

**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL
CONTRATO DE CONCESIÓN DESDE LA
PERSPECTIVA ESTADOUNIDENSE***

**UNCONSCIONABLE CLAUSES IN A
FRANCHISING AGREEMENT FROM THE
UNITED STATES' PERSPECTIVE**

*Camilo A. Rodríguez-Yong***

Fecha de recepción: 6 de diciembre de 2010

Fecha de aceptación: 28 de febrero de 2011

Para citar este artículo / To cite this article

Rodríguez-Yong, Camilo A., *Las cláusulas abusivas en el contrato de concesión desde la perspectiva estadounidense*, 122 *Vniversitas*, 519-540 (2011).

SICI: 0041-9060(201106)60:122<519:CACCPE>2.0.TX;2-P

* El artículo corresponde a la línea de investigación Temas Tradicionales de Derecho Comercial, del Grupo de Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

** Profesor de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario. Master of Laws, LL.M., y Doctor of Juridical Science, S.J.D., Indiana University Maurer School of Law. Abogado admitido a la barra de abogados de Nueva York. El artículo se realizó en desarrollo de la línea de investigación *Temas tradicionales de derecho comercial*, del grupo de derecho privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Contacto: camilo.rodriguez@urosario.edu.co

RESUMEN

El artículo presenta la experiencia de Estados Unidos en el desarrollo e implementación de mecanismos jurídicos y extrajurídicos encaminados a proteger a los concesionarios ante la incorporación de cláusulas abusivas en el contrato de concesión privada. En ese sentido, a partir del estudio de la legislación, la jurisprudencia y las iniciativas del sector privado, se identifican medidas legislativas, administrativas y privadas encaminadas a la consecución de este objetivo. Igualmente, el estudio del caso estadounidense refleja cómo la aplicación de la doctrina de cláusulas abusivas es posible en contratos diferentes a aquellos catalogados como de consumo.

Palabras clave autor: Contrato de concesión, franquicia, cláusula abusiva, Estados Unidos.

ABSTRACT

The article presents the United States' experience in the development and implementation of legal and extralegal mechanisms aimed at protecting franchisees before the incorporation of unconscionable clauses in a franchising agreement. From the analysis of the statutes, case law and private sector initiative, it is possible to identify legislative, administrative and private measures aimed at achieving this objective. Likewise, the study of the American case shows how the implementation of the unconscionability doctrine is possible in contracts different from those considered as consumer contracts.

Key words author: Franchising contract, unconscionability, unconscionable clause, abusive clause, United States.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. EL CONTRATO DE CONCESIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO ESTADOUNIDENSE.- II. MECANISMOS DE CONTROL A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.- *A. El control legislativo.- B. El control judicial.- C. El control autónomo de las cláusulas abusivas.*- CONCLUSIONES.- BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La doctrina de las cláusulas abusivas ha sido tradicionalmente concebida e implementada como un instrumento de protección al consumidor, sin embargo, su ámbito de influencia no puede reducirse exclusivamente a relaciones de consumo. Su aplicación también es posible en otro tipo de relaciones y el contrato de concesión es un claro ejemplo. Aunque este es un contrato mercantil que, por tanto, celebran comerciantes o empresarios, sus cláusulas podrían ser abusivas, caso en el cual serían aplicables los mecanismos ideados para evitar y sancionar la inclusión de este tipo de cláusulas.

El propósito de este artículo es precisamente revisar y analizar la aplicación de la doctrina de las cláusulas abusivas en el contrato de concesión a la luz de la experiencia de Estados Unidos, la cual ha logrado grandes avances en la materia. Con este objetivo, el artículo se ha dividido en dos partes. En la primera, se exponen los aspectos generales del contrato de concesión desde el punto de vista estadounidense y, en consecuencia, se define el contrato, se hace una sucinta presentación histórica del mismo y se explican las razones que han motivado o justificado la adopción de normas particulares encaminadas a la protección del concesionario. En la segunda parte, se identifican y describen los mecanismos legislativos, administrativos y autónomos implementados para controlar la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de concesión. Todo esto desarrollado a partir de fuentes primarias y secundarias como la ley, la jurisprudencia y la doctrina del país norteamericano.

I. EL CONTRATO DE CONCESIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO ESTADOUNIDENSE

El contrato de concesión recibe en Estados Unidos el nombre de *franchising* o *franchise* (*franquicia*, en su traducción al español). Esta situación lo diferencia del derecho privado colombiano, en el cual el término franquicia hace referencia a una de las modalidades o especies del contrato de concesión¹ (con el propósito de unificar la terminología utilizada a lo largo de este artículo, se utilizarán los términos *concesión*, *concedente* y *concesionario* como equivalentes a los términos *franquicia*, *franquiciante* y *franquiciado* pues,

1 En el caso colombiano, el *contrato de concesión* ha sido definido como aquel “*en virtud del cual, un empresario llamado concedente, se obliga a otorgar a otro llamado concesionario, la distribución de sus productos servicios o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos, a cambio de una retribución que podrá consistir en un precio o porcentaje fijo, o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado*”. El contrato puede adoptar múltiples modalidades, entre las que se destacan la *concesión para la distribución*, la *franquicia*, la *concesión de espacio* y la *operación hotelera*. Jaime Alberto Arrubla-Paucar, *Contratos mercantiles*, II, 340, 354-357 (7ª ed., Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2008).

como se explicó, el término *franquicia* en el sistