hacerlo, aunque la Ley de Massachusets y/o la Ley española contengan una norma que permita declarar como abusivas cláusulas contractuales entre profesionales.

181. A lo anterior se ha de añadir que no resulta tan común en los contratos de franquicia internacional la imposición por parte del franquiciador de su propia Ley. Por un lado, porque como se indicó en el primer capítulo, no siempre tiene una posición negociadora fuerte en el contrato, pues en el plano internacional los franquiciados y máster franquiciados suelen ser empresas con recursos y una amplia red en el mercado a conquistar. Por el otro, porque aún en el caso de que tal posición fuerte exista, el franquiciador preferirá en muchas ocasiones elegir la Ley del país anfitrión¹⁵⁰². Como pone de manifiesto A.S. KONIGSBERG, esta Ley funcionará mejor para muchos de los

¹⁴⁹⁹ P. MANKOWSKI, “Article 3”, *cit.*, p. 248 y la doctrina citada por éste en la nota al pie n. 1474.

¹⁵⁰⁰ G. THÜSING, *op. cit.*, n. 6. En contra, además de los autores citados, se posiciona T. PFEIFFER, “Rechtswahlvereinbarung und Transparenzkontrolle” en M. WANDT ET AL., *Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht: Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag*, Verlag Versicherungswirtschaft, 2014, pp. 843-862, p. 855.

¹⁵⁰¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 778.

¹⁵⁰² UNIDROIT, “Guía UNIDROIT...”, *cit.*, p. 199.

litigios entre franquiciador y franquiciado, como aquellos litigios contractuales que surjan en torno a la marca o las insignias del franquiciador¹⁵⁰³.

182. En cualquier caso, aunque la imposición de la Ley del franquiciador fuera una realidad en los contratos de franquicia internacional, la cláusula impuesta no podría anularse porque, como ya se ha indicado, la validez de la cláusula de elección de Ley se rige por el art. 3 RR-I, de forma que las normas nacionales solamente pueden incidir en tal regulación en la medida en que el Reglamento lo permita, y únicamente lo hace en materias relacionadas con la incorporación de la cláusula¹⁵⁰⁴. Junto con ello, y si se planteara la aplicación de estas normas sobre cláusulas abusivas en virtud del art. 9 RR-I, habría que señalar que este artículo no puede utilizarse para anular una norma conflictual, sino que su finalidad es la aplicación de una regulación sustantiva concreta al litigio en cuestión, por encima de la *lex contractus*¹⁵⁰⁵.

183. Pese a lo expuesto, la última palabra al respecto al tendrá el TJUE. Éste, en un caso muy reciente, ha indicado que sí puede considerarse como abusiva una cláusula de elección de Ley contenida en unas condiciones generales de venta a consumidores (caso *Amazon*)¹⁵⁰⁶. Esta decisión se ha realizado también en contra de la doctrina mayoritaria, que considera que el Reglamento ya proporciona a los consumidores protección conflictual (art. 6 RR-I) por lo que no es necesario complementarla con la aplicación de otras normativas a dichas cláusulas¹⁵⁰⁷. Pese a ello, la Sentencia ha aplicado a una cláusula de elección de Ley la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Cabe preguntarse si el fallo del tribunal habría ido en el mismo sentido si

¹⁵⁰³ A. S. KONIGSBERG, *op. cit.*, pp. 272.

¹⁵⁰⁴ P. MANKOWSKI, “Article 3”, *cit.*, p. 249.

¹⁵⁰⁵ Aquí se añadía que el art. 9 RR-I no podía utilizarse como vehículo para la aplicación de las normas internas sobre condiciones generales de la contratación sobre las cláusulas de elección de Ley, porque el mismo solamente permitía la aplicación de normas que tienen como función la protección de intereses públicos, y no de partes débiles del contrato. Sin embargo, como se verá más adelante, la STJUE 17 octubre 2013, *Unamar*, *cit.*, deja la puerta abierta a considerar como norma de policía normas protectoras.

¹⁵⁰⁶ STJUE 28 julio 2016, as. C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, FJ 71: “Por consiguiente, procede responder a la cuarta cuestión, letra a), que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula que figura en las condiciones generales de venta de un profesional, que no ha sido negociada individualmente, en virtud de la cual la ley del Estado miembro del domicilio social de ese profesional rige el contrato celebrado por vía de comercio electrónico con un consumidor, es abusiva en la medida en que induzca a error a dicho consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado miembro, sin informarle de que le ampara también, en virtud del artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable, de no existir esa cláusula, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional nacional a la luz de todas las circunstancias pertinentes”. Esta decisión ha sido muy criticada por la doctrina más autorizada precisamente por esta cuestión, *vid.* P. MANKOWSKI, *NJW*, 2016, p. 2705, apartado V.2.

¹⁵⁰⁷ P. MANKOWSKI, “Article 3”, *cit.*, p. 249: “The european legislator protects the consumer against unfair clauses through the use of private international law, not through the consumer protection regimes of the *lex fori* or the *lex causae*”.

el caso no hubiera estado cubierto por dicha Directiva, sino por el Derecho nacional de un Estado miembro (lo que ocurriría cuando el adherente sea un franquiciado, un profesional).

184. Situación en otros sistemas jurídicos. La normativa europea difiere de la de otros sistemas jurídicos, en que los contratos de franquicia se dejan fuera del sistema de libre elección de Ley, por considerarse que no son contratos comerciales al uso (es decir, entre personas que actúan en el ejercicio de su profesión u oficio). Por ejemplo, en Paraguay son excluidos de la Ley 5393/2015, sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales, de 10 de enero de 2015¹⁵⁰⁸. No obstante, esta postura tan proteccionista es cada vez más minoritaria¹⁵⁰⁹ y no resulta acertada por las siguientes razones. Como se ha indicado, existen muchos casos en que franquiciador y franquiciado tienen igual poder de negociación, o casos en que la cláusula incluida en el contrato se establece en beneficio de ambos contratantes, o si perjudica a uno de ellos, lo hace a cambio de una concesión del otro contratante en otra cláusula del contrato. Estos contratos de franquicia “sanos” se verían perjudicados por una limitación de la autonomía de la voluntad de las partes para todos los contratos de franquicia.

185. La posición europea contrasta también fuertemente con la de otra de las grandes potencias comerciales, Estados Unidos. La postura de este país es fruto de su particular concepción del Dopr. tras la *Conflict of laws revolution*, basada en una conjunción de intereses Estatales y privados¹⁵¹⁰. Así, la Sección 187 del *Restament Second of Conflict of Laws* al establecer la norma sobre elección de Ley aplicable distingue entre dos situaciones¹⁵¹¹. La primera, que la Ley elegida se haya de aplicar a

¹⁵⁰⁸ Esta Ley está inspirada en los trabajos previos a los *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, aprobados por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado el 19 de marzo de 2015, que, sin embargo, sí que se consideran aplicables a los contratos de franquicia, y también de distribución, como dispone su Preámbulo. Estos Principios se encuentran disponibles en: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135 (fecha última consulta: 20/03/2017).

¹⁵⁰⁹ Por ejemplo, en China, en virtud del art. 126 de la Ley de Contratos de la RPC se permite la elección de Ley en materia de franquicia. *Vid.* A. LIN XIA, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵¹⁰ Ver al respecto W.L. REESE, “Contracts and the Restament of Conflict of Law, Second”, *Int'l. & Comp. L. Q.*, vol. 9, n. 4, 1960, pp. 531-541, esp. p. 534; A. MILLS, “The identities of private international law: lessons from the U.S. and EU revolutions”, *Duke Journal of Comparative & Int'l. Law*, vol. 23, 2013, pp. 445-475.

¹⁵¹¹ Secc. 187 *Restament (Second) of Conflict of Laws*, The American Law Institute, 1971:

“(1) *The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one which the parties could have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue.*

(2) *The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either*

(a) *the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice, or*

(b) *application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and*

una cuestión de Derecho dispositivo en todos los ordenamientos jurídicos relacionados con el caso¹⁵¹². En estos casos, dicha Ley elegida por las partes se aplicará en todo caso. La segunda, que la Ley elegida se haya de aplicar a una situación en que al menos uno de los ordenamientos relacionados con el caso establezca una norma imperativa, esto es, que no puede excluirse mediante acuerdo de las partes. En este caso, la Ley elegida solamente podrá aplicarse si (i) se trata de una ley que tiene una relación sustancial con el caso y (ii) su aplicación no resulta contraria a una “fundamental policy” del Estado cuya Ley se aplicaría en defecto de elección.

186. En este sentido, la doctrina¹⁵¹³ y gran parte de la jurisprudencia¹⁵¹⁴ se han mostrado partidarios de no aplicar la cláusula de elección de Ley contenida en un contrato de franquicia en casos en que la Ley aplicable en defecto de elección disponía de una norma de protección de los franquiciados¹⁵¹⁵. El propio comentario al *Restament Second* indica que pueden considerarse como normas que encarnan la *fundamental policy* de un Estado las destinadas a proteger a una parte frente a un uso opresivo del poder negociador de la otra parte¹⁵¹⁶.

187. La concepción americana se basa en la siguiente premisa: si el Derecho sustantivo de contratos en ningún Estado del mundo tiene como principio irrenunciable

which, under the rule of s 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.

(3) In the absence of a contrary indication of intention, the reference is to the local law of the state of the chosen law”.

¹⁵¹² Si bien como se ha visto en el tenor literal de la Ley no se especifica en qué ordenamiento la cuestión ha de ser considerada de Derecho dispositivo, la doctrina ha señalado que se refiere a todos los ordenamientos en juego. Ver G. F. CARPINELLO, *op. cit.*, p. 62.

¹⁵¹³ G. F. CARPINELLO, *op. cit.*, p. 61; R. WEINTRAUB, *Commentary on the conflict of Laws*, 1986, p. 369; D. CAVERS, *The choice of law process*, 1965, p. 196.

¹⁵¹⁴ *Wright-Moore Corp. v. Ricoh Corp.*, 908 F.2d 128 (7th Cir. 1990); *Solman Distrib. Inc. v. Brown-Forman Corp.*, 888 F.2d 170 (1st Cir. 1989); *Southern Int’l Sales v. Potter & Brunfield Civ. Of AMF Inc.*, 410 F. Supp. 1339 (S.D.N.Y. 1976); *Business Incentives Co. Inc. v. Sony Corp. of Am.*, 397 F. Supp. 63 (S.D.N.Y. 1975); *Winer Motors, Inc. v. Jaguar Rover Triumph Inc.*, 208 N.J. Sup. 666 (App. Div. 1986); *Bush v. National School Studios, Inc.*, 139 Wis. 2d 635 (Wis. 1987); *Colt Indus. Inc. v. Fidelco Pump and Compressor Corp.*, 700 F. Supp. 1339 (D.N.J. 1987).

¹⁵¹⁵ Como puede apreciarse, en esta configuración de la autonomía de la voluntad incluye muy claramente el concepto de “leyes de policía” propio del Derecho internacional privado americano, muy distinta de la europea (no son normas del Estado cuyos tribunales conocen del asunto ni normas del Estado en que se ejecuta el contrato, sino normas del Estado cuyo Derecho se habría visto aplicado en defecto de pacto: esto hace que las leyes de policía solamente puedan entrar en juego cuando exista pacto de elección de Ley).

¹⁵¹⁶ Comentario “g”, Secc. 187 *Restament (Second) of Conflict of Laws*, The American Law Institute, 1971. En este sentido, hay algunas legislaciones protectoras de los franquiciados que así lo establecen expresamente, como por ejemplo la Arkansas Franchise Practices Act, 1977 Ark. Acts 355, §13J: “The legislature finds and declares that distribution and sale of franchise agreements in the State of Arkansas vitally affects the general economy of the State, public interest and public welfare”. En los mismos términos se pronuncia la normativa de Nueva Jersey, contenida en los NJ Statutes Annotated (N.J.S.A.), §56:10-2 (West 1989).

la autonomía de la voluntad tampoco puede tenerlo el Dipr. sobre contratos¹⁵¹⁷. Esto contrasta, como se ha indicado, con la postura del EPIL, en que la autonomía de la voluntad conflictual es un paradigma intocable, más allá de las excepciones expresamente contempladas por el Reglamento (contratos de trabajo, de consumo, de seguro)¹⁵¹⁸.

188. Autonomía de la voluntad, contratos de franquicia y objetivos del Reglamento Roma I. Que el Reglamento Roma I permita la libertad de las partes para elegir la Ley aplicable a los contratos de franquicia favorece la seguridad jurídica y la previsibilidad del resultado de los litigios (cdo. 11 RR-I). En cuanto a la seguridad, no existe un punto de conexión capaz de proporcionar mayor certeza jurídica que la elección por las propias partes de la Ley aplicable, sobre todo en contratos como el de franquicia, que se plasman siempre por escrito, de forma que será muy sencillo para las partes identificar el pacto de elección y por lo tanto la *lex contractus*.

189. En cuanto a la previsibilidad, nadie mejor que las propias partes para decidir cuál es la Ley cuya aplicación a la situación jurídica en la que se hallan implicados les resulta más próxima y les supone los menores costes conflictuales¹⁵¹⁹. Las partes se encuentran mejor posicionadas que el juez y que el propio legislador para decidir qué Ley estatal les comporta esos menores costes¹⁵²⁰. Sólo las partes cuentan con los datos subjetivos particulares de ese caso, que le permiten valorar cuál es la Ley más eficiente (C. PAZ-ARES)¹⁵²¹.

190. Ejemplo. Un franquiciador español con sede en Madrid entra en negociaciones con una empresa mejicana con sede en Méjico DF para expandir su red de franquicia en el territorio de Méjico. La empresa española desconoce el Derecho

¹⁵¹⁷ G. F. CARPINELLO, *op. cit.*, p. 59: “Just as party autonomy is not always the pre-eminent concern to contract law, it should not always be the pre-eminent concern of conflicts law in the contracts area”.

¹⁵¹⁸ No obstante se ha de señalar que cada vez son más numerosas las decisiones de tribunales de Estados Unidos tendentes a respetar el pacto de elección de Ley en un contrato de franquicia, independientemente de la existencia de normas de protección del franquiciado en un Estado conectado con el caso. Véanse los casos siguientes: *Tele-Save Merchandising v. Consumers Distributing Co.*, 814 F.2d 1120 (6th Cir. 1987); *Modern Computer Systems, Inc. v. Modern Banking Systems, Inc.*, 871 F.2d 734 (8th Cir. 1989); *Carlok v. Pillsbury Co.*, 719 F. Supp. 791 (D. Minn. 1989).

¹⁵¹⁹ J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflicto...*, *cit.*, p. 116; H. GAUDEMET-TALLON, « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales », en VV.AA., *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 181-192 ; P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *RCDIP*, 2003, pp. 37-76.A.-L. CALVO CARAVACA, « La norma de conflicto del siglo XXI » en VV.AA., *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. 2, Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1335-1374.

¹⁵²⁰ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad...”, *cit.*, p. 129; J. ALFARO ÁGUILA REAL, “Los costes de transacción”, en J.L. IGLESIAS PRADA (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 1, Civitas, Madrid, 1996, pp. 131-162, p. 151; G.K. HADFIELD, *op. cit.*, pp. 954-955.

¹⁵²¹ C. PAZ ARES, “Principio de eficiencia y derecho privado”, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor M. Broseta Pont*, volumen III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2844-2850, p. 2847.

mejicano e insiste en someter el contrato a la Ley española. La aplicación del Derecho mejicano le comportaría unos altos costes conflictuales. La empresa mejicana desconoce el Derecho español y pretende someter el contrato a la Ley mejicana. La aplicación del Derecho español le comportaría unos altos costes conflictuales. Ante esto, las partes acuerdan someter su contrato a Derecho inglés. En este caso, las dos han contratado anteriormente con empresas inglesas y disponen de cierta información sobre tal ordenamiento jurídico. La aplicación del Derecho inglés les comporta a ambas un coste más reducido que la aplicación de la Ley de la otra parte contratante. Es por lo tanto la solución más eficiente¹⁵²².

| | <i>Ley mejicana</i> ¹⁵²³ | <i>Ley española</i> ¹⁵²⁴ | <i>Ley inglesa</i> ¹⁵²⁵ |
|-----------------------------|-------------------------------------|-------------------------------------|------------------------------------|
| <i>Costes franquiciador</i> | 90 | 10 | 60 |
| <i>Costes franquiciado</i> | 10 | 90 | 60 |
| <i>Costes totales</i> | =100 | =100 | =120 (solución eficiente) |

Cuadro n. 15. Contrato de franquicia y análisis económico del art. 3 RR-I

ii. Ley aplicable en defecto de elección (i): art. 4.1.e RR-I

191. Cuando el contrato no contenga pacto de elección del Ley, o el mismo no se considere válido o aplicable a la controversia suscitada, el tribunal de un Estado miembro determinará la Ley aplicable a dicha controversia aplicando el art. 4 RR-I¹⁵²⁶. En particular, comenzará por comprobar si el litigio deriva de uno de los contratos contenidos en el art 4.1. RR-I, para los que el Reglamento determina directamente la Ley aplicable. Este artículo contiene una norma específica para los contratos de franquicia en su apartado “e”. Dicha norma dice así: “*el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual*”. La misma se analizará detalladamente a continuación.

¹⁵²² Ejemplo inspirado en el propuesto por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto...*, cit., p. 122.

¹⁵²³ Ley del país de la residencia habitual del franquiciado.

¹⁵²⁴ Ley del país de la residencia habitual del franquiciador.

¹⁵²⁵ Ley elegida por las partes.

¹⁵²⁶ Como indica P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 100, los casos en que se apliquen las normas en defecto de elección para los contratos de franquicia serán muy escasos. Se trata de contratos en que las partes incluyen casi de forma sistemática un pacto de Ley aplicable. El art. 4 RR-I se aplicará, en la mayoría de supuestos, a casos en que las cláusulas de elección no se consideren válidas, por su mala redacción, por la falta de consentimiento o cualquier otra razón. También L. RAVILLON, “La recherche de la sécurité juridique: la stipulation quasi systématique d’une clause de choix de la loi applicable » en S. CORNELOUP / N. JOUBERT (dirs.), *Le règlement Communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Litec, Paris, 2011, p. 67-95, p. 67.

1. Consideraciones previas

192. Para comprender la regulación actual que el art 4.1 realiza en relación a los contratos de franquicia (1.2) es preciso tener en cuenta los antecedentes del precepto (1.1).

1.1. Antecedentes históricos: el Convenio de Roma de 1980 y el problema de la prestación característica

193. *La determinación de la Ley aplicable en defecto de elección en el Convenio de Roma 1980.* El art. 3 CR sentaba, al igual que lo hace hoy el Reglamento Roma I, el principio general de libertad de las partes para determinar la Ley aplicable¹⁵²⁷. En ausencia de pacto o cuando esta elección no se ajustaba a lo previsto en el propio Convenio, la Ley reguladora se fijaba mediante el art. 4 CR. Dicho precepto indicaba que el contrato se regía por la Ley del país con el que presentara los "vínculos más estrechos". El Convenio no definía este concepto, pero contenía en el art. 4.2 CR una presunción general según la cual el contrato presentaba los vínculos más estrechos con el país donde, en el momento de celebración del contrato, tuviera su residencia habitual la parte del contrato que debiera proporcionar la "prestación característica" del contrato¹⁵²⁸.

194. La noción de "prestación característica" no venía definida en el Convenio de Roma, pero se recogía en el Informe GIULIANO / LAGARDE, adjunto al mismo. Es "aquella por la que se debe el pago", la prestación no dineraria ("*Nicht-Geldleistung*")¹⁵²⁹. El concepto de prestación característica parte de la base de que todo contrato posee normalmente una prestación que lo caracteriza, que lo dota de identidad, que sirve para distinguirlo de otros contratos y que no falla en ningún contrato de su tipo¹⁵³⁰. En definitiva, la prestación característica es la que permite distinguir un contrato de otro, por lo que nunca será el pago del precio (P. MAYER / V. HEUZÉ)¹⁵³¹.

¹⁵²⁷ A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, Ipoa Informatica, Milano, 1986, pp. 289-291.

¹⁵²⁸ Según una posición minoritaria, esta presunción del art. 4.2 CR se trataba de un índice más de valoración para indicar cuál era el ordenamiento con el que el contrato presentaba los "vínculos más estrechos", al mismo nivel que otros indicadores del caso en concreto. En este sentido, L.F. CARRILLO POZO, *El contrato...*, cit., pp. 73-112; R. BARATTA, *Il collegamento pin stretto del Diritto internazionale privato dei contratti*, Giuffrè, Milán, 1991, p. 186-191. Esta postura recibió muchas críticas, como la falta de previsibilidad para los contratantes y la ignorancia del tenor literal del Convenio de Roma, prevaleciendo la interpretación que otorgaba a la "prestación característica" un papel predominante frente a otros índices de localización en la determinación de la Ley aplicable al contrato en defecto de pacto.

¹⁵²⁹ M. GIULIANO / P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵³⁰ La teoría de la prestación característica, según la cual el contrato se ha de regir por la Ley del país de la sede de la parte que realiza dicha prestación, fue tomada por el Convenio de Roma de la legislación suiza de Dopr. Sobre el concepto de prestación característica, F. VISCHER, "The Antagonism between Legal Security and the Search of Justice in the Field of Contracts", *RCADI*, 1974, vol.142 pp. 1-70; ID., "The concept of the Characteristic Performance Reviewed", *E pluribus Unum / Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520; ID., "The Principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention", en K. LIPSTEIN (Ed.), *Harmonization of Private International Law by the EEC*, London, 1978, pp. 25-30; I.DE WINTER, "Considerazioni sulla legge della

195. La determinación de la Ley aplicable en defecto de elección en el Convenio de Roma 1980. Aplicación a la franquicia. En consecuencia, para determinar la Ley aplicable al contrato de franquicia internacional era necesario en primer lugar determinar cuál era su prestación característica. Esta labor dio lugar a numerosas dificultades no sólo en estos contratos, sino en todos los contratos del sector de la distribución comercial¹⁵³². Para llevar a cabo tal determinación se plantearon dos posibilidades, la de la identificación de dicha prestación característica caso por caso, o bien de forma abstracta, *a priori* para los tipos contractuales ya definidos más habituales de la práctica comercial¹⁵³³.

196. Determinación de la prestación característica caso por caso. En relación a la franquicia, fueron muchos los autores que optaron por la primera opción, es decir, afirmar que lo más adecuado era optar por una determinación de la prestación característica del contrato caso por caso¹⁵³⁴. Para realizar tal determinación, la doctrina proponía sobre todo prestar atención a la existencia de un pacto de exclusiva a favor del

prestazione caratteristica", *Diritto Internazionale*, 1971 (I), pp. 227 ss.; A.F. SCHNITZER, "Les contrats internationaux en droit international privé suisse", *RCADI*, 1968, vol.123, pp. 541-636; ID., *Handbuch des internationalen Privatrech*, Basilea, 1944, p. 515; G. KAUFMANN-KOHLER, "La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse", *ASDI*, 1989, pp. 195 y ss.; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989; P.M. PATOCCHI, "Characteristic performance, A new myth in the conflict of Law?", *Festschrift P. Lalive*, 1993, pp. 113-139; U. VILLANI, "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *RDIPP*, 1993, pp. 513-540; A. KASSIS, *op. cit.*, p. 290; A. GIARDINA, "Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo", en AA.VV., *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, XV Tavola rotonda di diritto comunitario (Génova 21-22 mayo 1982), Padova, Cedam, 1983, pp. 2 ss.; L.F. CARRILLO POZO, *El contrato...*, *cit.*; M. VIRGÓS SORIANO, "Los vínculos...", *cit.*, p. 5302; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La lucha...", *cit.*, pp. 349-370.

¹⁵³¹ P. MAYER / V. HEUZE, *Droit...*, *cit.*, p.558.

¹⁵³² M. BEHAR-TOUCHAIS / G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 402; L. COLLINS, "Practical implications in England of the E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations" en P.M. NORTH (ed.), *Contract Conflicts. The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, North Holland Publishing, Amsterdam, 1982, pp. 205-216, p. 209; F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, Bruselas, 2005, p. 911. Sobre la franquicia, R. PLENDER / M. WILDERSPIN, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Sweet & Maxwell, Londres, 2001, p. 117 y B. ANCEL, "La loi applicable à défaut de choix", en E. CASHIN RITAINE / A. BONOMI (eds.), *Le nouveau règlement européen 'Rome I' relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Schulthess, Zurich, 2008, pp. 77-93, p. 85 ; L. GARCIA GUTIERREZ, "Franchise Contracts and the Rome I Regulation on the Law Applicable to International Contracts", *Yb. PIL*, 2008, pp. 233-244, p. 234; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 85.

¹⁵³³ M. GIULIANO / P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 19, que refiere a la existencia de una prestación característica para cada "categoría de contratos"; U. VILLANI, "Aspetti...", *cit.*, p. 518; H. GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau...", *cit.*, p. 248.

¹⁵³⁴ En relación con la cesión de derechos incorporeales, O. LANDO, "Contracts", *cit.*, p. 142: "the proper localisation of the contract will depend upon which are the several duties of the parties and where they have to be performed". Sobre los contratos de distribución y concesión, D. BERLIN, *op. cit.*, p. 42; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Contratos de distribución...", *cit.*, p. 230; C.H. THOMAS-CHODKIEWICZ / A. RONZANO, *op. cit.*, p. 311-312. Finalmente, sobre los contratos de franquicia, optaron por esta posición D. MAINGUY, "Les opérations...", *cit.*, pp. 449-452; M.-E. ANCEL, «Les contrats de distribution et la nouvelle donnée du règlement Rome I», *RCDIP.*, 2008, pp. 561-579, pp. 179-180.

franquiciado¹⁵³⁵. Si éste se daba, entonces sería este el prestador característico. Pero esta opción presentaba importantes dificultades prácticas, pues la mayoría de estos contratos imponen la exclusividad tanto al franquiciador como al franquiciado¹⁵³⁶. Se invitaba también a considerar el peso concreto de las prestaciones de explotación del negocio y de transmisión del “paquete” de la franquicia, para determinar si la balanza se inclinaba a favor del franquiciado o del franquiciador, pero esta opción tampoco llevaba a soluciones concluyentes ni favorecía la seguridad jurídica de las partes¹⁵³⁷. Por ello, la misma no fue acogida por los tribunales de los Estados miembros. Solamente los tribunales ingleses, fieles a su tradición de hacer Justicia en el caso concreto, adoptaron la misma, pronunciándose al respecto en relación a varios contratos de distribución¹⁵³⁸.

197. Determinación de la prestación característica de forma abstracta. La calificación de cada “tipo” contractual en abstracto fue la opción más extendida doctrinal y jurisprudencialmente¹⁵³⁹. Esta fue además la postura que adoptó el TJUE¹⁵⁴⁰. En aplicación de la misma, los operadores jurídicos se dispusieron a estudiar cuál de las prestaciones que se intercambiaban en el contrato de franquicia podía ser calificada como su “prestación característica”, tarea ésta que, dada la complejidad y heterogeneidad del contrato en cuestión, no fue sencilla. Este problema no era exclusivo de los contratos de franquicia, sino que, como ha puesto de relieve un amplio sector de la doctrina, era un problema común a todos los contratos que no correspondían al típico esquema simple de intercambio de bienes o servicios por dinero. Precisamente, los

¹⁵³⁵ M.-E. ANCEL, “Les contrats...”, *cit.*, p. 570, que propone distinguir según que el franquiciador procure únicamente un *savoir-faire* comercial o también una exclusividad a cargo del franquiciado: en el primero de los casos el prestador característico sería el franquiciador, y en el segundo, el franquiciado.

¹⁵³⁶ Como ya se ha puesto de manifiesto en este trabajo, lo habitual es que el franquiciado tenga garantizada su exclusividad en el territorio concedido (es decir, que ningún otro franquiciado ni tampoco el franquiciador podrán comercializar los productos objeto del contrato en tal territorio) pero que también se le exija una exclusividad a favor del franquiciador (por ejemplo, que se aprovisione únicamente a través de éste o de los proveedores que éste le señale, y que no pueda comercializar otros productos en el establecimiento franquiciado).

¹⁵³⁷ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 134.

¹⁵³⁸ Por ejemplo, Sent. CA EW 2 marzo 2001 *Print Concept GmbH v G.E.W. (EC) Ltd.* [2001] EWCA Civ 352 (CA), [2001] *All ER* (D), 29 (Mar). En este caso, el distribuidor en exclusiva para Alemania, Suiza y Austria de un sistema de secado por aire frío provisto por una empresa inglesa demanda ante los tribunales ingleses. Ante la inexistencia de pacto de elección, éstos determinan que la Ley aplicable es la inglesa: “*As it seems to me, the "real meat" of the arrangement of that date, (...) was the supply of the products rather than the penetration of the German market*” (FJ 35).

¹⁵³⁹ Fuera del marco del Convenio de Roma, los tribunales suizos, se decantaron por una determinación de la Ley aplicable “caso por caso”, estudiando si el contrato se aproximaba más a la agencia, o más a la compraventa, y aplicando en el primero de los casos la Ley del país en que actuaba el agente y en el segundo, la Ley del establecimiento del comprador, creando así la distinción entre “*tight agreements*” y “*loose agreements*”. Ver Sents. BG 12 febrero 1952, *Chevalley v. Genimportex, IPrax*, 1952, p. 674 y Sent. BG 3 agosto 1962, *Fadyco Handels v. Seybert & Rahier, BGE*, 88, II, p. 474. O. LANDO, “Contracts”, *cit.*, p. 137.

¹⁵⁴⁰ STJUE 6 octubre 2009, *Intercontainer*, *cit.*, sobre el contrato de fletamento; STJUE 23 octubre 2014, as. C-305/13, *Haeger & Schmidt GmbH v. Mutuelles du Mans assurances IARD y otros*, ECLI:EU:C:2014:2320, sobre el contrato de comisión de transporte y el contrato de transporte de mercancías.

contratos de distribución y de franquicia fueron el objeto de estudio típico para el análisis de la problemática de la determinación de la prestación característica en caso de contratos complejos, junto con otros contratos como el *factoring* o la cesión de licencia de marca¹⁵⁴¹.

198. Determinación de la prestación característica de forma abstracta. Primera corriente: el contrato de franquicia no tiene prestación característica. En relación a los contratos de franquicia, existían dos corrientes doctrinales. Una de ellas defendía que la "prestación característica" presentaba un alcance limitado, puesto que sólo sería operativa en relación con los contratos que implican un intercambio de *cosas o servicios* por *dinero*. Para esta corriente, quedarían fuera de esta norma los contratos de naturaleza mixta, atípica o compleja, y entre ellos, los contratos de franquicia¹⁵⁴².

199. Según estos autores, el contrato de franquicia no tiene prestación característica por no corresponder al esquema de intercambio de cosas o servicios por dinero. Aunque es cierto que en estos contratos el franquiciado se obliga a pagar una retribución, también lo es que éste se compromete a realizar alguna actividad o a entregar alguna cosa, de la misma forma que el franquiciador, de manera que buscar una prestación característica en estos casos sería "inadecuado e imposible"¹⁵⁴³. En otras palabras, conforme a estos autores en el contrato internacional de franquicia ambas partes realizan actividades: (i) el franquiciador cede al franquiciado el uso de sus signos distintivos y de su *know-how*, y le suministra productos o materias primas, formación y asistencia técnica, publicita los productos distribuidos, respecta los pactos de exclusiva que le haya podido conceder, controla el cumplimiento de las técnicas comerciales por parte del franquiciado, y se obliga en definitiva a mantener el prestigio del negocio franquiciado; y (ii) el franquiciado, además de pagar el canon de entrada y los *royalties*, comercializa los bienes o servicios del franquiciador, se obliga a utilizar los signos distintivos y las técnicas comerciales del franquiciador, mantiene un *stock* mínimo de

¹⁵⁴¹ Así lo hicieron H. GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau...", *cit.*, p. 249; U. VILLANI, "Aspetti...", *cit.*, p. 529; G. KAUFMANN-KOHLER, *op. cit.*, p. 217; P. KAYE, *The new private international law of contract of the European community*, Dartmouth Pub Co., Sidney, 1993, pp. 191-192; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La lucha...", *cit.*, p. 355.

¹⁵⁴² Ver en este sentido B. ANCEL, "La loi...", *cit.*, p. 85 para el que el contrato de franquicia: "*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 coordonnent strictement à celles du franchiseur et inversement...*". En el mismo sentido, J. CARRASCOSA GONZALEZ, "La lucha...", *cit.*, pp. 349-370; L.F. CARRILLO POZO, *El contrato...*, *cit.*, p. 197; C.H. THOMAS-CHODKIEWICZ / A. RONZANO, *op. cit.*, p. 311; V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, Paris, 1989, p. 312; C. PELLISE DE URQUIZA, *op. cit.*, p. 200-203; A. KASSIS, *op. cit.*, p. 295 y p. 302; D. FERRIER, "La franchise...", *cit.*, pp. 625-662; T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 3ª ed., 1999, p. 612; U. VILLANI, "Aspetti...", *cit.*, p. 529; P. DE MIGUEL ASENSIO, "Franquicia", en J.C. FERNANDEZ ROZAS (ED.), *Derecho del comercio internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, p. 336; A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, Ipsoa Informatica, Milano, 1986, pp. 289-290; M. MAGAGNI, *op. cit.*, p. 340; G. PLASSMEIER, *op. cit.*, p. 118; H. SCHLEMMER, "Kollisions-und sachrechtliche Fragen bei Franchising", *IPrax*, 1988, pp. 252-253; M. REIF, *op. cit.*, pp. 30-34; H. KENFACK, *La franchise...*, *cit.*, p. 419.

¹⁵⁴³ A. KASSIS, *op. cit.*, p. 295.

mercancías, sigue las instrucciones del franquiciador, respeta la exclusiva de venta y promoción únicamente de los productos del franquiciador, y le proporciona información sobre la evolución del mercado local¹⁵⁴⁴. Ante esta circunstancia, no habría ningún motivo para inclinarse por “el conjunto de prestaciones” del franquiciador, o el “conjunto de prestaciones” del franquiciado. Para esta corriente doctrinal, por lo tanto, el art. 4.2 CR no debía operar en relación con los contratos de franquicia.

200. Si el 4.2 CR no podía determinar la Ley aplicable a los contratos de franquicia en defecto de pacto entre las partes, esta tendría entonces que ser determinada por el art. 4.1 CR. De acuerdo con éste, se aplicaría la Ley del país con el que el contrato tuviera los “vínculos más estrechos”. Esta postura implicaba una determinación casuística de la Ley aplicable a los contratos de franquicia, de manera que ésta dependía del caso concreto, lo que implicaba un “*test*” de los contactos del contrato con los distintos países con que tuviera relación que no favorecía a la seguridad jurídica. Si bien esta posición recibió un considerable apoyo doctrinal (D. FERRIER, T. BALLARINO / A. BONOMI, A. KASSIS, U. VILLANI, P. DE MIGUEL ASENSIO, A. FRIGNANI, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, H. KENFACK) no fue acogida por la jurisprudencia de los Estados miembros.

201. Determinación de la prestación característica de forma abstracta. Segunda corriente: el contrato de franquicia sí tiene prestación característica. La otra corriente doctrinal partía de que efectivamente existía una prestación característica para los contratos de franquicia¹⁵⁴⁵. Esta corriente se basaba en algunas decisiones del TJUE, que en sede de competencia judicial internacional, al aplicar el método analítico distributivo indicaban que para aquellos contratos en que no existía un simple intercambio de cosa o servicio por dinero, había que buscar “el centro de gravedad” del contrato, lo que se tradujo en la expresión “obligación más onerosa”. En desarrollo de la misma, el resto de la doctrina y la jurisprudencia de distintos Estados se posicionaron de uno u otro lado en relación a los contratos de franquicia, de forma que defendían que la prestación característica era, bien la del franquiciador, bien la del franquiciado:

202. Determinación de la prestación característica de forma abstracta. Segunda corriente: el contrato de franquicia sí tiene prestación característica. Primera opción. La prestación característica es la del franquiciado. La primera opción era la de considerar que la prestación característica de los contratos de franquicia era alguna de las prestaciones efectuadas por el franquiciado, o todas éstas en su conjunto, encabezadas por la comercialización en el mercado de destino de los bienes y servicios del franquiciador. Esta sería la prestación de la que depende el éxito económico del contrato para ambos contratantes y por lo tanto su prestación característica¹⁵⁴⁶.

¹⁵⁴⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha...”, *cit.*, p. 369.

¹⁵⁴⁵ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 73.

¹⁵⁴⁶ R. BALDI, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, Milano, 1992, p. 501; G. MODIANO, “International Patent Licensing agreement and conflict of laws”, *Nw. J. Int. L. Bus.*, 1980, pp. 11-27, esp. p. 23-27; D. MARTINY, *Münchener Commentar*, tomo VII, 1989, n. 161; M. DIENER, *Les contrats internationaux de propriété industrielle*, Litec, Paris, 1986, pp. 305-307; A. S. KONIGSBERG, *op.*

Conforme a ello, la Ley aplicable a los contratos de franquicia en defecto de elección era, según el art. 4.2 CR, la Ley del país en que se encontraba situada la sede de la empresa franquiciada.

203. Con esta postura, se “asimilaba” la franquicia a un contrato de distribución, poniéndose el acento sobre su carácter de contrato de colaboración comercial¹⁵⁴⁷. En efecto, en los contratos de distribución, la posición mayoritaria era la de considerar que el prestador característico era el distribuidor, pues era también este el que realizaba la “obligación de promoción y reventa de los productos objeto del contrato, sin la que no existiría el contrato de distribución¹⁵⁴⁸. Esta postura también se presentó como la más correcta para los contratos de cesión de derechos incorporeales, si en los mismos el cesionario se obligaba a registrar los derechos cedidos, mantenerlos, protegerlos y explotarlos mediante la producción y el uso¹⁵⁴⁹.

204. Dada esta analogía, se pueden reproducir y considerar como aplicables a la franquicia los argumentos utilizados por esta corriente doctrinal a favor de que el distribuidor fuera el prestador característico. Estos argumentos eran tanto “materiales” como “conflictuales”¹⁵⁵⁰. En cuanto a los argumentos materiales, es decir, referidos al contenido y estructura del contrato, se defendía que la totalidad de prestaciones incluidas en el contrato se encontraban orientadas a una prestación principal, la de comercialización de los bienes y servicios, sin la cual no existiría el contrato¹⁵⁵¹. Esta

cit., pp. 273-274; M. ABELL, *European Franchising. law and practice in the european community*, Waterlow, Londres, 1991, p. 194; C. BAUDENBACHER, “Die Behaltung des Franchisevertrages im Schweizer Recht”, en E.A. KRAMER, *Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising*, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Paul Haupt, Berna, 1985, pp. 205-230, p. 228; T. EBENROTH, “Kollisionsrechtliche Anknüpfung der Vertragsverhältnisse von Handelsvertretern, Kommissionsagenten, Vertragshändlern und Handelsmaklern”, *RIW*, 1984, pp. 165-170, p. 163; CH. WILDHABER, *op. cit.*, p. 259.

¹⁵⁴⁷ R. BALDI, *El Derecho...*, *cit.*, pp. 188-191. En contra de esta asimilación, P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 134 y F. VISCHER / L. HUBER / D. OSER, *op. cit.*, p. 307, que argumentan que el objeto del contrato de distribución, incluido el de concesión, es la venta de los productos por el distribuidor, mientras que en la franquicia se trata sobre todo de la transmisión de un concepto comercial.

¹⁵⁴⁸ P. KAYE, *op. cit.*, p. 183; P. CRAHAY, *Les contrats...*, *cit.*, p. 20; en un comienzo se manifestó también en este sentido P. LAGARDE, “Le nouveau...”, *cit.*, p. 287; ID., “La loi applicable au contrat de distribution commercial” en N. LACASSE / L. PERRET / J.E. DENIS, *op. cit.*, pp. 87-105, si bien más tarde cambió de opinión y se decantó por la prestación del empresario principal; A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, Ipsoa Informatica, Milano, 1986, p. 269; J. HERNÁNDEZ MARTÍ, “Contratos de cooperación y distribución” en S. BARONA VILAR / C. ESPLUGUES MOTA / J. HERNÁNDEZ MARTÍ, *Contratación internacional (Doctrina, jurisprudencia, formularios y legislación)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 711-822, p. 793; R. BALDI, “La legge applicabile ai contratti di distribuzione e la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *Foro Pad.*, n. II, 1987, pp. 25-30, esp. p. 25; O. LANDO, “Contracts”, *cit.*, p. 137; K. LIPSTEIN, “Characteristic performance: a new concept in the conflict of laws in matters of contract for the EEC”, *New J. Int. L. Bus.*, 1981, pp. 402-414, esp. p. 407; C. VERBRAEKEN, “La loi...”, *cit.*, p. 559; C. PELLISÉ DE URQUIZA, *op. cit.*, p. 193-197; M.A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “Los contratos...”, *it.*, p. 1352; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 75.

¹⁵⁴⁹ O. LANDO, “Contracts”, *cit.*, p. 142.

¹⁵⁵⁰ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 78.

¹⁵⁵¹ M.A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “Los contratos...”, *cit.*, p. 1352.

prestación principal es la más “activa” del contrato, la prestación de hacer (supone realizar campañas de publicidad a nivel local, mantener un *stock* suficiente de productos, comprar las mercancías y revender dichos productos) frente a una prestación de la otra parte que tendría más que ver con “permitir que el otro haga” (cesión de derechos incorporeales y de *know-how*, considerándose como accesorias las prestaciones de publicitación de la marca a nivel de la red, de control, de facilitar la formación y asistencia técnica)¹⁵⁵².

205. En cuanto a los argumentos “conflictuales”, es decir, contruidos desde una lógica de Dopr., se defendía que considerar como prestación característica la del distribuidor o franquiciado (i) simplificaba el tratamiento de la cuestión; (ii) constituía una conexión previsible para ambas partes contratantes; (iii) si el distribuidor realizaba su actividad en varios Estados, este criterio proporcionaba una unidad legislativa (iv) coincidía en la mayoría de las ocasiones con la Ley del lugar en que se explotaba el negocio y en este sentido contribuía a una aplicación a la totalidad de la relación de la misma Ley (pues también se aplicarían las normas internacionalmente imperativas de ese Estado)¹⁵⁵³.

206. Esta corriente fue defendida por la doctrina alemana¹⁵⁵⁴ (F. VISCHER, R. GRAUPNER, E. RABEL, F. STURM) pero también por la parte “disidente” de la doctrina francesa (M.-E. ANCEL, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, H. KENFACK)¹⁵⁵⁵. La jurisprudencia de Alemania, Bélgica e Italia se posicionó en este sentido, tanto antes como después de la entrada en vigor del Convenio de Roma, en relación con los contratos de distribución¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁵² M.A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “Los contratos...”, *cit.*, p. 1353.

¹⁵⁵³ Sobre la concesión, P. CRAHAY, *Les contrats...*, *cit.*; C. REITHMANN/D. MARTINY, *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Otto Schmidt, Köln, 2004, pfo. 2052.

¹⁵⁵⁴ F. VISCHER, *Internationales Privatrecht*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1971, p. 676. Esta idea era también defendida por otros autores: R. GRAUPNER, “Sole distributorship agreements. A comparative view”, *ICLQ*, n. 18, 1969, pp. 879- 895, esp. pp. 894-895; E. RABEL, *The Conflict of Laws: A comparative study*, vol. III, Ann Arbor, Chicago, 1964, pp. 202-20; F. STURM, “Der Eigenhändler im Aussenprivatrecht: Rechtswissenschaft und Gesetzgebung”, en K. MÜLLER / H. SOELL (coords.), *Festschrift Wahl*, Univ. Heidelberg, Heidelberg, 1973, pp. 207-239, esp. p. 232.

¹⁵⁵⁵ M.-E. ANCEL, “Les contrats...”, *cit.*, n. 3; B. ANCEL / Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, Paris, 2006, p. 304; H. KENFACK, “Rome I...”, *cit.*, pp. 127-128; P. MAYER / V. HEUZE, *Droit...*, *cit.*, n. 726.

¹⁵⁵⁶ En un comienzo, la jurisprudencia francesa, que posteriormente cambió de opinión: Sent. Cour App. Paris (5eme Ch.) 20 abril 1972, *JCP*, vol. IV, 1972, p. 228, contrato de concesión al que se aplica Derecho francés; Sent. Cour App. Versailles (12eme Ch.) 21 mayo 1986, *D.*, 1986, p. 308, contrato de concesión al que se aplica Derecho australiano. Es también la postura que se seguía en Bélgica, si bien la jurisprudencia es muy pobre, por considerarse en dicha jurisdicción que los contratos de franquicia y de distribución están sometidos a leyes de policía: Sent. Cour App. Bruxelles 26 mayo 1970, *Jour. Trib.*, 1970, p. 532, nota DE G. BRICMONT; contrato de distribución al que se aplica la Ley belga; Sent. Trib. Com. Bruxelles 20 diciembre 1991, *Rev. dr. com. Belge*, 1992, p. 919, también contrato de concesión. En Italia la jurisprudencia también se inclinó por la prestación de la distribución: Sent. Corte Cass. It. 16 mayo 1984, *Riv. Dir. Int. priv. proc.*, 1985, p. 590, sobre contrato en que la distribución se tenía que llevar a cabo en Beirut, y al que se aplica la Ley libanesa; lo mismo ocurre en Alemania, donde en un principio la jurisprudencia se mostró dubitativa pero que terminó inclinándose por la prestación relacionada con la distribución: Sent. OLG Wuppertal 2 octubre 1962, *IPrax*, n.63, 1962, p. 42; Sent.

También la jurisprudencia danesa y noruega¹⁵⁵⁷. En este posicionamiento un sector crítico de la doctrina vio intereses políticos por parte de los Estados europeos, al ser la mayoría de los Estados que defendían esta opción “importadores” de productos extranjeros, y por lo tanto distribuidores y franquiciados, más que fabricantes, de forma que al seleccionar como aplicable la Ley del distribuidor estaban beneficiando en definitiva a la parte del contrato de su nacionalidad¹⁵⁵⁸. Ésta fue también la postura preferida por la práctica arbitral internacional a la hora de interpretar el Convenio de Roma¹⁵⁵⁹.

207. Determinación de la prestación característica de forma abstracta. Segunda corriente: el contrato de franquicia sí tiene prestación característica. Segunda opción. La prestación característica es la del franquiciador. Por otro lado, hubo autores que señalaron que la prestación característica de los contratos de franquicia era la del franquiciador. Esta postura otorgaba más peso a la cesión de derechos incorporeales, a ese *know-how* que supone el éxito de la fórmula de negocio que a la labor comercializadora del franquiciado¹⁵⁶⁰.

OLG Düsseldorf, 4 junio 1993 y 11 julio 1996, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1996, p. 958; Sent. OLG Hamm, 5 noviembre 1997 y Sent. OLG Stuttgart, 7 août 1998. Esta fue también la postura seguida en Suiza, de donde el Convenio de Roma tomó la noción de prestación característica: Sent. Trib. Federal Suiza 10 diciembre 1974, *BGE*, n. 100, 1974, p. 450, postura apoyada también por la doctrina suiza una vez promulgada la Ley suiza de Derecho internacional privado de 18 diciembre 1987, ver por ejemplo, P.A. KARRER / K.W. ARNOLD / P.M. PATOCHI, *Switzerland's Private international law*, Kluwer, Zurich, 1998, p. 111.

¹⁵⁵⁷ O. LANDO, “Contracts”, *cit.*, p. 138.

¹⁵⁵⁸ Respecto a Bélgica, C. PELLISÉ DE URQUIZA, *op. cit.*, p. 196. También J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha...”, *cit.*, p. 369.

¹⁵⁵⁹ Laudo CCI n. 12193 (2004), en *Recueil Sentences Arbitrales CCI*, 1996-2000, pp. 783-796; Laudo CCI n. 7319 (1992), *Recueil Sentences Arbitrales CCI*, 2001-2002, p. 300, ambas sobre contratos de distribución. También es la solución de la CCI cuando aplica el método directo, es decir, cuando determina directamente la Ley aplicable a los contratos de distribución internacionales, Laudo ICC n. 6500 (1992), *JDI*, 1992, p. 1015 (sobre un contrato de agencia comercial).

¹⁵⁶⁰ J.-B. DEVADE, *Le franchisage international*, Tesis doctoral, Université Paris I, 1985, p. 302; H. FORKEL, « Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen », *ZHR*, 1989, pp. 511-538; K. HIESTAND, « Die international-rechtliche Beurteilung von Franchiseverträgen ohne Rechtswahlklausel », *RIW*, 1993, pp. 173-179; P. JESTAZ, “L’obligation et la sanction: à la recherche de l’obligation fondamentale », en VV.AA., *Mélanges en honneur de P. Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, pp. 273-297, p. 273; J.M. DELEUZE, “La commercialization du savoir-faire non breveté », *J.-Cl. Brevet*, n. 450, 1984, p. 7; A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, Ipsoa Informatica, Milano, 1986, pp. 291-292; M.A. DOMINGUEZ GARCIA, “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, *RDM*, n. 177, 1985, pp. 419-485, p. 428; C.M. SCHMITTHOFF, *Export Trade*, Stevens, Londres, 1990, p. 262; M. WILLEMART / S. WILLEMART, *La concession de vente et l’agence commerciale*, Larcier, Bruxelles, 1995, p. 13; J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Litec, Paris, 1984, p. 35; J. MASEDA RODRIGUEZ, *op.cit.*, p. 98; M. BEHAR-TOUCHAIS / G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 404. Respecto a los contratos de distribución, esta opción tenía el apoyo doctrinal de P. LAGARDE, nota a la Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 15 mayo 2001, *Optelec vs. soc. Midtronics BV, RCDIP*, 2001, pp. 86-93, párrafo 4 y M. BÉHAR-TOUCHAIS, *op. cit.*, n. 92; P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 63; F. VISCHER / L. HUBER / D. OSER, *op. cit.*, pp. 307-308; C. VON BAR, *Internationales Privatrecht*, vol. II, Beck, Munich, 1991, p. 369; D. BERLIN, *op. cit.*, párr. 89.

208. Estos autores ponían el acento en que la transmisión de esta fórmula de negocio es lo que diferencia a la franquicia de otros contratos de distribución, lo que se traducía en un mayor grado de integración del franquiciado respecto a otros distribuidores¹⁵⁶¹. La comunicación del *know-how* sería el elemento que daría su sello a al red y aseguraría su cohesión, su originalidad y su desarrollo, el elemento preponderante sin el cual el juez no podría calificarlo como tal, y en consecuencia, su prestación característica¹⁵⁶². Según estos autores, en la franquicia pesa más el aspecto de organización de la red por el franquiciador que su carácter de contrato de colaboración en la distribución de bienes y servicios¹⁵⁶³. Además, esta opción venía de entender que en la franquicia la prestación dineraria, el precio lo pagaba el franquiciado (derecho de entrada y regalías), por lo que la prestación opuesta al precio, y por lo tanto la prestación característica, era la del franquiciador¹⁵⁶⁴. Solo después de ese primer momento, se desarrollaban las demás prestaciones del contrato, incluida la comercialización de los productos. Por otra parte, otros de los autores que defendieron esta postura lo hicieron basándose en un análisis global de la relación de franquicia, en el que incluían también la posible relación de suministro entre las partes. Para éstos, esta prestación de entrega de productos por parte del franquiciador pesaba más que la posible penetración en el mercado local por parte del franquiciado, por lo que se inclinaban también por considerar que la prestación característica era la del franquiciador¹⁵⁶⁵.

209. Por ello, conforme a esta corriente, en la medida en que avanzaba la integración a la empresa en las formas de distribución, más difícil era inclinarse por la prestación de la parte contractual que realizaba las labores de promoción de venta de los productos (muy claro respecto al agente, menos claro respecto a los distribuidores selectivos y en exclusiva, muchas dudas respecto a la concesión, y totalmente descartado en la franquicia)¹⁵⁶⁶. Si en el contrato de agencia el principio de la prestación

¹⁵⁶¹ T. ORTUÑO BAEZA, *op. cit.*, p. 1529; J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ, *op. cit.*, p. 49; F. CASA / M. CASABÓ, *La franquicia (franchising)*, Barcelona, 1989, p. 19; C. BERTI, “Franchising e concessione di vendita: diritti dei terzi”, *Contratti*, n. 1-1996, pp. 52-57, citados por J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 84; P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 134 y F. VISCHER / L. HUBER / D. OSER, *op. cit.*, p. 307, que argumentan que el objeto del contrato de distribución, incluido el de concesión, es la venta de los productos por el distribuidor, mientras que en la franquicia se trata sobre todo de la transmisión de un concepto comercial.

¹⁵⁶² J.-B. DEVADE, *op. cit.*, p. 302.

¹⁵⁶³ Sobre este aspecto inciden especialmente M. BEHAR-TOUCHAIS / G. VIRASSAMY, *op. cit.*, p. 404.

¹⁵⁶⁴ J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, *cit.*, p. 105 (intervención de J.-P. BETCH).

¹⁵⁶⁵ H. VAN HOUTTE, *The Law of International Trade*, Sweet & Maxwell, Londres, 1995, p. 173; P. LAGARDE, “Le nouveau...”, *cit.*, p. 309; J. TORO, *op. cit.*, p. 928; A.-C. VAN GYSEL / J. INGBER, “A la recherche de la prestation caractéristique”, *Rev. Dr. ULB*, 1994, pp. 69-70, p. 81; D. FERRIER, “La franchise...”, *cit.*, p. 649. Ver al respecto D. SEYSEN-GUÉRIN, *Le contrat de distribution international*, Tesis Doctoral, Université Paris XI, 2001, p. 135, nota 197.

¹⁵⁶⁶ En Francia, el país donde jurisprudencialmente más se defendió esta tesis, las jurisdicciones de fondo no tuvieron problema en admitir que el agente era el prestador característico en los contratos de agencia, e incluso que el distribuidor lo era en los contratos de distribución selectiva. Ver Sent. Cour App. Paris 30 septiembre 2004, *RTD. Com.*, 2005, p. 188, nota de P. DELEBECQUE. Las dudas comenzaban con la distribución en exclusiva, y se acentuaban con el contrato de concesión y de franquicia.

característica sí que conducía unívocamente a la actividad del agente, éste ya comenzaba a fallar en relación con la distribución y la concesión de venta, y resultaba totalmente disfuncional para la franquicia, en que las prestaciones del franquiciador (licencia de los bienes incorporeales, transferencia del *know-how*, asistencia continua...) cobraban mucha importancia¹⁵⁶⁷. Para ellos, en la franquicia existe un grado de integración “casi absoluto”, que se fundamenta en la transmisión del *know-how* de franquiciador a franquiciado, de forma que ésta es la “nota diferenciadora” de la franquicia, y por lo tanto su prestación característica¹⁵⁶⁸.

210. A favor de esta opción, además de los argumentos materiales ya expuestos, basados en el peso de las prestaciones en el contrato, la doctrina utilizaba también argumentos “conflictuales”: (i) se facilitaba la aplicación de la Ley más próxima con el contrato; (ii) se aseguraba la homogeneidad de la totalidad de las redes de una franquicia internacional, pues el sometimiento del contrato a diversas Leyes aplicables, sobre todo de lo relativo al *know-how*, podía poner en peligro el desarrollo uniforme de toda la red¹⁵⁶⁹; (iii) aseguraba la unidad legislativa creada entre todas las relaciones del contrato (las derivadas del contrato marco y las derivadas de las ventas)¹⁵⁷⁰ y (iv) era la opción más coherente con la definición europea de franquicia proporcionada en el Reglamento de exención de 1988¹⁵⁷¹, que según esta corriente parecía privilegiar las obligaciones del franquiciador a cambio de una remuneración¹⁵⁷².

211. Esta postura fue encabezada por la doctrina francesa (F. RIGAUX)¹⁵⁷³. En cuanto a la jurisprudencia europea, fue la postura asumida por los tribunales franceses en relación a los contratos de distribución¹⁵⁷⁴. En un primer tiempo, se estimó que la

¹⁵⁶⁷ A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, Ipsoa Informatica, Milano, 1986, pp. 291-292: “*Infine non ci sembra al di sopra di ogni ragionevole dubbio d'assimilazione del contratto di franchising al contratto di concessione di vendita per quanto concerne l'individuabilità della prestazione caratteristica: infatti se anche fosse vero che essa, nella concessione di vendita, è da ravvisarsi nell'attività svolta dal concessionario, la stessa conclusione non potrebbe de plano applicarsi al franchising proprio per l'essenzialità che, in quest'ultimo tipo contrattuale, assumono le prestazioni del franchisor nei confronti del franchisee*”.

¹⁵⁶⁸ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 98.

¹⁵⁶⁹ D. FERRIER, “La franchise...”, *cit.*, p. 649; F. VISCHER / L. HUBER / D. OSER, *op. cit.*, p. 308, que deducen de estos argumentos que la prestación característica del contrato de franquicia es la del franquiciador.

¹⁵⁷⁰ Nota de P. LAGARDE a la Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 15 mayo 2001, *Optelec vs. soc. Midtronics BV*, *RCDIP*, 2001, pp. 86-93, párrafo 4; M. BÉHAR-TOUCHAIS, *op. cit.*, n. 92.

¹⁵⁷¹ Reglamento (CEE) n° 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia; DO L 359 de 28.12.1988, pp. 46-52.

¹⁵⁷² D. BERLIN, *op. cit.*, párr. 89.

¹⁵⁷³ F. RIGAUX, *Droit international privé, Tome II : Droit positif*, Larcier, Bruselas, 1977, p. 120.

¹⁵⁷⁴ Sent. Cour. App. Versailles 6 febrero 1991; *Rev. crit. DIP.*, 1991, nota P. LAGARDE, pp. 745 y ss.; *JDI*, 1991, nota J. FOYER, pp. 125 y ss; *D.*, 1992, nota J.-P. MONDOLONI, pp. 174 y ss.; Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 15 mayo 2001, *Optelec vs. soc. Midtronics BV*, *RCDIP*, 2001, pp. 86-93, nota de P. LAGARDE; *JDI*, 2001, p. 1123, nota de A. HUET; *D.*, 2002, p. 198 nota C. DILOY y p. 1397, nota B. AUDIT; *JCP G.*,

prestación característica de estos contratos era la obligación de provisión de los bienes al distribuidor, si bien rápidamente la jurisprudencia cambió de opinión¹⁵⁷⁵. En cuanto a la franquicia no se han localizado decisiones de los tribunales estatales¹⁵⁷⁶.

212. Esta postura recibió importantes críticas. Respecto del criterio de la provisión de los productos, se señaló que no era convincente, pues se trata de una prestación únicamente relativa a las ventas que pueden tener lugar en el marco del contrato y no a la totalidad de la relación. Respecto de la importancia de la exclusividad que el franquiciador otorga al franquiciado, su mayor crítica fue que únicamente podía encajar en los contratos en que existía tal pacto de exclusiva¹⁵⁷⁷. Además, se puso de manifiesto que este posicionamiento de los Tribunales franceses tampoco parecía estar basado únicamente en criterios jurídicos, sino también políticos y económicos, pues Francia era país de productores, de forma que los tribunales franceses, al determinar que la Ley aplicable a los contratos de distribución era la Ley de la residencia habitual del productor estaba beneficiando a sus propios nacionales¹⁵⁷⁸. Respecto del peso del saber hacer como elemento caracterizador de la franquicia, también fue duramente criticado: esta opción suponía ignorar todos los demás elementos caracterizadores de la franquicia, como su finalidad distributiva, la asistencia al franquiciado, o la transmisión de derechos incorporeales, se basaba en una analogía de la franquicia con el contrato de licencia de *know-how*, o de transferencia de tecnología, de los que debe distinguirse¹⁵⁷⁹. Además, se puso de manifiesto que no es cierto que el Reglamento del 88 otorgue privilegio a las obligaciones del franquiciador frente a las del franquiciado, pues tiene

2001, n. II, p. 10634, nota J. RAYNARD; *Rev. Lamy dr. aff.*, n. 2898, febrero 2002, p. 5, nota de H. KENFACK.; Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 25 noviembre 2003, *Soc. Ammann-Yanmar vs. Soc. Zwaans BVA, RCDIP*, 2004, pp. 102-105, nota de P. LAGARDE; *JDI*, 2004, p. 1179, nota de M.E. ANCEL, *D.*, 2004, p. 494, nota de H. KENFACK.; *JCP G.*, 2004, vol. II, p. 10046, nota de J. RAYNARD, *RDC*, 2004, p. 770, nota de D. BUREAU; Sent. Cour Cass. Comm. 16 diciembre 2006, n.05-19.723, *Rev. crit. DIP.*, 2007, 1er esp., nota P. LAGARDE, pp. 592 y ss.; *D.*, 2007, Pan. 1755, obs. P. COURBE / F. JAULT-SESEKE; *D.* 2007, Pan. 2566, obs. L. D'AVOUT / S. BOLLÉE; *D.*, 2008, Pan. 1246, obs. H. KENFACK; *RDC*, 2007, nota P. DEUMIER, pp. 467 y ss.; Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 19 octubre 2010, n. 09-69.246; *JDI*, 2011, nota C. BRIÈRE, pp. 943 y ss.; *D.*, 2011, Pan. 1377, obs. F. JAULT-SESEKE; *D.* 2011, Pan. 2437, obs. S. BOLLÉE; Sent. Cour Cass. Comm. 27 abril 2011, 09-72.304; *D.* 2011, pan. 2438, obs. S. BOLLEÉ.

¹⁵⁷⁵ Sobre la evolución de la jurisprudencia francesa, M.-E. ANCEL, “Les contrats...”, *cit.*, p. 561 y D. SINDRES, *op. cit.*, p. 866.

¹⁵⁷⁶ Una decisión arbitral que defiende esta tesis es el Laudo CCI n. 4996, *JDI*, 1986, p. 1132.

¹⁵⁷⁷ M.-E. ANCEL, “Les contrats...”, *cit.*, n. 3; B. ANCEL / Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, Paris, 2006, p. 304 ; nota de T. AZZI a la Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 23 enero 2007, n. 05-12.166, *Waeco International GMBH v. Cardon, JCP* 2007, II, p. 10074; ID., « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du Règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2169 ; nota de S. BOLLEE a la prec. Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 23 enero 2007, *D.* 2007, Pan., pp. 2571 y ss., p. 2572; D. SINDRES, *op. cit.*, p. 867.

¹⁵⁷⁸ Como indica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha...”, *cit.*, p. 368, esto tampoco es casualidad. Francia es, hoy día, país de concedentes y fabricantes que exportan sus productos y/o servicios al extranjero a través de una red de distribuidores radicados en otros países.

¹⁵⁷⁹ H. KENFACK, *La franchise...*, *cit.*, p. 418.

igualmente presente la obligación de comercialización de los bienes o servicios además del pago de los cánones y royalties por el franquiciado¹⁵⁸⁰.

213. La determinación de la Ley aplicable en el Convenio de Roma 1980. Conclusiones. Este breve repaso a las distintas posturas jurisprudenciales y doctrinales ha puesto de manifiesto que el método utilizado por el Convenio de Roma no permitía resolver satisfactoriamente la cuestión de la determinación de la Ley aplicable a los contratos de franquicia, lo que repercutía seriamente en la seguridad jurídica de los contratantes y en la previsibilidad de la Ley aplicable.

1.2. La solución del Reglamento Roma I: determinación directa de la Ley aplicable

214. La solución del art. 4.1 RR-I. Cuestiones generales. Ante los problemas que suscitaba la aplicación a algunos contratos de la teoría de la prestación característica, el Reglamento Roma I modificó el sistema del Convenio de Roma para determinar la Ley aplicable a falta de elección¹⁵⁸¹. Este instrumento estableció en el art. 4.1 RR-I una lista de ocho tipos de contratos para los que se designa directamente la Ley aplicable, entre los que incluyó a los contratos de franquicia, señalando como Ley aplicable la de la residencia habitual del franquiciado (art. 4.1.e RR-I). De esta forma, el Reglamento ha introducido una forma mucho más sencilla que la de su antecesor, convirtiéndose su aplicación en un ejercicio prácticamente automático: basta con localizar la residencia habitual del franquiciado para saber qué Ley es la aplicable al contrato de franquicia.

215. Con este cambio, el Reglamento Roma I intentó contrarrestar los puntos de conexión “flexibles” que el Convenio de Roma tenía para determinar la Ley aplicable al contrato y que como se ha visto no fueron bien utilizados por los jueces de los Estados miembros¹⁵⁸². Se sustituyó el método anterior de la “valoración-decisión” por el de la “calificación-subsunción”¹⁵⁸³. En este sentido, el art. 4.1 RR-I intenta dar certeza a las partes, disminuir los costes de intercambio y fomentar el comercio internacional. Se fomenta así la “uniformidad”, pues contratos con igual función participan de un igual destino en Dpr¹⁵⁸⁴.

216. El Reglamento Roma I sigue no obstante manteniendo en su art. 4.4 el punto de conexión de los “vínculos más estrechos”, para los contratos que (i) concurren en

¹⁵⁸⁰ H. KENFACK, *La franchise...*, cit., p. 419.

¹⁵⁸¹ Aún así se ha de recordar, junto con A. DUTTA, *op. cit.*, p. 947, que este Reglamento únicamente se aplicará a los contratos celebrados tras el 17 de diciembre de 2009. Se puede esperar por lo tanto que un número importante de las controversias que puedan surgir en los próximos años aún sean resueltas conforme a la intrincada fórmula del art. 4.2 CR.

¹⁵⁸² M. VIRGÓS SORIANO, “Los vínculos...”, cit., p. 5290.

¹⁵⁸³ *Ibid.*, p. 5296.

¹⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 5298.

más de una de las letras del art. 4.1 RR-I; o (ii) no tienen encaje en ninguna de esas letras y no tienen una prestación característica, por lo que no pueden encajar en el art. 4.2 RR-I. Se incluye también un nuevo punto de conexión, que es el de los “vínculos manifiestamente más estrechos”, que es aplicable tanto a los contratos subsumibles en los apartados 1 y 2 del art. 4 RR-I, de forma que, “*si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país*” (art. 4.3 RR-I).

217. Los puntos de conexión del art. 4.1 RR-I deberían ser por lo tanto “objetivaciones” por escrito de los vínculos más estrechos, “índices de concreción” de la regla de los vínculos más estrechos, de la conexión que, en un contrato de los de la lista, puede tener más peso y por lo tanto atraer hacia sí el centro de gravedad del contrato. En este sentido, también debería serlo el “lugar de la residencia habitual del prestador característico”, si bien, como se verá más adelante, un sector de la doctrina opina que no lo ha conseguido¹⁵⁸⁵.

218. La “fuerza vinculante” de estos ocho nuevos puntos de conexión recogidos en el art. 4.1 RR-I es fuente de desacuerdo en la doctrina. Para un sector, a pesar de que el Reglamento Roma I ha abandonado toda referencia al concepto de presunción, este listado que el Reglamento Roma I proporciona al juez no es más que una “serie de presunciones”, reglas interpretativas o de orientación, que pueden desactivarse por la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 (si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con la Ley de otro país, se le aplicará la Ley de ese país)¹⁵⁸⁶. En este sentido, serían reglas “fuertes, pero no determinantes”¹⁵⁸⁷. Para otro sector, estos puntos de conexión no serían puntos “presuntivos”, sino que serían puntos de conexión directos y rígidos, que conducen directamente al país cuya Ley es aplicable al contrato, de forma que la excepción del art. 4.3 RR-I se reservaría para casos muy insólitos¹⁵⁸⁸. Como se verá más adelante, esta es la postura más acorde con los objetivos del Reglamento.

219. La solución del art. 4.1 RR-I. Aplicación a los contratos de franquicia. El contrato de franquicia queda incluido en la lista del art. 4.1 RR-I en su letra “e”. Esta letra “e” es una novedad absoluta para el Dopr.. Nunca antes se había dedicado una

¹⁵⁸⁵ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 551 señalan que los puntos de conexión contenidos en los apartados 3 y 4 del art. 4 RR-I no se justifican en la voluntad hipotética de las partes, sino en la proximidad o vinculación “objetiva” entre la operación contractual y el Estado cuya Ley tiene vocación de aplicarse. Otro sector doctrinal señala que el art. 4 RR-I representa esa voluntad hipotética de dos partes medias, típicas, de un determinado contrato, que se hubieran planteado la necesidad de elegir Derecho. Ver M. VIRGÓS SORIANO, “Los vínculos...”, *cit.*, p. 5293.

¹⁵⁸⁶ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit...*, *cit.*, p.557.

¹⁵⁸⁷ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho...*, *cit.*, p. 494.

¹⁵⁸⁸ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 738.

norma de Ley aplicable al contrato de franquicia¹⁵⁸⁹. Se contempla de forma separada al contrato de distribución, que se regula en la letra f) del mismo artículo. De esta forma, se han zanjado las discusiones doctrinales expuestas en relación a la prestación característica de estos contratos. La Ley aplicable a los mismos queda establecida de forma automática: el contrato de franquicia se regirá por la Ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual (art. 4.1.e RR-I).

220. Esta solución implica que, salvo que las partes hayan negociado otra cosa, la Ley que rige por defecto el contrato de franquicia es la Ley del país del franquiciado; ni la Ley del franquiciador, ni la Ley del país en que se encuentra el establecimiento comercial (aunque pueda coincidir con éste, según las reglas de determinación del concepto de “residencia habitual” que se verán posteriormente)¹⁵⁹⁰. Como se verá más adelante, que el legislador europeo se haya decantado por este punto de conexión no significa que se haya alineado con la posición que defendía, estando en vigor el Convenio de Roma 1980, que el franquiciado era el prestador característico del contrato, y que por lo tanto éste debía regirse por la residencia habitual de esta parte contratante. El legislador europeo no ha indicado si los puntos de conexión del art. 4.1 son concreciones del principio de la prestación característica, excepciones al mismo, o si se basan en otros criterios.

221. Ejemplo. Una empresa norteamericana, incorporada en el Estado de Delaware, celebra un contrato de máster franquicia con un franquiciado con residencia habitual en España, para que éste cree una red de franquicias de puestos de perritos calientes en España y Portugal. En principio, las partes pueden elegir libremente la Ley que rige el contrato, de tal modo que nada impedirá la elección del Derecho de Delaware. Sin embargo, en defecto de elección, la Ley aplicable será la Ley española, pues el franquiciado tiene en España su residencia habitual.

2. La calificación del contrato de franquicia

222. La activación del art. 4.1.e RR-I exige en primer lugar una tarea de calificación¹⁵⁹¹. En particular, la doctrina se ha mostrado reticente con la nueva técnica del art. 4.1.e RR-I precisamente por sustituir los problemas de determinación de la prestación característica por problemas de calificación¹⁵⁹². Si bien no son problemas comparables, es cierto que desde que se promulgó la nueva norma se ha cuestionado si

¹⁵⁸⁹ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 85, que considera que la inclusión de esta norma puede deberse a la relevancia que ha alcanzado la figura en el comercio intracomunitario.

¹⁵⁹⁰ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Contratos de distribución...”, *cit.*, p. 232.

¹⁵⁹¹ O. CACHARD, *op. cit.*, p. 51.

¹⁵⁹² R. PLENDER / M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, Sweet & Maxwell, Londres, 2009, p. 183: “the solution adopted by the Regulation in respect of franchise contracts will simply have substituted the problem of characterisation for that of identifying the characteristic performance”. En el mismo sentido, P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 98.

los contratos de franquicia de servicios¹⁵⁹³, los contratos de máster franquicia o los contratos en que se haya concedido la exclusiva al franquiciado han de ser considerados como “contratos de franquicia” a efectos del Reglamento¹⁵⁹⁴.

223. Es preciso recordar que la totalidad del contrato marco de franquicia se va a someter a la misma Ley en defecto de elección por las partes, puesto que el criterio del “contrato” como unidad de determinación de Ley aplicable tiene efectos tanto *ad extra* (es decir, en relación a los contratos conectados con el contrato marco de franquicia) como *ad intra* (es decir, en relación con las obligaciones que forman parte de ese contrato marco de franquicia). En este sentido, el Reglamento Roma I ha modificado la visión del Convenio, para el que el TJUE permitió la posibilidad de determinar de forma separada la Ley aplicable a una “parte autónoma” del contrato¹⁵⁹⁵.

2.1. La interpretación del concepto de “contrato de franquicia”.

224. La operación de calificación de un determinado contrato como “contrato de franquicia” requiere una previa interpretación del significado de este concepto en el Reglamento Roma I¹⁵⁹⁶. Esta interpretación del concepto de “contrato de franquicia” a efectos del art. 4.1.e RR-I resulta muy importante, pues de ella dependerá que muchas de las relaciones que tradicionalmente se consideran como contrato de franquicia o se estudian conjuntamente con éste (por ejemplo, los *area development agreements*, o la *master franchise*) queden sometidos o no a este artículo.

225. Para proceder a dicha interpretación es preciso tener en cuenta que el Reglamento Roma I forma parte del EPIL, un ordenamiento jurídico dotado de sus propias normas, conceptos e instituciones legales. Este Reglamento ha de interpretarse y calificarse, por lo tanto, de acuerdo con los métodos específicos del EPIL¹⁵⁹⁷. Se trata de una forma de proceder nueva y distinta de la que se sigue en el DIPr. de producción interna y que exige olvidarse de lo aprendido, dejar atrás a E. BARTIN, a las calificaciones *lege fori*...¹⁵⁹⁸.

¹⁵⁹³ H. KENFACK, “Le règlement...”, *cit.*, p. 22. Esta cuestión tenía más relevancia en el Convenio de Roma 1980, para los que defendían que la Ley aplicable al contrato de franquicia era la de la residencia habitual del franquiciador, justificándose en la mayor importancia del suministro de bienes que éste realiza al franquiciado. Si la franquicia es de servicios no hay suministro de bienes, de forma que el prestador característico pasaría a ser el franquiciado.

¹⁵⁹⁴ Algunas de estas dudas ya fueron adelantadas por M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Paris, 2002, p. 180.

¹⁵⁹⁵ Sobre la fragmentación *legal* (no producida por la voluntad de las partes) se ha pronunciado recientemente el TJUE en relación al Convenio de Roma en la STJUE 6 octubre 2009, *Intercontainer*, *cit.*

¹⁵⁹⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. I, p. 383.

¹⁵⁹⁷ U. MAGNUS, “Introduction”, *cit.*, p. 30.

¹⁵⁹⁸ P. DE CESARI, *op. cit.*, p. 47, se refiere a este fenómeno como la “originalità del meccanismo di interpretazione” del Derecho de la Unión Europea.

226. Lo primero será determinar si el concepto de “contrato de franquicia” se trata de un concepto autónomo, es decir, propio del Reglamento, o si éste ha de interpretarse por remisión a un Derecho nacional determinado (el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto o el Derecho del que proviene la institución)¹⁵⁹⁹. En relación a esta cuestión, el TJUE ha mostrado una preferencia clara por la solución de los conceptos autónomos, sobre todo cuando se trata de cuestiones directamente reguladas por los Reglamentos, es decir, que éstos desean unificar o precisar para cumplir sus objetivos¹⁶⁰⁰. Esta interpretación autónoma es la más conforme con los fines del Reglamento, ya que éste busca una uniformidad de soluciones y ésta solamente pueden alcanzarse por una uniformidad en la interpretación¹⁶⁰¹. Así, el concepto de contrato de franquicia, como los conceptos de los demás contratos contenidos en la lista proporcionada por el art. 4.1 RR-I, ha de ser considerados como un concepto autónomo o propio del Reglamento¹⁶⁰².

227. Una vez determinado que el concepto de contrato de franquicia es un autónomo y por lo tanto propio del Reglamento, el juez ha de darle contenido en clave europea. Sin embargo, el Derecho europeo no ha proporcionado un método hermenéutico especial para proceder a esta operación (F. J. GARCIMARTÍN)¹⁶⁰³. En consecuencia, la doctrina propone que los jueces nacionales apliquen los cánones clásicos de interpretación (criterio literal, criterio sistemático, criterio histórico y criterio teleológico) pero adaptados al contexto europeo. Ello supone sumar a estos criterios clásicos el análisis del Derecho comparado y la utilización de principios generales comunes a los Estados miembros¹⁶⁰⁴. U. MAGNUS añade otros criterios interpretativos como la conformidad con el Derecho europeo y con los Derechos Humanos¹⁶⁰⁵. De esta

¹⁵⁹⁹ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 86;

¹⁶⁰⁰ A.-L. CALVO CARAVACA, “Introducción”, en A.-L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas Relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, p. 38.

¹⁶⁰¹ B. HAFTEL, *op. cit.*, p. 764. Además, esta interpretación autónoma favorece un buen funcionamiento del mercado único europeo, garantiza una tutela judicial efectiva, permite la circulación de las decisiones judiciales... (STJCE 6 octubre 1976, *Tessili*, *cit.* y STJCE 8 marzo 1988, *Arcado*, *cit.*).

¹⁶⁰² Sobre la calificación autónoma en los Reglamentos Roma I y Roma II, STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, *cit.*, FJ 43. Ver también A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...., cit.*, vol. II, pp. 702-703. En especial sobre la franquicia, P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 135; A. DUTTA, *op. cit.*, p. 949; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 86.

¹⁶⁰³ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho....,cit.*, p. 77-79.

¹⁶⁰⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...., cit.*, vol. I, p. 173. Según los autores, de entre todas estas “herramientas interpretativas”, la que presenta un mayor peso es el criterio teleológico, es decir, la que se refiere a los objetivos a conseguir por el Reglamento Bruselas I. En el mismo sentido, J. KROPHOLLER, *Internationales Einheitsrecht*, J.C.B. Mohr, Tübinga, 1975, pp. 259 y ss.; M. VIRGÓS SORIANO, “La interpretación del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Noticias CEE*, n. 61, 1990, pp. 83-94, esp. p. 86.

¹⁶⁰⁵ U. MAGNUS, “Introduction”, *cit.*, p. 38. También recomienda una interpretación acorde con el Derecho europeo P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 86.

forma se garantiza una interpretación uniforme independientemente de los tribunales que conozcan del asunto, si bien la última palabra la tendrá siempre el TJUE¹⁶⁰⁶.

228. De aplicar los criterios heurísticos expuestos a los contratos de franquicia puede extraerse lo siguiente:

229. 1º) *Criterio literal*: Se ha de tener en cuenta que las versiones del Reglamento Roma I en distintas lenguas, todas oficiales, no se corresponden siempre las unas con las otras. Como ha indicado en ese caso el TJUE en relación al Reglamento Bruselas I, en tal caso ha de prevalecer el significado más coherente con el “objetivo de la norma” y con su “efecto útil” (caso *Aldona*)¹⁶⁰⁷. En este sentido, la palabra “franquicia” no plantea problemas. También es preciso tener en cuenta tanto lo que el legislador incluyó como lo que dejó de incluir: el legislador europeo ha introducido la palabra “contrato de franquicia” sin más explicación ni distinción, lo que puede ser un indicio de que con este término haya pretendido contemplar la totalidad de las relaciones de franquicia, sin distinción en función del tipo de franquicia (unitaria, principal o de área) o de los productos objeto de la misma (bienes o servicios)¹⁶⁰⁸.

230. 2º) *Criterio sistemático*: El “círculo hermenéutico” de los puntos de conexión del art. 4.1 RR-I es el propio Reglamento y los demás Reglamentos de D. I. en materia civil y comercial. Las normas del Reglamento Roma I han de ser interpretadas “las unas en función de las otras”, todas puestas en relación entre sí, de forma que el Reglamento resulte un mecanismo coherente en que cada norma conserve su “efecto útil”¹⁶⁰⁹. En aplicación de lo anterior, puede constatarse que el contrato de franquicia queda separado del contrato de distribución. En este sentido se puede afirmar que el Reglamento Roma I reconoce a la franquicia una entidad separada de los demás contratos de distribución, a diferencia de muchos autores que, como se expuso en el primer capítulo de este trabajo, la consideran una “subespecie” de los contratos de distribución¹⁶¹⁰.

¹⁶⁰⁶ J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *op. cit.*, p. 206; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. I, p. 171 y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *cit.*, p. 77. Además del TJUE, el elemento doctrinal ha tenido mucho peso en la interpretación del Reglamento Bruselas I, como en todo el Derecho internacional privado. Es lo que B. HAFTEL, *op. cit.*, p. 763 denomina “*persistence de l’élément doctrinal*”.

¹⁶⁰⁷ STJUE 20 noviembre 2001, *Aldona Malgorzata Jany y otras v. Staatssecretaris van Justitie*, as. c-268/99, *RJ* 2001, pp. I-8657 y ss.

¹⁶⁰⁸ En este mismo sentido, U. MAGNUS, “Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice”, en F. FERRARI / S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 27-50, p. 41.

¹⁶⁰⁹ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 694.

¹⁶¹⁰ M. NAVARRO MAÑEZ y C. OCHOA ARRIBAS, “La aplicación a la franquicia del régimen propuesto para el contrato de distribución: una valoración crítica”, en A. J. VIERA GONZÁLEZ, J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ y J.I. RUIZ PERIS (Dirs.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Madrid, 2013, p. 92.

231. 3º) *Criterio histórico:* Se ha de tener en cuenta la relación del Reglamento Roma I con su antecesor el Convenio de Roma. Como se ha expuesto, la solución del art. 4.1.e RR-I pretendía simplificar la determinación de la Ley aplicable para los contratos de franquicia y de distribución. Ello puede llevar a considerar el concepto de “franquicia” de forma amplia, de forma que se simplifique la determinación de la Ley aplicable en el mayor número de casos posible.

232. 4º) *Criterio teleológico:* Los objetivos del Reglamento Roma I son básicos para la interpretación del Reglamento, y por lo tanto también para la interpretación del concepto de franquicia. Como se expuso, los objetivos más relevantes del Reglamento son “favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios”, la “seguridad en cuanto a la ley aplicable” y “la libre circulación de resoluciones judiciales” (cdo. 6 RR-I). Para respetar estos principios de previsibilidad y seguridad jurídica, únicamente han de considerarse incluidos en el término de contratos de franquicia aquellas modalidades contractuales que en la práctica comercial habitual se consideran como tales. Por ejemplo, y como se verá a continuación, será preciso que exista por parte del franquiciado esa actividad de comercialización y distribución de los productos propia de estos contratos, sin que se pueda considerar franquicia un simple contrato de licencia de *know-how*. Por la misma razón, sí que deberían considerarse contratos de franquicia los contratos de “franquicia de servicios”, pues no resultaría previsible para las partes que los mismos queden fuera del 4.1.e únicamente por el tipo de producto objeto del contrato¹⁶¹¹.

233. 5º) *Análisis de Derecho comparado y principios generales comunes a los Estados miembros:* Como se puso de manifiesto en el primer capítulo, el concepto de franquicia manejado en los Estados miembros se ha inspirado en el utilizado por el Derecho europeo en materia “*antitrust*”. Por ello, estas legislaciones coinciden en varios aspectos de lo que se considera una franquicia, como la necesidad de prestación de asistencia y la cesión de signos distintivos por parte del franquiciador al franquiciado. Esta nota tendrá que incluirse por lo tanto en la definición de franquicia del Reglamento Roma I. Esta comparación también sirve para excluir de la definición requisitos recogidos únicamente en la legislación de Estados miembros aislados. Este es el caso de la necesidad de que el franquiciador haya experimentado previamente la fórmula comercial (como exige Italia en el art. 3.2 *Legge n. 129*). Sin embargo, hay cuestiones que este análisis de Derecho comparado no resuelve, pues los Estados miembros proporcionan soluciones muy variadas, como si la máster franquicia ha de considerarse un contrato de franquicia, o si es esencial la cesión de *know-how* (no presente en la definición francesa)¹⁶¹².

¹⁶¹¹ Respecto a estos contratos, un sector de la doctrina defendió su consideración como contratos de prestación de servicios. Como indican P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 98; P. WAUTELET *op. cit.*, p. 135; U. MAGNUS, “Article 4 Rome...”, *cit.*, p. 41, una calificación que ha de ser descartada, por el carácter residual que se ha de atribuir al art. 4.1.b RR-I respecto al 4.1.e.

¹⁶¹² La *Loi Doubin* no contenía ninguna definición de franquicia, de forma que fue la jurisprudencia la que proporcionó su caracterización como un: “contrato sinalagmático de tracto sucesivo por el que una

234. Junto con las normas de los Estados miembros es preciso tener en cuenta las definiciones contenidas en las iniciativas privadas de armonización a nivel europeo (PEL CAFD y Código Deontológico Europeo de Franquicia), ya que los mismos han nacido de un estudio comparado del tratamiento de este contrato en los distintos Estados miembros. En este sentido, resulta muy esclarecedora la definición de contrato de franquicia que contiene el Código Deontológico Europeo de la Franquicia, que como se indicó, fue preparado por la Federación Europea de Franquicia (EFF) en colaboración con los servicios de la Comisión Europea¹⁶¹³. Esta colaboración de la Comisión le otorga un valor muy significativo a la hora de tratar identificar un concepto común de la franquicia para todos los Estados miembros. Tanto esta definición como la contenida en los PEL CAFD señalan como elementos esenciales la finalidad distributiva y la cesión de los derechos incorporales, incluido el *know-how*, lo que recomienda la inclusión de la cesión del *know-how* en la definición del Reglamento Roma I¹⁶¹⁴.

235. 6º) *Conformidad con el Derecho europeo*: El TUE y el TFUE son el origen del Reglamento Roma I, por lo que éste comparte con ellos principios, objetivos y nociones jurídicas que han de ser tenidas en cuenta en su interpretación. Esto implica tener también en cuenta el Derecho derivado de la Unión Europea, que desde otras ramas ha podido ocuparse del contrato de franquicia. En concreto, como se expuso, el Derecho de la competencia europeo contiene una definición de contrato de franquicia. Siguiendo a A. DUTTA, esta definición puede calificarse como un “punto de partida” para determinar los contornos de una definición europea del contrato de franquicia a efectos de Dopr.¹⁶¹⁵.

empresa confiere a otra el derecho a reiterar, bajo su marca, con la ayuda de sus señas de identidad frente a la clientela y de su asistencia continua, el sistema de gestión previamente experimentado por el franquiciador, que, gracias a la ventaja competitiva que supone, debería razonablemente permitir a un franquiciado diligente hacer un negocio rentable”, Sent. Cour App. Poitiers 13 septiembre 2005, *Juris Data*, n. 287162, 2005. Traducción propia.

¹⁶¹³ EUROPEAN FRANCHISE FEDERATION, *European Code...*, cit..

¹⁶¹⁴ Art. 1 ECEF: “*Franchising is a system of marketing goods and/or services and/or technology, which is based upon a close and ongoing collaboration between legally and financially separate and independent undertakings, the Franchisor and its individual Franchisees, whereby the Franchisor grants its individual Franchisee the right, and imposes the obligation, to conduct a business in accordance with the Franchisor’s concept. The right entitles and compels the individual Franchisee, in exchange for a direct or indirect financial consideration, to use the Franchisor’s trade name, and/or trade mark and /or service mark, know-how, business and technical methods, procedural system, and other industrial and /or intellectual property rights, supported by continuing provision of commercial and technical assistance, within the framework and for the term of a written franchise agreement, concluded between parties for this purpose*” (subrayado de la autora).

Art. 3: 101 PEL CAFD: “*This Chapter applies to contracts whereby one party (the franchisor) grants the other party (the franchisee), in exchange for remuneration, the right to conduct a business (franchise business) within the franchisor’s network for the purposes of selling certain goods or services on the franchisee’s behalf and in the franchisee’s name, and whereby the franchisee has the right and the obligation to use the franchisor’s tradename or trademark, the knowhow and the business method*” (subrayado de la autora).

¹⁶¹⁵ A. DUTTA, *op. cit.*, p. 949; U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 295.

236. Esta definición, como se indicó al comienzo del trabajo, encuentra su versión más clara y sistematizada en el derogado Reglamento 4087/1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 TCE a categorías de acuerdos de franquicia¹⁶¹⁶. Conforme a la misma, el contrato de franquicia es “*el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos: (i) el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato, (ii) la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un « know-how », y (iii) la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo*” (vid. art. 1.3.b).

237. Esta definición resulta también relevante desde el criterio de interpretación de comparación de las distintas legislaciones de los Estados miembros, pues como se ha indicado, las mismas copiaron o reformularon de forma muy similar la definición europea, trasponiéndola a ámbitos más generales que el Derecho de la competencia.

238. Lo relevante de esta definición es que permite apreciar muy claramente que la franquicia rebasa con creces el contenido de un contrato de distribución y también el de un contrato de licencia o cesión de derechos de propiedad intelectual. Éste contiene elementos propios de ambos. Del contrato de licencia, la cesión de derechos de propiedad intelectual como la marca, el rótulo, el *know-how*; del contrato de distribución, la finalidad de reventa de los productos y/o servicios, la presentación uniforme de los locales y la asistencia técnica (propios estos dos últimos de la distribución selectiva y de la distribución en exclusiva)¹⁶¹⁷. En consecuencia, esta definición confirma lo que ya puso de manifiesto el análisis comparado de los Derechos de los Estados miembros: los elementos esenciales del contrato de franquicia son su finalidad de comercialización, la cesión del paquete de negocio y la asistencia técnica. Estos datos se han de tener en cuenta a la hora de interpretar la noción del Reglamento Roma I: un contrato en que únicamente se cedan esos derechos incorporeales, sin asistencia técnica y sobre todo, sin finalidad de reventa, no podrá ser considerado como contrato de franquicia a efectos del art. 4.1.e RR-I. De igual modo, un contrato en que únicamente se distribuyan los productos del principal, sin que exista una apariencia común a la de tal principal, y sin que se haya cedido el *know-how*, tampoco podrá ser considerado como contrato de franquicia a efectos del art. 4.1.e RR-I.

¹⁶¹⁶ Reglamento (CEE) nº 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia; DO L 359 de 28.12.1988, pp. 46-52. Actualmente se encuentra recogida, con algunas modificaciones, en las Directrices relativas a las restricciones verticales, DOUE C 130, 19.05.2010, pp. 1-46.

¹⁶¹⁷ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, pp. 238-239.

239. Esta definición europea también supone que la máster franquicia ha de ser considerada “contrato de franquicia”, pues, como se argumentó en el primer capítulo de este trabajo, el Reglamento consideró incluida esta figura en la definición. Así, la cesión del negocio que hace el franquiciador al franquiciado se puede hacer para su explotación de forma directa, es decir, a través de franquicias directas unitarias o de área, o de forma indirecta, es decir, a través de máster franquiciados.

240. Otra cuestión que suscita la definición proporcionada por el Derecho de la competencia es si el art. 4.1.e RR-I ha de considerarse aplicable o no a la “franquicia de producción o industrial” y a la “franquicia de distribución a mayoristas”. Este tipo de franquicias se encontraban excluidas del Reglamento del 88, así como de los Reglamentos posteriores sobre restricciones verticales¹⁶¹⁸. La franquicia industrial se excluyó del Reglamento porque, dado su alto componente tecnológico, se consideró que podría quedar incluida en el Reglamento de exenciones relativo a los acuerdos de transferencia de tecnología¹⁶¹⁹, y la de distribución a mayoristas, tal y como indican los considerandos, por “falta de experiencia de la Comisión en este campo” (considerando 4 Reglamento 88)¹⁶²⁰.

241. En cuanto a la franquicia de distribución al por mayor, cabe señalar que en el último Reglamento sobre exenciones verticales, en que se incluye actualmente la franquicia, sí contempla dentro de su ámbito de aplicación los acuerdos de distribución a mayoristas, por lo que también estarían incluidas las franquicias de distribución a mayoristas. En consecuencia, no hay razones para considerar a estos acuerdos excluidos de la definición del art. 4.1. RR-I. En cuanto a las franquicias de producción, la postura más correcta parece ser la de su inclusión en el concepto del art. 4.1.e RR-I. Se ha de tener en cuenta que el Derecho de la Unión Europea no pretendía elaborar una regulación jurídica completa de los contratos de franquicia, sino acomodar la misma a las normas de Derecho de la competencia, por lo que se sirvió en lo que pudo de los Reglamentos ya existentes. Es decir, no es que la Comisión negara el carácter de franquicia a las franquicias de producción, sino que simplemente dejó su regulación a otros Reglamentos¹⁶²¹. En consecuencia, se han de considerar también como contratos de franquicia a efectos del art. 4.1.e RR-I los contratos de franquicia industrial¹⁶²².

¹⁶¹⁸ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 238.

¹⁶¹⁹ Reglamento (UE) n. 316/2014 de la Comisión de 21 de marzo de 2014 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, DOUE L 93, 28 marzo 2014, pp. 17-23. En efecto, tal y como indican las Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología, DOUE C-101, 27 abril 2004, pp. 2-42, párrafo 39, estos acuerdos entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento aunque se refieran no sólo a la fase de producción sino también a la de distribución.

¹⁶²⁰ E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, p. 257.

¹⁶²¹ E. GALLEGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 66.

¹⁶²² En contra se posiciona P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 91, que considera que estos contratos tendrían elementos de franquicia y también de prestación de servicios en el sentido del art. 4.1.b RR-I, por lo que

242. Del mismo modo, no es necesario que el franquiciador y el franquiciado sean “empresas” para que se considere el contrato como de “franquicia”, sino que pueden ser personas físicas o jurídicas. Esta restricción en la definición europea se explica porque el Derecho europeo de la competencia únicamente se aplica a las personas jurídicas y no a las físicas, algo que no ocurre en EPIL. En consecuencia, a efectos del Reglamento Roma I han de considerarse contratos de franquicia tanto los concluidos por personas físicas como jurídicas.

243. Como puede apreciarse de lo expuesto, la definición proporcionada por el Derecho de la competencia ha de ser conjugada con otros datos y con la definición ofrecida por otros instrumentos, en concreto con la definición del DCFR¹⁶²³.

244. **Propuesta de definición de “contrato de franquicia” para el Reglamento Roma I.** En consecuencia de lo anterior se propone como definición de “contrato de franquicia” a efectos del Reglamento Roma I la siguiente: “*contrato en virtud del cual un operador jurídico, el franquiciador, cede a otro, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar productos y/o servicios de cualquier tipo por sí mismo y/o concluyendo acuerdos de franquicia con terceros, y que comprende por lo menos: (i) el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato, (ii) la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un « know-how », y (iii) la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo. También se considerará franquicia el contrato por el que el franquiciador ceda al franquiciado, no solo la comercialización sino también la producción de esos bienes y/o servicios*”¹⁶²⁴.

los mismos tendrían que quedar sujetos a la Ley de la residencia habitual del prestador característico, ex. art. 4.2 RR-I.

¹⁶²³ U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 295 propone también integrar ésta con la definición proporcionada en el art. 2 de, Ley Modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia de UNIDROIT: “*Franquicia significa los derechos concedidos por una persona (el franquiciador) autorizando y exigiendo a otra (el franquiciado), a cambio de contraprestaciones financieras directas o indirectas, para dedicarse en su propio nombre y cuenta al negocio de venta de bienes o de prestación de servicios, de acuerdo con un sistema indicado por el franquiciador que comprende su “know-how” y asistencia, prescribe en modo sustancial la forma en la cual el negocio franquiciado debe de ser explotado, incluye un control operacional significativo y continuo por parte del franquiciador, y está sustancialmente asociado a una marca de producto o servicio, nombre comercial o logotipo indicado por el franquiciador. Ello incluye: A) los derechos concedidos por un franquiciador a un subfranquiciador en el marco de un contrato de franquicia principal; B) los derechos concedidos por un sub-franquiciador a un sub-franquiciado en el marco de un contrato de subfranquicia; C) los derechos concedidos por un franquiciador a otra persona en el marco de un contrato de desarrollo. A efectos de la presente definición, las “contraprestaciones financieras directas o indirectas” no incluyen el pago de un precio de adquisición equitativo de los bienes destinados a la reventa*”.

¹⁶²⁴ En inglés: “*A franchise agreement means an agreement whereby one legal or natural person, the franchisor, grants the other, the franchisee, in exchange for direct or indirect financial consideration, the right to exploit a franchise for the purposes of marketing goods and/or services of any kind by himself and/or by the conclusion of franchise agreements with third parties; it includes at least obligations*”.

2.2. La calificación de los distintos contratos de la práctica comercial como “contratos de franquicia”.

245. A continuación se analizará si la definición propuesta permite considerar como contratos de franquicia a efectos del Reglamento Roma I las principales modalidades de franquicia estudiadas en este trabajo: los contratos de franquicia directa, tanto unitaria como de área (2.2.1), los contratos de máster franquicia (2.2.2), los contratos de representación de área (2.2.3) y los contratos de *joint venture* (2.2.4).

2.2.1. Contratos de franquicia directa

246. Tanto los contratos de franquicia unitaria, en los que el franquiciador otorga directamente la franquicia a un franquiciado extranjero, como los contratos que se firman en ejecución de un contrato de franquicia de área, en que dicho franquiciado se encarga de abrir y gestionar más de una unidad de franquicia, han de ser considerados como contratos de franquicia a efectos del art. 4.1.e RR-I¹⁶²⁵. Estos contratos “coinciden” al 100 % con la definición de contrato de franquicia proporcionada, que se ha considerado como punto de partida para la interpretación del art. 4.1.e RR-I por las razones expuestas: la finalidad de “comercialización de los productos y servicios” está presente, además de forma directa, como también la cesión de los derechos incorporeales y la asistencia técnica, por lo que son los contratos que “por excelencia” estarían incluidos en el concepto del art. 4.1.e RR-I¹⁶²⁶.

247. No obstante, al reconocerse como un principio contractual universal el de la autonomía de la voluntad de las partes, de forma que éstas pueden pactar las estipulaciones contractuales que tengan por convenientes, cabe que existan contratos que las partes hayan calificado como “franquicia” pero que no sean tales, porque no se den los elementos constitutivos esenciales de la misma (finalidad de comercialización, cesión de derechos incorporeales del franquiciador, asistencia técnica).

248. Respecto al contrato de “desarrollo de área” en sí, el que se firma previamente a los contratos de franquicia de área con el objeto de comprometerse ambas partes a ir celebrando conforme al calendario estipulado esos contratos de franquicia para un determinado territorio, las dudas sobre si ha de calificarse como un contrato de

relating to: (i) the use of a common name or shop sign and a uniform presentation of contract premises and/or means of transport; (ii) the communication by the franchisor to the franchisee of know-how; (iii) the continuing provision by the franchisor to the franchisee of commercial or technical assistance during the life of the agreement. The agreement whereby the franchisor grants the franchisee not only the marketing but also the production of those goods and/or services shall also be considered as a franchise agreement”.

¹⁶²⁵ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 91; U. MAGNUS, “Article 4 Rome...”, *cit.*, p. 41.

¹⁶²⁶ M.C. MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 106.

franquicia a efectos del art. 4.1.e RR-I son mayores¹⁶²⁷. Si surge un litigio entre las partes en relación a ese contrato, por ejemplo porque el franquiciado de área se niega a firmar más acuerdos de franquicia conforme al calendario, ¿qué Ley se aplicará al caso? La respuesta a esta pregunta dependerá del contenido de ese acuerdo de desarrollo de área. Si en el mismo el franquiciador se compromete a ceder los derechos y a prestar asistencia y el franquiciado se compromete a abrir uno o todos los establecimientos franquiciados sin necesidad de acuerdos posteriores, el contrato se considerará un contrato de franquicia a efectos del Reglamento Roma I. Si por el contrario, su finalidad es únicamente la firma de contratos de franquicia en un momento posterior, el contrato no puede considerarse como un contrato de franquicia ni como uno de los demás contratos contemplados en el art. 4.1 RR-I. Tampoco parece existir un prestador característico, pues ambas partes se comprometen a firmar los contratos (art. 4.2 RR-I). En consecuencia, la Ley aplicable a este acuerdo de desarrollo será la del país con que el contrato presente los vínculos más estrechos (art. 4.4 RR-I).

249. También es preciso determinar si los contratos que se encuentran a medio camino entre la cesión de derechos y la licencia pueden encajar en el art. 4.1.e RR-I. En cuanto a los contratos de licencia esquemáticos (“*bare bones agreements*”) no parece que puedan regularse por dicho artículo¹⁶²⁸. Son contratos en los que se produce la transmisión del sistema de franquicia, pero en que el franquiciador no se compromete a prestar asistencia a lo largo de la relación contractual. Asimismo, puede que el cesionario no se comprometa a la comercialización de los bienes y servicios, o que dicho compromiso no pase de una obligación formal, sin que se concrete en un compromiso de compras o ventas mínimas, o en una transmisión de información al franquiciador. Habrá que estudiar cada caso en concreto, pero estos contratos suelen aproximarse más a la licencia que a la franquicia y por lo tanto no ha de aplicarse la norma especial del art. 4.1.e RR-I. Cuando el contrato siga el esquema de licencia “simple”, es decir, cesión de los derechos a cambio de una suma total o proporcional, la Ley aplicable al mismo será la Ley de la residencia habitual del prestador característico, el licenciante de los derechos. En los contratos más complejos, en que las partes se intercambien más prestaciones, la Ley aplicable a estos contratos deberá precisarse a través del art. 4.4 RR-I¹⁶²⁹.

250. Por lo que se refiere a los contratos denominados por UNIDROIT como “contratos híbridos de franquicia y licencia”, son contratos con la forma habitual de un acuerdo de licencia de derechos incorporeales, a los que se añade la obligación de comercialización por parte del licenciante¹⁶³⁰. De nuevo, habrá que estar al contrato para

¹⁶²⁷ Ver capítulo I, sección II, apartado I.1.B.: “La internacionalidad”.

¹⁶²⁸ U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 295: “*However, when the contract is limited to merely permit the use of intellectual property rights of the other party the agreement classifies as a license contract to which art. 4 (2) Rome I Regulation applies*”.

¹⁶²⁹ S. FRANCO, “Le Règlement...”, *cit.*, p. 59; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 981.

¹⁶³⁰ UNIDROIT, “Guía UNIDROIT...”, *cit.*, p. 12.

observar hasta qué punto el franquiciado o licenciante se compromete con tal comercialización y qué grado de implicación tiene el franquiciador en la misma. Si el franquiciador se compromete a prestar asistencia al franquiciado, el contrato se incluirá en el art. 4.1.e RR-I, calificándose en caso contrario a partir del art. 4.4 RR-I.

2.2.2. *Contratos de máster franquicia*

251. Como se puso de manifiesto en el primer capítulo, los contratos de master franquicia no tienen por objeto la explotación de una franquicia de forma directa, sino la puesta en marcha de una red de franquicias en un determinado territorio. Por esta razón, puede que surjan dudas sobre si la norma del art. 4.1.e RR-I se ha de aplicar a los mismos, o solamente a los contratos de franquicia unitaria.

252. En cualquier caso, en los contratos de máster franquicia siempre se transmite al franquiciado la totalidad del “paquete de la franquicia”, y éste se compromete a prestar al franquiciador ese servicio de “conquista” del mercado local característico de esta figura contractual, aunque no lo haga directamente en todos los casos, sino a través de la contratación con subfranquiados. El master franquiciado también “explota” la franquicia en el territorio asignado, pero lo hace construyendo una red tal y como ha acordado con el franquiciador. Como indica P. PIRODDI, “*in prattica, si trata di un franchising internazionale con un solo affiliato per paese*”¹⁶³¹. Por ello, se ha de aplicar a estos contratos el art. 4.1.e RR-I., tanto si máster franquiciado se ocupa de la explotación personal de algún establecimiento como si no lo hace¹⁶³².

253. Esta posición se sustenta en la aplicación al art. 4.1.e RR-I de los criterios interpretativos antes expuestos. En cuanto al criterio literal, donde el legislador no ha distinguido no cabe distinguir. El legislador se ha referido a los “contratos de franquicia” en general, no a los contratos de franquicia directa, ni unitaria, por lo que no tendría sentido excluir de este artículo a los contratos de máster franquicia, que por otra parte, son los más celebrados en el ámbito internacional. En segundo lugar, se ha de tener en cuenta un argumento de conformidad con el resto de Derecho europeo: estos contratos se han considerado tradicionalmente como contratos de franquicia en la Unión Europea, a los que se ha aplicado la normativa sobre acuerdos verticales junto con la franquicia¹⁶³³. En tercer lugar, se ha de tener en cuenta que en el contrato de máster franquicia, el máster franquiciado puede explotar él mismo ciertos establecimientos

¹⁶³¹ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 117.

¹⁶³² U. MAGNUS, “Article 4 Rome...”, p. 41; U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 296.

¹⁶³³ Art. 1.2 del Reglamento (CEE) n° 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia; DO L 359 de 28.12.1988, pp. 46-52: “*La exención prevista en el apartado 1 se aplicará igualmente a los acuerdos de franquicia principal en los cuales sólo participen dos empresas. Si el caso lo requiere, las disposiciones del presente Reglamento concernientes a las relaciones entre el franquiciador y el franquiciado se aplicarán mutatis mutandis a las relaciones entre franquiciador y franquiciado principal y entre franquiciado principal y franquiciado*”.

franquiciados, por lo que considerar que la máster franquicia no es franquicia obligaría a realizar un “*dépeçage*” legal del contrato, que sujetara los aspectos de éste relativos a la gestión directa de los establecimientos franquiciados a la Ley de la franquicia, y los aspectos relativos a la creación de la red a la Ley de otro Estado, o bien la totalidad de la relación a la cláusula excepcional de los vínculos más estrechos, algo que podría ir contra la voluntad del legislador, que para algo ha establecido una cláusula específica que regula la Ley aplicable a los contratos de franquicia. Además, estos contratos estaban incluidos en la definición de “franquicia” y en el ámbito de aplicación del Reglamento del 88, que se ha tomado como punto de partida para definir el contenido del art. 4.1.e RR-I¹⁶³⁴. Por último, se impone un argumento basado en el sentido útil del Reglamento: no tendría sentido que el art. 4.1.e RR-I se aplicara únicamente a los contratos de franquicia directa, cuando estos son los menos usados en el comercio internacional, dejando fuera a los más habituales en la práctica, los contratos de máster franquicia.

254. No obstante, un sector mayoritario de la doctrina que se ha pronunciado hasta el momento ha sido partidaria de excluir estos contratos del art. 4.1.e RR-I¹⁶³⁵. Algunos autores han considerado que el art. 4.1.e RR-I proporciona al franquiciado una protección que no debe recibir el máster franquiciado, pues éste no explota de forma directa la red. Esta solución no parece acertada, pues el juicio sobre la pertinencia de la solución jurídica ofrecida por el legislador no puede enturbiar el problema de la calificación, que es previo e independiente a dicha solución. Estos autores han previsto diversas soluciones. Para algunos, el contrato quedaría regido por la Ley de la residencia habitual del prestador característico del contrato (art. 4.2 RR-I), y en su defecto, por la Ley del lugar con el que el contrato presente los vínculos más estrechos (art. 4.4 RR-I). En cuanto a la determinación de la prestación característica, se vuelven a reproducir los problemas que surgieron con el Convenio de Roma, al ser el contrato de máster franquicia un contrato que no corresponde al esquema básico de intercambio de cosas o servicios por dinero. Así, se ha considerado que los mismos se asemejan más a un contrato de “empresa”, en que el franquiciador da al franquiciado la posibilidad de reproducir la franquicia con cierta independencia, lo que llevaría a aplicar a los mismos la Ley del franquiciador¹⁶³⁶. Pero tal independencia no es una nota característica de los contratos de franquicia principal, en que el franquiciador controla la actividad del máster franquiciado y, a través de éste, la de los subfranquiciados. También se ha señalado la posibilidad de que el máster franquiciado sea el prestador característico del contrato, por considerarse éste como “la piedra angular del contrato”: él se encarga de la explotación del modelo de negocio del franquiciador¹⁶³⁷. Por último, se ha propuesto la

¹⁶³⁴ Ver Cdo. 5 Reglamento (CEE) n° 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia; DO L 359 de 28.12.1988, pp. 46-52.

¹⁶³⁵ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 137; L. GARCIA GUTIERREZ, *op. cit.*, p. 277; M.C. MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 106; P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 59; D. MAINGUY, “Les opérations...”, *cit.*, p. 446.

¹⁶³⁶ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 137.

¹⁶³⁷ L. GARCIA GUTIERREZ, *op. cit.*, p. 279; M.C. MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 107.

aplicación a estos contratos del art. 4.1.b RR-I, por considerarlos contratos de prestación de servicios a cargo del franquiciado¹⁶³⁸. Tanto esta última solución como la anterior conducirían al mismo resultado que la aplicación del art. 4.1.e RR-I, es decir, a la Ley de la residencia habitual del máster franquiciado.

255. Por último, otra posibilidad que ha sido planteada ha sido la de considerar el contrato de máster franquicia como un contrato de distribución, en el que el “objeto a distribuir” sería la propia franquicia¹⁶³⁹. En consecuencia, estos contratos quedarían sujetos al art. 4.1.f RR-I, siendo de aplicación la Ley de la residencia habitual del distribuidor (máster franquiciado). Esta posibilidad tampoco parece acertada: no resulta previsible para las partes y además llevaría a la misma solución que aplicar a estos contratos el art. 4.1.e RR-I, por lo que no tendría sentido tanta complicación.

256. Por último, el contrato suscrito entre el máster franquiciado y el subfranquiciado se ha de considerar como contrato de franquicia a efectos del art. 4.1.e RR-I, pues en definitiva es un contrato de franquicia directa unitaria. En éste se considerará como “franquiciado” al subfranquiciado, pues es él quien explota el negocio, mientras que el máster franquiciado actúa en calidad de franquiciador¹⁶⁴⁰.

2.2.3. Contratos de representación de área

257. Los contratos de representación territorial o de área no son contratos de franquicia, son contratos en los que el promotor no es mucho más que un simple “agente” o representante que selecciona a los franquiciados y que se ocupa de recolectar los pagos en nombre y por cuenta del franquiciador¹⁶⁴¹. Es el franquiciador principal el que mantiene la relación contractual con el franquiciado y no el representante de área.

258. En consecuencia, si bien habrá que estar atento al contenido del contrato, y no al nombre que al mismo hayan dado las partes, lo cierto es que estos contratos han de quedar fuera del concepto de contrato de franquicia del Reglamento y por lo tanto del ámbito de aplicación del art. 4.1.e RR-I¹⁶⁴². En estos casos, el contrato que vincula a las partes se asemeja más a un contrato de representación o de mandato por el que el representante se compromete a celebrar, a cambio de una remuneración, los contratos de franquicia en una determinada zona, contratos que vincularán al franquiciado con el franquiciador principal. Por ello, se ha de considerar que el contrato es, a efectos del art. 4 RR-I, un contrato de prestación de servicios, y por lo tanto aplicar al mismo la norma del art. 4.1.b RR-I. En cualquier caso, y como puede apreciarse, el resultado de la

¹⁶³⁸ P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 59; D. MAINGUY, “Les opérations...”, *cit.*, p. 446.

¹⁶³⁹ A. DUTTA, *op. cit.*, p. 951.

¹⁶⁴⁰ U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 296.

¹⁶⁴¹ UNIDROIT, “Guía UNIDROIT...”, *cit.*, p. 14-15.

¹⁶⁴² P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 137 ; P. HOLLANDER, “Questions...”, *cit.*, p. 298. La misma solución se daba bajo la aplicación del Convenio de Roma: D. FERRIER, “La franchise...”, *cit.*, p. 647.

aplicación del art. 4.1.b RR-I es determinar como Ley rectora del contrato la Ley de la residencia habitual del *developer*, la misma a la que habría conducido el 4.1.e RR-I.

2.2.4. Franquicia y *joint venture*

259. Por último, se ha de hacer referencia a una cuestión que también ha suscitado dudas por parte de la doctrina¹⁶⁴³. En ocasiones, puede que por las exigencias de la normativa de inversiones de algunos países, el franquiciador y el franquiciado, ya sea principal o directo, se asocien mediante un contrato de *joint venture*. Ante esta situación, se ha dudado sobre si el contrato ha de calificarse como de franquicia o no.

260. Como ya se indicó en sede de competencia, la forma habitual de operar en estos casos es que después de constituirse el vehículo inversor, o al mismo tiempo, se firme un contrato de franquicia entre el franquiciador y la nueva corporación. Si se sigue el principio del contrato como unidad de determinación de Ley aplicable, este contrato se ha de considerar distinto del contrato de *joint-venture* a efectos de Ley aplicable. En consecuencia, e independientemente de la Ley que pudiera aplicarse al contrato de *joint venture*, este segundo contrato entre el franquiciador y la nueva corporación se calificará como contrato de franquicia y se tendrá que aplicar al mismo la Ley que determine el art. 4.1.e RR-I¹⁶⁴⁴.

261. Cuestión distinta será que en el propio contrato de *joint venture* cada parte se comprometa a las obligaciones propias de la franquicia, es decir, que el franquiciador aporte el *know-how* y los demás elementos del paquete y el franquiciado se obligue a desarrollar por él mismo (franquicia directa) o a través de subfranquiados (máster franquicia) la red de franquicia en el Estado de destino. En estos casos habría que examinar el contrato, para determinar si en el mismo tienen un peso prioritario las obligaciones propias de la franquicia, o si éstas se unen a otras muchas que forman parte del contrato de *joint venture*. En este último caso se tendría que descartar la aplicación de la regla especial del art. 4.1.e RR-I y calificar el contrato como un contrato de *joint venture*, cuya Ley aplicable se determinará generalmente conforme al art. 4.4 RR-I¹⁶⁴⁵.

2.3. Relación con la calificación efectuada al determinar la competencia judicial

262. Como indica el cdo. 17 RR-I, los contratos de franquicia son contratos de prestación de servicios a los efectos del art. 7.1 RB-I bis¹⁶⁴⁶. A pesar de ello, están

¹⁶⁴³ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 137.

¹⁶⁴⁴ Por ejemplo, esta es la forma más habitual de implantar una franquicia en China: A. LIN XIA, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁴⁵ A. DUTTA, *op. cit.*, p. 950.

¹⁶⁴⁶ Cdo. 17 RR-I: “Por lo que se refiere a la Ley aplicable a falta de elección, los conceptos de «prestación de servicios» y de «venta de mercaderías» deben interpretarse del mismo modo que al aplicar el artículo 5 del Reglamento (CE) no 44/2001, en cuanto la venta de mercaderías y la prestación de

sujetos a normas específicas en materia de Ley aplicable. No se rigen por el art. 4.1.b RR-I, dedicado a la prestación de servicios, sino por el art. 4.1.e RR-I.

263. Cabe preguntarse la razón de esta regulación separada, es decir, si no habría bastado con indicar en dicho cdo. 17 RR-I que los contratos de distribución y de franquicia han de considerarse contratos de prestación de servicios, de manera que se habrían regido por el art. 4.1.b RR-I, sin necesidad de haber consagrado el Reglamento Roma I un apartado exclusivo para estos contratos. Si se sigue la posición expuesta en materia de competencia judicial internacional, de que el prestador de los servicios es el franquiciado, la solución con la inclusión en el art. 4.1.b sería la misma que señala el art. 4.1.e: sería aplicable la Ley del franquiciado.

264. Parece que la inclusión de este artículo específico obedece a la voluntad del Reglamento de zanjar de una vez por todas la disputa en relación a estos contratos, sin que pudiera entrarse tampoco a discutir cuál sería entonces la “prestación de los servicios” en relación a los mismos. Ambos contratos están sujetos a normas específicas en el Reglamento Roma I porque son contratos en que ambos contratantes prestan servicios y se transmiten mercaderías el uno al otro. Si no hubieran sido objeto de atención en un apartado específico, algunos tribunales habrían aplicado el 4.1.b R.R.I estimando que el prestador de los servicios es el principal (o franquiciador) y otros habrían indicado que lo era el distribuidor (o franquiciado). Por ello, dejar la precisión de la Ley aplicable en manos de art. 4.1.b habría incrementado la incerteza conflictual. El legislador de la UE, en su búsqueda de la “conexión automática”, decidió diseñar un apartado específico para los contratos de distribución y otro para los contratos de franquicia, asegurándose una precisión automatizada de la Ley reguladora del mismo¹⁶⁴⁷.

265. Esta misma incerteza habría ocurrido si se hubiera dejado la determinación de la Ley aplicable en manos del art. 4.2 RR-I (prestación característica). Como se ha indicado, en estos contratos la determinación de dicha prestación es difícil o incluso imposible, por lo que los tribunales habrían estimado en algunas ocasiones que el prestador característico era el distribuidor (o franquiciado) y en otras que lo era el principal (o franquiciador).¹⁶⁴⁸

266. Con esta solución separada se acaba también esta discusión: sea cual sea la prestación característica de los contratos de distribución y de franquicia, éstos se regirán por la Ley del país de la sede o de la residencia habitual del distribuidor o del franquiciado.

servicios están cubiertos por dicho Reglamento. Aunque los contratos de franquicias y de distribución son contratos de servicios, están sujetos a normas específicas”.

¹⁶⁴⁷ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 668.

¹⁶⁴⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 668.

3. El punto de conexión de la residencia habitual del franquiciado

267. En relación a la solución adoptada por el art. 4.1.e RR-I resulta ineluctable reflexionar sobre si es la mejor solución posible para determinar la Ley aplicable a los contratos de franquicia (3.1), sobre su funcionamiento (3.2) y sobre su relación con la Ley aplicable a otros contratos (3.3).

3.1. Justificación y análisis crítico

268. Justificación de la inclusión de una norma para los contratos de franquicia. El contrato de franquicia es un contrato en que las partes se prestan servicios y se transmiten derechos, respecto al que era muy complicada o incluso imposible la determinación de su prestación característica¹⁶⁴⁹. Si no se hubiera incluido una letra para estos contratos, los tribunales habrían dudado sobre su calificación como contrato de compraventa (art. 4.1.a RR-I), contrato de prestación de servicios prestados por el franquiciador o contrato de prestación de servicios prestados por el franquiciado (art. 4.1.b RR-I) o ninguno de estos, caso en que se volvería a la polémica sobre la prestación característica (art. 4.2 RR-I)¹⁶⁵⁰. Dejar la determinación de la Ley aplicable a los contratos a manos de dichos tribunales habría incrementado la incerteza conflictual. Por ello, los mismos disponen de un apartado separado en el art. 4.1 RR-I.

269. En este punto, es pertinente una explicación de la razón por la que se han incluido en la lista del art. 4 RR-I los contratos que figuran en ella. Para algunos autores, estos contratos son una concreción de la prestación característica que en su momento designaba el Convenio de Roma 1980 (P. MAYER, V. HEUZÉ, U. MAGNUS)¹⁶⁵¹. Para otros, la concreción del prestador característico tiene lugar únicamente en las letras “a” y “b” del precepto, es decir, para los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios¹⁶⁵². A partir de allí, todas las letras del art. 4 serían excepciones,

¹⁶⁴⁹ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 272.

¹⁶⁵⁰ S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 320; S. LEIBLE / M. LEHMANN, «Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (« Rom I »)», *Recht int. Wirt.*, n. 8, 2008, p. 528-544, p. 535.

¹⁶⁵¹ P. MAYER / V. HEUZE, *Droit...*, *cit.*, p.559. Con más dudas, S. FRANCO, “Le Règlement...”, *cit.*, p. 57; U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 296 : “*Lit. e can be understood as fixing the franchisee as the party who effects the characteristic performance (...)*”.

¹⁶⁵² En estos contratos, así como en la norma general del art. 4.2 RR-I, el legislador opta por favorecer al prestador característico porque estima que de esta forma todos salen ganando. Que esto es un error, y que el Reglamento Roma I favorece injustificadamente a una de las partes del contrato ha sido demostrado por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto...*, *cit.*, pp. 218-226 y por V. HEUZÉ, “De la compétence du principe d'origine en matière contractuelle ou l'anti droit européen”, en VV.AA., *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 393-416. Si se aplica la Ley del vendedor, por ejemplo, los costes conflictuales solamente serán menores para este, y no para el comprador, lo que puede llevar a que se celebren menos contratos. Frente a esta posición, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *cit.*, p. 383: “*El criterio de conexión que emplea la norma es el de la residencia habitual del vendedor de las mercancías o del prestador de los servicios. Se supone que esta parte tiene a su cargo la “prestación característica”, i.e. la prestación que sirve para caracterizar el*

por eso están explicitadas por escrito: son casos en que la Ley aplicable no es la de la residencia habitual del prestador característico (P. LAGARDE)¹⁶⁵³. Esta posición parece la más acertada, pues, como indican estos autores, si la intención del legislador hubiera sido concretar la prestación característica, éste lo habría indicado explícitamente y el art. 4.1 RR-I diría, cosa que no hace, que la prestación característica del contrato de franquicia corresponde al franquiciado. Así lo hizo el legislador suizo, que elaboró una lista de contratos e indicó cuál era la prestación característica de cada uno de ellos a efectos de concretar su Ley aplicable (art. 117 IPRG)¹⁶⁵⁴.

270. Teniendo en cuenta estas consideraciones, se puede justificar cada una de las excepciones que el art. 4.1 hace a la regla de la residencia habitual del prestador característico en un motivo distinto. En cuanto a los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble (art. 4.1.c RR-I), el punto de conexión elegido, la *lex rei sitae*, es el más previsible para ambos contratantes teniendo en cuenta la tradición de conflicto de leyes en esta materia. Es además el punto de conexión más próximo al contrato y por lo tanto el más eficiente¹⁶⁵⁵. Por lo que se refiere a los contratos celebrados en mercados regulados (arts. 4.1.g y 4.1.h RR-I), no tendría sentido aplicar la Ley de la residencia habitual del prestador característico, pues son mercados anónimos en que el comprador no conoce exactamente con quién está contratando. De esta forma, es más previsible para las partes aplicar la Ley del mercado en que se opera. Por último, en cuanto a los contratos de distribución y de franquicia (arts. 4.1.e y 4.1.f RR-I), son “contratos entre profesionales y de larga duración en los que resulta difícil identificar qué parte lleva a cabo la prestación característica” (F.J. GARCIMARTÍN)¹⁶⁵⁶.

271. Por lo tanto, se introduce una solución especial para los contratos de franquicia por las dificultades que suponía la identificación de su prestación característica. Pero más allá de eso, es pertinente plantearse el por qué del punto de conexión escogido. ¿Por qué se ha decantado el legislador europeo por la residencia

contrato como de uno u otro tipo, pues la contraparte hace lo mismo en ambos (pagar un precio). A partir de aquí, se suelen dar dos argumentos a favor de esta solución. Por un lado, la prestación característica es la más compleja en la relación y por ello su responsable es quien incurre en mayores costes de información jurídica. Las obligaciones del vendedor son más complejas que las del comprador (pues éste sólo debe el precio) y, en consecuencia, aquél va a invertir más en información jurídica; por ello es razonable que se le aplique la ley más próxima. Y lo mismo vale para el prestador de los servicios. Por otro lado, esta solución permite a los vendedores y a los prestadores de servicios ofrecer sus productos bajo una única ley en diferentes mercados, lo cual reduce también los costes de transacción”.

¹⁶⁵³ Esta explicación fue puesta de manifiesto por P. LAGARDE, “Remarques...”, *cit.*, p. 237. De la misma opinión son S. MARINO, *op. cit.*, p. 320; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *cit.*, p. 382; S. LEIBLE / M. LEHMANN, *op. cit.*, p. 535: “Die Liste des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO enthlt allerdings auch andere Anknüpfungen als die an den Sitz des Erbringers der charakteristischen Leistung”.

¹⁶⁵⁴ Ley Federal de 18 de diciembre de 1987 sobre el Derecho Internacional Privado (IPRG), AS 1988, n. 1776.

¹⁶⁵⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto...*, *cit.*, p. 241; S. LEIBLE / M. LEHMANN, *op. cit.*, p. 535.

¹⁶⁵⁶ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *cit.*, p. 382; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha...”, *cit.*, p. 361.

habitual del franquiciado, y no por cualquier otro punto? Al hacerlo, ha optado por una solución que comporta un favor al franquiciado en perjuicio del franquiciador. Para el franquiciado, contratar conforme a su Ley le comporta escasos costes de información y de comportamiento, pues estará habituado a operar conforme a esta Ley y la conocerá perfectamente.

272. Justificación de la inclusión del punto de conexión de la residencia habitual del franquiciado. Para optar por este punto de conexión, el legislador europeo se justificó en la necesidad de seguir la línea de protección del franquiciado que había tomado el Derecho europeo material. Así lo puso de manifiesto la Comisión en los trabajos preparatorios del Reglamento, en los que se ya se proponía la Ley del franquiciado como la Ley aplicable a la franquicia¹⁶⁵⁷. Esta postura pasó directamente al Reglamento final¹⁶⁵⁸. Así, el punto de conexión del art. 4.1.e RR-I corresponde al deseo de implementar una política de protección del franquiciado en este tipo de contratos¹⁶⁵⁹. Pero la realidad es que tal protección del franquiciado no existía en el momento de la propuesta del Reglamento, como tampoco existe hoy día¹⁶⁶⁰. No existe, ni existía, como sí la hay en el caso de la agencia, ninguna norma o proyecto que pretendiera proteger de forma específica los derechos de los franquiciados a nivel europeo¹⁶⁶¹.

273. Las únicas normas sustantivas europeas que se aplicaban directamente a los contratos de franquicia eran normas de Derecho de la competencia. Respecto de las mismas, la doctrina ha realizado distintas conjeturas sobre a qué podría estarse refiriendo el legislador europeo al hacer referencia a esta protección que el Derecho comunitario sustancial proporcionaba a distribuidores y franquiciados. Al respecto, una

¹⁶⁵⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), COM/2005/0650 final - COD 2005/0261, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005PC0650&from=EN>: “En cuanto a las soluciones adoptadas para las distintas categorías de contratos, solo las propuestas en las letras g) y h) eran objeto de debates, o incluso de una jurisprudencia divergente en los Estados miembros en cuanto a la definición de la prestación característica. Las soluciones adoptadas se explican porque el Derecho comunitario material tiene por objeto proteger al franquiciado y al distribuidor como partes débiles” (subrayado de la autora). Las letras g) y h) de la propuesta son las referidas a los contratos de franquicia y de distribución.

¹⁶⁵⁸ D. SINDRES, *op. cit.*, p. 867.

¹⁶⁵⁹ S. LEIBLE / M. LEHMANN, *op. cit.*, p. 535; U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 297.

¹⁶⁶⁰ Con la misma opinión, S. MARINO, *op. cit.*, p. 322, nota 75 *in fine*: “È chiaro que questi regolamenti hanno come scopo specifico la regolamentazione de la concorrenza all’interno del mercato unico, con particolare riguardo agli aspetti relativi al divieto di intese, piuttosto che la predisposizione di una disciplina minima armonizzata o uniforme a tutela del contraente debole, paragonabile a quella avutasi in relazione al contratto di consumo”. También P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 111.

¹⁶⁶¹ La única iniciativa de Derecho europeo en la que existía una intención de proteger a las pequeñas y medianas empresas (dentro de las que se podría entender que se incluía al franquiciado y al pequeño distribuidor) frente a las grandes multinacionales era la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD) (“Common European Sales Law”), finalmente descartada, que data de 2011, cinco años más tarde de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), COM/2005/0650 final - COD 2005/026.

opción es que el legislador estuviera pensando en el Reglamento n. 2790/1999, relativo a la aplicación del art. 81.3 TCE (actual art. 101.3 TFUE) a las categorías de acuerdos verticales (antecesor del actual Reglamento n. 330/2010). Pero este Reglamento, como todo el Derecho de la competencia, no protege al franquiciado frente al franquiciador, sino que protege a la libre competencia de los acuerdos que puedan firmar ambos, es decir, protege al mercado interior mediante el mantenimiento de las correctas condiciones de competencia¹⁶⁶². Otra opción es que los trabajos preparatorios se refirieran al beneficio indirecto que distribuidores y franquiciados podrían obtener de una tutela derivada del art. 102 TFUE, relativo al abuso de posición dominante, cuando hayan sido víctimas de un abuso que haya afectado al comercio de los Estados miembros. Pero de nuevo, esta disposición protege al mercado interior y a todos los contratantes, no especialmente a un tipo de éstos, pues un franquiciado, o un distribuidor, también pueden abusar de una posición dominante. Otra opción más convincente es la propuesta por P. PIRODDI¹⁶⁶³. Esta autora basa la afirmación de la Comisión se justificara en el Reglamento n.1/2003, sobre la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE (actuales arts. 101 y 102 TFUE)¹⁶⁶⁴. Este Reglamento ha reconocido de forma explícita el derecho subjetivo garantizado por el TFUE a una tutela civil del contratante que no haya podido expresar su verdadera voluntad negocial en relación a las cláusulas lesivas al Derecho de la competencia. Al contratante al que los términos del contrato le han sido impuestos *de facto* por el titular de una red se le considera liberado de responsabilidad¹⁶⁶⁵. Pero la protección que estas normas proporcionan no están exclusivamente dedicadas a los distribuidores, ni siquiera a los contratantes de lo que en Derecho de la competencia se considera “acuerdos verticales”, sino a todo tipo de contratantes que no hayan podido negociar una cláusula restrictiva de la competencia. Si la Comisión se hubiera basado en estas normas, lo habría hecho de forma errónea, pues no se puede presuponer que el contratante al que se le haya impuesto la cláusula restrictiva sea en todos los casos el distribuidor o el franquiciado. Como ya se indicó, existen supuestos, sobre todo en el sector agrícola, en que son los distribuidores de los productos los que imponen las condiciones al proveedor.

274. En consecuencia, parece que más que en la realidad del Derecho europeo material, el legislador europeo se ha basado en una *intención* de protección del franquiciado (*choix politique de protection du franchisé*), la parte supuestamente más

¹⁶⁶² P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 112.

¹⁶⁶³ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 113.

¹⁶⁶⁴ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

¹⁶⁶⁵ Antes de este Reglamento el TJUE manifestó la misma posición en la STJCE 20 septiembre 2001, *Courage, cit.*, FJ 37, relativa al derecho de una parte contratante que no negoció el contrato –distribuidor de cerveza- a invocar protección judicial al amparo del antiguo art. 81 TCE.

débil (O. CACHARD, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)¹⁶⁶⁶. Esta es la opinión mayoritaria, que suma como argumento el cdo. 23 RR-I, en el que algunos autores ven una referencia no sólo a los contratos con trabajadores, consumidores o asegurados, sino también a los contratos suscritos con distribuidores y franquiciados¹⁶⁶⁷. En palabras de H. AGUILAR GRIEDER, “*el principio tuitivo de la parte débil de la relación contractual también subyace, aunque tímidamente, detrás de las normas de conflicto especiales relativas al contrato de distribución*”¹⁶⁶⁸, lo que puede extrapolarse también a la franquicia.

275. Valoración crítica. Esta intención de protección del legislador europeo ha de ser criticada por varias razones. En primer lugar, tal y como se ha demostrado en la investigación llevada a cabo en este trabajo, el franquiciado no es en todo caso una parte débil de la relación, y menos en el plano internacional, en que su poder negociador se basa en su conocimiento del mercado local, del que el franquiciador carece (H.L. VERHAGEN, P. LAGARDE, G. IORIO FIORELLI, P. PIRODDI, M-É. ANCEL, U. VILLANI)¹⁶⁶⁹. En el plano internacional, el franquiciado o máster franquiciado suele ser una gran empresa gestora de inversiones y experta en la expansión de mercados, que se encarga de construir la red en todo un Estado o continente¹⁶⁷⁰.

276. En algunos concretos casos es indiscutible la posición “fuerte” del franquiciador, pero esta circunstancia no tiene porqué ocurrir en todos los contratos de franquicia. Como ha demostrado la Ciencia Económica y como se indicó en el capítulo primero, hay en ocasiones en que el poder de negociación del contrato se encuentra equilibrado entre las partes (casos de insignias nuevas o con una gran competencia en el mercado). Lo mismo ocurre, incluso de forma más acusada, en relación a los contratos de distribución: en muchas ocasiones se da una situación de inversión del poder de negociación del contrato, de forma que es el distribuidor el que tiene el poder sobre el

¹⁶⁶⁶ O. CACHARD, *op. cit.*, p. 256; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto...*, *cit.*, p. 220; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 739; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 84; S. LEIBLE / LEHMANN, *op. cit.*, p. 535.

¹⁶⁶⁷ Cdo. 23 RR-I: “*En cuanto a los contratos celebrados con partes consideradas más débiles, es conveniente protegerlas por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales*”. Al respecto, L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 273 y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *cit.*, p. 386.

¹⁶⁶⁸ H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, No 1, 2009, p. 28.

¹⁶⁶⁹ H.L.E. VERHAGEN, “The tension between party autonomy and European Union law: some observations on Ignmar GB LTD V. Eaton Leonard Technologies INC”, *ICLQ*, 2002, p. 135-174, esp. p. 153; P. LAGARDE, “Remarques...”, *cit.*, p. 229; G. IORIO FIORELLI, “La legge applicabile al contratto di concessione di vendita dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento “Roma I””, en VV.AA., *Il nuovo diritto europeo dei contratti*, Fondazione italiana per il notariato, Milano, 2007, pp. 215-223, p. 217; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 102; M.-E. ANCEL, “Les contrats...”, *cit.*, p. 568; U. VILLANI, “La legge applicabile in mancanza di scelta tra vecchia e nuova disciplina” en Fondazione Italiana Per il Notariato (dir.), *Il nuovo diritto europeo dei contratti*, Il sole 24 ore, Milano, 2007, pp. 56 y ss.

¹⁶⁷⁰ Un ejemplo de este tipo de empresas sería “D+I”, empresa fundada por un equipo de profesionales españoles dedicados a la expansión de franquicias en Asia, y que actualmente es titular de los derechos de explotación en ese territorio de varias cadenas españolas. Ver: <http://www.dplus1.com/> (fecha última consulta: 20/03/2017).

pequeño fabricante o productor¹⁶⁷¹. Esta circunstancia ha sido incluso percibida por la Unión Europea en otros ámbitos distintos del EPIL¹⁶⁷². Pese a estas evidencias, un sector de la doctrina internacionalprivatista sigue insistiendo en la posición débil del franquiciado y en la necesidad de su protección¹⁶⁷³.

277. A esta objeción principal se han de sumar otras que ya han sido puestas de manifiesto por la doctrina¹⁶⁷⁴. El Reglamento establece en relación a estos contratantes una especie de “régimen intermedio”, pues los que dota de una protección similar a la del consumidor en defecto de pacto, pero respecto a los cuales permite totalmente el ejercicio de la autonomía de la voluntad¹⁶⁷⁵. Respecto a este régimen se ha objetado en primer lugar que no resulta justificado por qué incluye solamente a los franquiciados y a los distribuidores y no a otros contratantes profesionales sobre los que también se ha discutido sobre su menor poder negociador, como por ejemplo, los pequeños emprendedores¹⁶⁷⁶. En segundo lugar, se ha de tener en cuenta, que aún en el caso de que el franquiciado fuera siempre la parte débil, una protección conflictual prevista únicamente para los casos en que no exista pacto de sumisión se convierte en una protección totalmente inútil, pues puede ser fácilmente burlada por la parte que tiene mayor poder negociador, que impondrá una cláusula de elección de Ley que le sea favorable¹⁶⁷⁷. De establecerse un régimen protector, habría sido más efectiva una protección “cualificada” como la proporcionada al consumidor, al trabajador y al asegurado (arts. 6,7 y 8 RR-I). A esto se ha de sumar que la protección que se proporciona al franquiciado es una protección meramente “formal”, que no tiene en cuenta el contenido material de la Ley aplicable; en efecto, la aplicación de la Ley de su residencia habitual no tiene por qué ser siempre la más favorable para el franquiciado

¹⁶⁷¹ De esta circunstancia se apercibió el grupo parlamentario socialista español a la hora de redactar la Proposición de Ley de Contratos de Distribución (PLCD), presentada al Congreso de los Diputados el 13 diciembre 2011 y actualmente en Estado de toma en consideración por el Pleno. En la exposición de motivos de dicha Ley se hace constar la necesidad de “evitar una orientación excesiva de la ley hacia el fenómeno de la distribución vertical descendente, cubriendo las situaciones de inversión de poder económico, propias de los entornos mayoristas”.

¹⁶⁷² Informe de la Comisión Europea de 5 diciembre 2010, “Hacia un mercado interior del comercio y de la distribución más justo y eficaz en la perspectiva de 2020”, COM (2010)355 final, Bruselas, 2010, esp. p. 9., en que indicaba que uno de los impedimentos para la consecución de este mercado es precisamente la aplicación de condiciones contractuales injustas a los proveedores primarios por parte de los grandes distribuidores; También se hace referencia a la cuestión en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Los precios de los productos alimenticios en Europa”, COM (2008)591 final, Bruselas, 2008.

¹⁶⁷³ D. FERRIER, “La franchise...”, *cit.*, p. 625-662 ; S. TONOLO, *op. cit.*, p. 569; S. MARINO, *op. cit.*, p. 326; H. KENFACK, “Rome I...”, *cit.*, pp. 127-128.

¹⁶⁷⁴ A. DUTTA, *op. cit.*, p. 946.

¹⁶⁷⁵ S. MARINO, *op. cit.*, p. 326.

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷⁷ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 135 ; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 102; S. TONOLO, *op. cit.*, p. 569.

desde el punto de vista sustantivo, simplemente será una Ley que le será más fácil conocer¹⁶⁷⁸.

278. Esta opción por la protección del franquiciado también ha sido duramente criticada por no responder a criterios jurídicos, sino políticos. Como indica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, para entender las razones de la opción por la Ley de la residencia habitual del franquiciado (así como del distribuidor) es necesario tener en cuenta la trayectoria de la discusión acerca de la prestación característica expuesta anteriormente. Los Estados que tomaron partido por aplicar la Ley del franquiciador o del franquiciado lo hicieron por intereses políticos: como se puso de manifiesto, Francia, el principal defensor de la aplicación de la Ley del empresario principal a estos contratos, es país de productores, mientras que Bélgica, Italia, España, más partidarios a aplicar la Ley del distribuidor o del franquiciado, son países más enfocados al tercer sector. El legislador europeo también habría escogido esta Ley por criterios de oportunidad política. Esta decisión “políticamente correcta” es más popular que la opción por la Ley del fabricante o del franquiciador. Al no haber seguido el legislador europeo criterios jurídicos sino criterios políticos, esta solución finalmente podría perjudicar a las partes¹⁶⁷⁹.

279. En este sentido, estando en vigor el Convenio de Roma ya se puso de manifiesto que en el régimen general de determinación de Ley aplicable (artículos 3 y 4 CR/RR-I) no pueden esconderse argumentos políticos y que la única política legislativa que puede haber detrás de una conexión del art. 4 es “la de mejor servir a la función facilitadora del Derecho de contratos”, es decir, la de fomentar el intercambio internacional¹⁶⁸⁰. Toda norma que contenga otra política legislativa ha de ser “sacada” fuera del régimen general, como se hizo con los contratos de trabajo, de consumo o de seguro. En consecuencia, esconder tras el art. 4.1.e RR-I un criterio político de protección al franquiciado descoloca toda la lógica del sistema¹⁶⁸¹.

¹⁶⁷⁸ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 135; B. ANCEL, “La loi...”, *cit.*, p. 85; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 104; P. LAGARDE, “Remarques...”, *cit.*, p. 342.

¹⁶⁷⁹ Para determinar el punto de conexión en relación al contrato algunos autores han puesto de manifiesto la necesidad de investigar sus prestaciones, para determinar cuál de las partes asumen un mayor riesgo, lo que está relacionado con su tipicidad profesional. M. MAGAGNI, *op. cit.*, p. 77; D. MARTINY, “Art. 28 EGBG” en C.T. EBENROTH, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 7, C.H. BECK, Múnich, 1990, p. 1554. Conforme a los mismos, la Ley aplicable a un contrato debería ser la Ley de la residencia habitual de esa parte que asume un mayor riesgo. Ni siquiera en eso se basó el legislador para establecer el punto de conexión el art. 4.1.e RR-I: no es el franquiciado el que crea la red de franquicia ni el que pone en juego el prestigio de su marca.

¹⁶⁸⁰ M. VIRGÓS SORIANO, “Los vínculos...”, *cit.*, p. 5295-5296.

¹⁶⁸¹ M. VIRGÓS SORIANO, “Los vínculos...”, *cit.*, p. 5294: “debemos fijarnos en primer lugar, en la expresa relación de dependencia que une el artículo 4 (=ley objetivamente aplicable en defecto de elección) con el artículo 3 (=libre elección por las partes) del Convenio (Reglamento). Aquél solo entra en funcionamiento si y en la medida en que los contratantes no hayan elegido el Derecho aplicable que mejor convenga a sus intereses. Esta relación hace que el artículo 4 no pueda tener presupuestos valorativos distintos del artículo 3 (=principio de consistencia). Si a través del artículo 3 no se realizan las políticas legislativas de intervención estatal (pues deja la determinación de la ley aplicable a la libre elección de los contratantes), tampoco a través del artículo 4 (pues quedarían a merced de las partes,

280. Dado que el artículo 4 RR-I va estrechamente ligado al art. 3 RR-I, es decir, que en él se contemplan contratos en los que se permite la elección de Ley por las partes, no tiene sentido que dicho artículo 4 contenga políticas legislativas de intervención estatal, que pueden ser fácilmente sorteadas mediante un pacto de elección. Así, las opciones de legislador eran únicamente dos: o proteger a los franquiciados y por lo tanto sacarlos del sistema de los arts. 3-4 RR-I, restringiendo los efectos del pacto de elección¹⁶⁸², o mantener estos contratos en el sistema de los citados artículos, eligiendo entonces un punto de conexión no protector, sino facilitador del intercambio. Sin embargo, el legislador no ha optado por ninguna de las dos opciones, sino que ha optado por una solución protectora descafeinada.

281. Por último, este punto de conexión ha sido también muy criticado por no responder a lo que se conoce como “principio de autorresponsabilidad del contratante”, es decir, por no tener en cuenta qué contratante es el que conscientemente realiza actos de inmersión en el mercado del otro contratante (*stream of commerce*)¹⁶⁸³. Ello podría afectar a la previsibilidad de la Ley aplicable. Con la regla del art. 4.1.e RR-I se aplica la Ley del franquiciado aunque haya sido éste el que haya tomado la iniciativa de concluir un contrato internacional. Éste no correría con el riesgo de internacionalidad, sino que lo haría el contratante receptor de la oferta, es decir, el franquiciador.

282. Ejemplo. En el contexto de las franquicias resulta muy habitual que un futuro franquiciado conozca una insignia por haberla visto en algún otro país en que se encontraba de viaje o por referencias de amigos. Muchas veces es éste el que “busca” al franquiciador y el que le propone la posibilidad de extender dicha insignia a un nuevo mercado. En estos casos, en defecto de pacto al respecto, el franquiciador se verá sorprendido por la aplicación de la Ley de residencia habitual del franquiciado, Ley que no tiene por qué coincidir con la del lugar en que se establezcan los nuevos establecimientos franquiciados.

283. Coherencia con los objetivos del Reglamento. Por último, se ha de analizar si el art. 4.1.e RR-I favorece el “buen funcionamiento del mercado interior”, es decir, si es una norma de conflicto “segura” y “previsible” para las partes.

284. Análisis del punto de conexión “residencia habitual del franquiciado”. Seguridad jurídica. El art. 4.1.e RR-I cumple el objetivo de proporcionar a las partes

que siempre pueden recurrir al art. 3). No es esta su función (sí, en cambio, del art. 7). El juez no debe, pues, imponer a través del art. 4 ningún estándar de justicia estándar de justicia externo a la economía del contrato”.

¹⁶⁸² Esta es la solución por la que optó Paraguay, que excluyó los contratos de distribución y de franquicia de su Ley sobre Ley aplicable a los contratos internacionales.

¹⁶⁸³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto...*, cit., p. 210.

seguridad jurídica, pues permite una concreción clara del Derecho aplicable¹⁶⁸⁴. La residencia habitual del franquiciado resulta un punto de conexión fácil de interpretar y con escasas dificultades de aplicación. En concreto, presenta menos dificultades de aplicación que el punto de conexión utilizado en el foro especial en materia contractual, es decir, el lugar de prestación de los servicios (=lugar de explotación de la franquicia), pues dicho lugar puede ser múltiple. En este sentido, la doctrina ha subrayado que este punto de conexión simplifica el tratamiento de la cuestión y constituye una conexión segura para ambas partes contratantes¹⁶⁸⁵.

285. *Análisis del punto de conexión “residencia habitual del franquiciado”.* *Previsibilidad, proximidad y eficiencia.* Sin embargo, el art. 4.1.e RR-I puede conducir a una Ley que no responda a las expectativas de las partes, es decir, a una Ley imprevisible, pues la residencia habitual del franquiciado no tiene por qué tener relación con el contrato (P. LAGARDE, T. AZZI, M.-E. ANCEL)¹⁶⁸⁶. En efecto, el contrato de franquicia puede ejecutarse en uno o varios países a miles de kilómetros de dicho punto de conexión. Esto es muy común en los contratos de máster franquicia y de franquicia de área, precisamente los más utilizados en el plano internacional, en que el máster franquiciado o el franquiciado de área suele ser una persona física o jurídica experta en negocios internacionales, que conoce el mercado en que pretende instalarse la red de franquicia pero que no tiene por qué tener su residencia habitual en dicho territorio. En el ámbito de la Unión Europea, esta circunstancia es aún más común, pues en ocasiones el franquiciador elige a un único máster franquiciado para que construya la totalidad de la red en el territorio UE, de forma su residencia habitual no tiene por qué coincidir con el lugar de ejecución del contrato.

286. Así, la Ley del lugar de la residencia habitual del franquiciado puede que no sea, en muchos casos, una Ley eficiente, sino que generará unos costes conflictuales muy reducidos para el franquiciado y muy altos para el franquiciador. En este sentido, se ha puesto de manifiesto que esta elección de política legislativa supone un “beneficio caprichoso” del legislador a una de las partes contratantes¹⁶⁸⁷. Se trata de un punto de conexión que localiza el contrato en un lugar muy lejano a su “sede jurídica”. Como señalan de forma muy clara S. LEIBLE y M. LEHMANN: “*Mit der Suche nach dem Sitz des Rechtsverhältnisses im Savigny’schen Sinn hat dies nichts zu tun*”¹⁶⁸⁸.

¹⁶⁸⁴ M. VIRGÓS SORIANO, “Los vínculos...”, *cit.*, p. 5294; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 102: “*La scelta di rinviare alla legge della residenza abituale dell’affiliato si giustifica, come si è visto, oltre che per un’esigenza di prevedibilità nella legge applicabile, anche in funzione dichiarata di tutela dell’affiliato in qualità di contraente debole*”.

¹⁶⁸⁵ P. CRAHAY, *Les contrats...*, *cit.*, p. 21.

¹⁶⁸⁶ P. LAGARDE, “Remarques...”, *cit.*, párr. 12; T. AZZI, “La loi applicable...”, *cit.*, p. 2171; M.-E. ANCEL, “Les contrats...”, *cit.*, n. 10.

¹⁶⁸⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, p. 739. En contra, otros autores manifiestan que se trata de una solución que ha de ser aprobada, pues protege los intereses de los franquiciados sin dañar los de los franquiciadores: H. KENFACK, “Rome I...”, *cit.*, p. 127; H. KENFACK, “Le règlement...”, *cit.*, p. 23.

¹⁶⁸⁸ S. LEIBLE / M. LEHMANN, *op. cit.*, p. 535.

287. En este sentido, como indica P. PIRODDI, este punto de conexión no favorece el buen funcionamiento del mercado interior, y tampoco los objetivos de los contratos de franquicia¹⁶⁸⁹.

288. Ejemplo. Un franquiciador con sede en España celebra un contrato de máster franquicia internacional con una empresa con domicilio en Hong Kong, para que cree y explote su red de franquicia en el territorio de Japón. El máster franquiciado incumple y el franquiciador plantea su demanda ante los tribunales españoles. Si éstos se declaran competentes, la Ley aplicable al litigio en virtud del art. 4.1.e RR-I será la Ley de Hong Kong, una Ley que puede sorprender al franquiciador pues la misma no tiene relación con el contrato, y que además puede generarle costes de información muy altos.

289. Análisis del punto de conexión “residencia habitual del franquiciador”. Lo mismo ocurriría si el art. 4.1.e RR-I condujera a la aplicación de la Ley del franquiciador y no a la del franquiciado. Su aplicación supondría unos costes muy reducidos para el franquiciador pero muy altos para el franquiciado. Pese a ello, un sector de la doctrina ha señalado que este punto de conexión facilitaría la función económica del contrato, pues aseguraría, si los demás elementos del contrato permanecen constantes, la existencia de un único régimen jurídico para la totalidad de la red de franquicia (=ahorro de costes de transacción del franquiciador que repercutiría en una bajada de precios para los franquiciados)¹⁶⁹⁰. Esta posibilidad, sin embargo, ha de ser rechazada, pues nada asegura que el franquiciador vaya a destinar la cantidad ahorrada en mejorar la oferta al franquiciado. Nada asegura, por lo tanto, que la aplicación de la Ley del franquiciador favorezca los intercambios internacionales.

290. A favor de este punto de conexión se ha señalado también que dotaría de estabilidad la elección de la Ley aplicable, pues el franquiciador es la parte más estable de la relación jurídica, y la elección de su Ley evitaría dejar el contrato a la merced de la volatilidad del franquiciado, cuya residencia habitual puede variar o ser desconocida. Si se considerara como la residencia habitual del franquiciado su establecimiento, escoger la Ley del franquiciador también facilitaría la determinación de la Ley en los casos en que el franquiciado cuente con varios establecimientos franquiciados. También se defiende que esta elección habría favorecido el comercio internacional, puesto que facilitaría la concentración de Leyes aplicables de todos los contratos firmados por un

¹⁶⁸⁹ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 101; F. GALGANO / F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Milano, 2011, p. 384.

¹⁶⁹⁰ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 101; F. GALGANO / F. MARRELLA, *op. cit.*, p. 384. En contra, M. VIRGÓS SORIANO, “Los vínculos...”, *cit.*, p. 5302.

mismo franquiciador, sin tener en cuenta los países en que distribuyera sus productos y servicios¹⁶⁹¹.

291. Pese a estas ventajas prácticas, con P.MAYER y V. HEUZÉ se ha de afirmar que el criterio de la residencia habitual de ninguna de las partes es revelador de esa proximidad con el contrato (“centro de gravedad de la función socioeconómica del contrato”¹⁶⁹²), pues desconoce la realidad económico-jurídica de los mercados en que dicho contrato pretende desplegar sus efectos. Por esta razón, ha de ser descartado.

292. *Análisis del punto de conexión “lugar de explotación de la franquicia”.* Existe otra opción que puede comportar costes más reducidos a ambas partes si se compara con la aplicación de la Ley de la residencia habitual de la otra parte contratante. Esta Ley es la del lugar de explotación de la franquicia, el lugar de cumplimiento del contrato (*lex loci solutionis*), olvidado por el legislador europeo¹⁶⁹³.

293. El fuerte potencial localizador de este punto de conexión viene de su conexión con la finalidad económica del contrato¹⁶⁹⁴. Por esta razón, el lugar de ejecución del contrato es el punto de convergencia de la mayoría de las prestaciones acordadas. En aplicación a la franquicia, se trata del lugar en que se explota el negocio franquiciado, en que el franquiciado ejerce su actividad de comercialización, pues allí el franquiciado contrata efectivamente con terceros y promociona la venta de los productos del franquiciador (=finalidad económica del contrato de franquicia)¹⁶⁹⁵.

294. Se ha de sumar un argumento más en favor de esta conexión. Franquiciador y franquiciado han de orientar en muchos aspectos sus comportamientos a las exigencias del ordenamiento jurídico del Estado donde se lleva a cabo esta actividad de comercialización de los productos, de forma que los costes de información en relación a este Derecho pueden ser reducidos para ambos contratantes. Todo lo anterior se puede apreciar a través del siguiente ejemplo:

¹⁶⁹¹ Ventajas expuestas por los defensores, en su momento, de la aplicación de la ley del fabricante al contrato de distribución, por considerar que la prestación característica del mismo correspondía a dicho fabricante, por ser éste el “*initiateur du réseau*”: por ejemplo, M. BEHAR-TOUCHAIS / G. VIRASSAMY, *op. cit.*, y P. LAGARDE, citados por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha...”, *cit.*, p. 349.

¹⁶⁹² P. MAYER / V. HEUZE, *Droit...*, *cit.*, p.559.

¹⁶⁹³ Este punto de conexión es uno de los más recomendados por la doctrina para los contratos de franquicia. D. FERRIER, “La franchise...”, *cit.*, p. 625-662; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha...”, *cit.*, p. 349; D. P. FERNÁNDEZ ARROYO ET AL., *op. cit.*, pp. 1027-1086.

¹⁶⁹⁴ En general, L.F. CARRILLO POZO, *El contrato...*, *cit.*, p. 153. En relación a contratos de distribución, H. BATIFFOL, “Note à la Sent. Cour Cass. 22 juillet 1986”, *RCDIP*, 1988, p. 60; M. FALLON, “Note à la Sent. Cour App. Liège 31 marzo 1981 », *Journ. Trib.*, 1984, p. 21; O. LANDO, “Contracts”, *cit.*, p. 142. En relación a la franquicia, L. GARCIA GUTIERREZ, *op. cit.*, p. 281.

¹⁶⁹⁵ En relación con la concesión, Sent. Cour Cass. Fr. (1 civ.), 15 marzo 1988, *Gaz. Pal.*, 1988, I, p. 133, en la que en un contrato de concesión en exclusiva entre concesionario francés y concedente alemán se aplica la Ley francesa a un litigio sobre la resolución del contrato, por ser la Ley del lugar de ejecución de la obligación (aunque en el caso también coincide con el lugar del establecimiento de la empresa concesionaria).

295. Ejemplo. Un franquiciador domiciliado en Londres suscribe un contrato de franquicia de área con un franquiciado domiciliado en España para que desarrolle una cadena de sastrerías en Portugal. El contrato no contiene pacto de Ley aplicable y por lo tanto al mismo se le aplicaría la Ley española (art. 4.1.e RR-I). Se trata de una Ley que comportará para el franquiciado unos costes conflictuales mínimos: es la Ley del Estado en que reside, que con total seguridad conocerá o le será fácil conocer, y a la que está acostumbrado a adaptar su comportamiento. En cambio, la aplicación de la Ley española comportará para el franquiciador unos altos costes conflictuales: tendrá que informarse sobre el Derecho español, un Derecho que casi con seguridad desconoce pues sus negocios no se desarrollan en España y adaptar al mismo sus pretensiones.

296. Lo mismo ocurriría si el art. 4.1.e RR-I condujera a la Ley del franquiciador. La aplicación de la Ley inglesa supondría unos costes muy reducidos para el franquiciador pero muy altos para el franquiciado.

297. Existe otra opción que puede comportar costes más reducidos a ambas partes si se compara con la aplicación de la Ley de la residencia habitual de la otra parte contratante. Esta Ley es la del lugar de ejecución de la franquicia. La aplicación de la Ley portuguesa supondrá para ambas partes unos menores costes conflictuales que los que le supondría la aplicación de la Ley de la otra parte contratante. Al fin y al cabo, puede que ya cuenten con contactos en Portugal y que se encuentren más familiarizados con el Derecho de dicho país por tratarse del país en que se desarrollará el negocio, o por haber realizado en él negocios con anterioridad.

| | <i>Ley española</i> ¹⁶⁹⁶ | <i>Ley inglesa</i> ¹⁶⁹⁷ | <i>Ley portuguesa</i> ¹⁶⁹⁸ |
|-----------------------------|-------------------------------------|------------------------------------|---------------------------------------|
| <i>Costes franquiciador</i> | 90 | 10 | 60 |
| <i>Costes franquiciado</i> | 10 | 90 | 60 |
| <i>Costes totales</i> | =100 | =100 | =120 (solución eficiente) |

Cuadro n. 16. Contrato de franquicia y análisis económico del art. 4.1.e¹⁶⁹⁹

298. Paradójicamente, aunque los costes totales sean mayores, lo más eficiente será aplicar la Ley portuguesa, la Ley del lugar en que se desarrolla el negocio franquiciado. Para el franquiciado español es una alternativa mejor que la aplicación de

¹⁶⁹⁶ Ley del país de la residencia habitual del franquiciado.

¹⁶⁹⁷ Ley del país de la residencia habitual del franquiciador.

¹⁶⁹⁸ Ley del lugar de ejecución del contrato de franquicia.

¹⁶⁹⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 710.

la Ley inglesa y para el franquiciador inglés es una alternativa mejor que la Ley española.

299. Propuesta de reforma del art. 4.1.e RR-I. En consecuencia de lo expuesto, el art. 4.1.e RR-I no debería contemplar como punto de conexión la residencia habitual del franquiciado. Tampoco debería utilizar como elemento localizador la residencia habitual del franquiciador. Esta norma debería conducir a la aplicación de la Ley del lugar de explotación del negocio franquiciado. Esta Ley encajaría con la lógica que ha de seguir el art. 4.1 RR-I, que como se ha dicho solamente debería contener normas que faciliten los intercambios y no normas protectoras de una de las partes contratantes¹⁷⁰⁰. El punto de conexión “Ley del lugar de explotación del negocio”, cuando conduce a una Ley única, cumple con esa tarea de favorecer la contratación:

300. Por un lado, como se ha expuesto, se trata de un punto de conexión previsible, que genera unos costes de Derecho aplicable reducidos para ambas partes contratantes. Este punto de conexión permite a las partes operar *ex ante* para orientar a los contratantes en su planificación, es una conexión basada en un elemento interno a la economía del contrato, es decir, es una conexión no casual, y no interfiere con la marcha normal del contrato, es decir, que las partes discutirán el lugar de explotación del negocio por razones intrínsecas al negocio, y no con la intención de determinar con ello la Ley aplicable¹⁷⁰¹.

301. En segundo lugar, se trata de un punto de conexión seguro, pues el lugar de explotación de la franquicia se encuentra recogido con toda certeza en el contrato. No obstante, cuando el lugar de explotación englobara varios Estados, esta seguridad jurídica podría verse comprometida, pues el punto de conexión podría conducir a varias Leyes aplicables¹⁷⁰². El *dépeçage* legal del contrato, es decir, que éste se rigiera por un Derecho distinto para cada Estado en que se explota la franquicia, ha de descartarse. Este fraccionamiento de la Ley aplicable supondría un coste añadido para las partes, que tendrían que informarse sobre más de un ordenamiento jurídico y adaptar su conducta a éstos, por lo que parece preferible la primera opción.

302. En consecuencia, sería preciso ajustar el punto de conexión del lugar de ejecución para los casos en que el mismo conduzca a las Leyes de varios Estados. Para ello, una opción podría ser aplicar la solución que en competencia judicial internacional se aplica a los casos de múltiples lugares de cumplimiento en distintos Estados, es decir,

¹⁷⁰⁰ M. VIRGÓS SORIANO, “Los vínculos...”, *cit.*, p. 5294.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 5302.

¹⁷⁰² Por esta razón desaconsejaron esta opción en relación a los contratos de distribución P. KILESTE / P. HOLLANDER, “Examen de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1992-1997)”, *Rev. dr. com. belge*, 1998, pp. 3-50, p. 41; O. LANDO, “Contracts”, *cit.*, p. 139; P. CRAHAY, *Les contrats...*, *cit.*, p. 21; M. MAGAGNI, *op. cit.*, p. 36.

la determinación del lugar de cumplimiento principal¹⁷⁰³. Esta opción ha de ser descartada, pues no respetaría el principio de previsibilidad: no permitiría a las partes determinar *ex ante* la Ley aplicable al contrato. Enfrentándose al mismo problema, O. LANDO propuso una solución para los contratos de cesión de derechos incorporales en los que el cesionario adquiere obligaciones relevantes frente al cedente, como el registro y protección de los derechos cedidos, su promoción y su explotación mediante el uso, la producción o la venta, que en cierta medida podrían asimilarse a los contratos de franquicia¹⁷⁰⁴. Para éstos, propuso la posibilidad de determinar de forma distinta la Ley aplicable a estos contratos cuando el territorio pactado fuera el de un Estado, y cuando fuera el de varios Estados:

303. A. Respecto a los contratos en los que solamente existía un Estado para el cuál el derecho había sido concedido, la solución propuesta es que debería aplicarse la Ley del país de dicho territorio concedido para que se comercialicen y exploten los derechos. O. LANDO insiste en que esta solución es la acertada aunque el cesionario realice sus negocios desde un Estado distinto del concedido para la explotación de los derechos (es decir, en los casos en que la residencia habitual del cesionario no coincida con el territorio de explotación). Esta Ley será la Ley conforme a la que se protejan los derechos, pues corresponde al territorio en que los mismos serán usados y será también la Ley que rija las operaciones con terceros.

304. Ejemplo. Una empresa inglesa cede una marca a una empresa con sede en Holanda, para que la explote en la comercialización de sus productos exclusivamente en Alemania. La Ley alemana es la que debería aplicarse al contrato. Es Alemania el país en que el derecho tendrá que inscribirse y protegerse y el país en que se van a comercializar los productos. La Ley alemana también gobernará la protección del derecho en relación con terceras personas y se aplicará a las ventas de los productos a consumidores en ese país.

305. B. Respecto de los contratos en que exista más de un territorio concedido, la Ley del lugar de ejecución del contrato no puede ser aplicable porque llevaría a que el contrato se rigiera por distintas Leyes¹⁷⁰⁵. En estos casos, el contrato debería regirse por la Ley de la sede del cesionario, de aquél que explota los derechos.

306. El autor recomienda una única excepción aplicable a todos los supuestos: si el cedente y el cesionario tienen su establecimiento en el mismo Estado se debería aplicar la Ley común de ambos contratantes, por considerarla la más previsible para ambas partes¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰³ STJUE 11 marzo 2010, *Wood Floor*, *cit.*; STJCE 3 mayo 2007, *Color Drack*, *cit.*.

¹⁷⁰⁴ O. LANDO, “Contracts”, *cit.*, p. 142.

¹⁷⁰⁵ O. LANDO, “Contracts”, *cit.*, p. 142.

¹⁷⁰⁶ O. LANDO, “Contracts”, *cit.*, p. 139.

307. La “solución O.LANDO” es fácilmente exportable a los contratos de franquicia, en los que puede reconocerse un contrato en que se ceden derechos por parte del franquiciador y el franquiciado se compromete a su explotación, comercialización y distribución de los productos. Así, podría distinguirse entre los casos en que el territorio de explotación de la franquicia corresponde a un solo Estado, en que se debería aplicar la Ley de dicho Estado, y los casos en que el territorio de explotación se corresponde con varios Estados, en que se debería aplicar la Ley de la residencia habitual del franquiciado. La aplicación de esta Ley no estaría basada en proporcionarle protección, sino en la asunción de que el lugar de su residencia habitual puede ser el lugar en que, con cierta probabilidad, explote una parte considerable del negocio¹⁷⁰⁷.

308. En cuanto a la norma relativa a los casos en que las partes del contrato tienen su residencia habitual en el mismo Estado, se trata de una solución que no es ajena al Reglamento Roma I: la misma se utiliza en relación a los contratos de arrendamiento vacacional (art.4.1.d RR-I). Sin embargo, no parece recomendable incluir esta regla en una norma sobre la Ley aplicable a la franquicia. Independientemente del lugar en que se encuentra el domicilio de las partes, la Ley más conectada con el contrato seguirá siendo la Ley del lugar de ejecución del mismo. Puede ser que en el caso de que ambos contratantes, franquiciador y franquiciado, tengan su residencia habitual en el mismo Estado, los costes de información sobre ese Derecho sean reducidos, pero no serán menores que los del lugar en que se ejecuta el contrato. La Ley del lugar en que se ejecuta el contrato siempre estará presente y las partes necesitarán informarse sobre la misma para otros muchos aspectos relacionados con el mismo. Por eso el Reglamento Roma I no incluye el punto de conexión de la residencia habitual común para todo tipo de contrato de arrendamiento, sino únicamente para aquellos contratos en que el vínculo de las partes con el lugar de ejecución es circunstancial (corto período de tiempo, y generalmente fin vacacional y no negocial).

309. En consecuencia de lo expuesto, cuando el lugar de explotación del negocio se encuentre en varios Estados, la solución que respeta en mayor medida la seguridad jurídica sería la inclusión de un punto de conexión subsidiario que determinara como Ley aplicable la Ley de la residencia habitual del franquiciado, y ello porque con gran probabilidad será allí donde desarrolle su estrategia empresarial –*business planning*– o realice una parte importante de las prestaciones del contrato¹⁷⁰⁸.

¹⁷⁰⁷ Este razonamiento se asemeja al que en sede de competencia judicial internacional proporcionó el TJUE para determinar el lugar de prestación del servicio en un contrato de agencia a ejecutar en varios Estados. Vid. STJUE 11 marzo 2010, *Wood Floor*, *cit.*.

¹⁷⁰⁸ Esta es la solución que actualmente se aplica en el MERCOSUR, en virtud del sistema del TMDCI 1940 (Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940). Para éste, los contratos de franquicia se consideran contratos de prestación de servicios que han de quedar sujetos a la Ley del lugar en que se prestan tales (*lex loci solutionis*), y en caso de que sea imposible determinarlo, por la Ley del domicilio del deudor de tales servicios, que si se sigue el criterio de la finalidad económica del contrato sería el franquiciado (art. 38 TMDCI 1940). Al respecto, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO ET AL., *op. cit.*, p.

310. Una norma de Ley aplicable como la propuesta contribuiría a una aplicación a la totalidad del contrato de franquicia de la misma Ley, pues se le aplicarían también las normas internacionalmente imperativas y de Derecho público de ese Estado¹⁷⁰⁹. La aplicación de este punto de conexión llevaría también a aplicar una única Ley a la mayoría de cuestiones suscitadas en relación con un contrato de franquicia, pues la mayoría de cuestiones no regidas por la *lex contractus*, tal y como se ha analizado en este trabajo, se rigen por la Ley del país en que se ejecuta el contrato (protección de los Derechos de propiedad intelectual que explota el franquiciado –*lex loci protectionis*-, derechos reales derivados del contrato relacionados con el establecimiento –*lex rei sitae*-).

311. Una norma de conflicto de estas características también se alinearía con la solución que en sede de competencia judicial internacional ha propuesto este trabajo para el foro especial en materia contractual. De esta forma, si las partes no hubieran elegido foro ni Ley aplicable, serían competentes los tribunales del lugar en que se presta el servicio, es decir, los del lugar en que se explota la franquicia, y éstos aplicarían su propia Ley. Esta unidad *forum-ius* se alinea con las últimas tendencias en EPIL, que a través de instrumentos triples (=sobre competencia judicial internacional, Ley aplicable y eficacia extraterritorial de decisiones) intentan que los tribunales de los Estados miembros apliquen su propia Ley¹⁷¹⁰.

312. Por todo lo expuesto, se propone una nueva redacción para el art. 4.1.e RR-I, con el tenor literal siguiente: “*el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado explote el negocio; cuando dicho lugar se encuentre en más de un Estado, se regirá por la ley del país en que el franquiciado tenga su residencia habitual*”.

313. Como puede observarse, se trata de una norma de conflicto en cascada o escalera, compuesta por dos puntos de conexión. El punto de conexión principal es el del lugar de explotación de la franquicia. Esta Ley, la más previsible para las partes, se

1053; A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, t. I, pp. 214-215.

¹⁷⁰⁹ Respecto de los contratos de concesión, esto lo pone de manifiesto P. CRAHAY, *Les contrats...*, cit., p. 21, pero no recomienda este punto de conexión porque puede conducir a distintas Leyes aplicables si existen varios Estados en que se explota el negocio franquiciado.

¹⁷¹⁰ Reglamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DOUE L-201, 27 julio 2012, p. 107; o los más recientes Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DOUE L 183, 8 julio 2016, p. 1 y Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DOUE L 183, 8 julio 2016, p. 30.

aplicaría cuando la franquicia se explotara en un único Estado. En caso en que la franquicia se explotara en varios países, de manera que dicha Ley no pudiera ser única, se aplicaría la Ley de la residencia habitual del franquiciado. De esta manera, la solución actual del Reglamento habría de quedar en segundo lugar, pues existiría otro elemento con un “potencial localizador” mayor que la residencia habitual del franquiciado. No parece, no obstante, que dicho Reglamento vaya a modificarse en lo sucesivo, por lo que al menos hemos de contentarnos con que el punto de conexión actual proporciona claridad y seguridad jurídica a una cuestión que hasta el momento había sido muy discutida¹⁷¹¹. En palabras de B. AUDIT, la norma corta por lo sano (“*coupe court*”), con la cuestión de determinar la prestación característica del contrato, y aunque sólo fuera por esa cuestión, es bien recibida¹⁷¹².

314. Sobre una posible protección conflictual para los contratantes de adhesión. En cualquier caso, esta propuesta de norma de conflicto seguiría sin solucionar aquellos casos en que el franquiciado es realmente la parte débil al negociar el contrato y se le impone una cláusula de elección de Ley que le perjudica. Pero si estos casos de desigualdad han de solucionarse de algún modo nunca tendría que ser en la norma de conflicto relativa a la franquicia del art. 4.1 RR-I. Como se ha visto, señalar un punto de conexión favorecedor del contratante que en ocasiones puede ser débil es ineficiente y no tiene realmente efectos protectores, pues la norma de conflicto puede esquivarse mediante un pacto de elección de Ley. Por otra parte, una norma que restringiera para todos los contratos de franquicia la elección de Ley perjudicaría a los franquiciadores que no se encuentran en tal posición de poder o que simplemente no la utilizan para imponer una cláusula de elección perjudicial para el franquiciado, sino que junto con él utilizan la autonomía de la voluntad para señalar la Ley más eficiente para ambos (=pagarían justos por pecadores).

315. En consecuencia, para dar solución a estos casos de imposición de cláusulas de elección de Ley “abusivas” la doctrina ha propuesto la posibilidad de crear una norma protectora de los contratantes de adhesión¹⁷¹³. Esta norma se aplicaría no sólo a la franquicia sino a todo contratante de adhesión entre profesionales, dado que la tendencia a imponer las cláusulas de elección de Ley se da en muchos de estos contratos (contratos bancarios, contratos de transporte marítimo, contratos de suministro, otros contratos de prestación de servicios...) ¹⁷¹⁴. Una norma de este tipo podría utilizar consideraciones “directivas” para determinar la Ley aplicable, pues la misma quedaría fuera del sistema del art. 3 y 4 RR-I.

¹⁷¹¹ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 97;

¹⁷¹² B. AUDIT, *Droit...*, *cit.*, p. 724.

¹⁷¹³ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO ET AL., *op. cit.*, p. 1048; L. Díez-PICAZO, *Derecho y masificación social; tecnología y Derecho privado*, Civitas, MAdrid, 1987, p. 43; J.C. REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas: condiciones negociales generales*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 123-124

¹⁷¹⁴ H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos...”, *cit.*, p. 28; D. P. FERNÁNDEZ ARROYO ET AL., *op. cit.*, p. 1048: (el contrato de adhesión) “*constituye la regla en materias como préstamos, transporte, seguros, distribución, franquicia...*”.

316. En el mismo sentido, se podría plantear la inclusión de una norma similar en el Reglamento Bruselas I bis, para limitar la eficacia de los pactos de elección de tribunales. Si se considerara necesario proteger a estos contratantes de adhesión, una protección exclusivamente en el plano de la Ley aplicable no sería suficiente, pues el hecho de la proximidad del juez competente es considerado en sí como un elemento de protección, dado el carácter disuasivo de los costes que supone la lejanía geográfica así como la extranjería del juez, independientemente de la garantía de obtener la aplicación de la Ley sustantiva más protectora¹⁷¹⁵.

317. Esta propuesta de incorporar al EPIL una norma protectora de los contratantes de adhesión profesionales lleva a la espalda una importante carga ideológica¹⁷¹⁶. Ha de tenerse en cuenta que el creador del concepto “contrato de adhesión”, R. SALEILLES, además de uno de los “padres” del Derecho comparado, se considera uno de los juristas que encabezaron la corriente del “*solidarisme juridique*”, cuya firme determinación era la de modificar un Derecho que estaba pensado para hombres libres e iguales, cuando según él la sociedad no se correspondía con esa afirmación¹⁷¹⁷.

318. Precisamente por esta razón, una norma de estas características no resultaría conforme con el espíritu y los fines del Dipr. UE, y en concreto con su finalidad de fomentar el intercambio y el buen funcionamiento del mercado interior. No debería incluirse en el EPIL ninguna norma protectora de los contratantes de adhesión profesionales por las razones que se exponen a continuación:

319. En primer lugar, porque una norma de estas características no respetaría los principios de seguridad jurídica y previsibilidad propios del Reglamento Roma I (y también del Reglamento Bruselas I bis). En cuanto a la falta de seguridad jurídica, la parte supuestamente más fuerte siempre se vería expuesta a una anulación de la cláusula de elección de Ley por “abusiva”. De esta forma, no sabría con certeza cuál es la Ley aplicable a su contrato, sino que esto quedaría en manos de los tribunales. Estos tendrían

¹⁷¹⁵ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome I, p. 174.

¹⁷¹⁶ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO ET AL., *op. cit.*, p. 1053: “*Los Estados que han abrazado mansamente la economía de mercado en su versión más descarnada tienen no obstante, el poder para establecer normas imperativas reguladoras de los abusos de este mercado (...). Dichas normas de policía tendrían que tener precisamente como función impedir las distorsiones y los malos usos de la libertad comercial, que es un requisito esencial del sistema*”.

¹⁷¹⁷ Vid. A. ARAGONESES, “*Au-déla du Code Civil mais par le Code Civil*”. Raymond Saleilles (1855-1912) y la lucha por el Derecho comparado, Tesis Doctoral, Universitat de Girona, 2006, p. 325: «*La reforma del derecho de contratos estaba fundamentada en una concepción antiindividualista de la sociedad que se iba generando en los medios sociales políticos y científicos. No eran pocos los juristas que rechazaban el postulado de que los hombres nacían libres e iguales y consideraban que el derecho, también el de obligaciones, debía tener esta realidad. El derecho de contratos no podía seguir presuponiendo un contexto de igualdad cuando las empresas imponían contratos tipos a sus trabajadores sin que éstos pudiesen cambiar una sola coma. Los juristas que más destacaron en esta crítica al derecho de contratos liberal fueron Léon Duguit, René Demogue y nuestro jurista*” (refiriéndose a R. Saleilles).

que interpretar una norma que debería aplicarse solamente a aquellos casos en que una parte tenga un poder negociador superior al de la otra parte y en que ese poder se haya utilizado para imponer una cláusula de elección de Ley que solamente beneficiaría al proponente, ambas cuestiones muy difíciles de medir. En cuanto a la falta de previsibilidad, esta norma tampoco permitiría a las partes determinar *ex ante* la Ley aplicable a estos contratos. Si el contratante proponente no dispone de seguridad ni de previsibilidad jurídica dejará de contratar con los operadores jurídicos de la UE. Preferirá realizar operaciones internas o con operadores extraeuropeos en las que sí pueda con seguridad determinar qué Ley se aplicará a su transacción. En consecuencia, el mercado interior se verá dañado y la Unión Europea perderá ventaja competitiva frente a otros Estados.

320. Junto con lo anterior, se ha de añadir que una norma de estas características no encajaría tampoco con el propósito con que el EPIL protege a ciertos contratantes. El EPIL no protege a consumidores, trabajadores y asegurados por considerar que son partes con un menor poder de negociación contractual, pues si así lo hiciera, distinguiría entre los casos en que esa diferencia de poder negociador ha existido y los que no. El EPIL protege a estos contratantes porque no son “comerciantes” y por esta razón les presupone una menor diligencia a la hora de contratar, los considera como sujetos jurídicamente poco expertos (S. MARINO)¹⁷¹⁸. En el contexto de su contrato no son comerciantes ni los trabajadores, ni los consumidores ni los asegurados. Pero el EPIL no protege, ni lo deberá hacerlo nunca, a un comerciante profesional, pues a éste, como operador en el mercado, se le presupone al menos el conocimiento de la disciplina relativa al ejercicio de su actividad. En este sentido puede volver a traerse a colación el ya explicado caso *Benincasa*, en que se excluye que un sujeto que iba a comenzar su actividad profesional como franquiciado de la consideración de consumidor¹⁷¹⁹. La sola circunstancia de que dicha actividad no hubiera comenzado aún no le desprende de su “naturaleza profesional” (FJ 17 de la Sentencia). Junto con ello, se ha de considerar que el franquiciado, como otros contratantes profesionales, puede ser persona física o jurídica. El EPIL únicamente protege a personas físicas. No importa que una empresa pueda ser parte débil en un contrato, ésta no será protegida por el Dopr. UE (caso *Cape v. Idealservice*¹⁷²⁰).

321. En el siglo XXI, la velocidad en la contratación, la seguridad jurídica y la estandarización de los contratos internacionales son elementos esenciales. Y para que estos elementos se sigan manteniendo no se pueden poner trabas a los contratos celebrados por los comerciantes. Una protección conflictual de los contratantes

¹⁷¹⁸ S. MARINO, *op. cit.*, p. 324.

¹⁷¹⁹ STJCE 3 julio 1997, *Benincasa*, *cit.*.

¹⁷²⁰ STJCE 22 noviembre 2001, as. C-541/99, *Cape Snc v Idealservice Srl*, RJ 2001, p. I-09049, ver FJ 16 y fallo: “El concepto de «consumidor», tal como se halla definido en el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas”, en un caso en que el litigio principal era relativo a una cláusula de elección de foro.

profesionales a través de una limitación de la autonomía de la voluntad estaría atentando contra la celeridad del comercio internacional, que es precisamente lo que intentan potenciar los contratos de adhesión. También desde esta perspectiva una regulación de este tipo tendría efectos nocivos contra la competitividad europea, y contra el mercado interior.

322. Además, este tipo de protección no sería “justa” tampoco desde el punto de vista material. El profesional que entra a contratar en el mercado internacional adquiere mayores beneficios (mayor mercado objetivo, libertades de circulación, etc.), pero también ha de asumir más riesgos. Si los riesgos de internacionalización han de ser asumidos únicamente por una de las partes contratantes, la otra no contratará, de forma que el mercado interior se vería seriamente perjudicado. Por ello, la protección del profesional al que se le pretenden imponer cláusulas de elección de Ley o de jurisdicción abusivas está y deberá estar siempre en no contratar.

323. Siendo consciente de lo anterior, el Reglamento contrarresta la posible posición más fuerte de algunas partes contratantes protegiendo el derecho material que, a nivel europeo, entiende como garantía mínima indispensable para dichas partes. Para ello establece en el art. 3.4 que *“cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho europeo, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”*. Este apartado representa una importante vía para proteger las disposiciones de las Directivas europeas sectoriales, y constituye un importante límite a la amplia autonomía conflictual en todos los contratos que, pese a existir desequilibrio en la posición negocial de la partes, quedan sometidos al régimen general de determinación de la Ley aplicable. Respecto a los mismos, el Reglamento se asegura que cuando estén conectados solamente con la Unión Europea no podrán escapar de la regulación material que ésta les proporciona.

324. Pero esta protección sólo será efectiva en el caso en que exista una norma europea que regule la materia en cuestión, como ocurre, por ejemplo, en el caso del contrato de agencia (Directiva 86/653/CEE de 18 de diciembre de 1986). Es por ello que algún autor opina que el legislador europeo debería elaborar una Directiva que regulase cuestiones de fondo relativas a los contratos de distribución y de franquicia, de manera que, al menos cuando todos los elementos de la relación estuvieran incluidos en un ámbito europeo, el tribunal tuviera que aplicar estas normas, sin que para ello haya de considerar las mismas como normas materiales internacionalmente imperativas)¹⁷²¹. Una norma europea en este sentido, que contemplara desde el punto de vista material las protecciones esenciales de las que debería gozar un franquiciado –derecho a la obtención de información precontractual, preaviso a la hora de finalizar la relación

¹⁷²¹ H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos...”, *cit.* p. 31.

contractual...- sería bienvenida por los operadores jurídicos de la Unión y también por la doctrina. Ésta evitaría, como se verá que ocurre, que cada Estado miembro cree sus propias normas de extensión, egoístas y nacionalistas, con distintos niveles de protección y que intente aplicarlas como Leyes de policía.

3.2. La localización de la residencia habitual del franquiciado

325. Para localizar la residencia habitual del franquiciado resulta imprescindible traer a colación el a veces muy injustamente olvidado artículo 19 RR-I¹⁷²². El punto de conexión del art. 4.1.e RR-I ha de ser precisado conforme a lo dispuesto en este artículo, que concreta lo que ha de entenderse por residencia habitual con un criterio único en contraposición al Reglamento Bruselas I bis, que solamente lo hace en relación a las personas jurídicas y que propone tres criterios (art. 60.1 RB-I bis)¹⁷²³. De esta forma se consigue la seguridad jurídica que es imprescindible en sede de Ley aplicable¹⁷²⁴.

326. El art. 19 RR-I establece, tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas que contraten en el ejercicio de su actividad profesional, unas normas especiales que fijan la residencia habitual en el lugar desde el que realizan dicha actividad. La *ratio legis* de estas normas es muy clara: el contrato concluido en el curso de una actividad profesional estará más conectado con el país en que dicha actividad se lleva a cabo que en país donde dicha persona tenga (i) su centro social de vida –si es una persona física- o (ii) su administración central –si es una persona jurídica-¹⁷²⁵. Esta regla se concreta en el art. 19 RR-I de la siguiente forma:

327. a) Respecto de las personas jurídicas, el art. 19.1, párrafo primero indica que su residencia habitual corresponderá al lugar de su administración central, es decir, el lugar en el que se administra habitualmente la sociedad, lugar que no tiene por qué corresponderse con la sede estatutaria. Es en el art. 19.2 RR-I donde se incluye la regla especial según la cual, si el contrato se ha celebrado en el marco de las actividades de uno de los establecimientos de la parte contratante (sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento) o si según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal

¹⁷²² S. LEIBLE / LEHMANN, *op. cit.*, p. 535; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 100; S. MARINO, *op. cit.*, p. 323; U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 296.

¹⁷²³ En general sobre el art. 19 RR-I pueden consultarse las siguientes obras: F. MARONGUI BOUNAIUTI, “Art. 19. Residenza abituale” en F. SALERNO / P. FRANZINA (eds.), *Regolamento CE n. 593/2008*, pp. 892-903, p. 900; D. BAETGE, “Article 19 Rome I” en G.P. CALLIESS (ed.), *Rome Regulations*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, pp. 301-320; L. DE LIMA PINHEIRO, “Article 19: Habitual Residence” en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (dirs.), *Rome I Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 799-810.

¹⁷²⁴ Cdo 39 RR-I: « La seguridad jurídica exige que se establezca una definición clara de residencia habitual, en particular para las sociedades y asociaciones o personas jurídicas. Contrariamente al artículo 60, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 44/2001, que propone tres criterios, la norma de conflicto de leyes debe limitarse a un criterio único; en caso contrario, las partes no podrían prever la ley aplicable a su situación.

¹⁷²⁵ L. DE LIMA PINHEIRO, *op. cit.*, p. 807.

establecimiento, se considerará residencia habitual el lugar en el que dicho establecimiento esté situado.

328. Respecto a los contratos de franquicia, sobre todo los de franquicia unitaria, se ha de aplicar en la mayoría de los casos esta regla especial, pues en los contratos de franquicia se suele determinar el lugar donde se encontrará el establecimiento desde el que la empresa franquiciada ha de realizar su prestación (la explotación directa de la franquicia)¹⁷²⁶. En cuanto a los contratos de máster franquicia, dado que en los mismos el contrato no tiene por qué concretar el lugar desde el que el máster franquiciado haya de realizar su prestación (la promoción y creación de la red de franquicia mediante la contratación con subfranquiciados) esta norma especial se aplicará cuando el contrato se haya celebrado en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o establecimiento de dicho máster franquiciado, que se encuentre en un lugar distinto de aquél en que tiene su administración central.

329. La aplicación de esta norma, cuando el franquiciado no realice su prestación desde un establecimiento único se torna complicada. Esto ocurrirá, por ejemplo, en los casos de contratos de franquicia de área. Para que la determinación de la Ley aplicable siga siendo previsible, la opción más acorde con los objetivos del Reglamento ha de ser la aplicación de la norma general del art. 19.1, párrafo primero, es decir, considerar que la residencia habitual de la empresa franquiciada se encuentra en el lugar de su administración central.

330. Ejemplo. Una empresa con sede en Alemania franquicia un negocio de comercialización de esencias y perfumes que los clientes pueden crear en la misma tienda a una empresa cuya administración central se encuentra en España. En principio, la Ley aplicable al contrato en defecto de pacto sería la de la residencia habitual del franquiciado, es decir, la Ley española (art. 19.1 RR-I). No obstante, si el franquiciado fuera a realizar la prestación objeto del contrato en un establecimiento situado en otro país, es decir, si el establecimiento franquiciado se encontrara, por ejemplo, en Andorra, se le debería aplicar la Ley andorrana (art. 19.2 RR-I).

331. b) Si el franquiciado es una persona física que está ejerciendo su actividad profesional, su residencia habitual coincidirá con el lugar de su “establecimiento principal” (“*principal place of business*”) (art. 19.1, párrafo segundo RR-I). El art. 19 RR-I no define qué ha de entenderse por “establecimiento” por lo que la doctrina propone adoptar la definición que sobre este término ha dado el TJUE en relación al art. 5.5 CB (actual art. 7.5 RB-I bis)¹⁷²⁷. Esta definición está pensada para las personas jurídicas, de forma que no se adapta totalmente al precepto mencionado, pero aporta un dato significativo: se trata del lugar desde el que el profesional establece el vínculo

¹⁷²⁶ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 273, que señala que el art. 19 RR-I lleva a considerar la Ley del “mercado afectado” por el contrato. En el mismo sentido, P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 106.

¹⁷²⁷ L. DE LIMA PINHEIRO, *op. cit.*, p. 807.

jurídico, desde el que celebra el contrato respecto al que se busca determinar la Ley aplicable¹⁷²⁸.

332. La mayoría de la doctrina que se ha pronunciado sobre la cuestión no ha dudado en afirmar con entusiasmo que cuando el franquiciado sea una persona física, su residencia habitual será el lugar de su “establecimiento principal”, pues el franquiciado actúa en el ejercicio de su actividad profesional¹⁷²⁹. Pero esta afirmación presenta dos problemas. El primero, que la residencia habitual ha de determinarse en el momento de celebración del contrato, momento en que el franquiciado aún no explota dicho establecimiento (art. 19.3 RR-I). El segundo, que según la definición de establecimiento antes expuesta, se exige que sea desde dicho establecimiento desde el que el contratante haya celebrado la operación contractual. Precisamente porque dicho establecimiento aún no ha sido puesto en marcha, no será desde el mismo desde el que el franquiciado persona física celebre el contrato con el franquiciador.

333. Sin embargo, entender como residencia habitual del franquiciado el lugar en que se encuentra dicho establecimiento conlleva indudables ventajas. Se trataría, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, de una Ley mucho más conectada con el contrato que el lugar en que se encuentre el centro social de vida de ese franquiciado. Aplicar el art. 19.1 párrafo primero a la interpretación del art. 4.1.e RR-I supondría que aplicar una Ley no solamente próxima al franquiciado, sino también a una Ley próxima al franquiciador, la Ley del lugar en que se explota la franquicia. Es cierto que, como ha puesto de manifiesto S. MARINO, la Ley de este lugar de ejecución es una Ley muy cercana al franquiciado, pues se trata de la Ley a la que habitualmente adapta su comportamiento profesional¹⁷³⁰. Pero no es menos cierto que la Ley de dicho Estado también será relativamente familiar al franquiciador, pues habrá tenido que informarse sobre la misma en relación a otros aspectos relacionados con la red de franquicia que haya establecido en ese Estado, por ejemplo, sobre normas administrativas, o sobre normas que potencialmente pudieran aplicarse como normas de policía.

334. Por ello, y a pesar de los inconvenientes puestos de manifiesto, se recomienda entender como residencia habitual del franquiciado el lugar desde el que explota la franquicia, es decir, el establecimiento franquiciado. Respecto de los inconvenientes señalados, el primero de ellos puede sortearse si se considera que la exigencia de que la residencia habitual se determine en el momento de la celebración

¹⁷²⁸ STJCE 22 noviembre 1978, *Somafer*, cit., FJ 12: “*un centro de operaciones, que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una empresa principal, dotado de una dirección y materialmente equipado para poder realizar negocios con terceros, de tal modo que éstos, aun sabiendo que eventualmente se establecerá un vínculo jurídico con la empresa principal, cuyo domicilio social se halla en el extranjero, quedan dispensados de dirigirse a ella directamente, y pueden realizar negocios en el centro operativo que constituye su prolongación*”.

¹⁷²⁹ STJCE 3 julio 1997 *Benincasa*, cit.. Como indica P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 100, más que “profesional” se trata de una actividad “empresarial”, pero el precepto se le aplica igualmente; S. MARINO, *op. cit.*, p. 323; U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 296.

¹⁷³⁰ S. MARINO, *op. cit.*, p. 323.

del contrato incluye también la posibilidad de su precisión “según el contrato”. Así lo permite el Reglamento respecto de las personas jurídicas (art. 19.2 RR-I), por lo que no hay razón para prohibirlo en relación a las personas físicas. Además, la *ratio legis* de esta norma es evitar que los traslados de residencia al extranjero una de las partes pueda modificar unilateralmente la Ley que rige el contrato¹⁷³¹. Esto no podrá ocurrir en el caso analizado, pues el lugar en que se encuentra el establecimiento franquiciado siempre se fijará por el contrato, sin que pueda modificarse de forma unilateral. En cuanto al segundo inconveniente, puede sortearse si se considera que la definición de establecimiento del art. 7.5 RB-I bis no es válida para el Reglamento Roma I. Así lo han considerado algunos autores, que han definido “establecimiento” a efectos de este precepto como el lugar en que se reúnen la mayoría de los recursos de la persona en relación con su actividad: tanto los empleados como los recursos no monetarios utilizados para dicha actividad¹⁷³². Indudablemente, el lugar en que se reúnen dichos recursos en relación al franquiciado es el establecimiento franquiciado.

335. De esta forma, el Reglamento proporcionará, de forma indirecta, una respuesta eficiente a la cuestión de la Ley aplicable, al menos cuando el lugar en que se explota la franquicia sea único. Cuando se trate de un establecimiento único, el punto de conexión establecido en el art. 4.1.e RR-I quedará sin duda corregido por el art. 19 RR-I. En los casos en que el franquiciado preste sus servicios en muchos lugares, el propio precepto proporciona también una solución satisfactoria: el establecimiento a tener en cuenta será el “establecimiento principal”. En el caso de un franquiciado directo que explote varios establecimientos, se ha de seleccionar el “principal”. Podría considerarse como establecimiento principal aquél que económicamente destaque respecto de los otros (volumen de ventas, clientela...) siempre que esa preeminencia pueda reconocerse externamente, es decir, siempre que conduzca a la aplicación de una Ley previsible para la otra parte contratante¹⁷³³. Si se trata de un máster franquiciado, como establecimiento principal se ha de entender el lugar desde el que éste ejerce su actividad de control u organización de la red.

336. Ejemplo. La empresa con sede en Alemania referida en el caso anterior celebra un contrato de franquicia de área con un particular que posee varias tiendas de perfumes en Andorra y en España, tiendas que transformará en los establecimientos franquiciados. En defecto de pacto, la Ley aplicable al mismo será la del “establecimiento principal” del franquiciado. Por “establecimiento principal” se ha de

¹⁷³¹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, cit., p. 385.

¹⁷³² D. BAETGE, *op. cit.*, p. 312: “The principal place of business is identical with the centre of a person’s business activities, that is, (...) in case of a service-orientated business, where most staff and other non-monetary resources are assembled”.

¹⁷³³ L. DE LIMA PINHEIRO, *op. cit.*, p. 808: “Persons carrying out such independent activity in more than one country will have their principal place of business in the country where this activity is most important, taking into account the volume of the transactions and the dimension of the human and material resources employed, in a way externally recognizable”.

entender la tienda con un mayor volumen de ventas, siempre que ello pueda deducirse externamente, tienda que podrá encontrarse en Andorra o en España (art. 19.1 RR-I).

337. Esta interpretación correctora del art. 4.1.e RR-I a la luz del art. 19 RR-I resulta extremadamente oportuna. Si el punto de conexión de la residencia habitual de la persona física profesional hubiera operado de la misma forma que en relación a otros sujetos, es decir, como el lugar principal de sus propios intereses, su centro social de vida, la Ley aplicable al contrato podría ser, como se ha visto, una Ley que no estuviera suficientemente próxima a tal contrato, en todos los casos en que no coincidiera el lugar de la residencia habitual con el de explotación de la franquicia¹⁷³⁴.

338. A modo de recapitulación, la residencia habitual del franquiciado, cuando el lugar de explotación de la franquicia sea único, ha de considerarse como el lugar en que se realiza esta explotación. Cuando dicho lugar sea múltiple, habrá que diferenciar entre franquiciados persona física y persona jurídica. Cuando se trate de una persona jurídica, se aplicará la Ley del lugar de su administración central, y cuando se trate de una persona física, la Ley del lugar del establecimiento franquiciado principal.

3.3. Diferencias con la Ley aplicable a otros contratos

3.3.1. Contratos de distribución

339. Como se ha indicado, el art. 4.1.f RR-I dispone de manera separada a los contratos de franquicia la Ley aplicable a los contratos de distribución. En esta norma de conflicto, el legislador europeo también opta por la Ley de la residencia habitual del distribuidor. Resulta llamativo que el legislador haya dedicado dos normas distintas a la franquicia y a la distribución y más aún cuando la solución del art. 4.1.e y el 4.1.f llevan ambas a la aplicación de la Ley de la residencia habitual del “prestador del servicio” (dicho prestador es el distribuidor, tal y como ha indicado el TJUE en el caso *Corman Collins*¹⁷³⁵, y lo es también el franquiciado conforme a la argumentación expuesta en este trabajo). Esta separación también llama la atención si se tiene en cuenta que en el otro sector de Derecho europeo en que se menciona a los contratos de franquicia, el Derecho de la competencia, ambos contratos se han considerado conjuntamente. El Reglamento de exenciones ya ni siquiera se define a la franquicia, sino que la incluye como un acuerdo vertical más junto con los demás contratos de distribución¹⁷³⁶.

¹⁷³⁴ S. MARINO, *op. cit.*, p. 323. En general sobre el beneficio al principio de proximidad que genera el art. 19 RR-I, L. DE LIMA PINHEIRO, *op. cit.*, p. 807.

¹⁷³⁵ STJUE 19 diciembre 2013, *Corman Collins*, *cit.*.

¹⁷³⁶ Art. 1.1.a) Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DOUE L 102 de 23.4.2010, pp. 1-7.

340. Esta regulación separada resulta acertada. Como se ha expuesto en este trabajo, los contratos de franquicia son un tipo contractual específico, que forma parte de los contratos de colaboración, y de distribución comercial en sentido amplio, pero que se distingue de los “contratos de distribución” en su sentido estricto. Una de las diferencias principales entre estos contratos es, como se apuntó, que desde el punto de vista interno externo, el distribuidor conserva su identidad en el mercado, mientras no lo hace el franquiciado. La raíz de esta diferencia reside en la mayor importancia en los contratos de franquicia de la cesión de derechos de propiedad intelectual e industrial del franquiciador al franquiciado. Precisamente por el peso de estos derechos en la franquicia, se podría haber discutido si en la franquicia no debía ser el “prestador” el franquiciador. De esta forma, la franquicia cuenta con su propia letra en el art. 4.1. RR-I para aclarar que es la residencia habitual del franquiciado y no la del franquiciador, la que ha de utilizarse para determinar la Ley aplicable. De esta forma se aclara además que esas cesiones de derechos que se realizan en el marco de un contrato complejo mayor han de regirse por la Ley aplicable a ese contrato¹⁷³⁷.

341. Esta postura se apoya además en que la cesión de derechos incorporales (propiedad intelectual e industrial) no tiene un foro específico en el 4.1 del Reglamento. Así, cuando dicha cesión se haga en el marco de un contrato de franquicia, esta quedaría regulada por el 4.1.e, y cuando se haga fuera de estos casos habrá de regularse por el 4.2, es decir, por la Ley de la residencia habitual del prestador característico, que, como se verá a continuación, sería el cedente de los derechos.

3.3.2. *Contratos de cesión de derechos sobre propiedades incorpóras*

342. Como se ha indicado, los contratos que tienen por objeto la cesión de derechos incorporales, como derechos de propiedad intelectual e industrial, no disponen de una regla de determinación de la Ley aplicable en el art. 4 RR-I. La Propuesta de Comisión del Reglamento Roma I de 2005 sí contenía una norma en este sentido, que sujetaba estos contratos a la Ley de la residencia habitual del cedente de los derechos¹⁷³⁸.

343. Esta norma fue eliminada porque la misma entraba en colisión con la regla del art. 4.1.e RR-I relativa al contrato de franquicia¹⁷³⁹. Los contratos de franquicia, y en ocasiones los de distribución, contienen también acuerdos sobre la cesión de derechos, lo que podía hacer dudar si la parte de los mismos relativa a la cesión debía regirse por

¹⁷³⁷ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p.549.

¹⁷³⁸ La propuesta estaba incluida en la letra 4.1.f RR-I: “a contract relating to intellectual or industrial property rights shall be governed by the law of the country in which the person who transfers or assigns the rights has his habitual residence”. La misma fue duramente criticada en EUROPEAN MAX-PANCK GROUP FOR CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY, “On the European Commission’s Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations („Rome I“) of December 15, 2005 and the European Parliament Committee on Legal Affairs’ Draft Report on the Proposal of August 22, 2006”, <http://pubman.mpdl.mpg.de/pubman/item/escidoc:1729069:3/component/escidoc:1795371/Comments-ContractualObligations.pdf> (fecha última consulta: 20/03/2017).

¹⁷³⁹ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 666.

la norma prevista para dichos contratos de cesión, o si debía hacerlo por la relativa a la franquicia¹⁷⁴⁰.

344. Al eliminar esta regla especial ya no queda duda. Cuando la cesión de estos derechos incorporeales se enmarca en el cuadro general de un contrato de *franchising*, será aplicable el art. 4.1.e RR-I, y cuando tales cesiones se realicen al margen de dicho contrato, este artículo no será aplicable y la Ley reguladora de tales contratos será la Ley del país en cuyo territorio tenga su residencia habitual el prestador característico, que en caso de acuerdos simples de cesión se corresponderá con la Ley del cedente de estos derechos incorporeales (P. LAGARDE, A. TENENBAUM, A.J. BELOHLÁVEK)¹⁷⁴¹.

4. Casos que requieren soluciones específicas

345. Dada la complejidad de las relaciones de franquicia, resulta también preciso analizar si el art. 4.1.e RR-I servirá también para determinar la Ley aplicable a algunos aspectos particulares de estas relaciones. Esos aspectos particulares son (i) la acción directa del consumidor frente al franquiciador; (ii) las acciones derivadas de un contrato de franquicia que incluya condiciones generales de la contratación; (iii) las acciones derivadas de uno de los contratos de ejecución del contrato de franquicia, en especial de las posibles relaciones de suministro de franquiciador a franquiciado y (iv) las *class actions* de los franquiciados frente a su franquiciador.

4.1. La acción directa del consumidor frente al franquiciador

346. En correlación a la pregunta planteada en sede de competencia judicial internacional, cabe cuestionarse qué Ley se aplicaría a la acción directa de un consumidor frente a un franquiciador, y, especialmente, si se podría aplicar la Ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, de acuerdo con el art. 6 RR-I.

347. Como se indicó a efectos del Reglamento Bruselas I bis, esta relación debería considerarse como materia delictual o cuasidelictual, pues entre las partes no existe contrato alguno (ningún vínculo asumido libremente por una parte frente a otra)¹⁷⁴². Dado que la “materia delictual o cuasidelictual” es precisamente el ámbito de aplicación del Reglamento Roma II¹⁷⁴³ y que el cdo. 7 de este Reglamento parece imponer la interpretación uniforme de las nociones compartidas por ambos

¹⁷⁴⁰ EUROPEAN MAX-PANCK GROUP FOR CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY, “On the European...”, *cit.*, p. 3.

¹⁷⁴¹ P. LAGARDE / A. TENENBAUM, *op. cit.*, p. 727; A.J. BELOHLÁVEK, *Rome Convention-Rome I Regulation. Commentary*, Juris Publishing, New York, 2011, p. 1016.

¹⁷⁴² STJCE 17 junio 1992, 17 junio 1992, *Handte, cit.*; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion, cit.*.

¹⁷⁴³ A pesar de que este Reglamento utilice el término “obligaciones extracontractuales”.

Reglamentos¹⁷⁴⁴, esta acción debería ser calificada como extracontractual también en sede de Ley aplicable, y por lo tanto dicha Ley debería ser determinada conforme al citado Reglamento Roma II¹⁷⁴⁵.

348. No obstante, si la reclamación versara sobre daños causados por productos defectuosos, sobre el Reglamento Roma II prevalecería el Convenio de La Haya de 2 octubre 1973, sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, en aquellos países de la UE en que estuviera en vigor¹⁷⁴⁶. Este convenio contiene diversas reglas al respecto, pero su regla general es que la Ley aplicable será el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se haya producido el daño, en el caso de que dicho Estado sea también: (a) el Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada; o (b) el Estado en el que se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o (c) el Estado en cuyo territorio el producto ha sido adquirido por la persona directamente perjudicada (art. 4).

4.2. Contratos con condiciones generales de la contratación

349. Algunos Estados miembros tienen Leyes que regulan la posibilidad de declarar nulas o no incorporadas las cláusulas consideradas como “condiciones generales de la contratación” que sean perjudiciales para el adherente, sea dicho adherente un consumidor o un profesional. Además de la cuestión de si estas normas han de considerarse como normas internacionalmente imperativas, que se verá más adelante, resulta preciso plantearse si el art. 4.1.e RR-I servirá para determinar la Ley aplicable a una acción de anulación de una condición general contenida en un contrato de franquicia.

350. La respuesta a esta pregunta dependerá de quién plantee la acción de anulación. Si se trata de un franquiciado, que pretende anular la cláusula contenida en su contrato, estas acciones han de ser consideradas como contractuales y por lo tanto la Ley aplicable a las mismas, si el contrato no ha dispuesto nada al respecto, será la determinada por el art. 4.1.e RR-I. Si quien pretende emprender este tipo de acción es

¹⁷⁴⁴ Considerando 7 RR-II: “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), y con los instrumentos que traten sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”.

¹⁷⁴⁵ Lo anterior se afirma como una norma general, aunque ha de tenerse en cuenta que la operación de calificación en sede de competencia judicial internacional y en sede de Ley aplicable son operaciones distintas. Como indica B. HAFTEL, *op. cit.*, p. 767: «*Certes, les solutions apportées aux difficultés de qualification seront, en fait, souvent identiques (...), mais il n’y a qu’une réalité statistique*».; En el mismo sentido, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, *cit.*, p. 219-220.

¹⁷⁴⁶ En la Unión Europea, en virtud de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, OJ L 210, 7.8.1985, p. 29–33, es posible considerar al productor o suministrador de los productos como responsable frente al consumidor. *Vid.* L. VOGEL (dir.), *op. cit.*, p. 138.

una asociación de franquiciados, la Ley aplicable tendrá que determinarse conforme al Reglamento Roma II, pues no existe ningún compromiso libremente asumido entre dicha asociación y el franquiciador. En dicho Reglamento no existe ninguna norma especial que determine la Ley aplicable a estas cuestiones, por lo que se tendrá que estar al régimen general (arts. 14 y 4 RR-II). En relación con la Ley aplicable en defecto de elección, la concreción del lugar en que se produce el daño puede revestir cierta dificultad. Dicho lugar será el afectado por la condición general que se pretende anular. Será esta Ley la que determine también si los demandantes están legitimados para solicitar dicha anulación.

351. En cualquier caso, como recientemente ha señalado el TJUE en un caso sobre una acción de cesación en contratos de consumo, una cosa es la Ley aplicable a la “acción”, que se determina tal y como acaba de exponerse, y otra la Ley aplicable a la determinación de si una concreta cláusula ha de considerarse abusiva (caso *Amazon*)¹⁷⁴⁷. A esta segunda cuestión siempre se le ha de considerar como contractual. En caso contrario, su carácter de abusiva o no se haría depender de quién planteara la acción.

4.3. Contratos de ejecución del contrato marco de franquicia

4.3.1. Consideraciones generales

352. Como se ha indicado al comienzo de la sección sobre las obligaciones contractuales, la operación de franquicia internacional está formada por varios “contratos” a efectos de Ley aplicable, el contrato marco y los contratos de ejecución. Todos estos han de recibir un tratamiento diferenciado a efectos de determinar la Ley aplicable, aunque los mismos formen parte de una operación económica integrada¹⁷⁴⁸.

353. Cuando el litigio se refiere en exclusiva a una obligación dimanada de uno de los contratos de ejecución de ese contrato marco, la determinación de la Ley aplicable al mismo se tendrá que determinar de forma independiente a la del contrato marco. Así por ejemplo, si el litigio surge en relación al precio de uno de los pedidos que el franquiciado ha efectuado al franquiciador, se tendrá que ver (i) si existe en dicho pedido un pacto de elección expresa o tácita –por posible extensión del pacto de ley

¹⁷⁴⁷ STJUE 28 julio 2016, *Amazon*, cit., FJ 58: “De las consideraciones anteriores resulta que la ley aplicable a una acción de cesación, en el sentido de la Directiva 2009/22, debe determinarse con arreglo al artículo 6, apartado 1, del Reglamento Roma II cuando se invoca la violación de una legislación destinada a proteger los intereses de los consumidores frente al uso de cláusulas abusivas en las condiciones generales de venta, mientras que la ley aplicable a la apreciación de una cláusula contractual dada debe determinarse siempre con arreglo al Reglamento Roma I, en el marco de una acción individual o en el de una acción colectiva”.

¹⁷⁴⁸ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 138; F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 20: « la détermination du droit applicable obéit à une démarche analytique, distinguant contrat par contrat, et soumettant par voie de conséquence l'accord cadre à la règle de conflit générale aujourd'hui puisée en France au sein de la Convention de Rome, tout en réservant aux contrats d'application le jeu de la règle de conflit spécifique appelée par leur nature propre ».

aplicable contenido en el contrato marco-, y en defecto de pacto (ii) cuál es la Ley aplicable a ese concreto contrato de compraventa entre franquiciador y franquiciado conforme al art. 4 RR-I.

354. Respecto de esta determinación de la Ley aplicable en defecto de pacto no se ha de realizar mayor precisión, pues no reviste más dificultad que la que tendría la determinación de la Ley aplicable a ese contrato si no estuviera incluido en una relación comercial internacional de franquicia. Así, por ejemplo, en relación a los contratos de aprovisionamiento de productos, en defecto de Ley elegida, se aplicará el art. 4.1.a RR-I en conjunción con la Convención de Viena de 1980, si es que resulta de aplicación¹⁷⁴⁹. En el caso de contratos de *leasing* o arrendamiento financiero de equipamientos específicos necesarios para el éxito de la fórmula comercial, se aplicará la Ley de la residencia habitual del prestador característico (el arrendador, es decir, el franquiciador), en virtud del art. 4.2 RR-I. En cuanto a los contratos de licencia de explotación de un determinado *software* desarrollado por el franquiciador, también muy comunes, se aplicará la Ley de la residencia habitual de la parte que concede la licencia (en este caso, el franquiciador) también en virtud del art. 4.2 RR-I.

355. La única cuestión a destacar sería que respecto a estos contratos existe una mayor posibilidad de aplicación de la cláusula del art. 4.3 RR-I, ya que una de las circunstancias que se han de tener en cuenta para determinar si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, es que el contrato tenga una relación estrecha con otros contratos (cdo. 20 RR-I)¹⁷⁵⁰. La doctrina ha visto en este considerando la intención del Reglamento de sentar los primeros cimientos para una norma sobre los contratos conexos, si bien ha de ser usada dentro de los límites, tan estrictos, de esta cláusula¹⁷⁵¹. En este sentido, como indica P. LAGARDE, esta disposición no puede convertirse en una norma de conflicto de sustitución, que permita aplicar al contrato de aplicación la Ley aplicable al contrato marco¹⁷⁵². Ha de aplicarse únicamente en situaciones muy excepcionales en que el contrato se encuentre manifiestamente más vinculado con el Estado cuya Ley se aplica al contrato marco¹⁷⁵³. De esta forma, el simple hecho de que el contrato de ejecución se encuentre objetivamente vinculado al contrato de franquicia no permite deducir que las partes hayan decidido someter tal contrato de ejecución a la misma Ley que el contrato marco de franquicia¹⁷⁵⁴.

¹⁷⁴⁹ U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 296; A. DUTTA, *op. cit.*, n. 2087.

¹⁷⁵⁰ Cdo. 20 RR-I: “(...) Para determinar dicho país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos”.

¹⁷⁵¹ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 138. En este sentido también se ha manifestado A. DUTTA, *op. cit.*, p. 955.

¹⁷⁵²; Sent. Cour Cass. (1re Ch.Civ.) de 15 mayo 2001, *Optelec vs. soc. Midtronics BV*, *RCDIP*, 2002, pp. 86-93, nota de P. LAGARDE, *RCDIP* 2001, p. 89.

¹⁷⁵³ F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 21; T. AZZI, “La loi applicable...”, p. 2173.

¹⁷⁵⁴ A. DUTTA, *op. cit.*, p. 955.

356. Se ha de hacer referencia a dos cuestiones que pueden resultar de interés. La primera, es qué ocurre si se anula el contrato marco, es decir, si se han de mantener vigentes los contratos de ejecución, y conforme a qué Ley se ha de determinar dicha vigencia. Si se mantiene la norma “contrato por contrato”, la posibilidad de anular o extinguir un contrato de ejecución, si el contrato marco es nulo o se resuelve, ha de determinarse conforme a la Ley aplicable al contrato de ejecución en cuestión. Dicha Ley indicará si un contrato de ejecución como el de la situación litigiosa es independiente a efectos sustantivos de un contrato marco que ha sido declarado como nulo o resuelto (independientemente de que tal nulidad o resolución haya sido declarada conforme a otra Ley aplicable, es decir, conforme a la Ley aplicable al contrato marco)¹⁷⁵⁵.

357. La segunda, es cómo se determina la Ley aplicable a un litigio en que la obligación controvertida afecte tanto a un contrato de ejecución como al contrato marco de franquicia y no exista elección de Ley por las partes o la misma no se refiere a la totalidad de la operación contractual. Esta cuestión se estudiará a partir del tipo más común de contrato de ejecución que se celebra en el marco de un contrato de franquicia, el contrato de compraventa de productos del franquiciador al franquiciado.

358. Ejemplo. El franquiciado pide la resolución anticipada del contrato de franquicia por retrasos sucesivos del franquiciador en la entrega de las mercaderías que le ha de proporcionar a lo largo de la relación contractual. ¿Es ésta una cuestión relativa al contrato marco de franquicia o a los contratos de ejecución en los que ha existido el retraso?

4.3.2. Especial consideración a las compraventas de mercaderías entre franquiciador y franquiciado

359. Como ya se ha indicado, en el contrato de franquicia se suele incluir la obligación del franquiciado de adquirir del franquiciador ciertos productos (ya sean los bienes que van a ser comercializados, ya sean otros productos necesarios para mantener la uniformidad de la cadena franquiciada: productos de limpieza, ambientadores, perchas en franquicias de ropa, servilletas en establecimientos de hostelería...). Esta obligación de adquisición se puede detallar más o menos en el contrato marco de franquicia o en sus anexos, y posteriormente se ejecutará mediante la realización de

¹⁷⁵⁵ F. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, pp. 90, y 97, parece inclinarse para el contrato de *joint venture* por otro tipo de solución: para determinar la interdependencia entre unos contratos y otros se ha de atender a las circunstancias de la relación en concreto y a los intereses de los participantes. Esta solución ignora la existencia de un conflicto de leyes en relación a tal interdependencia. En Derecho español, para apreciar dicha interdependencia, se exige que exista un “nexo sinalagmático” entre ambos contratos, que se traduce en que se hayan celebrado por las mismas partes, exista una única formación del consentimiento, y que las prestaciones de ambos contratos sean dependientes recíprocamente, *vid.* A. LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, p. 304.

pedidos por parte del franquiciado y su satisfacción por parte del franquiciador, en los que se concretará lo no cubierto por el contrato marco¹⁷⁵⁶.

360. Estas compras que el franquiciado realiza al franquiciador durante la relación de franquicia merecen un tratamiento separado también en los casos en que no existe elección de Ley aplicable en dos sentidos: en primer lugar, en lo que se refiere a la aplicación de la Convención de Viena 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías a esas relaciones de compraventa (CVIM 1980)¹⁷⁵⁷, y en segundo lugar, en la diferenciación de las obligaciones que han de considerarse como parte de esos contratos de compraventa y las que se han de considerar parte del contrato marco de franquicia.

4.3.2.1. Aplicación de la Convención de Viena 1980 en defecto de elección de Ley aplicable.

361. Independientemente de la calificación que estas compraventas reciban en los ordenamientos nacionales, las mismas se consideran como contratos independientes a efectos de determinar la Ley aplicable a los mismos conforme al Reglamento Roma I, pues son acuerdos de ejecución del contrato marco de franquicia¹⁷⁵⁸. Son auténticos “contratos”. Una clara prueba de esta independencia es que estos contratos, igual que con el franquiciador, pueden suscribirse con un tercero indicado por el franquiciador (lo que ocurre muchas veces). Si en esos casos no tendría sentido que contrato de franquicia y contratos de compraventa se consideraran como un solo contrato a efectos de Ley aplicable, tampoco lo tendrá cuando esas compraventas celebren entre franquiciador y franquiciado¹⁷⁵⁹.

¹⁷⁵⁶ Como se ha indicado en otras ocasiones, al Anexo que contiene las condiciones generales de aprovisionamiento se le suele denominar “*Statement of work*” o “*SoW*”.

¹⁷⁵⁷ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías de 11 abril 1980, en vigor con carácter general desde 1 enero 1988, y para España desde 1 agosto 1991, *BOE* 30 enero 1991, pp. 3170-3179. Versiones auténticas en distintos idiomas disponibles en: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1988/01/19880101%2003-03%20AM/Ch_X_10p.pdf (fecha última consulta 20/03/2017).

¹⁷⁵⁸ En los ordenamientos de los Estados miembros estas relaciones de compraventa entre las partes pueden calificarse (i) bien como la ejecución de una única relación jurídica de “suministro” incluida en el contrato de franquicia, es decir, un acuerdo en que el vendedor –franquiciador– se obliga a realizar en el tiempo una serie de entregas periódicas, determinadas (x unidades al mes durante x años) o indeterminadas (tantas unidades al mes como necesite el franquiciado), a cambio de un precio pagado por cada prestación periódica; o (ii) como varias compraventas autónomas de ejecución instantánea, realizadas conforme a las condiciones pactadas por las partes en el contrato marco de franquicia y/o en cada uno de los pedidos puntuales. L. NAVARRO MATAMOROS, “Compraventa mercantil y contratos afines” en VV.AA., “*Derecho Mercantil III en Red*”, Universidad de Murcia, Murcia, 2014, p. 19.

¹⁷⁵⁹ Así lo consideró, antes de la entrada en vigor del Reglamento, la Sent. OLG Klobenz 17 septiembre 1993, *RIW*, 1993, pp. 934-938, en relación a un contrato de distribución comercial, aplicando además a la parte de la compraventa la Convención de Viena 1980. En el mismo sentido, M. MENDELSON, *Franchising Law, cit.*, p. 434.

362. Por ello, en principio, para determinar la Ley aplicable a uno de estos contratos de compraventa, si las partes no han realizado pacto de elección, el operador jurídico tendría que recurrir al art. 4.1.a RR-I, que establece un punto de conexión específico para determinar la Ley aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías. Este punto de conexión es la residencia habitual del vendedor, que en el contexto de un contrato de franquicia se traduciría por la residencia habitual del franquiciador.

363. Pero ya se indicó en el epígrafe relativo a la elección de Ley que, en materia de compraventa internacional de mercaderías, el Reglamento Roma I ha de convivir con otro instrumento: el régimen sustantivo de la compraventa internacional establecido por la CVIM 1980. Este convenio internacional es una norma de Dipr. material independiente, que tiene su propio ámbito de aplicación y que puede aplicarse a una relación jurídica internacional con independencia de que la misma forma parte del Derecho del Estado señalado por la norma de conflicto del Reglamento Roma I¹⁷⁶⁰. Por ello, es necesario precisar en qué casos se ha de aplicar este instrumento a las relaciones de compraventa entre las partes, y cómo ha de conjugarse el mismo con el art. 4.1.a del Reglamento Roma I, que determina la Ley aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías.

364. Al calificarse los contratos de compraventa existentes en ejecución del contrato de franquicia como “verdaderos” contratos de compraventa, se permitiría, considerando exclusivamente las condiciones de aplicabilidad, la aplicación de la Convención, sin que el operador jurídico tenga que supeditar la misma a que el Derecho aplicable a la franquicia en general se corresponda con un Estado contratante¹⁷⁶¹. Dichas condiciones de aplicabilidad son las siguientes:

365. i. Condiciones de aplicación sustantiva. Los contratos de compraventa que tienen lugar en el marco de una relación de franquicia internacional han de considerarse “contratos de compraventa internacional de mercaderías” a efectos de la Convención. Pese a que la CVIM 1980 no ha definido el concepto de estos contratos, entre franquiciador y franquiciado se producen verdaderos contratos traslativos de la

¹⁷⁶⁰ Estas normas materiales de Derecho internacional privado proporcionan una respuesta jurídica directa y sustantiva a las situaciones privadas internacionales, al contrario de las normas de conflicto, que remiten a la Ley de un país. Sobre las mismas: H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956; E. BENZENBERG, *Die Behandlung ausländischer Eingriffsnormen im internationalen Privatrecht: eine Studie unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Schuldrechts*, Jena, JWV, 2008; S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Economica, 2004; U.P. GRUBER, *Methoden des internationalen Einheitsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004; A. REMIRO BROTONS, «Reglas de conflicto y normas materiales de DIPr.», *Temis*, Fac. Dcho. Univ. Zaragoza, n.33-36, 1973-74 (Symbolae García Arias), pp. 605-646; B. SCHINKELS, *Normsatzstruktur des IPR: zur rechtstheoretischen Einordnung des Befehls der «Anwendung» ausländischem Recht entnommener Normsätze im autonomen deutschen IPR*, Tübingen, 2007; B. VERSCHRAEGEN, *Rechtswahl: Grenzen und Chancen*, Wien, Sramek, 2010.

¹⁷⁶¹ J. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 67; M. MEDINA DE LEMUS, *La venta internacional de mercaderías*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 37.

propiedad, de intercambio de mercancías a cambio de un precio¹⁷⁶². Que estas compraventas se den en el marco de una relación continua entre las partes no obsta para que se aplique la CVIM, pues ésta prevé su aplicación tanto para las compraventas individuales como para los denominados “*contracts for the delivery of goods by installments*” (noción que el texto oficial español expresa con el término “contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías”). Respecto a estos contratos la mejor doctrina ha indicado que incluye no solamente los contratos de compraventa con entregas fraccionadas, sino también las relaciones de suministro¹⁷⁶³, y ello independientemente de que los mismos se den en el marco de un contrato de distribución o franquicia¹⁷⁶⁴. Además, para que la CVIM sea aplicable, en el contrato de compraventa se han de transmitir “mercaderías”, de acuerdo a lo que este concepto significa según la Convención (art. 2 CVIM) y la controversia ha de versar sobre alguna de las materias cubiertas por la Convención (*vid. arts. 4 y 5 CVIM*)¹⁷⁶⁵.

366. ii. Condiciones de aplicación territorial. En primer lugar, es preciso que ambas partes del contrato de franquicia tengan su establecimiento (“*place of business*”, “*établissement*”) en Estados distintos (art. 1 CVIM). El concepto de establecimiento no fue definido por la Convención, lo que dio lugar a importantes divergencias en cuanto a la posibilidad de considerar como tal a los establecimientos sin personalidad jurídica ni capacidad para contratar¹⁷⁶⁶. Ante ello, tanto la mayoría de la jurisprudencia como de la doctrina ha propuesto una noción de establecimiento muy similar a la de “residencia habitual” de la persona jurídica utilizada en el Reglamento Roma I, la de “organización estable de una empresa” en la que “está situado el centro de actividad empresarial dirigiendo la participación en el comercio”¹⁷⁶⁷. De esta forma, si las partes de un contrato de franquicia tienen su centro de organización en el mismo Estado, un supuesto común en los contratos de máster franquicia, no se aplicará la CVIM a las compraventas entre las partes, aunque las mismas vayan destinadas al negocio franquiciado que se encuentra en otro Estado. Si por el contrario, se cumple este requisito previo de

¹⁷⁶² C.H. THOMAS-CHODKIEWICZ / A. RONZANO, *op. cit.*, p. 257 ; J. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 67.

¹⁷⁶³ F. FERRARI, *La compraventa...*, *cit.*, pp. 125-126; G. DE NOVA, “L’ambito di applicazione ratione materiae della Convenzione di Vienna”, *Riv.trim.dir.e proc. Civ.*, n. 44, 1990, pp. 749; A. LANCIOTTI, *Norme uniformi di conflitto e materiali nella disciplina convenzionale della compravendita*, Edizione Scientifiche Italiane, Perugia, 1992, p. 120; A. VESSICHELLI, “Art. 73” en C.M. BIANCA (coord.), *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Cedam, Padua, 1991, p. 296.

¹⁷⁶⁴ J. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 63. Pero ver O. LANDO, “Contracts”, *cit.*, p. 138.

¹⁷⁶⁵ M. MEDINA DE LEMUS, *La venta internacional de mercaderías*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 38.

¹⁷⁶⁶ A. FRIGNANI, *Il contratto Internazionale*. col. Trattato di Diritto Commerciale e Di Diritto Pubblico dell’Economia, vol. 12, Cedam, Padova, 1990, p. 307; S. CARBONE / M. LÓPEZ DE GONZALO, “Art. 1”, en C.M. BIANCA (coord.), *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Cedam, Padua, 1991, p. 5.

¹⁷⁶⁷ F. FERRARI, *La compraventa...*, *cit.*, p. 67 y Sent. BGH 2 junio 1982, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, p. 2731.

“internacionalidad”, la CVIM se aplicará si se da alguno de estos dos criterios alternativos¹⁷⁶⁸:

367. (i) En primer lugar, si la Ley que señala el art. 4.1.a RR-I es la Ley de un Estado contratante, pues la CVIM prevé su aplicación en los casos en que las normas de Dipr. del Estado cuyos tribunales conocen del asunto (“aplicación indirecta”) (art. 1.1.b CVIM).

368. Ejemplo. Ante los tribunales españoles surge un litigio relativo a una de las compraventas efectuadas en el marco de un contrato de franquicia entre un franquiciador con establecimiento en Berlín y un franquiciado con establecimiento en Valencia, ¿qué Ley se aplicará para resolver este litigio? ¿se aplicará la Convención de Viena 1980?

369. Los contratos de compraventa entre franquiciador y franquiciado han de considerarse contratos autónomos a efectos de determinación de la Ley aplicable conforme al Reglamento Roma I. En consecuencia, la Ley aplicable a las mismas se determinará conforme al art. 4.1.a RR-I, salvo que exista una Ley que claramente presente vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato de compraventa en cuestión (art. 4.3 RR-I). Conforme a dicho art. 4.1.a RR-I, la Ley aplicable al contrato será la Ley alemana, Ley de la residencia habitual del franquiciador (vendedor). La Convención de Viena se podrá aplicar de forma indirecta, pues ambas partes tienen sus establecimientos en distintos Estados y además las normas de Dipr. aplicables señalan la Ley de un Estado parte, Alemania (art. 1.1.b CVIM).

370. (ii) En segundo lugar, si los Estados en que las partes tengan su establecimiento sean Estados contratantes (“aplicación directa”) (art. 1.1.a CVIM)¹⁷⁶⁹. Es decir, esta Convención podrá aplicarse siempre que franquiciador y franquiciado tengan sus establecimientos en Estados diferentes, si esos Estados en que tienen sus establecimientos son Estados contratantes de la Convención.

371. Ejemplo. En el mismo caso anterior, la CVIM también se podría aplicar de forma directa, pues las partes tienen sus establecimientos en distintos Estados contratantes, España y Alemania (art. 1.1.a CVIM).

372. Esta aplicación directa puede darse aunque la Ley que señale el art. 4.1.a RR-I sea la de un Estado que no es parte de la Convención. No obstante, cuando no exista un pacto de Ley aplicable, esta posibilidad no será muy común, pues el

¹⁷⁶⁸ Sobre el carácter alternativo de estos criterios, cada uno de ellos suficiente para determinar la aplicabilidad, F. FERRARI, *La compraventa...*, cit., p. 82; S. CARBONE / M. LÓPEZ DE GONZALO, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷⁶⁹ A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 1 CV” *op. cit.*, pp. 45-49; J. O. HONNOLD, *op. cit.*, p. 104; M. MEDINA DE LEMUS, *op. cit.*, pp. 42-43; F. FERRARI, *La compraventa...*, cit., pp. 90-101.

“establecimiento” de las partes conforme a la CVIM suele coincidir con la “residencia habitual” conforme al Reglamento Roma I. El punto de conexión del art. 4.1.a RR-I es la residencia habitual del vendedor (en este caso, del franquiciador), por lo que cuando éste punto de conexión señale la Ley de un Estado no parte de la Convención, y por lo tanto excluya la posibilidad de su aplicación por vía indirecta, ésta tampoco podrá aplicarse por vía directa, pues el establecimiento del comprador no estará en un Estado miembro. Solamente se ampliarán las posibilidades de aplicación de la Convención por vía directa si la Ley aplicable al contrato de compraventa viene determinada por la cláusula de excepción del 4.3 RR-I, señalando la Ley de un Estado que no es parte de la Convención, aunque ambas partes estén domiciliados en Estados parte de la misma.

373. Ejemplo. Ante los tribunales españoles surge un litigio relativo a una de las compraventas efectuadas en el marco de un contrato de franquicia entre un franquiciador con establecimiento en Londres y un franquiciado con establecimiento en Valencia, ¿qué Ley se aplicará para resolver este litigio? ¿se aplicará la Convención de Viena 1980?

374. Los contratos de compraventa entre franquiciador y franquiciado han de considerarse contratos autónomos a efectos de determinación de la Ley aplicable conforme al Reglamento Roma I. En consecuencia, la Ley aplicable a las mismas se determinará conforme al art. 4.1.a RR-I, salvo que exista una Ley que claramente presente vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato de compraventa en cuestión (art. 4.3 RR-I). Conforme a dicho art. 4.1.a RR-I, la Ley aplicable al contrato será la Ley inglesa, Ley de la residencia habitual del franquiciador (vendedor). La Convención de Viena no se podrá aplicar de forma indirecta, ya que, aunque ambas partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes, las normas de Dopr. no han llevado a la Ley de un Estado parte de la Convención (art. 1.1.a CVIM). La Convención tampoco se podrá aplicar de forma directa, porque el Reino Unido, el país en que tiene su establecimiento el franquiciador, no es parte en la Convención (art. 1.1.b CVIM).

375. Por último, es preciso recordar que en este trabajo se parte del punto de vista de que la CVIM 1980 es únicamente aplicable a la regulación de estas relaciones de suministro entre las partes, en caso de que las haya y no a la totalidad de la relación jurídica de franquicia. Esta es la posición que sigue la mayoría de la doctrina¹⁷⁷⁰ y de la jurisprudencia¹⁷⁷¹ en relación a los contratos de distribución y de franquicia. Para optar

¹⁷⁷⁰ J. PEROVI, “Selected Critical Issues Regarding the Sphere of Application of the CISG”, *Belgrade Law Review*, vol. LIX, n. 3, 2011, pp. 181-195, esp. p. 187-188; V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises*, L.G.D.J, Paris 2000, p. 75; C.WITZ, *Les premieres applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, LGDJ, Paris, 1995, p. 32; F. FERRARI, *La compraventa...*, cit., p. 129; P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 64; A. DUTTA, *op. cit.*, p. 943; P. HUBER / A. MULLIS, *The CISG*, Sellier, Munich, 2007, p. 48 ; D. SEYSEN-GUERIN, *op. cit.*, pp. 224-235. Contrastar con N. WATTE / A. NUYTS, “Le champ d’application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l’épreuve de la pratique”, *JDI*, n. 130, vol. 2, 2003, pp. 365-424.

¹⁷⁷¹ Se pueden citar los siguientes casos extraídos de <http://www.unilex.info>, en los que los tribunales declaran que la CVIM no es aplicable a los contratos de distribución: en Alemania, Sent. BGH 30 abril

por esta posición existen muchas razones, por ejemplo, que el art. 14 CVIM exige que se concrete la oferta de venta, lo que difícilmente podría cumplirse en sede de distribución o de franquicia, donde los pedidos a realizar se suele determinar *a posteriori*, en función de las necesidades del distribuidor o de la estructura de la red; o que las obligaciones de franquiciador y franquiciado no se corresponden con las dispuestas en los arts. 30 y 53 CVIM respecto de comprador y vendedor. En consecuencia, la sujeción de los contratos de franquicia en su totalidad a la CVIM dejaría sin regular varias cuestiones esenciales de estos contratos, como la obligación del franquiciador de garantizar la promoción y la del franquiciado de comercialización de los productos contractuales (cláusulas recíprocas de exclusividad, uso de logotipos y marcas publicitarias de la empresa madre, formación del personal, regulación de servicios post-venta, cláusulas de no-concurrencia post contractual, de cuota mínima...)¹⁷⁷². Bajo todas estas razones subyace que, como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, los contratos de compraventa internacional de mercaderías y los contratos de franquicia tienen una finalidad económica distinta, que hace que la normativa de los primeros no sea adecuada para regular las situaciones que suelen plantearse en relación a los segundos¹⁷⁷³.

4.3.2.2. Obligaciones que conforman el contrato marco y los contratos de compraventa

376. Dificultad en la delimitación del ámbito de aplicación de la Ley aplicable a la franquicia y a la compraventa. Conforme a lo expuesto, el tribunal que conoce del asunto se encontrará en varias ocasiones con una operación comercial (la franquicia) regulada al menos por una dualidad de regímenes: el aplicable al contrato marco de franquicia y el aplicable a los contratos de compraventa entre franquiciador y franquiciado. Éste tendrá que delimitar el ámbito de aplicación de cada uno de éstos ordenamientos respecto a la controversia que se le haya planteado. En defecto de expresión de voluntad expresa de las partes, la delimitación de qué obligaciones forman parte de los contratos de compraventa y por lo tanto han de regirse por la Ley aplicable

2003, III ZR 237/02 (controversia sobre un contrato de distribución de pepinos suscrito entre un vendedor alemán y un comprador holandés, no se considera aplicable la CVIM); en Italia, Sent. Corti di Cassazione 20 septiembre 2004, *Kling & Freitag GmbH v. Società Reference Laboratory srl* (contrato de distribución en que se preveían concretos acuerdos de venta, a los que sí aplica la CVIM); en Holanda, Sent. Hof Arnhem 27 abril 1999, *G. Mainzer Raumzellen v Van Keulen Mobielbouw BV*, n. 97/700 y 98/046 (el contrato de distribución en exclusiva no está cubierto por la CVIM pero sí los acuerdos de compraventa posteriores); Estados Unidos, *Multijuice SA v Snapple Beverage Corp.*, 02 Civ. 4635 (RPP US DC SDNY, 2016) (litigio sobre la terminación de un contrato de distribución de zumos entre fabricante griego y distribuidor americano, la CISG no es aplicable), Francia, Sent. Cour Cass. Com. 20 febrero 2007, *Sté Mimusa c Sté Yves Saint-Laurent Parfums*, pourvoi n° 04-17-752, *Bull. civ.*, IV, n° 52 (la CVIM solamente se aplica a los contratos de compraventa en concreto celebrados en el marco del contrato de distribución). Esta es la opción más extendida también en arbitraje: Laudo CCI n. 14359 (2007), en *Recueil Sentences Arbitrales CCI*, 2001-2007, pp. 931-943, sobre la terminación de un contrato de distribución en exclusiva.

¹⁷⁷² Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 20 febrero 2007, *Sté Mimusa c Sté Yves Saint-Laurent Parfums*, *Bull. civ.*, IV, n° 52, sobre la aplicación de la CVIM a los contratos de aplicación de un contrato de concesión.

¹⁷⁷³ En relación a los contratos de concesión, J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 36.

a la compraventa y las que forman parte del contrato marco de franquicia, y por lo tanto han de regirse por la Ley aplicable a la franquicia puede presentar cierta dificultad.

377. *Obligaciones que conforman el contrato marco de franquicia.* Por un lado, es claro que la Ley aplicable al contrato marco de franquicia, determinada conforme al art. 4.1.e RR-I o excepcionalmente por el 4.3 RR-I, regularía todas las cuestiones relacionadas con la franquicia en general. La Ley rectora de la franquicia ha de regular las siguientes cuestiones, independientemente del documento en que hayan sido pactadas por las partes: condiciones generales del contrato, identificación del objeto del contrato (bienes o servicios), la especificación de la zona de exclusiva concedida en su caso, los derechos y obligaciones del franquiciado (obligación de promoción y reventa de los productos, exclusivas de aprovisionamiento, régimen de las ventas fuera del territorio, condiciones de reventa, *stock* acumulado...), las obligaciones del franquiciador (las condiciones de la cesión de los derechos incorporales y del *know-how*, pactos de exclusiva, asistencia comercial, posibilidades de ventas directas en el territorio otorgado al el franquiciado, control de la actividad del franquiciado...), la modificación del contrato, las posibilidades de ceder y de subcontratar el mismo a un tercero, su duración (por tiempo indefinido o a término, condiciones de renovación expresa o tácita, consecuencias de la renovación...), su extinción (necesidad o no de preaviso y de qué plazo, supuestos liberados de tal obligación de preaviso, como la falta grave, las causas de dicha extinción, como fallecimiento de alguna de las partes o entrada en concurso, incumplimiento de las obligaciones...) y los efectos de ésta (pactos de no concurrencia contractual, destino de los *stocks*, derecho a indemnizaciones por clientela, despido de personal o por dichos *stocks*)¹⁷⁷⁴.

378. *Ejemplo.* Un franquiciado con sede en España demanda ante los tribunales españoles a su franquiciador californiano solicitando la resolución del contrato por haber vulnerado este último la exclusiva de venta de los productos franquiciados en España concedida al franquiciado. El contrato de franquicia no contiene pacto de elección de Ley. ¿Qué Ley se aplicará a la resolución del caso?

379. El tribunal español aplicará el art. 4.1.e RR-I para determinar la Ley aplicable, que señala a la Ley española (Ley de la residencia habitual del franquiciado).

380. *Obligaciones que conforman los contratos de compraventa.* Por otro lado, también es claro que la Ley aplicable al contrato de compraventa, determinada conforme al art. 4.1.a RR-I, y excepcionalmente por el 4.3 RR-I, incluida la Convención de Viena si se considera aplicable conforme a lo expuesto en el apartado anterior, regirá todas las cuestiones relacionadas exclusivamente con la entrega de los productos y el pago del precio: las condiciones y formas de entrega de las mercancías (cantidades, transporte, embalaje, carga y descarga, almacenaje, pago de tasas aduaneras, seguros, cumplimentación de autorizaciones administrativas y aduaneras, lugar de entrega),

¹⁷⁷⁴ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 127, en relación a los contratos de concesión.

determinación de quién asume el riesgo de pérdida o deterioro de las mercancías en caso de fuerza mayor, precio, pago (lugar y fecha de pago, intereses de demora, cláusulas penales por retraso), garantías por los productos vendidos y calidad de los mismos¹⁷⁷⁵.

381. En aplicación de lo expuesto en el apartado inmediatamente anterior, respecto a estos aspectos, la Convención de Viena se aplicará para resolver aquellas cuestiones reguladas por la misma, como por ejemplo, lugar de entrega, pago del precio, responsabilidad por los productos de comprador y vendedor. Lo no regulado, por ejemplo el momento en que se considera realizada la transmisión de los bienes, se regirá por la Ley que señale el art. 4.1.a RR-I.

382. Ejemplo. Un franquiciador con sede en España firma un contrato de franquicia de una estación de servicio con un franquiciado con residencia habitual para instalar una gasolinera en los Pirineos franceses. En el contrato se acuerda que el combustible se consideraba entregado al franquiciado en España, pese a que éste llegaba a la estación de servicio en un camión del franquiciador. El franquiciado demanda al franquiciador ante los tribunales franceses por considerar que en dos ocasiones se le ha suministrado menor cantidad de combustible que la acordada, por lo que exige una rebaja en el precio. El franquiciador alega que el combustible que faltaba se perdió cuando éste ya había sido entregado al franquiciado según el contrato, por lo que no es su responsabilidad. Ni el contrato de franquicia ni los pedidos de combustible contenían pacto de elección de Ley, ¿qué Ley ha de aplicar el tribunal para resolver esta controversia? ¿se aplicará la Convención de Viena 1980?

383. Estas compraventas se regirán por la Ley española (Ley de la residencia habitual del vendedor, es decir, del franquiciador, ex. art. 4.1.a RR-I). En cuanto a la posibilidad de aplicación de la Convención de Viena 1980, ésta se podrá aplicar como parte del Derecho español (aplicación indirecta). También se podría aplicar de forma directa, puesto que franquiciado y franquiciador tienen sus establecimientos en distintos Estados parte de la Convención (aplicación directa). En lo no dispuesto por dicha Convención, se aplicará el Derecho español.

384. Supuestos problemáticos (1). Litigio que afecta a una obligación incluida en el contrato marco pero que establece condiciones sobre las futuras ventas. En teoría, la distinción realizada parece clara: cuando el litigio concierna exclusivamente a los contratos de ejecución, sin comprometer el acuerdo marco de franquicia, se aplicará la Ley rectora de la venta, y cuando el litigio ponga en cuestión el acuerdo marco, se aplicará la Ley del contrato de franquicia¹⁷⁷⁶. Pero en la práctica, existen supuestos problemáticos y difíciles de calificar. El primero de ellos es aquél en que el litigio afecta a aquellas obligaciones que están incluidas en el contrato marco que tratan de establecer

¹⁷⁷⁵ Adaptación de lo expuesto por J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 130, en relación a los contratos de concesión; C.H. THOMAS-CHODKIEWICZ / A. RONZANO, *op. cit.*, p. 261.

¹⁷⁷⁶ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, pp. 135-136.

condiciones generales sobre el suministro de los productos contractuales. Ejemplos de estas obligaciones son la periodicidad de los pedidos, la obligación de aprovisionamiento en exclusiva al franquiciador y la obligación de compras mínimas. ¿Debe determinarse la Ley aplicable a las mismas conforme a la letra a o a la letra e del art. 4.1 RR-I?

385. Ejemplo. Un franquiciador con sede en Italia demanda a uno de sus franquiciados con sede en España ante los tribunales pidiendo al tribunal que condene al franquiciado a comprar las cantidades mínimas de productos que las partes acordaron en el contrato de franquicia. ¿Qué Ley ha de aplicar el tribunal español para resolver el caso si no hay pacto de elección de Ley?

386. La clave para resolver esta cuestión está en el concepto de “contrato” del Reglamento Roma I. Como se indicó al comienzo de esta sección segunda, en el Reglamento Roma I es un elemento clave para determinar la existencia de un “contrato” que haya un “equilibrio contractual único”, es decir, que las prestaciones que se intercambian se encuentren equilibradas en su totalidad. En este sentido, estas obligaciones que pretenden fijar una serie de compromisos o condiciones generales en relación con las ventas futuras entre las partes son obligaciones que son asumidas por las partes en el contrato de franquicia sin que exista una contraprestación clara a las mismas que las haga separables. Forman parte de esas prestaciones a las que se comprometen las partes dentro del “equilibrio contractual único” del contrato de franquicia, y por lo tanto han de regirse por el art. 4.1.e RR-I.

387. Además, el contrato de franquicia es el marco legal en que posteriormente se celebrarán los contratos de compraventa. En tal sentido, se parece en muchos aspectos a un “precontrato” (= me obligo a firmar más adelante un contrato X de compraventa con Z condiciones). Por tanto, en este sentido, el contrato de franquicia, que establece ciertos parámetros de un futuro contrato, ha de tener su propia Ley reguladora que rige el equilibrio de prestaciones entre las partes, entre las que están las “cantidades mínimas” y todas las demás condiciones generales que se quieran pactar en relación a las futuras compraventas. En realidad, aquí estriba una razón de ser del art. 4.1.e RR-I, porque el contrato de franquicia así entendido, como un “precontrato”, no tiene prestación característica, por lo que gracias a la letra e art. 4 RR-I, se puede determinar una Ley aplicable de forma clara y segura.

388. Supuestos problemáticos (2). Litigios que afectan a varias obligaciones, unas derivadas del contrato marco y otras de un contrato de compraventa. Es frecuente que la parte que ve incumplida una obligación de uno de los contratos de ejecución no lleve a la otra parte a juicio únicamente para exigir el cumplimiento o una indemnización por ese incumplimiento, sino que solicite también la resolución del contrato de franquicia, sobre todo cuando esos incumplimientos de los contratos de ejecución son continuados. En estos casos, en que los litigios implican obligaciones que ponen en cuestión ambos contratos (incumplimiento del contrato de ejecución, e

incumplimiento del contrato de franquicia) la determinación de la Ley aplicable también se complica.

389. Estos casos en principio se resolverían mediante la fórmula conocida en Dopr. como “cuestión previa”: para saber si se ha producido un incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de franquicia he de conocer primero si se ha dado o no un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato anterior. Por ello, la Ley reguladora de la venta determinará si se ha incumplido o cumplido defectuosamente el contrato de compraventa, mientras que la Ley reguladora de la franquicia determinará las consecuencias de ese incumplimiento o cumplimiento defectuoso para el contrato de franquicia; se atiende a la Ley de la venta para resolver una “cuestión previa” que afecta al contrato de franquicia¹⁷⁷⁷. Así, por ejemplo, si el franquiciado solicita la resolución del contrato de franquicia con base en la reiterada entrega defectuosa de los productos por parte del franquiciador, el tribunal que conoce del asunto tendrá que aplicar la Ley de la compraventa para determinar si se han producido dichas entregas defectuosas, y en caso afirmativo, la Ley de la franquicia, para determinar si dichas entregas defectuosas son causa suficiente para resolver el contrato de franquicia. Esta opción puede ser complicada en su aplicación, pero supone una localización exacta de la situación jurídica.

390. Ejemplo. Un franquiciador con sede en España firma un contrato de franquicia de una estación de servicio con un franquiciado francés para instalar una gasolinera en los Pirineos franceses. En el contrato se acuerda que el combustible se considera entregado al franquiciado en España, pese a que éste llega a la estación de servicio en un camión del franquiciador. El franquiciado demanda al franquiciador ante los tribunales franceses por considerar que en dos ocasiones se le ha suministrado menor cantidad de combustible que la acordada, por lo que exige la resolución del contrato de franquicia. Ni el contrato de franquicia ni los pedidos de combustible contenían pacto de elección de Ley. ¿Qué Ley ha de aplicar el tribunal para resolver esta controversia? ¿se aplicará la Convención de Viena 1980?

391. En este caso habrá que realizar una distinción entre las cuestiones del litigio relacionadas exclusivamente con los contratos de compraventa (“cuestión previa”) y aquéllas que incumben al contrato marco de franquicia. Respecto a las primeras, es decir, determinar que las entregas de gasolina fueron defectuosas, se aplicará la Ley española (Ley de la residencia habitual del vendedor, es decir, del franquiciador, ex. art. 4.1.a RR-I). Al igual que en el caso anterior, bien como parte del Derecho español, bien de forma directa, se aplicaría la Convención de Viena 1980. En lo no dispuesto por ésta, se aplicaría el Derecho español. Respecto a la segunda cuestión, es decir, a la determinación de si esa entrega defectuosa tienen la suficiente entidad como para resolver el contrato de franquicia, se aplicará la Ley francesa (Ley de la residencia habitual del franquiciado, ex. art. 4.1.e RR-I).

¹⁷⁷⁷ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 137.

392. Esta solución, que a *priori* puede parecer sencilla, puede dar lugar a que se planteen incompatibilidades entre ambas normas. Una de estas incompatibilidades se podría producir, por ejemplo, si Ley aplicable a la compraventa indica que se considerará cumplimiento defectuoso de la obligación de entrega de mercancías el comportamiento del vendedor que no subsane los defectos de la mercancía en los dos meses siguientes a su recepción por el comprador, y si la Ley aplicable a la franquicia indica que en caso de cumplimiento defectuoso, habrá derecho a la resolución del contrato pero la acción de resolución prescribirá a los dos meses desde el hecho que la originó. Si el franquiciado demanda al franquiciador, pidiendo la resolución el contrato de franquicia por defectuoso cumplimiento de la última entrega de productos, la Ley de la venta considerará que el cumplimiento es defectuoso a partir de los dos meses, tiempo que impediría, por lo dispuesto en la Ley de la franquicia, el ejercicio de la acción¹⁷⁷⁸.

393. En los casos en que se den estas incompatibilidades, una solución podría ser la aplicación a la totalidad del caso de la Ley reguladora de la franquicia, en su condición de norma “general” y “principal” de la relación, otra será adaptar ambas Leyes para que sean compatibles¹⁷⁷⁹. En el ejemplo de incompatibilidad mencionado, una solución en base a esta última propuesta sería que el plazo de prescripción se considere desde el momento en que la Ley de la venta determina que existe cumplimiento defectuoso, y no desde el momento en se dio el hecho que lo originó¹⁷⁸⁰.

4.4. Acciones colectivas y contratos de franquicia

394. Cuando un conjunto de franquiciados de la misma red pretendan ejercitar una acción colectiva frente a su franquiciador será preciso determinar la Ley aplicable a esta reclamación. Pero previamente a ello se tendrá que determinar si dicho conjunto puede presentar la acción colectiva ante unos determinados tribunales.

395. Respecto a esta cuestión no existe unanimidad doctrinal, pero la opción más correcta parece ser que la legitimación material, es decir, la idoneidad de la asociación, grupo o representante litigante para ejercitar la acción en nombre de los afectados ha de ser evaluada conforme al Derecho aplicable al fondo del asunto (*lex causae*)¹⁷⁸¹. En efecto, la *lex causae* es la que determinará si existe relación suficiente entre dicho demandante y la acción ejercitada. A esta cuestión se aplica la *lex causae* y no la *lex*

¹⁷⁷⁸ Ejemplo basado en el expuesto por J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, pp. 137-138, en relación a los contratos de concesión comercial.

¹⁷⁷⁹ Ver epígrafe II.2.D.b.i. “La norma general: flexibilidad de la autonomía conflictual de las partes”, de esta sección.

¹⁷⁸⁰ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 138.

¹⁷⁸¹ L. GARCÍA ÁLVAREZ, *Daños..., cit.*, p. 230-232.

fori por considerarse una “cuestión de fondo”¹⁷⁸². En efecto, solamente a la luz del Derecho aplicable a la reclamación podrá comprobarse si el demandante representa suficientemente el interés del grupo de afectados.

396. Junto con ello, se ha de evaluar si los eventuales demandantes pueden comparecer en juicio como tal parte demandante, es decir, si pueden “accionar” de forma colectiva en el tipo de procedimiento que se pretende comenzar. Esta cuestión ha de evaluarse conforme a la Ley del foro (*lex fori*), pues se trata de una cuestión eminentemente procesal (*lex fori regit processum*). Es cada Estado el que determina los requisitos de “accionabilidad” de los demandantes, es decir, de qué forma han de comparecer para solicitar su tutela¹⁷⁸³.

397. En consecuencia, como aclara L. GARCÍA ÁLVAREZ, para que pueda ejercitarse una acción colectiva en materia de franquicia no basta con que la Ley aplicable al fondo del asunto considere al demandante como legitimado para ello, sino que el Derecho del foro tendrá que permitir la posibilidad de actuar como demandante a grupos, asociaciones o representantes de una *class*, en la materia en que se permite ejercitar la acción¹⁷⁸⁴. Como se pondrá de manifiesto con el siguiente ejemplo, esto limita muchísimo las posibilidades de plantear acciones colectivas en materia de franquicia ante los tribunales de los Estados miembros, pues solamente cinco Estados europeos permiten accionar de forma colectiva en todo tipo de materias (Portugal, Suecia, Países Bajos, Dinamarca, Inglaterra-Gales)¹⁷⁸⁵.

398. Ejemplo. Un colectivo de franquiciados españoles del grupo sueco *X-Fitness* pretende demandar a dicho grupo de forma colectiva por haber incumplido las obligaciones de publicitación de la marca en España. Aunque el Derecho aplicable al fondo del asunto permita el ejercicio de dicha acción (así lo hace el Derecho sueco), no se podría plantear la demanda en España, puesto que en Derecho español no admite como demandante a un colectivo salvo en materia de consumo o de igualdad.

¹⁷⁸² Así lo ha señalado la mayoría de la doctrina internacional privatista española: M. D. ADAM MUÑOZ, *El Proceso Civil con Elemento Extranjero y la Cooperación Jurídica Internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 40; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. I, p. 750; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho...*, cit., p. 281; F. GARAU SOBRINO, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Universitat de Les Illes Balears, Palma de Mallorca, 2008, p. 85; H. GRIEDER, “El desarrollo del proceso” en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO ET AL., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002, p. 131; M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 426.

¹⁷⁸³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. I, p. 751; L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones...*, cit., p. 83; L. GARCÍA ÁLVAREZ, *Daños...*, cit., p. 230-232; M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 427.

¹⁷⁸⁴ L. GARCÍA ÁLVAREZ, *Daños...*, cit., p. 186; M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 427.

¹⁷⁸⁵ M. MACIEJEWESKI, “Overview of the existing collective redress schemes in EU Member States”, Publicaciones del Parlamento Europeo, Bruselas, 2011, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110715ATT24242/20110715ATT24242EN.pdf> (fecha última consulta: 20/03/2017).

399. Una vez comprobada la admisión de demandantes colectivos en el Derecho del foro, será preciso determinar el Derecho aplicable al fondo del asunto, tanto para resolver la cuestión de la legitimación material como para decidir sobre la controversia¹⁷⁸⁶. Como se indicó en sede de competencia judicial internacional, la calificación de estas acciones como contractuales o extracontractuales resulta difícil. Dado que los Reglamentos Roma I y Roma II recomiendan una interpretación acorde con el Reglamento Bruselas I bis, se sugiere trasladar a Ley aplicable las conclusiones alcanzadas en relación a la competencia judicial internacional. En consecuencia, resulta preciso distinguir quién interpone la acción, si una asociación ya constituida, un grupo o una “*class*”, es decir, un conjunto de afectados que ostentan derechos de la misma naturaleza representados por un único demandante.

400. En el primero de los casos, es decir, cuando el demandante sea una asociación u otra entidad previamente constituida, la Ley aplicable a la reclamación debería determinarse en todo caso conforme al Reglamento Roma II, pues no existe ningún vínculo libremente asumido entre esa asociación y el franquiciador frente al que se plantearía la acción. Este Reglamento no contiene una norma específica para acciones colectivas por lo que en defecto de Ley elegida se aplicará el art. 4 RR-II. Conforme al mismo, será aplicable la Ley del lugar en que se haya producido el daño. La localización de dicho lugar puede resultar muy problemática, pues si el grupo de afectados es heterogéneo puede dar lugar a un fraccionamiento de la Ley aplicable¹⁷⁸⁷. Puede ocurrir incluso que dicho lugar sea imposible de determinar, por no encontrarse identificados los afectados.

401. En cambio, si se trata de una acción de grupo o de una *class*, el/los demandante/s serían todos franquiciados del mismo franquiciador. Si la acción ejercitada deriva de esos contratos que unen al franquiciador con cada franquiciado, es decir, es por ejemplo una acción de indemnización por una conducta desleal del franquiciador, la acción colectiva podría calificarse como contractual. En consecuencia, la Ley aplicable a la misma debería determinarse conforme al Reglamento Roma I. Conforme al mismo, lo primero que se ha de descartar es la aplicación a estas reclamaciones de las normas dedicadas a los contratos de consumo recogidas en el art. 6 RR-I. Como indica dicho precepto, para que un contrato se considere “de consumo” tendrá que ser celebrado por una persona física en un ámbito ajeno a su actividad comercial o profesional. Estas condiciones no se dan en los franquiciados, que pueden ser personas físicas o jurídicas, y que siempre contratan en el ejercicio de su actividad profesional, por lo que tampoco se darán en un “conjunto” de estos franquiciados.

¹⁷⁸⁶ Como indica R. MICHAELS, “European Class Actions and Applicable Law”, en N. HATZIMIHAİL / A. NUYTS, *Cross-border Class Actions. The European Way*, Sellier, Munich, 2014, pp.111-141, p. 112, la determinación de la Ley aplicable en relación a estas acciones ha sido muchos menos tratada que el tema de la competencia judicial internacional y de la eficacia de resoluciones basadas en acciones colectivas.

¹⁷⁸⁷ L. GARCÍA ÁLVAREZ, *Daños...*, *cit.*, p. 229.

402. En consecuencia, estas reclamaciones quedarán sometidas al régimen general de determinación de Ley aplicable del Reglamento Roma I. Se tendrá que tener en cuenta, en primer lugar, la Ley elegida en cada contrato y en su defecto la Ley que señale el art. 4.1.e RR-I. Al tratarse de una “pluralidad de contratos”, se tendrá que determinar la Ley aplicable uno a uno. Si se trata de un grupo homogéneo, se aplicará una única Ley y si se trata de un grupo compuesto por franquiciados con contratos regidos por distintas Leyes, se tendrán que aplicar todas esas Leyes. Por último, si los afectados no se encuentren identificados, no podrá determinarse la Ley aplicable.

403. En todos los casos en que no se pueda identificar la Ley aplicable, tanto en aplicación del Reglamento Roma I como del Reglamento Roma II, la imposibilidad de tal identificación deberá llevar a la inadmisión de la demanda¹⁷⁸⁸. Otra propuesta, recogida por el Parlamento Europeo en su Recomendación de 2011, es la aplicación a estas acciones de la Ley del lugar en que tuvieran su domicilio la mayoría de las víctimas, teniéndose en cuenta que las que se vieran perjudicadas por la aplicación de esta Ley podrían optar por excluirse de la acción colectiva¹⁷⁸⁹. Pero esta solución, además de ser absolutamente *contra legem*, causaría un importante perjuicio al demandado, que vería modificada la Ley aplicable a sus relaciones jurídicas por el mero hecho de que el demandante decida actuar de forma colectiva en vez de individualmente. Una solución más práctica es la propuesta por A. STADLER, que recomienda que los afectados se identifiquen y se organicen en “sub-grupos” en atención a la Ley aplicable dentro del procedimiento, una opción que además resulta totalmente compatible con los Reglamentos Roma I y Roma II¹⁷⁹⁰.

iii. Ley aplicable en defecto de elección (ii): los vínculos más estrechos

404. El vínculo establecido por el 4.1.e RR-I puede que no sea en todos los casos el más conectado con el contrato de franquicia, a la vista de las circunstancias del caso concreto. De hecho, como se ha expuesto, en muchas ocasiones no dirige a la Ley más próxima al contrato. En esos casos, cabe plantearse si la Ley aplicable puede “corregirse” a través del art. 4.3 del Reglamento Roma I, que indica que “*si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país*”.

¹⁷⁸⁸ Esta solución es la que se maneja en Estados Unidos en caso de *nationwide class actions*, es decir, acciones de clase que reúnen a afectados de distintos Estados. Cuando el pleito se ve sujeto a distintas leyes aplicables, y éste deviene “inmanejable”, el tribunal revoca la certificación de la *class*. Así lo hizo el Tribunal Supremo estadounidense en el caso *Phillips Petroleum Co v. Shutts*, 472 US 797 (1985). Ver L. KRAMER, “Choice of Law in Complex Litigation”, *NYULRev.*, vol. 71, 1996, pp. 547-589, esp. p. 549; L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones...*, *cit.*, p. 190.

¹⁷⁸⁹ Resolución 2011/2089 del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, sobre «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo», párrafos 26-28; R. MICHAELS, *op. cit.*, p. 141.

¹⁷⁹⁰ A. STADLER, «Conflicts of laws in multinational collective actions – a judicial nightmare ?», en D. FAIRGRIEVE / E. LEIN (eds.), *Extraterritoriality and collective redress*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 191 y ss.

405. La propia redacción del precepto anima a la litigiosidad: los vínculos han de ser “manifiestamente más estrechos”, y ello ha de desprenderse “claramente”¹⁷⁹¹. Esto ha llevado a una sección mayoritaria de la doctrina a afirmar que la aplicación de este precepto ha de ser entendida por los tribunales europeos como una medida muy excepcional¹⁷⁹². Para que opere la misma, no solamente es preciso que la Ley a la que conduzca el art. 4.1.e RR-I no esté estrechamente vinculada, sino que es preciso que exista una Ley claramente más vinculada al contrato, más previsible para las partes y más eficiente en la aplicación de costes y riesgos¹⁷⁹³. En consecuencia, esta cláusula solamente podrá aplicarse en los casos en que, además de que la Ley del art. 4.1.e RR-I no conduzca al ordenamiento jurídico más vinculado con el contrato, exista una Ley que resulte “claramente” más vinculada al mismo¹⁷⁹⁴.

406. Sin embargo, en relación a los contratos de franquicia, la doctrina se ha mostrado partidaria de una interpretación más extensiva de esta cláusula, al no ser la solución de principio la más justa desde el punto de vista conflictual¹⁷⁹⁵. Existirán contratos de franquicia en los que sea muy difícil encontrar una Ley manifiestamente más conectada con el contrato que la Ley de la residencia habitual del franquiciado. Por ejemplo, cuando la residencia habitual coincida con el lugar en que se explota la franquicia. Ambos elementos tienen un “potencial localizador fuerte”, por lo que es muy difícil que la conexión con este ordenamiento sea desvirtuada por otros elementos del caso (como puede ser la lengua en que se encuentra escrito el contrato, el lugar de celebración del mismo, la nacionalidad de las partes contratantes...)¹⁷⁹⁶. Sin embargo, el art. 4.3 RR-I tiene más posibilidades de aplicación en los casos en que la residencia

¹⁷⁹¹ B. AUDIT, *Droit...*, *cit.*, p. 727.

¹⁷⁹² P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 136. Comparar esta posición con la de P. HOLLANDER, “Questions...”, *cit.*, p. 298, que estima que la cláusula de excepción tiene un papel muy importante que jugar en materia de franquicia. En el mismo sentido, A. DUTTA, *op. cit.*, p. 952, que estima que la cláusula de los vínculos más estrechos podrá llevar a la aplicación de la Ley del franquiciador; S. LEIBLE / M. LEHMANN, *op. cit.*, p. 536.

¹⁷⁹³ De hecho, la cláusula de excepción se había eliminado del proyecto del Reglamento para reafirmar la apuesta del texto por la seguridad jurídica y la previsibilidad en la Ley aplicable. Esta eliminación fue criticada y por ello la excepción volvió a integrarse en el texto definitivo. *Vid.* H. KENFACK, “Le règlement...”, *cit.*, p. 27; P. LAGARDE, “Remarques...”, *cit.*, p. 238; T. HARTLEY, « The proposed Rome I Regulation: applicable law in absence of choice (article 4), en VV.AA., *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 717-726, p. 717.

¹⁷⁹⁴ Para un estudio detallado de la cuestión, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La cláusula de excepción y los contratos internacionales. La crisis del principio de proximidad”, en C. ESPLUGUES MOTA Y G. PALAO MORENO (Edits.), M. PENADÉS FONTS (Coord.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 459-470.

¹⁷⁹⁵ H. KENFACK, “Le règlement...”, *cit.*, p. 27; L. CORBION / S. POILLOT-PERUZZETTO, « Les modifications apportées par la proposition de Règlement Rome I », *Revue Lamy Droit des affaires*, n. 4, 2006, pp. 71-82, p. 77; P. HOLLANDER, “Questions...”, *cit.*, p. 298, que estima que la cláusula de excepción tiene un papel muy importante que jugar en materia de franquicia; A. DUTTA, *op. cit.*, p. 952.

¹⁷⁹⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *cit.*, vol. II, pp.550-552; En relación a la agencia, la concesión y la franquicia, J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, pp. 70,103; O. LANDO, “Contracts”, *cit.*, p. 139; D. BERLIN, *op. cit.*, p. 42; U. MAGNUS “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 297.

habitual del franquiciado no coincide con ese lugar de explotación¹⁷⁹⁷. Respecto a estos supuestos, existe un mayor riesgo de que los tribunales de los Estados miembros apliquen el art. 4.3 RR-I. A continuación se exponen estos supuestos de mayor a menor probabilidad de aplicación de la Ley más estrechamente vinculada¹⁷⁹⁸:

407. i. Contrato de franquicia celebrado entre un franquiciador que tiene su residencia habitual en el Estado A y un franquiciado con residencia habitual en el Estado B, desarrollándose la franquicia en el territorio de ese Estado A. En estos casos, será probable que el tribunal aplique la Ley del Estado A, siempre que la Ley presente esos vínculos de manera clara.

408. Ejemplo. La sucursal inglesa de la empresa de bisutería Thous, *Thous Ltd.*, con sede en Londres, firma un contrato de máster franquicia con la empresa española *Desarrollo de negocios, S.L.*, con sede en Barcelona, para que desarrolle la expansión de la marca *Thous* en Reino Unido a través de franquicias. Se acuerda que el primer establecimiento franquiciado se sitúe en la céntrica calle Oxford Street de la capital inglesa, y que sea gestionado directamente por *Desarrollo de negocios, S.L.* Una vez probado el éxito del mismo, la empresa española deberá *subfranquiciar* en exclusiva el paquete a otros empresarios locales para la apertura de nuevos establecimientos, primero en Londres y después en el resto del país. Pasados dos años desde la apertura del primer establecimiento, y generando éste importantes beneficios, *Desarrollo de negocios, S.L.* todavía no ha firmado ningún contrato de franquicia en Reino Unido, ante el descontento de *Thous, Ltd.* La empresa inglesa interpone una demanda por incumplimiento del contrato ante los tribunales ingleses. ¿Qué Ley han de aplicar los jueces ingleses para resolver este litigio?

409. Dado que no existe pacto de Ley aplicable en el contrato, el art. 4.1.e RR-I conduciría a la aplicación del Derecho español, país en que tiene su residencia habitual (administración central) el franquiciado. Sin embargo, el negocio se está desarrollando en Reino Unido, país en que tiene también su sede el franquiciador, y a cuya legislación tendrá que ajustarse el negocio en muchos aspectos: si *Desarrollo de negocios, S.L.* ha alquilado el local de Oxford Street, dicho contrato estará sujeto a Derecho inglés, si ha contratado trabajadores, sus contratos se regirán también por Derecho inglés, y por ese Derecho se regirán también presumiblemente todas las ventas que haga de los productos desde este establecimiento comercial. En consecuencia, al mismo quizá se le aplicará la Ley inglesa, pues en Inglaterra confluyen tres elementos con un importante potencial localizador: el establecimiento del franquiciador, el lugar de comercialización de los productos, y en menor entidad, los contratos relacionados con el contrato en cuestión.

¹⁷⁹⁷ O. LANDO, “Contracts”, *cit.*, p. 139.

¹⁷⁹⁸ Supuestos adaptados a la franquicia de las consideraciones realizadas respecto a los contratos de concesión por J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, pp. 101-113.

Ley inglesa es la Ley que *claramente* presenta unos vínculos *manifiestamente* más estrechos con el caso¹⁷⁹⁹.

410. ii. Contrato de franquicia entre un franquiciador con sede en el Estado A y un franquiciado con sede en el Estado B, desarrollándose la franquicia en el territorio de varios Estados (generalmente, contratos de máster franquicia o de franquicia de área), uno de ellos el Estado A. En este caso, si bien la conexión con el Estado A sería más débil que en el ejemplo anterior, también podría plantearse por el tribunal la aplicación de la Ley del Estado A, si se dan elementos localizadores suficientes.

411. Ejemplo. A partir del ejemplo anterior, las partes acuerdan que el área de ejecución del contrato de máster franquicia será Reino Unido e Irlanda. ¿Qué Ley se aplica al contrato?

412. Conforme a lo expuesto, la Ley inglesa podría aplicarse si se tiene en cuenta que el primer establecimiento se abrió en Inglaterra, y que aún no se ha producido ningún contacto con Irlanda, puesto que el franquiciado no ha iniciado aún la expansión de la red de máster-franquicia.

413. iii. Contratos de franquicia entre un franquiciado con sede en el Estado A y un franquiciado con sede en el Estado B, desarrollándose la franquicia en el territorio de un Estado C. En estos casos parte de la doctrina ha promulgado que el contrato estaría más vinculado con la Ley del Estado en que tuvieran lugar las actividades de promoción y comercialización de los productos objeto del contrato, esto es, la Ley del Estado C, pues de este modo se conseguiría una unificación del régimen aplicable al contrato (aspectos de carácter contractual, normas imperativas, normas internacionalmente imperativas como las normas de protección del franquiciado, de libre competencia, normativa de carácter público, administrativo y laboral...) ¹⁸⁰⁰. No obstante, que el mercado de destino no coincida con el país de la residencia habitual del franquiciado no parece por sí mismo generador de un vínculo más estrecho del contrato con el lugar de ejecución que sea capaz de desvirtuar el 4.1.e RR-I.

414. Ejemplo. Una escuela de equitación con sede en Alemania (franquiciador) y un jinete con residencia habitual en Holanda (franquiciado) celebran un contrato de franquicia de área de escuelas de equitación para el territorio de Bélgica. ¿Qué Ley se aplicará a este contrato en defecto de pacto entre las partes?

415. Si bien pudiera resultar conveniente aplicar la Ley del lugar de ejecución, dado que la franquicia estaría orientada al mercado belga (cuotas de mercado, *marketing*, publicidad...) y que las partes han podido consultar previamente la

¹⁷⁹⁹ Otros ejemplos no referidos a la franquicia se pueden consultar en M. VIRGÓS SORIANO, “Los vínculos...”, *cit.*, p. 5307.

¹⁸⁰⁰ O. LANDO, “Contracts”, *cit.*, p. 139; U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 297.

normativa belga (por ejemplo, si existe o no según el Derecho de este país obligación de indemnizar por cliente, o si existe obligación de información precontractual), la Ley belga no tendría la suficiente fuerza como para desvirtuar la Ley aplicable conforme al art. 4.1.e RR-I, es decir, la Ley holandesa. Los vínculos con Bélgica no son “manifiestamente” más estrechos que los que existen con Alemania, o con Holanda.

416. *iv.* Contratos de franquicia entre un franquiciado con sede en el Estado A y un franquiciado con sede en el Estado B, desarrollándose la franquicia en el territorio de varios Estados, ninguno de ellos el Estado A o B. En este caso, la determinación de un Estado con que el contrato tenga sus vínculos manifiestamente más estrechos resultará problemática, ya que no existe una única Ley a la que las partes dirijan su actuación. Teniendo en cuenta de nuevo la fuerza del art. 4.1 RR-I, en estos casos no debería desvirtuarse la norma general y debería aplicarse la Ley de la residencia habitual del franquiciado. Tampoco se ha de derogar la norma general cuando el contrato se haya celebrado entre un franquiciado con sede en el Estado A y un franquiciado con sede en el Estado B, desarrollándose la franquicia en el territorio de varios Estados, uno de ellos el Estado B. En estos casos el tribunal tampoco podrá sortear la aplicación de la Ley del franquiciado.

417. De lo expuesto se puede dilucidar que la Ley determinada por la cláusula de excepción del art. 4.3 RR-I tendrá más posibilidades de ser aplicada en aquellos casos en que a través de la misma se consigue una uniformidad en todos los aspectos de la regulación del negocio de franquicia creado por el contrato¹⁸⁰¹.

iv. Ley aplicable en defecto de elección (iii): posibilidad de aplicación de otras normas de conflicto

418. La posibilidad de aplicar otras normas de conflicto a las acciones derivadas de un contrato de franquicia es muy escasa. Ésta solamente existirá cuando el contrato, pese haberse denominado como “contrato de franquicia” esconda en realidad otra figura, como un contrato de trabajo.

1. Contratos de trabajo

419. Si el franquiciado lograra calificar la relación contractual entre el mismo y el franquiciado como un contrato de trabajo, se aplicaría a la misma el art. 8 RR-I para la determinación de la Ley aplicable. De esta forma, se respetaría la elección de Ley realizada por las partes, pero se le aplicarían al franquiciado las normas imperativas del ordenamiento que hubiera resultado aplicable en defecto de pacto según los apartados 2, 3 y 4 del citado artículo.

¹⁸⁰¹ U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 297.

420. Para que se le calificara como tal, habría que estar al concepto de contrato de trabajo que el TJUE ha utilizado para otras cuestiones distintas del EPIL, ya que ni el Reglamento Roma I, ni el TJUE han dado una definición de este concepto a estos efectos¹⁸⁰². Como se indicó en sede de competencia judicial internacional, a la que se hace remisión, la calificación de un “verdadero” contrato de franquicia como un contrato de trabajo es imposible, dada la total independencia jurídica y económica del franquiciado respecto del franquiciador. El franquiciado no es un empleado¹⁸⁰³. Sin embargo, esta calificación será posible en los casos de fraude, en que se haya celebrado un contrato de franquicia cuando realmente quien explota el negocio depende jurídica y económicamente del franquiciador de la misma forma que lo hace un trabajador¹⁸⁰⁴.

2. Contratos de consumo

421. Al igual que en sede de competencia judicial internacional, por la tendencia que existe a considerar los contratos de franquicia como contratos de adhesión, puede que el franquiciado se plantee la posibilidad de invocar la aplicación de las reglas para contratos de consumo (art. 6 RR-I)¹⁸⁰⁵. Esto se debe a que esta “recalificación” en consumidor sí puede operar en Derecho sustantivo conforme al ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros¹⁸⁰⁶.

422. Sin embargo, las normas sobre contratos de consumo del Reglamento no se aplican a los contratos de franquicia¹⁸⁰⁷. Las normas para consumidores del Reglamento Roma I se aplican bajo la condición de que una de las partes, el consumidor, (i) sea persona física y (ii) actúe para un uso ajeno a su actividad profesional (art. 6.1 RR-I, en el mismo sentido que el art. 17.1 RB-I bis). Esto excluiría a las relaciones de franquicia, también en los casos en que el candidato a la franquicia no ejerza ninguna actividad profesional en el momento en que se produce el litigio, como en el caso de que éste surja en las negociaciones previas a la celebración del contrato¹⁸⁰⁸. En este sentido puede considerarse igualmente aplicable el caso *Benincasa*¹⁸⁰⁹.

¹⁸⁰² Existe contrato de trabajo cuando “una persona proporciona durante un cierto período de tiempo a favor y bajo la dirección de otra persona, prestaciones por las cuales percibe una retribución”.

¹⁸⁰³ Sobre esta cuestión, A. DUTTA, *op. cit.*, p. 945 ; U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 297.

¹⁸⁰⁴ U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 297: “Also Art. 8 is not applicable. However, alleged franchisees may in fact be employees. Then, exclusively Art. 8 applies”.

¹⁸⁰⁵ A. MOTTET HAUGAARD / M. VERHULST, *op. cit.*, p. 103.

¹⁸⁰⁶ Sobre la cuestión, R. FABRE, “Réglementation législative du contrat de franchise dans d’autres pays. L’esquisse d’une philosophie”, en COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *Le contrat de franchise*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 105 y ss., p. 113.

¹⁸⁰⁷ U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, pp. 263-441.

¹⁸⁰⁸ A. DUTTA, *op. cit.*, p. 944; P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 124.

¹⁸⁰⁹ STJCE 3 julio 1997, *Benincasa*, *cit.*, FJ 17: “Por consiguiente, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad

d. Leyes de policía

423. Los contratos de franquicia, por su relevante papel en la cadena distributiva y su peculiar estructura crean unas relaciones que pueden afectar no solamente a las partes contratantes sino también al conjunto de la economía de un Estado o Región o a las relaciones de un Estado determinado con uno o varios Estados. Por ello atraen a su alrededor ciertas normativas, algunas reguladoras de la relación y otras de la realidad económica en la que se insertan, que parecen estar llamadas a aplicarse por encima de la *Lex contractus*¹⁸¹⁰.

424. Esta aplicación sobre la Ley rectora del contrato solamente podrá tener lugar si esas normas se consideran como “leyes de policía” en el sentido europeo¹⁸¹¹. Una ley de policía es, tal y como la ha definido el art. 9 RR-I, una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la Ley aplicable al contrato¹⁸¹². Estas Leyes de policía también se encuentran definidas en el art. 16 RR-II y como consecuencia pueden aplicarse con prevalencia sobre la *Lex damni*¹⁸¹³.

i. Tipos de normas

425. La intervención del legislador en esta materia, que por ser contractual, parecía tradicionalmente reservada a la autonomía de la voluntad, se manifiesta con la disposición de dos tipos de normas: normas de Derecho privado inderogables para las partes a nivel internacional (por ejemplo, normas sobre la terminación del contrato) y normas de Derecho Público (por ejemplo, normas que obligan al registro de los franquiciadores, o que exigen una autorización administrativa para el comienzo de su actividad en un determinado país). Dentro de estas últimas hay normas que tienen un carácter muy variable en función del gobierno, como son las medidas sobre política de inversiones, transferencias de tecnología de un país a otro, licencias de importación y exportación, políticas aduaneras, fomento de la exportación o importación... lo que

profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional”.

¹⁸¹⁰ E. FLOHR, *op. cit.*, p. 46; A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, Ipsoa Informatica, Milano, 1986, p. 119.

¹⁸¹¹ A. BONOMI, “Article 9...”, *cit.*, p. 609.

¹⁸¹² Como indican S. FRANCO, “Le Règlement...”, *cit.*, p. 55 y A. BONOMI, “Article 9...”, *cit.*, p. 617, el Reglamento toma la definición de la jurisprudencia del TJUE sobre el Convenio Roma 1980, en concreto de la STJUE 23 noviembre 1999, as. C-396/96 y C-376/96, *Arblade v. Leloup*, RJ 1999, p. 8498-8530, que la tomó a su vez de PH. FRANCESKAKIS, *Conflit de lois: Répertoire de droit international*, Dalloz, Paris, 1968, n. 137. En el mismo sentido, pero vinculando el origen último de la norma a F.K. VON SAVIGNY, S. LEIBLE / M. LEHMANN, *op. cit.*, p. 542.

¹⁸¹³ Si bien su aplicación es más restrictiva, pues el art. 16 RR-II únicamente permite la apreciación de las leyes de policía del Estado del foro y no de terceros Estados, cosa que sí permite el art. 9 RR-I.

obliga a los operadores económicos a disponer de una información detallada y actualizada de dicha normativa. De estas normas públicas, únicamente se estudiarán aquellas que pueden tener influencia sobre el plano privado. Así, aspectos también muy relevantes de la regulación del sector de la franquicia, como puede ser la fiscalidad, no serán abordados en el presente estudio¹⁸¹⁴.

426. En cuanto a su fuente, las normas de policía aplicables a un contrato de franquicia pueden provenir tanto del Derecho europeo como del Derecho de los Estados miembros¹⁸¹⁵.

1. Normas de origen nacional

427. Según el citado art. 9 RR-I, podrán aplicarse como “leyes de policía” tanto las leyes del foro, es decir, del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto, como las leyes del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas. En este último caso, solamente podrán aplicarse si hacen la ejecución del contrato ilegal (art. 9.3 RR-I).

428. Respecto de las normas del Estado en que hayan de ejecutarse las obligaciones del contrato, resulta imprescindible realizar algunas aclaraciones. La posibilidad de aplicación de estas normas proviene del Convenio de Roma, que permitía también la aplicación de las normas relativas al “mercado afectado” por el contrato, aquél en que dicho contrato despliega sus efectos¹⁸¹⁶. No obstante, los tribunales se mostraron muy reticentes a utilizar este mecanismo¹⁸¹⁷. Por ello, el Reglamento Roma I reformuló la norma y la concretó: solamente podrán aplicarse las normas de policía del lugar de cumplimiento si las mismas hacen ilegal dicho cumplimiento (art. 9.3 RR-I)¹⁸¹⁸.

¹⁸¹⁴ Sobre el tratamiento fiscal de los pagos realizados por el franquiciado o el máster franquiciado al franquiciador puede consultarse G. HOLLER, “Tax issues – the European perspective”, en VV.AA., *International Franchising: A Practitioner's Guide*, Globe Business Publishing, Londres, 2010, pp. 133-147.

¹⁸¹⁵ También pueden existir normas de policía contenidas en Convenios internacionales, como las normas sobre Derechos humanos. No se hace referencia a las mismas por no ser normas específicas de los contratos de franquicia.

¹⁸¹⁶ M. WILDERSPIN, “The Rome Convention: Experience to date before the courts of Contracting State”, en O. LANDO / U. MAGNUS (eds.), *Die Angleichung des materiellen und des internationalen Privatrechts in der EU*, P. Lang, Frankfurt-am-Main, 2003, pp. 111-142.

¹⁸¹⁷ En contratos de franquicia, existe una Sentencia alemana que confirma esta tendencia, Sent. OLG München, 15 febrero 1980, trad. al francés en *JDI*, 1985, p. 957, nota de E. JAYME. En la misma, un franquiciador alemán puso fin al contrato de franquicia que había suscrito con un franquiciado de Nueva Jersey. Este último demandó al franquiciador ante los tribunales alemanes y solicitó la aplicación de la Ley de Nueva Jersey por encima de la Ley alemana elegida por las partes, esgrimiendo su carácter internacionalmente imperativo. El tribunal aplicó la Ley alemana, razonando que el franquiciado operaba en todo el territorio de Estados Unidos, lo que hacía difícil aplicar solamente la Ley de Nueva Jersey.

¹⁸¹⁸ STJUE 18 octubre 2016, *Nikiforidis*, cit., FJ 46: “Moreover, to permit the court of the forum to apply overriding mandatory provisions of the legal order of Member States other than those which are expressly referred to in Article 9(2) and (3) of the Rome I Regulation would be liable to jeopardise full

429. Ejemplo. No podrán aplicarse como leyes de policía de terceros Estados las normas relativas a la inscripción en el Registro del Estado en que va a explotarse la franquicia de las marcas y patentes del franquiciador si su incumplimiento no hacen el contrato ilegal. En cambio, sí podrían aplicarse las normas relativas a los productos cuya distribución en un establecimiento abierto al público está prohibida.

430. La norma es ahora más restrictiva, pero sus posibilidades de aplicación quizá sean mayores, por la mayor concreción de la misma¹⁸¹⁹. En cualquier caso, su apreciación por parte de los tribunales sigue siendo dispositiva (“...podrá darse efecto...”). No obstante, los principios de confianza mutua y de uniformidad de decisiones recomiendan que la aplicación de las normas de policía de terceros Estados sea la solución habitual¹⁸²⁰.

2. Normas de origen europeo

431. Las normas de origen europeo pueden ser normas de policía aunque no lo mencione expresamente el art. 9 RR-I. En los casos en que se reconozca su imperatividad internacional, las mismas podrán ser aplicadas como “leyes de policía”, (asunto *Unamar*)¹⁸²¹. En cuanto a la versión a aplicar, si se trata de Directivas, se aplicará la del Estado cuyos tribunales conocen del asunto o bien la del lugar de ejecución, si es una norma que hace ilegal el contrato.

432. Se ha señalado que el recurso al art. 9 RR-I es superfluo cuando se trata de asegurar la aplicación de normas europeas directamente aplicables, como las contenidas en los Reglamentos o en los Tratados. Conforme a esta opinión, la aplicación de estas normas no depende de su consideración como leyes de policía, porque en todo caso gozan de superioridad sobre las normas nacionales¹⁸²². Lo anterior resulta totalmente cierto cuando la Ley aplicable al contrato es la Ley de un Estado miembro: en este caso, las normas europeas son directamente aplicables cuando el caso entra dentro de su ámbito de aplicación y prevalecen sobre las normas nacionales. Sin embargo, la

achievement of the regulation's general objective, which, as stated in recital 16, is legal certainty in the European area of justice”.

¹⁸¹⁹ A. NUYTS, “Les lois de police et dispositions impératives dans le Règlement Rome I”, *RDC Belge*, 2009, pp. 553- 586, p. 561-564 ; S. LEIBLE / M. LEHMANN, *op. cit.*, p. 542.

¹⁸²⁰ A. BONOMI, Article 9...”, *cit.*, pp. 648-649.

¹⁸²¹ Como normas de policía únicamente se aplicarían las normas europeas que se consideren internacionalmente imperativas, y no todas las normas imperativas, a diferencia de lo que ocurre en los casos previstos por el art. 3.4 RR-I (contrato exclusivamente conectado con la UE y elección de la Ley de un tercer Estado).

¹⁸²² U. MAGNUS, “Die Rom-I Verordnung”, *IPrax*, vol. 30, n. 1, 2010, pp. 27-44, p. 37; D. MARTINY, “Eingriffsnormen” en VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 10: Internationales Privatrecht, Rom I-Verordnung, Rom II-Verordnung, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-24)*, Beck, München, 2015, pp. 795-911, esp. par. 28.

cuestión es distinta cuando la Ley aplicable al contrato es la de un tercer Estado. En estos casos, la prevalencia de las normas europeas no puede basarse en su aplicabilidad directa, sino que necesita una base legal en el Reglamento Roma I. Esa base legal será el art. 23 RR-I cuando la norma europea contenga una norma de conflicto de leyes especial en el sentido de este artículo. En caso contrario, las normas europeas únicamente podrán prevalecer bajo las condiciones del artículo 9 RR-I. Esto significa que no todas las normas de Derecho europeo imperativas han de considerarse como internacionalmente imperativas¹⁸²³.

ii. Identificación de las leyes de policía aplicables a un contrato de franquicia

433. La definición de leyes de policía está formulada en términos deliberadamente restrictivos, lo que debería tener sobre los tribunales de los Estados miembros un efecto disuasorio¹⁸²⁴. El TJUE ha proporcionado recientemente una serie de directrices que permiten al tribunal de un Estado miembro determinar si una determinada norma ha de considerarse como una ley de policía (casos *Unamar* y *Nikiforidis*¹⁸²⁵)¹⁸²⁶:

434. i. Primer nivel (test de imperatividad). Se trata de determinar si las normas que pretenden aplicarse son normas “dotadas de un plus de imperatividad, esto es, de una imperatividad reforzada”, lo cual implica la voluntad del legislador de que se apliquen de forma directa e inmediata a las relaciones privadas internacionales que queden enmarcadas en su ámbito de aplicación¹⁸²⁷. En otras palabras, se ha de determinar el ámbito de aplicación espacial de la norma supuestamente de policía, es decir, de averiguar si el legislador estatal pretendió o no su aplicación a supuestos que contengan elementos de tráfico externo¹⁸²⁸. Para dilucidar esta intención el tribunal tendrá que investigar la voluntad del Estado que las emitió, lo cual puede determinarse, bien del tenor literal de la norma (articulado, exposición de motivos, disposiciones transitorias, adicionales o finales...), bien del contexto de la misma (trabajos preparatorios de la norma, proceso de negociación de la misma, casos a los que se aplica...) ¹⁸²⁹.

¹⁸²³ A. BONOMI, “Article 9...”, *cit.*, p. 616.

¹⁸²⁴ A. BONOMI, “Article 9...”, *cit.*, p. 609; STJUE 18 octubre 2016, *Nikiforidis*, *cit.*, FJ 44: “As a derogating measure, Article 9 of the Rome I Regulation must be interpreted strictly (see, by analogy, judgment of 17 October 2013, *Unamar*, C-184/12, EU:C:2013:663, paragraph 49)”.

¹⁸²⁵ STJUE 17 octubre 2013, *Unamar*, *cit.*; STJUE 18 octubre 2016, *Nikiforidis*, *cit.*.

¹⁸²⁶ M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Agencia comercial, leyes de policía y Derecho Internacional Privado europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 6, número 1 (2014), pp. 357-366, p. 360.

¹⁸²⁷ P. MAYER, “Lois de police”, *Repertoire Dalloz de Droit International*, Tomo II, París, 2001, pp. 1-9; B. AUDIT, *Droit...*, *cit.*, pp. 97-107.

¹⁸²⁸ I. GUARDANS CAMBO, *Contrato internacional...*, *cit.*, p. 228.

¹⁸²⁹ J.D. LÜTTRINGHAUS, “Eingriffsnormen im internationalen Unionsprivat- und Prozessrecht: von Ingmar zu Unamar”, *IPrax*, año 34, marzo-abril 2014, pp. 146-151, p. 148.

435. ii. Segundo nivel (test de la defensa de intereses públicos). Se trata de determinar si esas normas internacionalmente imperativas están dentro de los límites que establece el concepto autónomo de leyes de policía del art. 9 RR-I y el resto del Derecho europeo¹⁸³⁰. En este segundo nivel, el juez nacional ha de actuar como un juez exclusivamente europeo. La calificación de una disposición nacional determinada como ley de policía ha de realizarse caso por caso por ese juez de instancia, que habrá de evaluar si se traspasan esos límites marcados por el art. 9 RR-I¹⁸³¹. Estos límites son los siguientes: una ley solamente podrá ser “de policía” cuando el Estado que la ha emitido considere que su observancia es “*esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica (...)*” (art. 9 RR-I). Es decir, para que una norma pueda aplicarse como una ley de policía no basta con que el Estado que la promulgó pretenda dicha aplicación, sino que ha de comprobarse que la norma cuya eficacia pretende extenderse extraterritorialmente es una norma institucional, esto es, que resulta esencial para la salvaguardia de los intereses públicos de dicho Estado¹⁸³². Para ello, el tribunal que conoce del asunto también tendrá que realizar un estudio detallado del tenor literal del precepto, de su estructura general, y de las circunstancias en que el mismo fue adoptado, por ejemplo, estudiar los trabajos preparatorios de la norma, el preámbulo o la exposición de motivos de la Ley...¹⁸³³. A. BONOMI señala como indicios de la defensa de estos intereses que la sanción por el incumplimiento de la norma acompañe, junto con la sanción civil, una sanción penal o administrativa, o que dicha sanción civil sea la nulidad¹⁸³⁴.

436. Según la opinión de parte de la doctrina, en este segundo nivel habría que comprobar también que la norma en cuestión es una norma de dirección u “ordopolítica” (que protege intereses públicos) y no una norma protectora (que protege intereses privados o de las partes)¹⁸³⁵. Como indica A. BONOMI, se trata de una cuestión

¹⁸³⁰ A. BONOMI, “Article 9...”, *cit.*, p. 609.

¹⁸³¹ Conclusiones del abogado general Sr. Nils Wahl presentadas el 15 mayo 2013, asunto C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare*, pfs. 34 y 39.

¹⁸³² A este límite se refiere el Abogado General en sus conclusiones como un “límite implícito” en el art. 9 del RR-I: Conclusiones del abogado general Sr. Nils Wahl presentadas el 15 mayo 2013, asunto C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare*, pfs. 34 y 39. Más reciente, STJUE 18 octubre 2016, *Nikiforidis*, *cit.*, FJ 43.

¹⁸³³ STJUE 17 octubre 2013, *Unamar*, *cit.*, FJ 50: “*Así pues, incumbe al juez nacional, a la hora de apreciar el carácter de «ley de policía» de la ley nacional que se propone aplicar en lugar de la ley elegida expresamente por las partes en el contrato, tener en cuenta no sólo los términos exactos de aquella ley sino también su concepción general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó, para poder deducir de ello que tal ley reviste carácter imperativo, en la medida en que conste que el legislador nacional la adoptó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial por el Estado miembro de que se trate. (...)*”.

¹⁸³⁴ A. BONOMI, “Article 9...”, *cit.*, p. 621.

¹⁸³⁵ P. MAYER, “Lois de police”, *cit.*, p. 4, J. BEULKER, *Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren: Parallelen und Besonderheiten im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit*, MPI, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 296; R. FREITAG, “Zwingende Bestimmungen, Berücksichtigung ausländischer Devisenvorschriften, Formvorschriften”, en C. REITHMANN / D. MARTINY, *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2004,

enormemente debatida si el art. 9 RR-I ha de dar cabida a las normas protectoras de ciertas categorías de individuos, como consumidores, empleados, arrendatarios, agentes comerciales y franquiciados¹⁸³⁶. Según este sector doctrinal, solamente las normas de dirección podrían ser consideradas como normas de policía en virtud de la definición autónoma del Reglamento Roma I. Este sector doctrinal ve en la expresión “*intérêt publico*” contenida en dicha definición una voluntad del legislador europeo de excluir de las leyes de policía todas aquellas normas “protectoras” de una parte contractual considerada débil, como podrían ser las normas protectoras del franquiciado (obligación de información previa por parte del franquiciador, por ejemplo)¹⁸³⁷. Esto se debe a que el Reglamento Roma I ya ha reconocido expresamente como partes débiles a los consumidores, trabajadores y asegurados, por lo que recurrir a las normas de policía para proteger a otras partes débiles no reconocidas como tales por el Reglamento podría considerarse un fraude al mismo y la previsibilidad de soluciones se vería seriamente dañada¹⁸³⁸. Así por ejemplo, según esta teoría, normas como las contenidas en el *Code de Droit économique* belga no podrían considerarse como leyes de policía conforme al Reglamento, a pesar de que expresamente conste en las mismas su voluntad de constituir una norma internacionalmente imperativa¹⁸³⁹.

437. Sin embargo el TJUE no se ha atrevido a otorgar ninguna relevancia a esta distinción entre normas ordopolíticas y normas protectoras. En este sentido, el concepto de “ley de policía” del Reglamento es más amplio de lo esperado. En el caso *Unamar*, relativo a un contrato de agencia, el TJUE no se niega a la aplicación como normas de policía de normas protectoras del agente¹⁸⁴⁰. En consecuencia, para que una norma sea

pp. 361-470. También R. BALDI, *Il contratto...*, cit. pp. 538-539; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 114; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, cit., p. 353.

¹⁸³⁶ A. BONOMI, “Article 9...”, cit., p. 621.

¹⁸³⁷ Respecto a la referencia a “intereses públicos en la definición de ley de policía: “*El dato no es baladí, pues conlleva la necesidad de practicar una interpretación restrictiva del art. 9. Bajo este precepto no se puede invocar cualquier norma imperativa, sino únicamente normas “ordo-políticas”, cuyo objeto es la tutela de intereses públicos o supra-individuales. Esto excluye aquellas normas destinadas a la tutela individual de una parte del contrato por su condición de asimetría frente a la otra. El artículo 9 no es, por consiguiente, la sede adecuada para proteger la posición contractual de los consumidores, agentes, etc.*”, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, cit., p. 353.

¹⁸³⁸ H. KENFACK, “Le règlement...”, cit., p. 37.

¹⁸³⁹ En el “*rapport*” sobre el proyecto de la *Loi 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial*, MB 18 enero 2006, p. 2732 se indica expresamente que: “*le présent projet de loi a pour objectif de rééquilibrer cette relation commerciale*”, *Doc. Parl.*, Ch. Rept., 51, n. 1687/005, p. 4. Ver P. DEMOLIN, *op. cit.*, p. 13: “*C'est en partant du constat que le candidat est la partie faible dans le cadre de la négociation d'un contrat de partenariat commercial que le législateur a souhaité intervenir pour rétablir l'équilibre au profit de ce candidat*”. Tiene la misma opinión en relación a los contratos de distribución F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “*Contratos de distribución...*”, cit., p. 240.

¹⁸⁴⁰ Se alinea así con el otro sector doctrina que entiende que las normas de policía pueden ser normas protectoras, siempre que defiendan al mismo tiempo intereses públicos, formado entre otros por P. LAGARDE, “*La loi applicable...*”, cit., pp. 87-105, p. 99, H. AGUILAR GRIEDER, *La protección...*, cit., p. 53, F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Étude de conflits de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 276, núm. 280.

de policía no es relevante que ésta proteja intereses privados siempre que, al mismo tiempo, proteja intereses públicos. Esto es, para el TJUE, la protección de un interés privado no es incompatible con la protección al mismo tiempo de un interés público¹⁸⁴¹. Lo que es más, la protección de ciertos sujetos o colectivos podría ser vista por un tribunal europeo como la protección de un interés público, y por lo tanto como ley de policía, siempre que se demuestre que esa protección es esencial para la organización política, social o económica del Estado que emitió la norma. Ello dependerá de la materia regulada por la norma y de las circunstancias de cada Estado. Una misma norma puede ser de policía en un determinado Estado y no serlo en otro. Así, por ejemplo, una norma que establezca el tiempo mínimo de duración de un arrendamiento para uso de vivienda podrá ser de policía en un Estado, si en el mismo el mercado del alquiler se encuentra sumergido o es muy precario, de forma que la misma tenga como función no sólo proteger a ese arrendatario sino fomentar el florecimiento de dicho mercado, mientras que podrá no serlo en otro, en que dicho mercado se encuentre liberalizado y en que dicha norma se modifique con asiduidad.

438. En consecuencia, respecto de las normas que protegen a distribuidores y franquiciados, como las normas que prescriben una indemnización por clientela a favor del distribuidor al finalizar el contrato o las que obligan al franquiciador a avisar de la terminación de la relación contractual con un determinado plazo de preaviso, habría que justificar que las mismas protegen intereses públicos para que puedan aplicarse como normas de policía. Para ello, habrá de tener en cuenta “*la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas*”¹⁸⁴². En definitiva, el juez competente tendrá que salir a la búsqueda del interés público que pueda haber detrás de la protección del franquiciado por su legislador¹⁸⁴³.

439. Por ello, no resulta acertado declarar en abstracto si bajo este tipo de normas subyace o no un interés público, ello tendrá que estudiarse en relación con cada Estado. Así, se tendrá que determinar si en las disposiciones protectoras del franquiciado existe alguna intención más allá de la restauración de su posición en un contrato en que se

¹⁸⁴¹ En este sentido ya se han manifestado antes algunos autores como H. AGUILAR GRIEDER, *La protección...*, cit., p. 53. También parece admitir la aplicación como normas de policía las normas protectoras del distribuidor y franquiciado P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratos de colaboración” en VV.AA., *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 508-511.

¹⁸⁴² En palabras del fallo de la sentencia analizada.

¹⁸⁴³ Para ello, el juez podría recurrir a la distinción entre “reglas y decisiones” sostenida por P. Mayer, según la cual las leyes de policía suelen tomar la forma de una “decisión legal”, I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional...*, cit., p. 228, P. MAYER, *La distinción...*, cit., p. 102. Las decisiones serían normas concretas, categóricas, y modificadoras de la realidad jurídica. En palabras de GUARDANS, lo serían “*tanto por su contenido –normas en que se pone de manifiesto un interés del Estado particularmente relevante-, como por el método –voluntad de aplicación imperativa por parte del Estado de origen, y posible reconocimiento en el extranjero analizando los límites de esa voluntad de aplicación-*”.

encuentra bajo la influencia de la otra parte¹⁸⁴⁴. De todas formas, que las normas protectoras puedan ser consideradas como normas de policía no significa en ningún caso que el concepto de ley de policía haya de ser interpretado de forma extensa. Como se ha visto, el Derecho europeo fija los límites respecto a los que los Estados miembros pueden legítimamente recurrir a la noción de leyes de policía y proporciona indicaciones sobre cuáles son los intereses que un Estado puede tener en cuenta para determinar cuando una norma es internacionalmente imperativa¹⁸⁴⁵.

440. En los epígrafes siguientes se estudiarán no sólo estas normas protectoras, sino todas las normas que podrían ser aplicadas como leyes de policía a un caso derivado de un contrato de franquicia.

iii. Casos concretos de Leyes de policía

441. Conforme a lo expuesto, tanto las partes contratantes como el tribunal que conoce del asunto tendrán que considerar, además de la *lex contractus*, los ordenamientos de los Estados conectados con el caso, incluidos los de los posibles tribunales competentes y los de los Estados en que el contrato de franquicia vaya a desplegar sus efectos jurídicos, por si alguna de sus normas se ha de aplicar como una norma internacionalmente imperativa.

442. A continuación se tratarán de identificar las categorías de normas internacionalmente imperativas que, por su conexión con los efectos que pueden producir los contratos de franquicia sobre los intereses que dichas normas tutelan, se aplican de forma más frecuente a este tipo de operaciones.

1. Normas relacionadas con las inversiones extranjeras

443. Una primera clase de disposiciones que han de ser calificadas como normas internacionalmente imperativas son las normas sobre inversiones extranjeras. Su calificación como normas internacionalmente imperativas no presenta dudas, pues las mismas son precisamente promulgadas para preservar un interés estatal, muy relacionado con su política legislativa y económica, el de preservar ciertos sectores de la economía de un Estado en manos de nacionales y no de empresas extranjeras¹⁸⁴⁶.

444. Estas normas podrían afectar tanto a los extranjeros que pretendieran convertirse en franquiciados en un determinado Estado, como a los franquiciadores operativos en el exterior que pretendieran implantar sus marcas en ese Estado. En

¹⁸⁴⁴ Muy reticente a considerar las normas protectoras como “de policía”, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Contratos de distribución...”, *cit.*, p. 234. En contra, H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos...”, *cit.*, p. 34.

¹⁸⁴⁵ A. BONOMI, “Article 9...”, *cit.*, p. 619.

¹⁸⁴⁶ A. BONOMI “Article 9...”, *cit.*, p. 621; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 141.

contraposición a las normas liberales propias de países industrializados, donde se suelen establecer únicamente obligaciones de declaración de tales inversiones, en otros países menos desarrollados es frecuente que las normativas de política económica exterior condiciones la posibilidad de contratar con una empresa de dicho país a la obtención de una autorización administrativa¹⁸⁴⁷. Dentro de este tipo de normas se encuentran las normas propias de algunos Estados árabes que prohíben la venta a través de intermediarios, o que exigen que todos los distribuidores que operen en su territorio tengan la nacionalidad del país, o que prescriben el control por sus nacionales de una parte o la totalidad del capital social destinada a operar en el país¹⁸⁴⁸. Dentro de esta categoría se encontrarían también las normas que exigen una autorización administrativa al empresario, o específicamente al franquiciador extranjero, como es el caso de Túnez, para poder implantar su marca en dicho Estado¹⁸⁴⁹.

445. En la medida en que estas normas suelen estar vigentes en Estados que no forman parte de la Unión Europea, solamente podrían ser tenidas en cuenta si los tribunales que conocen del asunto consideran que son normas de policía del lugar en que se ha de cumplir el contrato. Pese a ello, se puede encontrar aún alguna norma de este carácter en algunos Estados miembros, cuyo ámbito de aplicación se restringe a los casos en que el sujeto que tenga que cumplir la norma sea nacional de un tercer Estado, en virtud de la incidencia del principio de no discriminación (art. 18 TFUE)¹⁸⁵⁰. Un ejemplo de lo anterior es Austria, donde las sucursales de las empresas extranjeras que pretendan ejercer un negocio en el país han de nombrar a un representante que será considerado el responsable del cumplimiento de la normativa comercial austríaca por la

¹⁸⁴⁷ F. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, p. 112.

¹⁸⁴⁸ En Arabia Saudí, por ejemplo, se exige que el porcentaje controlado por los nacionales del país sea al menos del 25 %. U.S. COMMERCIAL SERVICE, “Saudi Arabia: Franchising Market Update”, 2009, disponible en: http://www.franchise.org/sites/default/files/ek-pdfs/html_page/Saudi-Arabia_Franchising-Sector-Update_June-2009_3.pdf. Como indica H. KENFACK, *La franchise...*, *cit.*, p. 446, otros países en que la actividad distributiva se encontraba anteriormente exclusivamente reservada a los nacionales eran Siria, Egipto, Emiratos Árabes y Bahrein. En Brasil, las limitaciones se encuentran organizadas por sectores: un inversor extranjero, por ejemplo, no podría adquirir una franquicia en el marco de los envíos postales o de la salud (como una clínica dental), P. SHIGUERU / M. MELLO / T. SANTOS, “Brazil”, en P. ZEIDMAN (ed.), *Franchise in 25 jurisdictions worldwide - 2016*, Law Business Research, London, 2015, p. 14.

¹⁸⁴⁹ *Arrêté du ministre du Commerce et de l'artisanat du 28 juillet 2010 portant l'octroi systématique, à certains contrats de franchise, de l'autorisation prévue par l'article 6 de la loi n° 91-64 du 29 juillet 1991*, JORT, n. 63, 6 agosto 2010, pp. 2125-2126. Y. BELLAMINE, “Les franchises étrangères en Tunisie: une aubaine ou un tourment pour l'économie tunisienne ? », *Nawaat*, 26 febrero 2015, disponible en <https://nawaat.org/portail/2015/02/26/les-franchises-etrangeres-en-tunisie-une-aubaine-ou-un-tourment-pour-leconomie-tunisienne/>.

¹⁸⁵⁰ Art. 18 párrafo 1° TFUE: “En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”. Este principio se traduce en que los Estados miembros tienen la obligación de tratar de igual forma que a sus nacionales a los ciudadanos de otros Estados miembros, al menos que el Derecho de la UE permita un trato distinto en una materia en concreto, M. BOGDAN, *Concise introduction to EU PIL*, Europa Law Publishing, Groningen, 2012, p. 20.

sucursal extranjera, y donde existen restricciones a la compra de inmuebles por extranjeros¹⁸⁵¹.

446. Dentro de tipo de normas cabría citar también un último tipo, que es de normas que marcan claramente una línea de política exterior que tiene influencia directa sobre los contratos internacionales, como es el caso de las sanciones comerciales de castigo¹⁸⁵². Este es el caso de las polémicas sanciones impuestas por el Estado ruso a las importaciones de alimentos provenientes de la Unión Europea, que han tenido efectos sobre contratos de distribución y de franquicia realizados entre principales europeos y distribuidores y franquiciados rusos¹⁸⁵³.

447. Ejemplo. La compañía española *Comet Group* firmó un contrato de máster franquicia en 2011 con el ciudadano ruso D. Igor Laniev para que desarrollara en Moscú sus dos restaurantes insignia, *Pizarrán* y *Casita Mariachi*. En el marco del mismo, la empresa española suministraba al máster franquiciado los productos españoles necesarios para la preparación de los menús (principalmente embutidos, quesos y verduras).

448. En 2015, ante la imposibilidad de que dichos alimentos puedan seguir importándose en Rusia, la empresa española decide resolver el contrato ante los tribunales españoles. El franquiciado ruso se opone al señalar que la norma rusa no afecta al cumplimiento del contrato, ya que el contrato se rige por la ley española, y que además pueden modificarse esos alimentos por otros adquiridos en Rusia. Los tribunales españoles han de tener en cuenta el Derecho ruso que impone el veto a la importación de alimentos de la Unión Europea para resolver el contrato, al ser una Ley que hace el contrato “ilegal”.

2. Normas de registro y de inicio de la actividad comercial

449. Las mismas consideraciones de imperatividad internacional pueden hacerse respecto a las normas que obligan a la obtención de una autorización especial para el ejercicio de la actividad comercial que se pretende llevar a cabo como franquiciado o a

¹⁸⁵¹ S. FREYGNER / P. VON SCHRADER, “Austria”, en P. ZEIDMAN (ed.), *Franchise in 30 jurisdictions worldwide - 2015*, Law Business Research, London, 2014, p. 25.

¹⁸⁵² A. BONOMI, “Article 9...”, *cit.*, p. 621; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 143, cita al respecto el caso resuelto por la Sent. Corte Ap. La Haya 17 septiembre 1982, *RCDIP*, 1983, p. 473; asimismo, Sent. Corte Ap. Amsterdam 25 junio 1992, *KG*, 1992, p. 235; también el caso Sent. Cour App. Anvers 1966, *RW*, 1996-1997, p. 360.

¹⁸⁵³ “El veto ruso a los productos de la UE obligue a Bruselas a extender las ayudas”, *El País*, edición digital, 4 agosto 2015, disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/07/31/actualidad/1438354415_574604.html (fecha última consulta: 20/03/2017); “Las franquicias españolas de restauracion contra el frío ruso”, *Infofranquicias*, 8 julio 2011, disponible en: <http://www.infofranquicias.com/cd-11956/Las-franquicias-espanolas-de-restauracion-contra-el-frio-ruso.aspx> (fecha última consulta: 20/03/2017).

la inscripción de esa actividad en un registro especial a efectos de publicidad¹⁸⁵⁴. Estas normas pueden destinarse a todos los operadores que comercian en un país o sólo a los extranjeros. Estas normas tienen un carácter público, en la medida en que su incumplimiento trae aparejadas sanciones administrativas, pero también pueden tener una perspectiva privada, si las mismas prevén sanciones civiles (por ejemplo, nulidad del contrato)¹⁸⁵⁵.

450. Su imperatividad internacional derivaría de que con estas normas el Estado persigue el interés de controlar quiénes son los operadores económicos que actúan en su territorio, de forma que sus nacionales (como potenciales consumidores) tengan la posibilidad de conocer cierta información sobre la entidad con la que contratan. No se considera que estas normas sean “proteccionistas” frente a inversiones extranjeras, puesto que las empresas nacionales suelen estar inscritas en Registros Mercantiles en que constan todas las informaciones sobre las mismas.

451. Un ejemplo de estas normativas que se extiende a todo comerciante, nacional o extranjero, es la obligación de obtención de una autorización administrativa existente en Austria para poder emprender una actividad comercial. Esta autorización varía en función del sector y exige superar unos requisitos de preparación y experiencia según las categorías¹⁸⁵⁶. En cuanto a las obligaciones de registro referidas exclusivamente a extranjeros se puede encontrar un ejemplo en Holanda, donde toda compañía extranjera no europea que desee realizar negocio en el país se ha de inscribir en el Registro de Compañías Formalmente Inscritas en el Extranjero (“CFRA”)¹⁸⁵⁷.

452. Estas consideraciones se pueden hacer también respecto de las normas que exigen el registro de los franquiciadores, tanto nacionales como extranjeros, a efectos de publicidad. En la Unión Europea, el único Estado que exige tal registro es España¹⁸⁵⁸. El art. 62 de la LOCM establece la obligación de todo franquiciador nacional o extranjero que vaya a operar en España de inscribirse en el Registro de Franquiciadores¹⁸⁵⁹. Esta norma, sin embargo, es de carácter exclusivamente público, pues únicamente prevé como sanción al incumplimiento de la obligación de registro la imposición de multas administrativas. Existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial sobre que el

¹⁸⁵⁴ A. BONOMI, “Article 9...”, *cit.*, p. 621.

¹⁸⁵⁵ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 274.

¹⁸⁵⁶ S. FREYGNER / P. VON SCHRADER, “Austria”, en P. ZEIDMAN (ed.), *Franchise in 30 jurisdictions worldwide - 2015*, Law Business Research, London, 2014, p. 25.

¹⁸⁵⁷ T. DE MÖNNIK, “Netherlands”, en P. ZEIDMAN (ed.), *Franchise in 30 jurisdictions worldwide - 2015*, Law Business Research, London, 2014, p. 123.

¹⁸⁵⁸ También se exige en otros Estados como Malasia o China. *Vid.* A. LIN XIA, *op. cit.*, p. 6.

¹⁸⁵⁹ Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, BOE n. 15 de 17 enero de 1996, pp. 1243-1254. El art. 62 LOMC se encuentra actualmente desarrollado por el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, que regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, BOE n. 63, de 13 de marzo de 2010, pp. 25037-25046.

incumplimiento de la obligación de inscribir no afectaría a la validez del contrato¹⁸⁶⁰. Por ello, esta norma no podrá ser aplicada como norma de policía por el tribunal español que conozca del asunto en un litigio civil.

453. También la norma francesa contenida en el art. A.441-1 du Code de commerce es una norma expresamente dedicada a la franquicia. La misma exige que el franquiciado se identifique claramente en el establecimiento comercial y en sus relaciones con terceros como un empresario independiente del franquiciador¹⁸⁶¹. Como en el caso anterior, la misma no parece tener efectos privados sobre el contrato de franquicia, ni sobre las transacciones con los usuarios del establecimiento. Si los tuviera, tendría que discutirse si su finalidad es la protección de la seguridad en el tráfico económico o la simple protección de los consumidores.

3. Normas que rigen las relaciones contractuales

454. En ciertos ordenamientos jurídicos existen normas peculiares relativas a la ordenación de las relaciones contractuales que pueden afectar también a los contratos de franquicia. Este es el caso de Francia y de la obligación de la determinación del precio de las cosas contenida en los artículos 1129 y 1591 de su *Code Civil* y que, como se verá posteriormente, fue acogida también por el Derecho español¹⁸⁶². Esta obligación no encuentra equivalente en otros ordenamientos europeos del entorno, como el Derecho alemán, el italiano o el inglés, en los que no sólo se permite la indeterminación del precio sino también su fijación de forma unilateral por una de las partes¹⁸⁶³.

¹⁸⁶⁰ A. HERNANDO GIMÉNEZ, *El contrato de franquicia de empresa*, Civitas, Pamplona, 2000, p. 176; M.C. MAYORGA TOLEDANO, *El contrato mercantil de franquicia*, Comares, Granada, 2007, p. 61; SAP Zaragoza 19 septiembre 2003; SAP Valencia, sección 11ª, 30 junio 2014, n. 265/2014: “El incumplimiento de esta obligación de inscribirse en el Registro de Franquiciados por parte del franquiciador da lugar a una sanción administrativa grave, si bien el contrato de franquicia concluido entre un franquiciador no inscrito en el Registro administrativo -estando obligado a ello- y un franquiciado ha de considerarse perfectamente válido y eficaz, solución que concuerda plenamente con la tendencia del Tribunal Supremo, el cual opta por no declarar nulos de pleno derecho actos y contratos que vulneren normas puramente administrativas (STS 17 de octubre de 1987)” (...) “...En definitiva hay que advertir de la irrelevancia jurídico-privada que tiene el incumplimiento del deber de registro administrativo (falta de inscripción de la franquiciadora en el Registro de franquiciadores), que podrá tener la consecuencias sancionadoras de orden gubernativo que sean, pero no justifica una nulidad del contrato de franquicia”.

¹⁸⁶¹ Art. 441-1 CComm.: “*Toute personne vendant des produits ou fournissant des services, liée par un accord de franchise à un franchiseur, informe le consommateur de sa qualité d'entreprise indépendante, de manière lisible et visible, sur l'ensemble des documents d'information, notamment de nature publicitaire, ainsi qu'à l'intérieur et à l'extérieur du lieu de vente*”.

¹⁸⁶² Art. 1129 CC: “*Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée*”; Art. 1591 CC: “*Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties*”.

¹⁸⁶³ C. WITZ / N. SPIEGEL, “Le droit allemand de la distribution”, M. ARGAN, “Le droit italien de la distribution”, H. BEALE, “Le droit anglais de la distribution” en A. SAYAG (dir.), *Le contrat-cadre*, Litec, Paris, 1995, pp. 117-118, 142 y 185, J. MASEDA RODRIGUEZ, *op.cit.*, p. 147.

455. Conforme a los referidos artículos del Código Civil francés, es nulo el contrato de “compraventa” que no fija el precio o no permite su fijación posterior mediante criterios objetivos independientes de la voluntad de una o ambas partes¹⁸⁶⁴. La aplicación de estos artículos a los acuerdos marco, y en especial a los contratos de franquicia, ha sido objeto de una rica interpretación por la *Cour de Cassation*. Tras una jurisprudencia oscilante¹⁸⁶⁵, se fijó el criterio definitivo en 1995: la cláusula de un contrato de franquicia que estipula que las mercancías entregadas al franquiciado serán facturadas a “precio de mercado” o “al precio de las tarifas del franquiciador vigentes en dicho momento”, no afecta a la validez del contrato, pero su fijación posterior de forma abusiva dará lugar a la resolución del contrato o a indemnización¹⁸⁶⁶. Estas decisiones dejan ver la imperatividad interna de esta norma en Derecho francés, pero, ¿se ha de aplicar también cuando el contrato se rija por una Ley distinta de la francesa? Los autores que se han pronunciado al respecto han subrayado que esta norma parece más orientada a la salvaguarda del equilibrio contractual y a la protección exclusiva de los intereses particulares de los contrayentes, que a un interés prioritario o esencial del ordenamiento francés (como podría ser la protección de la libre competencia o una mejor ordenación del mercado)¹⁸⁶⁷.

456. Estas mismas consideraciones se pueden hacer sobre la obligación gemela existente Derecho español, establecida por el juego de los artículos 1256 y 1449 del Código Civil¹⁸⁶⁸. Se trata de una norma de aplicación imperativa interna, como contundentemente ha declarado la jurisprudencia¹⁸⁶⁹, pero la misma parece dirigida a ordenar las relaciones entre los contratantes y no a proteger intereses superiores y

¹⁸⁶⁴ H. NARAYAN-FOURMENT, *L'approche concurrentielle et contractuelle de la détermination du prix (dans les ventes commerciales et les contrats-cadre)*, Tesis Doctoral, Universidad Nancy- II, 2002 ; D. TALLON, *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, LGDJ, Paris, 1989.

¹⁸⁶⁵ En un primer momento la Cour de Cassation declaró nulos varios contratos de franquicia de venta de cervezas y de carburantes que se referían directa o implícitamente a la determinación del precio conforme a las tarifas del franquiciador, dejándole la posibilidad de fijar unilateralmente el precio (véase por ejemplo Sent. Cour Cass. Com. 27 abril 1971, *Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale*, n. 107, p. 99).

¹⁸⁶⁶ Ass. Plén. Cour Cass. 1 diciembre 1995, *Bulletin*, 1995, A. P. n. 7, p. 13, *Contrats, concurrence, consommation*, 1996, n. 1, p. 1, nota de L. LEVENEUR; *Semaine juridique, éd. notariale et immobilière*, 1996, n° 13, p. 493, nota de D. BOULANGER; *Dalloz affaires*, 1996, n° 1, p. 3, nota de A. LAUDE; *Rev. trim. Dr. com. et Dr. éc.*, vol. 6, n. 2, 1996, p. 179, nota de F. POLLAUD-DULIAN / A. RONZANO, *JCP*, n. 37, p. 333, nota de L. FINEL; confirmada posteriormente por Sent. Cour Cass. Com. 11 junio 1996, *Bulletin*, vol. IV, n. 165, 1996, p. 142 y Sent. Cour Cass. Com. 15 enero 2002, n. 99-21172, inédita, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007071735>, en la que el Tribunal entra a analizar la gestión de la empresa franquiciadora para determinar finalmente que había sometido a sus franquiciados a unos sacrificios desproporcionados en relación a los precios mientras que había repartido dividendos entre sus socios.

¹⁸⁶⁷ D. BERLIN, *op. cit.*, p. 57; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 145-146.

¹⁸⁶⁸ Art. 1256 CC: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”; Art. 1449 CC: “El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

¹⁸⁶⁹ STS 1 junio 1992, RJ 4980; STS 22 diciembre 2000, RJ 10135; A. VAQUER / E. BOSCH / M. SÁNCHEZ, *Derecho europeo de los contratos*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 885-886.

esenciales de la organización jurídica o económica del mercado, por lo que no puede predicarse su imperatividad internacional.

457. Otras normas sobre las relaciones contractuales sobre las que se ha planteado su carácter internacionalmente imperativo son las normas italianas sobre la reserva de dominio. En efecto, en Derecho italiano, la cláusula de reserva de dominio debe estar inserta en los contratos de ejecución y no en el contrato marco para que pueda ser oponible al comprador (en este caso, franquiciado)¹⁸⁷⁰. Como en el caso anterior, no se puede deducir que su imperatividad interna sea también internacional¹⁸⁷¹.

458. Otro caso que ha de analizarse es el de la Ley de comerciantes de gasolina danesa (*Benzinforhandlerkontraktloven*), la única normativa que afecta directa y expresamente a la franquicia en el país¹⁸⁷². Esta Ley contiene normas sobre el contenido de los contratos, horarios de apertura, validez de las cláusulas sobre compras mínimas, duración de los contratos (máximo de tres años), preavisos e indemnizaciones. Estas normas son de carácter imperativo a nivel interno, se aplicarán a los contratos para estaciones de servicio sitas en Dinamarca¹⁸⁷³. En cuanto a la posibilidad de su aplicación internacionalmente imperativa, dado que la Ley no indica nada, habrá que estar a la intención del legislador. Como indica la doctrina, su objetivo era frenar las onerosas condiciones que las multinacionales petroleras imponían a los pequeños distribuidores y franquiciados, su finalidad es por lo tanto aplicarse a los casos internacionales, por querer el legislador que se aplique en casos con “multinacionales”¹⁸⁷⁴. En cuanto a su encaje en el concepto del art. 9 RR-I, la norma persigue un interés público esencial, como es regular el mercado nacional en un sector sensible como es la gasolina. En consecuencia, parece que su aplicación ha de ser internacionalmente imperativa.

4. Normas sobre transferencia de tecnología

459. La celebración de un contrato de franquicia internacional implica en muchas ocasiones una transferencia internacional de tecnología, lo que comporta la incidencia sobre estas operaciones de las normas de intervención que regulan las importaciones y exportaciones tecnológicas. Estas normas sobre transferencia de tecnología pueden clasificarse en dos modelos que se corresponden con los intereses estatales que en este ámbito tienen los Estados desarrollados y aquéllos que se encuentran en vías de

¹⁸⁷⁰ Sent. Corte Cass. 22 octubre 2002, n. 14891, *Contratti*, 2003, nota de V. TIMPANO, “*Efficacia reale o obbligatoria della concessione di vendita e opponibilità del patto di riservato dominio*”, pp. 583 y ss.

¹⁸⁷¹ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 147.

¹⁸⁷² Ley n. 234 6 junio 1985 *om benzinforhandlerkontrakter*, modificada por última vez por la Ley n. 495, 12 mayo 2010, *LBK*, n. 1718 de 18/12/2010.

¹⁸⁷³ Art. 6 Ley n. 234 6 junio 1985.

¹⁸⁷⁴ L.A. SØNDERGAARD, *Franchising in Denmark*, Gorrissen Federspiel, Copenhagen, 2012, p. 7.

desarrollo¹⁸⁷⁵. En los países desarrollados, entre los que se encuadrarían la totalidad de los Estados europeos, se reconoce una libertad de contratación casi absoluta, limitada exclusivamente por el control de la tecnología de doble uso¹⁸⁷⁶. Como mucho, se exige que el contrato se encuentre inscrito en un Registro público, como es el caso de Grecia¹⁸⁷⁷. La Ley griega sobre Transferencia de Tecnología, Invenciones e Innovación Tecnológica, aplicable cuando una de las partes del contrato tenga su domicilio en Grecia, establece como sanción a la falta de registro que los tribunales griegos no podrán conocer sobre ninguna controversia derivada de un contrato que no haya sido debidamente inscrito en el Registro¹⁸⁷⁸. Como es obvio, esta sanción solamente podrá ser aplicada en los casos en que la competencia judicial internacional sea determinada por la Ley griega, y no por el Reglamento Bruselas I bis, cuya aplicación es imperativa en todos los Estados miembros cuando el supuesto queda cubierto por su ámbito de aplicación.

460. En cuanto a los países en vías de desarrollo, su objetivo primordial suele ser el acceso a la tecnología extranjera de forma que se desarrolle la industria local, lo que supone la aparición de procedimientos de control de los contratos, con la intención de orientar los mismos a la consecución de tal objetivo. Dichos procedimientos de control suelen traducirse en la necesidad de autorización de los contratos por las autoridades administrativas del Estado receptor de la tecnología, así como en la obligación de inscribir el contrato en un Registro público¹⁸⁷⁹. En cuanto a los requisitos para la aprobación, son muy variados, desde la exigencia de un contenido mínimo obligatorio, a la enumeración de cláusulas prohibidas, o a la exclusión de la autonomía de la voluntad

¹⁸⁷⁵ N. BOUZA VIDAL, “Aspectos de Derecho internacional privado de los contratos de transferencia de tecnología”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1991*, Serv. Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1992, pp. 227-269, esp. pp. 248-249; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos...*, cit., pp. 314-322; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, p. 109.

¹⁸⁷⁶ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos...*, cit., pp. 315.

¹⁸⁷⁷ Ley Griega n. 1733/1987 sobre la Transferencia de Tecnología, las Invenciones y la Innovación Tecnológica, disponible en <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=9932>, arts. 21 y 22. Esta misma Ley establece como requisito de contenido para estos acuerdos que no contengan una prohibición a la exportación (art. 21.2.b).

¹⁸⁷⁸ Art. 22.4 de la mencionada Ley: “4. *The party responsible for registering the contract on technology transfer may either submit a copy of the contract or complete the special form in accordance with paragraph 5. Suit or petition to the Court which concerns any difference between the contracting parties and which relates to a contract on technology transfer cannot be discussed before the court without a written confirmation of OBI indicating that the parties have complied with the requirements of this paragraph*”.

¹⁸⁷⁹ F. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, p. 110, pone como ejemplo el ya derogado art. 10 del Reglamento del Perú de las Inversiones Extranjeras y contratación de tecnología, patentes, marcas y licencias de origen extranjero, *Dir. Comm. Int.*, n.5, vol. 1, 1991, pp. 307-311, que disponía: “*para ser exigibles, los contratos de transferencia de tecnología, licencia de uso de patentes, marcas u otros derechos de propiedad industrial de origen extranjero, así como los de asistencia técnica, ingeniería y de detalle, gerencia, y los de franquicia, deberán ser aprobados por la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías extranjeras*”. Un ejemplo en vigor sería la Ley Argentina de Transferencia de Tecnología, Ley n. 22.426, B.O. 23 marzo 1981, versión consolidada disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar094es.pdf>

conflictual¹⁸⁸⁰. También son muy variadas las consecuencias previstas para la infracción de las normas de aprobación y registro, de forma que en algunos Estados supone la nulidad del contrato y en otros solamente determina la imposibilidad de que el receptor de la tecnología (en este caso, el franquiciado) realice el pago al franquiciador¹⁸⁸¹.

461. En cuanto al carácter internacionalmente imperativo de estas normas, las mismas suelen indicar de forma expresa qué transacciones internacionales quedan imperativamente sujetas a la norma, por lo que suelen superar el test de imperatividad¹⁸⁸². En cuanto a que la norma resulte esencial para la salvaguarda de intereses públicos, se tendrá que estar a la situación de cada Estado, pero si, tal y como se ha indicado, se trata de normas comunes en los Estados en vías de desarrollo, en que la transferencia de la tecnología resulta vital para el avance de los mismos, con casi total seguridad se considerarán las mismas como normas de policía. Ahora bien, dado que este estudio se realiza desde la perspectiva de los tribunales de los Estados miembros, los únicos vinculados por el art. 9 RR-I, estas normas solamente podrán ser tenidas en cuenta si son las normas del Estado en que se ejecuta el contrato y si hacen al mismo ilegal.

462. Ejemplo. Un franquiciador portugués contrata con una empresa de Guinea Ecuatorial la creación de una cadena de servicio postal en dicho país africano. El contrato se somete a la Ley portuguesa. Pasado un año, la empresa guineana no ha abierto ni un solo establecimiento. El franquiciador la demanda ante los tribunales portugueses, y ésta alega que el contrato ha de ser considerado nulo porque conforme las autoridades guineanas le han denegado la autorización de transferencia de tecnología. ¿Ha de apreciar el tribunal portugués dicha norma?

463. El tribunal tendrá que consultar la norma alegada para comprobar si tiene una vocación de aplicación internacionalmente imperativa y si la misma tiene como finalidad la protección de intereses públicos. Para ello podrá consultar la exposición de motivos, sus trabajos preparatorios, la jurisprudencia sobre la misma... En caso afirmativo, al tratarse de una norma de otro Estado, tendrá que comprobar si es ese Estado el lugar de ejecución del contrato y si la norma aducida por las partes hace el contrato ilegal. Si, en efecto, conforme a Derecho guineano la denegación de la autorización convierte en nulo el contrato, el tribunal podrá, si le parece lo más justo, tener en cuenta dicha norma y aplicarla a la resolución del litigio en vez de la Ley portuguesa.

¹⁸⁸⁰ N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, p. 251.

¹⁸⁸¹ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos...*, *cit.*, p. 321.

¹⁸⁸² F. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.*, p. 110.

5. Normas sobre Derecho de la competencia

464. Las normas de Derecho de la competencia, tanto nacionales como regionales o internacionales, son las “leyes de policía por excelencia”¹⁸⁸³. En este sentido, se aplican siempre a los contratos de franquicia que entren en su ámbito de aplicación, independientemente del Derecho que los rija. Son normas de carácter económico, cuya finalidad es la regulación del mercado, y por lo tanto no han de quedar cubiertas por la Ley aplicable al contrato¹⁸⁸⁴. Son normas que tienen un carácter de Derecho público, pero que tienen consecuencias en lo privado. En consecuencia, su imperatividad internacional permitirá modular los contratos de franquicia o incluso declararlos ilegales, aunque los mismos sean perfectamente válidos conforme a la *lex contractus*¹⁸⁸⁵.

465. Como se verá a continuación, el criterio de aplicación de estas normas suele ser el del mercado afectado por el contrato, por lo que las partes tendrán que tener en cuenta las disposiciones *antitrust* de los Estados en que pretendan poner en marcha su franquicia, así como las de los Estados de su sede, ante la posibilidad de que los mercados de todos esos Estados se consideren afectados por la operación.

5.1. Normas europeas

466. La normativa europea sobre Derecho de la competencia ejerce como un primer “filtro de idoneidad” en los casos que afectan a los mercados de uno o varios Estados miembros¹⁸⁸⁶. Por ello se impone sobre lo dispuesto en la Ley reguladora del contrato. Tiene en su totalidad carácter de norma de policía, eficacia directa y posibilidad de ser oponible sobre toda cláusula contractual, independientemente de la sanción que se otorgue a las conductas prescritas. Esta oponibilidad se debe a que en todos los casos en que un tribunal europeo aplique estas normas europeas, estará aplicando “Derecho del foro”, por lo tanto, no ha de aplicar únicamente las normas que sancionan el contrato con la nulidad, sino todas ellas que considere “de policía” independientemente de la sanción que comporten (Cdo. 40 RR-I y arts. 9.1 y 23 RR-D)¹⁸⁸⁷. Frente a esta postura, otros autores defienden que los tribunales, cuando apliquen

¹⁸⁸³ H. KENFACK, *La franchise...*, cit., p. 452 ; A. BONOMI, “Article 9...”, cit., p. 621.

¹⁸⁸⁴ O. LANDO, “Contracts”, cit., p. 141 ; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 113.

¹⁸⁸⁵ U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, cit., p. 298.

¹⁸⁸⁶ P. CRAHAY, *Les contrats...*, cit., p. 102; B. GOLDMAN / A. LYON-CAEN / L. VOGEL, *Droit commercial européen*, Dalloz, Paris, 1994, p. 350; M.J. LUNAS DÍAZ, “El principio de primacía del Derecho comunitario y el Derecho internacional privado”, *Rev. Der. Com. Eur.*, n.4, 1998, pp. 473-499; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1993, p. 38; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Derecho internacional privado y Derecho comunitario”, *RIE*, 1990, pp. 785-826, p. 815; C. FERRY, « Contrat international d’agent commercial et lois de police », *JDI*, 1993, pp. 301-303.

¹⁸⁸⁷ El Cdo. 40 indica que el Reglamento Roma I “se entiende sin perjuicio de la aplicación de otros instrumentos que establezcan disposiciones destinadas a contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, en la medida en que no puedan aplicarse junto con la ley designada por el presente

estas normas europeas de la competencia, tendrán que distinguir entre los casos en que las aplican porque el contrato afecta al mercado de su propio Estado (art. 9.1 RR-I) y entre los casos en que el contrato afecta al mercado de otro Estado miembro, caso en que solamente podrá aplicar las normas que conviertan el contrato en ilegal (art. 9.3 RR-D)¹⁸⁸⁸.

467. Una vez determinado el carácter de ley de policía de estas normas, como en el supuesto de la normativa nacional, para que este Derecho de la Competencia se pueda aplicarse el caso ha de considerarse incluido en el ámbito de aplicación territorial, personal, temporal y material de estas normas. De estos campos, como en los casos anteriores, el que precisa de una atención particular es el territorial¹⁸⁸⁹. El Derecho de la competencia europeo se aplicará a los acuerdos y acciones que “afecten” o “pretendan afectar” al mercado interior¹⁸⁹⁰.

468. Para determinar dicha afectación se siguió en un primer momento la teoría de los efectos, es decir, para que una práctica se considere prohibida no es necesario que el contrato o el acuerdo se realice en el mercado interior o tenga algún vínculo físico con él, sino que basta con que sus efectos se produzcan o pretendan producirse en el territorio de ese mercado interior, de forma que impida, restrinja o distorsione la competencia en ese mercado¹⁸⁹¹. No obstante, la jurisprudencia más reciente del TJUE parece decantarse por la teoría de la “*implementation*”, lo que supone que el Derecho europeo se aplicará a los hechos cuya “puesta en práctica” se realice dentro de la Unión Europea¹⁸⁹². Conforme a esta teoría, quedarían al margen del Derecho europeo los casos de contratos de franquicia en que se acuerde una prestación de no hacer en el territorio europeo (por ejemplo, franquiciador y franquiciado americano que acuerdan no vender a compradores europeos), pues no hay un lugar de “puesta en práctica” de los hechos

Reglamento”. Entre esas normas destinadas a contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior se encuentra, sin duda, el Derecho de la Competencia europeo. Sobre la aplicación de las normas de Derecho europeo como “leyes de policía” y su ámbito de aplicación, M.A. CEBRIÁN SALVAT, “The Extraterritorial Application of EU Contract Law”, *Spanish Yearbook of International Law*, n. 19, 2015, 13 p; N. DIACAKIS, *Problèmes liés aux effets extraterritoriaux des normes communautaires*, Bruylant, Bruselas, 2000; S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du Droit international privé*, Bruylant, Bruselas, 2005; B. MATHIEU, *Directives européennes et conflits de lois*, L.G.D.J., Paris, 2015, p. 370.

¹⁸⁸⁸ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 112.

¹⁸⁸⁹ J.-G. CASTEL, “The extraterritorial effect of antitrust laws”, *RCADI*, n. 179, 1983, pp. 9-144, p. 75: en cuanto al ámbito de aplicación personal, la Comisión tiene la facultad de proceder frente a cualquier persona física o jurídica, aunque tenga su sede o sea nacional de un tercer Estado, siempre que se cumpla el ámbito de aplicación territorial.

¹⁸⁹⁰ J.-G. CASTEL, *op. cit.*, p. 75; N. DIACAKIS, *op. cit.*; S. GARCÍA CANO, “La aplicación extraterritorial del Derecho de la Competencia en Estados Unidos y en la Comunidad Europea: trayectoria jurisprudencial”, *Noticias UE*, n. 169, 1999, pp. 55-69, p. 65.

¹⁸⁹¹ Una de las primeras Sentencias al respecto fue la STJCE 13 julio 1966, as. C-56 y 58/64, *Établissements Consten v. Comission*, RJ, 1966, p. 425.

¹⁸⁹² J. MASEDA RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 223.

dentro del territorio europeo, aunque puedan repercutir en éste¹⁸⁹³. En la práctica, esta teoría supondría la aplicación del Derecho europeo únicamente cuando la franquicia se explote total o parcialmente en territorio europeo. Pese a ello hay autores que siguen defendiendo la teoría de los efectos, y con ella la aplicación del Derecho europeo de la competencia a todos los casos en que el mercado europeo se vea afectado de forma significativa aunque el contrato no se ejecute en la Unión Europea¹⁸⁹⁴.

469. Ejemplo. Un franquiciador con sede en USA suscribe un contrato de franquicia con un franquiciado con residencia habitual en España en que se fijan los precios de venta al público de los productos franquiciados. El contrato está sujeto a la Ley de Delaware. El franquiciado demanda al franquiciador ante los tribunales españoles. Pide la nulidad del contrato por contravenir éste el Derecho europeo de la competencia. ¿Ha de estimar el tribunal esta reclamación?

470. El tribunal podrá aplicar las normas europeas de Derecho de la competencia como normas de policía del foro. Las mismas son internacionalmente imperativas y tienen como finalidad no la protección de una parte del contrato, sino el buen funcionamiento del mercado en su totalidad (art. 9 RR-I). Además, estas normas resultan aplicables al caso porque la UE, y en concreto España, es el mercado afectado. Si éste validara la operación, también podría aplicar el Derecho de la competencia español, como una segunda barrera.

471. En cuanto a las relaciones entre el Derecho europeo de la competencia y la *lex contractus*, existe una peculiaridad frente al Derecho de la competencia nacional, y es que el primero prohíbe algunas conductas para las que no establece ninguna sanción civil, sino únicamente sanciones administrativas¹⁸⁹⁵. Este es el caso de las conductas prohibidas por el art. 102 TFUE (abuso de posición dominante). En efecto, en contraste con lo que ocurre con las prácticas anticompetitivas incluidas en el art. 101 TFUE, a las que se anuda la consecuencia civil de su nulidad de pleno derecho (art. 101.3 TFUE), el art. 102 TFUE no prevé sanción civil alguna para estas conductas. Ante ello, la doctrina ha sugerido que las consecuencias de la conducta vengán determinadas por el Derecho aplicable al contrato¹⁸⁹⁶.

472. Cuando el Derecho europeo sea aplicable y declare nulo el acuerdo (conductas incluidas en el 101 TFUE no beneficiadas de exención), la solución es clara: el contrato de franquicia ha de declararse nulo, en su totalidad o en parte (en función de si éste se puede mantener anulando sólo las cláusulas anticompetitivas). El acuerdo anulado dejará de producir efectos entre franquiciador y franquiciado y también frente a

¹⁸⁹³ S. GARCIA CANO, *op. cit.*, p. 65; P. CRAHAY, *Les contrats...*, *cit.*, p. 104.

¹⁸⁹⁴ B. GOLDMAN / A. LYON-CAEN / L. VOGEL, *op. cit.*, p. 723; J. MASEDA RODRIGUEZ, *op.cit.*, p. 230.

¹⁸⁹⁵ Estas multas no son relevantes a efectos de este análisis, en que únicamente interesa cómo el Derecho de la Competencia puede afectar al contrato.

¹⁸⁹⁶ B. GOLDMAN / A. LYON-CAEN / L. VOGEL, *op. cit.*, p. 350; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 231.

terceros. Pero ello no significa que la *lex contractus* deje de tener un papel importante en cuanto al contrato: es ésta la que ha de determinar la regulación y el alcance de las cláusulas que siguen siendo válidas, así como de los efectos de la nulidad de esas cláusulas contractuales anticompetitivas respecto de la totalidad del contrato, las relaciones entre las partes, posibles indemnizaciones, y determinación de responsabilidades¹⁸⁹⁷. En cambio, los efectos de la nulidad del contrato o de parte del mismo sobre los distintos contratos celebrados con terceros (por ejemplo, entre el franquiciado y los consumidores finales), no se regirán por la Ley aplicable al contrato de franquicia, sino por la Ley que indique el Dipr. del Estado cuyos tribunales conozcan de una posible acción de anulación o de responsabilidad respecto a los mismos, que en la Unión Europea se determinará mediante el Reglamento Roma I¹⁸⁹⁸.

5.2. Normas nacionales

473. Las normas nacionales de Derecho de la competencia pueden aplicarse, adicionalmente a las europeas, a los casos que exclusivamente afecten al mercado de un Estado miembro¹⁸⁹⁹. Su imperatividad internacional se infiere del interés que tiene cada Estado en controlar las condiciones en que se manifiesta la competencia entre empresas en su propio mercado: no son normas que protegen exclusivamente al competidor o al consumidor que puede resultar dañado, sino que protegen el conjunto del mercado. El Derecho de la competencia es un “Derecho ordenador del mercado nacional”¹⁹⁰⁰.

474. El ámbito de aplicación de estas Leyes de defensa de la competencia nacionales suele ser el de la afectación del “mercado nacional” del Estado que las ha promulgado. Por ejemplo, la GWB alemana establece que es aplicable a las restricciones competitivas que tengan “incidencia” en el territorio alemán, aunque sean el resultado de actos realizados en el extranjero (art. 98.2)¹⁹⁰¹. La Ley de Defensa de la Competencia española también declara su aplicabilidad a los acuerdos que “produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español” (art. 1 LDC) y la Ley sobre Competencia Desleal, “a los actos de competencia desleal que produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español” (art. 4 LCD)¹⁹⁰². Este criterio se utiliza también en Francia (art. L420-1 CCom)¹⁹⁰³.

¹⁸⁹⁷ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 233; A.-L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA *op. cit.*, p. 361; P. CRAHAY, *Les contrats...*, *cit.*, p. 102.

¹⁸⁹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *op. cit.*, p. 361.

¹⁸⁹⁹ U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 298.

¹⁹⁰⁰ M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio...*, *cit.*, pp. 18-19.

¹⁹⁰¹ Ley contra las restricciones de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), versión de 31 junio 2013, *BGBI.* I S. 1750, 3245.

¹⁹⁰² Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE, n. 159, 4 junio 2007, pp. 28848-28872; Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE, n. 10, 11 enero 1991, pp. 954-962.

¹⁹⁰³ Art. L420-1 CCom : « *Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de*

475. En primer lugar, el tribunal que conozca del asunto tendrá que determinar si el caso afecta a las normas de la competencia del foro. Tendrá que establecer si el mercado nacional se encuentra afectado o no por estas conductas en base a dichas normas de Derecho de la Competencia, pues el concepto de “mercado afectado” o “mercado relevante” puede variar de Estado a Estado¹⁹⁰⁴. El caso más claro será aquél en que el territorio, o uno de los territorios, para el que se acuerda la promoción y reventa de los productos franquiciados sea el del Estado del foro¹⁹⁰⁵. Es decir, que el Estado del foro coincida con la “zona concedida” en el contrato. Pero también pueden darse otros supuestos en que también se considere afectado el mercado del Estado cuyos tribunales conocen del asunto, por ejemplo, si los productos del franquiciador son fabricados en el Estado del foro, o si se excluye su territorio de un acuerdo de máster franquicia para la región de ese Estado, perjudicando al consumidor del mismo, o si se acuerdan los precios en un mercado cercano al del foro, aumentando el precio de los productos en el territorio del Estado del foro¹⁹⁰⁶.

476. En el caso de que el contrato se ejecute en otro Estado distinto del foro, el tribunal europeo que conozca del asunto también tendrá que considerar la aplicación de las normas de dicho Estado de ejecución. En este caso, la aplicación de las normas de Derecho de la Competencia se vería restringida por tres circunstancias: (i) su aplicación es facultativa por el juez europeo; (ii) es preciso que la sanción que esas normas den al contrato sea la nulidad; (iii) solamente podrán aplicarse las normas del Estado en que ha de cumplirse el contrato, si existen otros mercados afectados, pero no son los del “Estado en que ha de cumplirse el contrato”, por ejemplo, el Estado del domicilio del franquiciador, en que han subido los precios de los productos por no haberse pactado allí la distribución por franquicias, no podrán tenerse en cuenta.

477. De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia, incluso anterior al Reglamento Roma I, estando en vigor el CR 1980, aplicó las normas de Derecho de la competencia de otros Estados cuando consideraban que era el mercado de dichos Estados el afectado¹⁹⁰⁷. Para aplicar estas normas e interpretar si se puede considerar afectado el

restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à (...)».

¹⁹⁰⁴ Sobre el concepto en Derecho de la competencia español y europeo, F. JIMÉNEZ LATORRE / E. CAÑIZARES PACHECO, “Dificultades para la definición del mercado relevante”, en S. MARTÍNEZ LAGE / A. PETITBÓ JUAN, *El abuso de la posición de dominio*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2007, pp. 33-60.

¹⁹⁰⁵ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 201; P. PICONE, “L’applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il Diritto internazionale”, en F. CAPOTORTI, *Il fenomeno delle concentrazione di imprese del Diritto interno e internazionale*, Padova, 1989, pp. 196-200; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio...*, *cit.*, p. 32.

¹⁹⁰⁶ SAP Murcia 21 diciembre 1998, *Aranzadi civil*, 1998, vol. 3, n. 2481: posible afectación del mercado español por la comercialización en el extranjero de productos fabricados en España.

¹⁹⁰⁷ Si bien con el CR no se exigía que fuera la Ley del Estado en que se ejecutara el contrato, sino únicamente que existieran vínculos suficientes con el caso (art. 7 CR). Se pueden enumerar los siguientes ejemplos, extraídos de J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, pp. 201-202: Sent. BGH 30 junio 1961, BGHZ,

mercado del lugar de cumplimiento del contrato, el tribunal que conoce del asunto tendrá que aplicar e interpretar las normas de Derecho de la Competencia del Estado de dicho lugar de cumplimiento, dado que se trata de normas unilaterales con su propio ámbito de aplicación, y no basarse en sus propios criterios de “mercado afectado”¹⁹⁰⁸.

478. Dado que las normas de Derecho de la Competencia tienen, como se ha indicado, carácter unilateral, puede que sean aplicables al caso las del tribunal del Estado que conoce del asunto y las del lugar donde se ejecuta el contrato, por considerarse ambas normas de policía y por considerarse afectados ambos mercados. En estos casos, corresponde al tribunal que conoce del asunto la coordinación y modulación de las normas a aplicar (*lex contractus*, normas internacionalmente imperativas del Estado del foro y normas internacionalmente imperativas del Estado del lugar de cumplimiento). La cuestión se complicará más si el lugar de cumplimiento del contrato es múltiple, es decir, si la zona para la que se ha acordado el desarrollo de la franquicia pertenece a más de un Estado¹⁹⁰⁹. En estos casos de concurrencia, lo habitual es que el tribunal se incline por la aplicación del Derecho del foro, si bien se han propuesto otras opciones, como elegir la Ley, si es que alguna de ellas lo hace, que sanciona el contrato con la nulidad¹⁹¹⁰.

479. De estas normas nacionales cabe destacar las normas francesas. Las disposiciones de la *Loi de Modernisation de l'Économie 2008* (título IV del libro IV del CComm.) que tienen naturaleza civil y no penal o administrativa podrían ser aplicables a los contratos de franquicia¹⁹¹¹. La Comisión de Examen de las Prácticas Comerciales se pronunció en marzo de 2015 sobre la aplicación de estas normas a los contratos internacionales de distribución¹⁹¹². En relación a estas disposiciones, ha justificado su

1962, p. 329 – fabricante americano de biberones demanda a fabricante alemán en Alemania por falsificar el producto e importarlo en Asia, ante lo que el tribunales alemán aplica el Derecho de la competencia de cada país en que se distribuyeron los biberones; Sent. Cour App. Paris 13 julio 1982, *JDI*, 1983, p. 383, nota de P. KAHN – empresa francesa adquiere productos a exportador brasileño en un contrato que contraviene el Derecho brasileño de la competencia; el tribunal francés no considera aplicable ese Derecho como ley de policía, porque el “mercado afectado” es Francia, donde se han de recibir las mercancías; Sent. Cour. App. Bruxelles 9 diciembre 1968, *Pas.*, 1969, vol. 2, p. 44, sobre un distribuidor belga en exclusiva que demanda a su principal americano por vulneración del acuerdo de exclusiva y venta en el territorio concedido en exclusiva; ante la alegación del principal de la nulidad del contrato por ser contrario a la *Sherman Act*, el juez belga estima que dicha norma no es aplicable por ser Bélgica el “mercado afectado”.

¹⁹⁰⁸ P. PICONE, *op. cit.*, p. 196; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio...*, *cit.*, p. 34.

¹⁹⁰⁹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Beramar, Madrid. 1993, p. 57.

¹⁹¹⁰ En cuanto a que sean más de uno los territorios afectados se puede hacer referencia a la Sent. USA *United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center Inc.* (1965, TC, 71.352), en que se aplica la *Sherman Act* para anular unos contratos de exportación de relojes suizos a varios países, incluido Estados Unidos.

¹⁹¹¹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF 5 agosto 2008.

¹⁹¹² CEPC, avis n°15-08, relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la place des conditions générales de vente et des conditions générales d'achat, 17 avril; L. D'AVOUT, « Le sort des règles

consideración como normas internacionalmente imperativas en que las mismas tienen como objetivo equilibrar las relaciones entre proveedores y distribuidores, imponiendo buenas prácticas y prohibiendo las malas, de forma que su objeto no es sólo la protección de la parte débil de la relación comercial, sino también asegurar ese mejor equilibrio en las relaciones comerciales entre proveedores y distribuidores, y por lo tanto, unas mejores condiciones de competencia en el mercado¹⁹¹³. De este modo, se alinean con la posición mayoritaria de la doctrina¹⁹¹⁴, en contra de ciertos autores que defendían que ciertos artículos tenían un alcance exclusivamente interno, como la prohibición de prácticas discriminatorias¹⁹¹⁵.

6. Normas sobre información precontractual

480. Sobre estas normas es preciso realizar una aclaración previa. Si se tiene en cuenta que la cuestión de la responsabilidad precontractual, como se ha indicado anteriormente, se califica en EPIL como materia extracontractual, al menos en los casos en que la acción se inste antes de la celebración del contrato, la apreciación de las normas de policía en un litigio que verse sobre esta materia no podrá realizarse conforme al Reglamento Roma I, que se refiere exclusivamente a las obligaciones contractuales, sino conforme al Reglamento Roma II, que es el que determina la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales¹⁹¹⁶. La configuración de las normas de policía en este instrumento es muy similar a la de Roma I, con la diferencia de que Roma II solamente prevé la aplicación de normas de policía del Estado del foro, y no de terceros Estados¹⁹¹⁷. También cabe que estas normas se aleguen en un litigio contractual, para fundamentar en base a las mismas que el contrato que se ha celebrado ha de ser considerado como nulo.

impératives dans le règlement Rome I », D. 2008 p.2165 ; J. GRANDMAIRE, « Contrats internationaux et application de la loi française », *Lettre des Réseaux*, Mayo-Junio 2015, pp. 24-26, p. 25.

¹⁹¹³ CEPC, avis n°15-08, párrafo 2.b.1.b. « Application de la loi française en tant que loi de police »: « (...) Les dispositions du Titre IV du Livre IV visent à équilibrer les rapports entre fournisseurs et distributeurs en imposant de bonnes pratiques et en interdisant les mauvaises. Leur objet n'est donc pas seulement de protéger la partie faible dans la relation commerciale, mais aussi d'assurer un meilleur équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs et par là-même, une meilleure égalité des conditions de concurrence sur le marché».

¹⁹¹⁴ E. METZGER, “Le commerçant étranger établi à l'étranger est-il soumis à la prohibition du refus de vente en France ? », D., 1983, chron., pp. 97-101; J.B. BOSQUET-DENIS, « La localisation du refus de vente et ses conséquences sur la compétence des juridictions, particulièrement en droit communautaire », D., 1991, pp. 21-25 ; H. KENFACK, *La franchise...*, cit., p. 452.

¹⁹¹⁵ D. BERLIN, *op. cit.*, pp. 6-61; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 197 indica que estas disposiciones parecen responder a una preocupación de justicia contractual y no de protección de un orden público económico, ya que el respeto de la norma se deja a las propias partes poniéndose como única sanción la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad y no la nulidad.

¹⁹¹⁶ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 123.

¹⁹¹⁷ S. FRANCO, “Le Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. Présentation générale”, en S. FRANCO ET AL., *Actualités de droit international privé*, Anthemis, Lovain-La-Neuve, 2009, pp. 67-142, p. 101.

481. En cuanto a estas normas, de nuevo se puede estar ante el caso de que las mismas prevean únicamente sanciones o multas administrativas, o también sanciones privadas, como una sanción de nulidad del contrato firmado tras haberse proporcionado al franquiciado información defectuosa, o una obligación de indemnizar al franquiciado por los perjuicios causados.

482. Normativa belga. Una de estas normas es la ya mencionada *Loi Laruelle*, la regulación belga sobre información precontractual, contenida en el Título 2 del Libro 10 del Código de Derecho Económico, incorporada al mismo por la Ley de 2 de abril de 2014¹⁹¹⁸. Como pone de manifiesto el mismo texto normativo y ha señalado la doctrina, la misma tiene carácter de norma de policía¹⁹¹⁹.

483. Se cumple en primer lugar la intención del Estado que la ha promulgado de que dicha Ley se aplique a los casos internacionales. Así lo manifiesta expresamente el art. X. 33 CDE. Algunos de los autores que señalan el carácter internacionalmente imperativo de esta norma han sugerido que el mismo se deduce del hecho de que la misma tiene como objetivo proteger a una categoría de contratantes en posición de inferioridad económica¹⁹²⁰. Sin embargo, este objetivo no es suficiente para declarar que se trata de una ley de policía¹⁹²¹. Es preciso que, independientemente de que proteja los intereses de una parte del contrato (lo cual no excluye el TJUE) la misma también proteja intereses públicos. Este interés público protegido puede encontrarse en los trabajos preparatorios de la Ley, en los que se menciona la necesidad de una regulación uniforme para la totalidad del sector que opera en Bélgica, ya que la situación que existía en el momento afectaba tanto a franquiciadores como a franquiciados, pues se firmaban los contratos de forma precipitada y muchos franquiciadores proporcionaban documentos de información conforme a códigos deontológicos sin saber a qué atenerse¹⁹²². En consecuencia, todo parece indicar que, en efecto, se trata de una Ley de policía.

484. En cuanto a su ámbito de aplicación, es preciso tener en cuenta los límites establecidos por el propio art. X.33 CDE. Conforme al mismo, se ha de aclarar en primer lugar que éste hace referencia a “la fase precontractual” del contrato, pero con ello no se refiere únicamente a los litigios que se inicien antes de la celebración del

¹⁹¹⁸ *Loi 2 avril 2014 portant insertion du livre X "Contrats d'agence commerciale, contrats de coopération commerciale et concessions de vente" dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre X, dans le livre Ier du Code de droit économique, MB 28 avril 2014, pp. 35053 y ss.*

¹⁹¹⁹ P. WAUTELET, *op. cit.*, pp. 112, 122; J. TORO, *op. cit.*, p. 929; MOTTET HAUGAARD / M. VERHULST, *op. cit.*, p. 133-134; P. KILESTE / A. SOMERS, “L’information précontractuelle dans le cadre d’accords de partenariat commercial”, *J.T.*, 2006, pp. 253-260, p. 259; P. HOLLANDER, “Questions...”, *cit.*, p. 312.

¹⁹²⁰ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 122.

¹⁹²¹ De hecho, y precisamente por considerar que esta norma solamente protege intereses privados, A. DUTTA, *op. cit.*, p. 943 sostiene que no se trata de una norma internacionalmente imperativa.

¹⁹²² Doc. parl., Ch., 2004-2005, doc. 51, n° 1687/005, p. 23.

contrato, sino a todos aquellos en que una parte pretende hacer valer su derecho de información precontractual, se haya celebrado o no el contrato¹⁹²³.

485. El mencionado artículo indica también que dichas normas se aplicarán si la persona titular del derecho de información ejerce la actividad a la que se refiere el contrato “principalmente en Bélgica”¹⁹²⁴. Si el franquiciado ejerce la totalidad de su actividad en territorio belga, no hay dudas sobre su aplicación, independientemente de que dicho franquiciado se encuentre domiciliado en otro Estado, por ejemplo, en Holanda. Inversamente, si el franquiciado está establecido en Bélgica pero ejerce la totalidad de su actividad en otro país, por ejemplo, en Luxemburgo, no podría beneficiarse de estas normas¹⁹²⁵. En los casos en que el franquiciado ejerza su actividad tanto en Bélgica como en el extranjero, muy común en los casos de máster franquicia, la clave estará en la interpretación del término “principalmente”. En el caso, por ejemplo, de un franquiciado que ejerza sus actividades en el Benelux, se tendrá que distinguir cuál es la actividad preponderante¹⁹²⁶. En el caso de que se estime Bélgica como lugar principal de ejecución de la actividad, el franquiciado se beneficiará de los derechos de la Ley belga no sólo para la parte del contrato ejecutada allí, sino para la totalidad del mismo.

Ficha resumen n. 1. Normativa belga

- *Norma:* Titre 2, Livre X Code de Droit Économique Belge
- *Estado:* Bélgica
- *Objeto:* Conferir al franquiciado derechos de información precontractual
- *Sanción por incumplimiento:* Nulidad del contrato o de algunas de sus disposiciones (art. X.30 CDE)
- *Ley de policía:* Sí
- *Ámbito de aplicación:* Titular del derecho ejerce la actividad del contrato principalmente en territorio belga

486. Normativa francesa. En cuanto a la “Loi Doubin” francesa¹⁹²⁷, la doctrina se había pronunciado a favor de su imperatividad internacional, argumentando que las obligaciones de información precontractual que recoge la misma no tenía como único fin asegurar equilibrio de las partes y la protección del franquiciado, sino que estaban también destinadas a corregir las malas prácticas que pueden darse en las negociaciones

¹⁹²³ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 112; J. TORO, *op. cit.*, p. 930.

¹⁹²⁴ Esta forma de señalar el ámbito de aplicación ha sido criticada, pues se consideran elementos de un contrato que puede que aún no se haya celebrado. Ver P. HOLLANDER, “Questions...”, *cit.*, p. 312.

¹⁹²⁵ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 117 ; J. TORO, *op. cit.*, p. 931.

¹⁹²⁶ J. TORO, *op. cit.*, p. 931 propone como criterios el lugar en que se realizan los mayores ingresos o el lugar que coincida con la sede del franquiciado.

¹⁹²⁷ *Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social*, que incorpora el artículo L 330-3 del Code de Commerce, modificada por última vez el 19 mayo 2011 y disponible en su última versión en <http://legifrance.gouv.fr>.

de estos contratos, que empeoran la organización económica del Estado¹⁹²⁸. También se ha citado como argumento favorable a esta calificación que estas obligaciones se sitúan en los confines del Derecho de la competencia y de la protección de los consumidores, materias que indubitablemente son leyes de policía¹⁹²⁹. Junto con ello, otro autor ha puesto de manifiesto la pesada sanción penal que conlleva el incumplimiento de la norma y la importancia de las informaciones a transmitir, para calificar la norma como ley de policía¹⁹³⁰.

487. Pese a ello, la jurisprudencia francesa ha rechazado su carácter de norma de policía en un caso de contrato suscrito entre un franquiciado francés y un franquiciador español (Mango), regido por la Ley española. La Cour d'Appel de Paris indica que la *Loi Doubin* y sus obligaciones de información precontractual (art. L. 330-2 Code de Commerce) eran imperativas a nivel interno pero no eran normas internacionalmente imperativas¹⁹³¹. Esta opción parece la más correcta: no puede inferirse el carácter internacionalmente imperativo si no se puede deducir de ésta la intención del legislador de considerarla esencial para los intereses franceses. Que la norma implique también una sanción de Derecho público es un indicio pero no compromete de forma definitiva su imperatividad a nivel internacional. La “importancia” de las informaciones tampoco es un argumento válido. Se trata de una norma de Derecho de contratos, cuya intención es proteger al franquiciado. Así se puso de manifiesto por el ministro francés François Doubin en sus declaraciones al Senado con respecto a la Ley, respecto del plazo fijado¹⁹³². Como mucho, se trata de una norma imperativa a nivel interno, es decir, que no puede ser excluida por contrato, carácter del que también se dudó en su momento¹⁹³³.

488. Se ha de recordar que junto con las sanciones civiles, el art. 2 del Decreto de abril 1991 que desarrolla el mencionado artículo prevé sanciones penales a todo incumplimiento de esta obligación de información precontractual¹⁹³⁴. Las sanciones civiles y las penales son autónomas, mientras que para la sanción civil se exige que la comunicación se haya realizado al menos 20 días antes de la firma, o del ingreso de una

¹⁹²⁸ J.-M. LELOUP, *La franchise...*, cit., n. 906; Ph. NEAU-LEDUC, « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin », *Cah. Dr. Entr.*, 1998, p. 27; D. BERLIN, “Droit international et distribution international”, *Dr. et prat. Com. int.*, 1993, pp. 6-61, p. 56; D. SEYSEN-GUÉRIN, *op. cit.*, pp. 224-235, p. 341. En contra, D. MAINGUY, “Les opérations...”, cit., pp. 454-455; H. KENFACK, *La franchise...*, cit., p. 449.

¹⁹²⁹ D. BERLIN, *op. cit.*, p. 55.

¹⁹³⁰ H. KENFACK, *La franchise...*, cit., p. 449.

¹⁹³¹ Sent. Cour d'appel de Paris, 3e chambre C, 30 novembre 2001 (arrêt n° 1999/21972), Cohen c/ Société Punto SA FL, *Droit & Patrimoine*, 2002, n° 105, juin, jurisprudence & législation, p. 111 ; *Contrats-Concurrence-Consommation*, 2003, n° 3, mars, chronique, n° 4, p. 5.

¹⁹³² Declaración citada por H. KENFACK, *La franchise...*, cit., p. 449: “(il) correspond d'ailleurs au délai offert au consommateur que l'on souhaite protéger contre le démarchage”.

¹⁹³³ C. CHAMBONNAUD, « La loi du 31 décembre 1989 et la protection du franchisé », en VV.AA., *Mélanges J. Derrupé*, Joly, Paris, 1991, pp. 117-134, esp. p. 123.

¹⁹³⁴ J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, cit., p. 103 (intervención de D. BASQUET).

cantidad, en la penal solamente se pone como límite la firma¹⁹³⁵. En cuanto al ámbito de aplicación de esta normativa penal, al ser una norma de Derecho público, viene regido por sus propias normas unilaterales: el art. 113-2 del *Code pénal* declara la Ley francesa aplicable a las infracciones cometidas en territorio francés, y presume como infracciones cometidas en Francia todas aquellas en que alguno de sus elementos constitutivos se encuentre en tal país. En el momento en que el contrato de franquicia tiene previsión de ser ejecutado en Francia (lugar en que se ponen a disposición los productos) la infracción es sancionable en Francia.

489. Tanto la Ley como el Decreto de desarrollo dejaron las sanciones civiles a la libre apreciación de los tribunales¹⁹³⁶. Éstos han aplicado de forma muy desordenada las siguientes: la nulidad del contrato, la resolución del contrato con efectos retroactivos – un efecto muy similar a la nulidad- , la resolución del contrato sin efectos retroactivos, la resolución del contrato únicamente si se demuestra que el consentimiento del franquiciado estaba viciado como consecuencia de la falta de información, o la indemnización de daños y perjuicios¹⁹³⁷.

Ficha resumen n. 2. Normativa francesa

- *Norma:* Art. L330-3 Code de Commerce (*Loi Doubin*)
- *Estado:* Francia
- *Objeto:* Revelación de información precontractual al potencial franquiciado
- *Sanción por incumplimiento:*
 - × Sanción penal: si no se proporciona información alguna:
 - Multa (art. 131-13 CP) o
 - Penas privativas o restrictivas de derechos (art. 131-14 CP).
 - × Sanciones civiles:
 - Nulidad del contrato si se vició la voluntad del franquiciado
 - Y/o indemnización de daños y perjuicios
- *Ley de policía:* No (parte civil); la parte penal se rige por el Derecho público
- *Ámbito de aplicación:* Interno.

490. Normativa italiana. Un caso que podría llevar a confusión es la normativa sobre revelación de información italiana. La misma se encuentra contenida en la Legge n. 129/2004 y desarrollada en el Decreto n. 204/2005 para el caso de que el franquiciador solamente haya operado en el extranjero¹⁹³⁸. Pese a especificarse su aplicación a casos

¹⁹³⁵ Sent. Cass. Com. 15 diciembre 1998 *RTD civ.*, 1999, nota de J. MESTRE, p. 383-387.

¹⁹³⁶ J.-M. LELOUP (coord.), “La franchise: vers...”, *cit.*, p. 103 (intervención de D. BASQUET); H. KENFACK, *La franchise...*, *cit.*, p. 445.

¹⁹³⁷ Parece ser que la posición definitiva marcada por la Corte de Casación es la de considerar anulable el contrato si la ausencia de información crea un vicio en el consentimiento: Sents. Cour Cass. Comm. 10 febrero 1998, *Bull. Civ. IV*, n. 71 y Sent. Cour Cass. Comm. 14 junio 2005, n. 04-13.947 y 04-13.948.

¹⁹³⁸ Decreto 2 settembre 2005, n. 204, Regolamento recante norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale di cui all'articolo 4, comma 2, della legge 6 maggio 2004, n. 129, *Gazzetta Ufficiale* n. 231 de 4 Ottobre 2005, p. 3.

internacionales, la norma no es una ley de policía, pues así lo indica expresamente el art. 1.2 del citado Reglamento: ésta solo se aplicará cuando según las normas de Dipr. aplicadas, el contrato haya de regirse por la Ley italiana¹⁹³⁹. Cuando el franquiciador haya operado previamente en Italia se ha de aplicar la normativa tal y como viene dispuesta en el art. 4 de la *Legge*, con las especialidades de su párrafo segundo. Para este supuesto, la Ley no cuenta con una disposición expresa sobre su ámbito de aplicación, pero la doctrina indica que en estos casos la norma tampoco debería considerarse como de policía¹⁹⁴⁰.

Ficha resumen n. 3. Normativa italiana

- *Norma*: Art. 4 Legge n. 129/204 y Decreto n. 204/2005
- *Estado*: Italia
- *Objeto*: Revelación de información precontractual al potencial franquiciado
- *Sanción por incumplimiento*:
 - Anulación del contrato
 - Indemnización por daños y perjuicios
- *Ley de policía*: No
- *Ámbito de aplicación*: Interno

491. Normativa española. Otra de las normas sobre las que puede plantearse la duda de su imperatividad internacional es la española, contenida en el art. 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista¹⁹⁴¹. En primer lugar, no existe acuerdo sobre si su incumplimiento, a nivel interno, puede dar lugar o no a sanciones civiles. La misma Ley no indica nada al respecto, pero dado que con la misma se intenta garantizar la formación de una voluntad libre y responsable de los contratantes, su incumplimiento podría generar responsabilidad por culpa *in contrahendo* en base al art. 1902 CC¹⁹⁴². La jurisprudencia de las audiencias provinciales ha negado que el incumplimiento de los deberes de información precontractual del art. 62 LOCM pueda conducir a la anulación del contrato¹⁹⁴³. Aún en el caso de que se considerara que la misma contiene sanciones civiles, nada indica la Ley sobre la intención de su aplicación a los casos internacionales. El párrafo segundo del art. 62, relativo a la obligación de inscripción en el Registro de Franquiciadores, se refiere a las “las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en territorio español la actividad de franquiciadores”, pero el

¹⁹³⁹ Art. 1.2 Regolamento: “L’ambito di applicazione del presente regolamento e’ limitato ai casi in cui, sulla base delle norme di diritto internazionale privato, il contratto e’ regolato dalla legge italiana”.

¹⁹⁴⁰ R. PERA / I. MORGILLO, “Italy” en P. ZEIDMAN (ed.), *Franchise in 25 jurisdictions worldwide - 2016*, Law Business Research, London, 2015, p. 84.

¹⁹⁴¹ Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, BOE n. 15 de 17 enero de 1996, pp. 1243-1254, desarrollada en este punto por el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, que regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, BOE n. 63, de 13 de marzo de 2010, pp. 25037-25046.

¹⁹⁴² L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 274; M.C. MAYORGA TOLEDANO, *El contrato mercantil de franquicia*, Comares, Granada, 2007, p. 92.

¹⁹⁴³ SAP Barcelona 23 diciembre 2003; SAP Barcelona 21 septiembre 2004; SAP Asturias 23 enero 2003.

párrafo tercero, que es el relativo a la información precontractual, únicamente hace referencia al “franquiciador”.

Ficha resumen n. 4. Normativa española

- *Norma*: Art. 62 LOCM y Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero
- *Estado*: España
- *Objeto*: Revelación de información precontractual al potencial franquiciado
- *Sanción por incumplimiento*: Sanción administrativa
- *Ley de policía*: No
- *Ámbito de aplicación*: Interno

492. Ante la imposibilidad de poder pronunciarse con certeza sobre el carácter de norma de policía o no de cada una de las legislaciones nacionales, será recomendable que antes de la firma del contrato las partes se informen sobre las normativas aplicables en cada uno de los Estados que puedan tener relación con el contrato (la del Estado cuyos tribunales serían previsiblemente competentes, la del Estado en el que se encuentran domiciliadas o son nacionales las partes, la del Estado en que se ejecuta el contrato...), para que dicha normativa no se convierta después en una “espada de Damocles” que el franquiciado pueda utilizar para amenazar con instar la invalidez de la operación¹⁹⁴⁴.

493. En cuanto a los países que han configurado la obligación de revelación de información de forma jurisprudencial como Alemania, no cabe posibilidad de que la misma sea considerada como una norma de policía. La inexistencia de una norma escrita así lo impide. En caso contrario, la seguridad jurídica de las partes quedaría muy dañada.

7. Normas sobre la terminación del contrato

494. Las normas que conceden al franquiciado una protección especial en el momento de terminación del contrato también plantean dudas sobre su imperatividad internacional.

495. Normativa belga. Como ya se ha indicado en varias ocasiones a lo largo del trabajo, una de estas normativas son las disposiciones belgas sobre terminación de los contratos de concesión en exclusiva, contenidas en el Título 3 del Libro X del Código de Derecho Económico, respecto a las cuales la posición mayoritaria tanto doctrinal como jurisprudencial es que las mismas son aplicables a la franquicia¹⁹⁴⁵. Una de dichas

¹⁹⁴⁴ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 132.

¹⁹⁴⁵ Ver capítulo I, sección II, epígrafe II.2.b.iv, « Terminación del contrato ». Entre otros, H. KENFACK, *La franchise...*, *cit.*, p. 467; P. CRAHAY, « Le contrat de franchise de distribution et la loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive », *Revue de droit commercial belge*, 1985, pp. 660-675, p. 660.

disposiciones expresamente obliga al juez belga a aplicar *exclusivamente* la Ley belga a los litigios sobre terminación contractual referidos a un contrato que produzca la totalidad o parte de sus efectos en Bélgica (art. X.39 CDE)¹⁹⁴⁶. Dicho artículo demuestra, por lo tanto, la voluntad del legislador belga de aplicar “la Ley belga” también a los casos internacionales, independientemente de la Ley que gobierne el contrato en cuestión, siempre y cuando el contrato produzca “sus efectos en la totalidad o en parte del territorio belga”.

496. Si se aplica el “*doble test*” señalado por el TJUE en *Unamar* a las mencionadas normas, todo parece confirmar su carácter de norma de policía. Por un lado, el legislador belga manifiesta de forma expresa su voluntad de que dicha norma se aplique de forma internacionalmente imperativa¹⁹⁴⁷; por otro, los fines de la norma se adecúan a los prescritos por el art. 9 RR-I para la consideración de norma de policía: tal y como se desprende de los trabajos preparatorios de la norma y de la profusa doctrina que ha abordado la cuestión, esta norma se incluyó por las importantes consecuencias que generaba en el mercado belga la ruptura de estos contratos, por lo que se podría afirmar que su interés es la protección de la totalidad del mercado belga¹⁹⁴⁸. De este precepto surgen varias cuestiones necesitadas de interpretación¹⁹⁴⁹:

497. i. *El significado de la expresión “Ley belga”.* ¿Cuál es exactamente el contenido y la extensión de la norma que se ha de aplicar de manera internacionalmente imperativa? Las posibilidades son las normas protectoras del concesionario en caso de terminación, la totalidad del régimen de terminación contenido en el Título 3 del Libro X CDE, o la totalidad del régimen aplicable al contrato de franquicia, aunque la cuestión litigiosa no sea de las tuteladas en el CDE. La interpretación más lógica desde el punto de vista sistemático es la primera de las tres, la más restrictiva, pues la obligación de aplicación de la Ley belga sigue en el texto legal a la afirmación de la competencia de los tribunales belgas para conocer de las demandas de un concesionario afectado por la ruptura unilateral de un contrato de concesión. Esta interpretación se ve también apoyada por el criterio teleológico: si se trata de aplicar normas cuya finalidad es un interés general, no hay razón para aplicar todo el Título 3 del Libro X CDE, y menos aún la normativa belga reguladora de los contratos de franquicia (normas generales contenidas en el Código Civil y en el Código de Comercio, más desarrollos jurisprudenciales), pues esta normativa puede estar compuesta por normas que no

¹⁹⁴⁶ Art. X.39 CDE: “*Le concessionnaire lésé, lors d'une résiliation d'une concession de vente produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge, peut en tout cas assigner le concédant, en Belgique, soit devant le juge de son propre domicile, soit devant le juge du domicile ou du siège du concédant. Dans le cas où le litige est porté devant un tribunal belge, celui-ci appliquera exclusivement la loi belge*”.

¹⁹⁴⁷ M. WILLEMART / S. WILLEMART, *op. cit.*, p. 20; A. NUYTS, “L'application...”, *cit.*, p. 43.

¹⁹⁴⁸ A. NUYTS, “L'application...”, *cit.*, p. 40; P. KILESTE / P. HOLLANDER, *op. cit.*, p. 40.

¹⁹⁴⁹ Dado que la norma actualmente en vigor es exactamente equivalente al precedente art. 4 de la *Loi 27 juillet 1961*, y que como también se ha indicado, ambos tienen el mismo ámbito de aplicación material, se pueden aplicar las consideraciones realizadas por doctrina y jurisprudencia en relación a dicho artículo a su nueva versión.

persigan ningún interés general, normas que solamente estén destinadas a regir las relaciones entre las partes e incluso normas que ni siquiera sean imperativas a nivel interno.

498. ii. Relaciones a las que ha de aplicarse dicha “Ley belga”. Los contratos cubiertos son los contratos en exclusiva de duración indeterminada que han sido resueltos de manera unilateral por el creador de la red, lo que incluye, según la mayoría de la doctrina, las relaciones de franquicia¹⁹⁵⁰.

499. iii. La determinación de los casos en que el contrato “produce sus efectos en la totalidad o en parte del territorio belga”. La aplicación de esta normativa será posible siempre que los efectos del contrato se produzcan en todo en parte de ese territorio. La expresión puede suscitar dudas. El caso más claro será aquél en que el franquiciado realice sus actividades de promoción y reventa en dicho territorio, es decir, que sea el territorio belga la totalidad o parte del área acordada en el contrato para la comercialización por parte del franquiciado de los bienes y servicios del franquiciador¹⁹⁵¹.

500. Ejemplo. Un franquiciador domiciliado en España contrata con un franquiciado domiciliado en Bélgica la gestión de un establecimiento franquiciado en Bélgica y sujeta el contrato a Derecho español. Si se plantea un litigio sobre la terminación del contrato ante los tribunales belgas, la ejecución del contrato en el territorio belga dará lugar a la aplicación de las normas belgas protectoras, por encima de la *lex contractus*.

501. Pero además de este caso, existen otros menos claros, como por ejemplo, el del caso en que la residencia habitual del franquiciado se encuentre en territorio belga, aunque no sea este país aquél en que se acuerde la comercialización. O los casos en que precisamente por la exclusión del territorio belga de dicho territorio de comercialización se produzcan efectos en dicho territorio.

502. Ejemplo. Un franquiciador con domicilio en Francia contrata con un franquiciado con domicilio en Bélgica la apertura de un establecimiento franquiciado en Holanda. Pactan que el contrato se regirá por la Ley holandesa. Si se plantea un litigio en relación a dicho contrato ante los tribunales belgas, ¿podrían estos aplicar el CDE? La respuesta dependerá de si dichos tribunales consideran que el caso afecta al territorio belga.

¹⁹⁵⁰ A. NUYTS, *La concession...*, cit., p. 8; C. VERBRAEKEN, “La loi...”, cit., p. 561.

¹⁹⁵¹ C. VERBRAEKEN, “La loi...”, cit., p. 570. En la jurisprudencia, Sent. Cour. Comm. Bruxelles 20 diciembre 1991, *Rev. dr. com. belge*, 1992, p. 919 (contrato a ejecutar en Alemania y rechazo de la aplicación de la *Loi 27 juillet 1961*); Sent. Trib. Cass. Bélgica 28 junio 1979, *Pas. belge*, 1979, n. 1, p. 1260, nota de E. KRINGS, no reconocimiento de laudo arbitral dictado en Suiza por no aplicación de la *Loi 27 juillet 1961* a un contrato a ejecutar en Bélgica.

503. Parece que en última instancia, la “afectación del territorio” será una cuestión de prueba. Se podría dar el caso, por ejemplo, de un pacto de exclusividad territorial que prohíba al franquiciado vender en Bélgica, cuando en Bélgica no está establecida dicha marca, o que el franquiciado belga se beneficie de la financiación de entidades de crédito belgas, ¿supone esto que el contrato despliegue sus efectos en Bélgica? Dependerá de la prueba que sea capaz de realizar el franquiciado, que tendrá que demostrar además que esos efectos no son accesorios¹⁹⁵².

504. *iv. Aplicación a la totalidad o parte del contrato en caso de que el territorio belga no sea el único afectado.* Cuando la zona de actuación del franquiciado abarque el territorio de varios Estados (lo que suele ocurrir en los contratos de franquicia máster) se suscita la cuestión problemática de determinar si la Ley belga se ha de aplicar para proteger al franquiciado en la totalidad de su relación jurídica o únicamente de forma proporcional a la que el territorio belga se ve afectado.

505. Ejemplo. Piénsese en el caso ya traído a colación en otras ocasiones de franquiciador con residencia habitual en Francia, franquiciado con residencia habitual en Bélgica, y zona de ejecución contrato, el Benelux.

506. En estos casos la doctrina se ha pronunciado en dos sentidos: bien ha apostado por una extensión de la norma belga, recomendando su aplicación a todos los efectos del contrato, o bien ha optado por la fragmentación. A favor de la primera postura se ha argumentado el fomento de la unidad legislativa del contrato, y los desajustes que podrían surgir si respecto de un mismo contrato, a la terminación de parte del mismo se aplican las normas de un país, y a la terminación en relación con otro territorio las de otro (por ejemplo, en relación al plazo de preaviso o al plazo máximo de duración de los contratos de duración determinada)¹⁹⁵³. A favor de la segunda, que la unidad de Ley aplicable al contrato no es un principio inderogable, y que los trabajos preparatorios de la normativa en Bélgica dejan claro que la misma se pensó únicamente para ser aplicada a los efectos producidos en Bélgica¹⁹⁵⁴. Esta segunda postura parece la más acertada, y es también la más previsible para los contratantes, por ello, ha sido la acogida por la jurisprudencia¹⁹⁵⁵.

¹⁹⁵² Respecto a la concesión, J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 177; F. RIGAUX / M. FALLON, *op. cit.*, p. 565.

¹⁹⁵³ F. RIGAUX / M. FALLON, *op. cit.*, p. 565; A. NUYS, “L’application...”, *cit.*, p. 60-61.

¹⁹⁵⁴ Indica C. VERBRAEKEN, “La loi...”, *cit.*, p. 569, que la proposición de Ley estaba redactada como sigue (traducción tomada de J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 180: “...en la medida en que produzcan sus efectos en Bélgica, los contratos de concesión de venta en exclusiva que cubran total o parcialmente el territorio nacional estarán sometidos exclusivamente a la ley belga”. A esa postura se sumaron P. KILESTE / P. HOLLANDER, *op. cit.*, p. 81 y P. VANDEPITTE / A. DE SCHOUTHEETE, « Le champ d’application territoriale de la loi du 27 juillet 1961 sur les concessions de vente exclusifs », *Journ. Trib.*, 1990, pp. 725-729, p. 727.

¹⁹⁵⁵ Sent. Cour App. Bruxelles 29 abril 1994, *Rev. dr. com. Belge*, 1995, p. 515, nota P. KILESTE, en que, respecto a la terminación de un contrato de concesión en exclusiva con efectos en Bélgica, Holanda y Luxemburgo, se calculó la indemnización basándose en la cifra de negocios en Bélgica; Sent. Cour. App.

507. *v. Imperatividad internacional en caso de protección equivalente por la lex contractus.* Por último, se plantea la cuestión de si esta regulación se ha de aplicar en todo caso o solamente cuando la protección del franquiciado no se alcance por la aplicación de la *lex contractus*. Parte de la doctrina se ha manifestado a favor de la aplicación restrictiva de esta Ley de policía, es decir, únicamente cuando la *lex contractus* no proporciona una protección similar a la Ley belga¹⁹⁵⁶. Esta posibilidad es, no obstante, *contra legem*. Va en contra de lo que promulgado por el art. 9 RR-I, y sería una interpretación que añadiría más inseguridad jurídica si cabe a los contratantes, que tendrían que evaluar si la *lex contractus* proporciona un nivel de protección igual o superior que el de la Ley belga. Se trata también de una interpretación que contradice la voluntad del legislador belga, que pretende la aplicación de la Ley belga en todos los casos que afecten a este mercado. Además, supone entender que las leyes de policía tienen como finalidad la protección de las partes contratantes, cuando esto no es así. Se trata de proteger intereses de todo un Estado, aunque ello se realice mediante la protección de partes contractuales concretas. Por ello no tiene sentido que la protección de los intereses belgas, por ejemplo, se realicen mediante la aplicación de una norma de Derecho francés.

508. *vi. No aplicación en caso de que los que conozcan sean los tribunales de un Estado de la Unión Europea que no sea el belga.* Dado que la sanción a que no se cumplan estas normas no es que el contrato se convierta en “ilegal”, no parece que las mismas puedan ser apreciadas cuando conozcan del asunto unos tribunales distintos de los belgas (art. 9.3 RR-I). Ante esta facilidad de sortear la aplicación de la normativa protectora del concesionario (en este caso franquiciado), la Ley belga introdujo en el mismo artículo X.39 CDE una norma por la que declaraba competentes a los tribunales belgas para conocer de estos litigios, pero como se indicó, esta norma no puede aplicarse cuando el demandado esté domiciliado en la UE.

509. También cabe plantearse la posibilidad de considerar como leyes de policía otras normas sobre indemnizaciones o terminación del contrato relativas a los contratos de franquicia distintas de la belga. Sin embargo, esta caracterización resulta complicada pues, más allá del caso belga, la mayoría de las normas sobre terminación de estos contratos son normas desarrolladas jurisprudencialmente sobre el Derecho general de los contratos o sobre normas promulgadas para otra figura contractual.

510. Normativa española. Empezando por la práctica española, las indemnizaciones, el plazo de preaviso, y el límite de las cláusulas de no competencia postcontractual reconocidos por la jurisprudencia para los contratos de franquicia no

Nivelles, 12 diciembre 1995, inédita, n. 706/1994, sobre un contrato de concesión para Bélgica y Zaire, en que se aplica la *Loi 27 juillet* solamente a los efectos producidos en territorio belga (citada por P. KILESTE / P. HOLLANDER, *op. cit.*, p. 39 y por J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 181).

¹⁹⁵⁶ A. NUYTS, *La concession...*, *cit.*, p. 10; J. MASEDA RODRÍGUEZ, p. 149.

pueden revestir el carácter de norma internacionalmente imperativa. Esta jurisprudencia se basa en la aplicación analógica de las indemnizaciones previstas para los contratos de agencia, que sí tienen carácter de normas internacionalmente imperativas, al menos en los casos cubiertos por la Directiva (art. 28 LCA)¹⁹⁵⁷. Pero esa aplicación analógica no es automática, sino que únicamente se dará, como se ha visto anteriormente, si se cumplen una serie de condiciones extra, lo que no invita a la consideración de estas normas como internacionalmente imperativas¹⁹⁵⁸. Existen incluso dudas sobre su imperatividad interna.

511. Ejemplo. Un franquiciado domiciliado en España y un franquiciador domiciliado en USA eligen en el contrato de franquicia la aplicación de la Ley del Estado de Delaware. El franquiciador extingue el contrato sin preaviso alguno y el franquiciado demanda una indemnización por los daños y perjuicios que le ha generado la falta de dicho preaviso, por clientela, y por el *stock* sobrante ante los tribunales españoles, conforme a Derecho español. ¿Se le han de conceder estas indemnizaciones?

512. El tribunal español tendrá que aplicar al caso las normas del Derecho de Delaware, que previsiblemente no generarán derecho a indemnización alguna, y no podrá aplicar sobre éstas las normas españolas sobre indemnización y preaviso contenidas en la Ley sobre el Contrato de Agencia, pues las mismas no tienen el carácter de normas internacionalmente imperativas.

513. Respecto a los contratos de distribución, otros autores han desarrollado una perspectiva contraria, es decir, en favor de la aplicación internacionalmente imperativa de las normas españolas protectoras de los distribuidores. Esta corriente doctrinal se basa en la afirmada imperatividad interna de estas normas¹⁹⁵⁹. Conforme a ellos, para asegurar esa imperatividad en el plano nacional, habría que hacerla extensiva también a los casos internacionales, ya que estas normas tienen como finalidad asegurar el equilibrio en la competencia de los operadores económicos, algo que no se consigue si operadores nacionales y extranjeros se gobiernan por Leyes distintas¹⁹⁶⁰. De acuerdo con esta perspectiva normativa proteccionista, la imperatividad internacional de las normas de protección del distribuidor incentivarían a las empresas nacionales a contratar con

¹⁹⁵⁷ STJUE 9 noviembre 2000, as. C-381/98, *Ingmar GB Ltd. V. Eaton Leonard Technologies*, RJ, 2000, p. I-9305; H. AGUILAR GRIEDER, *La protección...*, *cit.*, pp. 52, 65-66, 74, defiende también el carácter internacionalmente imperativo de las indemnizaciones por daños y perjuicios del art. 29 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, BOE, n. 129, de 29 de mayo de 1992, pp. 18314-18317, aunque el mismo no haya sido desarrollo de la normativa europea, por los fines y objetivos que persigue.

¹⁹⁵⁸ M. BAIRLEIN, “Die Rechtswahl bei Masterfranchiseverträgen und mehrstufigen internationalen Liefer- und Vertriebsverträgen”, *IHR*, vol. 12, n. 1, 2014, pp. 1-10, p. 5; U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 298.

¹⁹⁵⁹ F. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 190. En este sentido se pronuncia también la jurisprudencia interna española: STS 21 diciembre 1992, RAJ, 1992/10705; STS 30 junio 1987, RJ 1987/4832; STS 11 febrero 1984, RJ 1984/646; STS 24 febrero 1993, RJ 1993/1298; STS 27 mayo 1993, RJ 1993/3986.

¹⁹⁶⁰ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 165.

extranjeros, dado que recibirán el mismo nivel de protección que contratando con un nacional, lo que acabaría beneficiando a los consumidores. En caso contrario, el territorio se convertiría en un “paraíso” para los fabricantes extranjeros, y los distribuidores que contrataran con ellos se situarían en una clara desventaja competitiva respecto de los que lo hacen con fabricantes españoles¹⁹⁶¹. Pero lo cierto es que esta postura excesivamente proteccionista tiene precisamente el efecto contrario, “ahuyentar” a los franquiciadores extranjeros del territorio nacional. Esta postura situaría a España en una desventaja competitiva frente a otros Estados menos exigentes. Es el “*rush to the bottom*” provocado por la “*regulatory competence*”¹⁹⁶².

514. Esta aplicación analógica de las Leyes que en cada Estado traspusieron la Directiva de Agencia se repite en otros ordenamientos, por ejemplo, en Italia¹⁹⁶³. Pero estas normas no han de considerarse como internacionalmente imperativas cuando se aplican a otros contratos¹⁹⁶⁴, más aún cuando fuera de los casos marcados por la Directiva, la mayoría de los Estados no parece reconocer la imperatividad internacional de estas normas ni siquiera para los agentes¹⁹⁶⁵. En cambio en otros Estados, como en Francia, en Alemania, o en Dinamarca, su aplicación es exclusiva para los contratos de agencia¹⁹⁶⁶.

515. Normativa francesa. Otro caso a considerar son las normas francesas sobre “*rupture brutale des relations commerciales*”, ¿pueden ser invocadas como leyes de policía? En un primer momento, la jurisprudencia de las audiencias intermedias optó por señalar que, en efecto, se trataba de normas que se podían aplicar vía art. 9 RR-I sobre la *lex contractus*¹⁹⁶⁷. Sin embargo, la *Cour de Cassation* no ha adoptado una postura clara al respecto¹⁹⁶⁸. Sus decisiones están además condicionadas por la sujeción de la acción del art. L 442-6 CComm. al Reglamento Roma II¹⁹⁶⁹, una postura que

¹⁹⁶¹ J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 168-169.

¹⁹⁶² D. BUREAU / H. MUIR WATT, *op. cit.*, tome I, p. 15.

¹⁹⁶³ R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 339; O. CAGNASSO, *op. cit.*, p. 115.

¹⁹⁶⁴ M. BAIRLEIN, *op. cit.*, p. 5; U. MAGNUS, “Article 4: Applicable...”, *cit.*, p. 298.

¹⁹⁶⁵ Así ocurre en Italia. Véase R. BALDI, *Il contratto...*, *cit.* p. 30.

¹⁹⁶⁶ Por ejemplo en Dinamarca, véase L.A. SØNDERGAARD, “Franchising in Denmark”, Gorrissen Federspiel, Copenhague, 2012, pp. 7-8. También en Derecho francés, donde no se equipara el agente a otros distribuidores por considerarse que en el agente existe una menor relación de dependencia entre las partes.

¹⁹⁶⁷ La Sent. Cour App. Grenoble 5 septiembre 2013, RG n°10/02122, *Pages de jurisprudence de droit des affaires*, marzo 2014, n.2, 2014, pp. 5-6, indicó que esta norma sí que constituye una Ley de policía, y que ha de aplicarse porque el contrato que ligaba a las partes tenía como lugar de entrega el territorio francés, y por lo tanto estaba lo suficientemente vinculado a Francia. Esta misma decisión había sido tomada por la Sent. Cour App. Lyon 30 abril 2008, RG n° 06/04.689 en un caso similar.

¹⁹⁶⁸ D. MAINGUY, “La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre », *D.*, 2011, p. 1495-1496.

¹⁹⁶⁹ La *Chambre Commercial* es muy clara en este sentido. Ver la Sent. Cour Cass. Com. 20 marzo 2012, n. 11-11.570, *D.*, 2012, p. 208, nota de N. MATHEY o la Sent. Cour Cass Com., 25 marzo 2014, n. 12-29.534, *Bull. Civ.* 2014, IV, n. 58. Esta última versa sobre un contrato de distribución en exclusiva de

presumiblemente tendrá que modificarse tras el caso *Granarolo*¹⁹⁷⁰. En efecto, en la mayoría de los casos en que por la vía de las leyes de policía podía verse aplicada la normativa francesa si la acción se consideraba contractual, se aplicó directamente esta norma por la vía de la *lex damni*¹⁹⁷¹. No obstante, de alguno de sus pronunciamientos se puede deducir su carácter de norma interna, y no internacionalmente imperativa¹⁹⁷².

516. El considerar estas normas como imperativas exclusivamente en el plano interno parece la postura más correcta. Por lo que indica la doctrina, su finalidad es la protección de la parte de la relación comercial que se ve sorprendida por la ruptura y no la protección del mercado en general¹⁹⁷³.

8. Normas sobre condiciones generales de la contratación y protección de los consumidores

517. Como se indicó al comienzo del trabajo, tanto los contratos de franquicia como los de máster franquicia se articulan en ocasiones mediante “condiciones generales de la contratación” (“*general contract terms*”, “*allgemeine Geschäftsbedingungen*”). Algunos Estados miembros tienen Leyes que regulan la posibilidad de declarar nulas o no incorporadas las cláusulas consideradas como

productos de cosmética en el territorio de Chile. Tanto la corte de primera instancia como la apelación consideran de aplicación la normativa francesa aunque el contrato se regía por la Ley chilena como ley de policía. La Sentencia de Casación recuerda que se trata de materia extracontractual por lo que no hay que considerar el contrato. En consecuencia, no se pronuncia sobre si la norma sobre la *rupture brutale* es o no una Ley de policía porque al aplicar Roma II la Ley francesa se convierte en la Ley aplicable al caso. No es tan clara la postura de la *Chambre Civil*, como puede observarse en las Sent. Cour Cass. Civ. 6 marzo 2007, n°06-10.946, *Bull. civ. I*, n. 93, p. 82, *D.*, 2007, p. 951, obs. E. CHEVRIER; Sent. Cour Cass. Civ. 22 octubre 2008, n. 07-15.823, *Bull. civ. I*, n. 233, *D.*, 2009, p. 200, nota F. JAULT-SESEKE, p. 684, crónica A. HUET, y p. 2384, obs. S. BOLLÉE; y Sent. Cour Cass. Civ., 8 julio 2010, n° 09-67.013, *D.* 2010, p. 2884, nota M. AUDIT / O. CUPERLIER, p. 2544, obs. C. DORANDEU y 2937, obs. T. CLAY; *RCDIP*, 2010, p. 743, nota D. BUREAU / H. MUIR WATT. Al respecto, D. MAINGUY, “La nature...”, *cit.*, pp. 1495-1496.

¹⁹⁷⁰ STJUE 14 julio 2016, *Granarolo*, *cit.* Si bien el caso se refiere a competencia judicial internacional, sus conclusiones son trasladables a la distinción que en Ley aplicable se realiza entre “obligaciones contractuales” y “obligaciones extracontractuales” a efectos de utilizar el Reglamento Roma I o el Reglamento Roma II.

¹⁹⁷¹ E. FLAICHER-MANEVAL / A. REYGROBELLET, « Rupture brutale des relations commerciales établies – la dimension internationale », *Journal des sociétés*, n. 110, julio 2013, pp. 25-29, p. 25.

¹⁹⁷² Sent. Cour Cass. Com, 21 octubre 2008, n. 07-12.336, inédita, en la que la Corte parece inclinarse por considerar las normas sobre *rupture brutale* como normas imperativas internas pero no internacionales: « *le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité délictuelle de son auteur et que la loi applicable à cette responsabilité est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit* ». Ver también Sent. Cour Cass. Com. 6 septiembre 2011, n. 10-11.975, *Bull. civ.*, IV, n.126 : « *à supposer même que l'article L. 442-6, I, 5° soit une loi de police, ce qui ne s'impose pas, elle ne s'appliquerait pas chaque fois qu'un tribunal français est saisi, mais chaque fois que le marché français est affecté* ».

¹⁹⁷³ E. FLAICHER-MANEVAL / A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p. 26; D. MAINGUY, “La nature...”, *cit.*, p. 1496. También en contra de su aplicación internacionalmente imperativa, F. LECLERC, “Le contrat-cadre...”, *cit.*, p. 16.

“condiciones generales de la contratación” que sean perjudiciales para el adherente, sea dicho adherente un consumidor o un profesional.

518. Algunas de estas Leyes, como la española, establecen un ámbito de aplicación unilateral que puede entrar en conflicto con lo dispuesto por el Reglamento Roma I. Lo mismo ocurre con la normativa alemana¹⁹⁷⁴.

519. Ejemplo. El art. 3 LCGC indica que la Ley española sobre condiciones generales de la contratación, que protege a los adherentes a tales condiciones, sean consumidores o no lo sean, se aplica: (a) En el caso de contratos internacionales sujetos a la Ley española; (b) En el caso de contratos internacionales sujetos a una Ley extranjera, siempre que el contrato esté “particularmente conectado con España”. El art. 3 LCGC indica que dicha conexión concurre cuando se verifican, cumulativamente, dos circunstancias (art. 3.II LCGC): (i) emisión de la declaración negocial del adherente en o desde España y (ii) residencia habitual del adherente en España.

520. Como ya se indicó, estas normas no pueden ser utilizadas para declarar nulas cláusulas de sumisión o de elección de Ley sujetas a los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I, pero los contratantes sí podrán aducirlas para solicitar la anulación de cualquier otra cláusula contenida en su contrato de franquicia internacional¹⁹⁷⁵. En consecuencia, resulta preciso preguntarse si estas Leyes podrán aplicarse aún cuando el Reglamento Roma I haya señalado como aplicable la Ley de otro Estado.

521. En relación a la norma española, la doctrina ha considerado que estas normas son imperativas en el plano nacional, pero no son internacionalmente imperativas¹⁹⁷⁶. En consecuencia, las mismas solamente deberían aplicarse cuando el contrato se rija por la Ley española¹⁹⁷⁷. A la vista del preámbulo de la Ley, que indica

¹⁹⁷⁴ E. FLOHR, *op. cit.*, p. 47.

¹⁹⁷⁵ Ver SAP Barcelona n. 316/2013, sección 15ª, 24 julio 2013, sobre la acción de varios franquiciados españoles contra su franquiciador francés (titular de la marca de lavado de coches “Elefante Azul”), en la que se solicita entre otros extremos la anulación de la cláusula 10 del contrato, según la cual los socios de la sociedad franquiciada se comprometían a mantener inalterada la composición de la sociedad durante la vigencia de la franquicia y a recabar la autorización expresa y escrita del franquiciador para realizar cualquier operación que suponga alguna variación en los porcentajes reseñados en el contrato o para modificar al administrador. En la misma cláusula también se pactaba que la franquiciadora se reservaba la posibilidad de rechazar al sucesor *mortis causa* que designe el franquiciado. En caso de rechazo, el contrato quedaría resuelto. La Audiencia anula la mencionada cláusula por considerarla injustificada, abusiva y basada en el desequilibrio negociador de las partes contratantes. Para ello aplica el Derecho español sin mayor explicación. En la misma Sentencia se anula también la cláusula 18 del contrato, que establece una sanción al franquiciado de 1800 €/día por cualquier incumplimiento del contrato hasta su subsanación con “satisfacción del franquiciador”, independientemente de que el mismo diera lugar o no la resolución o a reclamación de daños y perjuicios.

¹⁹⁷⁶ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, BOE núm. 89 de 14 de Abril de 1998 (“LCGC”).

¹⁹⁷⁷ M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Art. 3 Ley sobre condiciones generales de la contratación”, en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ / L. DÍEZ PICAZO, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 145-229, esp. p. 146: “La teoría de que las

que su finalidad es “proteger la igualdad de los contratantes”, no parece que debiera dársele a la norma el carácter de ley de policía, al menos cuando se plantea su aplicación a casos de contratación entre profesionales, cuya regulación no obedece a la transposición de una norma europea¹⁹⁷⁸.

522. Considerar estas normas como Leyes de policía sería una solución unilateralista que produciría serios inconvenientes en relación con la función misma del Dipr.: el unilateralismo (i) conduce al legefórum y por lo tanto impide aplicar las leyes más eficientes para los particulares implicados, (ii) lesiona la armonía internacional de soluciones, pues cada Estado protege sus propios intereses y la aplicación de su legislación, de forma que un caso puede verse solventado de maneras distintas en diferentes Estados, (iii) conduce al “*forum shopping*” y la carrera a los tribunales, pues los sujetos podrán especular con la Ley aplicable en función de qué tribunal conozca del asunto, (iv) favorece las resoluciones claudicantes, pues favorece que cada Estado realice “su Justicia”, mediante soluciones nacionalistas y no universalizables, de forma que se pierde en “continuidad jurídica” de las soluciones internacionales... En definitiva, el Dipr. dejaría de cumplir su función primordial, la de proporcionar una solución estable por encima de las fronteras¹⁹⁷⁹.

523. Estas consideraciones pueden extenderse a todas las demás normas de los Estados miembros con vocación de aplicarse como leyes de policía. El art. 9 RR-I ha de ser objeto de una interpretación estricta porque hacer de toda norma de Derecho privado que regula casos internos una potencial ley de policía aplicable a supuestos internacionales atentaría contra la seguridad jurídica de los contratantes¹⁹⁸⁰. Las soluciones jurídicas que proporciona el Reglamento Roma I se volverían imprevisibles. Junto con ello, los sujetos “protegidos” saldrían finalmente perjudicados. Cada Estado se preocuparía únicamente de garantizar la protección de su mercado, sus trabajadores, sus agentes, sus franquiciados, de forma que un particular puede resultar protegido por normas unilaterales de su Estado pero no protegido por normas unilaterales de otros

*reglas sobre condiciones generales son leyes de policía o normas de intervención ordopolíticas que el artículo 7.2 CR 1980 deja a los Derechos nacionales, aunque defendida en España, está equivocada (...). La LCGC sólo será aplicable a las condiciones generales que formen parte de un contrato internacional en la medida en que las normas de Dipr español (incluidos los convenios) designen como aplicable a ese contrato la ley española”; M.V. CUARTERO RUBIO, “Art. 3”, en R. BERCOVITZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, Aranzadi, 2000, pp. 93-110; M.J. LUNAS DÍAZ, “La Ley de Condiciones Generales de la Contratación: especial referencia a las normas de aplicación extraterritorial”, *D.Negocios*, n.99, 1998, p. 1-14.*

¹⁹⁷⁸ Preámbulo LCGC, párrafo 3: “*La protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual*”.

¹⁹⁷⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Comares, Granada, 2017, en prensa.

¹⁹⁸⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Comares, Granada, 2017, en prensa.

países. Así, los particulares pierden protección global (por ejemplo, un sujeto se verá protegido solamente si acciona ante los tribunales españoles y no ante tribunales de otros Estados miembros). El resultado final es que la actividad internacional disminuirá: los operadores económicos de un Estado miembro, al saber que están protegidos por las normas de ese Estado si operan en su territorio y no en el extranjero, tenderán a no extender sus actividades a otros países. Así por ejemplo, si las normas españolas sobre CGC únicamente protegen a los adherentes que hayan emitido su declaración negocial en territorio español y que tengan en éste su residencia habitual (art. 3 LCGC) se desprotege a otros adherentes, lo que les incitará a no contratar. Las normas oportunistas y egoístas incitan a no relacionarse internacionalmente, pues los operadores económicos temen no resultar protegidos si operan fuera de su territorio. En definitiva, las normas aplicadas con criterios unilaterales se vuelven “autoatentatorias”: desprotegen a los sujetos que pretendían proteger porque su actividad disminuye¹⁹⁸¹.

iv. Sumisión a arbitraje y leyes de policía

524. Como se indicó en sede de competencia judicial internacional, una de las cuestiones que más influye para que una materia sea considerada como “no arbitrable” por el Derecho de un Estado es que existan intereses especialmente merecedores de protección, más allá de la propia relación privada entre las partes¹⁹⁸². Este mismo razonamiento es el que se ha visto, subyace bajo la construcción de las leyes de policía. En este sentido, en muchos de los casos en que un determinado Estado o región había declarado como normas de policía las encargadas de regular las relaciones de franquicia, también se había declarado tal materia como no arbitrable, y por lo tanto, los tribunales estatales podían conocer del caso independientemente de que exista una cláusula compromisoria (Bélgica, Estados Unidos)¹⁹⁸³.

525. En cualquier caso, esta relación se ha visto modificada en los últimos tiempos, de forma que lo relevante no es que los árbitros puedan fallar sobre materias en que existen implicados intereses estatales, sino que puedan decidir *en contra* de tales intereses¹⁹⁸⁴. En tal sentido, la mayoría de tribunales sí permiten que los árbitros decidan

¹⁹⁸¹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad...”, *cit.*, p. 125.

¹⁹⁸² Véase la parte primera de la sección primera de este segundo capítulo, apartado II.2.D.a.1.3.1.1.2. “La arbitrabilidad de los contratos de franquicia”.

¹⁹⁸³ Un ejemplo de ello era Bélgica, en relación a su *Loi du 27 juillet 1961*, antecedente del actual Título 3 del Libro X del Código de Derecho Económico belga. También ocurría así en alguno Estados de Estados Unidos, como California.

¹⁹⁸⁴ Sobre esta evolución, M. REQUEJO ISIDRO, “Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional », *RCEA*, 1995, pp. 60-63. La primera decisión judicial que respaldó esta orientación fue el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Sent. Supreme Court US 2 julio 1985, *Mitsubishi Motors Corp. V. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 US 614, 637, n. 19, 105 Ct., 334446, *Rev. arb.*, 1986, pp. 273 y ss, nota de J. ROBERT; *IPrax*, 1986, pp. 313-316. También se ha reconocido esta nueva orientación en Francia, Sent. Cour App. Paris, 19 mayo 1993, *Société Labinal v. Sociétés Mors et Westland Aerospace*, *Rev. arb.*, 1993, pp. 645-653, nota de C. JARROSON; *JDI*, 1993, pp. 957-989, nota de L. IDOT; *RabelsZ.*, 1995, pp. 309-313; y en Bélgica, Sent. Trib. Com. Bruselas 19 diciembre 1986, *R.W.*, 1993-1994, p. 474; Sent. Trib. Com. Bruselas 29 octubre 1991, *Rev. droit. Com. belge*, 1993-1994, p. 1121-1122.

sobre los contratos de franquicia aunque consideren las normas aplicables a los mismos como leyes de policía. En el momento del *exequátur* se controlará si esas normas estatales internacionalmente imperativas han sido sean respetadas por los árbitros¹⁹⁸⁵.

D. Obligaciones extracontractuales

526. En sede de Ley aplicable surge la misma cuestión que en competencia judicial internacional: ¿se han de calificar como contractuales todas las cuestiones de derecho ejercitadas en una acción relacionada con un contrato de franquicia? Como se indicó, existen algunas materias cuya calificación como contractual o extracontractual varía a nivel interno en los Estados miembros (como es el caso de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*), por lo que se hace necesario concretar cómo se determinará la Ley aplicable en relación a las mismas.

527. Si las obligaciones en cuestión se consideran como obligaciones “extracontractuales”, la Ley aplicable a las mismas será determinada por los tribunales de los Estados miembros, en defecto de convenio internacional en vigor, a partir del Reglamento 864/2007 sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)¹⁹⁸⁶. Sobre la aplicación de este instrumento a las cuestiones relacionadas con la franquicia se procederá a continuación a realizar un breve estudio¹⁹⁸⁷.

¹⁹⁸⁵ A. NUYTS, “Le contrôle...”, *cit.*, p. 1125.

¹⁹⁸⁶ Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DOUE L 199 de 31 julio 2007, p. 40 y ss.

¹⁹⁸⁷ Este estudio no tiene ánimo de exhaustividad, por no ser este Reglamento el instrumento principal en materia de Ley aplicable a los contratos de franquicia (como se indicó, lo es el ya estudiado Reglamento Roma I). Sobre el Reglamento Roma II se pueden consultar las siguientes obras generales, a cuyo contenido se hace remisión: J. AHERN (Ed.), *The Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations: a new international litigation regime*, Leiden, Nijhoff, 2009; J. BASEDOW, «Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations», *RabelsZ*, 2003, pp. 1 ss.; C.H. BEHRENS, *Gesamtschuldnerausgleich und sonstige Regressansprüche im europäischen Kollisionsrecht nach der Rom I-, Rom II- und EG-Unterhaltsverordnung*, Hamburg, Kovač, 2013; D. BEIGY ET AL., *Rom II-VO: neues Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse*, Wien, Manz, 2008; C. BRIÈRE, «Le règlement (CE) núm. 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)», *JDI Clunet*, 2008, pp. 31-74; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: el Reglamento «Roma II»*. Ed.Comares, Granada, 2008; S. CORNELOUP (dir.), *Le règlement communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Paris, LexisNexis Litec, 2008; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2008; P. FRANZINA, «Il Regolamento «Roma II» sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (dir.), *La unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 299-370; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)», *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 octubre 2007; A.S. DE S. GONÇALVES, *Da responsabilidade extracontratual em direito internacional privado: a mudança de paradigma*, Coimbra, Almedina, 2013; HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, «Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to non contractual obligations», *RabelsZ*, 2003, pp. 1 y ss.; P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation*, München, Sellier, Europ. Law Publ., 2011; S. LEIBLE, «Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht», *Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte*, 2009, núm. 173; P. MANKOWSKI,

a. El concepto de obligaciones extracontractuales y las relaciones de franquicia

528. El concepto de “obligación extracontractual”, utilizado por el Reglamento Roma II para delimitar su ámbito de aplicación material, es un concepto autónomo o propio de este instrumento. El mismo no ha de ser extraído de los Derechos de los Estados miembros¹⁹⁸⁸. En lo que atañe al mismo, el TJUE ha indicado que debe determinarse coherentemente con el concepto de “materia delictual o cuasidelictual” del art. 5.3 RB-I / 7.2 RB-I bis¹⁹⁸⁹. En consecuencia, el concepto de “obligación extracontractual” abarca “todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no estén relacionadas con la materia contractual” (casos *Ergo* y *Amazon*)¹⁹⁹⁰. Es decir, el concepto de “obligación extracontractual” es residual respecto del concepto de “obligación contractual”, como lo es el concepto de “materia delictual” respecto del concepto de “materia contractual” (cdo. 7 RR-II)¹⁹⁹¹. Por otro lado, como también indica el TJUE, debe observarse que el mismo se aplica a las obligaciones que

Interessenpolitik und europäisches Kollisionsrecht: rechtspolitische Überlegungen zur Rom I- und zur Rom II-Verordnung, Baden-Baden, Nomos, 2011; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013; T. ODENDAHL, *Internationales Deliktsrecht der Rom II-VO und die Haftung für reine Vermögensschäden*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2012; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, «La responsabilité civile dans la proposition de règlement communautaire sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II»)», en A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, pp. 192 ss.; G. WAGNER, «Die neue Rom-II-Verordnung», *IPrax*, 2008, pp. 1-17; R.J. WEINTRAUB, «Rome II and the Tension between Predictability and Flexibility», *RDIPP*, 2005, pp. 561-572.

¹⁹⁸⁸ STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, cit., FJ 43: “Por otra parte, en relación con los respectivos ámbitos de aplicación de los Reglamentos Roma I y Roma II, los conceptos de «obligación contractual» y de «obligación extracontractual» que figuran en éstos deben interpretarse de manera autónoma, remitiéndose a su sistema y a los objetivos de dichos Reglamentos (véase, por analogía, la sentencia *ÖFAB*, C-147/12, EU:C:2013:490, apartado 27) (...)”. En el mismo sentido, STJUE 28 julio 2016, *Amazon*, cit., FJ 36.

¹⁹⁸⁹ STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, cit., FJ 43: “(...) Asimismo, debe tenerse en cuenta, como resulta del considerando 7 de cada uno de los dos Reglamentos, el objetivo de coherencia en la aplicación recíproca de estos Reglamentos, y también del Reglamento Bruselas I, que, en particular, distingue, en su artículo 5, entre las materias contractual y delictual o cuasidelictual”. En el mismo sentido, STJUE 28 julio 2016, *Amazon*, cit., FJ 36 y 39.

¹⁹⁹⁰ STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, cit., FJ 45: “En lo que atañe al concepto de «obligación extracontractual», en el sentido del artículo 1 del Reglamento Roma II, cabe recordar que el concepto de «materia delictual o cuasidelictual», en el sentido del artículo 5, número 3, del Reglamento Bruselas I, abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no estén relacionadas con la «materia contractual» en el sentido del número 1 de dicho artículo 5 (sentencia *ÖFAB*, C-147/12, EU:C:2013:490, apartado 32 y jurisprudencia citada). Por otro lado, debe observarse, como se deriva del artículo 2 del Reglamento Roma II, que éste se aplica a las obligaciones que se deriven de un daño, a saber, todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso, el enriquecimiento injusto, la gestión de negocios o la «culpa in contrahendo». En el mismo sentido, STJUE 28 julio 2016, *Amazon*, cit., FJ 37.

¹⁹⁹¹ Cdo. 7 RR-II: “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), y con los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”.

deriven de un “daño”, es decir, a todas las consecuencias resultantes de (i) un hecho dañoso; (ii) el enriquecimiento injusto; (iii) la gestión de negocios o (iv) la *culpa in contrahendo*¹⁹⁹².

529. Teniendo en cuenta esta exigencia de esta interpretación coherente con el Reglamento Bruselas I bis, se han de trasladar a Ley aplicable las conclusiones anteriormente alcanzadas en competencia judicial internacional a la hora de calificar una determinada acción relacionada con un contrato de franquicia como materia contractual (art. 7.1 RB-I bis) o materia delictual o cuasidelictual (art. 7.2 RB-I bis). En consecuencia, se calificarán como extracontractuales las acciones ejercitadas por terceros frente al franquiciador o al franquiciado y algunas acciones que pueden ejercitarse por el franquiciador frente al franquiciado y viceversa, como son las acciones relativas a los defectos en la información precontractual y las referidas a la vulneración del Derecho de la competencia, causando con ello un daño a la otra parte del contrato.

530. Como se justificó en sede de competencia judicial internacional, otros litigios entre franquiciador y franquiciado cuya calificación puede suscitar dudas, como los relativos a la vulneración por parte del franquiciado de los derechos de propiedad intelectual del franquiciador o los relativos a la “ruptura brusca de relaciones comerciales”, han de ser considerados como materia contractual, y por lo tanto la Ley aplicable a los mismos ha de concretarse mediante el Reglamento Roma I.

b. Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la franquicia

531. A continuación se expondrá cómo determinar la Ley aplicable a aquellas reclamaciones extracontractuales que puedan suscitarse entre franquiciador y franquiciado, y en concreto a las dos mencionadas: las acciones relativas a los defectos en la información precontractual (i) y las referidas a la vulneración del Derecho de la competencia (ii). No se tratarán los litigios que puedan suscitarse entre franquiciador o franquiciado y un tercero por razones de contención en la exposición, ya que estos litigios pueden referirse a cualquier tipo de daños (daños causados por los productos, daño ambiental, competencia desleal o daño por conductas *antitrust*, daños físicos o lesiones ocurridas en el establecimiento franquiciado, vulneración de derechos incorporales...) ¹⁹⁹³.

i. Defectos en la información precontractual

532. El Reglamento Roma II se asienta sobre un sistema general basado en tres puntos de conexión en cascada: elección de Ley (art. 14 RR-II), residencia habitual común de la persona cuya responsabilidad se alega y de la persona perjudicada (art. 4.2 RR-II) y lugar en que se produce el daño (art. 4.1 RR-II). Este sistema no se aplica a

¹⁹⁹² *Ibid.*

¹⁹⁹³ Para ello se hace remisión a C. BERTI, *op. cit.*, pp. 52-57.

todos los supuestos de responsabilidad extracontractual, sino que el Reglamento cuenta también con normas especiales, entre ellas las aplicables a la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* (art. 12 RR-II)¹⁹⁹⁴.

533. El art. 12 RR-II determina la Ley aplicable a toda “obligación extracontractual” que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato. Ello puede hacer pensar que las “obligaciones contractuales” derivadas de dichos tratos han de regularse por el Reglamento Roma I (por ejemplo, las acciones calificadas como materia contractual a efectos de competencia judicial internacional por las que, por la existencia de tales defectos en la información, se solicita la anulación del contrato, su resolución o su modificación). Sin embargo, el Reglamento Roma I, en su art. 1.2.i excluye de su ámbito de aplicación “las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato”, sin distinguir entre obligaciones contractuales o extracontractuales. Junto con ello, el art. 2.1 RR-II indica que se entenderá por “daño” toda consecuencia resultante de la *culpa in contrahendo*, sin tampoco distinguir entre aspectos contractuales o extracontractuales¹⁹⁹⁵. En vista de lo anterior, y para que no queden huérfanas de regulación, la Ley aplicable a las “obligaciones contractuales” que derivan de la *culpa in contrahendo* también debería determinarse conforme al Reglamento Roma II y ello aunque estas obligaciones pudieran ser realmente “obligaciones contractuales”¹⁹⁹⁶.

534. En consecuencia, el art. 12 RR-II determinará en todo caso la Ley aplicable a todos los daños que surgen antes de la celebración de un contrato, en el marco de la negociación del mismo, independientemente de que éste se haya celebrado o no y a las consecuencias de dichos daños. Ello incluye la “la violación del deber de información” (cdo. 30 RR-II)¹⁹⁹⁷. Por lo tanto, la Ley aplicable a la vulneración del deber de información precontractual en un contrato de franquicia ha de determinarse en todo caso conforme al art. 12 RR-II, independientemente del tipo de acción en que dicha

¹⁹⁹⁴ Sobre las mismas, M. KURT, *Culpa in contrahendo im europäischen Kollisionsrecht der vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnisse: eine Untersuchung zu Anwendungsbereich und Auslegung von Art. 12 Rom II-Verordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2009; P. MANKOWSKI, “Die Qualifikation der culpa in contrahendo- Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR”, *IPRax*, año 23, nº 2, 2003, pp. 127-135; H. REIHER, *Der Vertragsbegriff im europäischen Internationalen Privatrecht: ein Beitrag zur Abgrenzung der Verordnungen Rom I und Rom II*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 2010.

¹⁹⁹⁵ P. MANKOWSKI, “Article 5”, *cit.*, p. 137.

¹⁹⁹⁶ Por ejemplo, que la nulidad de un contrato es una cuestión contractual es muy claro. La nulidad se trata de la cara inversa a la validez del contrato, y dicha validez se regula por la *lex contractus* (art. 10 RR-I).

¹⁹⁹⁷ Cdo. 30 RR-II: “La culpa in contrahendo a efectos del presente Reglamento es un concepto autónomo y no debe interpretarse necesariamente dentro del sentido de la legislación nacional. Debe incluir la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales. El artículo 12 cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato. Esto quiere decir que si durante las negociaciones de un contrato una persona sufriera una lesión personal, se aplicaría el artículo 4 o cualquier otra disposición pertinente del Reglamento”.

vulneración se plantee (acción de nulidad de un determinado contrato por dichos defectos en la información, acción de cesación, acción de daños y perjuicios...). Si en aplicación de la Ley que señale el art. 12 RR-II, el contrato se convierte en nulo, a las consecuencias de dicha nulidad sobre el contrato sí que se aplicará directamente la *lex contractus* (art. 12.1.e RR-I).

535. Ejemplo 1. Un franquiciado que explota un establecimiento en Bruselas, ciudad en la que reside, interpone ante los tribunales de dicha ciudad una acción de indemnización frente a su franquiciador con domicilio en Londres por las pérdidas sufridas en el primer año de explotación del negocio como consecuencia de los defectos en la información precontractual que le proporcionó dicho franquiciador. ¿Qué Ley se aplicará al caso?

536. La Ley aplicable a esta reclamación se ha de determinar conforme al Reglamento Roma II y no conforme al Reglamento Roma I, pues el Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación los supuestos de “*culpa in contrahendo*”, quedando todos ellos regidos por el Reglamento Roma II. En consecuencia, se ha de aplicar el art. 12 RR-II para la determinación de dicha Ley. El mismo, en su párrafo primero, remite a la *lex contractus*. La Ley aplicable a este contrato, según el Reglamento Roma I será, en primer lugar, la Ley elegida por las partes (art. 3 RR-I) y en su defecto la Ley de la residencia habitual del franquiciado (entendida ésta según el art. 19 RR-I como el lugar en que se encuentra el establecimiento desde el que ejerce su actividad profesional, es decir, el establecimiento franquiciado), es decir, la Ley belga.

537. Ejemplo 2. El mismo franquiciado interpone ante los tribunales de Bruselas una acción de nulidad del contrato de franquicia por dichos defectos en la información precontractual. ¿Qué Ley se aplicará al caso?

538. A pesar de que la cuestión se calificaría a efectos de competencia judicial internacional como “contractual”, la Ley aplicable a esta reclamación se ha de determinar conforme al Reglamento Roma II, y concreto por el art. 12 RR-II, que en su primer punto de conexión conduce a la *lex contractus*. La Ley aplicable a este contrato, según el Reglamento Roma I será, en primer lugar, la Ley elegida por las partes (art. 3 RR-I) y en su defecto la Ley de la residencia habitual del franquiciado (entendida ésta según el art. 19 RR-I como el lugar en que se encuentra el establecimiento desde el que ejerce su actividad profesional, es decir, el establecimiento franquiciado), es decir, la Ley belga. En consecuencia, será la Ley belga la que determine si esos defectos en la información pueden convertir el contrato en nulo.

539. Como puede apreciarse del ejemplo inmediatamente anterior, se trata de uno de los pocos casos en que se rompe la coherencia entre el Reglamento Bruselas I bis y los Reglamentos Roma. Ello parece deberse a que, dado que la responsabilidad precontractual puede tener el carácter tanto de contractual como de extracontractual

según la acción ejercitada, el legislador europeo quiso evitar su división en dos regímenes a efectos de Ley aplicable. Por ello, independientemente de su naturaleza contractual o extracontractual estableció para la ella un único régimen de Ley aplicable, y colocó el mismo en el Reglamento Roma II.

540. En cuanto al funcionamiento del art. 12 RR-II, éste cuenta con varios puntos de conexión en cascada y con una cláusula de excepción. Los puntos en cascada son los siguientes: (i) la Ley aplicable a la *culpa in contrahendo*, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la Ley aplicable al contrato –*lex contractus*– o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado –*lex hypothetici contractus* o *putative law of the contract*– (art. 12.1 RR-II); (ii) si dicha Ley no puede determinarse, se aplicará la Ley de la residencia habitual común de las partes en el momento en que se produjo el hecho generador del daño (art. 12.2.b RR-II); (iii) en su defecto, se aplicará la Ley del país en que se haya producido el daño (art. 12.2.a RR-II). No obstante, si del conjunto de circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de los tratos previos presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, se aplicará la Ley de ese otro país (art. 12.2.c RR-II). No se indica en este precepto si la Ley a la que señale el mismo puede excluirse o no mediante un pacto adoptado en virtud del art. 14 RR-II, pero la opinión de la doctrina es que no cabe tal pacto¹⁹⁹⁸.

ii. Vulneración del Derecho de la competencia

541. En cuanto a la Ley aplicable a las acciones franquiciador y franquiciado relacionadas con la vulneración del Derecho de la competencia resulta preciso distinguir dos supuestos, de forma análoga a lo expuesto en competencia judicial internacional. En primer lugar, cuando la acción tenga por objeto la vulneración del Derecho de la competencia por el propio contrato de franquicia, la misma ha de considerarse como contractual y por lo tanto regularse por el Reglamento Roma I. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando dicho contrato imponga al franquiciado los precios finales de venta al público de los productos que ha de comercializar. El franquiciado, cuando no sea culpable de tal infracción, podrá solicitar la nulidad del contrato en base a la Ley que determine el Reglamento Roma I (art. 10 RR-I, que remite a la *lex contractus*)¹⁹⁹⁹.

542. Cuando la reclamación esté relacionada con la conducta de la otra parte del contrato con terceros (por ejemplo, si el demandado es el franquiciador, por entente o concentración con otros franquiciadores, abuso de posición dominante o prácticas concertadas con otros franquiciadores...) la Ley aplicable a las consecuencias civiles de

¹⁹⁹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, cit., vol. II, p. 1351.

¹⁹⁹⁹ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

la misma se determinará conforme al Reglamento Roma II²⁰⁰⁰. Éste contiene normas específicas para las reclamaciones en materia de Derecho *antitrust* (art. 6.3 RR-II)²⁰⁰¹. Deben distinguirse dos supuestos:

543. *i) El mercado afectado o que puede resultar afectado es el mercado de un único país.* En este caso se puede aplicar la Ley de ese único país. El “mercado afectado” ha de ser entendido como el mercado de aquel país en que ha sido o va a ser alterada la libre competencia entre los operadores económicos (G. VAN HECKE)²⁰⁰².

544. Ejemplo. El franquiciado del establecimiento de Murcia de una cadena de cafeterías fija con las demás cafeterías de su misma zona un precio único para el café con leche de 3,50 €. El franquiciador, al enterarse de dicho acuerdo, interpone contra el franquiciado una acción de indemnización por daños al considerar que dicho precio tan elevado ha causado un daño muy considerable al prestigio de su marca en la zona franquiciada. ¿Qué Ley se aplicará a esta reclamación?

545. Esta cuestión de Derecho ha de ser calificada como una obligación extracontractual a efectos de Ley aplicable. Dado que la acción se basa en la infracción del Derecho de la competencia, la misma se regirá por el art. 6.3 RR-II. En el caso, el mercado afectado es el mercado murciano, que forma parte del mercado español, por lo que la Ley aplicable sería la española.

546. ii. El mercado afectado o que puede resultar afectado es el mercado de varios países. Cuando el mercado que pueda resultar afectado sea el de varios países, si

²⁰⁰⁰ T. BALLARINO, “L’art. 6 del Regolamento Roma II e il Diritto antitrust comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico”, *Riv.Dir.Int.*, vol. 91, n.1, 2008, pp. 65-78, p. 65; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Libre competencia (Derecho internacional privado), *EJB*, 1995, pp. 4091-4093, que indican que esta Ley solamente determinará la Ley aplicable a las reclamaciones de daños y perjuicios entre particulares que derivan de los actos que vulneran el Derecho *antitrust*. Las multas y sanciones impuestas por las autoridades públicas por la vulneración de este Derecho están sujetas al Derecho público aplicable, que determina su ámbito de aplicación de forma unilateral.

²⁰⁰¹ P. MANKOWSKI, “Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten - Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit”, *Vorträge und Berichte*, n. 194, Zentrum für Europ. Wirtschaftsrecht, Bonn, 2012, p. 21. Sobre esta norma se puede también consultar E. CASTELLANOS RUIZ, «International jurisdiction in damages actions for breach of antitrust law», *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 603-634; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, «Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al Derecho antitrust europeo», en L.A. VELASCO SAN PEDRO ET AL. (eds.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 653-691; B. SCHNUR, *Internationales Kartellprivatrecht nach der Rom II-Verordnung*, Lang, Frankfurt, 2012; D.-P. L. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr: eine Untersuchung zur zuständigkeits- und kollisionsrechtlichen Behandlung von Kartelldelikten im Lichte der Rom II-Verordnung und unter Berücksichtigung der U.S.-amerikanischen Praxis*, Baden-Baden, Nomos, 2011; D.J. ZIMMER, *Konkretisierung des Auswirkungsprinzips bei Hard-core-Kartellrechtsverstößen: das internationale Kartellprivatrecht nach «Rom II» und «Empagran»*, Hamburg, Kovač, 2013.

²⁰⁰² G. VAN HECKE, “L’effet sur le marché comme facteur de rattachement du droit de la concurrence”, en VV.AA., *Études de Droit international en l’honneur de P. Lalive*, Bale, Frankfurt, 1993, pp. 73-79; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Las obligaciones...*, cit., p. 155.

se debería aplicar de forma literal la “teoría del mosaico”, según la cual habría tantas Leyes aplicables como mercados afectados. Pero esta forma de proceder dificultaría mucho la tarea del demandante²⁰⁰³. Ello supondría tanto a éste como al demandado unos costes conflictuales muy elevados²⁰⁰⁴. Por ello, el art. 6.3 RR-II intenta favorecer en estos supuestos la aplicación de una Ley única. Lo hace de dos formas. En primer lugar, favorece la aplicación de la Ley del domicilio del demandado. Así, el demandante podrá fundar su demanda en dicha Ley si presenta la demanda ante los tribunales de dicho Estado y tal Estado es uno de aquéllos cuyo mercado ha resultado afectado de forma directa y sustancial por la restricción de la competencia en que se basa la demanda. En segundo lugar, el artículo favorece la aplicación de la *lex fori*. En los casos en que el demandante presente su demanda frente a varios demandados, podrá fundarla en la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto, siempre que la restricción de la competencia afecta también de forma directa y sustancial al mercado del Estado de dichos tribunales²⁰⁰⁵.

547. Ejemplo. Un máster franquiciado encargado de la red en España, Francia y Alemania de una cadena de restaurantes de tapas pretende presentar una demanda frente a su franquiciador, con sede en España, solicitando una indemnización por daños y perjuicios. El franquiciador pactó secretamente con todos los franquiciadores del sector que dirigían su negocio a la Unión Europea que exigirían un canon de entrada idéntico. ¿Qué Ley se ha de aplicar a la resolución de esta controversia?

548. Esta cuestión de Derecho ha de ser calificada como una obligación extracontractual a efectos de Ley aplicable. Dado que la acción se basa en la infracción del Derecho de la competencia, la misma se registrará por el art. 6.3 RR-II. En el caso, el mercado afectado es el de todos los Estados en que el máster franquiciado gestionaba establecimientos franquiciados, es decir, España, Francia y Alemania. Para evitar el fraccionamiento de la Ley aplicable, el máster franquiciado puede plantear su demanda ante los tribunales del domicilio del demandado, es decir, ante los tribunales españoles, y basar su pretensión en Derecho español, siempre que pruebe que España es uno de los países cuyo mercado se ha visto afectado de forma directa y sustancial por los precios acordados (art. 6.3 RR-II).

²⁰⁰³ P. MANKOWSKI, “Schadensersatzklagen...”, *cit.*, p. 39.

²⁰⁰⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones...*, *cit.*, p. 155.

²⁰⁰⁵ P. MANKOWSKI, “Schadensersatzklagen...”, *cit.*, p. 43.

RECAPITULACIÓN DE LA SECCIÓN II DEL CAPÍTULO II

549. En esta Sección II del Capítulo II se ha realizado un estudio de la Ley aplicable por los tribunales de los Estados miembros a los litigios derivados de una operación de franquicia. A modo de recapitulación, se enumeran a continuación las conclusiones más relevantes:

550. Primera. En sede de Ley aplicable se reproducen los mismos problemas que en competencia judicial internacional, fruto de la estructura compleja de las operaciones de franquicia y de la controversia sobre el poder de negociación de las partes de dicha operación.

551. Segunda. En cuanto a la elección de Ley por las partes, se permite en relación a estos contratos una libertad de elección total, pues se considera que los contratos de franquicia son contratos entre profesionales en que el franquiciado no requiere ninguna protección especial. Esta postura resulta acertada y conforme con los objetivos del EPIL, pues hace prevalecer a la Ley estatal más eficiente. Cualquier protección conflictual al franquiciado mermaría la seguridad jurídica y empeoraría el funcionamiento del mercado interior.

552. Tercera. La cláusula de elección de Ley puede presentar problemas de interpretación en relación a su extensión: salvo que las partes dispongan lo contrario se ha de entender que la misma alcanza únicamente al contrato en que se encuentra inserta (contrato marco o contrato de ejecución) y no a la totalidad de la operación contractual de franquicia, y que ésta únicamente servirá para resolver los litigios entre las partes que se califiquen como “contractuales”.

553. Cuarta. En defecto de elección, existe una norma de conflicto específica para los contratos de franquicia en el art. 4.1.e RR-I. La misma se ha de aplicar a todo *“contrato en virtud del cual un operador jurídico, el franquiciador, cede a otro, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar productos y/o servicios de cualquier tipo por sí mismo y/o concluyendo acuerdos de franquicia con terceros, y que comprende por lo menos: (i) el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato, (ii) la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un « know-how », y (iii) la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo. También se considerará franquicia el contrato por el que el franquiciador ceda al franquiciado, no solo la comercialización sino también la producción de esos bienes y/o servicios”*.

554. Quinta. La citada norma del art. 4.1.e RR-I lleva a la aplicación de la Ley de la residencia habitual del franquiciado, un punto de conexión que interpretado de forma

literal proporciona seguridad jurídica a las partes, pero no les conduce a la Ley más próxima al contrato. Por ello se propone una interpretación correctora del citado artículo, en consonancia con el a veces olvidado art. 19 RR-I. Según el mismo, se ha de entender como residencia habitual del franquiciado el establecimiento desde el que se ejerce la actividad profesional objeto del contrato. Este artículo conduce, en el caso de la franquicia, al establecimiento desde el que se explota la franquicia, un lugar cuya Ley estará mucho más conectada con el contrato que la Ley de la residencia habitual del franquiciado. En los casos en que la aplicación de este artículo conduzca a varias Leyes se ha de considerar como residencia habitual si el franquiciado es persona física, el lugar “principal” desde el que ejerce tales actividades, y si es persona jurídica, el lugar de su administración central.

555. Sexta. La *lex contractus* así determinada se aplicará a la resolución de la mayoría de los litigios derivados de un contrato marco de franquicia directa, ya sea unitaria o de área, y de máster franquicia, pues en ambos tipos se explota el sistema de franquicia. Se excepcionan los litigios relativos a la capacidad de las partes y a la titularidad de los derechos reales y derechos sobre propiedades incorpóreas que puedan crearse o cederse en el contrato. También se excepcionan los litigios relativos a obligaciones extracontractuales.

556. Séptima. Cuando en el litigio se traigan a colación cuestiones relacionadas tanto con el contrato marco como con algún contrato de ejecución, como por ejemplo, cuando se solicite la resolución del acuerdo marco por incumplimientos en los contratos de ejecución, la calificación en materia de Ley aplicable se tendrá que realizar por cada “cuestión de Derecho”. Así, se aplicará a las cuestiones referentes al contrato marco la Ley de la franquicia y a las referentes al contrato de ejecución la Ley de tal contrato (por ejemplo, si se trata de un contrato de compraventa de mercaderías, la Ley que señale el art. 4.1.a RR-I, teniendo en cuenta la Convención de Viena 1980 sobre Compraventa de Mercaderías). Para determinar la Ley aplicable a estos contratos de ejecución el tribunal podrá tener en cuenta la Ley aplicable al contrato marco (cdo. 20 RR-I).

557. Octava. De todos los litigios que pueden suscitarse entre las partes de un contrato de franquicia, solamente los relacionados con la vulneración de los deberes de información precontractual y con la vulneración del Derecho de la competencia se han de considerar como extracontractuales. La Ley aplicable a los mismos se determinará conforme al Reglamento Roma II, y en concreto por sus artículos 12 (*culpa in contrahendo*) y 6.3 (actos *antitrust*) respectivamente.

558. Novena. Pese a que los contratos de franquicia tienen importantes efectos sobre el mercado y la economía de los Estados, la posibilidad de aplicación de “leyes de policía” que prevalezcan sobre la *lex contractus* no es muy elevada. Además de las normas de Derecho de competencia, pocas normas podrán cumplir con los estándares que exige el artículo 9 RR-I tal y como ha sido interpretado por el TJUE, según el cual,

para la aplicación de una norma como “ley de policía” es preciso justificar que la misma defiende intereses públicos esenciales del Estado que la promulga, como su organización política, social o económica (caso *Unamar*)²⁰⁰⁶. Tras el análisis realizado de las normas sobre contratos de franquicia en los distintos Estados miembros se han identificado muy pocas normas que pudieran ser consideradas como leyes de policía. Pueden destacarse el Derecho europeo de la competencia y las normas belgas sobre información precontractual y terminación de la relación contractual.

559. Décima. Esta interpretación restrictiva del concepto de ley de policía resulta esencial. Solamente así la *lex contractus* responderá a las expectativas de las partes, es decir, proporcionará una respuesta segura y previsible a la pregunta de qué Ley rige la relación jurídica. Pero junto con lo anterior, solamente así funcionará bien el mercado interior. El Dopr. es un sector del Derecho que, gracias a la norma de conflicto, tiene puentes de comunicación entre los operadores de distintos ordenamientos jurídicos, pero las normas de policía utilizadas de forma proteccionista destruyen esos puentes y conducen al aislacionismo jurídico.

²⁰⁰⁶ STJUE 17 octubre 2013, *Unamar*, cit..

CONCLUSIONS

I

The legal concept of franchising was first defined in the European Union by European antitrust law and that definition was adapted by Member States to the domain of private law. This explains why the concept of franchising is shared by all Member States. According to this concept, franchising is a system of marketing goods and/or services which is based on a close and continuous collaboration between legally and financially independent operators, the franchisor and the franchisee. Under a contract, the franchising agreement, the franchisor grants its franchisee the right and imposes the obligation, to conduct a business in accordance with the franchisor's concept. This concept includes the right to use the franchisor's intellectual property rights and know-how supported by continuing provision of commercial and technical assistance.

II

At an international level, franchising has specific objectives and characteristics that distinguish it from purely national franchising. From the point of view of the franchisor, international franchising is a way of expanding internationally halfway between the creation of subsidiaries and the selection of independent distributors. Unit franchising, area franchising, and master franchising are the most common forms of franchising used in international trade practice. From the point of view of the franchisee, international franchising cannot be regarded like national franchising as a form of employment because in the international arena, the franchisee is, in most cases, a company. It may be rather considered as a form of entrepreneurship or business. The international franchisee is an entrepreneur who participates and takes benefit from international trade (the very origin of European law), with all the consequences that this may entail.

III

Franchising is not a contract of fear. Both the franchisor and the franchisee rationally make the decision to choose international franchising. They evaluate the "transaction costs" of other alternatives within their reach and estimate that franchising is the most efficient option for their development. The consideration of the international franchisee as the weaker party of the legal relationship and as the party with a lower bargaining power is thus preposterous and has no economic foundation. From the point of view of the negotiation of the contract, information is undoubtedly a source of power. The international franchisee knows the market that the franchisor wants to conquer and this grants him considerable bargaining power. From the point of view of the development of the legal relationship, the control exercised by the franchisor over the franchisee is structural and is for the benefit of both contracting parties. If the franchisor did not exist, it would have to be invented. Consequently, franchisee protection

provisions destabilize a relationship that is efficient in itself. However, the current international scenario goes in the opposite direction, and both international soft law instruments and the regulations of some Member States protect the franchisee with rules relating to the disclosure of pre-contractual information and to the termination of the contract.

IV

Protecting the international franchisee is a legal policy mistake. This protection might provide a disincentive to franchisors and decrease the conclusion of franchising agreements. This protection is thus “self-destructive”. Instead of protective standards for franchisees, Member States and the European Union should enact laws that encourage the creation of franchising networks, given the benefits that franchising entails for the market and therefore for the entire society. This is the effect of the “invisible hand” of private relations. International franchise reduces unemployment, lowers prices of goods and services and, above all, strengthens the internal market by the lasting ties that it creates between economic operators of different Member States. Among the standards with the greatest potential to encourage the conclusion of international franchise contracts and therefore the strengthening of the internal market are the rules of European private international law (hereinafter, “EPIL”).

V

EPIL is not only rooted in the search for the “seat” of a legal act, but it also aims to promote the internal market and the freedom of movement. In this sense, F.K. SAVIGNY’S days are gone and private international law is not a neutral knowledge anymore, at least in the European Union. If EPIL rules provide certain and predictable responses, legal operators will not fear the costs of international exchange and will enter into more international franchise contracts. This increase of international transactions shall make the internal market stronger. The proper functioning of the internal market is a desirable goal because it brings progress and increases the welfare of all European citizens. As a consequence, like Schrödinger’s cat, freedom of movement occupies in EPIL two places at the same time: it is not only the reason for its existence but it also is its effect and purpose. It is only in the light of this “quantic” interpretation that EPIL rules applicable to franchising shall be analysed.

VI

Existing EPIL is fully applicable to international franchise contracts. When the courts of a Member State are faced with a case related to an international franchising transaction, Brussels I Regulation Recast (“BIRR”), Rome I (“RIR”) and Rome II (“RIIR”) Regulations shall apply in most cases to determine their international jurisdiction and the law applicable to the claim. Unlike RIR and RIIR, BIRR has a limited personal scope. As a consequence, there will be some disputes subject to the

domestic rules of Member States. This lack of unity complicates the legal scenario of the determination of international jurisdiction and could discourage third States' undertaking from contracting with Member States operators. This is why it is becoming increasingly urgent to turn the personal scope of BIRR into "*erga omnes*".

This overtaking of domestic PIL is already under construction. When finished, it will be advantageous for economic operators who will be able to do business under a single legislation on jurisdiction and applicable law. It will benefit jurists as well. EPIL lawyers will be competitive because their knowledge will be useful in all Member States. This means a return to the times when PIL was born, particularly to the times of Accursius, when this branch of law was unified in the European territory.

Anyway, there may be some lawsuits that, because of their subject matter, may be governed by other instruments. This is the case of claims relating to the existence, registration, or transferability of intellectual property rights created or assigned through a franchise agreement. These claims are subject to the exclusive forum of art. 24 BIRR regarding international judicial jurisdiction and by domestic rules of each Member State, including the international conventions in force, regarding applicable Law. The same happens with "*in rem*" rights created or transmitted through the contract.

VII

The ascertainment of international jurisdiction and the law applicable to the disputes arising out of franchising agreements present symmetrical problems. The axes around which these problems are articulated are: (i) the complex and hybrid structure of franchise transactions; (ii) the belief that the franchisee is the weaker party of the relationship and therefore that is needed of protection; and (iii) the difficult distinction between "contractual" and "non-contractual" obligations.

VIII

The complex nature of franchising implies that the term "international franchising agreement" refers to a transaction composed of different contracts: a framework contract and several execution contracts (e.g. the sales contracts between the franchisor and the franchisee). Unless otherwise agreed by the parties, these contracts shall be considered one by one for the purpose of determining both international jurisdiction and applicable law. The hybrid nature of franchising means that the framework contract includes some obligations that, individually considered, could constitute other contracts by themselves (e.g. the transfer of the trade mark and other intellectual property rights). However, each of these obligations cannot be considered individually to determine international jurisdiction or applicable law. In short, the "unit" of determination of the competent courts and the law applicable to contractual obligations is the "contract", neither the entire contractual transaction nor each of the obligations that make up the contract. Accordingly, unless otherwise agreed by the parties, there will be one

competent court and one applicable law in relation to the franchise framework contract and one competent court and one applicable law in relation to each contract of execution.

IX

The hybrid nature of the franchising framework agreement also makes it difficult to characterize this contract for the purposes of the special forum on contractual matters of art. 7.1 BIRR. The franchise framework contract in all its species shall be characterized as a contract for the provision of services by the franchisee, given that its economic purpose is the exploitation of the franchise in the destination market by the franchisee. These contracts are therefore subject to art. 7.1.b, second indent BIRR. The place of provision of services shall be the place where the franchisee exploits the franchise. This interpretation aligns with the objectives of BIR as it is not only certain but it also respects the principles of proximity and sound administration of justice because it allows litigation at lower costs than the forum of the domicile of the defendant.

X

The belief that the franchisee is the weaker party has been the argument of certain doctrinal sectors to propose restrictions on party autonomy in relation to these contracts. These restrictions shall not be admitted. The myth for the need of legal protection of the franchisee shall be debunked. As T. Adorno said, there is no right life in the wrong one. If the need of protection of the franchisee is not rejected the reality of franchising agreements will not be understood. As the CJEU has pointed out in the *Benincasa* case, franchisees are professionals. They are traders. And the European Union is made for the traders. The European trader obtains a greater profit because he benefits from large unified market, but for that reason he shall also assume greater risks. It would not be fair to protect some traders and not others. It would not be fair to protect the franchisee and make the burden of internationalization fall solely on the franchisor, since both benefit equally from the large European market. Consequently and very rightly, the European legislator presupposes to all the merchants a sufficient preparation so as to know what they are agreeing to. For this reason, both BIRR and RIR allow the exercise of party autonomy in relation to franchising contracts. The court can only carry out a control of incorporation of the election clauses and not a control of substance. If a potential franchisee believes that the franchisor is trying to impose a predatory law or court election clause, his protection will be in not entering into the contract. On the basis of the same arguments, a rule of international jurisdiction or applicable law protecting professional contractors would also be totally inappropriate. Such a rule would only slow down legal traffic and damage the internal market.

XI

Notwithstanding the foregoing, RIR forgets these legal considerations and establishes that, in the absence of choice, the law applicable to a franchise agreement will be the law of the habitual residence of the franchisee (article 4.1.e RIR). This connecting factor favours the franchisee, since it leads to a law whose application entails minimum costs for the franchisee (a law that he is familiar with, to which he is accustomed to adjust his legal behaviour) and high costs for the franchisor (a law that he does not know and to which he is not used to adjust his legal behaviour). RIR provides a certain connecting factor for both parties but not a foreseeable one. Therefore, a corrective interpretation of this article is proposed, in line with the unjustly forgotten art. 19 RIR. According to this article, the habitual residence of the franchisee shall be understood as the establishment from which the franchisee carries on the professional activity that is the subject of the contract. This article must lead to the establishment from which the franchise is operated, a place whose law will be much more connected with the contract than the law of the habitual residence of the franchisee understood as the centre of his social life. To retrieve art. 19 RR-I is vital to understand that the entrepreneur who enters a market through a permanent base (establishment, branch office, agency...) foregoes the application of the law of his country of origin and accepts the application of the law of the conquered market.

XII

Regarding the distinction between “contractual” and “non-contractual” obligations, it may be difficult to characterize some of the actions exercised in relation to a franchise agreement. EPIL recommends a consistent interpretation of BIRR, RIR, and RIIR, but it cannot be ignored that in international jurisdiction the object of characterization is the action as a whole, while in applicable law it is each “question of law”. This leads inevitably to mismatches.

One of these mismatches takes place in relation to pre-contractual liability claims for the breach of the franchisor’s disclosure obligation. Their characterization shall depend on the action brought against the franchisor. If it is an action for the annulment of the contract or that intends any other effect on such contract (resolution, modification) it shall be considered as “matter relating to contract” for purposes of art. 7.1 BIRR, but for the purposes of applicable law it shall be subject to RIIR as to the existence of defects and the declaration of nullity, and to RIR as to the consequences of that declaration of nullity over the contract. If the franchisee claims for damages, its action will be characterized as non-contractual both for purposes of international jurisdiction and applicable law. This mismatch also occurs in relation to class actions derived from franchising agreements. The CJEU classifies collective actions related to contracts as non-contractual matters for jurisdiction purposes (*Henkel* case) but considers, for the purposes of applicable law, that RIIR shall govern the exercise of the

action and RIR shall apply to the question of whether the clause is abusive (*Amazon* case).

This confirms the theory of T. Vignal, according to which in EPIL each Regulation determines its scope of application unilaterally. European characterization is thus made “Regulation by Regulation”, which makes the classical *lex fori* and *lex causae* characterization theories pointless.

XIII

All the dysfunctions present in the determination of international jurisdiction and the law applicable to franchise contracts in the European Union occur mainly when the parties do not choose the competent courts and the law applicable to their franchise agreement. Only if the election clauses have not been drafted correctly will there be doubts as to whether they shall apply to the whole transaction or only to the framework contract and as to whether they shall cover only contractual matters or also the disputes relating to non-contractual relations between the parties. Only when the parties do not exercise their party autonomy, or when they exercise it in a defective way, do the problems of characterization for the purposes of articles 7.1 BIRR and 4.1.e RIR arise.

XIV

No other connecting factor fosters the proper functioning of the internal market more than party autonomy. It is true that the systems for asserting international jurisdiction and applicable law in the absence of choice, if they are interpreted as proposed in this dissertation, are able to provide the parties with legal certainty and offers them the possibility to litigate at low costs. But these interpretations also leave loose ends, cases for which a totally satisfactory solution cannot be given. This happens when the franchisee or the master franchisee provides services in several States or when the action brought involves rights derived from both the framework contract and the execution agreements. In these cases, there is no interpretation that will certainly allow the parties to litigate before a nearby court and under a law close to the contract. Therefore, it must be concluded that no connecting factor in the absence of choice will provide the parties with the same levels of legal certainty and predictability as a well-exercised freedom of choice.

This shows that EPIL conflict rules in the absence of choice work best for simple transactions. They are operative, for example, to determine the competent court in relation to a contract for the sale of goods to be delivered in a single State or to determine the law applicable to a contract in which a service is provided in return for a monetary remuneration. As G.K. HADFIELD explained in his theory of incomplete contracts, the rules in the absence of choice are made for the transactions where the speed of international trade requires not dwelling too much on the details. In these cases, the parties leave what is not negotiated to the provisions of the law, hoping that

they will offer an efficient solution. But this is not the case in franchising or other complex international transactions (*joint ventures, operation and maintenance agreements, turn-key agreements...*). These transactions are generally formalized in writing and are the product of an intense negotiation of the parties. For this kind of complex transactions, EPIL is open to the exercise of party autonomy. This is illustrated by the fact that neither BIRR nor RIR provide rules on groups of contracts: if the parties wish a single EPIL regime for the entirety of their contractual relationship, they can always agree to it.

XV

In international trade practice, contractors use party autonomy to determine the competent courts and the law applicable to their franchising agreements. After four years of exhaustive research, no judicial decision has been found that rules on international jurisdiction or the law applicable to a franchise agreement in the absence of a choice by the parties. But such party autonomy is not used properly. It is not enough that the parties determine that the contract is submitted to the Law of State X or that the courts of State Y will have jurisdiction over the case.

A simple, narrow, or restrictive election clause cannot be deemed to be applicable to disputes in non-contractual matters, or to all the relationships derived from both the franchise framework contract and its application contracts. To do so, it is necessary that the clause expressly includes the will of the parties to cover these matters. In the absence of an explicit provision, a claim which addresses several issues closely linked to the franchise agreement could be subject to different applicable laws or heard by different courts. This fragmentation leads to legal uncertainty as well as protracted and costly legal proceedings. It is therefore strongly recommended that the parties draft their election clauses in a comprehensive way, expressly including non-contractual disputes and disputes arising out of the execution contracts.

XVI

It is therefore necessary to instruct the parties in the proper use of party autonomy. EPIL considers that these complex transactions are entered into by professionals and that professionals should be able to draft their election clauses in a correct and comprehensive way. Consequently, if the parties do not correctly use the tools provided by EPIL and do not agree on the competent courts or on the law applicable to their relations, the EPIL rules cannot be blamed for the misalignments, high litigation costs, or rush to the courts that the lack of choice may entail.

XVII

When party autonomy is exercised correctly, very few disputes related to a franchise agreement are kept outside the law and courts chosen by the parties. There are

only relevant two exceptions, namely: matters in respect of which no choice is allowed (in particular, real property rights and intellectual property rights) and matters affected by overriding mandatory provisions.

XVIII

Overriding mandatory provisions will apply with preference to the *lex contractus* and the *lex damni*. The CJEU has recently stated that the concept of “overriding mandatory provisions” may include one party protection rules and not only direction rules (“*Eingriffsnormen*”) (*Unamar* case). However, this statement does not prevent the concept from being interpreted restrictively. For a provision to be considered as internationally-mandatory, it must overcome a double test: (i) a “non-derogability test”, which will check whether the State that enacted the provision actually intended its mandatory application to international cases and (ii) a “public interests defence test”, which will verify if the norm is essential for the safeguarding of the general interests of that State. From all Member States' rules related to franchising whose application as an overriding mandatory provision that have been considered, only very few surpass this double test. Among them, antitrust laws and Belgian rules on pre-contractual information shall be highlighted.

This restrictive interpretation of the concept of “overriding mandatory provisions” is absolutely essential in order to safeguard the legal certainty of the contracting parties and the predictability of the applicable law. A broad and unilateral interpretation of this exception to *lex contractus* would seriously damage the proper functioning of the internal market. Worse, it would wipe out all the Rome I Regulation system. As in the prisoner's dilemma, Member States' courts have two options: they can either apply the rule of conflict, which can deal with the application of a foreign law or apply their own domestic rules as overriding mandatory provisions. No Member State court can be sure that the courts of other sister States will respect the rule of conflict. Hence, all of them will prefer the application of their domestic laws, even if the result harms private individuals and the internal market.

XIX

In view of these considerations, it is necessary to answer the question raised at the outset of this work, namely, whether EPIL provides efficient solutions to international franchise contracts, i.e., solutions that encourage the conclusion of new franchise agreements and thereby ensure the proper functioning of the internal market and the welfare of European citizens. In short, the question raised is whether EPIL is prepared to answer the demands of the 21st century, the era of globalization, which allows to think broadly and to devise worldwide legal structures such as franchising networks.

According to the research that has been undertaken, it can be stated with certainty that EPIL instruments applicable to franchising agreements, namely BIRR, RIR, and

RIIR, are perfectly apt to overcome the challenges posed by franchising and other complex business transactions. But for these instruments to work efficiently, the collaboration of both the parties and the courts of Member States is necessary. The proper exercise of party autonomy as the main connecting factor of the system rests in the hands of the parties. The non-alteration of the will of the said parties, through a restrictive interpretation of overriding mandatory provisions rests in the hands of Member States' courts.

XX

These considerations lead directly to the assertion that party autonomy, the keystone of the whole EPIL system, should admit the fewest possible exceptions. Freedom of choice has become the true cornerstone of this system, its structural connecting factor, so much so that it has been transferred from purely patrimonial matters to the scope of personal and familial relations. This liberal connecting factor corresponds very well with the objectives of the European regulations, in particular, legal certainty and predictability. Party autonomy is the connecting factor that best enables the parties to know which courts will have jurisdiction over a case and which law shall apply to that potential dispute. At the same time, it offers the parties the possibility of litigating at very low costs. In view of the foregoing and from what has been discussed in this work, it can be said that party autonomy is the sole connecting factor which is able to absolutely promote freedom of movement within the EU and the proper functioning of the internal market.

A party autonomy-based EPIL carries out a crucial mission. It debugs the European legal systems because it permits the election of the best courts and the best laws in a regulatory competition regime. It also fosters the freedom of movement, the freedom of trade, and consequently, the increase of economic well-being of EU citizens. An EPIL so conceived has a social aspect, given that it is the entire European society that benefits from the free movement of factors of production, people, and capital. This is why, in a recent course, A. BONOMI said that party autonomy is the future of EPIL, but it is also its present. It shall never be forgotten.

ANEXOS

ANEXO 1

MODELOS DE CONTRATOS DE FRANQUICIA INTERNACIONAL

1. CONTRATO DE FRANQUICIA DIRECTA INTERNACIONAL²⁰⁰⁷

INTERNATIONAL FRANCHISE AGREEMENT

THIS AGREEMENT is dated [DATE]

PARTIES

- (1) [COMPANY NAME] incorporated and registered in [COUNTRY OF INCORPORATION] with company number [NUMBER] whose registered office is at [REGISTERED OFFICE ADDRESS] (Franchisor).
- (2) [COMPANY NAME] incorporated and registered in [COUNTRY OF INCORPORATION] with company number [NUMBER] whose registered office is at [REGISTERED OFFICE ADDRESS] (Franchisee company)
- [(3) [NAME OF THE OWNER OR MAIN SHAREHOLDER OF THE FRANCHISEE COMPANY] of [ADDRESS] and passport number [NUMBER]].

BACKGROUND

- (A) As a result of extensive research and practical business experience, the Franchisor has developed the Business that is carried on under the Trade Name.
- (B) The Franchisor has built up a substantial reputation and goodwill in the Trade Name that is associated with the highest standards of service. The Franchisor is the exclusive owner of all rights in the Trade Name.
- (C) The Franchisor has developed specialised Products and specialised Services to be used in the Business. [The Franchisor's current range of Products and Services is listed in the Manual.]
- (D) The Franchisor is the owner of the Intellectual Property rights in the System.
- (E) The Franchisor [has applied to register OR has registered] the Trade Marks which are associated with the Products and/or Services.
- (F) The Franchisee wishes to acquire from the Franchisor the right and franchise to operate the Business in accordance with the terms of this agreement.

²⁰⁰⁷ Adaptación del modelo disponible en “International franchise agreement: Drafting note”, *UK Practical Law Online*, ref. n. 0-102-2143. Como puede observarse, el contrato tiene una forma de redacción propia de *common law*, concretamente de Derecho inglés, muy detallado y con apariencia de autosuficiencia respecto de la Ley aplicable al mismo (“*self sufficient contract*”). Como indica G. CORDERO-MOSS, *op. cit.*, p. 345, esta es la forma en que se redactan la mayoría de contratos internacionales, independientemente de que los mismos se encuentren sujetos a otro Derecho distinto del inglés y de que conforme a ese Derecho algunas de las cláusulas del contrato sean nulas o no puedan exigirse.

AGREED TERMS

1. INTERPRETATION

1.1 The definitions and rules of interpretation in this clause apply in this agreement.

Advertising Levy: [PERCENTAGE]% of the Gross Monthly Receipts payable by the Franchisee to the Franchisor in accordance with clause 4.2.

Business: the business of [DETAILS OF BUSINESS], carried on using the System

Business Day: a day other than a Saturday, Sunday or public holiday in [the Territory] when banks in [CITY] are open for business.

Confidential Information: any information Which is disclosed to the Franchisee by the Franchisor pursuant to, or in connection With, this agreement (whether orally or in writing and whether or not this information is expressly stated to be confidential) or shall otherwise come into the hands of the Franchisee in relation to the Business, the Franchisee's Business, the System, the Services or the Products other than information which is already in the public domain (otherwise than as a result of a breach of any obligation of confidentiality).

Equipment: [EQUIPMENT].

Expert: a person appointed in accordance with clause 37.

Financial Package: [FINANCIAL PACKAGE].

Franchisee's Business: the Business as carried on by the Franchisee under this agreement [from the Premises OR within the Territory].

Gross Monthly Receipts: the gross [takings OR sums receivable] of the Franchisee's Business in sales taxes [and [without] deducting any sales rebates or discounts [and determined in accordance with clause 4.5]].

Initial Fee: the sum of [CURRENCY] [AMOUNT] payable in accordance with clause 4.

Initial Term: the term referred to in clause 3.1.

Intellectual Property: patents, rights to inventions, copyright and related rights, trade marks, trade names and domain names, rights in get-up, rights in goodwill or to sue for passing off, rights in designs, rights in computer software, database rights, rights in confidential information (including know-how and trade secrets) and any other intellectual property rights, in each case whether registered or unregistered and including all applications (or rights to apply) for, and renewals or extensions of, these rights and all similar or equivalent rights or forms of protection which may, now or in the future, subsist in any part of the world relating to the Products, Services, Business and the System, owned by the Franchisor [and acquired by the Franchisor from time to time].

[Lease: the lease of the premises to be entered into by the Franchisor and the Franchisee in the form annexed.]

Management Fee: [PERCENTAGE] % of the Gross Monthly Receipts payable by the Franchisee to the Franchisor in accordance with clause 4.2.

Manual: the Franchisor's operating manual setting out the standards, methods, processes and procedures for running the Business as the Franchisor may amend from time to time.

Premises: [the Franchisee's premises as set out in Schedule 5 OR any premises within the Territory as the Franchisor may approve [such approval not to be unreasonably withheld]].

Products: the products described in [Part 1 of Schedule 3 OR the Manual] and which may from time to time be amended either by amendment or deletion as notified in writing from time to time by the Franchisor to the Franchisee).

Renewed Term: any term of this agreement following a renewal under the provisions of clause 3.2.

Restricted Business: any business of the Franchisor [or any other franchisee of the Franchisor] that is similar to the Franchisee's Business.

Restricted Customer: any firm, company or person who, during the [NUMBER] months before the date of termination of this agreement, was [a customer of OR in the habit of dealing with] the Franchisee.

Services: the specialised services developed [by OR for] the Franchisor to be used in or supplied by the Franchisee's Business [as further described in [Part 2 of Schedule 3 OR the Manual]].

Start Date: [DATE] or such other date as the parties may agree.

Start-up Package: [[ITEMS TO BE SUPPLIED BY THE FRANCHISOR UNDER clause 5(d)] OR the [items OR Products] [and Stationery] listed in [Part 2 of Schedule 4 OR the Manual] supplied to the Franchisee under clause 5].

Stationery: all letterheads, invoices, order forms and other documents [approved by the Franchisor from time to time OR referred to in the Manual] to be used by the Franchisee for the purpose of the Franchisee's Business.

System: the [distinctive] business format and method developed and implemented by the Franchisor in connection with the Business using the Intellectual Property, Confidential Information, operational procedures, [plans,] [directions,] [specifications,] methods, management, marketing and advertising techniques [part of] which are contained in the Manual.

Term: the Initial Term of this agreement and any Renewed Term under clause 3.

Territory: the area referred to in Schedule 1.

Trade Marks: the trade marks and service marks set out in Part 1 of Schedule 2 [and any other trademarks registered by the Franchisor in relation to the Business from time to time [during the Term]].

Trade Mark Licence: the trade mark licence to be entered into by the parties in the form set out in Part 2 of Schedule 2.

Trade Name: the name [NAME] under which the Business is carried on.

- 1.2 Clause, Schedule and paragraph headings shall not affect the interpretation of this agreement.
- 1.3 A person includes a natural person, corporate or unincorporated body (whether or not having separate legal personality) [and that person's personal representatives, successors or permitted assigns].
- 1.4 The Schedules form part of this agreement and shall have effect as if set out in full in the body of this agreement. Any reference to this agreement includes the Schedules.
- 1.5 A reference to a company shall include any company, Corporation or other body corporate, wherever and however incorporated or established.
- 1.6 Words in the singular shall include the plural and vice versa.
- 1.7 A reference to one gender shall include a reference to the other genders.
- 1.8 A reference to any party shall include that party's personal representatives, successors or permitted assigns.
- 1.9. Any reference in this agreement to any provision of a statute or statutory instrument shall be construed as a reference to that provision as [amended, re-enacted or extended from time to time OR it is in force as at the date of this agreement][; provided that, as between the parties, no such amendment, extension or re-enactment shall apply for the purposes of this agreement to the extent that it would impose any new or extended obligation. liability or restriction on, or otherwise adversely affect the rights of, any party].

- 1.10 A reference to a statute or statutory provision shall include any subordinate legislation made [from time to time OR as at the date of this agreement] under that statute or statutory provision.
- 1.11 A reference to writing or written includes faxes but not e-mail.
- 1.12 [References to a document in agreed form are to that document in the form agreed by the parties and initialled by or on behalf of them for identification.]
- 1.13 [A reference to this agreement or to any other agreement or a document referred to in this agreement is a reference to this agreement or such other document or agreement as varied or novated (in each case, other than in breach of the provisions of this agreement) from time to time.]
- 1.14 References to clauses and Schedules are to the clauses and Schedules of this agreement [references to paragraphs are to paragraphs of the relevant Schedule].
- 1.15 Any phrase introduced by the terms including, include, in particular or any similar expression shall be construed as illustrative and shall not limit the sense of the words preceding those terms.
- 1.16 [Any obligation in this agreement not to do something includes an obligation not to agree or allow that thing to be done.]

2 RIGHTS GRANTED

2.1 In consideration of the payments agreed to be made in clause 4, the Franchisor grants the Franchisee a licence to:

- (a) [operate the Franchisee's Business;]
- (b) [use the Intellectual Property in respect of the Franchisee's Business;]
- (c) [use the benefit of the Franchisor's accounting, management and marketing knowledge and experience,]

from the Premises, in accordance with the System, within the Territory, during the Term and in accordance with the provisions of this agreement.

- 2.2 [The Franchisee shall enter into the Trade Mark Licence [when required by the Franchisor] and the Lease no later than 15 days after the date of this agreement.]
- 2.3 [The Franchisor will not itself operate or make use of or license any person other than the Franchisee to operate the Business under the Trade Name in the Territory.]

3. TERM AND RENEWAL

3.1 The Initial Term of the agreement is [NUMBER] years from the [date of this agreement OR Start Date], subject to earlier termination in accordance with clause 20.

3.2 The Franchisee may, by notice in writing to the Franchisor, given not less than [six] months before the end of the Initial Term [or [the OR any] Renewed Term], request the renewal of the term of this agreement for a period of [NUMBER] years after the end of the Initial Term [or [the OR any] Renewed Term]. The Franchisor shall, by notice in writing to the Franchisee, given not less than [four] months before the end of the Initial Term [or [the OR any] Renewed Term], accept a renewal of the term of this agreement, if:

- (a) the Franchisee has paid (in accordance with clause 4.2 a renewal fee of [€[AMOUNT] OR [PERCENTAGE]%] of the Franchisee's Gross Monthly Receipts in the [12] months before the end of the Initial Term;
- (b) [at the end of the Initial Term, there are no outstanding material breaches by the Franchisee of this agreement, the Lease or the Trade Mark Licence], and there are no grounds on which the Franchisor has a right to terminate this agreement under clause 20; and]
- (c) the Franchisee has [at all times] performed their obligations under this agreement to the

reasonable satisfaction of the Franchisor [and the Franchisee's Business meets the Franchisor's requirements [as set out in the Franchisor's then current form of franchise agreement and Manual]].

- 3.3 Any renewal under this clause 3 shall be effected [either by confirmation in writing signed by or on behalf of the parties or, if required by the Franchisor,] by the parties entering into a new agreement, which shall be in the Franchisor's then current form of franchise agreement, provided that, on this renewal:
- (a) the Franchisee will not be liable to pay the Initial Fee (or the equivalent of it under the new agreement);
 - (b) the Franchisor will not be under any obligation to perform the obligations under clause 5 or any equivalent obligations under the new agreement; and
 - (c) the provisions of clause 3.2 and clause 3.3, or any equivalent provisions under the new agreement, shall [not] apply in the Renewed Term.
- 3.4 Unless the parties agree otherwise in writing, any renewal under this clause 3 shall be without prejudice to [any rights or obligations of the parties OR the rights of the Franchisor] outstanding at the end of the Initial Term. [The Franchisee shall waive all claims that it may have against the Franchisor arising in respect of this agreement.]
- 3.5 Unless it is terminated earlier under clause 20, this agreement shall terminate at the end of the Term.
- 3.6 If the Franchisee continues to carry on the Franchisee's Business after the end of the Term, but without having agreed a Renewed Term with the Franchisor, then it will be deemed to do so on the terms and conditions of this agreement (or any agreement entered into by the parties under clause 3.3), except that [any party OR the Franchisee or the Franchisor] will be entitled to terminate this agreement on giving to the others [NUMBER] months' written notice of termination.

4. FEES

- 4.1 [On the date of this agreement, the Franchisee shall pay the Initial Fee. The Initial Fee shall cover all the Franchisor's obligations under clause 5.]
- 4.2 The Franchisee shall pay the Management Fee and the Advertising Levy monthly in arrears, with effect from the [date of this agreement OR Start Date]. [Subject to clause 4.5,] the Management Fee shall be paid on the [DATE] of each month and the Advertising Levy shall be paid on the [DATE] of each month. All other fees under this agreement shall be paid within [30] days of receipt by the Franchisee of the Franchisor's invoice for that payment.
- 4.3 Unless the Franchisor otherwise notifies the Franchisee in writing, the Franchisee shall make all payment [by cheque to [BANK ACCOUNT] OR electronically to the following bank account:
- Bank:
- Address:
- Account name:
- Sort code:
- Account number:
- 4.4 All fees due under this agreement are exclusive of all sales taxes, which shall, where applicable, be paid by the Franchisee at the prevailing rate on the due date for payment or receipt of the relevant invoice from the Franchisor (as may be).
- 4.5 The Gross Monthly Receipts shall be determined as follows:
- (a) within [three] days of the end of each [month OR quarter], the Franchisee shall [prepare OR procure that the Franchisee's auditors prepare] and deliver to the Franchisor a

statement of the Gross Monthly Receipts for the month;

- (b) within [three] days after the Franchisee has delivered the statement of Gross Monthly Receipts, the Franchisor shall either confirm in writing that it agrees that statement or give notice that it does not;
- (c) if the Franchisor does not agree the statement, the parties shall endeavour to resolve all matters in dispute as soon as practicable. If they fail to do so within [14] days of the notice, either party may refer the dispute for resolution to an Expert appointed under clause 37; and
- (d) any payment, additional payment or refund to be made as a result of any decision of the Expert shall be made within [14] days of receipt by the parties of the decision of the Expert.

4.6 [The Franchisee shall be responsible for the payment of all invoices due to third-party suppliers.]

5. FRANCHISOR'S INITIAL OBLIGATIONS

5.1 The Franchisor will [within [PERIOD] of the date of this agreement OR at least [14] days before the Start Date] provide:

- (a) [advice on finding and acquiring Premises [including giving site selection criteria];
- (b) [advice on alterations to and fixtures and fitting in the Premises]
- (c) [general advice on how to set up the Franchisee's Business]
- (d) [the Equipment, and any Products, Stationery, fixtures and fittings and vehicle[s] as are listed in the [Manual OR Start-up Package] on the Franchisor's standard terms and conditions applicable at the Start Date[, these terms and conditions to be set out in [LOCATION WHERE THE TERMS AND CONDITIONS OF SUPPLY OF THESE ITEMS IS TO BE FOUND]]];
- (e) [a public relations launch as described in [the Manual OR Schedule 7];]
- (f) [a copy on loan of the Manual;]
- (g) [an initial training programme for the Franchisee;]
- (h) [the Financial Package on the terms set out in the Manual OR Schedule 8].]

6. FRANCHISOR'S CONTINUING OBLIGATIONS

6.1 The Franchisor shall [at all times during the Term]:

- (a) [provide the Franchisee with know-how, advice and guidance relating to the Business;]
- (b) [update the Manual and System from time to time and [promptly] inform the Franchisee [in writing] of all these updates;]
- (c) [supply the Products and Stationery to the Franchisee [subject to availability] on the Franchisor's standard terms and conditions applicable at the date of placing the order;]
- (d) [assist the Franchisee in procuring any goods and services [(other than the Products)] as are necessary for the purposes of the Franchisee's Business;]
- (e) [organise an annual conference for all franchisees of the Business at a time and place which is convenient to the majority of those franchisees; and]
- (f) maintain a website (Website) for the purpose of promoting the Business [in the Territory. and elsewhere] [and to enable the Franchisee to conduct the Franchisee's Business online].

7. FRANCHISEE'S OBLIGATIONS

7.1 The Franchisee shall start trading on the Start Date and at all times during the Term in relation to the Franchisee's Business, shall:

- (a) [operate the Franchisee's Business in accordance with the Manual and not do anything that could bring the Business into disrepute or damage the reputation of the Business;]
- (b) [use its best endeavours to promote and extend the Business;]
- (c) obtain, maintain and comply with all necessary licences and consents and comply with all relevant legislation in relation to the Premises and their use, the Intellectual Property and the Franchisee's Business;
- (d) [use its best endeavours to protect and promote the goodwill in the Business;]
- (e) [only use Stationery and Products which are supplied by [the Franchisor OR a supplier that has been approved in writing by the Franchisor];]
- (f) [use only signs and packaging in connection with the Business as have been approved by the Franchisor;]
- (g) [maintain the Premises to the highest standards and not carry out any alterations without the Franchisor's consent;]
- (h) [sell only to end users, other franchisees of the Franchisor or other persons approved in writing by the Franchisor;]
- (i) supply products and services to end users only on the standard terms and conditions of sale set out in the Manual and not on any other terms and conditions;
- (j) comply with ordering, invoicing and accounting procedures as [required by the Franchisor OR set out in the Manual];
- (k) not offer credit to customers without the prior written consent of the Franchisor;
- (l) maintain sufficient stocks to meet all demand from customers of the Franchisee's Business;
- (m) pay all third-party suppliers promptly in accordance with the terms of supply agreed with them and not enter into any arrangement or agreement to factor, charge or otherwise deal with the debts of the Franchisee's Business without the prior written consent of the Franchisor;
- (n) not licence any other person to operate the Business under the Trade Name;
- (o) without delay, inform the Franchisor of any improvement or modification to the Business or System or business opportunity which comes to its attention;
- (p) promptly give the Franchisor any information that the Franchisee may obtain in relation to potential sales outside the Territory or any matter that could affect sales favourably or unfavourably inside or outside the Territory;
- (q) supply the Franchisor with any information relating to the Franchisee's Business in a form and at any times as [the Franchisor may from time to time [reasonably] require OR specified in the Manual];
- (r) introduce any improvements or modifications into the Franchisee's Business when requested by the Franchisor;
- (s) [at the request of the Franchisor, provide potential franchisees with information as reasonably requested;]
- (t) attach any notices that the Franchisor requires to stationery, products and packaging;
- (u) [use only signs and packaging in connection with the Franchisee's Business as have been

approved by the Franchisor;]

- (v) give any notices in any places as required by law and as the Franchisor may require to the effect that the Franchisee is operating the Franchisee's Business under licence from the Franchisor; and
- (w) use the Website only in accordance with [the Franchisor's instructions OR the Manual].

8. EMPLOYEES

8.1 In relation to the Franchisee's employees who are engaged in the Franchisee's Business, the Franchisee shall, at all times during the Term:

- (a) [ensure that all employees are [well-dressed OR dressed in the manner specified [by the Franchisor from time to time OR in the Manual]] and are clean and polite;]
- (b) [not employ [as a manager] any person who has not completed the Franchisor's training course provided under clause 9 and been approved by the Franchisor;]
- (c) not start trading of the Franchisee's Business until all [relevant] employees are trained in accordance with clause 9; and
- (d) employ sufficient number and quality of employees [to fulfil its obligations under this agreement OR as required by the Manual].

9. TRAINING

9.1 The Franchisor shall:

- (a) [within [NUMBER] days of the date of this agreement,] provide[, free of charge,] an initial training programme for the Individual and the Franchisee's employees [and contractors] [specified in [the Manual OR Schedule 6] OR with responsibility for [DETAILS]] in accordance with [the Manual OR Schedule 6]. It shall give the Franchisee notice of which of the Franchisee's employees [and contractors] have, in its reasonable opinion, successfully completed this training; [and]
- (b) [provide further training programmes for the Individual and [[NUMBER] OR such number] of the Franchisee's employees [and contractors] as are
- (c) specified in [the Manual OR Schedule 6] [on the terms set out in [the Manual OR Schedule 6], [at cost OR free of charge] [each calendar year OR when the Franchisee may reasonably require]. This training shall take place at [[ADDRESS] OR a place as [the parties may agree OR the Franchisor shall specify]].

9.2 The Franchisee shall:

- (a) not start the Franchisee's Business until its employees [and contractors] referred to in clause 9.1 have, in the reasonable opinion of the Franchisor, successfully completed the initial training as set out in [the Manual OR Schedule 6];
- (b) not allow any employee [or contractor] to work in the Franchisee's Business until they have, in the reasonable opinion of the Franchisor, successfully completed training as set out in [the Manual OR Schedule 6];
- (c) if any employee [or contractor] does not successfully complete training, ensure that the training is repeated until it has been successfully completed; and
- (d) ensure that all employees [or contractors] attend such further training as the Franchisor may reasonably require. This training shall be charged for by the Franchisor [at cost OR free of charge] and shall take place at [[ADDRESS] OR a place as [the parties may agree OR the Franchisor shall specify]].

10. ANTI-BRIBERY COMPLIANCE

10.1 The Franchisee shall:

- (a) comply with all applicable laws, statutes, regulations[, and codes] relating to anti- bribery and anti-corruption including but not limited to [INSERT RELEVANT RULES] (Relevant Requirements);
- (b) comply with the Franchisor's Ethics, Anti-bribery and Anti-corruption Policies (annexed to this agreement at Schedule 9[INSERT]) and [RELEVANT INDUSTRY CODE ON ANTI-BRIBERY] [annexed to this agreement at Schedule 10[INSERT]], in each case as the Franchisor or the relevant industry body may update them from time to time (Relevant Policies).
- (c) have and shall maintain in place throughout the term of this agreement its own policies and procedures to ensure compliance with the Relevant Requirements and the Relevant Policies, and will enforce them where appropriate;
- (d) promptly report to the Franchisor any request or demand for any undue Financial or other advantage of any kind received by the Franchisee in connection with the performance of this agreement;
- (e) [immediately notify the Franchisor (in writing) if a foreign public official becomes an officer or employee of the Franchisee] or acquires a direct or indirect interest in the Franchisee], and the Franchisee warrants that it has no foreign public officials as [direct or indirect owners,] officers or employees at the date of this agreement;]
- (f) within [INSERT] months of the date of this agreement, and annually thereafter, certify to the Franchisor in writing signed by an officer of the Franchisee, compliance with this clause 10 by the Franchisee and all persons referred to under clause 10.2. The Franchisee shall provide such supporting evidence of compliance as the Franchisor may reasonably request.

10.2 The Franchisee shall ensure that all of its [suppliers,] agents and subcontractors who perform services or provide goods in connection with this agreement do so only on the basis of a written contract which imposes on and secures from such persons terms equivalent to those imposed on the Franchisee in this clause 10 (Relevant Terms). The Franchisee shall be responsible for the observance and performance by such persons of the Relevant Terms, and shall be directly liable to the Franchisor for any breach by such persons of any of the Relevant Terms.

10.3 Breach of this clause 10 shall be deemed a [material breach OR breach of a material clause] under clause 20.1(b).

11. ACCOUNTING RECORDS

11.1 The Franchisee shall:

- (a) [maintain records of all sales and Gross Monthly Receipts and submit to the Franchisor a statement of them on the [NUMBER] date of each month with the Management Fee in the form specified in the Manual;]
- (b) [keep and maintain at the Premises complete and accurate accounts and records relating to the Franchisee's Business in a form [approved by the Franchisor OR specified in the Manual]. [All of these records shall be full, accurate, up to date and sufficient to ascertain the amount of the Management Fee due.] [If required by the Franchisor, the Franchisee shall have them audited by qualified auditors nominated by the Franchisor];]
- (c) [deliver to the Franchisor a copy of the audited accounts of the Franchisee, as filed with the registrar of companies in each year, within one month of that filing and, in any event, within [six] months of the relevant accounting year end;]
- (d) [retain its accounting and Financial records for at least six years after the end of any

accounting year to which those records relate;]

- (e) allow representatives of the Franchisor to enter the Premises and investigate the Franchisee's records and take copies of the Franchisee's accounts and
- (f) records on reasonable notice, during usual business hours during the Term and for a period of [six] years after the termination of this agreement; and
- (g) [supply to the Franchisor any other financial and fiscal information which the Franchisor may reasonably request.]

12. ADVERTISING

12.1 The Franchisor shall:

- (a) promote the Trade Name and Business [in the Territory] [in a manner and at those times as it shall, in its absolute discretion, think fit];
- (b) pay the Advertising Levy (and the advertising levies of the other franchisees of the Business) into a separate bank account [on trust for its franchisees] for use only in meeting the costs of fulfilling its obligations to the Franchisee under clause 12.1 (a) and its corresponding obligations to those other franchisees. It shall supply the Franchisee with an [audited] account of the income and expenditure of that account as at [the anniversary of the [Start Date OR date of this agreement OR [SPECIFY DATE]]]. This [audited] account shall be supplied within [three] months of that date and shall be paid for from this bank account. If, at any time, the cost to the Franchisor of advertising the Business exceeds that amount standing to the credit of this bank account, the excess expenditure can be set off as a first charge against all money subsequently paid into the account by the Franchisee or any other franchisees of the Business; and
- (c) provide the Franchisee with any promotional display literature and other point-of-sale material as it, in its absolute discretion, thinks fit.

12.2 The Franchisee shall:

- (a) promote and advertise the Franchisee's Business in the Territory in accordance with [the manual OR the Franchisor's instructions] [using any materials supplied by the Franchisor] and co-operate with the Franchisor in relation to any special promotion or advertising campaign as the Franchisor may require; and
- (b) apply [not less than [PERCENTAGE]% of the Gross Monthly Receipts OR a minimum of £[AMOUNT]] a year on advertising and promoting the Franchisee's Business in the Territory.

13. INSURANCE

13.1 The Franchisee shall take out and maintain [an] all-risk insurance [policy OR policies] with a reputable insurance company (or companies) with such amount of cover as the Franchisor may, in its absolute discretion, specify [in the Manual]. This policy (or policies) shall include:

- (a) liability for employees and third parties;
- (b) public liability;
- (c) damage to property (for example, Premises and Equipment);
- (d) [professional indemnity cover;]
- (e) loss of profits and interruption of the Franchisee's Business;
- (f) [any other cover which the Franchisor may, in its absolute discretion, specify.]

13.2 The Franchisor's interest shall be noted on the policies of insurance. The Franchisee shall provide the Franchisor with copies of policies and evidence of payment of premiums.

14. TELEPHONES

- 14.1 In the course of the Franchisee's Business, the Franchisee shall use only telephone numbers specified by the Franchisor (Telephone Numbers) and shall not use the Telephone Numbers for any purpose other than the Franchisee's Business.
- 14.2 Payment of all telephone charges are to be met by the Franchisee.
- 14.3 The Franchisee shall immediately discontinue use of the Telephone Numbers on termination of this agreement.
- 14.4 The Franchisee shall use the Telephone Numbers and no others in marketing, advertising and promotional material relating to the Franchisee's Business.

15. PREMISES

- 15.1 The Franchisee shall [comply with the terms, conditions, covenants and undertakings to be observed and performed by the Franchisee under the Lease and, without prejudice to the provisions of the Lease, shall]:
- (a) [equip and keep the Premises [as required by the Franchisor OR in accordance with the Manual OR to the highest standards] and refurbish, redecorate or improve the Premises when and in such manner as is required by the Franchisor;]
 - (b) [provide access to the Premises at all reasonable times, on reasonable notice and during usual business hours during the Term, to allow the Franchisor to inspect the Premises, any vehicles used in, and the inventory and accounts of, the Franchisee's Business, and to check that the Franchisee is complying with its obligations under this agreement;]
 - (c) [keep the Premises clean [and maintain [hygiene and] safety standards [as required by the Franchisor OR as specified in the Manual] and keep fixtures and fittings in working order];]
 - (d) [keep the Premises open during specified hours;]
 - (e) [use only insignia, symbols, brand names, trade names or trade marks at the Premises that are [approved by the Franchisor OR specified in the Manual];]
 - (f) [not alter or convert the Premises without the Franchisor's consent;]
 - (g) [display a sign at the Premises stating that the business is a franchise owned and operated by [the Franchisee].]

16. INTELLECTUAL PROPERTY

- 16.1 [The Franchisor warrants that it is not aware of any reason why it might not be entitled to license the Intellectual Property and why the use of the Intellectual Property by the Franchisee in accordance with the terms of this agreement would constitute an infringement of any third party's intellectual property.]
- 16.2 [[If required by the Franchisor,] the Franchisee shall execute the Trade Mark Licence and arrange for it to be registered at the appropriate trade marks registry.]
- 16.3 [The Franchisee shall, at all times, comply with the terms and conditions of the Trade Mark Licence. If there is any inconsistency between the Trade Mark Licence and this agreement, this agreement shall prevail.]
- 16.4 [The Franchisee acknowledges that:
- (a) it does not have any right, title or interest in the Intellectual Property or any updates or improvements to it, except as specifically set out in this agreement, the Manual and the Trade Mark Licence;
 - (b) any goodwill (and any other rights) in the Trade Marks which result from the use by

the Franchisor of the Trade Marks shall vest in the Franchisor; [and]

- (c) it does not have any right, title or interest in the Website or any updates or improvements to it.]

16.5 [If the Franchisee learns of any threatened or actual infringement of the Intellectual Property, or of any circumstance which suggests that the use of the Intellectual Property may infringe the intellectual property of a third party, it shall immediately inform the Franchisor, giving all details that the Franchisor requests.]

16.6 The Franchisor shall have conduct of any proceedings relating to the Intellectual Property and may take whatever action it, in its sole discretion, decides in respect of any infringement or alleged infringement of it, or arising from its use. The Franchisee shall co-operate with the Franchisor in taking this action and the Franchisor shall meet any reasonable expenses of the Franchisee in doing so.

16.7 The Franchisee shall:

- (a) not apply for registration of any of the Intellectual Property (or any intellectual property that is confusingly similar to the Intellectual Property) in its own name, in any part of the world;
- (b) comply with the Manual and all requests by the Franchisor as to the use of the Intellectual Property and the ™, O and ® symbols in relation to the Intellectual Property;
- (c) give assistance to enable the Franchisor to register its Trade Marks;
- (d) not license (or purport to license) any other person to use any of the Intellectual Property;
- (e) not use the Intellectual Property other than as specifically permitted by this agreement[, the Trade Mark Licence (once it comes into effect)] and the Manual;
- (f) not use any intellectual property that is confusingly similar to the Intellectual Property;
- (g) not do anything that may adversely affect the Intellectual Property or the Franchisor's right or title to it; and
- (h) immediately stop using any advertising or promotional material or packaging on receipt of a request by the Franchisor to do so.

16.8 The Franchisee acknowledges and agrees that all Intellectual Property in the Manual is, and shall remain, the exclusive property of the Franchisor. The Franchisee shall hold the Manual in safe custody at its own risk and ensure that it is maintained and kept in good condition by the Franchisee until returned to the Franchisor [or destroyed at the option of the Franchisor] in accordance with clause 21.3.

17. SALE OF BUSINESS

17.1 The Franchisee shall not sell, transfer or otherwise dispose of part or all of the Franchisee's Business to a third-party purchaser (or purchasers), unless it has first served notice on the Franchisor of its intention and offered to sell the Franchisee's Business to the Franchisor for [the same amount and on the same terms as [the best OR any] bona fide offer from those third parties [as it thinks fit] OR the market value of the assets of the Franchisee's Business OR [ALTERNATIVE METHOD OF VALUATION]]. If the parties are unable to agree such market value within [NUMBER] days after the service of such notice, then the matter shall be referred to an Expert for determination in accordance with clause 37.

17.2 Where the Franchisee has a bona fide offer from a third-party purchaser (or purchasers), it shall submit to the Franchisor copies of [any OR all] proposed purchaser's written offer[s], together with any additional information as to the offer and the proposed purchaser[s] as the Franchisor may, in its absolute discretion, require.

17.3 If the Franchisor gives notice of acceptance of the offer referred to in clause 17.1 within [28] days of the notice of offer, the Franchisee shall sell, and the Franchisor shall buy, the Franchisee's Business

on such terms and the sale and purchase shall be completed within [NUMBER] days of receipt of the acceptance of the offer, or, if later, immediately following ascertainment of the purchase price in accordance with clause 17.1, or such later date as the parties shall agree.

- 17.4 The Individual shall not [and shall procure that the members of his family who are shareholders in the Franchisee shall not], at any time during the Term, sell, transfer or otherwise dispose of any shares in the Franchisee, and shall procure that the Franchisee shall not issue any new shares other than to the existing shareholders in proportion to their existing share holdings, unless:
- (a) the Individual has first served notice on the Franchisor of its intention and offered to sell all of his shares to the Franchisor, and procures that the members of his family who are shareholders in the Franchisee offer all of their shares in the Franchisee; or
 - (b) the Franchisee has first served notice on the Franchisor of its intention and first offered all such new shares to the Franchisor, for [the same amount and on the same terms as any bona fide offer from a third-party purchaser (or purchasers) OR [ALTERNATIVE METHOD OF VALUATION]].
- 17.5 If the Franchisor gives notice of acceptance of the offer referred to in clause 17.4 within [28] days of receipt of the notice of offer, the Individual or the Franchisee (as may be) shall sell, and the Franchisor shall buy, such shares on such terms and the sale and purchase shall be completed within [NUMBER] days of the receipt of the acceptance of the offer, or, if later, immediately following ascertainment of the purchase price in accordance with clause 17.4 or such later date as those parties shall agree.
- 17.6 If the Franchisor does not give notice of acceptance of an offer to sell the Franchisee's Business or the shares within [28] days of receipt of the notice of offer, the offer shall expire and the Franchisee or the Individual (as may be) shall be free, within [NUMBER] months of that expiry, to sell, transfer, issue or otherwise dispose of part or all of the Franchisee's Business or shares in the Franchisee to any [single] third party, subject to the prior written consent of the Franchisor (such consent not to be unreasonable withheld, conditioned or delayed) if the following conditions have been complied with:
- (a) the Franchisee has [substantially] complied with all the terms and conditions of the agreement;
 - (b) there are no subsisting breaches of the agreement;
 - (c) the purchaser meets the Franchisor's minimum standards with respect to previous business experience and financial standing and satisfies any current recruitment criteria;
 - (d) payment of the Franchisor's costs of investigation and training is made by the Franchisee, whether or not the sale goes ahead;
 - (e) all moneys due to the Franchisor have been paid;
 - (f) [the proposed purchaser undertakes [and passes] initial training; and]
 - (g) the proposed buyer has entered into a new franchise agreement with the Franchisor on its then current terms and conditions [for a period of not less than the outstanding Term of this agreement], except that the proposed buyer shall not be obliged to pay a sum that is equivalent to the Initial Fee and the Franchisor shall not be required to perform any obligations that are equivalent to those set out in clause 5 [and [CLAUSE NUMBERS]], for which the Franchisor will be paid at its then current rates by the buyer.
- 17.7 If the Franchisor consents to the sale of such shares or the Franchisee's Business in accordance with clause 17.6, [the Franchisor is appointed by the Franchisee and the Individual, and may act for them as non-exclusive agent for the sale of the Franchisee's Business or shares in the Franchisee respectively and OR the Franchisee or the Individual (as may be)] shall procure that the proposed purchaser pays the full purchase price to the Franchisor as agent for the Franchisee (or Individual, as may be). The Franchisor may deduct from it any sums which are, or may become, payable by the

Franchisee or the proposed buyer to the Franchisor [and a reasonable fee and its expenses for this service]. The balance shall be remitted to the Franchisee (or Individual, as may be).

18. CONFIDENTIALITY

18.1 The Franchisee and the Individual undertake that they shall not [at any time OR at any time during this agreement, and for a period of [NUMBER] years after termination of this agreement,] copy, use or disclose to any person any Confidential Information, except as permitted by this agreement.

18.2 The Franchisee and Individual may disclose Confidential Information:

- (a) to the employees, officers, representatives or advisers of the Franchisee who need to know that information for the purposes of carrying out its obligations under this agreement. The Franchisee and Individual shall ensure that the employees, officers, representatives or advisers of the Franchisee to whom the Confidential Information is disclosed comply with this clause 18; and
- (b) as may be required by law, court order or any governmental or regulatory authority.

18.3 No party shall use the Confidential Information for any purpose other than to perform its obligations under this agreement.

19. [DEATH OR INCAPACITY OF INDIVIDUAL

19.1 If the Individual dies during the Term, his personal representatives shall, within [three months], inform the Franchisor of his death, and offer to sell the individual's shares to the Franchisor. In these circumstances, the terms of clause 17.4, clause 17.5, clause 17.6 and clause 17.7 shall apply as if references in them to the Individual were to the individual's personal representatives and the third-party purchaser were either the beneficiary or beneficiaries of the shares in the individual's will, or under the rules on intestacy, or, if these beneficiaries do not want to become the registered holder of these shares, any other third party specified in the notice by the personal representatives.

19.2 In the event of the death of the Individual or if the Individual is, in the reasonable opinion of the Franchisor, unable to a material degree to operate the Franchisee's Business to the standard required by the Manual [for a period in excess of [two] consecutive months or [NUMBER] days in any [NUMBER]-day period], the Franchisor may appoint a manager of the Franchisee's Business who shall have full powers to operate the Franchisee's Business and to take all steps to ensure that the Franchisee complies with the terms of this agreement at the expense of the Franchisee.]

20. TERMINATION

20.1 The Franchisor may terminate this agreement with immediate effect (or following any notice period as it sees fit) without prejudice to any of its rights or remedies, by giving [written] notice to the Franchisee and the Individual if:

- (a) the Franchisee [or Individual] fails to pay any amount due under this agreement on the due date for payment and remains in default not less than [seven] days after being notified in writing to make such payment;
- (b) the Franchisee [or Individual] commits a material breach of any term of this agreement [(other than failure to pay any amounts due under this agreement)] and, if such breach is remediable, fails to remedy it within a period of [14] days after being notified in writing to do so;
- (c) the Individual or the Franchisee's employees [or contractors of the Franchisee] fail to successfully complete the initial training referred to in clause 9;
- (d) the Franchisee does not start trading by the Start Date;
- (e) the Franchisee [or Individual] repeatedly breaches any of the terms of this agreement in such a manner as to reasonably justify the opinion that its [or his] conduct is

inconsistent with having the intention or ability to give effect to the terms of this agreement;

- (f) the Franchisee [or Individual] gives to the Franchisor any false or misleading information, or makes any misrepresentation in connection with obtaining this agreement or during the Term, in connection with the Franchisee's Business;
- (g) persistent, valid complaints continue to be made to the Franchisor about the quality of the service provided by the Franchisee and the Franchisee, having received notice of these complaints, fails to improve the service [to the reasonable satisfaction of the Franchisor];
- (h) the Lease or the Trade Mark Licence are terminated;
- (i) the Franchisee or the Individual, in the [reasonable] opinion of the Franchisor, does, or permits to be done, any act which might jeopardise or invalidate the registration of the Trade Marks or does any act which might assist, or give rise to, an application to remove the Trade Marks, or which might prejudice the right or title of the Franchisor to the Trade Marks;
- (j) the Franchisee or the Individual purports to assign any of the rights or licences granted under this agreement [other than in accordance with the terms of this agreement];
- (k) the Franchisee fails to obtain any written approval or consent of the Franchisor as expressly required by this agreement;
- (l) the Franchisee [or Individual] suspends, or threatens to suspend, payment of its debts or is[, or is deemed to be, insolvent (in the case of the Franchisee), bankrupt (in the case of the Individual), unable to pay its [or their] debts as they fall due for payment, or admits inability to pay its [or their] debts OR deemed unable to pay its debts (in the case of the Franchisee)];
- (m) the Franchisee [or Individual] commences negotiations with all or any class of its [or their] creditors with a view to rescheduling any of its [or their] debts, or enters into any composition or arrangement with its [or their] creditors generally;
- (n) an order is made, a resolution is passed, or a notice is issued convening a meeting for the purpose of passing a resolution, or any analogous proceedings are taken, for the winding-up, administration or dissolution of Franchisee [(other than a members' voluntary liquidation solely for the purpose of solvent amalgamation, reconstruction, reorganisation, dissolution, merger or consolidation)];
- (o) the Individual is the subject of a bankruptcy petition or order;
- (p) any liquidator, trustee in bankruptcy, receiver, administrative receiver, administrator or similar officer is appointed over, or in respect of, the Franchisee [or Individual] or any part of its [or their] business or assets;
- (q) a creditor or encumbrancer of the Franchisee [or the Individual] attaches or takes possession of, or a distress, execution, sequestration or other similar process is levied or enforced on or sued against, the whole or any part of its [or their] assets and that attachment or process is not discharged within [14] days;
- (r) any event occurs, or proceeding is taken, with respect to the other party in any jurisdiction to which it is subject that has an effect equivalent or similar to any of the events mentioned in clause 20.1(1) to clause 20.1 (q) (inclusive);
- (s) the Franchisee suspends or ceases, or threatens to suspend or cease, to carry on all or a substantial part of the Franchisee's Business;
- (t) [subject to clause 19,] the Individual dies or, by reason of illness or incapacity (whether

mental or physical), is incapable of managing his own affairs;

- (u) [there is a change of Control of the Franchisee; or]
- (v) [the Individual is convicted of a [serious] criminal offence.]

20.2 The parties acknowledge and agree that any breach of clause 2.2, clause 7, clause 15, clause 16, clause 17, clause 18 or [OTHER CLAUSE NUMBERS] shall constitute a breach of a material term for the purposes of this clause.

21. CONSEQUENCES OF TERMINATION

21.1 On termination [or expiry] of this agreement for any reason:

- (a) Clause 16, clause 18, clause 21, clause 22, clause 23, clause 25, clause 26, clause 27, clause 29, clause 32, clause 33, clause 37, clause 38, clause 39, clause 41, and [OTHER NUMBER(S)] shall continue in force indefinitely; and]
- (b) [[clause[s] [NUMBER(S)] shall continue in force for a period of [PERIOD] and] subject to this clause 21, the parties shall have no further obligations under this agreement.]

21.2 Any termination [or expiry] of this agreement shall not affect any rights or liabilities that have accrued before termination.

21.3 On termination [or expiry] of this agreement for any reason, the Franchisee and the Individual shall:

- (a) immediately pay the Franchisor the full amount of all sums due from the Franchisee to the Franchisor [together with any interest payable in accordance with clause 33];
- (b) cease to operate the Franchisee's Business and System and to trade under any of the Trade Marks, and not hold the Franchisee out as a franchisee of the Franchisor or do anything that may indicate any relationship between them and the Franchisor [other than selling Products for which the Franchisee has already paid and which, at the date of termination, the Franchisee had contracted to provide to a third party];
- (c) [not make or receive telephone calls in connection with the Business;]
- (d) immediately stop using the Intellectual Property, including the Trade Marks [and take all steps as the Franchisor may reasonably require to remove the name of the Franchisee as licensee at the UK Trade Marks Registry [and all other applicable trade marks registries in other jurisdictions]];]
- (e) pass all enquiries and full details of potential customers to the Franchisor;
- (f) give all customer lists and full details of contracts with customers to the Franchisor;
- (g) cease to use the Financial Package and other software supplied to the Franchisee by the Franchisor, and return, or at the Franchisor's option destroy,] (without copying) all elements of it, including all software, hardware and documentation relating to it;
- (h) [return [or at the option of the Franchisor, destroy,] all copies of the Manual, Stationery and other Products or materials bearing the Trade Marks [subject to the payment by the Franchisor to the Franchisee of the [written-down] cost of these items];]
- (i) pay all debts owing to creditors of the Franchisee's Business;
- (j) cease to use the Telephone Numbers and not make or receive any telephone calls, faxes or e-mails in connection with the Business, and take all steps that the Franchisor requires to transfer all listings of the Telephone Numbers in any directory to the Franchisor or as it may direct; and
- (k) assign to the Franchisor all domain name registrations and rights in website content owned or used by the Franchisee in the Franchisee's Business.

- 21.4 [On termination [or expiry] of this agreement for any reason, the Franchisor may, at its option, repurchase any plant, equipment, fixtures and fittings used by the Franchisee [exclusively] for the purpose of the Franchisee's Business [at the Premises], including the Equipment, at such price as the Franchisor reasonably considers to be its current market value. The Franchisee shall, at its expense, arrange all insurance and transport of this plant and equipment in accordance with the Franchisor's reasonable instructions. If the Franchisor does not exercise its option, the Franchisee shall be free to sell these items as it chooses.]
- 21.5 [On termination [or expiry] of this agreement for any reason, the Franchisee must return (at its expense and in good working order and condition) all items of equipment held on loan or hire from the Franchisor under the terms of this agreement. Until they have been returned or repossessed, the Franchisee shall be solely responsible for the safe keeping, supervision, custody and insurance of them.]
- 21.6 [If the Franchisee fails to fulfil its obligations under this clause 21 within a reasonable time, the Franchisor may, at the expense of the Franchisee, immediately and without notice, enter onto the Franchisee's premises and take any steps as it thinks fit to fulfil any outstanding obligations.]

22. RESTRICTIONS

- 22.1 In order to protect the [Confidential Information,] trade secrets and business connections of the Franchisor [and the Franchisor's other franchisees], the Franchisee and the Individual agree with the Franchisor that they shall not:
- (a) during the Term or for [NUMBER] months after termination or expiry of this agreement, solicit or endeavour to entice away from the Franchisor [or any other franchisee of the Franchisor] the business or custom of a Restricted Customer with a view to providing goods or services to that Restricted Customer in competition with any Restricted Business;
 - (b) during the Term or for [NUMBER] months after termination or expiry of this agreement, in the course of any business concern which is in competition with [or similar to] [the Business [or any business of the Franchisor [or any other franchisee of the Franchisor]] OR any Restricted Business], offer to employ or engage, or otherwise endeavour to entice away, any employee of the Franchisor [or any other franchisee of the Franchisor] [who is at the level of [POSITION] or above OR who could materially damage the interests of the Franchisor [or any other franchisee of the Franchisor]], and with whom the Franchisee or the Individual dealt in the [NUMBER] months before termination of this agreement;
 - (c) during the Term, or for [NUMBER] months after termination or expiry of this agreement, be involved as agent, consultant, director, employee, owner, partner or shareholder with any business concern which is (or intends to be) in competition with any Restricted Business [in the Territory];
 - (d) during the Term, or for [NUMBER] months after termination of this agreement, be involved with the provision of goods or services to (or otherwise have any business dealings with) any Restricted Customer in the course of any business concern which is in competition with any Restricted Business; or
 - (e) at any time after termination of this agreement, represent himself as connected, in any way, with the Franchisor.
- 22.2 None of the restrictions in clause 21.1 shall prevent the Franchisee or Individual from:
- (a) holding an investment by way of shares or other securities of not more than [5]% of the total issued share capital of any company, whether or not it is listed or dealt in on a recognised stock exchange;
 - (b) being engaged or concerned in any business concern as long as their duties or work relate

solely to geographical areas where the business concern is not in competition with any Restricted Business; [or]

- (c) [being engaged or concerned in any business concern, provided that their duties or work relate solely to services or activities of a kind with which they were not concerned to a material extent in the [NUMBER] months before termination of this agreement.]

22.3 The restrictions imposed on the Franchisee and the Individual by this clause 22 apply to them acting:

- (a) directly or indirectly; and
- (b) on their own behalf or on behalf of, or in conjunction with, any firm, company or person.

22.4 Each of the restrictions in this clause 22 is intended to be separate and severable. If any of the restrictions are held to be void, but would be valid if part of their wording were deleted, that restriction shall apply with such deletion as may be necessary to make it valid or effective.

23. INDIVIDUAL'S GUARANTEE AND COVENANTS

23.1 [In consideration of the Franchisor entering into this agreement, the Individual hereby unconditionally and irrevocably guarantees to the Franchisor the due and punctual performance and observance by the Franchisee of its obligations under this agreement.]

23.2 If the Franchisee fails for any reason whatsoever to perform or observe its obligations under this agreement punctually and duly, the Individual will cause that performance or observance to occur, as if the Individual instead of the Franchisee were expressed to be primarily responsible for the performance or observance of those obligations (but without affecting the Franchisee's obligations).

23.3 During the Term, the Individual shall:

- (a) procure that the Franchisee performs all its obligations under this agreement;
- (b) devote his full-time attention and effort to the Franchisee's Business;
- (c) be a director of the Franchisee; and
- (d) hold, in his own name, more than [50%] of the issued voting capital of the Franchisee.

23.4 The Individual may not assign or transfer any of his rights or obligations under this agreement.

24. ENTIRE AGREEMENT

24.1 This agreement constitutes the whole agreement between the parties and supersedes all previous agreements between the parties relating to its subject matter.

24.2 Each party acknowledges that, in entering into this agreement, it has not relied on, and shall have no right or remedy in respect of, any statement, representation, assurance or warranty (whether made negligently or innocently) other than as expressly set out in this agreement.

24.3 Nothing in this clause shall limit or exclude any liability for fraud.

25. FURTHER ASSURANCE

25.1 The Franchisee and Individual shall each (and shall use all reasonable endeavours to procure that any necessary third party shall) (at their own expense) promptly execute and deliver all such documents, and perform such acts, as the Franchisor may from time to time reasonably require for the purpose of giving full effect to this agreement.

26. INDEMNITY

26.1 The Franchisee shall indemnify the Franchisor against any loss, cost or expense incurred by the Franchisor arising from any act, neglect or default of the Franchisee, its agents, employees, licensees or customers.

27. DATA PROTECTION

- 27.1 [The Franchisee agrees that it shall, in relation to personal data processed in connection with this agreement (Franchise Data):
- (a) process the Franchise Data in accordance with Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (Data Protection Directive), and any other applicable data protection legislation;
 - (b) process the Franchise Data only so far as is necessary for the purpose of performing its obligations under this agreement;
 - (c) not disclose Franchise Data or allow access to it other than by employees or third parties engaged by the Franchisee to perform the obligations imposed on the Franchisee by this agreement, and ensure that these employees or third parties are subject to written contractual obligations concerning the Franchise Data which are no less onerous than those imposed on the Franchisee by this agreement;
 - (d) [use all reasonable efforts to] assist the Franchisor to comply with any obligations as are imposed on the Franchisor by the Data Protection Directive;
 - (e) maintain technical and organisational security measures sufficient to comply at least with the obligations imposed on the Franchisor by the Data Protection Directive.]
- 27.2 The Franchisee agrees to provide the Franchisor with contact details of [the Franchisee or] at least one employee for the Franchisor to provide in relation to enquiries about the Franchisee and to display on the Franchisor's website.
- 27.3 The Franchisee shall indemnify the Franchisor against all claims and proceedings and all liability, loss, costs and expenses incurred by the Franchisor as a result of any claim made or brought by an individual or other legal person in respect of any loss, damage or distress caused to them as a result of the Franchisee's unauthorised processing, unlawful processing, destruction of and/or damage to any Franchise Data processed by the Franchisee, its employees or agents.
- 27.4 In this clause, personal data and processing shall have the same meanings as set out in the Data Protection Directive, and process shall be construed accordingly.

28. ASSIGNMENT

- 28.1 This agreement is personal to the Franchisee and the Individual, who, subject to clause 17 and clause 9, may not, without the prior written consent of the Franchisor [(such consent not to be unreasonably conditioned, withheld or delayed)], assign, transfer, mortgage, charge[, declare a trust of], subcontract, delegate or deal in any other manner with:
- (a) this agreement or any of their rights and obligations under it [(or any document referred to in it)]; or
 - (b) the Franchisee's Business,
- or purport to do any of the same.
- 28.2 The Franchisor may, at any time, assign (absolutely or by way of security and in whole or in part), transfer, mortgage, charge or deal in any other manner with the benefit of any or all of any other party's obligations or any benefit arising under this agreement.
- 28.3 [If there is an assignment pursuant to clause 28.2:
- (a) the Franchisee and Individual may discharge their obligations under this agreement to the Franchisor until they receive written notice of the assignment;
 - (b) the assignee may enforce this agreement as if it were a party to it, but the Franchisor shall remain Liable for its obligations under this agreement;

- (c) the liability of the Franchisee and Individual to any assignee cannot be greater than their liability to the Franchisor;
- (d) [[notwithstanding clause 20, the Franchisor may disclose to a proposed assignee any information in its possession that relates to this agreement or its subject matter, the negotiations relating to it and the other party which is [reasonably] necessary to disclose for the purposes of the proposed assignment; and]
- (e) [any disclosure pursuant to clause 28.3(d) shall only be made after notice of the identity of the proposed assignee has been given to the Franchisee and Individual.]]

28.4 Each party to this agreement is acting on its own behalf and not for the benefit of another person.

29. THIRD PARTY RIGHTS

29.1 No person other than a party to this agreement shall have any rights to enforce any term of this agreement [except where such rights are expressly granted by clause 28].

30. NO PARTNERSHIP OR AGENCY

30.1 Nothing in this agreement is intended to, or shall be deemed to, establish any partnership or joint venture between any of the parties, constitute the Franchisee the agent of the Franchisor, nor authorise the Franchisee to make or enter into any commitments for and on behalf of the Franchisor [except as expressly provided in clause[s] [NUMBER(S)]].

31. FORCE MAJEURE

31.1 Provided that it has complied with the provisions of clause 31.3, a party shall not be in breach of this agreement, nor liable for any failure or delay in performance of any obligations under this agreement [(and, subject to clause 31.4, the time for performance of the obligations shall be extended accordingly)] arising from or attributable to acts, events, omissions or accidents beyond its reasonable control (Force Majeure Event), including but not limited to any of the following:

- (a) Acts of God, including but not limited to fire, flood, earthquake, windstorm or other natural disaster;
- (b) war, threat of or preparation for war, armed conflict, imposition of sanctions, embargo, breaking off of diplomatic relations or similar actions;
- (c) terrorist attack, civil war, civil commotion or riots;
- (d) nuclear, chemical or biological contamination or sonic boom;
- (e) [voluntary or mandatory] compliance with any law [(including a failure to grant any licence or consent needed or any change in the law or interpretation of the law)];
- (f) explosion or accidental damage;
- (g) loss at sea;
- (h) [extreme] adverse weather conditions;
- (i) collapse of building structures, failure of plant machinery, machinery, computers or vehicles;
- (j) [any labour dispute, including but not limited to, strikes, industrial action or lockouts;]
- (k) [non-performance by suppliers or subcontractors [(other than by companies in the same group as the party seeking to rely on this clause)]; and]
- (l) interruption or failure of utility service, including but not limited to electric power, gas or water.

31.2 [The corresponding obligations of the other parties will be suspended to the same extent as those of the party first affected by the Force Majeure Event.]

31.3 [Any party that is subject to a Force Majeure Event shall not be in breach of this agreement provided that:

(a) it promptly notifies the other parties in writing of the nature and extent of the Force Majeure Event causing its failure or delay in performance;

(b) [it could not have avoided the effect of the Force Majeure Event by taking precautions which, having regard to all the matters known to it before the Force Majeure Event, it ought reasonably to have taken, but did not; and]

(c) [it has used all [reasonable] endeavours to mitigate the effect of the Force Majeure Event to carry out its obligations under this agreement in any way that is reasonably practicable and to resume the performance of its obligations as soon as reasonably possible.]]

31.4 If the Force Majeure Event prevails for a continuous period of more than [six] months, any party may terminate this agreement by giving [14 days'] written notice to all the other parties. On the expiry of this notice period, this agreement will terminate. Termination shall be without prejudice to the rights of the parties in respect of any breach of this agreement occurring before termination.

32. SET-OFF

32.1 All amounts due under this agreement from the Franchisee to the Franchisor shall be paid in full without any deduction or withholding other than as required by law. The Franchisee shall not be entitled to assert any credit, set-off or counterclaim against the Franchisor in order to justify withholding payment of any amount in whole or in part

32.2 The Franchisor may, at any time or times [, without notice to the Franchisee], set off any liability of the Franchisee to the Franchisor against any liability of the Franchisor to the Franchisee, in either case, whether under this agreement or otherwise and whether any liability is present or future, liquidated or unliquidated. Any exercise by the Franchisor of its rights under this clause shall be without prejudice to any other rights or remedies available to it under this agreement or otherwise.

33. DEFAULT INTEREST

33.1 If the Franchisee fails to pay any amount payable by it under this agreement, the Franchisor may charge the Franchisee interest on the overdue amount. The Franchisee shall pay the interest immediately on demand, from the due date up to the date of actual payment, after as well as before judgment, at the rate of [PERCENTAGE] % per annum above the base rate for the time being of [NAME OF BANK]. This interest shall accrue on a daily basis and be compounded quarterly.

34. SEVERANCE

34.1 If any court or competent authority finds that any provision of this agreement (or part of any provision) is invalid, unenforceable or illegal, that provision or part-provision shall, to the extent required, be deemed to be deleted, and the validity and enforceability of the other provisions of this agreement shall not be affected [unless, in the reasonable opinion of the Franchisor, the purpose of this agreement is frustrated as a result].

34.2 If any invalid, unenforceable or illegal provision would be valid, enforceable and legal if some part of it were deleted, the provision shall apply with the minimum modification necessary [in the reasonable opinion of the Franchisor] to make it legal, valid and enforceable and, to the greatest extent possible, to give effect to the commercial intention of the parties.

34.3 [The parties agree, in the circumstances referred to in clause 34.1 [and if clause 34.2 does not apply], to attempt to substitute for any invalid or unenforceable provision with a valid and enforceable provision which achieves, to the greatest extent possible, the same effect as would have been achieved by the invalid or unenforceable provision. [The obligations of the parties under any invalid or unenforceable provision of this agreement shall be suspended while an attempt at this substitution is made.]]

35. VARIATION

35.1 No variation of this agreement [or of any document referred to in it] shall be effective unless it is in writing and signed by the parties (or their authorised representatives).

36. WAIVER

36.1 No failure or delay by a party to exercise any right or remedy provided under this agreement or by law shall constitute a waiver of that or any other right or remedy, nor shall it preclude or restrict the further exercise of that or any other right or remedy. No single or partial exercise of such right or remedy shall preclude or restrict the further exercise of that or any other right or remedy.

37. EXPERT

37.1 The parties shall agree on the appointment of an independent Expert.

37.2 If the parties are unable to agree on an Expert within seven days of either party serving details of a suggested expert on the other, either party shall then be entitled to request [NAME OF BODY ENTITLED TO MAKE NOMINATION] to appoint an expert [PROFESSIONAL QUALIFICATION] [with experience in the valuation of franchises] as Expert.

37.3 The Expert is required to prepare a written decision and give notice (including a copy) of the decision to the parties within a maximum of three months of the matter being referred to the Expert.

37.4 If the Expert dies, becomes unwilling or incapable of acting, or does not deliver the decision within the time required by this clause, then:

- (a) either party may apply to the [NAME OF BODY ENTITLED TO MAKE NOMINATION] to discharge the Expert and to appoint a replacement Expert with the required expertise; and
- (b) this clause applies in relation to the new Expert as if he were the first Expert appointed.

37.5 The parties are entitled to make [written OR both written and oral] submissions to the Expert and will provide (or procure that others provide) the Expert with any assistance and documents as he reasonably requires for the purpose of reaching a decision.

37.6 To the extent not provided for by this clause, the Expert may, in his reasonable discretion, determine any other procedures to assist with the conduct of the determination as he considers just or appropriate [, including instructing professional advisers to assist him in reaching his determination].

37.7 Each party shall, with reasonable promptness, supply each other with all information and give each other access to all documentation and personnel as the other party reasonably requires to make a submission under this clause.

37.8 The Expert shall act as an expert and not as an arbitrator. The Expert shall determine the matter referred to him [which may include any issue involving the interpretation of any provision of this agreement, his jurisdiction to determine the matters and issues referred to him or his terms of reference]. The Expert's written decision on the matters referred to him shall be final and binding in the absence of manifest error or fraud.

37.9 Each party shall bear its own costs in relation to the reference to the Expert. The Expert's fees and any costs properly incurred by him in arriving at his determination (including any fees and costs of any advisers appointed by the Expert) shall be borne by the parties [equally OR in any other proportions as the Expert shall direct].

38. GOVERNING LAW AND JURISDICTION

38.1 This agreement, and any dispute or claim arising out of or in connection with it or its subject matter or formation (including non-contractual disputes or claims), shall be governed by and construed in accordance with the law of England and Wales.

38.2 The parties irrevocably agree that the courts of England and Wales shall have exclusive jurisdiction to settle any dispute or claim that arises out of, or in connection with, this agreement or its subject matter or formation (including non-contractual disputes or claims).

39. ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

- 39.1 If any dispute arises in connection with this agreement, the parties shall attempt to settle it by mediation in accordance with the CEDR Model Mediation Procedure. Unless otherwise agreed between the parties, the mediator shall be nominated by CEDR. To initiate the mediation, a party shall give notice in writing (ADR notice) to the other part[y][ies] to the dispute requesting a mediation. A copy of the request should be sent to CEDR.
- 39.2 The mediation shall start not later than [NUMBER] days after the date of the ADR notice. [The commencement of a mediation shall not prevent the parties commencing or continuing [court proceedings OR an arbitration].]

40. COUNTERPARTS

- 40.1 This agreement may be executed in any number of counterparts, each of which when executed and delivered shall constitute an original of this agreement, but all the counterparts shall together constitute the same agreement. No counterpart shall be effective until each party has executed at least one counterpart.

41. NOTICES

- 41.1 Any notice [or other communication] required to be given under this agreement, shall be in writing and shall be delivered personally, or sent by pre-paid first-class post or recorded delivery or by commercial courier, to each party required to receive the notice [or other communication] at its address as set out below:

- (a) Franchisor: [CONTACT], [ADDRESS];
- (b) Franchisee: [CONTACT], [ADDRESS];
- (c) Individual: [CONTACT], [ADDRESS],

or as otherwise specified by the relevant party by notice in writing to each other party.

- 41.2 Any notice [or other communication] shall be deemed to have been duly received:

- (a) if delivered personally, when left at the address and for the contact referred to in this clause;
- (b) if sent by pre-paid first-class post or recorded delivery, at [9.00 am] on the [second] Business Day after posting; or
- (c) if delivered by commercial courier, on the date and at the time that the courier's delivery receipt is signed.

- 41.3 A notice [or other communication] required to be given under this agreement shall not be validly given if sent by e-mail.

- 41.4 The provisions of this clause shall not apply to the service of any proceedings or other documents in any legal action.

This agreement has been entered into on the date stated at the beginning of it.

Signed by [NAME OF DIRECTOR] for and on behalf of [NAME OF FRANCHISOR]

Signed by [NAME OF DIRECTOR] for and on behalf of [NAME OF FRANCHISEE]

Signed by [NAME OF INDIVIDUAL]

[ADD SCHEDULES RELATING TO TERRITORY, THE TRADE MARKS, PRODUCTS AND SERVICES, START-UP PACKAGE, PREMISES, TRAINING, PUBLIC RELATIONS LAUNCH, LICENCE TERMS FOR FINANCIAL PACKAGE, FRANCHISOR'S ETHICS AND AN ANNEX CONTAINING THE PREMISES AND/OR MACHINERY LEASE AGREEMENT]

2. CONTRATO DE MÁSTER FRANQUICIA INTERNACIONAL²⁰⁰⁸

INTERNATIONAL MASTER FRANCHISE AGREEMENT

THIS AGREEMENT is dated [DATE]

PARTIES

- (1) [COMPANY NAME] incorporated and registered in [COUNTRY OF INCORPORATION] with company number [NUMBER] whose registered office is at [REGISTERED OFFICE ADDRESS] (Franchisor).
- (2) [COMPANY NAME] incorporated and registered in [COUNTRY OF INCORPORATION] with company number [NUMBER] whose registered office is at [REGISTERED OFFICE ADDRESS] (Master Franchisee company)
- [(3) [NAME OF THE OWNER OR MAIN SHAREHOLDER OF THE FRANCHISEE COMPANY] of [ADDRESS] and passport number [NUMBER]].

BACKGROUND

- (A) As a result of extensive research and practical business experience, the Franchisor has developed the Business that is carried on under the Trade Name.
- (B) The Franchisor has built up a substantial reputation and goodwill in the Trade Name that is associated with the highest standards of service. The Franchisor is the exclusive owner of all rights in the Trade Name.
- (C) The Franchisor has developed specialised Products and specialised Services to be used in the Business. [The Franchisor's current range of Products and Services is listed in the Manual.]
- (D) The Franchisor is the owner of the Intellectual Property rights in the System.
- (E) The Franchisor [has applied to register OR has registered] the Trade Marks which are associated with the Products and/or Services.
- (F) The Master Franchisee wishes to acquire from the Franchisor the right and franchise to operate the Business in accordance with the terms of this agreement.

AGREED TERMS

1. INTERPRETATION

- 1.1 The definitions and rules of interpretation in this clause apply in this agreement.

Advertising Levy: [PERCENTAGE]% of the Gross Monthly Receipts payable by the Master Franchisee to the Franchisor in accordance with clause 3.2.

²⁰⁰⁸ Respecto a este contrato únicamente se añadirán las cláusulas que difieren de las de un contrato de franquicia directa. Adaptación del modelo disponible en "International master franchise agreement: Drafting note", *UK Practical Law Online*, ref. n. 4-102-2141.

Business: the business of [DETAILS OF BUSINESS], carried on using the System

Business Day: a day other than a Saturday, Sunday or public holiday in [the Territory] when banks in [CITY] are open for business.

Confidential Information: any information Which is disclosed to the Master Franchisee by the Franchisor pursuant to, or in connection With, this agreement (whether orally or in writing and whether or not this information is expressly stated to be confidential) or shall otherwise come into the hands of the Master Franchisee in relation to the Business, the Franchisee's Business, the System, the Services or the Products other than information which is already in the public domain (otherwise than as a result of a breach of any obligation of confidentiality).

Currency: [DETAILS]

Expert: a person appointed in accordance with clause 36.

Franchise: an Outlet operated by a Franchisee or the Master Franchisee's wholly-owned subsidiary in accordance with the terms of a Franchise Agreement.

Franchise Agreement: the Agreement annexed to this agreement, or such other agreements as the Franchisor may, from time to time, authorise for use by the Master Franchisee within the Territory.

Franchisee: any person granted a Franchise by the Master Franchisee in accordance with the terms of this agreement

Financial Package: [FINANCIAL PACKAGE].

Franchisee's Business: the Business as carried on by the Franchisee under this agreement [from the Premises OR within the Territory].

Gross Monthly Receipts: the amounts received by the Master Franchisee from Franchisees for the payment of the Management Fee and the payment of the Advertising levy, as those terms are defined in this agreement or the Franchise Agreement.

Intellectual Property: patents, rights to inventions, copyright and related rights, trade marks, trade names and domain names, rights in get-up, rights in goodwill or to sue for passing off, rights in designs, rights in computer software, database rights, rights in confidential information (including knowhow and trade secrets) and any other intellectual property rights, in each case whether registered or unregistered and including all applications (or rights to apply) for, and renewals or extensions of, these rights and all similar or equivalent rights or forms of protection which may, now or in the future, subsist in any part of the world relating to the Products, Services, Business and the system, owned by the Franchisor [and acquired by the Franchisor from time to time].

Management Fee: [PERCENTAGE] % of the Gross Monthly Receipts.

Manual: the Franchisor's operating manual setting out the way in which the Master Franchisee and the Franchisees shall operate the Business as amended from time to time.

Master Franchisee's Business: the Business as carried on by the Master Franchisee under this agreement.

Outlet: a site from which a Franchise is operated.

Payment Date: the [NUMBER] day of each month.

Premises: [DETAILS].

Products: [DETAILS].

Services: [DETAILS].

Stationery: [DETAILS].

System: the [distinctive] business format and method developed and implemented by the Franchisor in connection with the Business using the Intellectual Property, Confidential Information, operational procedures, [plans,] [directions,] [specifications,] methods, management, marketing and advertising techniques [part of] which are contained in the Manual.

Targets: the minimum performance criteria set out in clause 4.

Term: the Initial Term of this agreement and any Renewed Term under clause 3.

Territory: the area referred to in Schedule 1.

Trade Marks: the trade marks and service marks set out in Schedule 2 [and any other trade marks registered by the Franchisor in relation to the Business from time to time [during the Term]].

Trade Name: the name [NAME] under which the Business is carried on.

1.2 FROM SECTIONS 1.2 TO 1.16, USE SECTIONS 1.2 TO 1.16 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISE AGREEMENT

2. LICENCE

2.1 The Franchisor grants to the Master Franchisee the exclusive right to operate the Business and to License Franchisees to operate the Business in the Territory.

2.2 The Franchisor also grants the Master Franchisee the right to use and License the use of:

- (a) the Intellectual Property and the Trade Name; and/or
- (b) the System; and/or
- (c) the Stationery and all the copyright material.

2.3 The Master Franchisee shall not license the use of the Rights outside the Territory.

2.4 The Master Franchisee shall only operate Franchises through a wholly-owned subsidiary company that has entered into a Franchise Agreement for an Outlet.

2.5 This agreement shall commence on the Commencement Date and shall [be for a fixed period of [NUMBER] years (subject to the provisions of clause 17) [and shall continue after that period until terminated by six months' notice given by either party.]

3. FEES

3.1 [On the date of this agreement, the Master Franchisee shall pay the Initial Fee.]

3.2 [The Master Franchisee shall pay the Management Fee and the Advertising Levy monthly in arrears, with effect from the [date of this agreement OR Commencement Date]. [Subject to clause 3.5,] the Management Fee shall be paid on the [DATE] of each month and the Advertising Levy shall be paid on the [DATE] of each month. All other fees under this agreement shall be paid within [30] days of receipt by the Master Franchisee of the Franchisor's invoice for such payment.]

3.3 The Master Franchisee shall convert the payment referred to in clause 3.2 into the Currency at the rate of exchange applicable five Business Days before the payment.

3.4 Unless the Franchisor otherwise notifies the Master Franchisee in writing, the Master Franchisee shall make all payments [by cheque to [SPECIFY ACCOUNT] OR electronically to the following bank account:

Bank:

Address:

Account name:

Sort code:

Account number:

3.5 The Gross Monthly Receipts shall be determined as follows:

- (a) within [three] days of the end of each [month OR quarter], the Master Franchisee shall [prepare OR procure that the Franchisee's auditors prepare], and deliver to the Franchisor, a statement of the Gross Monthly Receipts for the month;
- (b) within [three] days after the Master Franchisee has delivered the statement of Gross Monthly Receipts, the Franchisor shall either confirm in writing that it agrees such statement or give notice that it does not;
- (c) if the Franchisor does not agree such statement, the parties shall endeavour to resolve all matters in dispute as soon as practicable. If they fail to do so within [14] days of the notice, either party may refer the dispute for resolution to an Expert appointed under clause; and
- (d) any payment, additional payment or refund to be made as a result of any decision of the Expert shall be made within [14] days of receipt by the parties of the decision of the Expert.

3.6 The Master Franchisee shall be responsible for the payment of all invoices due to third party suppliers.

4. DEVELOPMENT AND PERFORMANCE CRITERIA

4.1 The Master Franchisee shall use [all reasonable commercial OR its best endeavours] fully to exploit the market for the System in the Territory.

4.2 The Master Franchisee shall have the following numbers of Franchises at each of the following successive anniversary dates of this agreement:

| Anniversary date | Number of Franchises |
|------------------|----------------------|
| | |
| | |

4.3 The Master Franchisee shall ensure that, from the second anniversary date until termination, no more than [PERCENTAGE] % of the Franchises are directly or indirectly owned by the Master Franchisee.

4.4 If the Master Franchisee fails to meet the Targets on any anniversary date of this agreement, then the provisions of this agreement shall terminate on written notice by the Franchisor to the Master Franchisee. All rights granted to the Master Franchisee under this agreement shall be cancelled and the Master Franchisee shall have no further right to enter into Franchise Agreements under this agreement.

5. FRANCHISOR'S OBLIGATIONS

5.1 The Franchisor shall:

- (a) immediately following the Commencement Date, provide to the Master Franchisee such assistance as the Franchisor shall reasonably consider to be necessary for the purposes of:
 - (i) [setting up the System;]
 - (ii) [operating and developing the System;]
 - (iii) [quality control procedures;]
 - (iv) [recruitment; and]
 - (v)

[marketing.]

Such assistance shall consist of not less than [NUMBER] days attendance by [PERSON] or by another executive of similar status at the Premises. The Franchisor shall provide such further assistance as the Franchisor shall reasonably consider to be necessary in the Territory at the Master Franchisee's expense;

- (b) [second [NAME OF EMPLOYEE] to the Master Franchisee for a period of [NUMBER] months;]
- (c) [in every period of 12 months, attend the premises on at least [NUMBER] occasions for periods of not less than [NUMBER] days in order to monitor the progress of the Business;]
- (d) [provide, at the Franchisor's premises at [ADDRESS], [NUMBER] weeks training on the System for [NUMBER] of the Master Franchisee's personnel;]
- (e) [provide, at the Franchisor's premises at [ADDRESS] training to not more than [NUMBER] employees of the Master Franchisee on how to train Franchisees; and]
- (f) [deliver, on loan, such training material as is set out in Schedule 1 and deliver, subject to the reimbursement of the Franchisor's costs, such other material as the Franchisor shall reasonably consider the Master Franchisee shall require for the first 12 month period following the Commencement Date and ensure that such material is constantly updated and replenished.]

5.2 [The Franchisor shall provide the services and items referred to in clause 5.1 free of charge unless otherwise specified, but the Master Franchisee shall be responsible for the costs and expenses of its employees.]

5.3 The Franchisor shall immediately after execution of this agreement, provide the Master Franchisee with a copy of the Manual.

5.4 The Franchisor shall update the Manual and System from time to time and [promptly] inform the Master Franchisee [in writing] of all such updates;

5.5 The Franchisor shall organise an annual conference for all Master Franchisees and Franchisees of the Business at a time and place which is convenient to the majority of those Master Franchisees and franchisees.

6. MASTER FRANCHISEE'S OBLIGATIONS

6.1 The Master Franchisee shall, immediately following the Commencement Date, review the Manual and the Franchise Agreement and suggest any modifications or amendments to either document that may be required within the Territory.

6.2 The Master Franchisee shall:

- (a) through a wholly owned subsidiary [open and operate] not less than [NUMBER] pilot operations of the Franchise within [NUMBER] months from the Commencement Date;
- (b) operate the System strictly in accordance with the Manual;
- (c) use [all reasonable commercial OR its best] endeavours to expand the Business and reach the Targets;
- (d) seek out and accept only the highest quality of Franchisees;
- (e) [maintain high standards in relation to all obligations under Franchise Agreements;]
- (f) [not do anything which is detrimental to the Business;]
- (g) [provide timely and efficient assistance and guidance to Franchisees;]
- (h) [comply with obligations set out in the Manual; and]
- (i) comply with reasonable instructions from the Franchisor that do not conflict with this agreement.

- 6.3 The Master Franchisee shall ensure that all persons required to enable the Master Franchisee to operate the Business in accordance with this agreement are employed by the Master Franchisee.
- 6.4 The Master Franchisee shall, immediately on receiving a request from the Franchisor, execute any trade mark licence reasonably required by the Franchisor and do all such other things and execute such further documents as the Franchisor may reasonably require in relation to the Trade Marks, the Trade Name and any other Trade Marks or Trade Names used in the Business.
- 6.5 The Master Franchisee shall:
- (a) only appoint Franchisees who have been previously approved in writing by the Franchisor such approval not to be unreasonably withheld;
 - (b) strictly enforce the terms of the Franchise Agreement and the Manual; and
 - (c) not permit Franchisees to commence business until they have completed their training as set out in the Franchise Agreement.

7. MANUAL AND FRANCHISE AGREEMENT

- 7.1 The Master Franchisee shall not make any material amendments or deletions to the Manual or the Franchise Agreement without the prior written consent of the Franchisor, and shall immediately submit to the Franchisor the latest version of the Manual and the Franchise Agreement.
- 7.2 The Master Franchisee shall adopt all amendments or deletions to the Manual or the Franchise Agreement immediately on receiving notification of them from the Franchisor.

8. CONFIDENTIALITY OBLIGATION

- 8.1 The Master Franchisee acknowledges that the Manual, and all other information from the Franchisor and relating to the System, is confidential. The Master Franchisee shall not, and shall procure that no other person shall, at any time, without the prior written consent of the Franchisor (whether before or after termination of this agreement), divulge or use, whether directly or indirectly, for its own benefit or that of any other person, firm or company, any such information unless such information has entered the public domain other than by reason of a breach of this agreement.

9. ACCOUNTING RECORDS

- 9.1 The Master Franchisee shall:
- (a) [maintain records of Gross Monthly Receipts and submit to the Franchisor a statement of them on the [NUMBER] day of each month with the Management Fee and the Advertising Levy, in the form specified in the Manual;]
 - (b) [maintain all records needed to verify the Gross Monthly Receipts for not less than [six] years;]
 - (c) [allow representatives of the Franchisor to enter the Premises and audit the Master Franchisee's records and take copies of the Master Franchisee's accounts and records; and]
 - (d) [supply to the Franchisor copies of any other financial and fiscal information which the Franchisor may reasonably request.]

10. ANTI-BRIBERY COMPLIANCE

- 10.1 The Master Franchisee shall:
- (a) FROM SECTIONS (a) TO (F) USE SECTIONS (a) TO (F) OF CLAUSE 10 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISE AGREEMENT REPLACING THE WORD “FRANCHISEE” BY “MASTER FRANCHISEE”.
- 10.2 The Master Franchisee shall ensure that all of its [suppliers,] agents and subcontractors who perform services or provide goods in connection with this agreement do so only on the basis of a written contract which imposes on and secures from such persons terms equivalent to those imposed on the Master Franchisee in this clause 10 (Relevant Terms). The Master Franchisee shall be responsible for the

observance and performance by such persons of the Relevant Terms, and shall be directly Liable to the Franchisor for any breach by such persons of any of the Relevant Terms.

10.3 Breach of this clause 10 shall be deemed a material breach under clause 18.1(b).

11. INSURANCE

11.1 The Master Franchisee shall take out and maintain an all-risk insurance policy with a reputable insurance company with such amount of cover as the Franchisor may, in its absolute discretion, specify [in the Manual]. Such policy shall include:

- (a) liability for employees and third parties;
- (b) damage to property;
- (c) [professional indemnity cover;]
- (d) loss of profits; and
- (e) any other cover which the Franchisor, in its absolute discretion, may specify.]

11.2 The Master Franchisee shall not breach, or allow any breach of, such policies.

11.3 [The Franchisor's interest shall be noted on the insurance policies.]

11.4 The Master Franchisee shall provide the Franchisor with copies of all such policies and renewals evidence of payment of premiums.

11.5 The Master Franchisee shall promptly pay all premiums for such policies and immediately provide the Franchisor with evidence of payment of premiums.

11.6 If the Master Franchisee fails to take out and maintain such policies, the Franchisor may do so and the Master Franchisee shall reimburse the Franchisor for all costs and expenses incurred in doing so.

12. PREMISES

12.1 The Master Franchisee shall:

- (a) maintain its head office at the Premises;
- (b) ensure the Premises are kept clean; and
- (c) use only insignia, brand names, and so on, approved by the Franchisor at the Premises.]

13. ADVERTISING AND PROMOTIONS

13.1 The Franchisor shall:

- (a) promote the Trade Name and Business [in the Territory] [in such manner and at such times as it shall in its absolute discretion think fit];
- (b) pay the Advertising Levy (and the advertising levies of the other Franchisees of the Business) into a separate bank account [on trust for its Franchisees] for use only in meeting the costs of fulfilling its obligations to the Master Franchisee under clause 13.1 (a) and its corresponding obligations to those other Franchises. It shall supply the Master Franchisee with an [audited] account of the income and expenditure of such account as at [the anniversary of the [Commencement Date OR date of this agreement OR [SPECIFY DATE]]]. Such [audited] account shall be supplied within [three] months of that date and shall be paid for from such account. If, at any time, the cost to the Franchisor of advertising the Business exceeds that amount standing to the credit of such account, the excess expenditure can be set off as a first charge against all money subsequently paid into the account by the Master Franchisee or any other Franchisees of the Business; and
- (c) provide the Master Franchisee with such promotional display literature and other point-of sale material as it, in its absolute discretion, thinks fit.

13.2 [The Master Franchisee shall spend [NUMBER] percentage of Gross Monthly Receipts on advertising and promotions for recruiting Franchisees.]

13.3 [The Franchisor shall approve [(such approval not to be unreasonably withheld)] all advertising devised by the Master Franchisee.]

14. [INTELLECTUAL PROPERTY]

14.1 The Franchisor warrants its entitlement to license the Intellectual Property and that the use of the Intellectual Property by the Master Franchisee and the Franchisees in accordance with this agreement and the Franchise Agreement will not infringe any third party rights.

14.2 The Master Franchisee shall give assistance to enable the Franchisor to register its Trade Marks. The Master Franchisee shall not obtain registration as proprietor of any Intellectual Property unless requested by the Franchisor.

14.3 The Master Franchisee acknowledges that goodwill and the rights in the Trade Marks vests in the Franchisor and will, if any rights accrue to the Master Franchisee, do what is required to vest such rights in the Franchisor.

14.4 [Any Trade Marks acquired by the Franchisor after the date of the agreement may be used by the Master Franchisee as if they had been included in the list of Trade Marks set out in Schedule 1.]

14.5 If the Master Franchisee learns of any threatened or actual infringement of the Intellectual Property, or of any circumstance which suggests that the use of the Intellectual Property may infringe the intellectual property of a third party, it shall immediately inform the Franchisor, giving all such details as the Franchisor requests.

14.6 The Franchisor shall have conduct of any proceedings relating to the Intellectual Property and may take whatever action it, in its sole discretion, decides in respect of any infringement or alleged infringement of it, or arising from its use. The Master Franchisee shall co-operate with the Franchisor in taking such action and the Franchisor shall meet any reasonable expenses of the Master Franchisee in doing so.

14.7 The Master Franchisee shall:

- (a) not apply for registration of any of the Intellectual Property (or any intellectual property that is confusingly similar to the Intellectual Property) in its own name, in any part of the world;
- (b) comply with the Manual and all requests by the Franchisor as to the use of the Intellectual Property and the TM, © and ® symbols in relation to the Intellectual Property;
- (c) give assistance to enable the Franchisor to register its Trade Marks;
- (d) not license (or purport to license) any other person to use any of the Intellectual Property;
- (e) not use the Intellectual Property other than as specifically permitted by this agreement, the Trade Mark Licence (once it comes into effect)] and the Manual;
- (f) not use any intellectual property that is confusingly similar to the Intellectual Property;
- (g) not do anything that may adversely affect the Intellectual Property or the Franchisor's right or title to it; and
- (h) immediately stop using any advertising or promotional material or packaging on receipt of a request by the Franchisor to do so.

14.8 The Master Franchisee acknowledges and agrees that all Intellectual Property in the Manual is and shall remain the exclusive property of the Franchisor. The Master Franchisee shall hold the Manual in safe custody at its own risk and maintained and kept in good condition by the Master Franchisee until returned to the Franchisor [or destroyed at the option of the Franchisor] in accordance with clause 19.1(h).]

15. FRANCHISOR'S RIGHT TO COMMUNICATE WITH FRANCHISEES

15.1 In order to protect the reputation of the Business, the Franchisor reserves the right to communicate with any of the Franchisees at any time during the term of this agreement.

16. SALE OF BUSINESS

16.1 The Master Franchisee shall not sell, transfer or otherwise dispose of part or all of the Master Franchisee's Business to a third party purchaser (or purchasers), unless it has first served notice on the Franchisor of its intention and offered to sell the Master Franchisee's Business to the Franchisor for [the same amount and on the same terms as [the best OR any] bona fide offer from such third parties [as it thinks fit OR the [market value of the assets of the Master Franchisee's Business OR [INSERT ALTERNATIVE METHOD OF VALUATION]]. If the parties are unable to agree such market value within [NUMBER] days after the service of such notice, then the matter shall be referred to an Expert for determination in accordance with clause 36.

16.2 Where the Master Franchisee has a *bona fide* offer from a third party purchaser (or purchasers), it shall submit to the Franchisor copies of [any OR all] proposed purchaser's written offer[s], together with such additional information as to the offer and the proposed purchaser[s] as the Franchisor may, in its absolute discretion, require.

16.3 If the Franchisor gives notice of acceptance of the offer referred to in clause 16.1 within [28] days of the notice of offer, the Master Franchisee shall sell, and the Franchisor shall buy, the Master Franchisee's Business on such terms and the sale and purchase shall be completed within [NUMBER] days of receipt of the acceptance of the offer, or, if later, immediately following ascertainment of the purchase price in accordance with clause 16.1, or such later date as the parties shall agree.

16.4 The Individual shall not [and shall procure that the members of his family who are shareholders in the Master Franchisee shall not], at any time during the Term, sell, transfer or otherwise dispose of any shares in the Master Franchisee, and shall procure that the Master Franchisee shall not issue any new shares other than to the existing shareholders in proportion to their existing share holdings, unless:

- (a) the Individual has first served notice on the Franchisor of its intention and offered to sell all of his shares to the Franchisor, and procures that the members of his family who are shareholders in the Master Franchisee offer all of their shares in the Master Franchisee; or
- (b) the Master Franchisee has first served notice on the Franchisor of its intention and first offered all such new shares to the Franchisor,

for [the same amount and on the same terms as any bona fide offer from a third party purchaser (or purchasers) OR [INSERT ALTERNATIVE METHOD OF VALUATION]].

16.5 If the Franchisor gives notice of acceptance of the offer referred to in clause 16.4 within [28] days of receipt of the notice of offer, the Individual or the Master Franchisee (as may be) shall sell, and the Franchisor shall buy, such shares on such terms and the sale and purchase shall be completed within [NUMBER] days of the receipt of the acceptance of the offer, or, if later, immediately following ascertainment of the purchase price in accordance with clause 16.4 or such later date as those parties shall agree.

16.6 If the Franchisor does not give notice of acceptance of an offer to sell the Master Franchisee's Business or the shares within [28] days of receipt of the notice of offer, the offer shall expire and the Master Franchisee or the Individual (as may be) shall be free, within [NUMBER] months of such expiry, to sell, transfer, issue or otherwise dispose of part or all of the Master Franchisee's Business or shares in the Master Franchisee to any [single] third party, subject to the prior written consent of the Franchisor (such consent not to be unreasonable withheld, conditioned or delayed) if the following conditions have been complied with:

- (a) The Master Franchisee has [substantially] complied with all the terms and conditions of the agreement; [or]
- (b) There are no subsisting breaches of the agreement.

- (c) The purchaser meets the Franchisor's minimum standards with respect to prior business experience and financial standing and satisfies any current recruitment criteria.
- (d) Payment of the Franchisor's costs of investigation and training is made by the Master Franchisee, whether or not the sale goes ahead.
- (e) All moneys due to the Franchisor have been paid.
- (f) [The proposed purchaser undertakes [and passes] initial training.]
- (g) The proposed buyer has entered into a new franchise agreement with the Franchisor on its then current terms and conditions [for a period of not less than the outstanding Term of this agreement], save that the proposed buyer shall not be obliged to pay a sum that is equivalent to the Initial Fee and the Franchisor shall not be required to perform any obligations that are equivalent to those set out in clause 5 [and [INSERT ANY OTHERS]], for which the Franchisor will be paid at its then current rates by the buyer.

16.7 If the Franchisor consents to the sale of such shares or the Master Franchisee's Business in accordance with clause 16.6, [the Franchisor is appointed by the Master Franchisee and the Individual, and may act for them as non-exclusive agent for the sale of the Master Franchisee's Business or shares in the Master Franchisee respectively and OR the Master Franchisee or the Individual (as may be)] shall procure that the proposed purchaser pays the full purchase price to the Franchisor as agent for the Master Franchisee (or Individual, as may be). The Franchisor may deduct from it any sums which are payable, or may become payable, by the Master Franchisee or the proposed buyer to the Franchisor [and a reasonable fee and its expenses for his service]. The balance shall be remitted to the Master Franchisee (or Individual, as may be).

17. DEATH OR INCAPACITY OF INDIVIDUAL

17.1 Individual dies during the Term, his personal representatives shall, within [three months], inform the Franchisor of his death, and offer to sell the Individual's shares to the Franchisor. In such circumstances, the terms of clause 16.4, clause 16.5, clause 16.6 and clause 16.7 shall apply as if references in them to the Individual were to the Individual's personal representatives and the third party purchaser were either the beneficiary or beneficiaries of the shares in the Individual's will, or under the rules on intestacy, or, if such beneficiaries do not want to become the registered holder of such shares, any other third party specified in the notice by the personal representatives.

17.2 In the event of the death of the Individual or if the Individual is, in the reasonable opinion of the Franchisor, unable to a material degree to operate the Master Franchisee's Business to the standard required by the Manual [for a period in excess of [two] consecutive months or [NUMBER] days in any [NUMBER] day period], the Franchisor may appoint a manager of the Master Franchisee's Business who shall have full powers to operate the Master Franchisee's Business and to take all steps to ensure that the Master Franchisee complies with the terms of this agreement at the expense of the Master Franchisee.]

18. TERMINATION

18.1 The Franchisor may terminate this agreement with immediate effect (or following such notice period as it sees fit) without prejudice to any of its rights or remedies, by giving [written] notice to the Master Franchisee and the Individual if:

- (a) FROM SECTIONS (a) TO (v) USE SECTIONS (a) TO (v) OF CLAUSE 20 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISE AGREEMENT REPLACING THE WORD "FRANCHISEE" BY "MASTER FRANCHISEE" AND REFERENCES TO CLAUSE 20 BY CLAUSE 18, AND TO CLAUSE 19 BY CLAUSE 17.

18.2 The parties acknowledge and agree that any breach of clause 6, clause 8, clause 10, clause 12, clause 14, clause 16 or [OTHER CLAUSE NUMBERS]] shall constitute a breach of a material term for the purposes of this clause 18.

19. CONDITIONS FOLLOWING TERMINATION

- 19.1 On termination [or expiry] of this agreement for any reason, the Master Franchisee and the Individual shall:
- (a) FROM SECTIONS (a) TO (k) USE SECTIONS (a) TO (k) OF CLAUSE 21.3 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISE AGREEMENT REPLACING THE WORD “FRANCHISEE” BY “MASTER FRANCHISEE”.
- 19.2 If this agreement is terminated by the Franchisor, the Franchisor shall provide written notice to each Franchisee of its intention to assume responsibility for all Franchise Agreements and that this agreement has been terminated.
- 19.3 The Master Franchisee shall not be entitled to receive any payment payable under the Franchise Agreements and shall immediately forward all such payments to the Franchisor if (notwithstanding the provisions of this clause 19) the Master Franchisee receives any such payment.
- 19.4 It is the intention of the parties that the Franchisor shall receive all the benefits and be responsible for all the obligations under the Franchise Agreements that may exist at the time this agreement is terminated. The Master Franchisee shall do such things, execute such documents and provide all such reasonable assistance to ensure that this intention is achieved with the minimum delay and inconvenience to Franchisees.

20. RESTRICTIONS

- 20.1 In order to protect the [Confidential Information], trade secrets and business connections of the Franchisor [and the Franchisor's other Franchisees], the Master Franchisee and the Individual covenant with the Franchisor that they shall not:
- (a) FROM SECTIONS (a) TO (e) USE SECTIONS (a) TO (e) OF CLAUSE 22.1 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISE AGREEMENT REPLACING THE WORD “FRANCHISEE” BY “MASTER FRANCHISEE”.
- 20.2 None of the restrictions in clause 20.1 shall prevent the Master Franchisee or Individual from:
- (a) FROM SECTIONS (a) TO (c) USE SECTIONS (a) TO (c) OF CLAUSE 22.2 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISE AGREEMENT REPLACING THE WORD “FRANCHISEE” BY MASTER FRANCHISEE”.
- 20.3 The restrictions imposed on the Master Franchisee and the Individual by this clause 20 apply to them acting:
- (a) directly or indirectly; and
 - (b) on their own behalf or on behalf of, or in conjunction with, any firm, company or person.
- 20.4 Each of the restrictions in this clause 20 is intended to be separate and severable. If any of the restrictions are held to be void, but would be valid if part of their wording were deleted, such restriction shall apply with such deletion as may be necessary to make it valid or effective.

21. INDIVIDUAL’S GUARANTEE AND COVENANTS

- 21.1 FROM CLAUSE 21.1 TO CLAUSE 21.4, USE CLAUSE 23 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISE AGREEMENT, REPLACING THE WORD “FRANCHISEE” BY “MASTER FRANCHISEE”.

22. INDEMNITY

USE CLAUSE 26 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT, REPLACING THE WORD “FRANCHISEE” BY “MASTER FRANCHISEE”.

23. NO PARTNERSHIP OR AGENCY

USE CLAUSE 30 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT, REPLACING THE WORD “FRANCHISEE” BY “MASTER FRANCHISEE”.

24. FORCE MAJEURE

USE CLAUSE 32 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT, REPLACING THE WORD “FRANCHISEE” BY “MASTER FRANCHISEE”, AND THE REFERENCE TO CLAUSE 32 BY CLAUSE 24.

25. FURTHER ASSURANCE

USE CLAUSE 32 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT, REPLACING THE WORD “FRANCHISEE” BY “MASTER FRANCHISEE”.

26. DATA PROTECTION

USE CLAUSE 27 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT, REPLACING THE WORD “FRANCHISEE” BY “MASTER FRANCHISEE”.

27. ASSIGNMENT

USE CLAUSE 28 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT REPLACING THE WORD “FRANCHISEE” BY “MASTER FRANCHISEE” AND THE REFERENCES TO CLAUSE 17 BY CLAUSE 16, TO CLAUSE 19 BY CLAUSE 17 AND TO CLAUSE 28.2 BY CLAUSE 27.2.

28. THIRD PARTY RIGHTS

USE CLAUSE 29 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT, REPLACING THE REFERENCE TO CLAUSE 28 TO CLAUSE 27.

29. WAIVER

USE CLAUSE 36 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT.

30. SET-OFF

USE CLAUSE 32 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT, REPLACING THE WORD “FRANCHISEE” BY “MASTER FRANCHISEE”.

31. SEVERANCE

USE CLAUSE 34 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT.

32. VARIATION

USE CLAUSE 35 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT.

33. INTEREST

USE CLAUSE 33 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT, REPLACING THE WORD “FRANCHISEE” BY “MASTER FRANCHISEE”.

34. ENTIRE AGREEMENT

USE CLAUSE 24 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT, REPLACING THE WORD “FRANCHISEE” BY “MASTER FRANCHISEE”.

35. EXPERT

USE CLAUSE 36 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT.

36. ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

USE CLAUSE 39 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT

37. GOVERNING LAW AND JURISDICTION

USE CLAUSE 38 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT

38. COUNTERPARTS

USE CLAUSE 40 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT

39. NOTICES

USE CLAUSE 41 OF THE INTERNATIONAL FRANCHISING AGREEMENT, REPLACING THE WORD “FRANCHISEE” BY “MASTER FRANCHISEE”.

This agreement has been entered into on the date stated at the beginning of it.

Signed by [NAME OF DIRECTOR] for and on behalf of [NAME OF FRANCHISOR]

Signed by [NAME OF DIRECTOR] for and on behalf of [NAME OF FRANCHISEE]

Signed by [NAME OF INDIVIDUAL]

[ADD SCHEDULES RELATING TO TERRITORY, TRADE MARKS, PRODUCTS AND SERVICES, FRANCHISOR’S ETHICS; AND AN ANNEX WITH THE SUBFRANCHISING AGREEMENT].

ANEXO 2

NORMAS APLICABLES AL CONTRATO DE FRANQUICIA POR ESTADOS MIEMBROS²⁰⁰⁹

1. ESPAÑA

| | NORMATIVA ESPECÍFICA | INSTRUMENTO LEGAL | CONTENIDO |
|---|----------------------|--|---|
| Información precontractual | Sí | Art. 62 LOCM ²⁰¹⁰ . Art. 2.1 R.D. 201/2010 ²⁰¹¹ . | 20 días hábiles previos a la firma. Sanción de multa. |
| Derecho de la Competencia Nacional | Sí | Ley de Defensa de la Competencia ²⁰¹² . RD 261/2008 ²⁰¹³ . Jurisprudencia específica ²⁰¹⁴ . | Alineada con la normativa europea. Su Decreto de aplicación se remite directamente a los reglamentos de exención europeos. |
| Funcionamiento de la relación contractual | No | Libro IV CC ²⁰¹⁵ . Arts. 50- 63 CCom ²⁰¹⁶ . Ley de Marcas ²⁰¹⁷ . Ley de Patentes ²⁰¹⁸ . Jurisprudencia ²⁰¹⁹ . | Aplicación de normas generales y de normas relativas a otros contratos ²⁰²⁰ . |

²⁰⁰⁹ Se contemplan todos los Estados miembros con normativa específica sobre franquicia junto con otros dos que no la tienen pero que aportan datos significativos sobre el tratamiento de estos contratos en la Unión Europea: Reino Unido y Alemania. Ambos Estados se han escogido porque representan dos polos opuestos: la regulación alemana de los contratos de franquicia, a pesar de no contar con normas específicas, se ha calificado como la más severa de la Unión Europea junto con la austríaca. La regulación de Reino Unido, por el contrario, se encuentra entre los Estados con una regulación más laxa. Al respecto puede consultarse M. ABELL, “Which EU jurisdictions most heavily regulate franchising?”, WWL, noviembre 2012, disponible en <http://whoswholegal.com/news/features/article/30097/which-eu-jurisdictions-heavily-regulate-franchising> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²⁰¹⁰ Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, BOE n. 15 de 17 enero de 1996.

²⁰¹¹ Real Decreto 201/2010, que regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, BOE n. 63, de 13 de marzo de 2010.

²⁰¹² Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE núm. 159, 4 julio 2007.

²⁰¹³ Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, BOE núm. 50 de 27 de Febrero de 2008.

²⁰¹⁴ STS 30 julio 2009, n. 567/2009, en que se declara nula una cláusula de un contrato de franquicia por la que se determinaba el precio de reventa de los productos.

²⁰¹⁵ Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil, Gaceta 25 julio 1889.

²⁰¹⁶ Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio, Gaceta n. 289, 16 octubre 1885.

²⁰¹⁷ Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, BOE núm. 294 de 8 diciembre 2001.

²⁰¹⁸ Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, BOE 26 marzo 1986.

| | | | |
|--|----|--|---|
| Terminación de la relación contractual | No | Libro IV CC. Jurisprudencia ²⁰²¹ . | Se reconoce indemnización por clientela al franquiciado bajo ciertas condiciones. |
| Otros | Sí | Art. 62 LOCM. Art. 2.1 R.D. 201/2010. | Obligación de registro del franquiciador. |

2. FRANCIA

| | NORMATIVA ESPECÍFICA | INSTRUMENTO LEGAL | CONTENIDO |
|---|----------------------|---|---|
| Información precontractual | Sí | Art. L330-3 CCom ²⁰²² . | 20 días hábiles antes del contrato. Sanción de multa. Daños y perjuicios. |
| Derecho de la Competencia Nacional | Sí | Arts. L420-1 y L442-5 Código de Comercio ²⁰²³ . Jurisprudencia ²⁰²⁴ . | Reproduce contenido de normativa europea. Se prevé la adopción de normas de exención por categorías, pero no se ha adoptado aún ninguna. |
| Funcionamiento de la relación contractual | No | Arts. 1101 y ss. CC ²⁰²⁵ . Título III CCom. Ley de subcontratación ²⁰²⁶ . | Aplicación de normas generales y de normas relativas a otros contratos. |
| Terminación de la relación contractual | No | Arts. 1234 y ss. CC. L 442-6, I, 5° CCom. Jurisprudencia ²⁰²⁷ . | Normativa general. Indemnizaciones si se rompe la relación |

²⁰¹⁹ STS n. 754/2005 de 21 octubre y STS 145/2009, de 9 marzo, en las que se establece que la relación de franquicia ha de estar gobernada por los principios de buena fe y confianza mutua.

²⁰²⁰ En especial se aplicarán las normas del arrendamiento de uso, licencia de marca, licencia de patente, contrato de agencia y compraventa.

²⁰²¹ STS 28 enero 2009, n. 38/2009; STS 3 marzo 2008, n. 159/2008; STS 15 enero 2008, RJ 2008/1393, rec. n. 4344/00; STS 22 junio 2007, n. 697/2007.

²⁰²² Código de Comercio (*Code de Commerce*), 10 septiembre 1807, versión oficial disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379>

²⁰²³ Desarrollado por la « Ordonnance n° 2008-1161 portant modernisation de la régulation de la concurrence », 13 noviembre 2008, *JO* 14 noviembre 2008, p. 17391.

²⁰²⁴ Declaración del Consejo de la Competencia de 28 mayo 1996, aff. *Zannier*; Decisión del Consejo de la Copetencia de 16 diciembre 2011, n. 11-D-20.

²⁰²⁵ Código Civil (*Code Civil*), 21 marzo 1804, versión oficial disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

²⁰²⁶ Loi n° 75-1334 relative à la sous-traitance, *JO* 31 diciembre 1975, p. 148.

| | | | |
|--|--|--|--------------------------|
| | | | indefinida sin preaviso. |
|--|--|--|--------------------------|

3. ITALIA

| | NORMATIVA ESPECÍFICA | INSTRUMENTO LEGAL | CONTENIDO |
|---|----------------------|---|---|
| Información precontractual | Sí | Arts. 4.1 y 8 Ley n. 129/04 ²⁰²⁸ . Decreto n. 204/2005 ²⁰²⁹ . | 30 días naturales antes del contrato. Especialidades para el franquiciador extranjero. Sanciones civiles (nulidad y daños y perjuicios) |
| Derecho de la Competencia Nacional | Sí | Ley n. 287/1990 sobre la protección de la competencia y del mercado ²⁰³⁰ . Art. 9 Ley n. 192/1998 sobre el contrato de “subfornitura” ²⁰³¹ . | Reproduce contenido de normativa europea. La prohibición de abuso de posición dominante ha encontrado dificultades de aplicación en franquicia ²⁰³² . |
| Funcionamiento de la relación contractual | Sí | Arts. 4-6 Ley n. 129/04. Arts. 1321-1570 CC. Ley n. 130/1999. | Obligaciones franquiciador y franquiciado. Deber general de buena fe de ambos. |
| Terminación de la relación contractual | Sí | Art. 3.3 Ley n. 129/04. | Duración mínima 3 años. |
| Otros | Sí | Art. 3 Ley n. 129/04. | Contrato por escrito bajo sanción de nulidad. |

²⁰²⁷ Sent. Cour Cass. 9 marzo 1976, *Dalloz*, 1976, p. 388.

²⁰²⁸ Legge n° 129 del 6 maggio 2004 “Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale”, *GU* n. 120 de 24 mayo 2004.

²⁰²⁹ Decreto 2 septiembre 2005, n. 204, “Regolamento recante norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale di cui all’articolo 4, comma 2, della legge 6 maggio 2004, n. 129”, *GU* n. 231 de 4 octubre 2005, p. 3.

²⁰³⁰ Ley 10 octubre 1990, n. 287 “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”, *GU* n. 240, 13 octubre 1990.

²⁰³¹ Ley 18 junio 1998, n. 192 “Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”, *GU* n. 143, 22 junio 1998.

²⁰³² Sent. Trib. Taranto 17 septiembre 2003, *Danno è responsabilità*, 2004, p. 65, nota G. COLANGELO, en la que se estima que el art. 9 Legge n. 192/1998 no es aplicable a la franquicia por no poder ser considerada una “subfornitura”, en un caso en que el franquiciador había previsto en el contrato una cláusula unilateral que le permitía resolver el contrato sin motivo.

| | | | |
|-------------|----|-----------------------|---|
| | | | Requisitos sobre contenido del contrato. Obligación de experimentación previa. |
| Otros (bis) | Sí | Art. 7 Ley n. 129/04. | Conciliación como MASC (voluntaria). |

4. BÉLGICA

| | NORMATIVA ESPECÍFICA | INSTRUMENTO LEGAL | CONTENIDO |
|---|-----------------------------|--|---|
| Información precontractual | Sí | Arts. X-26 a X-34 CDE ²⁰³³ . | 30 días naturales antes del contrato. Sanciones civiles (posible nulidad del contrato) y multas. Principio de interpretación <i>pro</i> franquiciado. |
| Derecho de la Competencia Nacional | Sí | Libros IV y V CDE. | Reproduce el esquema europeo tanto en relación a los ententes como al abuso de posición dominante |
| Funcionamiento de la relación contractual | No | Títulos IV y VI CC ²⁰³⁴ . Loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ²⁰³⁵ . | Normas generales y normas relativas a otros contratos. |
| Terminación de la relación contractual | No | Título IV CC. Arts. X-35 a X-40 CDE. | Posible aplicación analógica del régimen para contratos de concesión de duración indeterminada. |

5. ALEMANIA

| | NORMATIVA ESPECÍFICA | INSTRUMENTO LEGAL | CONTENIDO |
|--|-----------------------------|--------------------------|------------------|
|--|-----------------------------|--------------------------|------------------|

²⁰³³ Código de Derecho Económico (*Code de Droit économique*), MB 29 marzo 2013, p. 19975.

²⁰³⁴ Código Civil (*Code Civil*), MB 3 septiembre 1807, p. 1.

²⁰³⁵ Ley 15 junio 2006, MB 15 febrero 2007, p. 7355.

| | | | |
|---|----|--|---|
| Información precontractual | No | Jurisprudencia específica ²⁰³⁶ . | Se reconoce la obligación de información precontractual de forma detallada. |
| Derecho de la Competencia Nacional | Sí | Arts. 1, 2 y 20 GWB ²⁰³⁷ . Ley contra la competencia desleal ²⁰³⁸ . | En cuanto a restricciones verticales, muy similar desde 2005 a la normativa europea. Prevé la aplicación directa de los reglamentos de exención europeos a la normativa interna. Muy desarrollada en cuanto a abuso de posición dominante, muy aplicado a la franquicia ²⁰³⁹ . |
| Funcionamiento de la relación contractual | No | Arts. 104 y ss. BGB ²⁰⁴⁰ . Arts. 194-218; 241-247; 275-288; 305-361; 433-506; 607-609 BGB. | Normas generales y normas relativas a otros contratos. |
| Terminación de la relación contractual | No | Arts. 320-327 BGB. | Normas generales y normas relativas a otros contratos. |

6. REINO UNIDO²⁰⁴¹

| | NORMATIVA ESPECÍFICA | INSTRUMENTO LEGAL | CONTENIDO |
|----------------------------|-----------------------------|--------------------------|--|
| Información precontractual | No | - | No hay obligación de <i>disclosure</i> . La jurisprudencia reconoce responsabilidad por dar información inexacta. |

²⁰³⁶ Sent. OLG Munich 16 septiembre 1993, *NJW*, 1994, pp. 667 y ss.; Sent. OLG Munich 24 abril 2001, *Aufina*, *BB* 2001, pp. 1759 y ss.; OLG Düsseldorf 30 junio 2004, *U(Kart)*, n.40, p. 2.

²⁰³⁷ Ley contra las restricciones de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), de 27 julio 1957, versión actualizada en: <http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/> (última consulta: 01/09/2016).

²⁰³⁸ *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* de 8 julio 2004, *BGBl. I* 2004, p. 1414.

²⁰³⁹ Por ejemplo, BGH EWiR, n. 26 GWB, p. 683.

²⁰⁴⁰ Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) 1896, *RG* n. 21, 24 agosto 1986, p. 1.

²⁰⁴¹ Téngase en cuenta que este resumen se ha preparado conforme a las normas de Inglaterra y Gales, por lo que pueden existir pequeñas diferencias en lo que respecta a Escocia.

| | | | |
|---|----|---|--|
| Derecho de la Competencia Nacional | Sí | UK Competition Act 1998. Enterprise Act 2002. | La UK Competition Act está plenamente inspirada en la legislación europea. La Enterprise Act realizó algunos cambios sustanciales sobre los cárteles |
| Funcionamiento de la relación contractual | No | General contract principles. Fair Trading Act 1973. Trading Schemes Act 1996. Trading Schemes Regulation 1997. | Régimen general basado en precedentes y principios (<i>caveat emptor, buyer beware</i>). Se prohíben los negocios de estructura piramidal. |
| Terminación de la relación contractual | No | General contract principles. | Régimen general basado en precedentes y principios (<i>repudiatory breach</i> , no hay derecho a renovación del contrato...). |

7. RUMANÍA

| | NORMATIVA ESPECÍFICA | INSTRUMENTO LEGAL | CONTENIDO |
|---|-----------------------------|--|---|
| Información precontractual | Sí | Art. 2 OG 52/1997 ²⁰⁴² . | No se especifica plazo, pero contiene un listado de información a proporcionar. |
| Derecho de la Competencia Nacional | Sí | Ley de Defensa de la Competencia ²⁰⁴³ . | Normativa más centrada en las concentraciones horizontales que en las verticales. |
| Funcionamiento de la relación contractual | Sí | Arts. 3-15 OG 52/1997. | Regulación detallada de obligaciones franquiciador y franquiciado. |

²⁰⁴² Ordenanza Gubernamental nº 52/1997 sobre el régimen jurídico de la franquicia (*Ordonanta nr. 52 din 28-8-1997 privind regimul juridic al francizei*), MO n. 224, 30 agosto 1997, aprobada por la Ley n. 79/1998 (*Lege nr. 79 din 9 aprilie 1998 pentru aprobarea Ordonantei Guvernului nr. 52/1997 privind regimul juridic al francizei*), MO n. 147 de 13 abril 1998, modificada en 2011.

²⁰⁴³ Ley n. 21/1996 de Defensa de la Competencia de 21 de abril (*Legea Concurentei*), MO n. 88/1996 de 30 abril.

| | | | |
|--|----|-------------------------|---|
| | | | Cláusulas y principios a incluir en el contrato. |
| Terminación de la relación contractual | No | Arts. 6 y 8 OG 52/1997. | El contrato ha de especificar expresamente las causas de terminación sin preaviso. La duración del contrato ha de ser lo suficientemente larga como para permitir al franquiciado recuperar su inversión. |
| Otros | Sí | Art. 4 OG 52/1997. | Exige experiencia previa del franquiciador por un tiempo mínimo similar a la duración del contrato que se pretende firmar. |

8. ESTONIA

| | NORMATIVA ESPECÍFICA | INSTRUMENTO LEGAL | CONTENIDO |
|---|-----------------------------|---|---|
| Información precontractual | No | - | - |
| Derecho de la Competencia Nacional | Sí | Ley sobre Competencia ²⁰⁴⁴ . | Basada en la legislación europea. No hay normas sobre competencia desleal (directamente a tribunales) |
| Funcionamiento de la relación contractual | Sí | Arts. 375-378 VS ²⁰⁴⁵ . | Obligaciones de franquiciador y franquiciado. Derecho de inspección del franquiciador. |
| Terminación de la relación contractual | No | Capítulos 2 y 5 VS. | Régimen general para los contratos. |

²⁰⁴⁴ Ley de la Competencia (*Konkurentsiseadus*) de 5 de junio de 2001, RT I n. 56, 2001, p. 332.

²⁰⁴⁵ Arts. 375-378 Ley de Obligaciones (*Võlaõigusseadus*) de 26 septiembre 2001, RT I 2001, 81, 487.

9. LITUANIA

| | NORMATIVA ESPECÍFICA | INSTRUMENTO LEGAL | CONTENIDO |
|---|-----------------------------|---|---|
| Información precontractual | No | - | - |
| Derecho de la Competencia Nacional | Sí | Ley n. VII-1099 sobre Competencia ²⁰⁴⁶ . | Contenido muy similar al europeo, incluyendo las exenciones |
| Funcionamiento de la relación contractual | Sí | Arts. 6766-6775 CC ²⁰⁴⁷ . | Obligaciones de franquiciador y franquiciado. Cláusulas no permitidas. Derecho del franquiciado a renovación. |
| Terminación de la relación contractual | Sí | Arts. 6776-6779 CC. | Causas y consecuencias. |
| Otros | Sí | Art. 6768 CC. | Régimen especial para máster. |

10. SUECIA

| | NORMATIVA ESPECÍFICA | INSTRUMENTO LEGAL | CONTENIDO |
|---|-----------------------------|---|--|
| Información precontractual | Sí | Ley n. 484/2006 ²⁰⁴⁸ . | No se especifica la duración del plazo |
| Derecho de la Competencia Nacional | Sí | Ley de la Competencia ²⁰⁴⁹ . | Sistema basado en las restricciones europeas, muy legalista y con fuertes sanciones. |
| Funcionamiento de la relación contractual | No | Ley de Contratos ²⁰⁵⁰ . Leyes sobre los distintos contratos ²⁰⁵¹ . | Normas generales y normas relativas a otros contratos. |
| Terminación de la relación contractual | No | Ley de Contratos. Leyes sobre los distintos contratos. | Normas generales y normas relativas a otros contratos. |

²⁰⁴⁶ Ley n. VII-1099 sobre la Competencia (*Konkurencijos įstatymas*) 23 marzo 1999, DO n. 30-856, 1999, p. 0991010.

²⁰⁴⁷ Código Civil de Lituania (*Lietuvos Respublikos Civilinis Codeskas*), n. VIII/1864, DO 18 julio 2000.

²⁰⁴⁸ Ley n. 484/2006 de 24 mayo relativa al deber del franquiciador de proveer información (*Lag om franchisegivares informationsskyldighet*), SFS 484, 2006.

²⁰⁴⁹ Ley de la Competencia (*Konkurrenslag*), n. 579/2008 de 18 junio, SFS 224, 2016.

²⁰⁵⁰ Ley de Contratos (*Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*), SFS 218, 1915.

²⁰⁵¹ Por ejemplo, Ley sobre los contratos de compraventa (*Köplagen*), SFS 931, 1990.

ANEXO 3

SECTORES NORMATIVOS RELEVANTES PARA LA FRANQUICIA POR ESTADOS MIEMBROS²⁰⁵²

1. ESPAÑA

| | INSTRUMENTO LEGAL | CONTENIDO |
|---|--|--|
| 1. Condiciones generales de la contratación | Ley sobre Condiciones generales de la contratación ²⁰⁵³ . | Se aplican a todo contratante y no sólo a consumidores. |
| 2. Derecho de sociedades | Ley de sociedades de capital ²⁰⁵⁴ . Reglamento del Registro Mercantil ²⁰⁵⁵ . | Las formas más utilizadas son la SA y la SL, aunque existen otras posibilidades atractivas como la sociedad limitada nueva empresa (SLNE). |
| 3. Propiedad intelectual | Ley de Marcas ²⁰⁵⁶ . Ley de Patentes ²⁰⁵⁷ . Ley de Competencia desleal ²⁰⁵⁸ . Ley de Propiedad intelectual ²⁰⁵⁹ . | Las marcas y patentes han de registrarse para su protección. El <i>know-how</i> está protegido por la LCD (violación de secretos) y por la LPI (algunos de sus aspectos, como documentos y <i>software</i>). |
| 4. Derecho inmobiliario | Código Civil. Ley arrendamientos urbanos ²⁰⁶⁰ . | La compra de inmuebles ha de ser elevada a público y registrada en el Registro de la propiedad. El arrendamiento está sujeto a lo que indique el contrato y a |

²⁰⁵² Se recogen los cuatro Estados que conforme a los últimos datos de la Asociación Europea de Franquicia concentran el mayor número de establecimientos franquiciados de toda la Unión Europea (en orden descendente, Alemania, Francia, España e Italia). A estos Estados se añade Bélgica, por ser uno de los países de la Unión Europea con mayor concentración de establecimientos franquiciados por número de habitantes. Datos obtenidos a partir del último informe disponible de dicha asociación, EUROPEAN FRANCHISE FEDERATION, "European Franchise Report", 2012, p. 59, disponible en: <http://www.eff-franchise.com> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²⁰⁵³ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, BOE núm. 89, 14 abril 1998.

²⁰⁵⁴ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, BOE núm. 161, 3 julio 2010.

²⁰⁵⁵ Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, BOE 31 julio 1996.

²⁰⁵⁶ Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, BOE núm. 294 de 8 diciembre 2001.

²⁰⁵⁷ Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, BOE 26 marzo 1986.

²⁰⁵⁸ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE 11 enero 1991.

²⁰⁵⁹ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, BOE 22 abril 1996.

²⁰⁶⁰ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, BOE 25 noviembre 1994.

| | | |
|------------------------------|---|--|
| | | algunas disposiciones imperativas de la LAU. |
| 5. Consumidores y productos | Ley general para la defensa de consumidores y usuarios ²⁰⁶¹ . | No hay riesgo de que se considere al franquiciado como consumidor, pues la LGDCU prevé para su aplicación que el individuo haya actuado fuera de su actividad profesional. |
| 6. Derecho sobre inversiones | Ley 19/2003 de las transacciones económicas con el exterior ²⁰⁶² . Real Decreto 664/1999 sobre inversiones exteriores ²⁰⁶³ . Reglamentos UE. | Prevalencia de normativa UE. No hay restricciones a las inversiones extranjeras. En algunas materias se exige declaración previa a la autoridad (por ejemplo, si el inversor tiene su sede en un paraíso fiscal) o una autorización para sectores especiales (televisión, apuestas, defensa...). |
| 7. Protección de datos | Reglamento UE 2016/679 de protección de datos ²⁰⁶⁴ . Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal ²⁰⁶⁵ . | Prevalencia del nuevo Reglamento europeo. |
| 8. Fiscalidad | Ley General Tributaria ²⁰⁶⁶ . Ley de impuesto sobre sociedades ²⁰⁶⁷ . Ley del Impuesto sobre la renta de no residentes ²⁰⁶⁸ . Ley del Impuesto sobre la renta de las personas físicas ²⁰⁶⁹ . | Franquiciadores y franquiciados residentes fiscales en España están sujetos a los impuestos generales: directos (IRPF o IS) e indirectos (IVA). Los franquiciadores residentes |

²⁰⁶¹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE núm. 287, 30 noviembre 2007.

²⁰⁶² Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, BOE núm. 160 de 5 de julio de 2003.

²⁰⁶³ Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, BOE núm. 106 de 4 de mayo de 1999.

²⁰⁶⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (“Reglamento general de protección de datos”), DOUE L núm. 119 de 4 de mayo de 2016.

²⁰⁶⁵ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, BOE núm. 298 de 14 de Diciembre de 1999.

²⁰⁶⁶ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, BOE núm. 302 de 18 de diciembre de 2003.

²⁰⁶⁷ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, BOE núm. 288, de 28 de noviembre 2014.

²⁰⁶⁸ Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, BOE núm. 62, de 12 de marzo de 2004.

| | | |
|---|---|--|
| | Ley del IVA ²⁰⁷⁰ . | en el extranjero están sujetos a tributación por los ingresos que perciban en España, lo que incluye los <i>royalties</i> (salvo convenios doble imposición). |
| 9. Derecho del trabajo | Estatuto de los trabajadores ²⁰⁷¹ | Puede existir un riesgo de que el franquiciado se considere empleado del franquiciador si el mismo no actúa como un empresario independiente. Si el franquiciado no ejerce directamente labores de dirección de su plantilla puede que se le considere a él junto con el franquiciador como un grupo de empresas a efectos laborales, de forma que compartan ambos la responsabilidad por los empleados. |
| 10. Transferencia de tecnología | - | Estas normas son propias de países en vías de desarrollo. |
| 11. Derecho administrativo sobre ejercicio de actividades comerciales | LOCM ²⁰⁷² . Normas regionales y locales. | Junto con estas normas es preciso considerar otras como las leyes sobre horarios comerciales, rebajas, comercio electrónico, apertura de establecimientos... ²⁰⁷³ |
| 12. Normativa específica del sector de la franquicia | Ley 16/1997 de Regulación de las Oficinas de Farmacia ²⁰⁷⁴ . | A título de ejemplo para el sector de la farmacia. |

2. FRANCIA

| | INSTRUMENTO LEGAL | CONTENIDO |
|---|--|--|
| 1. Condiciones generales de la contratación | Ley sobre la lealtad y el equilibrio de las relaciones | Dirigida a proteger a los pequeños comerciantes frente a |

²⁰⁶⁹ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006.

²⁰⁷⁰ Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1992.

²⁰⁷¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE núm. 255, 24 octubre 2015.

²⁰⁷² Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, BOE n. 15 de 17 enero de 1996.

²⁰⁷³ Ver página oficial de la Secretaría de Estado de Comercio: <http://www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-interior/Ordenacion-del-Comercio/Paginas/default.aspx> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²⁰⁷⁴ Ley 16/1997, de 25 de Abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, BOE de 26 de Abril de 1997.

| | | |
|------------------------------|--|---|
| | comerciales ²⁰⁷⁵ Arts. L. 441-6 CCom. | los productores y grandes distribuidores. |
| 2. Derecho de sociedades | Código de Comercio. | Las formas sociales más comunes son: SA, SARL, SAS (société par actions simplifiée). Esta última ofrece una enorme flexibilidad y posibilidades de organización respecto a las otras dos, que tienen que cumplir con un marco legal más rígido. |
| 3. Propiedad intelectual | Código de la Propiedad Intelectual ²⁰⁷⁶ | Marcas y patentes protegidas por el Instituto de la Propiedad Industrial. El know-how no es registrable pero también se puede proteger bajo las normas de competencia desleal si el mismo es secreto, original y económicamente evaluable. |
| 4. Derecho inmobiliario | Código Civil Código de Comercio | La adquisición de inmuebles se rige por el Código Civil. Los alquileres para uso comercial están regulados en el Código de Comercio. |
| 5. Consumidores y productos | Código del Consumo ²⁰⁷⁷ Arts. 1382 -1386, 1603 y ss. CC | La noción de consumidor no es muy clara (en ocasiones se aplica a personas jurídicas pero siempre que no actúen en el marco de su actividad profesional). |
| 6. Derecho sobre inversiones | Reglamentos UE. Arts. L151-3 y R153 Código monetario y financiero ²⁰⁷⁸ | Prevalencia de normativa europea. No hay restricciones a las inversiones extranjeras salvo sectores específicos (por ejemplo, defensa). |
| 7. Protección de datos | Reglamento 2016/679 general de protección de datos Ley sobre informática, ficheros y libertades ²⁰⁷⁹ | Prevalencia del nuevo Reglamento europeo. |

²⁰⁷⁵ *Loi n° 96-588 du 1 juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales*, JO 3 julio 1996, p. 9983.

²⁰⁷⁶ *Loi n° 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle*, JO 3 julio 1992.

²⁰⁷⁷ *Code de la Consommation* ("Código del consumo"), última versión consolidada disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²⁰⁷⁸ *Code monétaire et financier*, última versión consolidada disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072026> (fecha última consulta: 20/03/2017).

| | | |
|---|--|--|
| 8. Fiscalidad | Código general de impuestos ²⁰⁸⁰ | No hay normativa específica, franquiciadores y franquiciados sujetos a impuesto directo y a IVA. |
| 9. Derecho del trabajo | Código del Trabajo ²⁰⁸¹ | Como una cuestión de hecho, si el franquiciado se encuentra bajo un estricto control y toma instrucciones del franquiciador (“subordinación”) podría estimarse que existe una relación laboral entre franquiciador y franquiciado. Otras normas se aplicarán aunque no exista esa relación de dependencia (arts L7321-1 y ss. CT). Si se aprecia subordinación entre trabajadores del franquiciado y franquiciador también se les puede considerar sus empleados. |
| 10. Transferencia de tecnología | - | Estas normas son propias de países en vías de desarrollo. |
| 11. Derecho administrativo sobre ejercicio de actividades comerciales | Arts. L. 750-1 y ss. y R. 751 y ss. CCom. | Junto con estas normas relativas a la autorización de apertura de establecimientos es preciso considerar otras como las leyes sobre horarios comerciales, rebajas, comercio electrónico... |
| 12. Normativa específica del sector de la franquicia | Arts. L. 5125-1 a L. 5125-32 Código de la salud pública ²⁰⁸² | A título de ejemplo para el sector de la farmacia. |

3. ITALIA

| | INSTRUMENTO LEGAL | CONTENIDO |
|---|---|--|
| 1. Normas sobre condiciones generales de la | Ley n. 192 de 18 junio 1998 de subcontratación de actividades | Art. 9 establece la nulidad de los contratos basados en un |

²⁰⁷⁹ *Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, JO 7 enero 1978, p. 227.

²⁰⁸⁰ *Code général des impôts*, última versión consolidada disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069577> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²⁰⁸¹ *Code du travail*, última versión consolidada disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²⁰⁸² *Code de la santé publique*, última versión consolidada disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665> (fecha última consulta: 20/03/2017).

| | | |
|--|---|--|
| contratación | de producción (“abuso económico”) ²⁰⁸³ . | abuso de dependencia económica de una parte frente a otra. Se ha debatido su aplicación a la franquicia. |
| 2. Derecho de sociedades | Código Civil. | Elección entre SpA y Srl. La primera es más apta para inversiones grandes, y tiene una organización más compleja (órgano de administración no es nombrado directamente por accionistas) la segunda es más flexible y eficiente, mejor para pymes. |
| 3. Derecho sobre la propiedad intelectual o industrial | Código de la Propiedad Industrial ²⁰⁸⁴ . Arts. 2592-2594 CC. Ley de protección de los derechos de autor ²⁰⁸⁵ Arts. 2575-2583 CC. | Marcas y patentes protegidas por inscripción en la Oficina Italiana de Patentes y Marcas. K-H y secretos empresariales protegidos por arts. 98 y 99 CPI si cumplen algunos requisitos – secreto, valor económico - (no se registran, confidencialidad). |
| 4. Derecho inmobiliario | Código Civil. | Alquileres de propiedades para uso comercial mínimo de 6 años o 9 años para hoteles o similares. Límites a la no renovación. |
| 5. Consumidores y productos | Código del Consumo ²⁰⁸⁶ . Arts. 1469 y ss. CC. Ley sobre ventas piramidales ²⁰⁸⁷ . | En algunos casos atípicos (franquicia puerta a puerta, en la que el franquiciado no está obligado a comprar los bienes del franquiciador o de ningún otro suministrador) puede que se considere al franquiciado como consumidor ²⁰⁸⁸ . |
| 6. Derecho sobre inversiones | Reglamentos UE. Decreto Ley n. 91/2014 ²⁰⁸⁹ . | Prevalencia normativa europea. No hay restricciones especiales |

²⁰⁸³ Ley 18 junio 1998, n. 192, “Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”, GU n. 143 del 22 junio 1998.

²⁰⁸⁴ Decreto Legislativo 10 febrero 2005, n. 30, “Codice della proprietà industriale, a norma dell’articolo 15 della legge 12 dicembre 2002, n. 273”, GU n. 52 del 4 marzo 2005.

²⁰⁸⁵ Ley 22 abril 1941, n. 622, “Protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”, G.U. n. 166 del 16 julio 1941.

²⁰⁸⁶ Decreto Legislativo 6 septiembre 2005, n. 206, “Codice del consumo, a norma dell’articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229”, GU n. 235 del 8 octubre 2005.

²⁰⁸⁷ Ley 17 agosto 2005, n. 173, “Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali”, GU n. 204 del 2 septiembre 2005.

²⁰⁸⁸ R. PERA / F. M. CATENNACI, “Italy” en P.F. ZEIDMAN (ed.), *Franchising in 30 jurisdictions worldwide*, Law Business Research, London, 2014, pp. 95-102, p. 101.

²⁰⁸⁹ Decreto Ley 24 junio 2014, n. 91, “Disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l’efficientamento energetico dell’edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo sviluppo delle imprese,

| | | |
|---|--|---|
| | | a inversiones extranjeras, salvo sectores específicos (banca, transporte, energía, medicamentos). Recientes incentivos legislativos a la inversión extranjera. |
| 7. Protección de datos | Reglamento 2016/679 general de protección de datos Código en materia de protección de los datos personales ²⁰⁹⁰ | Prevalencia del nuevo Reglamento europeo. |
| 8. Fiscalidad | “Testo Unico delle Imposte sui Redditi” (TUIR) ²⁰⁹¹ . Decreto n. 446/1997, sobre el IRAP ²⁰⁹² . Decreto n. 633/1972 sobre el IVA ²⁰⁹³ . | Franquiciadores y franquiciados estarán sujetos a un impuesto directo (IRES + IRAP) y a un impuesto indirecto (IVA). Existen tasas sobre los <i>royalties</i> percibidos por empresas extranjeras de un 30%. |
| 9. Derecho del trabajo | Estatuto de los trabajadores ²⁰⁹⁴ . Arts. 2060-2246 CC. | No hay riesgo de consideración de los trabajadores del franquiciado como del franquiciador si no hay control directo o subordinación. |
| 10. Transferencia de tecnología | - | Estas normas son propias de países en vías de desarrollo. |
| 11. Derecho administrativo sobre ejercicio de actividades comerciales | Art. 31 Decreto Ley n. 201/2011 ²⁰⁹⁵ . | Norma sobre horarios de los comercios. Junto con esta norma es preciso considerar otras como las leyes sobre apertura de establecimientos, rebajas, comercio electrónico... |
| 12. Normativa específica del | Decreto Ley n. 214/2005 ²⁰⁹⁶ | A título de ejemplo, normativa |

il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonche' per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea”, GU n.144 del 24 junio 2014.

²⁰⁹⁰ Decreto legislativo 30 junio 2003, n. 196, “Codice in materia di protezione dei dati personali”, GU n. 174 de 29 julio 2003.

²⁰⁹¹ Decreto del Presidente della Repubblica de 22 diciembre 1986, n. 917, “Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR)”, GU n. 44 del 31 diciembre 1986.

²⁰⁹² Decreto legislativo 15 diciembre 1997, n. 446, “Istituzione dell'imposta regionale sulle attivita' produttive, revisione degli scaglioni, delle aliquote e delle detrazioni dell'Irpef e istituzione di una addizionale regionale a tale imposta, nonche' riordino della disciplina dei tributi locali”, GU n.298 del 23 diciembre 1997.

²⁰⁹³ Decreto del Presidente de la República de 26 octubre 1972, n. 633, “Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto”, GU n. 292 del 11 noviembre 1972.

²⁰⁹⁴ Ley 20 mayo 1970, n. 300, “Statuto dei lavoratori”, GU 27 maggio 1970, n. 131.

²⁰⁹⁵ Decreto Ley 6 diciembre 2011, n. 201, “Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici”, GU 6 dicembre 2011, n. 284.

| | | |
|-------------------------|--|------------------------------------|
| sector de la franquicia | Art. 5 Ley n. 248/2006 ²⁰⁹⁷ | del sector vegetal y farmacéutico. |
|-------------------------|--|------------------------------------|

4. ALEMANIA

| | INSTRUMENTO LEGAL | CONTENIDO |
|--|---|--|
| 1. Normas sobre condiciones generales de la contratación | Arts. 305 y ss. BGB ²⁰⁹⁸ . Art. 512 BGB. | Los términos estándar son nulos si perjudican a la otra parte. El franquiciado se considera un emprendedor que tiene derecho a revocar el contrato si está obligado a comprar bienes de forma continuada. |
| 2. Derecho de sociedades | Ley sobre sociedades de responsabilidad limitada (GmbHG) ²⁰⁹⁹ . Ley sobre sociedades (AktG) ²¹⁰⁰ . | Dentro del amplio rango la más utilizada es la GmbH (SRL). También la AG (SA), con mayores requisitos de capital y de control y la recientemente introducida UG. |
| 3. Derecho sobre la propiedad intelectual o industrial | Ley sobre modelos de utilidad ²¹⁰¹ . Ley sobre la protección de los diseños ²¹⁰² . Ley sobre el copyright ²¹⁰³ | La protección de marcas y patentes requiere registro en la Deutsches Patent- und Markenamt. El <i>know-how</i> no está sujeto a |

²⁰⁹⁶ Decreto Legislativo 19 agosto 2005, n. 214, “Attuazione della direttiva 2002/89/CE concernente le misure di protezione contro l'introduzione e la diffusione nella Comunità di organismi nocivi ai vegetali o ai prodotti vegetali”, GU 24 octubre 2005, n. 248.

²⁰⁹⁷ Ley 4 agosto 2006, n. 248, “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonche' interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale”, GU n. 186 del 11 agosto 2006.

²⁰⁹⁸ Se ha de tener en cuenta la Sent. BGH 20 mayo 2003 *Apollo-Optik-Entscheidung*, BB 2003, pp. 2245 y ss.; ZIP 2004, pp. 744 y ss., nota J.P. GIESLER. En esta decisión el BGH se enfrentó a los casos de varios franquiciados de la misma cadena que pretendían que les fueran aplicados a sus compras al franquiciador los mismos descuentos que el franquiciador había obtenido del proveedor de ciertos productos contractuales, independiente de lo dispuesto en el contrato. El Alto tribunal falló a favor de los franquiciados. Ver también Sent. BGH 13 julio 2004, *Citroen*, BGH GRUR Int. 2005, pp. 152 y ss.

²⁰⁹⁹ Ley de 20 abril 1892, “Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung”, versión actualizada disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹⁰⁰ Ley de 6 septiembre 1965, “Aktengesetz”, versión actualizada disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹⁰¹ Ley de 1 enero 1968, sobre los modelos de utilidad, “Gebrauchsmustergesetz”, versión actualizada disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/gebrmg/> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹⁰² Ley de 12 marzo 2014, “Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design”, versión actualizada disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/geschmng_2004/ (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹⁰³ Ley de 9 septiembre 2014, “Urheberrechtsgesetz”, versión actualizada disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/> (fecha última consulta: 20/03/2017).

| | | |
|------------------------------|--|---|
| | Ley sobre patentes ²¹⁰⁴ . Ley contra la competencia desleal ²¹⁰⁵ . | protección especial, si se rompe la confidencialidad se penaliza a través de la Ley contra la competencia desleal. |
| 4. Derecho inmobiliario | Arts. 873-1203 BGB. Arts. 535-548 BGB. | No hay normas especiales para franquicia. La legislación sobre alquileres favorece al arrendatario. |
| 5. Consumidores y productos | Ley de responsabilidad sobre los productos ²¹⁰⁶ . Ley sobre productos electrónicos ²¹⁰⁷ . Arts. 312, 491-498 y 499-504 BGB. | Los franquiciados no se consideran consumidores ²¹⁰⁸ . |
| 6. Derecho sobre inversiones | Reglamentos UE. | No hay restricciones a las inversiones extranjeras. |
| 7. Protección de datos | Reglamento 2016/679 general de protección de datos. Ley de protección de datos (BDSG) ²¹⁰⁹ | Prevalencia del nuevo Reglamento europeo. |
| 8. Fiscalidad | Código Fiscal ²¹¹⁰ . Ley del impuesto sobre la propiedad ²¹¹¹ . Ley del impuesto sobre las transacciones comerciales internacionales ²¹¹² . Ley del impuesto sobre el comercio ²¹¹³ . | El franquiciador o franquiciado con sede en Alemania pagará impuesto directo (IS o Renta) e IVA. También se paga una tasa municipal (12-18%) sobre los beneficios. Los <i>royalties</i> pagados a franquiciador extranjero están |

²¹⁰⁴ Ley de 16 diciembre 1980, “*Patentgesetz*”, versión actualizada disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/patg/> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹⁰⁵ Ley de 3 marzo 2010, “*Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb*”, versión actualizada disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/ (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹⁰⁶ Ley de 15 diciembre 1989, “*Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte*”, versión actualizada disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/prodhaftg/> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹⁰⁷ Ley 16 marzo 2005, “*Gesetz über das Inverkehrbringen, die Rücknahme und die umweltverträgliche Entsorgung von Elektro- und Elektronikgeräten*”, versión actualizada disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/elektrog_2015/ (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹⁰⁸ Sent. BGH 24 febrero 2005, los potenciales franquiciados no han de ser considerados como consumidores en relación a su negocio de franquicia.

²¹⁰⁹ Ley 20 diciembre 1990, “*Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung*”, BGBl. I 1990 S.2954.

²¹¹⁰ Ley de 16 marzo 1976, “*Abgabenordnung*” versión actualizada disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/ (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹¹¹ Ley 7 agosto 1973, “*Grundsteuergesetz*”, versión actualizada disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/grstg_1973/ (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹¹² Ley de 8 septiembre 1972, “*Aussensteuergesetz*”, versión actualizada disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/astg/> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹¹³ Ley de 21 marzo 1991, “*Gewerbsteuergesetz*”, versión actualizada disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/gewstg/> (fecha última consulta: 20/03/2017).

| | | |
|---|--|--|
| | Ley del impuesto sobre sociedades ²¹¹⁴ . Ley del impuesto sobre la renta ²¹¹⁵ . Ley del IVA ²¹¹⁶ . | sujetos a un impuesto a cargo del franquiciador del 18%. |
| 9. Derecho del trabajo | No existe una única Ley que regule las relaciones laborales sino un gran número de normas sobre aspectos concretos (vacaciones, salario, bajas parentales, etc.). Ley sobre la participación de los empleados ²¹¹⁷ . | Existe cierto riesgo de considerar al franquiciado como empleado del franquiciador, en función del control que éste ejerza sobre aquél y del riesgo asumido por el franquiciado. |
| 10. Transferencia de tecnología | - | Estas normas son propias de países en vías de desarrollo. |
| 11. Derecho administrativo sobre ejercicio de actividades comerciales | Ley sobre horarios comerciales ²¹¹⁸ . | Junto con esta norma sobre horarios comerciales es preciso tener en cuenta otras sobre apertura de establecimientos, rebajas, comercio electrónico... |
| 12. Normativa específica del sector de la franquicia | Ley del vino ²¹¹⁹ . | A título ejemplificativo, normativa sobre el sector del vino. |

5. BÉLGICA

| | INSTRUMENTO LEGAL | CONTENIDO |
|---|--------------------------------------|---|
| 1. Condiciones generales de la contratación | Libro XIV CDE. | La normativa se refiere a los contratos suscritos entre profesionales y consumidores, no se aplica a contratos B2B. |
| 2. Derecho de sociedades | Código de sociedades ²¹²⁰ | Las formas sociales más |

²¹¹⁴ Ley de 31 agosto 1976, “*Körperschaftsteuergesetz*”, versión actualizada disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/kstg_1977/ (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹¹⁵ Ley 8 octubre 2009, “*Einkommensteuergesetz*”, versión actualizada disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/estg/> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹¹⁶ Ley 26 noviembre 1979, “*Umsatzsteuergesetz*”, versión actualizada disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/ustg_1980/ (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹¹⁷ Ley 4 mayo 1976, “*Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer*”, versión actualizada disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/mitbestg/> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹¹⁸ Ley de 28 noviembre 1956, “*Gesetz über den Ladenschluß*”, BGBI. I S. 875.

²¹¹⁹ Ley de 8 julio 1994, “*Weinggesetz*”, versión actualizada disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/weing_1994/ (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹²⁰ Código de sociedades, “*Code des sociétés*”, última versión actualizada disponible en: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1999050769&table_name=loi (fecha última consulta: 20/03/2017).

| | | |
|------------------------------|---|--|
| | | utilizadas son las SA y NV (equivalente a la SL). Los requisitos de creación incluyen la configuración de un plan de negocios a tres años. |
| 3. Propiedad intelectual | Libro XI CDE. Convención del Benelux en materia de propiedad intelectual ²¹²¹ . | Marcas y patentes han de registrarse. Existe un procedimiento belga y otro para todo el Benelux. El <i>know-how</i> no está sujeto a inscripción y solamente puede protegerse por vía contractual. |
| 4. Derecho inmobiliario | Libro II CC. | Normas especiales para arrendamientos de negocio y establecimientos. |
| 5. Consumidores y productos | Libro VII CDE. | No hay riesgo de que el franquiciado se considere como un consumidor. |
| 6. Derecho sobre inversiones | Reglamentos UE. | No hay restricciones a las inversiones extranjeras. |
| 7. Protección de datos | Reglamento 2016/679 general de protección de datos. “Loi vie privée” ²¹²² . | Prevalencia del nuevo Reglamento europeo. |
| 8. Fiscalidad | Código de impuestos sobre los ingresos (CIR) ²¹²³ . Código de IVA ²¹²⁴ | Franquiciadores y franquiciados con sede en Bélgica estarán sujetos al sistema habitual de impuestos directos e indirectos. También hay retenciones sobre los <i>royalties</i> percibidos los franquiciadores extranjeros (25%). |

²¹²¹ Ley 22 marzo 2006, « *Loi portant assentiment à la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles), faite à La Haye le 25 février 2005* », MB 25 abril 2006, p. 21.

²¹²² Loi relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, M.B., 18 mars 1993.

²¹²³ *Code des impôts sur les revenus*, última versión actualizada disponible en: <http://ccff02.minfin.fgov.be/KMWeb/document.do?method=view&id=efe1554a-425c-40d9-a143-9383859b5fd1#findHighlighted> (fecha última consulta: 20/03/2017).

²¹²⁴ Ley 3 julio 1969, « *Loi créant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée* », MB 17 julio 1969, p. 7.046.

| | | |
|---|---|---|
| 9. Derecho del trabajo | Ley del trabajo ²¹²⁵ . Ley de los contratos de trabajo ²¹²⁶ . | Los contratos han de redactarse cuidadosamente para que el franquiciado aparezca como un contratante independiente, y los mismos no sean calificados como contratos de trabajo. |
| 10. Transferencia de tecnología | - | Estas normas son propias de países en vías de desarrollo. |
| 11. Derecho administrativo sobre ejercicio de actividades comerciales | Libro VIII CDE. | Junto con estas normas relativas a los estándares de calidad de productos y servicios se han de tener en cuenta otras sobre horarios comerciales, licencias, rebajas, comercio electrónico... |
| 12. Normativa específica del sector de la franquicia | Decreto real sobre la apertura, la transmisión y la fusión de farmacias ²¹²⁷ . | A título de ejemplo, normativa sobre el sector de las farmacias. |

²¹²⁵ Ley 16 marzo 1971, «*Loi sur le travail*», MB 30 marzo 1971, p. 3.931.

²¹²⁶ Ley 3 julio 1978, «*Loi relative aux contrats de travail*», MB 22 agosto 1978, p. 9.277.

²¹²⁷ «*Arrêté royal 5 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public*», MB 5 octubre 1974, p. 12.267.

ANEXO 4

ESTUDIO DE CASO DE UNA RED INTERNACIONAL DE FRANQUICIA

1. Objeto del estudio. Como parte de este trabajo se ha realizado un estudio de las normas de Dopr. aplicables a los contratos de una determinada empresa franquiciadora establecida en la Unión Europea (en adelante, la empresa “X”)²¹²⁸. Con este estudio se pretende aplicar a un caso concreto las conclusiones alcanzadas en esta Tesis Doctoral.

2. Estado de la cuestión. La empresa X se dedica al sector de la restauración y cuenta con establecimientos franquiciados en 28 países, incluidos varios Estados miembros de la Unión Europea. Su expansión internacional se organiza mediante redes de máster franquicia. Cada una de estas redes tiene como territorio el Estado en que se quiere acometer la expansión. La empresa X suscribe dichos contratos directamente a través de su matriz, con sede en un Estado miembro, de forma que en todos los contratos de máster franquicia suscritos está presente un elemento internacional que determinará de forma objetiva la aplicación a los mismos del Dopr..

3. Pese a que los contratos se negocian individualmente, la empresa X es la que proporciona una primera versión del contrato a firmar con el máster franquiciado. Estos contratos contienen una cláusula de sumisión a los tribunales del lugar de la sede del franquiciador y una cláusula de elección de la Ley de ese Estado. Como ha puesto de manifiesto la empresa X, hasta el momento ningún máster franquiciado de los que finalmente suscribió el contrato puso pega a dichas cláusulas o pretendió modificarlas.

4. Por otra parte, los contratos de la empresa X no contienen ninguna cláusula por la que se obligue al máster franquiciador a incluir en los futuros contratos que suscriba con los subfranquiados una cláusula de competencia judicial internacional o de Ley aplicable. Este tipo de cláusulas no tendría un alcance muy efectivo dado que la mayoría de dichos contratos son eminentemente domésticos, tanto desde un punto de vista subjetivo (tanto el máster franquiciado como el subfranquiado tienen su domicilio, residencia habitual y nacionalidad en el mismo territorio) como objetivo (el contrato de subfranquicia se ejecutará en ese territorio en que ambos están domiciliados).

5. Tribunales competentes y Ley aplicable. Para poder evaluar los posibles riesgos de litigación internacional, es decir, para poder determinar con certeza qué tribunales serán competentes para conocer de una reclamación derivada de estas relaciones de franquicia así como qué Ley se aplicará a las mismas, es preciso tener en cuenta otros factores además de las cláusulas de elección incluidas en los contratos²¹²⁹:

²¹²⁸ Los datos sobre esta empresa no se revelan por razones de confidencialidad. La autora agradece a esta empresa y muy especialmente a su presidente y a sus servicios jurídicos su disponibilidad para la realización de este estudio.

²¹²⁹ Las consideraciones que se expondrán a continuación son aplicables tanto si es el máster franquiciado quien pretende demandar a la empresa X, como si es la empresa X la que pretende demandar al máster

6. *Conexión con la Unión Europea.* El primer factor a tener en cuenta serán los tribunales ante los que se haya interpuesto o se pretenda interponer una posible demanda por cualquiera de las partes del contrato o por terceros. Si los tribunales son los de un Estado miembro, éstos examinarán su competencia judicial internacional y la Ley aplicable al caso teniendo en cuenta el EPIL²¹³⁰. Si los tribunales son los de un tercer Estado, éstos decidirán estas cuestiones conforme a sus propias normas de Dipr., obviamente sin tener en cuenta el Dipr. de la Unión Europea o de ningún Estado miembro. Al igual que la Tesis Doctoral, este estudio se circunscribirá a los casos en que las controversias se planteen ante los tribunales de un Estado miembro.

7. *Materia sobre la que versa la acción.* En segundo lugar, será preciso tener en cuenta la materia sobre la que versa la acción que se ha ejercido o se pretende ejercitar. Dicha materia, junto con otros factores de carácter personal y temporal serán los que determinen el instrumento normativo que han de aplicar los tribunales de los Estados miembros para determinar su competencia y la Ley aplicable al caso. Las normas de referencia serán el Reglamento Bruselas I bis²¹³¹ para competencia judicial internacional, y los Reglamentos Roma I y Roma II para Ley aplicable²¹³². Dado que estas normas europeas tienen preferencia aplicativa sobre las normas de producción interna de cada Estado miembro, será preciso consultar en primer lugar si las mismas se consideran aplicables al litigio en cuestión. Se puede distinguir entre las siguientes materias:

8. *i. Obligaciones contractuales.* Si la controversia versa sobre una obligación derivada del contrato de máster franquicia, es decir, si se trata de una “obligación contractual” en el sentido de los Reglamentos mencionados, la eficacia de la cláusula de sumisión será examinada a partir del Reglamento Bruselas I bis, y la cláusula de elección de Ley a partir del Reglamento Roma I, pues las obligaciones contractuales están incluidas en el ámbito de aplicación de ambos instrumentos. Estos Reglamentos se aplicarán de forma exclusiva, sin que los tribunales del Estado miembro ante el que se presente la demanda tengan que consultar sus normas nacionales de competencia judicial internacional o de Ley aplicable, y ello independientemente del domicilio del demandado, pues el ámbito de aplicación personal del Reglamento Roma I es *erga*

franquiciado, como si es un tercero ajeno a la relación contractual entre ambos (uno de los subfranquiciados, un consumidor...) quien pretende demandar al máster franquiciado y a la empresa X.

²¹³⁰ Que haya de ser tenido en cuenta no significa que sea el único ordenamiento aplicable, pues el Derecho internacional privado europeo no se encuentra unificado en su totalidad, sino que ha de convivir en ciertas materias con el Derecho internacional privado del Estado Miembro cuyos tribunales conocen del asunto.

²¹³¹ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), *DOUE L 351*, 20 diciembre 2012, pp. 1-32.

²¹³² Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo Y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE L 177* de 4 julio 2008, p. 6 y ss.; Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), *DOUE L 199* de 31 julio 2007, p. 40 y ss.

omnes, y el de Bruselas I bis también lo es en relación a determinados foros, entre los que se encuentra el foro de la sumisión expresa a tribunales de un Estado miembro (en este caso, a los tribunales del Estado de la sede del franquiciador).

9. Para que se considere “contractual”, el litigio se ha de suscitar entre las partes del contrato (máster franquiciado y empresa X) y ha de “derivar” de dicho contrato, es decir, el mismo ha de ser tenido en cuenta para poder resolver la controversia²¹³³. Un ejemplo sería la reclamación por parte del máster franquiciado por un aumento del precio de los productos que le suministra la empresa X para venderlos posteriormente a los subfranquiciados, o una acción de nulidad por defectos en la información precontractual, o una reclamación de la empresa X por incumplimiento de las instrucciones sobre la formación que el máster franquiciado ha de proporcionar a los subfranquiciados. Dependiendo de la manera en que se encuentre redactada la cláusula de sumisión, dado que en EPIL se ha de razonar a partir del principio “contrato por contrato”, la misma cubrirá sólo las obligaciones derivadas del contrato de franquicia, o también las obligaciones derivadas de los contratos de ejecución, como la venta de productos al máster franquiciado.

10. Si la cláusula de sumisión es válida, será respetada por todos los tribunales de los Estados miembros (art. 25 RB-I bis). En consecuencia, si una parte del contrato demanda a la otra ante unos tribunales europeos distintos de aquél al que señala la cláusula, el demandado podrá impugnar la competencia de dichos tribunales interponiendo una declinatoria de jurisdicción y éstos tendrán que declararse incompetentes. La cláusula de elección de Ley también será respetada por los tribunales de los Estados miembros, pues se trata del primer punto de conexión admitido para la determinación de la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (art. 3 RR-I).

11. Las posibilidades que tendría el máster franquiciado de impugnar estas cláusulas son muy escasas, pues tal y como se argumenta en esta Tesis, éstas han de estar sometida única y exclusivamente a las normas de validez que disponen estos Reglamentos europeos, sin que puedan invalidarse por normas de producción interna como por ejemplo la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación. Así, la validez en cuanto a la forma se determina directamente por las normas materiales de los artículos 25.1 y 2 RB-I bis (para la cláusula de sumisión) y del art. 3.1 RR-I (para la cláusula de elección de Ley). Unas cláusulas por escrito que designan a unos concretos tribunales de un Estado miembro como las contenidas en los contratos de la empresa X no tendrán ningún problema de validez en cuanto a la forma. La validez en cuanto al fondo, que comprende el consentimiento de las partes y su capacidad para suscribir estas cláusulas, se rige en cuanto a la cláusula de sumisión por la Ley del Estado miembro elegido por las partes, incluidas sus normas de conflicto de leyes (cdo. 20 y art. 25.1 RB-I bis). En cuanto a la cláusula de elección de Ley, la norma es más compleja. Es preciso distinguir entre consentimiento y capacidad. La Ley aplicable al

²¹³³ STJUE 13 marzo 2014, as. C-548/12, *Brogstetter*, *cit.*; STJUE 14 julio 2016, *Granarolo*, *cit.*.

consentimiento se determinará de acuerdo con el art. 10 RR-I (art. 3.5 RR-I), y la capacidad conforme a las normas de Dipr. de producción interna del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (si estos tribunales fueran los españoles, por ejemplo, conforme al art. 9.1 CC, que lleva a la Ley nacional del contratante), a lo que habría que añadir la regla especial del art. 13 RR-I (“excepción del interés nacional”).

12. Ejemplo. El máster franquiciado francés demanda a la empresa X por incumplimiento del contrato de máster franquicia. Además alega que incurrió en error a la hora de firmar la cláusula de sumisión contenida en el mismo y la impugna. Los tribunales franceses tendrán que aplicar el Derecho francés, incluidas sus normas de conflicto, para determinar la Ley aplicable al consentimiento de ese máster franquiciado a la cláusula de sumisión. Dado que la cláusula de sumisión es un contrato autónomo, y que en Francia, la norma de conflicto que determina la Ley aplicable al consentimiento contractual es el art. 10 RR-I, los tribunales franceses tendrán que aplicar este artículo para determinar la Ley conforme a la cual examinar el consentimiento del máster franquiciado a la cláusula de sumisión. Este artículo podría llevar a la aplicación de la Ley francesa, por ser la Ley de su residencia habitual (art. 10.2 RR-I).

13. El máster franquiciado no podrá impugnar las cláusulas de elección de Ley o de sumisión a tribunales por ninguna otra causa distinta de la falta de capacidad, consentimiento o de forma. No podrá, por ejemplo, alegar que estas cláusulas son abusivas conforme al Derecho que rige la validez de fondo de estas cláusulas, aunque dicho Derecho permita que se declaren como abusivas cláusulas contenidas en contratos entre profesionales. Tanto el Reglamento Bruselas I bis como el Reglamento Roma I consideran el contrato de franquicia como un contrato entre profesionales y por lo tanto no establece salvaguarda alguna en relación al posible desequilibrio de poder negociador entre ambas partes del contrato²¹³⁴.

14. En el caso en que la cláusula de sumisión se considere como no válida por defectos de forma o de fondo, el tribunal ante el que se plantea la demanda decidirá su competencia a partir de los foros generales del Reglamento Bruselas I bis. Así, se podrá declarar competente si es el tribunal del domicilio del demandado (art. 4 RB-I bis) o si es el tribunal del Estado en que el máster franquiciado presta sus servicios (art. 5.1.b, guión segundo RB-I bis)²¹³⁵. Si es la cláusula de elección de Ley la anulada, la Ley aplicable al contrato será en todo caso la Ley de la residencia habitual del máster franquiciado (art. 4.1.e RR-I).

²¹³⁴ *Vid.* capítulo segundo, sección primera, apartado II.2.C.a.i.1.4.: “Condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas y pactos de sumisión en los contratos de franquicia” y sección segunda, apartado II.3.C.d.i.1.4. “Condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas y pactos de elección de Ley en los contratos de franquicia”.

²¹³⁵ Se tiene en cuenta que el demandado (empresa X) tiene su domicilio en un Estado miembro. En relación a estos foros generales, si el demandado está domiciliado fuera de la Unión Europea, el tribunal ante el que se plantee la demanda tendrá que determinar su competencia en virtud de sus normas de producción interna y no del Reglamento Bruselas I bis.

15. Por último, es preciso tener en cuenta una circunstancia capaz de afectar a las cláusulas de elección de Ley y por lo tanto a la *Lex contractus*: la existencia de leyes de policía. Tanto las leyes del Estado cuyos tribunales conocen del asunto como las del Estado de ejecución del contrato podrán imponerse sobre la Ley elegida por las partes si se considera que las mismas son esenciales para la salvaguarda de los intereses públicos del Estado que las promulgó (art. 9 RR-I). Este es el caso, por ejemplo, de los artículos X.26 a X.32 del *Code de Droit Économique* belga, relativos a la información precontractual que ha de facilitarse a ciertos contratantes, entre ellos a los franquiciados, declarados por su art. X.33 como exclusivamente sujetos a Derecho belga²¹³⁶.

16. En cualquier caso es preciso señalar que estas leyes de policía no podrán imponerse sobre la cláusula de sumisión, de forma que aunque las mismas, como hace la norma belga, establezcan la competencia judicial internacional en exclusiva para los jueces belgas en todos los asuntos relacionados la materia regulada (art. X.33 CDE), la cláusula de sumisión prevalecerá y el juez belga ante el que se haya planteado el litigio alegando dicha norma tendrá que declararse incompetente en virtud del art. 25.1 RB-I bis²¹³⁷.

17. Ejemplo. La empresa X es demandada ante los tribunales belgas por el máster franquiciado que opera en Bélgica por defectos de información precontractual. El máster franquiciado solicita la nulidad del contrato conforme a los artículos X.26 a X.34 del CDE y alega la prevalencia de estos artículos sobre la cláusula de sumisión y sobre la cláusula de elección de Ley contenida en el contrato de máster franquicia. El tribunal belga tendrá que respetar la cláusula de sumisión, que señala a los tribunales del Estado miembro del domicilio de la empresa X, y declararse incompetente. Si el máster franquiciado intenta entonces la misma acción ante los tribunales competentes en virtud de la cláusula de sumisión, dichos tribunales conocerán del caso y podrán aplicar al mismo la normativa belga alegada por encima de la Ley elegida por las partes, pero al ser normas de otro Estado, su aplicación será potestativa para el tribunal (art. 9.3 RR-I).

18. ii. Obligaciones extracontractuales. Si la controversia versa sobre una “obligación extracontractual” en el sentido europeo, la cláusula de sumisión será examinada también a partir del Reglamento Bruselas I bis y la de elección de Ley a partir del Reglamento Roma II. Estos instrumentos se aplicarán también de forma exclusiva, por las mismas razones expuestas para las obligaciones contractuales.

19. Dentro de las obligaciones extracontractuales cabe realizar una distinción. Por un lado, se considerarán como acciones extracontractuales todas aquellas suscitadas

²¹³⁶ Aunque la acción se califique como “extracontractual” a efectos de Ley aplicable, como es el caso de la responsabilidad precontractual, las Leyes de policía tendrían incidencia sobre dicha Ley, pues prevalecen sobre la misma en virtud del art. 16 RR-II.

²¹³⁷ STJUE 19 diciembre 2013, *Corman Collins*, cit..

entre la empresa X y un tercero ajeno al contrato de máster franquicia. Así, serán acciones extracontractuales las que ejerza la empresa X contra uno de los subfranquiciados por un mal uso de los derechos de propiedad intelectual o las que ejerza un subfranquiciado contra la empresa X reclamando su responsabilidad solidaria con el máster franquiciado por incumplimientos de éste²¹³⁸.

20. Por otro lado, también se considerarán como acciones extracontractuales aquellas que se susciten entre las partes del contrato de máster franquicia, es decir, entre la empresa X y el máster franquiciado, siempre que para resolver la acción no sea indispensable tener en cuenta el contrato. Un ejemplo serían las posibles acciones del máster franquiciado contra la empresa X por vulneración del Derecho de la competencia. La diferencia entre los dos tipos de obligaciones extracontractuales citadas es que en el segundo de los casos se tendrán que tener en cuenta las cláusulas de sumisión y de elección de Ley contenidas en el contrato. En los casos en que en la reclamación se vea implicado un tercero estas cláusulas no serán oponibles pues las mismas obligan únicamente a las partes que las suscriben y no a terceros.

21. En consecuencia, si el litigio se suscita entre las partes del contrato de máster franquicia, la cláusula de sumisión expresa tendrá que ser respetada por los tribunales de la Unión Europea, siempre que de la misma se derive claramente que ésta incluye también las reclamaciones extracontractuales (art. 25.1 RB-I bis y jurisprudencia asociada)²¹³⁹. Tanto si la cláusula no las incluye, como si el litigio se ha suscitado entre la empresa X y un tercero, habrá que estar a los foros generales dispuestos por el Reglamento. El tribunal ante el que se haya planteado la demanda se declarará competente para conocer de la reclamación si éste es el tribunal del domicilio de la empresa X (art. 4 RB-I bis) o si es el tribunal del lugar en que se haya producido el “hecho dañoso” (art. 7.2 RB-I bis). En los casos mencionados, muy habituales, en que la empresa X haya sido demandada en litisconsorcio pasivo junto con el máster franquiciado, el tribunal ante el que se ha planteado la demanda podrá declararse también competente para conocer de la reclamación respecto a la empresa X si es el tribunal del lugar en que se encuentra el domicilio del máster franquiciado (art. 8.1 RB-I bis)²¹⁴⁰.

22. En cuanto a la cláusula de elección de Ley, de la misma forma, podrá ser tenida en cuenta si su redacción abarca también las relaciones extracontractuales, pues la elección de Ley es también el primer punto de conexión en el Reglamento Roma II (art. 14.1.b RR-II). No obstante, esta regla está sujeta a excepciones; por ejemplo,

²¹³⁸ Este tipo de reclamaciones son muy habituales y suelen basarse en principios jurídicos como la culpa *in vigilando* o la doctrina del levantamiento del velo. Pese a ello, tienen un muy bajo porcentaje de éxito, dado que el franquiciador y el máster franquiciado suelen ser empresas totalmente independientes jurídica y económicamente.

²¹³⁹ STJUE 21 mayo 2015, *Cartel Damage*, *cit.*.

²¹⁴⁰ De nuevo, se tiene en cuenta que el demandado (empresa X) tiene su domicilio en un Estado Miembro.

cuando se trate de una reclamación sobre Derecho de la competencia no cabe el pacto de elección (art. 6.4 RR-II). En esos casos en que no cabe sumisión, o bien si la cláusula no comprende estas reclamaciones o si el litigio se ha suscitado entre la empresa X y un tercero, será aplicable a la reclamación la Ley del país donde se ha producido el daño (art. 4.1 RR-II), salvo que el reclamante tenga su residencia habitual en el mismo país que la empresa X, caso en que se aplicará tal Ley (art. 4.2 RR-II).

23. Por último, también en estos litigios se podrán tener en cuenta las leyes de policía, pero solamente las del Estado cuyos tribunales conozcan del asunto (art. 16 RR-II). De nuevo, estas normas podrán alterar la Ley aplicable al caso, pero no los tribunales competentes.

24. *iii. Arrendamiento de inmuebles.* Puede darse el caso de que la empresa X sea la que adquiera y arriende al máster franquiciado alguno de los establecimientos en que se desarrollará posteriormente la actividad de franquicia, para que éste lo explote directamente o bien para que lo subarriende a un subfranquiciado. Por ello se ha de tener en cuenta que las obligaciones derivadas del arrendamiento de inmuebles no están sujetas a las normas generales sobre obligaciones contractuales del Reglamento Bruselas I bis. Sobre esta materia serán competentes en exclusiva los tribunales del lugar en que el inmueble arrendado se halle sito (art. 24.1 RB-I bis). De esta forma, si la empresa X se ve demandada ante esos tribunales no podrá alegar la cláusula de sumisión incluida en el contrato. Por el contrario, en sede de Ley aplicable esta materia está sujeta al régimen general, por lo que los tribunales que conozcan del caso tendrán que respetar el pacto de elección de Ley del contrato, siempre que el mismo se extienda también a los contratos de desarrollo, dentro de los que estaría este tipo de arrendamiento.

25. Ejemplo. El máster franquiciado de Francia explota un establecimiento de la cadena directamente. Dicho establecimiento fue adquirido por la empresa X antes de la firma del contrato de máster franquicia y fue arrendado al máster franquiciado. El máster franquiciado desea demandar a la empresa X por considerar que ésta ha incumplido el contrato de arrendamiento. Para ello, no estará sujeto a la cláusula de elección de tribunales incluida en el contrato de franquicia, sino que tendrá que demandar ante los tribunales del lugar de Francia donde se encuentra sito el establecimiento, que se declararán competentes conforme al art. 24.1 RB-I bis. Los tribunales franceses aplicarán la Ley elegida para resolver el caso.

26. *iv. Derechos reales sobre inmuebles.* Las acciones en materia de estos derechos se encuentran también sujetas al foro exclusivo del lugar en que el inmueble se halle sito (art. 24.1 RB-I bis). De esta forma, si el máster franquiciado desea plantear una acción relativa a un derecho real sobre el establecimiento franquiciado no estará vinculado por la cláusula de sumisión incluida en el contrato de franquicia, sino que

tendrá que demandar ante los tribunales del Estado en que se encuentre sito el inmueble²¹⁴¹.

27. En cuanto a la Ley aplicable a esta reclamación, los derechos reales son cuestiones excluidas del ámbito de aplicación material de los Reglamentos Roma I y Roma II, y tampoco existe otra norma de EPIL aplicable a los mismos. En consecuencia, cuando el litigio verse sobre un derecho real relativo al mencionado establecimiento, los tribunales de los Estados miembros ante los que se plantee la demanda determinarán la Ley aplicable a la misma conforme a sus normas internas de Dopr.. La mayoría de estas normas no permiten la elección de Ley en materia de derechos reales, por lo que la empresa X no podrá alegar la cláusula de elección contenida en el contrato.

28. Ejemplo. El máster franquiciado de Francia explota un establecimiento de la cadena directamente. Éste interpone una acción declarativa de dominio respecto a la empresa X ante los tribunales franceses. Los tribunales franceses, competentes en virtud del art. 24.1 RB-I bis, tendrían que aplicar el art. 3 del Código Civil francés, que sigue el criterio de la *lex rei sitae*, para determinar la Ley aplicable a este litigio. El litigio se resolvería conforme al Derecho francés y no conforme al derecho pactado en la cláusula de elección de Ley.

29. v. Derechos reales sobre bienes muebles. Las cuestiones relacionadas con derechos reales sobre bienes muebles, por ejemplo, con la propiedad de la maquinaria que la empresa X pueda proporcionar a sus franquiciados máster para que la vendan o arrienden a los subfranquiciados, se rigen en sede de competencia judicial internacional por las normas generales del Reglamento Bruselas I bis. En consecuencia, la cláusula de sumisión contenida en el contrato de máster franquicia tendrá que ser plenamente respetada por los tribunales de los Estados miembros. Sin embargo, por lo que respecta al pacto de elección de Ley la cuestión es distinta, dado que se trata de una cuestión no regulada por las normas europeas de Dopr.. El tribunal competente tendrá que determinar dicha Ley en virtud de sus normas de conflicto de producción interna que no suelen admitir el pacto de elección de Ley (este es el caso de la Ley española, ex. art. 10.1.2º CC, que remite a la Ley del país en que se hallen dichos bienes).

30. vi. Derechos de propiedad intelectual e industrial. Si bien la cesión de los derechos que se produce en el marco del contrato de máster franquicia se registrará por las normas generales, por tratarse de obligaciones contractuales, este no será el caso de las cuestiones relacionadas con la existencia, inscripción y validez de estos derechos. Las mismas están sujetas, en cuanto a la competencia, al foro exclusivo del art. 24.4 RB-I bis, lo que no permitirá que se aplique a estos litigios el pacto de sumisión contenido en el contrato. Serán competentes para conocer de estas acciones los tribunales del Estado en que se haya realizado o vaya a realizarse el registro de esos derechos. En cuanto a la

²¹⁴¹ Si el inmueble está sito en la UE. En caso contrario *vid.* STJUE 28 abril 2009, *Apostolides, cit.*.

Ley aplicable a estas cuestiones, no se encuentra unificada a nivel europeo. El tribunal ante el que se plantee la demanda tendrá que aplicar sus normas de producción interna para determinar la Ley aplicable a esa existencia o validez de los derechos, cuestión respecto a la que tampoco se suele permitir el pacto de Ley aplicable.

31. *vii. Cuestiones relacionadas con la formación del contrato.* Los litigios relacionados con la capacidad y el consentimiento de las partes y la forma del contrato de máster franquicia se consideran como “materia contractual” a efectos de competencia judicial internacional, y por lo tanto se tendrá que respetar el pacto de sumisión contenido en el contrato (art. 25.5 RB-I bis). No obstante, cuentan con normas especiales en Ley aplicable. Así, por ejemplo, si el máster franquiciado pretende ejercitar una acción de nulidad del contrato frente a la empresa X por defectos en su consentimiento, la Ley aplicable será en principio la elegida (ex. art. 10.1 RR-I) pero el máster franquiciado podrá alegar también la Ley de su residencia habitual (art. 10.2 RR-I). Si la acción de nulidad se sustenta en la falta de capacidad, la Ley aplicable será la que determinen las normas de producción interna del Estado cuyos tribunales conocen del asunto (como se ha indicado, en España la Ley nacional del contratante, ex. art. 9.1 CC), si bien habrá que contar con la excepción de interés nacional contenida en el art. 13 RR-I. En cuanto a la forma, la Ley aplicable vendrá determinada conforme al art. 11 RR-I. El artículo incluye varios puntos de conexión alternativos para determinar la validez en cuanto a la forma, entre los que se encuentra la *lex contractus*, es decir, si el contrato se ajusta en la forma a lo dispuesto por la Ley elegida por las partes en el contrato de máster franquicia, será válido en cuanto a la forma.

32. *Conclusiones.* Como puede observarse, las cláusulas de sumisión y de elección de tribunales que el empresario X ha incluido en los contratos de máster franquicia no permiten prever ni a éste, ni a los máster franquiciados, qué tribunales serán competentes ni qué Ley se aplicará a todas las controversias que se deriven de la relación creada entre ellos. Esto se debe a que se trata de un contrato que, por su carácter mixto, afecta a un buen número de materias, dentro de las cuales existen algunas especialmente sensibles, como derechos de propiedad intelectual, derechos reales, arrendamientos, o información precontractual, que se encuentran reguladas por normas que en ocasiones no permiten la autonomía de la voluntad. Incluso en los litigios típicos sobre obligaciones contractuales, en que esta autonomía de la voluntad está plenamente permitida, la eficacia de estas cláusulas tampoco está plenamente asegurada ante los intentos de una de las partes de anularlas por defectos de formación o por considerarlas abusivas y por el juego de las leyes de policía. La incertidumbre que rodea el régimen de Dipr. de estos contratos es mayor si se contemplan los casos en que las demandas pueden venir interpuestas por terceros no parte del contrato, sobre todo por subfranquiciados.

33. Esta falta de previsibilidad se suma en la mayoría de ocasiones a que los tribunales que las normas señalan como competentes para conocer de estas cuestiones y la Ley aplicable a las mismas no tiene por qué ser los más cercanos a las partes ni los

que les generen unos menores costes de intercambio internacional. Todo ello puede llevar a la empresa franquiciadora a dejar de firmar contratos con máster franquiciados de ciertos países en que existe un mayor riesgo de imprevisibilidad (por ejemplo Bélgica) o a intentar evitar la litigiosidad a toda costa, incluso alcanzando una transacción por la inseguridad sobre la competencia o la Ley aplicable al litigio. Lo mismo le ocurrirá a los franquiciados máster. Puede que esta inseguridad jurídica influya en que la expansión mediante franquicia no sea tan utilizada en la Unión Europea como en otras zonas del mundo.

34. Ante esta situación, las partes tienen en sus manos la posibilidad de redactar cláusulas de elección de Ley y de tribunales más completas y exhaustivas, de forma que incluyan expresamente todo tipo de litigios derivados de las obligaciones contractuales, extracontractuales, derechos reales, formación del contrato e interpretación en los que se permita pacto. Para ello tendrán que planificar previamente a la firma de cada contrato de máster franquicia todas las posibilidades de ser demandadas o de demandar ante distintos tribunales y la Ley que se aplicaría a esas demandas. Respecto de las materias sobre las que exista un pacto de sumisión y de Ley aplicable, las partes pueden tener también en cuenta que el incumplimiento de dichos pactos es capaz de generar responsabilidad en muchos ordenamientos²¹⁴². En este sentido, incluir una cláusula penal que refuerce el pacto de sumisión y de Ley aplicable puede ser también una medida disuasoria de conductas estratégicas posteriores. Junto con ello, y en caso de litigio, las partes deberían abogar para que el tribunal realice una interpretación restrictiva de qué normas han de considerarse internacionalmente imperativas, de forma que se altere en la menor medida posible la *lex contractus*.

²¹⁴² En Derecho español, *vid.* STS (Sala 1ª) 12 enero 2009, n. 6/2009, FJ 3.

BIBLIOGRAFÍA

- M. ABELL, *The law and regulation of franchising in the EU*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013.
- M. ABELL / V. HEBBS, “The duty of good faith in franchise agreements – a comparative study of the civil and common law approaches in the EU”, *International Journal of Franchising Law*, vol. 11, n. 10, 2013, pp. 1-16.
- M. ABELL, *The regulation of franchising in the European Union*, Tesis Doctoral, Queen Mary University of London, 2011.
- M. ABELL / M. R. DAIGLE / M. J. LOCKERBY, “Avoiding and managing system-wide litigation in international franchising”, *Intl. J. Franchising Law.*, 2010, pp. 13-49.
- M. ABELL, *European Franchising. Law and practice in the european community*, Waterlow, Londres, 1991.
- M. ABELL, *The international franchise option*, Waterlow, Londres, 1990.
- J. ADAMS / K.V. PRITCHARD JONES, *Franchising: Practice and Precedents in business format franchising*, Bloomsbury, London, 2006.
- H. AGUILAR GRIEDER, “La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”, *CDT*, n. 2, 2010, pp. 308-338.
- H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. I, n. 1, 2009, pp. 19-35.
- H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el derecho comercial europeo*, Colex, Madrid, 2007.
- M. A. ALCALÁ DÍAZ, “Los contratos de distribución como instrumentos de descentralización empresarial”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 5, Sección Estudios, Julio-Diciembre 2009.
- J. ALFARO ÁGUILA REAL, “Los costes de transacción”, en J.L. IGLESIAS PRADA (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 1, Civitas, Madrid, 1996, pp. 131-162.
- R. ALONSO SOTO, “Bases para una futura regulación de los contratos de distribución”, en A. J. VIERA GONZÁLEZ, J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ y J.I. RUIZ PERIS (Dirs.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 54-56.
- R. ALONSO SOTO / A. SÁNCHEZ ANDRÉS, “Los Contratos de Colaboración” en A. MENÉNDEZ y A. ROJO (Dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen II*, Thomson Civitas, Madrid, 2012, pp. 95-112.
- R. ALONSO SOTO, “Tipología de los contratos de distribución comercial”, *RCD*, n. 3 (monográfico *Los contratos de distribución*), 2010.
- Y. ÁLVAREZ CARREÑO, “Análisis dinámico de la cadena de franquicia”, *Revista de dinámica de sistemas*, vol. 3, núm. 1, marzo 2007, pp. 48-74, esp. 51.
- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho internacional privado y Derecho privado europeo”, *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 157-190, esp. pp. 157-190, esp. p. 176.
- L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, LGDJ, Paris. 1995.
- B. ANCEL, “La loi applicable à défaut de choix”, en E. CASHIN RITAINE / A. BONOMI (eds.), *Le nouveau règlement européen 'Rome I' relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Schulthess, Zurich, 2008, pp. 77-93.
- B. ANCEL / Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, Paris, 2006.
- M.-É. ANCEL, “Les contrats de distribution et la nouvelle donné du règlement Rome I”, *RCDIP.*, 2008, pp. 561-579.
- M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Paris, 2002.
- P. ANCEL, « Le droit des contrats: Les frontières du droit privé européen en matière contractuelle à l'épreuve de la proposition de règlement sur le Droit commun européen de la vente », en E. POILLOT ET AL., *Les frontières du Droit privé européen*, Larcier, Bruselas, 2012, pp. 257-282.
- E. E. ANDERSON, “The growth and performance of franchise systems: company versus franchisee ownership”, *Journal of Economics and Business*, n. 36, pp. 421-431, 1984.
- A. ARAGONESSES, “*Au-déla du Code Civil mais par le Code Civil*”. *Raymond Saleilles (1855-1912) y la lucha por el Derecho comparado*, Tesis Doctoral, Universitat de Girona, 2006.

- R. ARTLE / S. BERGLUND, “A Note on Manufacturers’ Choice of Distribution Channel”, *Management Science*, n.5, vol IV, 1959, pp. 460-471.
- B. AUDIT / L. D’AVOUT, *Droit International Privé*, Ed. Economica, Paris, 2013.
- B. AUDIT, *Droit International Privé*, Economica, Paris, 2010.
- B. AUDIT, «Observations sur la Convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d’élection de for», en VV.AA., *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 171 y ss.
- B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises (Convention de Nations Unis de 11 avril 1980)*, LGDJ, Paris, 1990.
- B. AUDIT, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *RCADI*, vol. 186, 1984, pp. 219-398.
- T. AZZI, “La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du Règlement Rome I”, *D.*, 2008, pp. 2169-2174.
- V. BAENA GRACIÁ, “Selección de mercados en la expansión internacional de la franquicia española”, *ICE*, n. 857, 2010, pp. 183-200.
- V. BAENA GRACIÁ / J. CERVIÑO FERNÁNDEZ, “La internacionalización de la franquicia española y sus formas de penetración de mercados”, *Cuadernos de Economía y Dir. Empresa*, n. 40, 2009, pp. 47-82.
- D. BAETGE, “Article 19 Rome I” en G.P. CALLIESS (ed.), *Rome Regulations*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, pp. 301 y ss.
- J.R.F. BAER, “The Sale of Goods in International Franchising – The impact of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Journal of International Franchising and Distribution Law*, vol. 8, n. 4, 1994, pp. 118-210.
- M. BAIRLEIN, “Die Rechtswahl bei Masterfranchiseverträgen und mehrstufigen internationalen Liefer- und Vertriebsverträgen”, *IHR*, vol. 12, n. 1, 2014, pp. 1-10.
- R. BALDI, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, Milano, 1992.
- R. BALDI, *El Derecho de la distribución comercial en la Europa comunitaria*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1988.
- R. BALDI, “La legge applicabile ai contratti di distribuzione e la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *Foro Pad.*, n. II, 1987, pp. 25-30.
- T. BALLARINO, “L’art. 6 del Regolamento Roma II e il Diritto antitrust comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico”, *Riv.Dir.Int.*, vol. 91, n.1, 2008, pp. 65-78.
- T. BALLARINO / L. MARI, “Uniformità e Riconoscimento. Vecchi problema e nuove tendenze della Cooperazione Giudiziaria nella Comunità Europea”, *Revista de Diritto Internazionale*, 2006, pp. 7- 46.
- T. BALLARINO / G.P. ROMANO, “Le principe de proximité chez Paul Lagarde”, en VV.AA., *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 37-54.
- T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1999.
- R. BARATTA, *Il collegamento pin stretto del Diritto internazionale privato dei contratti*, Giuffrè, Milán, 1991.
- R. BARATTA, « La compatibilità con il diritto comunitario della concorrenza dei contratti di franchising in materia di distribuzione commerciale », *Giustizia civile*, 1988, I, pp.12-17.
- J. J. BARCELÓ, “Who decides the arbitrator’s jurisdiction ? Severability and competence-competence in transnational perspective”, *Vand. J. Transnat’l L.*, n. 36, vol. 4, 2003, p. 115-138.
- B. BAREL / S. ARMELLINI, *Manuale Breve di Diritto internazionale privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2014.
- J. BASEDOW, “The Communitarization of the Conflict of Law under the Treaty of Amsterdam”, *CMLR*, vol. 37, 2000, pp. 687-708.
- M. BASSANI / P. CENDON , *I contratti nuovi (Leasing, factoring, franchising)*, Giuffrè, Milano, 1989.
- C. BAUDENBACHER, “Die Behaltung des Franchisevertrages im Schweizer Recht”, en E.A. KRAMER, *Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising*, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Paul Haupt, Berna, 1985, pp. 205-230.
- M. BEHAR-TOUCHAIS, “Les contrats de distribution”, en *Dictionnaire Joly, Pratique des contrats internationaux*, vol. XVI, Joly, Paris, 2008, n. 92.
- M. BEHAR-TOUCHAIS / G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, Paris, 1999.

- R. BELDA ET AL., "What to disclose to prospective franchisees in Europe?", *Newsletter EFL*, 2013, pp. 2-8.
- A.J. BELOHLÁVEK, *Rome Convention-Rome I Regulation. Commentary*, Juris Publishing, New York, 2011.
- J.-P. BERAUDO, "Le règlement (CE) du Conseil du 20 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *JDI*, 2001, pp. 1033-1084.
- A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Contratos mercantiles*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004.
- J.-S. BERGE, «La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *Travaux comité français DIP 2004-2006*, Pendone, Paris, 2008, pp. 29-62.
- D. BERLIN, "Droit international et distribution internationale", *Dr. et prat. Com. int.*, 1993, pp. 6-61.
- P. BERLIOZ, "La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement "Bruxelles I"", *JDI Clunet*, vol. 135, n. 3, 2008, pp. 675-717.
- P. BERLIOZ, "Le contrat de concession est un contrat de fourniture de services au sens du règlement Bruxelles I", *JCP éd. G.*, n. 6, 10 febrero 2014, p. 180 y ss.
- C. BERTI, "Franchising e concessione di vendita: diritti dei terzi", *Contratti*, n. 1-1996, pp. 52-57.
- M. BESCÓS TORRES, *La franquicia internacional. La opción empresarial en los años 90*, Extecom, Madrid, 1989.
- M. BESCÓS TORRES, *Factoring y franchising. Nuevas técnicas de dominio de los mercados exteriores*, Pirámide, Madrid, 1990.
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Turín, 1955.
- R.D. BLAIR / F. LAFONTAINE, *The Economics of Franchising*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- J. D. BLIMAN, "Claves del éxito en la contratación internacional: la franquicia", Conferencia impartida en el *II Congress of the Practice of International Law: Review of international current legislation and practice in areas of succession, family, tort, social media and traffic accidents*, Murcia, 11 y 12 noviembre 2013.
- K. BOELE-WOELKI y R.H. VAN OOIK, "The Communitarization of Private International Law", *Yearbook of Private International Law*, vol. IV, 2002, pp. 1-36.
- G. BOGAERT / U. LOHMANN, *Commercial agency and distribution agreements*, Kluwer Law International, La Haya, 2000.
- G. BOGAERT/P. MAEYAERT (dirs.), *Droit de la distribution*, Kluwer, 1994.
- M. BOGDAN, *Concise introduction to EU PIL*, Europa Law Publishing, Groningen, 2012
- A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.
- J.I. BONET SÁNCHEZ, "Contrato de franquicia" en VV.AA., *Memento práctico de contratos mercantiles*, Francis Lefebvre, Madrid, 2006.
- A. BONOMI, "Article 9: Overriding mandatory provisions", en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (dirs.), *Rome I Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 599-661.
- A. BONOMI, "Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement européen", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2010, pp. 241-272.
- A. BORRAS, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *RCADI*, vol. 317, 2005.
- A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado presente y futuro", *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz, 2001*, Bilbao, 2002, p. 285-318.
- J.B. BOSQUET-DENIS, "La localisation du refus de vente et ses conséquences sur la compétence des juridictions, particulièrement en droit communautaire", *D.*, 1991, pp. 21-25.
- N. BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, L'Harmattan, Paris, 2002.
- N. BOUZA VIDAL, "Aspectos de Derecho internacional privado de los contratos de transferencia de tecnología", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1991*, Serv. Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1992, pp. 227-269.
- G. BOYTHA, "The justification of the protection of author rights as reflected in their historical development", *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, N. 152, 1992, p. 53-101.

- J.A. BRICKLEY / S. MISRA / R. L. VAN HORN, “Contract Duration: Evidence From Franchising”, *Journal of Law and Economics*, vol. XLIX, April 2006), pp. 173-196.
- J.A. BRICKLEY, “Royalties Rates and Upfront Fees in Share Contracts: Evidence from Franchising”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 18, No. 2, 2002, pp. 511-535.
- C. BRIERE, «Le règlement (CE) núm. 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)», *JDI Clunet*, 2008, pp. 31-74.
- M. BROSSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1994.
- E. BROUSSEAU / J-M. GLACHANT, *New Institutional Economics: a guidebook*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- E. BROUSSEAU / J-M. GLACHANT, *The Economics of Contracts: Theories and Applications*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- H. BROWN *et al.*, *Franchising: Realities and Remedies*, Law Journal Press, Nueva York, 2015.
- 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, Munich, 2008.
- K.L. BUNDY / M. HERO / P. HOLLANDER, “Choice of Law, Venue and Jurisdiction, Arbitration v. Litigation”, *Int’l J. Franchising L.*, n. 10, 2012, pp. 3-20.
- D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit International Privé*, Presses Universitaires de France, Paris, 2014.
- F.N. BURTON / A.R. CROSS / M. RHODES, “Foreign Market Servicing Strategies of UK Franchisors: An Empirical Enquiry from a Transaction Cost Perspective”, *Management International Review*; núm. 40, vol. 4, 2000, pp. 373-400.
- O. CACHARD, *Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, 2014.
- O. CAGNASSO, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Giuffrè, Milán, 1983.
- E. CALDERON-MONGE / P.A. HUERTA-ZAVALA, “¿El autoempleo reduce el desempleo? Aportaciones desde la franquicia”, *EsicMarket*, vol. 140, 2011, pp. 107-125.
- A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2016.
- A.-L. CALVO CARAVACA, “La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho internacional privado en la sociedad global”, en VV.AA., *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado*, vol. V (Derecho internacional privado e interregional), Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, pp. 167-301.
- A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, Colex, Madrid, 2008.
- A. L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n. 2, 2009, pp. 52-133.
- A.-L. CALVO CARAVACA, « La norma de conflicto del siglo XXI » en VV.AA., *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. 2, Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1335-1374.
- A. L. CALVO CARAVACA, “El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, n. 21, 2003, pp. 49-69.
- A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 1 CV” en L. DÍEZ PICAZO (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario de la Convención de Viena)*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 45-49.
- A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 6 CV” en L. DÍEZ PICAZO (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario de la Convención de Viena)*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 92-101.
- A.-L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dir.), *Contratos internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- A.-L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dir.), *Derecho mercantil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- A.-L. CALVO CARAVACA, “Interés nacional”, *EJB*, 1995, pp. 3664-3666.
- A.-L. CALVO CARAVACA, “Introducción”, en A.-L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas Relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994.

- A-L. CALVO CARAVACA, “La ley aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980)”, *Derecho de los negocios*, abril 1994, núm.43, pp. 1-29.
- A-L. CALVO CARAVACA, “La doctrina del interés nacional en Derecho interregional”, *Anales de Derecho*, Murcia, 1982, núm.3, pp. 215-218.
- A-L. CALVO CARAVACA, “Nota a las Res.DGRN de 4 marzo 1981 y de 14 diciembre 1982”, *REDI*, 1982, vol. XXXIV, pp. 507-511.
- A-L. CALVO CARAVACA, “La doctrina del interés nacional y su ámbito espacial de aplicación”, *ADC*, 1981, vol. XXXIV, pp. 85-107.
- A-L. CALVO CARAVACA, “La técnica normativa de la doctrina del interés nacional”, *REDI*, 1978-1979, vol.XXXI, pp. 111-137.
- D. CAMPBELL, *International franchising*, Kluwer Law International, La Haya, 2008
- C. CAMPIGLIO, "Prime applicazioni della clausola d'eccezione europea in materia contrattuale", *RDIPP*, 1992, pp. 241-254.
- B. CAMPUZANO DÍAZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000.
- O. CAPRASSE, “La constitution du tribunal arbitral en cas d'arbitrage multipartite”, *Rev. Dr. Aff. Intl'es*, 2006, pp.197-215.
- L. CARBALLO PIÑEIRO, “Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el derecho de la Unión Europea (Estrasburgo, 11 de junio de 2013)”, *REDI*, vol. LXV, n. 2, 2013, pp. 395-399.
- L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial: problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009.
- S. CARBONE, “Il contratto senza legge e la Convenzione di Roma del 1980”, *RDIPP*, vol. XIX, 1983, pp. 279-287.
- S. CARBONE / M. LÓPEZ DE GONZALO, “Art. 1”, en C.M. BIANCA (coord.), *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Cedam, Padua, 1991.
- G. F. CARPINELLO, “Testing the Limits of Choice of Law Clauses: Franchise Contracts as a Case Study”, *Marq. L. Rev.*, 1990-91, pp. 57-89.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Las novedades incorporadas por el Reglamento Bruselas I-bis (1215/2012 de 12 diciembre 2012). Un nuevo elemento para la construcción del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, Página web *Accursio*, 2014.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La cláusula de excepción y los contratos internacionales. La crisis del principio de proximidad", en C. ESPLUGUES MOTA Y G. PALAO MORENO (Edits.), M. PENADÉS FONS (Coord.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 459-470.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, en VV.AA., *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, tomo V, Consejo General del Notariado, Wolters Kluwer, Madrid, 2012, pp. 603-766.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *Diario La Ley*, n. 7847, 2012, pp. 1-5.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Apuntes sobre la competencia judicial internacional y la Ley aplicable a las donaciones: antes y después del Reglamento Roma I”, *CDT*, n.1, vol. 2, 2009, pp. 320-327.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha por la prestación característica (I): Los contratos internacionales de distribución”, en A. L. CALVO CARAVACA / S. AREAL LUDEÑA (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, 2005, p. 349-370.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho internacional privado en el siglo xxi”, *Anales de Derecho*, n. 22, 2004, pp. 17-58.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho internacional privado*, LiberLibro, Albacete, 2002.

- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, *Anales de Derecho*, n. 18, 2000, pp. 7-40.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Art. 5.1” en A.-L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas Relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 77-101.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato internacional (fragmentación versus unidad)*, Civitas, Madrid, 1992.
- L. CARRILLO POZO, “Rigor mortis. La Ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980”, en M. DI FILIPPO ET AL. (dirs.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pp. 11-42.
- L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994.
- F. CASA /M. CASABÓ, *La franquicia (franchising)*, Barcelona, 1989.
- J. CASARES RIPOLL, “Canales Comerciales. Redes de distribución. Ideas nuevas para ceremonias antiguas”, en A. ALONSO UREBA et al. (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 75-92.
- J. CASARES RIPOLL / V. J. MARTÍN CERDEÑO, “Evolución de la distribución comercial y de los hábitos de compra: del dualismo al polimorfismo”, *ICE*, n. 811, diciembre 2003, pp. 323-347.
- E. CASHIN RITAINE, “The Common Frame of Reference (CFR) and the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts”, *ERA Forum*, vol. 8, n. 4, 2007, pp. 563-584.
- G. CASSONI, “I contratti collegati nel diritto internazionale privato”, *RDIPP*, n. 15, 1979, pp. 23-42.
- J.-G. CASTEL, “The extraterritorial effect of antitrust laws”, *RCADI*, n. 179, 1983, pp. 9-144.
- E. CASTELLANOS RUIZ, *El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009.
- E. CASTELLANOS RUIZ, «International jurisdiction in damages actions for breach of antitrust law», *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 603-634.
- R. E. CAVES, *Multinational Enterprise and Economic Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- R. E. CAVES, / W. F. MURPHY, “Franchising: Firms, Markets, and Intangible Assets”, *Southern Economic Journal*, n. 42, 1976, pp. 572-589.
- M.A. CEBRIÁN SALVAT, “The Extraterritorial Application of EU Contract Law”, *Spanish Yearbook of International Law*, n. 19, 2015, 13 p.
- M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual”, *CDT*, vol.6, n. 2, 2014, pp. 315-329.
- M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Agencia comercial, leyes de policía y Derecho Internacional Privado europeo”, *CDT*, vol. 6, n. 1, 2014, pp. 357-366.
- F. V. CESPEDES, “Control vs. Resources in Channel Design: Distribution Differences in One Industry”, *Industrial Marketing Management*, n. 17, 1988, pp. 215-217.
- C. CHAMBONNAUD, “La loi du 31 décembre 1989 et la protection du franchise”, en VV.AA., *Mélanges J. Derrupé*, Joly, Paris, 1991, pp. 117-134.
- E. CHULIA VICENT / T. BELTRAN ALANDETE, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1995.
- T.F. CLASEN, *International Agency and Distribution Agreements (Analysis and forms)*, vol. I, Butterworth 1995.
- S. CLAVEL, *Hypercours de Droit International privé*, Dalloz, Paris, 2012.
- J.-P. CLEMENT / M.-C. BOUTARD LABARDE, “La franchise et le droit européen de la concurrence”, *PIBD*, n. 394, vol. II, 1986, pp. 113-114.
- R. H. COASE, “The Nature of the Firm”, *Economica*, vol. 4, n. 16, 1937, pp. 386-405.
- E. COLLA, *La grande distribuzione in Europa. Evoluzione delle formule distributive, strategie e strutture aziendali, rapporti con l'industria*, Etas, Milán, 1995.
- L. COLLINS, “Practical implications in England of the E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations” en P.M. NORTH (ed.), *Contract Conflicts. The E.E.C. Convention on the Law*

- Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, North Holland Publishing, Amsterdam, 1982, pp. 205-216.
- COMMISSION DU RAPPORT ET DES ETUDES DE LA COUR DE CASSATION, “1^{er} Civ., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13.13.405, en cours de publication”, en *Rapport Annuel 2014 - Livre IV Jurisprudence de la Cour*, pp. 538-542.
 - E. CORDERO LOBATO, “La jurisprudencia relativa al contrato de distribución: exclusividad, inhibición de la competencia, desestimiento y otras cuestiones”, *Aranzadi civil*, n. 2, 2008, pp. 253-278.
 - G. CORDERO-MOSS, *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
 - P. CRAHAY, *Les contrats internationaux d'agence et de concession de vente*, LGDJ, Paris, 1991.
 - P. CRAHAY, *Guide des contrats internationaux d'agence et de concession de vente*, LGDJ, Paris, 1989.
 - P. CRAHAY, “Le contrat de franchise de distribution et la loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive”, *Revue de droit commercial belge*, 1985, pp. 660-675.
 - E. CRAWFORD SPENCER, *The regulation of franchising in the new global economy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2010.
 - M.V. CUARTERO RUBIO, “Art. 3”, en R. BERCOVITZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, Aranzadi, 2000, pp. 93-110.
 - M. DANOV, “The Brussels I Regulation: Cross-border Collective Redress Proceedings and Judgments”, *JPrIL*, vol. 6, n. 2, 2010, pp. 359-393.
 - A. DAYAN / R. SBRANA, *La distribuzione commerciale*, Giappichelli, Turín, 1994.
 - G. DE NOVA, “L’ambito di applicazione ratione materiae della Convenzione di Vienna”, *Riv.trim.dir.e proc. Civ.*, n. 44, 1990, pp. 749.
 - R. DE NOVA, “Quando un contratto è internazionale?”, *RDIPP*, 1978, vol. XIV, pp. 665-689.
 - P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratos de colaboración” en VV.AA., *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 508-511.
 - P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Applicable law in the absence of choice to contracts relating to intellectual or industrial property rights”, *YBPIL*, vol. 10, 2008, pp. 199-219.
 - P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Civitas, Madrid, 2000.
 - P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *DCI*, 1998, pp. 859-883.
 - P. DE MIGUEL ASENSIO, “Franquicia”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (ED.), *Derecho del comercio internacional*, Eurolex, Madrid, 1996.
 - G.R. DELAUME, “What’s an International Contract? An American and Gallic Dilemma”, *ICLQ*, 1979, vol. XXII, pp. 258-279.
 - J.M. DELEUZE, “La commercialisation du savoir-faire non breveté”, *J.-Cl. Brevet*, n. 450, 1984.
 - P. DEMOLIN, *L’information précontractuelle et la commission d’arbitrage*, Larcier, Bruselas, 2014.
 - P. DEMOLIN / V. DEMOLIN, *Le contrat de franchise. Les règles juridiques applicables au contrat de franchise en Belgique. Analyse et commentaire de quinze années de jurisprudence 1995-2010*, Larcier, Bruselas, 2011.
 - P. DEMOLIN, “Le contrat de franchise et l’information précontractuelle”, en P. HOLLANDER (dir.), *Le droit de la distribution*, Anthemis, Lieja, 2009, pp. 167-270.
 - FR. DESSEMONTET, “Arbitration and Intellectual Property”, en E. GAILLARD / D. DI PIETRO (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards - The New York Convention 1958 in Practice*, Cameron May, Londres, 2009, pp. 553-573.
 - J.-B. DEVADE, *Le franchisage international*, Tesis doctoral, Université Paris I, 1985.
 - N. DIACAKIS, *Problèmes liés aux effets extraterritoriaux des normes communautaires*, Bruylant, Bruselas, 2000.
 - A.V. DICEY / J.H.C. MORRIS / L. COLLINS, *Conflict of Laws*, J.H.C. Morris, London, 1973.
 - T. S. DICKE, *Franchising in America. The Development of a Business Method, 1840-1980*, UNC Press, North Carolina, 1992.
 - M. DIENER, *Les contrats internationaux de propriété industrielle*, Litec, Paris, 1986.
 - M. DÍEZ DE VERGARA, *Manual Práctico del Comercio Internacional*, Deusto, Barcelona, 2000.

- A. W. DNES, “The Economic Analysis of Franchise Contracts”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, n. 152, 1996, pp. 297-324.
- Y. DERAIS, “Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales”, *Rev. arb.*, 1973, pp. 122-149.
- M.A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial” en A. L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dir.), *Contratos internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1275-1384.
- M.A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, *RDM*, n. 177, 1985, pp. 419-485.
- E.J. DOUGLAS / D.A. SHEPHERD, “Entrepreneurship as a utility maximizing response”, *Journal of Business Venturing*, vol. 15. N. 3. 2000, pp. 231-251.
- G. DROZ, “Delendum est fórum contractus?”, *Dalloz*, 1997, *Chron.*, pp. 351 y ss.
- A. DURÁN AYAGO, “Contratos de distribución internacional” en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, p. 333-361.
- A. DURÁN AYAGO, “Europeización del Derecho Internacional Privado del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (EU) 1215/2012: notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º. 29, 2013.
- A. DUTTA, “Franchiseverträge” en C. REITHMANN / D. MARTINY (eds.), *Internationales Vertragsrecht: das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, vol. VII, Otto Schmidt, Colonia, 2010, pp. 939- 961.
- T. EBENROTH, “Kollisionsrechtliche Anknüpfung der Vertragsverhältnisse von Handelsvertretern, Kommissionsagenten, Vertragshändlern und Handelsmaklern”, *RIW*, 1984, pp. 165-170.
- J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ, *El contrato de franquicia, definición y conflictos en las relaciones internas*, Mc-Graw-Hill, Madrid, 1995.
- F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La joint venture en el comercio internacional*, Comares, Granada, 1999.
- R. FABRE, “Réglementation législative du contrat de franchise dans d’autres pays. L’esquisse d’une philosophie”, en COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *Le contrat de franchise*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 105 y ss.
- C. FABRIZI, “I canali di distribuzione nella teoria en ella practica del marketing”, en VV.AA., *Studi in memoria del prof. Gino Zappa*, Milán, 1964, pp. 919-941.
- M. FALLON / T. KRUGER, « The spatial scope of EU’s rules on jurisdiction and enforcement of judgments: from bilateral modus to unilateral universality ? », *YBPIL*, vol. 14, 2012-2013, pp. 11-37.
- M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », en A. FUCHS (ed.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 31-80.
- M. FALLON, “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté Européenne”, *RCADI*, t. 253, 1995, p. 9-282.
- J.J. FAWCETT / J.M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private international law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- J.J. FAWCETT / P. TORREMAN, *Intellectual property and private international law*, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2011.
- D. P. FERNÁNDEZ ARROYO / C. FRESNEDO DE AGUIRRE / M. B. NOODT TAQUELA / J. R. ALBORNOZ, “Modalidades contractuales específicas” en D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Zavalía, Buenos Aires, 2003, pp. pp. 1027-1086.
- A. FERNÁNDEZ NOGALES / E. MARTÍNEZ CASTRO / A. REBOLLO ARÉVALO, “La nueva configuración de los canales de distribución: el comercio de electrodomésticos”, *Tendencias de la distribución comercial en el ámbito internacional*, ICE, n. 828, enero-febrero 2006, pp. 187-202.
- A. FERNÁNDEZ NOGALES / E. MARTÍNEZ CASTRO / A. REBOLLO ARÉVALO, “1977-2006: 30 años de evolución del sistema de distribución comercial en España”, *Distribución y Consumo*, septiembre-octubre 2008, pp. 5-17.
- A. FERNÁNDEZ NOGALES, E. MARTÍNEZ CASTRO y A. REBOLLO ARÉVALO, “Tendencias de evolución de la distribución comercial en España”, *Distribución y Consumo*, julio-agosto 2008, pp. 175-204.
- C. FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ, *Fundamentos de derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1984.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Derecho internacional privado y Derecho comunitario”, *RIE*, 1990, pp. 785-826.
- F. FERRARI, *La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- D. FERRIER, “Contrat modèle de franchise internationale de la CCI: les obligations du franchiseur”, en COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *Le contrat de franchise*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 133-141.
- D. FERRIER, “La franchise internationale”, *JDI Clunet*, n. 3, 1988, pp. 625-662.
- D. FERRIER, “La considération juridique du réseau”, en VV.AA., *Mélanges C. Mouly*, vol. 2, Litec, Paris, 1998, pp. 95-113.
- D. FERRIER, “L’intérêt commun dans le contrat de concession”, *Cahiers de Droit de l’entreprise*, n.6, 1979, pp. 1-19.
- C. FERRY, “Contrat international d’agent commercial et lois de police”, *JDI*, 1993, pp. 301-303.
- K. FLADMOE-LINDQUIST / L.L. JACQUE, “Control Modes in International Service Operations: The Propensity to Franchise”, *Management Science*, n. 41, 1995, pp. 1238-1249.
- E. FLAICHER-MANEVAL / A. REYGROBELLET, “Rupture brutale des relations commerciales établies – la dimension internationale”, *Journal des sociétés*, n. 110, julio 2013, pp. 25-29.
- H. FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, Munich, 2004.
- E. FLOHR, “Der Master-Franchise Vertrag – Grundsätze des internationalen Franchise-Rechts und Hinweise zur Vertragsgestaltung”, *IHR*, 2005, pp. 45-55.
- M. FONTAINE, “La pratique du préambule dans les contrats internationaux”, *RDAI*, 1986, n. 4, pp. 360-369.
- H. FORKEL, “Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen”, *ZHR*, 1989, pp. 511-538.
- J. FOYER, “Entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JDI*, 1991, pp. 601-631.
- PH. FRANCESKAKIS, *Conflit de lois: Répertoire de droit international*, Dalloz, Paris, 1968.
- S. FRANCO, “Le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JDI Clunet*, 2009, pp. 40-69.
- S. FRANCO, “Le Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. Présentation générale”, en S. FRANCO ET AL., *Actualités de droit international privé*, Anthemis, Lovain-La-Neuve, 2009, pp. 67-142.
- S. FRANCO, *L’applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du Droit international privé*, Bruylant, Bruselas, 2005.
- A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Giuffrè Editore, Milán, 2012.
- A. FRIGNANI / J. H. PRATT, “A comparison of the common law and civil law in the international franchise arena”, en Actas de la IBA / IFA Joint Conference, *Emerging Trends and difficult issues in international franchising*, Washington, 2001.
- A. FRIGNANI, *Il contratto Internazionale*. col. Trattato di Diritto Commerciale e Di Diritto Pubblico dell’Economia, vol. 12, Cedam, Padova, 1990.
- A. FRIGNANI, *Factoring. Leasing. Franchising. Venture Capital Concorrenza*, Giappichelli, Torino, 1987.
- A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, Ipsoa Informatica, Milano, 1986.
- A. FRIGNANI ET AL., *Il franchising*, Buffetti, Milán, 1985.
- A. FRIGNANI, “Nuove riflessioni in tema di franchising”, *Giurisprudenza Italiana*, 1980- IV, pp. 204-223.
- J. FONTCUBERTA LLANES, *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, Esade Alumni, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- PH. FOUCHARD / B. GOLDMAN / E. GAILLARD, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996.
- PH. FOUCHARD, *L’arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965.
- E. GAILLARD, “Trente ans de *Lex Mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, *JDI*, n.122, vol. 1, 1995, pp. 5-30.

- F. GALGANO / F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Milano, 2011.
- F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- E. GALLEGO SÁNCHEZ, *La franquicia*, Trivium, Madrid, 1991.
- L. GARCÍA ÁLVAREZ, *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Dykinson, Madrid, 2016.
- L. GARCÍA ÁLVAREZ, "Las acciones colectivas en los litigios internacionales por daños ambientales", *REEL*, n. 30, 2015, DOI: 10.17103, 57 p., p. 13.
- L. GARCÍA ÁLVAREZ, *El acceso a la justicia civil en supuestos de daños ambientales causados por grupos transnacionales de sociedades con matrices europeas*, Tesis Doctoral, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2015.
- L. GARCÍA GUTIÉRREZ, "Los contratos de franquicia internacional", *Revista de Derecho Mercantil*, n. 275, 2010, pp. 249-281.
- L. GARCÍA GUTIÉRREZ, "Franchise Contracts and the Rome I Regulation on the Law Applicable to International Contracts", *Yb. PIL*, 2008, pp. 233-244.
- S. GARCÍA CANO, "La aplicación extraterritorial del Derecho de la Competencia en Estados Unidos y en la Comunidad Europea: trayectoria jurisprudencial", *Noticias UE*, n. 169, 1999, pp. 55-69.
- R. GARCÍA LUENGO ET AL., "Contratos de distribución", en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos mercantiles*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 359-498.
- F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, 2014, Pamplona.
- F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Contratos de distribución internacional: competencia judicial y Ley aplicable", en A. ALONSO UREBA ET AL. (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 221-240.
- F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La racionalidad económica del derecho internacional privado", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2001, 2002*, pp. 87-154.
- F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Beramar, Madrid, 1993.
- R. GARNETT, "Coexisting and Conflicting jurisdiction and arbitration clauses", *Journal of Private International Law*, 2013, pp. 361-386.
- J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Tratado de Derecho Mercantil*, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1964.
- J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Aguirre, Madrid, 1983.
- J. GATSI, *Le contrat-cadre*, LGDJ, Paris, 1993.
- H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, Paris, 2010.
- H. GAUDEMET-TALLON, "La clause attributive de jurisdiction, un moyen d'échapper aux lois de police ?", en VV.AA., *Liber amicorum K. Siehr*, Eleven International Publishing, 2010.
- H. GAUDEMET-TALLON, "Quelques réflexions à propos de trois arrêts récents de la Cour de cassation française sur l'art. 5-1 et de l'avis 1/03 de la Cour de justice des Communautés sur les compétences externes de la Communauté" en A. BONOMI / E. CASHIN RITAINE / G.-P. ROMANO (eds), *La convention de Lugano, passé, présent et devenir*, Schulthess, Zurich, 2008, p. 97-106.
- H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, 2006, pp. 1-488.
- H. GAUDEMET-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et Lugano*, Montchrestien, Paris, 1996.
- H. GAUDEMET-TALLON, « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales », en VV.AA., *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 181-192.
- H. GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau droit international privé européen des contrats", *Rev. trim. Dr. eur.*, 1981, pp. 215-285.
- C. P. GILLETTE / S. D. WALT, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, pp. 1-47.
- G. GLICKMAN, *Franchising*, Mathew Bender, Nueva York, 1969, pp. 19-21.
- B. GOLDMAN / A. LYON-CAEN / L. VOGEL, *Droit commercial européen*, Dalloz, Paris, 1994.

- B. GOLDMAN, "Frontières du droit et lex mercatoria", *Archives du philosophie du droit*, n. 9, 1964, pp. 177-192.
- B. GOLDMAN, "La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux", *JDI Clunet*, 1979, pp. 475-512.
- I. GUARDANS CAMBO, "Contratos sobre transferencia de tecnología" en A.-L. CALVO CARAVACA / L. FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Contratos internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 641-653.
- I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Aranzadi, Pamplona, 1992.
- R. GRAUPNER, "Sole distributorship agreements. A comparative view", *ICLQ*, n. 18, 1969, pp. 879- 895.
- H. GROSS / W. SKAUPY, *Franchising in der praxis. Fallbeispiele und rechtliche Grundlagen*, Taschen, Dusseldorf, 1986, p. 271.
- E. GUARDIOLA SACARRERA, *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Bosch, Barcelona, 1998.
- J.-P. GUYENOT, "¿Qué es el franchising? Concesiones comerciales", Ediciones jurídicas Europa –América, Buenos Aires, 1977.
- J.-P. GUYENOT, "La franchise commerciale. Étude comparée des systèmes de distribution interentreprises constitutifs de groupements de concessionnaires", *Rev. Trim. Droit. Com.*, 1973, pp. 161-175.
- H.J. HABAKKUK / M. POSTAN (eds), *Cambridge Economic History of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987.
- D.W. HACKETT, "The international expansion of US franchise systems: status and strategies", *Journal of International Business studies*, n. 7, 1976, pp. 66-75.
- G.K. HADFIELD, "Problematic relations: franchising and the law of incomplete contracts", *Stanford Law Review*, vol. 42, n. 4, 1990, pp. 927-992.
- C. HAHN, "La liberté de choix dans les instruments communautaires récents Rome I et Rome II ; l'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général", *Trav. Com. Fr. DIP*, 2006-2008, pp. 187 y ss.
- B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité des litiges relatifs à la résiliation d'une concession exclusive de vente à durée indéterminée", *Rev. dr. com. Belge*, n.4, 1993, pp. 1146 y ss.
- T. HASSLER, "L'intérêt commun", *Rev. trim. Dr. Com.*, n. 4, 1984, pp. 630 y ss.
- J. HERNÁNDEZ MARTÍ, "Contratos de cooperación y distribución" en S. BARONA VILAR / C. ESPLUGUES MOTA / J. HERNÁNDEZ MARTÍ, *Contratación internacional (Doctrina, jurisprudencia, formularios y legislación)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 711-822.
- B. HESS, "Collective redress and the jurisdictional model of the Brussels I Regulation", en A. NUYS / N. E. HATZIMHAIL, *Cross-border Class Actions. The European way*, Sellier, Munich, 2014, pp- 59-68.
- V. HEUZE, "De la compétence du principe d'origine en matière contractuelle ou l'anti droit européen", en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 393-416.
- V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, Paris, 2000.
- V. HEUZE, "De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968", *Rev. crit. DIP.*, 2000, pp. 595-639.
- V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, Paris, 1989.
- K. HIESTAND, "Die international-rechtliche Beurteilung von Franchiseverträgen ohne Rechtswahlklausel", *RIW*, vol. 3, 1993, pp. 173-179.
- P. HOLLANDER, "Questions de droit international privé et d'arbitrage touchant à la distribution commerciale", en P. HOLLANDER (dir.), *Le droit de la distribution*, Anthemis, Lieja, 2009, pp. 271-323.
- G. HOLLER, "Tax issues – the European perspective", en VV.AA., *International Franchising: A Practitioner's Guide*, Globe Business Publishing, Londres, 2010, pp. 133-147 .
- J. O. HONNOLD, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987.
- HOUSE COMMITTEE ON SMALL BUSINESS OF THE HOUSE OF REPRESENTATIVES, *Franchising in the U.S. Economy: prospects and problems*, US G.P.O., Washington, 1990.

- P. HUBER / A. MULLIS, *The CISG*, Sellier, Munich, 2007.
- S. D. HUNT / J. R. NEVIN, "Power in a channel of distribution: sources and consequences"; *Journal of Marketing Research*, vol. 11; mayo 1974, pp. 186-193.
- E.R. HURLEY, "Pronuptia de Paris v. Schilligalis: Permissible Restraints of Trade on Franchising in the EEC", *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 8, n. 2, 1987, pp. 476-502.
- S. M. HUSZAGH / F.W. HUSZAGH / F. S. MCINTYRE, "International franchising in the context of competitive strategy and the theory of the firm", *International Marketing Review*, n. 9, vol. 5, 1992, pp. 5-18.
- L. IDOT, "Compétence en matière contractuelle et contrat de concession", *Rev. Europe* n. 2, febrero 2014, comm. 109.
- R. IGNATOVA, *Art. 5 Nr. 1 EuGVVO- Chancen und Perspektiven der Reform des Gerichtstands am Erfüllungsort*, Peter Lang, Frankfurt, 2005.
- G. IORIO FIORELLI, "La legge applicabile al contratto di concessione di vendita dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento "Roma I"", en VV.AA., *Il nuovo diritto europeo dei contratti*, Fondazione italiana per il notariato, Milano, 2007, pp. 215-223.
- J.L. IRIARTE ÁNGEL / M. CASADO ABARQUERO, *La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario*, Fundación Mapfre, Madrid, 2013.
- D. IZRAELI, *Franchising and the total distribution system*, Longman, Londres, 1972.
- H. JACOBS, "Die Notwendigkeit der Wahl des auf außervertragliche Ansprüche anwendbaren Rechts in internationalen Wirtschaftsverträgen", *IPRax*, 2015-4, pp. 293-297.
- J.M. JACQUET, *Le contrat international*, Dalloz, Paris, 1992.
- J.M. JACQUET / PH. DELEBECQUE, *Droit du commerce international*, Dalloz, Paris, 1997.
- E. JAYME, "Kollisionsrechtliche Techniken für Langzeitverträge mit Auslandsberührung", en VV.AA., *Der Komplexe Langzeitvertrag*, Verlag, Heidelberg, 1987, pp. 311-318.
- M. C. JENSEN y W. H. MECKLING, "Theory of the firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure", *Journal of Financial Economics*, vol. 3, 1976, pp. 305-360.
- P. JESTAZ, "L'obligation et la sanction: à la recherche de l'obligation fondamentale", en VV.AA., *Mélanges en honneur de P. Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, pp. 273-297.
- E. JOLIVET, "La loi applicable et règlement des différends dans le contrat modèle de franchise internationale CCI", en COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *Le contrat de franchise*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 155-161.
- N. JOUBERT, *La notion des liens suffisant avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, Paris, 2007.
- P. JIMÉNEZ BLANCO, "El tratamiento de las acciones colectivas en materia de consumidores en el Convenio de Bruselas", *La Ley*, núm. 5709, 2003, pp. 1573-1583.
- S. JIMÉNEZ MARISCAL, "Cómo negociar los contratos de franquicia", en VV.AA., *Actas de las V Jornadas de Distribución Comercial y Comercio Interior*, Universidad Castilla La Mancha, Toledo, 1998, pp. 1-15.
- R. JONAS, "Appropriate law and forum to govern international franchise agreements", *Tolley's Journal of Int'l Franchising and Distribution L.*, 1991, pp. 2-13.
- P. JUÁREZ PÉREZ, "Contratos internacionales de distribución" en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, p. 333-361.
- M. KAHN, "La transmisión del know-how en la franquicia", en VV.AA., *Guía de la Franquicia*, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, Valencia, 1992, pp. 117-132.
- P.A. KARRER / K.W. ARNOLD / P.M. PATOCHI, *Switzerland's Private international law*, Kluwer, Zurich, 1998.
- A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993.
- G. KAUFMANN-KOHLER, "La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse", *ASDI*, 1989, pp. 195-220.
- P.J. KAUFMANN / H. LEIBENSTEIN, "International Business Format Franchising and Retail Entrepreneurship: A possible source of retail know-how for developing countries", *Journal of Development Planning*, n. 18, 1988, pp. 165-179.

- P.J. KAUFMANN, "Franchising and the choice of self-employment", *Journal of Business Venturing*, n. 14, vol. 4, 1999, pp. 345-362.
- P. KAYE, *The new private international law of contract of the European community*, Dartmouth Pub Co., Sidney, 1993.
- B.L. KEDIA ET AL., "Determinants of internationalization of franchise operations by US franchisors", *International Marketing Review*, n. 22, vol. 4, 1994, pp. 56-68.
- H. KENFACK, *Droit du commerce international*, Mementos Dalloz, Paris, 2009.
- H. KENFACK, "Rome I et contrats de distribution : protéger les intérêts des distributeurs sans léser les fournisseurs", *JCP G*, n. 4, 25 enero 2006, pp. 127-128.
- 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 ?", *JDI*, vol. 1, 2009, pp. 3-39.
- H. KENFACK, *La franchise internationale*, Tesis Doctoral, Universidad Toulouse 1 Capitole, 1996.
- C. KESSEDIAN, "La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection du for", *JDI*, 2006, pp. 813 y ss.
- C. KESSEDIAN, "L'action en justice des associations de consommateurs et d'autres organisations représentatives d'intérêts collectifs en Europe", *Rev. dir. Int. pr. Proc.*, 1997, pp. 281-300.
- G. KEUTGEN / G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et droit international*, Tomo I, Bruylant, Bruxelles, 2006.
- P. KILESTE / A. SOMERS, "L'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial", *J.T.*, 2006, pp. 253-260.
- P. KILESTE / P. HOLLANDER, "Examen de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1992-1997)", *Rev. dr. com. belge*, 1998, pp. 3-50.
- B. KLEIN, "Market Power in franchise cases in the wake of Kodak: applying post-contract hold-up analysis to vertical relationships", *Antitrust Journal Law*, vol. 67, 1999-2000, pp. 283-326.
- B. KLEIN / L. SAFT, "The Law and Economics of franchise tying contracts", *Journal of Law and Economics*, vol. 28, n. 2, pp. 345-361, 1985.
- A. S. KONIGSBERG, *International Franchising*, Juris Publishing, Huntington NY, 2008.
- R. KROC, *Grinding it out. The making of McDonald's*, Regnery, Chicago, 1977.
- J. KROPHOLLER, *Internationales Einheitsrecht*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1975.
- T. KRÜMMEL, "Franchising und internationales Privat- und Prozessrecht" en P. GIESLER / J. NAUSCHÜTT (eds.), *Franchiserecht*, Carl Heymanns, 2007, pp. 1089 y ss.
- J.-J. KUIPERS, *The interrelationship between EU Law and Private International Law in contractual obligations: private autonomy, overriding mandatory provisions and a European justice area*, PhD thesis, EUI, Florencia, 2010.
- N. LACASSE / L. PERRET / J.E. DENIS, *Les contrats internationaux de distribution (droit et gestion)*, Université de Ottawa, Montréal, 1992.
- F. LAFONTAINE, "Agency Theory and franchising: some empirical results", *Rand Journal of Economics*, vol. 23, 1992, pp. 291-303.
- F. LAFONTAINE y P. J. KAUFMANN, "The evolution of ownership patterns in franchise systems", *Journal of Retailing*, vol. 70, n.2, 1994, pp. 97-113.
- P. LAGARDE / A. TENEMBAUM, « De la Convention de Rome au Règlement Rome I », *RCDIP*, vol. 97, n. 4, 2008, pp. 727-780.
- P. LAGARDE, "Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)", *RCDIP*, 2006, pp. 231-249.
- P. LAGARDE, "Développements futurs de Droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", *RabelsZ*, 2004, pp. 225-233.
- P. LAGARDE, « Les limites objectives de la convention de Rome (conflit de lois, primauté du droit communautaire, rapports avec les autres conventions) », *RDIPP*, 1993, pp. 33-42.
- P. LAGARDE, "La loi applicable au contrat de distribution commercial" en N. LACASSE / L. PERRET / J.E. DENIS (dirs.), *Les contrats internationaux de distribution (droit et gestion)*; Université de Ottawa, Montreal, 1992, pp. 87-105.

- P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *RCDIP*, 1991, pp. 287-340.
- P. LAGARDE, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *RCADI*, vol. 196, 1986, pp. 9 y ss.
- P. LAGARDE, "Le dépeçage dans le droit international privé des contrats", *Riv. Dir. Int. Proc.*, n. 11, 1975, pp. 649-677.
- R. B. LAKE, "Choice of Forum and Choice of Law Clauses in International Franchise Agreements", *J. Int'l. Franchising & Distribution Law*, 1986, pp. 58-61 .
- P. LALIVE, "Sur la notion de contrat international", en VV.AA., *Multum non Multa: Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlass seines 70 Geburtstages*, Heidelberg, 1980, pp. 135-155.
- A. LANCIOTTI, *Norme uniformi di conflitto e materiali nella disciplina convenzionale della compravendita*, Edizione Scientifiche Italiane, Perugia, 1992.
- O. LANDO / P. A. NIELSEN, "The Rome I Regulation", *CMLR*, vol. 45, n. 6, 2008, pp. 1687-1725.
- O. LANDO, "Choice of Lex Mercatoria" en VV.AA., *Mélanges Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 747 y ss.
- O. LANDO, "International situations and 'situations involving a choice between the laws of different legal systems'", en K. LIPSTEIN (dir.), *Harmonisation of Private International Law by the EEC*, London, 1978, pp. 15-24.
- O. LANDO, "Contracts" en VV.AA., *Int. Enc. Comp. Law*, vol. III, capítulo 24; J.C.B. Mohr, Tübingen, 1976.
- E. J. LÁZARO SÁNCHEZ, "El contrato de franquicia (aspectos básicos)", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 18, 2000 (recurso electrónico).
- F. LECLERC, "Le contrat-cadre en droit international privé", en VV.AA., *Trav. Com. Fr. DIP*, 2002-2004, Pendone, Paris, 2005, pp.3-25.
- F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux. Une étude de conflits de lois*, Bruylant, Bruxelles, 1995.
- S. LEIBLE, "Art. 5 Brüssel I-VO" en T. RAUSCHER (dir.), *Europäisches Zivilprozessrecht*, Sellier, Munich, 2006.
- S. LEIBLE, "La propuesta para un Reglamento Roma I: algunas observaciones sobre artículos escogidos del proyecto de la comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)", *AEDipr.*, vol. 6, 2006, pp. 541-568.
- S. LEIBLE / M. LEHMANN, «Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (« Rom I »)», *Recht int. Wirt.*, n. 8, 2008, p. 528-544.
- J.-M. LELOUP, *La franchise. Droit et pratique*, Dalloz, Paris, 2010.
- J.-M. LELOUP (coord.), "La franchise : vers de nouvelles pratiques contractuelles ?", en VV.AA., "Le contrat-cadre de distribution. Enjeux et perspectives. Actes du colloque du 11.12 décembre 1996", *JCP ed. entreprise*, suplemento 3-4, n. 31-35, 1997, pp. 95-107.
- J.-M. LELOUP, *Droit et pratique de la franchise*, Delmas, Paris, 1983.
- J.-M. LELOUP, "La franchise en Amérique du Nord", *Cah. Droit Entr.*, n. 1, 1979, pp. 10-11.
- S. LEMAIRE, "Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I", *D.*, 2008, pp. 2157 y ss.
- P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, "À propos du contrat international", *JDI*, 1951, pp. 4 y ss.
- P. LE TOURNEAU, *Les contrats de franchisage*, Litec, Paris, 2003.
- L. DE LIMA PINHEIRO, "Article 19: Habitual Residence" en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (dirs.), *Rome I Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 799-810.
- A. LIN XIA, "China, el mercado deseado y temido de las empresas españolas de comercio minorista. La regulación de la franquicia y la protección de la propiedad intelectual en China", *Working papers Cuatrecasas, Gonçalves Pereira*, noviembre 2012.
- K. LIPSTEIN, "Characteristic performance: a new concept in the conflict of laws in matters of contract for the EEC", *New J. Int. L. Bus.*, 1981, pp. 402-414.
- O. LLAMAZARES GARCÍA-LOMAS, *Aspectos clave de la negociación internacional*, ICEX, Madrid, 2011, p. 12.

- O. LOPES PEGNA, “Il rilievo del collegamento più stretto dalla convenzione di Roma alla proposta di Regolamento Roma I”, *Rivista di Diritto internazionale*, n. 3, 2006, pp. 756-782.
- M. B. LÓPEZ FERNÁNDEZ / J. V. VICTORIA, “Integración vertical y causas de aparición de la franquicia”, *Revista europea de dirección y economía de la empresa*, vol. 11, n. 4, 2002, págs. 55-74.
- A. LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Bosch, Barcelona, 1994.
- J. I. LÓPEZ SÁNCHEZ / B. MINGUELA RATA / M. C. RODRÍGUEZ BENAVIDES, “Transferencia de conocimiento en la creación y en el funcionamiento de los sistemas de franquicia: un estudio empírico”, *Economía industrial*, n. 368, 2008, pp. 227-237, esp. 227.
- I. LORENTE MARTÍNEZ, *Competencia Judicial Internacional y Compraventa Internacional de Mercaderías. Un estudio de metajurisprudencia analítica*, Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, 2016.
- Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit International Privé*, Dalloz, Paris, 2013.
- M.J. LUNAS DÍAZ, “La Ley de Condiciones Generales de la Contratación: especial referencia a las normas de aplicación extraterritorial”, *D.Negocios*, n.99, 1998, p. 1-14.
- M.J. LUNAS DÍAZ, “El principio de primacía del Derecho comunitario y el Derecho internacional privado”, *Rev. Der. Com. Eur.*, n.4, 1998, pp. 473-499.
- J.D. LÜTTRINGHAUS, “Eingriffsnormen im internationalen Unionsprivat- und Prozessrecht: von Ingmar zu Unamar”, *IPrax*, año 34, marzo-abril 2014, pp. 146-151.
- A. MADDISON, “La economía de occidente y la del resto del mundo en el último milenio”, *Revista de Historia Económica*, año XXII, verano 2004, n. 2, pp. 259-336.
- M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno de 1980*, Giuffrè, Milán, 1989.
- U. MAGNUS, “Introduction”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (dirs.), *Rome I Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 4-45.
- U. MAGNUS, “Article 4: Applicable law in the absence of a choice”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (dirs.), *Rome I Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 263-441.
- U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, Munich, 2015.
- U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Sellier, Munich, 2012.
- U. MAGNUS, “Die Rom-I Verordnung”, *IPrax*, vol. 30, n. 1, 2010, pp. 27-44.
- U. MAGNUS, “Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice”, en F. FERRARI / S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 27-50.
- D. MAINGUY, “La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre”, *D.*, 2011, p. 1495-1496.
- D. MAINGUY, “Les opérations du commerce international” en J. BEGUIN / M. MENJUCQ (eds.), *Droit du commerce international*, Litec, Paris, 2005.
- P. MANKOWSKI, “Article 3: Freedom of choice”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (dirs.), *Rome I Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 87-263.
- P. MANKOWSKI, “Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten - Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit”, *Vorträge und Berichte*, n. 194, Zentrum für Europ. Wirtschaftsrecht, Bonn, 2012.
- P. MANKOWSKI, “Article 5” en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, Munich, 2007, pp. 88-294.
- S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2010.
- F. MARONGUI BOUNAIUTI, “Art. 19. Residenza abituale” en F. SALERNO / P. FRANZINA (eds.), *Regolamento CE n. 593/2008*, pp. 892-903.
- J. MARTÍ MIRAVALLS, “Contratos para la internacionalización de las redes de franquicia”, *Rev. Derecho de la competencia y de la distribución*, n. 12, 2013, pp. 87-120.
- R. E. MARTIN, “Franchising and Risk Management”, *American Economic Review*, vol. 78, n. 5, 1988, pp. 954-968.

- M. MARTINEK, *Moderne Vertragstypen, Bd. 2: Franchising, Know-How-Verträge, Management- und Consultingverträge*, Beck, München, 1992.
- M. MARTINEK, *Franchising. Grundlagen der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Behandlung der vertikalen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen*, Decker, Heidelberg, 1987.
- D. MARTINY, "Bestimmung des Vertragsstatus", en C. REITHMANN/D. MARTINY (dir.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Otto Schmidt, Köln, 2004, pp. 70-72.
- D. MARTINY, "Eingriffsnormen" en VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 10: Internationales Privatrecht, Rom I-Verordnung, Rom II-Verordnung, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-24)*, Beck, München, 2015, pp. 795-911.
- F. MATHEWSON y R. WINTER, "The Economics of Franchise Contracts", *Journal of Law and Economics*, vol. 28, 3, 1985, pp. 503-526.
- J. MASEDA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000.
- B. MATHIEU, *Directives européennes et conflits de lois*, L.G.D.J., Paris, 2015.
- P. MAYER, "Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques", *RCADI*, 2007, t. 327, pp. 64-72.
- P. MAYER / V. HEUZE, *Droit International privé*, Montchrestien, Paris, 2010.
- P. MAYER, "Lois de police", *Repertoire Dalloz de Droit International*, Tomo II, Paris, 2001, pp. 1-9.
- P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *RCADI*, 1989, t. 217, pp. 319-454.
- P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Paris, 1973.
- M.C. MAYORGA TOLEDANO, "El contrato de franquicia en el comercio internacional", en G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ / A. DÍAZ MORENO (dirs.), *Estudio de Derecho del Comercio Internacional: Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Madrid, 2013, pp. 101-110.
- M. MAYMON GOUTALOY, "Contre une intervention législative en matière de concession commerciale", *Rev. trim. Dr. Comm.*, vol. 35, n.4, 1982, pp. 519-538.
- D. MCCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, Sweet & Maxwell, Londres, 2005.
- J. R. MCNEILL y W. M. MCNEILL, *The Human Web: A Bird's Eye view of World's History*, Norton, Nueva York, 2003.
- M. MEDINA ALCOZ, "La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual", *Revista de Derecho privado*, n. 5-6, 2005, pp. 78-106.
- M. MEDINA DE LEMUS, *La venta internacional de mercaderías*, Tecnos, Madrid, 1992.
- P. MELLADO PRADO / C. KOHLER, "Interrogations sur les sources du droit International privé européen après le traité d'Amsterdam", *RCDIP*, janvier-mars 1999, pp. 3-30.
- R. MELLERIO / D. SAVOVA, "La franchise internationale ou comment exporter un concept original", *JCP*, Ed. E, 2005, n° 1144, pp. 1285 y ss.
- M. MENDELSON / L. RUDNICK, *Negotiating an International Master Franchise Agreement*, Sweet and Maxwell, Londres, 2002.
- M. MENDELSON, *Franchising in Europe*, Continuum, London, 1992.
- M. MENDELSON, *Franchising Law*, Richmond Law and Tax, London, 2003.
- B. MERRILLES / L. FRAZER, "Entrepreneurial franchisees have hidden superior marketing systems", *Qualitative Market Research: An International Journal*, vol. 9, n. 1, 2006, pp. 73-85.
- E. METZGER, "Le commerçant étranger établi à l'étranger est-il soumis à la prohibition du refus de vente en France ?", *D.*, 1983, chron., pp. 97-101.
- K. METZLAFF, *Praxishandbuch Franchising*, Beck, Munich, 2003.
- S.C. MICHAEL / J. COMBS, "Entrepreneurial failure: The case of franchisees", *Journal of Small Business Management*, Vol. 46, n. 1, 2008, pp. 73-90.
- S. C. MICHAEL, "Determinants of the rate of franchising among nations", *Management International Review*, n. 43(3), 2003, pp. 267-291.
- S.C. MICHAEL, "Exporting Entrepreneurship: The Demand for Franchising Internationally", en VV.AA. *Frontiers for Entrepreneurship Research*, Babson College Centre of Entrepreneurial Research, 2000, pp. 1-12, disponible en: <http://fusionmx.babson.edu/entrep/fer/XXIV/XXIVA/XXIVA.htm> (fecha última consulta: 20/03/2017).

- S.C. MICHAEL, “To franchise or not to franchise: An analysis of decision rights and organizational form shares”, *Journal of Business Venturing*, n. 11, vol. 1, pp. 57-71.
- R. MICHAELS, “European Class Actions and Applicable Law”, en N. HATZIMIHAÏL / A. NUYTS, *Cross-border Class Actions. The European Way*, Sellier, Munich, 2014, pp.111-141.
- C. MICHAÏLDOU, *Prozessuale Fragen des Kollektivrechtsschutzes im europäischen Justizraum. Eine rechtsvergleichende Studie*, Nomos, Baden Baden, 2007.
- A. MILLS, “The identities of private international law: lessons from the U.S. and EU revolutions”, *Duke Journal of Comparative & Int’l. Law*, vol. 23, 2013, pp. 445-475.
- F. MIRÓ LLINARES, “El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La Historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. 1, n.2, marzo 2007, pp. 103-155.
- P. MIROSA MARTÍNEZ, “Prólogo” en J. FONTCUBERTA LLANES, *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, Esade Alumni, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- G. MODIANO, “International Patent Licensing agreement and conflict of laws”, *Nw. J. Int. L. Bus.*, 1980, pp. 11-27
- P. F. MONLAU, *Diccionario etimológico de la lengua castellana: (ensayo) precedido de unos rudimentos de etimología*, Rivadeneyra, 1856.
- A. MOTTET HAUGAARD / M. VERHULST, “La nouvelle loi relative à l’information précontractuelle dans le cadre d’accords de partenariat commercial”, *D.A.O.R.*, 2006, pp.103-134.
- D. MOURA VICENTE, “Precontractual Liability in Private International Law: A Portuguese Perspective”, *RabelsZ.*, n. 67, 2003, pp. 699-725.
- J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Litec, Paris, 1984.
- H. MUIR WATT, “The trouble with cross-border collective redress” en D. FAIRGRIEVE / E. LEIN (eds.), *Extraterritoriality and collective redress*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 119-128.
- H. MUIR WATT / L. RADICATI DI BROZOLO, “Party autonomy and mandatory rules in a global world”, *Global Jurist Advances*, 2004, vol. 4, n. 1, art. 2.
- H. NARAYAN-FOURMENT, *L’approche concurrentielle et contractuelle de la détermination du prix (dans les ventes commerciales et les contrats-cadre)*, Tesis Doctoral, Universidad Nancy- II, 2002.
- L. NAVARRO MATAMOROS, “Compraventa mercantil y contratos afines” en VV.AA., “*Derecho Mercantil III en Red*”, Universidad de Murcia, Murcia, 2014.
- P.H. NEUHAUS, “Die Immaterialgüterrechte im künftigen international Privatrecht der Europäischen Gemeinschaften”, *RabelsZ.*, n. 40, 1976, pp. 189-232.
- M.-L. NIBOYET, “La révision de la Convention de Bruxelles par le règlement du 22 décembre 2000”, *Gaz. Pal.*, 10-12 junio 2001, doct. 1, pp. 943-949.
- F. NICKLISH, “Vorteile einer Dogmatik für komplexe Langzeitverträge”, en VV.AA., *Der Komplexe Langzeitvertrag*, Verlag, Heidelberg, 1987, pp. 17-21.
- A. NUYTS, «Les lois de police et dispositions impératives dans le Règlement Rome I», *RDC Belge*, 2009, pp. 553- 586.
- A. NUYTS, “Study on Residual Jurisdiction: Review of the Member States’ Rules concerning the residual jurisdiction of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations, General Report”, 2007, 156 p.
- A. NUYTS, “L’application des lois de police dans l’espace (réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)”, *RCDIP*, 1999-I, pp. 31-74 y 1999-II, pp. 245-265.
- A. NUYTS, *La concession de vente exclusive, l’agence commerciale et l’arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 1996.
- A. NUYTS, «Le contrôle de l’arbitrabilité selon la loi du for dans les Conventions de New York et de Genève et les concessions de vente exclusive à durée indéterminée en Belgique», *Rev. dr. com. belge*, 1993, pp. 1118 – 1130.
- A. NUYTS, “The consolidation of collective claims under Brussels I” en N. HATZIMIHAÏL / A. NUYTS, *Cross-border Class Actions. The European Way*, Sellier, Munich, 2014, pp. 69-84.
- E. A. O’HARA, “The Jurisprudence and Politics of Forum-Selection Clauses”, *Chicago J. Int’l L.*, vol. 3, n. 2, 2002, pp. 301-318.

- E. A. O'HARA / L. E. RIBSTEIN, "Conflict of Laws and Choice of Law", en B. BOUCKAERT / G. DE GEEST (ed.), *Encyclopaedia of Law and Economics*, Edward Elgar, Surrey, 2000, pp. 631-660.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, *Contratación internacional práctica: cómo evitar los riesgos contractuales en el comercio internacional*, ICEX, Madrid, 2013.
- T. ORTUÑO BAEZA, "Contratos ligados a la propiedad industrial. Licencia de marca. Franquicia" en A. L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dir.), *Contratos internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1505-1568.
- P. OSTENDORF, "Die Wahl des auf internationale Wirtschaftsverträge anwendbaren Rechtsrahmens im Europäischen Kollisionsrecht: Rechtswahlklauseln 2.0", *IHR*, 2012, pp. 177-180.
- D. OTTO / O. ELWAN, "Art. V(2)" en H. KRONKE (dir.), *Recognition and enforcement of arbitral awards, A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010, pp. 365-410.
- A. R. OXENFELDT y A. O. KELLY, "Will successful franchise systems ultimately become wholly-owned chains?", *Journal of Retailing*, vol. 44, 1969, pp. 69-87.
- R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Jovene, Nápoles, 1979.
- C. PAZ ARES, "La terminación *ad nutum* de los contratos de distribución", *RDM*, n. 223, 1997.
- C. PAZ ARES, "Principio de eficiencia y derecho privado", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor M. Broseta Pont*, volumen III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2844-2850.
- L. PELLEGRINI, *Economia della distribuzione*, EGEA, Milán, 1990.
- C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial*, Bosch, Barcelona, 1999.
- A. PETERSON / R.P. DANT, "Perceived advantages of the franchise option from the franchisee perspective: empirical insights from a service franchise", *Journal of Small Business Management*, n. 28, vol. 3, 1990, pp. 46-61.
- M. V. PETIT LAVALL, *Los acuerdos entre compañías aéreas en la normativa comunitaria liberalizadora del sector aéreo*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2000.
- P. PICONE, "L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il Diritto internazionale", en F. CAPOTORTI, *Il fenomeno delle concentrazione di imprese del Diritto interno e internazionale*, Padova, 1989, pp. 196-200.
- P. PIRODDI, *La tutela del contraente debole nel Regolamento Roma I*, CEDAM, Milán, 2012.
- G. PLASSMEIER, *Kollisionsrechtliche Probleme internationaler Franchisesysteme*, Universitätsverlag Rasch, Osnabrück, 1999.
- R. PLENDER / M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, Sweet & Maxwell, Londres, 2009.
- R. PLENDER / M. WILDERSPIN, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Sweet & Maxwell, Londres, 2001.
- E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, préf. De P. Vareilles-Sommières, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 463, Paris, LGDJ, 2006.
- T. PFEIFFER, "Rechtswahlvereinbarung und Transparenzkontrolle" en M. WANDT ET AL., *Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht: Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag*, Verlag Versicherungswirtschaft, 2014, pp. 843-862.
- P. PIGASSOU, "La distribution intégrée", *Rev. trim. droit com.*, vol. 33, n. 3, 1980, pp. 473-544.
- K.P. PIßLER, "Franchising", en J. BASEDOW ET AL. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 727-729.
- K.P. PIßLER, "Sales (Forms of Distribution)", en J. BASEDOW ET AL. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 1512-1515.
- R. A. POSNER, "Antitrust policy and the Supreme Court: an analysis of the restricted distribution, horizontal merger and potential competition decisions", *Columbia Law Rev.*, n.1-1975, pp. 282-327
- O. M. POWERS, *Commerce and Finance*, Powers & Lyons, 1903.
- F. D. PRAGER, "History of Intellectual Property from 1545 to 1787", *American Journal of the Patent and Trademark Office Society*, vol. 26, 1944, p. 711-735.
- I. PRETELLI, « Jurisdiction of the European Union and relations with third states » en I. PRETELLI / L. HECKENDORN (eds.), *Possibility and terms for applying Brussels I Regulation (recast) to extra-EU disputes*, Publicaciones del Parlamento Europeo, Bruselas, 2014.
- R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, Napoli, 1968.

- B. QUINN / A. M. DOHERTY, "Power and control in international retail franchising: evidence from theory and practice", *International Marketing Review*, vol. 17, n. 4/5, 2000, pp. 354 – 372.
- E. RABEL, *The Conflict of Laws: A comparative study*, vol. III, Bernstein, 1964.
- L. RADICATI DI BROZOLO, "Arbitration and the draft revised Brussels I Regulation: seeds of home country control and of harmonisation", *JPIL*, 2011, p. 423-460, esp. 423.
- L. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, "Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa" en P. FRANZINA, (ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento "Roma I"*, Cedam, Padua, 2006, pp. 1-8.
- W.L.M. REESE, "The law governing international contracts" en H. SMIT / N.M GALSTON / S.L. LEWITSKY, *International Contracts*, Mathew Bender, Nueva York, 1981, p. 4.
- W.L.M. REESE, "Contracts and the Restatement of Conflict of Law, Second", *Int'l. & Comp. L. Q.*, vol. 9, n. 4, 1960, pp. 531-541.
- M. REIF, *Internationale Franchiseverträge. Eine Studie zum Internationalem Privatrecht mit Hinweisen zur gerichtlichen und aussergerichtlichen Streitbeilegung sowie zur Vertragsgestaltung*, Roderer, Regensburg, 2002.
- M. REQUEJO ISIDRO, "Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional", *RCEA*, 1995, pp. 60-63.
- P. REMY-CORLAY, *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du Droit européen des contrats*, Dalloz, Themes et Commentaires, 2003.
- V. RETORNAZ / B. VOLDERS, "Dissection d'un parapluie troué", *RCDIP*, 2006, pp. 441-444.
- J.C. REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas: condiciones negociales generales*, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, Bruselas, 2005.
- F. RIGAUX, "Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Cah. Droit eur.*, n. 24, 1988, pp. 306-321.
- F. RIGAUX, *Droit international privé, Tome II : Droit positif*, Larcier, Bruselas, 1977.
- E. ROCA TRÍAS / M. NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- G.P. ROMANO, "Le choix des principes Unidroit par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives", *JDI*, 2007, pp. 473 y ss.
- S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947 reed. 1983.
- W.-H. ROTH, "Rechtswahlklauseln in Verbraucherverträgen – eine schwierige Sache?", *IPRax*, vol. 33, n. 6, 2013, pp. 515-524.
- T. ROYLE, *Working for McDonald's in Europe. The unequal struggle*, Routledge, London, 2000.
- P. RUBIN, "The theory of the firm and the structure of the franchise contract", *Journal of Law and Economics*, 1978, vol. 21, pp. 223-233.
- R. RUEDA VALDIVIA, "La unificación europea del Derecho conflictual: presente y futuro", *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 151-178.
- J. RUTGERS, "Los contratos de agencia, franquicia y distribución en el DCFR" en E. BOSCH CAPDEVILA (dir), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 311-319.
- J.W. RUTGERS / M. HESSELINK / M. VELDMAN / M. SCOTTON / O. BUENO DÍAZ, *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)*, Sellier, Munich, 2006.
- F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- G. SANTINI, *Il comercio (saggio di economia del diritto)*, Il Mulino, Bolonia, 1979.
- J. SCHACHERREITER, *Das Franchise-Paradox. Hybride Arrangements zwischen Markt und Hierarchie im materiellen und im Kollisionsrecht*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.
- H. SCHLEMMER, "Kollisions-und sachrechtliche Fragen bei Franchising", *IPRax*, 1988, pp. 252-253.
- P. SCHLOSSER, "Informe relativo al Convenio de Bruselas de 1968", 9 octubre 1978, *DOUE* 1979, pp. C-59/72 y ss.
- C.M. SCHMITTHOFF, *Export Trade*, Stevens, Londres, 1990.

- A. F. SCHNITZER, “Les contrats internationaux en droit international privé suisse”, *RCADI*, n. 123, pp. 541 y ss., esp. p. 571.
- R. SCHULZE, *Franchising im Europäischen Privatrecht*, Nomos, Baden Baden, 2001.
- D. SEYSEN-GUERIN, *Le contrat de distribution internationale*, Tesis Doctoral, Université Paris XI, 2001, pp. 224-235.
- S. A. SHANE, “Why franchise companies expand overseas”, *Journal of Business Venturing*, n. 11, vol. 2, 1996, pp. 73-88.
- A. SILBERMAN, “The Myths of Franchise Market Power”, *Antitrust L.J.*, vol. 65, 1996, pp. 181-221.
- F.-L. SIMON, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly Ed., Paris, 2009.
- A. SINAGRA, “Natura e contenuto della internazionalità dei contratti”, en VV.AA., *Études en l’honneur de Roberto Ago*, vol. IV, Milano, 1987, pp. 349-382.
- D. SINDRES, “De la qualification d’un contrat-cadre de distribution au regard des règles communautaires de compétence”, *RCDIP*, 2008, pp. 863-871.
- A. SMITH, *La riqueza de las naciones*, Alianza Editorial, Madrid, 2011.
- J. SOL, *La guerra de las Pymes*, Nuevo Extremo, Buenos Aires, 1999.
- A. SPICKHOFF, “Anspruchskonkurrenzen, Internationale Zuständigkeit und Internationales Privatrecht”, *IPrax*, vol. 29, n. 2, 2009, pp. 128-134
- A. SPRANZI, *L’efficienza della distribuzione commerciale*, Etas, Milán, 1969.
- J. STANWORTH / P.J. KAUFMANN, “Similarities and differences in UK and US franchise research data: towards a dynamic model of franchisee motivation”, *International Small Business Journal*, n. 14, vol. 3, 1996, pp. 57-70.
- L. W. STERN / F. D. STURDIVANT, “Customer Driven Distribution Systems”, *Harvard Business Review*, julio-agosto 1987, pp. 55-60.
- A.V.M. STRUYCKEN, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *RCADI*, t. 232, 1992, p. 284.
- F. STURM, “Der Eigenhändler im Aussenprivatrecht: Rechtswissenschaft und Gesetzgebung”, en K. MÜLLER / H. SOELL (coords.), *Festschrift Wahl*, Univ. Heidelberg, Heidelberg, 1973, pp. 207-239.
- D. TALLON, *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, LGDJ, Paris, 1989.
- J. THIEFFRY, “La Convention de Vienne et les contrats de distribution”, *Dr. et Prat. Com. Int.*, 1993, pp. 62-68.
- R. THODE, “Die Rom I-Verordnung – das europäische Internationale Vertragsrecht”, *NZBau*, 2011, pp. 449-457.
- C.H. THOMAS-CHODKIEWICZ / A. RONZANO, “Le contrat-cadre en droit international”, en A. SAYAG (dir.), *Le contrat-cadre*, Litec, Paris, 1995.
- J. THREARD, “Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur?”, *Rev. trim. Dr. Comm.*, 1972, pp. 537-573.
- G. THÜSING, “Rechtswahlklauseln”, en F. GRAF VON WESTPHALEN / G. THÜSING, *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, Beck, Múnich, 2010, pp. 428-452.
- M. TOMASZEWSKI, “La désignation, postérieure à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit”, *RCDIP*, 1972, pp. 567 y ss.
- S. TONOLO, “La legge applicabile ai nuovi contratti: i casi del factoring e del franchising internazionale”, *Contratto e Impresa Europa*, n. 8, 2003, pp. 542-573.
- J. TORO, “L’information précontractuelle dans le cadre d’accords de partenariat commercial en droit international privé”, *RDC*, n.9, 2006, pp. 923-933.
- P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- V. TORRUBIA CHALMETA, “Contratos de distribución” en J. DE LA CUESTA RUTE, *Contratos mercantiles*, tomo 1, Bosch, 2001.
- C. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law*, Routledge, Oxon, 2008.
- E. ULMER, *Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht*, Heymann, Colonia, 1975.
- H. UNBERATH, “Long term contracts and the DCFR: interpretation and adjustment” en G. WAGNER (ed.), *The Common Frame of Reference: a view from Law and Economics*, Sellier, Munich, 2009.
- UNIDROIT, “Guía UNIDROIT para los acuerdos de franquicia principal internacional”, Roma, 2005.

- L. USUNIER, “*La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d’élection de for. Beaucoup de bruit pour rien?*”, *Rev. Crit. DIP*, 2010, 37.
- L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, Paris, 2008.
- O. VAES, *Franchising. Guide pratique pour juristes*, Bruylant, Bruselas, 2007.
- D. VALDINI, *Der Schutz Der Schwächeren Vertragspartei Im Internationalen Vertriebsrecht: neue Wege der objektiven Anknüpfung von Franchise- und Vertriebsverträgen in der Rom I-Verordnung*, JWV, Munich, 2013.
- H. VAN HOUTTE, “L’arbitrabilité de la résiliation des concessions de vente exclusive”, en VV.AA., *Mélanges offertes à Raymond Vander Elst*, Nemesis, Bruselas, 1987, pp. 821 y ss.
- H. VAN HOUTTE, *The Law of International Trade*, Sweet & Maxwell, Londres, 1995.
- N. VAN RANST, “Drafting a Franchise Agreement”, en D. CAMPBELL / L. LAFILI (ed.), *Distributorships, agency and franchising in an international arena: Europe, the US, Japan and Latinamerica*, Kluwer, Deventer Boston, 1990.
- P. VANDEPITTE / A. DE SCHOUTHEETE, “Le champ d’application territoriale de la loi du 27 juillet 1961 sur les concessions de vente exclusifs”, *Journ. Trib.*, 1990, pp. 725-729.
- A.-C. VAN GYSEL / J. INGBER, “A la recherche de la prestation caractéristique”, *Rev. Dr. ULB*, 1994, pp. 69-70.
- A. VAQUER / E. BOSCH / M. SÁNCHEZ, *Derecho europeo de los contratos*, Atelier, Barcelona, 2012.
- CL. VERBRAEKEN, “Contrat modèle de franchise internationale de la CCI: les obligations du franchisé”, en COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *Le contrat de franchise*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 143-153.
- C. VERBRAEKEN, “La loi applicable aux contrats de concession de vente exclusive comportant un ou plusieurs éléments d’extranéité”, en VV.AA., *Hommage à Jacques Heenen*, Bruylant, Bruselas, 1994, pp. 557-570.
- H.L.E. VERHAGEN, “The tension between party autonomy and European Union law: some observations on Ignmar GB LTD V. Eaton Leonard Technologies INC”, *ICLQ*, 2002, p. 135-174.
- R. VERMEERSCH / V. VAN HOUTTE / P. WAUTELET, “La sous-traitance internationale: questions choisies”, en COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *La sous-traitance*, Bruylant, Bruselas, 2003, pp. 269-336.
- A. VESSICHELLI, “Art. 73” en C.M. BIANCA (coord.), *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Cedam, Padua, 1991.
- T. VIGNAL, *Droit international privé*, Sirey Université, Paris, 2011.
- U. VILLANI, “Aspetti problematici della prestazione caratteristica”, *RDIPP*, 1993, pp. 513-540.
- U. VILLANI, “La legge applicabile in mancanza di scelta tra vecchia e nuova disciplina” en Fondazione Italiana Per il Notariato (dir.), *Il nuovo diritto europeo dei contratti*, Il sole 24 ore, Milano, 2007, pp. 56 y ss.
- M. VINAIXA I MIQUEL, “La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del Convenio de Bruselas de 1968”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, n. 13, 2002, pp. 977-997.
- M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, Thomson Civitas, Madrid, 2007.
- M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Art. 3 Ley sobre condiciones generales de la contratación”, en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ / L. DÍEZ PICAZO, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 145-229.
- M. VIRGÓS SORIANO, “Los vínculos más estrechos y la prestación característica en la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales” en J.L. Iglesias Prada (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 4: “Derecho civil y Derecho público”, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5312.
- M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1993.
- M. VIRGÓS SORIANO, “La interpretación del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Noticias CEE*, n. 61, 1990, pp. 83-94.

- M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución en contratación internacional*, Tecnos, Madrid, 1989.
- F. VISCHER / L. HUBER / D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, Stämpfli, Berna, 2000.
- F. VISCHER, "The Antagonism between Legal Security and the Search of Justice in the Field of Contracts", *RCADI*, 1974, vol.142 pp. 1-70.
- F. VISCHER, *Internationales Privatrecht*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1971.
- L. VOGEL (dir.), *La franchise au Carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats. États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 2011.
- C. VON BAR, *Internationales Privatrecht*, II, München, 1991.
- R. VON JHERING, "Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", en *Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, tomo 4, 1861.
- D. WALDZUS, "Germany, pre-contractual disclosure requirements and relevant case law", *International Journal of Franchising Law*, vol. 12, n. 5, 2014, pp. 3-10.
- N. WATTE / A. NUYS, "Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique", *JDI*, n. 130, vol. 2, 2003, pp. 365-424.
- P. WAUTELET, "Le contrat de franchise – aspects internationaux", *Revue Droit International Privé - Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht*, vol. 10, n. 2, 2011, pp. 102-139.
- P. WAUTELET, "Les litiges contractuels transfrontaliers – le domaine résiduel du droit international privé: le droit belge", en M. DEFOSSEZ / J. SENECHAL (eds.), *Enforcing contracts. Aspects procéduraux de l'exécution des contrats transfrontaliers en droit européen et international Les litiges contractuels transfrontaliers*, Larcier, Bruselas, 2008, pp. 133-159.
- P. WEIL, "Principes généraux de Droit et contrats d'État", *Mélanges Goldman*, Litec, Paris, 1983, pp. 387 y ss.
- M. WILDERSPIN, "The Rome Convention: Experience to date before the courts of Contracting State", en O. LANDO / U. MAGNUS (eds.), *Die Angleichung des materiellen und des internationalen Privatrechts in der EU*, P. Lang, Frankfurt-am-Main, 2003, pp. 111-142.
- M. WILDERSPIN / X. LEWIS, "Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres", *RCDIP*, 2002, n. 1, pp. 1-37 y 289-313.
- CH. WILDHABER, *Franchising im internationalen Privatrecht: unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Schuldsrechts und mit Hinweisen auf die vertragsgestaltung namentlich unter IPR-Gesichtspunkten*, Dike Verlag, St. Gallen, 1991.
- S. WILLEMART, "Analyse comparée des mécanismes et questions d'actualité posées par l'indemnité de clientèle en matière de concession de vente, par l'indemnité d'éviction en matière d'agence et par le droit commun en matière de franchise", en D. PUTZEYS (dir.), *Regards croisés sur la distribution: concession, agence et franchise*, Larcier, Bruselas, 2015, pp. 51-98.
- M. WILLEMART / S. WILLEMART, *La concession de vente et l'agence commerciale*, Larcier. Bruxelles, 1995.
- O.E. WILLIAMSON, "Transaction cost economics: the governance of contractual relations", *Journal of Law and Economics*, vol. 22, n. 2, 1979, pp. 233-261.
- C.WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, L.G.D.J, Paris, 1995.
- C. WITZ, "L'exclusion de la Convention des Nations-Unis sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties", *Dalloz*, 1990, p. 108.
- E. ZANELLI, "Il franchising nella tipologia delle concessioni tra imprese" en G. ALPA (coord.), *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale*, Guiffirè, Milano, 1978.
- J. ZIEGEL, "The Scope of the Convention: Reaching Out to Article One and Beyond", *Journal of Law and Commerce*, n.6, 2005, pp. 59-73.
- C. E. ZWISLER, "Selecting a format for international franchising", en VV.AA., *International Franchising: A Practitioner's Guide*, Globe Business Publishing, Londres, 2010, pp. 27-57.
- P. ZUSMAN / M. ETGAR, "Marketing Channel as an Equilibrium Set of Contracts", *Management Science*, vol. 27, n. 3, 1981, pp. 284-302.

JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJCE 14 julio 1972, as. 49/69, *Badische Anilin- & Soda-Fabrik AG v. Comisión de las Comunidades Europeas*, RJ 1972, p. 713, ECLI:EU:C:1972:71
- STJCE 6 octubre 1976, as. 12/76, *Tessili vs. Dunlop*, RJ, 1976, pp.1473-1495.
- STJCE 30 noviembre 1976, as. 21/76, *Bier vs. Mines de Potasse d'Alsace*, RJ 1976, pp.1735-1758.
- STJCE 14 diciembre 1976, as. 24/76, *Colzani vs. Rüwa*, RJ 1976, pp. 1831-1849.
- STJCE 9 noviembre 1978, *Nikolaus Meeth v. Glacetal*, as. 23/78, RJ 1978, pp. 02133 y ss.
- STJCE 22 noviembre 1978, as. 33/78, *Somafer vs. Saar-Ferngas*, RJ, 1978, pp. 2183-2201.
- STJCE 17 enero 1980, as. 56/79, *Zelger vs. Salinitri*, RJ, 1980, pp. 89-102.
- STJCE 28 enero 1986, as. 161/1984, *Pronuptia*, RJ, 1986, pp. 374-389.
- STJCE 24 junio 1986, as. 22/85, *Anterist vs. Crédit Lyonnais*, RJ 1986, pp. 1951-1965.
- Decisión de la Comisión Europea 17 diciembre 1986, *Yves Rocher*, DOUE 10 enero 1987, L 8/49.
- Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 1986, *Pronuptia*, DOUE L 13, 15 enero 1987, p. 39-47.
- STJCE 15 enero 1987, as. 266/85, *Shenavai vs. Kreischer*, Recopilación, 1987, pp. 239-258.
- Decisión de la Comisión Europea 13 julio 1987, *Computerland*, DOUE 10 agosto 1987, L 222/12.
- STJCE 8 marzo 1988, as. 9/87, *Arcado vs. Haviland*, RJ, 1988, pp. 1539-1556.
- Decisión de la Comisión Europea 14 noviembre 1988, *Service Master*, DOUE 3 diciembre 1988, L 332/28.
- STJUE 10 enero 1990, as. C-115/88, *Reichert vs. Dresdner Bank (I)*, RJ 1990, p. I-27.
- Decisión de la Comisión Europea 2 diciembre 1988, *Charles Jourdan*, DOUE 7 febrero 1989, L/35/31.
- STJCE 10 marzo 1992, as. C-214/89, *Powell Duffryn vs. Petereit*, RJ 1992, pp. 1745-1780.
- STJCE 26 marzo 1992, as. C-261/90, *Reichert et al. v. Desdner Bank AG*, RJ 1992, p. I-2175
- STJCE 17 junio 1992, as. c-26/91, *Jakob Handte & Co. GmbH v Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA.*, RJ 1992, p. I-03967.
- STJCE 28 marzo 1995, as. C-346/93, *Kleinwort Benson Ltd contra City of Glasgow District Council*, RJ 1995, p. I-00615.
- STJCE 6 abril 1995, as. C-439/93, *Lloyd's Register of Shipping vs. Société Campenon Bernard*, RJ, 1995, pp. 961-982.
- STJCE 20 febrero 1997, as. C-106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG) vs. Les Gravières Rhénanes SARL*, RJ 1997, p. I-11.
- STJCE 3 julio 1997, as. C-269/95, *Francesco Benincasa vs. Dentalkit s.r.l.*, Recopilación, 1997, p. I-3767.
- STJCE 27 octubre 1998, *Réunion européenne SA y otros v. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV y Capitaine commandant le navire "Alblasgracht V002"*, as. C-51/97; RJ 1998, pp. I- 6536 y ss.
- STJCE 23 noviembre 1999, as. C-396/96 y C-376/96, *Arblade v. Leloup*, RJ 1999, p. I-8498.
- STJUE 9 noviembre 2000, as. C-381/98, *Ingmar GB Ltd. V. Eaton Leonard Technologies*, RJ, 2000, p. I-9305.
- STJCE 20 septiembre 2001, as. C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan*, RJ 2001, p. I-06297, ECLI:EU:C:2001:465.
- STJCE 22 noviembre 2001, as. C-541/99, *Cape Snc v Idealservice Srl*, RJ 2001, p. I-09049.
- STJCE 19 febrero 2002, *Besix SA v. Wagab y Plafog*, as. c-256/00, RJ 2002, pp. I-01699 y ss.
- STJCE 17 septiembre 2002, as. C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, RJ, 2002, p. I-07357.
- STJCE 1 octubre 2002, as. C-167/00, *Konsumenteninformation v Karl Heinz Henkel*, RJ 2002, p. I-8111.
- STJCE 9 diciembre 2003, as. C-116/02, *Erich Gasser GmbH vs. MISAT Srl.*, RJ 2003, p. I-14693.
- STJCE 1 marzo 2005, as. C-281/02, *Andrew Owusu vs. N.B. Jackson*, RJ, 2005, p. I-1445.
- STJCE 3 mayo 2007, as. C-386/05, *Color Drack GmbH contra Lexx International Vertriebs GmbH*, RJ, 2007, p. I-03699.

- STJUE 10 febrero 2009, as. C-185/07, *Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*, RJ 2009, p. I-00663.
- STJUE 23 abril 2009, as. C-533/07, *Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch vs. Gisela Weller-Lindhorst*, *Recopilación*, 2009, p. I-3327.
- STJUE 28 abril 2009, as. C-420/07, *Meletis Apostolides v David Charles Orams and Linda Elizabeth Orams*, RJ 2009 I-03571.
- STJUE 9 julio 2009, as. C-204/08, *Peter Rehder v. Air Baltic Corporation*, RJ 2009, p. I-06073.
- STJUE 6 octubre 2009, as. c-133/08, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV y MIC Operations BV*, RJ 2009, pp. I-09687 y ss.
- STJUE 25 febrero 2010, as. C-381/08, *Car Trim GmbH vs. KeySafety Systems Srl.*, *Recopilación*, 2010, p. I-1255.
- STJUE 11 marzo 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH vs. Silvia Trade SA*, as. c-19/09, RJ 2010, pp. I-02121 y ss.
- STJUE 9 junio 2011, as. C-87/10, *Electrosteel Europe SA vs. Edil Centro SpA.*, RJ, 2011, p. I-4987; D. 2011, Pan. 2434, obs. L. D'AVOUT, y D. 2012, Pan. 1144, obs. C. WITZ ; JCP, 2011, nota J. MARTEL, p. 1002.
- STJUE 17 noviembre 2011, as. C-327/10, *Hypoteční banka a.s. vs. Udo Mike Lindner*, RJ 2011, p. I-11543.
- STJUE 12 julio 2012, as. C-616/10, *Solvay SA v. Honeywell Fluorine Products Europe BV y otros*, ECLI:EU:C:2012:445.
- STJUE 15 marzo 2012, as. C-292/10, *G vs. Cornelius de Visser*, RJ 2012, D. 2012, actu. 952.
- STJUE 19 julio 2012, as. C-154/11, *Mahamdia*, ECLI:EU:C:2012:491.
- STJUE 7 febrero 2013, as. C-543/10, *Refcomp SpA vs. Axa Corporate Solutions Assurance SA, Axa France IARD, Emerson Network, Climaveneta SpA*, ECLI:EU:C:2013:62.
- STJUE de 18 julio 2013, asunto C-147/12, *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB c. Frank Koot, Evergreen Investments BV*, ECLI:EU:C:2013:490.
- STJUE 17 octubre 2013, as. C-184/12, *Unamar NV vs. Navigation Maritime Bulgare*, ECLI:EU:C:2013:663.
- STJUE 14 noviembre 2013, as. C-478/12, *Armin Maletic, Marianne Maletic vs. lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH*, ECLI:EU:C:2013:735.
- STJUE 19 diciembre 2013, as. c-9/12, *Corman-Collins SA v. La Maison du Whisky SA*, ECLI:EU:C:2013:860.
- STJUE 5 febrero 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi Kft. v. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közép-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága*, as. c-385/12, ECLI:EU:C:2014 :47.
- STJUE 13 marzo 2014, *Marc Brogsitter v. Fabrication de Montres Normandes EURL*, as. C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148.
- STJUE 3 abril 2014, as. C-438/12, *Irmengard Weber vs. Mechthilde Weber*, ECLI:EU:C:2014:212.
- STJUE 23 octubre 2014, as. C-305/13, *Haeger & Schmidt GmbH v. Mutuelles du Mans assurances IARD y otros*, ECLI:EU:C:2014:2320.
- STJUE 21 mayo 2015, as. C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide y otros*, ECLI:EU:C:2015:335.
- STJUE 21 enero 2016, as. ac. C-359/14 y C-475/14, *ERGO Insurance*, ECLI:EU:C:2016:40.
- STJUE 17 marzo 2016, as. C-175/15, *Taser International Inc. v. SC Gate 4 Business SRL, Cristian Mircea Anastasiu*; ECLI:EU:C:2016:176.
- STJUE 14 julio 2016, as. C-196/15, *Granarolo SpA v. Ambrosi Emmi France SA*, ECLI:EU:C:2016:559.
- STJUE 28 julio 2016, as. C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612.
- STJUE 18 octubre 2016, as. C-135/15, *Republik Griechenland v Grigorios Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH 1 marzo 2016, *Arlewin v. Suecia*, ref. n. 22302/10.

ESPAÑA

- STS 11 febrero 1984, RJ\1984\646.
- STS 15 mayo 1985, RJ\1985\2393.
- STS 30 junio 1987, RJ\1987\4832.
- STS 1 junio 1992, RJ\1992\4980.
- STS 21 diciembre 1992, RJ\1992\10705.
- STS 24 febrero 1993, RJ\1993\1298.
- STS 27 mayo 1993, RJ\1993\3986.
- STS 26 enero 1994, RJ 446\1994.
- STS 9 octubre 1995, RJ\7026\1995.
- STS 27 septiembre 1996, RJ\1996\6646.
- STS 30 abril 1998, RJ\1998\3456.
- STS 29 septiembre 1998, RJ\1998\8554.
- STS 22 diciembre 2000, RJ\2000\10135.
- SAP Gerona 27 noviembre 2003, AC\2004\367.
- SAP Alicante 24 febrero 2014, AC\2014\453.
- STSJ Madrid (Social) 25 abril 2005, RJ\2005\1268.
- STS 21 octubre 2005, RJ\754\2005.
- AJMER Barcelona 11 octubre 2006, JUR\2007\38853.
- SAP Madrid 31 enero 2007, AC\2007\1036.
- STS 23 febrero 2007, n. 201/2007.
- STS 22 junio 2007, n. 697/2007.
- SAP Guipúzcoa 21 de septiembre 2007, RJ\2008\35356.
- STSJ Comunidad Valenciana (Social) 16 julio 2008, n. 2558/2008, RJ AS 2008\2825.
- SAP Madrid 30 julio 2008, n. 374/2008.
- STS 3 marzo 2008, n. 159/2008.
- STS de 13 marzo 2008, n. 202/2008.
- STS 20 junio 2008, n. 597/2008.
- SAP Madrid 14 noviembre 2008, n. 504/2008.
- STS 22 diciembre 2008, n. 1135/2008.
- STSJ Islas Canarias, Las Palmas (Social) 26 febrero 2009, RJ\2009\1057.
- STS 9 marzo 2009, n. 145/2009.
- AAP Barcelona (secc. 17ª) 28 mayo 2009, n. 95/2009.
- STS 30 julio 2009, n. 567/2009.
- SAP Asturias 2 junio 2010, JUR\2010\250688.
- SAP Madrid 17 septiembre 2010, n. 416/2010
- STS de 7 octubre 2010, n. 607/2010.
- AAP Madrid (Secc. 28ª) 18 noviembre 2010, n. 164/2010.
- AAP Madrid (Secc. 28ª) 16 enero 2012, n. 5/2012.
- STS 16 julio 2012, n. 463/2012.
- SAP Barcelona, sección 11ª, 23 mayo 2013, n. 229/2013.
- SAP Barcelona 24 julio 2013, n. 316/2013.
- SAP Madrid, S. 28ª, 2 diciembre 2013, n. 345/2013.
- SAP Valencia, sección 11ª, 30 junio 2014, n. 265/2014.

FRANCIA

- Sent. Cour App. Paris 21 julio 1950, *RCDIP*, 1952, p. 706.

- Sent. Cour App. Paris 27 enero 1955, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1955, p. 330, nota H. MOTULSKY.
- Sent. Cour App. Paris 12 noviembre 1962, *Dalloz*, 1963, p. 25
- Sent. Cour App. Paris 14 febrero 1962, *Dalloz*, 1962, p. 514.
- Sent. Cour App. Paris 19 junio 1970, aff. Hecht, *JDI* 1971, p. 833, nota B. OPPETT.
- Sent. Cour Cass. Com. 27 abril 1971, *Bull. Comm.*, n. 107, p. 99.
- Sent. Cour App. Paris 20 abril 1972, *JCP*, vol. IV, 1972, p. 228
- Sent. Cour Cass. Civ. 13 noviembre 1972, *Bull. Civ.*, n. 286, p. 296
- Sent. Cour Cass. Com. 9 marzo 1976, *D.*, 1976, p. 150; *Bull. civ.*, 1976, n. IV, p. 89.
- Sent. Cour App. Paris 29 septiembre 1978, *Gaz. Pal.*, 1979, p. 171.
- Sent. Cour App. Paris 13 julio 1982, *JDI*, 1983, p. 383, nota P. KAHN.
- Sent. Cour Cass. Civ. 29 octubre 1985, *Bull. Civ.*, vol IV, n. 254, 1985, p. 212.
- Sent. Cour App. Versailles 21 mayo 1986, *D.*, 1986, p. 308.
- Sent. Cour Cass. Civ. 22 julio 1986, *RCDIP*, 1988, p. 56, nota H. BATIFFOL.
- Sent. Cour Cass. Civ. 15 marzo 1988, *Gaz. Pal.*, 1988, I, p. 133.
- Sent. Cour Cass. Civ. 18 diciembre 1990, *JCP*, n. 21824, 1992, p. 105, nota D. AMMAR
- Sent. Cour. App. Versailles 6 febrero 1991, *Rev. crit. DIP.*, 1991, nota P. LAGARDE, pp. 745-752.
- Sent. Cour. Cass. Civ. 22 octubre 1991, *JDI*, 1992, nota P. LAGARDE, pp. 456 y ss.
- Sent. Cour App. Paris 19 mayo 1993, *Rev. arb.*, 1993, pp. 645-653, nota C. JARROSON.
- Sent. Cour Cass. Comm. 9 noviembre 1993, *Bull. civ.*, IV, n. 403.
- Ass. Plén. Cour Cass. 1 diciembre 1995, *Bulletin*, 1995, p. 13, *JCP*, n. 37, p. 333, nota L. FINEL.
- Sent. Cour Cass. Com. 11 junio 1996, *Bulletin*, vol. IV, n. 165, 1996, p. 142.
- Sent. Cour Cass. Comm. 17 junio 1996, *D. Affaires*, n. 6, 1997, pp. 172-177, nota O. GAST.
- Sent. Cour Cass. Comm. 16 diciembre 1997, Ste. Prodim, *RJDA*, 1998, n. 521.
- Sent. Cour Cass. Civ. 8 febrero 2000, *RCDIP*, 2000, nota H. MUIR WATT.
- Sent. Cour Cass. Civ. 15 mayo 2001, *RCDIP*, 2001, pp. 86-93, nota P. LAGARDE.
- Sent. Cour App. Paris, 30 noviembre 2001, *Contrats-Concurrence-Consommation*, 2003, n. 4, p. 5.
- Sent. Cour Cass. Soc. 4 diciembre 2001, *D.* 2002, p. 1934, nota H. KENFACK.
- Sent. Cour Cass. Com. 15 enero 2002, n. 99-21172, inédita.
- Sent. Cour Cass. Civ. 19 marzo 2002, *JDI*, 2003, 146, nota A. HUET.
- Sent. Cour App. Paris 3 abril 2002, *JDI* 2003, p. 145, nota A. HUET.
- Sent. Cour Cass. Com. 19 noviembre 2002, n. 01-13.492, *D.*, 2003, p. 2427, nota D. FERRIER.
- Sent. Cour Cass. Civ. 17 junio 2003, *RCDIP*, 2004, p. 878.
- Sent. Cour Cassation Civ. 25 noviembre 2003, *RCDIP*, 2004, pp. 102-105, nota P. LAGARDE.
- Sent. Cour App. Paris 30 septiembre 2004, *RTD. Com.*, 2005, p. 188, nota P. DELEBECQUE.
- Sent. Cour App. Poitiers 13 septiembre 2005, *Juris Data*, n. 287162, 2005.
- Sent. Cour Cass. Civ. 11 julio 2006, *Droit et patrimoine*, 2006, n. 154, pp. 77 y ss, nota M.-É. ANCEL.
- Sent Cour Cass. Civ. 3 octubre 2006, *JCP*, 2007, II, n. 10028, pp. 36-38, nota C. ASFAR.
- Sent. Cour Cass. Com. 16 diciembre 2006, *RCDIP*, 2007, 1er esp., nota P. LAGARDE.
- Sent. Cour Cass. Civ. 23 enero 2007, *RCDIP*, 2008, p. 561, p. 561, nota M.-E. ANCEL.
- Sent. Cour Cass. Com. 6 febrero 2007, *Bull. civ.* IV, n. 21; *D.* 2007, p. 653, nota E. CHEVRIER.
- Sent. Cour Cass. Com. 20 febrero 2007, *Bull. civ.*, IV, n° 52.
- Sent. Cour Cass. Soc. 21 febrero 2007, *Juris Data*, 2007, n. 37640
- Sent. Cour Cass. Civ. 6 marzo 2007, *Bull. civ. I*, 2007, n. 93.
- Sent. Cour Cass. Civ. 27 marzo 2007, *Bull. civ.*, 2007, n. 573.
- Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 5 marzo 2008, 06-21.949, *RCDIP*, nota M.-E. ANCEL, p. 561.
- Sent. Cour Cass. Com, 21 octubre 2008, n. 07-12.336, inédita.
- Sent. Cour Cass. Civ. 22 octubre 2008, n. 07-15.823, *Bull. civ.*, 2008, I, n° 233
- Sent. Cour Cass. Civ. 8 julio 2010, *RCDIP*, 2010, pp. 743 y ss., nota D. BUREAU / H. MUIR WATT.
- Sent. Cour Cass. Civ. 19 octubre 2010, n. 09-69.246; *JDI*, 2011, nota C. BRIERE, pp. 943 y ss.
- Sent. Cour Cass. Civ. 17 noviembre 2010, *D.*, 2010, pan. 2935, nota T. CLAY.
- Sent. Cour Cass. Civ. 21 febrero 2012, *RCDIP*, 2012, pp. 630-635, nota D. BUREAU.
- Sent. Cass. Civ. 26 septiembre 2012, n.11-26022, *D.* 2012, 2876, nota D. MARTEL.
- Sent. Cour App. Grenoble 5 septiembre 2013, n.10/02122, *PJDA*, marzo 2014, n.2, 2014, pp. 5-6.

- Sent. Cour Cass. Com., 25 marzo 2014, n. 12-29.534, *Bull. civ.*, 2014, n. 4, p. 58.
- Sent. Cour Cass. Com. 20 mayo 2014, n. 12-26.705, *Bull. civ.*, 2014, n. 4, p. 58.
- Sent. Cour Cass. Civ. 19 noviembre 2014, n. 13-13.405, *Bull. civ.* 2014, n. 9, p. 107.
- Sent. Cour Cass. Civ., 25 marzo 2015, n. 13-27264, *Bull. civ.*, 2015, n. 1, p. 72.

ITALIA

- Sent. Pret. Milano 7 abril 1975, citada en A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, Ipsoa Informatica, Milano, 1986, p. 283.
- Sent. Trib. Roma 22 marzo 1975, citada en A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, Ipsoa Informatica, Milano, 1986, p. 283.
- Sent. Trib. Milano 30 abril 1982, *Foro it.*, 1982, p. 2042 y ss., nota R. PARDOLESI.
- Ord. Pret. Roma 11 junio 1984, *Foro it.*, 1984, p. 2909, nota R. PARDOLESI.
- Sent. Corte Cass. 16 mayo 1984, *RDIPP*, 1985, p. 590.
- Sent. Pret. Palestrina, 14 febrero 1987, *Resp. Civ. prev.*, 1988, p. 240, nota C. VACCA.
- Sent. Trib. Chieti 29 octubre 1987, citada por A. FRIGNANI, *Il franchising*, Cedam, Turín, 1990, p. 403.
- Sent. Trib. Lecce 24 octubre 1989, *Giur. It.*, 1992, n. 1, p. 198, nota L. PLACCA.
- Sent. Trib. Lecce 9 febrero 1990, *Giur. it.*, 1991, n. 1, p.731, nota A. FRIGNANI.
- Sent. Corte Cass. 14 diciembre 1999, *Giustizia Civile*, 2000, pp. 2333-2334.
- Sent. Trib. Taranto 17 septiembre 2003, *Danno è responsabilità*, 2004, p. 65, nota G. COLANGELO.
- Sent. Consiglio Stato Sez. VI, 9 febrero 2006, n. 518, *Foro amm. CDS*, 2006, n. 2, p. 516.
- Sent. Corte Cass. 4 mayo 2006, *RDIPP*, 2007.
- Sent. Trib. Napoli 20 octubre 2006, n. 10501, *Guida al diritto*, 2007, n. 43, p. 63.
- Sent. Corte di Cass. 15 enero 2007, n. 647, *Il foro italiano*, 2008, p. 920.
- Ord. Corte Cass. 8 marzo 2012, *RDIPP*, 2013, p. 143.
- Ord. Corte Cass. 12 marzo 2012, *RDIPP*, 2013, p. 147.

REINO UNIDO

- *Prontaprint plc v Landon Litho Ltd* [1987] FSR 315.
- *Office Overload Ltd v Gunn* [1977] FSR 39, CA.
- *Kall Kwik Printing (UK) Ltd v Bell* [1994], FSR 674.
- *Kall Kwik Printing (UK) Ltd v Rush* [1996], FSR 114.
- *Regazzoni v. K.C. Sethia Ltd*, 1958 A.C. 301.
- *Print Concept GmbH v G.E.W. (EC) Ltd.* [2001] EWCA Civ 352 (CA), [2001] *All ER* (D), 29 (Mar).
- *Re Drivertime Recruitment Limited* [2004] EWHC 1637.
- *MGB Printing and Design Ltd v Kall Kwik UK Limited* [2010] EWHC 624 (QB).
- *Papa John's GB Ltd v Elzada Doyley* [2011] EWHC 2621 (QB).
- *Yam Seng Limited v. International Trade Corporation Limited*, [2013] EWHC 111 (QB).
- *Six Continents Hotels Inc. v. Event Hotels GMBH* (2006) 150 SJLB 1251.
- *Fastframe Franchises Ltd v Roman Lohinski* (1993) 56 MLR 98, 103.
- *Paperlight Limited v Swinton Group Limited*; (1996) CLC 1667.
- *Medway Packaging Ltd v Meurer maschinen GmbH & Co KG* (1990) IL Pr 234.

ALEMANIA

- Sent. OLG Frankfurt-am-Main 21 marzo 1961, *IPrax*, n. 61, vol. 33, 1961, p 26.
- Sent. OLG Wuppertal 2 octubre 1962, *IPrax*, n.63, 1962, p. 42.
- Sent. OLG München, 15 febrero 1980, trad. al francés en *JDI*, 1985, p. 957, nota de E. JAYME.
- Sent. BAG 24 abril 1980, *ZIP*, 1980, pp. 777.
- Sent. BGH 2 junio 1982, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, p. 2731.
- Sent. BGH 14 abril 1983, *NJW*, 1983, p. 2877.

- Sent. OLG Munich 16 septiembre 1993, *NJW*, 1994, pp. 667 y ss.
- Sent. OLG Klobenz 17 septiembre 1993, *RJW*, 1993, pp. 934-938.
- Sent. BAG 16 julio 1997, *NJW* 1997, p. 2973 y ss., *ZIP* 1997, p. 1714 y ss.
- Sent. BGH 4 noviembre 1998, *ZIP* 1998, p. 2104 y ss.
- Sent. LG Berlin 21 junio 2001, 14 O 177/01.
- Sent. OLG Munich 24 abril 2001, *BB* 2001, pp. 1759 y ss.
- Sent. BGH 16 octubre 2002, *WM* 2003, p. 353
- Sent. BGH 30 abril 2003, III ZR 237/02
- Sent. BGH 20 mayo 2003 *Apollo-Optik-Entscheidung*, *BB* 2003, pp. 2245 y ss.; *ZIP* 2004, pp. 744 y ss., nota J.P. GIESLER.
- Sent. OLG Düsseldorf 30 junio 2004, *U(Kart)*, n.40, p. 2
- Sent. BGH 13 julio 2004, *Citroen*, *BGH GRUR Int.* 2005, pp. 152 y ss.
- Sent. OLG Brandenburg, *NJW-RR* 2006, p. 51;.
- Sent. OLG Dresden, 2008, *YCA*, n. XXXIII, 2008, pp. 549 y ss.
- Sent. OLG Schleswig, *NJW-RR* 2009, p. 65.

BÉLGICA

- Sent. Cour App. Bruxelles 9 diciembre 1968, *Pas.*, 1969, vol. 2, p. 44.
- Sent. Cour App. Bruxelles 26 mayo 1970, *Jour. Trib.*, 1970, p. 532, nota DE G. BRICMONT
- Sent. Cour Cass. 28 junio 1979, *Pas. belge*, 1979, n. 1, p. 1260, nota de E. KRINGS.
- Sent. Cour App. Liège 31 marzo 1981, *Journ. Trib.*, 1984, p. 21, nota M. FALLON.
- Sent. Cour Cass. 11 marzo 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 766.
- Sent. Trib. Com. Bruxelles 20 julio 1984, *T.B.H.*, 1985, p. 415
- Sent. Trib. Com. Bruxelles 19 diciembre 1986, *R.W.*, 1993-1994, p. 474.
- Sent. Trib. Com. Bruxelles, 10 noviembre 1987, *Droit de la distribution*, 1994, p. 323.
- Sent. Trib. Com. Bruxelles 10 diciembre 1987, *J.T.*, 1988, p. 197.
- Sent. Cour PI Bruxelles 25 mayo 1989, *Journ. Trib.*, 1990, p. 47
- Sent. Cour App. Liège 4 junio 1991, *R.R.D.*, 1992, p. 249, nota de C. MATRAY.
- Sent. Trib. Com. Bruxelles 10 septiembre 1991, *Rev. dr. com. Belge*, 1992, p. 455.
- Sent. Trib. Com. Bruxelles 20 diciembre 1991, *Rev. dr. com. Belge*, 1992, p. 919.
- Sent. Trib. Com. Anvers 26 abril 1993, *Pratiques du commerce*, 1993, p. 311.
- Sent. Cour App. Bruxelles 29 abril 1994, *Rev. dr. com. Belge*, 1995, p. 515, nota P. KILESTE.
- Sent. Cour. App. Nivelles 12 diciembre 1995, inédita, n. 706/1994.
- Sent. Trib. Comm. Gand 5 junio 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 151
- Sent. Cour App. Liège 16 enero 1998, *JLMB*, 1998, p. 589
- Sent. Cour App. Liège 19 marzo 1998, *DAOR*, 1999, p. 79
- Sent. Trib. Com. Termonde 26 octubre 2001, *A.J.T.*, n. 2, 2001, p. 667.
- Sent. Trib. Com. Louvain, 12 febrero 2002, R.G. n. 1028701.
- Sent. Trib. Com. Gand 7 marzo 2005, *Tijdschrift*, n.2, 2006, p. 60
- Sent. Cour App. Liège 9 enero 2009, M. WAGEMANS, *cit.*, p. 102.
- Sent. Cour Cass. 16 noviembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 472.
- Sent. Cour Cass. 15 octubre 2004, *NJW*, 2005, p. 630, nota M. PIERS / H. VERBIST.
- Sent. Trib. Com. Gand 31 mayo 2010, *R.A.B.G.*, 2011, 309, nota A. HANSEBOUT.
- Sent. Cour Cass. 14 enero 2010, *R.A.B.G.*, 2011, p. 303, nota A. HANSEBOUT.

HOLANDA

- Sent. Corte Ap. La Haya 17 septiembre 1982, *RCDIP*, 1983, p. 473.
- Sent. Corte Ap. Amsterdam 25 junio 1992, *KG*, 1992, p. 235.
- Sent. Hof Arnhem 27 abril 1999, *Nederlands Internationaal Privatrecht*, n. 245, 1999, pp. 314-318.

IRLANDA

- *Smelter Corp of Ireland Ltd v O'Driscoll* [1977] IR 305.
- *Nestorway Ltd t/a Electrographic International v Ambaflex BV* (2006) IEHC 235, (2007) IL Pr 48.
- *General Monitors Ireland Limited v SES-ASA Protection SpA* (2005), IEHC 223.
- *Ferndale Films Ltd v Granada Television Ltd and Another* (1994), ILPr 180.

SUECIA

- Sent. Högsta Domstolen 3 noviembre 2009, *NJA* 2009, p. 672.

PORTUGAL

- Sent. Supremo Tribunal de Justiça 9 octubre 2003, *YCA*, n. XXXII, 2007, pp. 474 y ss.

EEUU

- *Susser v. Carvel Corp.*, 206 F. Suppl. 636, 332 F.2d 505, 2nd Cir., (1964).
- *United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center Inc.* (1965, TC, 71.352)
- As. *Susel vs. Carvel Cor* (Sent. US Supreme Court 3 mayo 1966);
- Sent. *Triple Service v. Mobil Oil* 34 App. Dir. 2 618, 311 NYS 2d 961 (1970)
- As. *Siegel vs. Chicken Delight, Inc* (Sent. Trib. Apel. Noveno Circuito 23 marzo 1971);
- *Bremen v. Zapata Off-shore Co.*, US 1, 12-13 (1972).
- *Scherk v. Alverto-Culver Co.*, 417 US 506 (1974).
- *Business Incentives Co. Inc. v. Sony Corp. of Am.*, 397 F. Supp. 63 (S.D.N.Y. 1975);
- *Southern Int'l Sales v. Potter & Brumfield Civ. Of AMF Inc.*, 410 F. Supp. 1339 (S.D.N.Y. 1976);
- As. *Principe vs. McDonald's Corporation* (Sent. Trib. Apel. Cuarto Circuito 26 septiembre 1980).
- *Cutter v. Scott & Fetzer Co.*, 510 F. Supp. 905 (ED Mich. 1981).
- *Transit Bus Sales v. Kalamazoo Coaches* (145 F. 2d, 1984).
- *Mitsubishi Motors Corp. V. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 US 614, 637, n. 19, 105 Ct., 334446, (1985); *Rev. arb.*, 1986, pp. 273 y ss, nota de J. ROBERT; *IPrax*, 1986, pp. 313-316.
- *Phillips Petroleum Co v. Shutts*, 472 US 797 (1985).
- *Winer Motors, Inc. v. Jaguar Rover Triumph Inc.*, 208 N.J. Sup. 666 (App. Div. 1986);
- *Bush v. National School Studios, Inc.*, 139 Wis. 2d 635 (Wis. 1987);
- *Colt Indus. Inc. v. Fidelco Pump and Compressor Corp.*, 700 F. Supp. 1339 (D.N.J. 1987).
- *Tele-Save Merchandising v. Consumers Distributing Co.*, 814 F.2d 1120 (6th Cir. 1987).
- *Stewart Org. v. Ricoh*, 487 US 22 (1988).
- *Tominaga v. Sheperd*, 682 F. Sup. 1489 (C.D. Cal. 1988).
- *Solman Distrib. Inc. v. Brown-Forman Corp.*, 888 F.2d 170 (1st Cir. 1989);
- *Modern Computer Systems, Inc. v. Modern Banking Systems, Inc.*, 871 F.2d 734 (8th Cir. 1989).
- *Carlok v. Pillsbury Co.*, 719 F. Supp. 791 (D. Minn. 1989).
- *Wright-Moore Corp. v. Ricoh Corp.*, 908 F.2d 128 (7th Cir. 1990);
- *Standard Office Systems v. Ricoh*, 742 F. Supp. 534 (WD Ark. 1990).
- *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 US 585 (1991).
- *Bakhsh v. JACRRC Enters., Inc.*, 895 P. 2d 746 (Okla. Ct. App. 1995).
- *Queen City Pizza, Inc. v. Dominos Pizza, Inc.*, 922 F. Sup. 1055 (E.D. Pa. 1996).
- *Goodyear Tire & Rubber Co. V. Whiteman Tire, Inc.*, 86 Wash. App. 732, 935 P. 2d 628 (1997).
- *Mangistaumunaigaz Oil Production v. United World Trade, Inc.*, *YCA*, n. XXIV, 1999, pp. 806 y ss.
- *Jones v. GNC Franchising, Inc.*, 211 F.3d 495 (9th Cir. 2000).
- *Park Inn Int'l, LLC v. Mody Enters., Inc.*, 105 F. Supp. 2d 370 (D.N.J. 2000)
- *My Café-CCC, Ltd. V. Lunchstop, Inc.*, 107 S.W.3d 860 (Tex. Ct. App. 2003).
- *Brown Dog, Inc. v. The Quizno's Franchise Co., LLC*, 2004 WL 1114427 (W.D. Wis. May 13, 2004).
- *G&R Moojectic Treats Inc. v. Maggiemoo's Int'l, LLC*, 2004 WL 1110423 (S.D.N.Y. May 19, 2004).
- *Szymczyk v. Signs Now Corp.*, 606 S.E. 2d 728 (N.C. App. 2005).

- *Big O Tires, LLC v. Felix Bros., Inc.*, 724 F. Supp. 2d 1107 (D. Colo. 2010).
- *Phoenix Surgicals, LLC v. Blackstone Med., Inc.*, 2011 WL 63992 (D. Conn. Jan. 3, 2011).
- *Business Store, Inc. v. Mail Boxes et al.*, 2012 WL 525966 (D.N.J. Feb. 16, 2012).
- *Korean Am. Broad. Co., Inc. v. Korean Broad Sys.*, 2012 WL 1080260 (N.D. III. Mar. 29, 2012).
- *HOODZ Int'l, LLC v. Toshiaddi*, 2012 WL 883912 (E.D. Mich. Mar. 14, 2012).
- *Multijuice SA v Snapple Beverage Corp.*, 02 Civ. 4635 (RPP US DC SDNY, 2016).

CANADÁ

- *Grow Biz International Inc. v. DLT Holdings Inc.*, YCA, n. XXX, 2005, pp. 450 y ss, esp. p. 455.
- *Nike Information Systems Ltd v. Avac Systems Ltd* (1979), 105 D.L.R. (3d) 455 at 459.

AUSTRALIA

- *Poseidon Ltd v Adelaide Petroleum NL* (1991) 105 ALR 25.
- *J H Coles Pty Ltd v Need* (1934), AC 82.

SUIZA

- Sent. Trib. Federal 10 diciembre 1974, *BGE*, n. 100, 1974, p. 450.

LAUDOS ARBITRALES

- Laudo CCI n. 1250 de 1964, *Yearbook C.A.*, 1980, p. 168.
- Laudo CC Praga, 30 abril 1974 (decisión arbitral), *JDI*, 1979, p. 640.
- Laudo CCI n. 1990 (1972), en *Recueil Sentences Arbitrales CCI*, 1986-1990, pp. 199-204.
- Laudo CCI n. 4996, *JDI*, 1986, p. 1132.
- Laudo CCI n. 5418, en *Recueil Sentences Arbitrales CCI*, 1986-1990, p. 132.
- Laudo CCI n. 6379, *Rev. dr. com. Belge*, 1993, p. 1134.
- Laudo ICC n. 6500 (1992), *JDI*, 1992, p. 1015.
- Laudo CCI n. 6752, *YbCA*, 1993, p. 54.
- Laudo CCI n. 7319 (1992), *Recueil Sentences Arbitrales CCI*, 2001-2002, p. 300.
- Laudo CCI n. 8362, *Yearbook C.A.*, n. 22, 1997, pp. 164-177.
- Laudo ICSID 3 de mayo de 1985 *Klöckner v. Camerún*, *JDI*, 1987, pp. 163-174.
- Laudo CCI n. 10422 (2001), en *Recueil Sentences Arbitrales CCI*, 2001-2007, pp. 610-62.
- Laudo CCI n. 12193 (2004), en *Recueil Sentences Arbitrales CCI*, 2001-2007, pp. 783-796.
- Laudo CCI n. 14359 (2007), en *Recueil Sentences Arbitrales CCI*, 2001-2007, pp. 931-943.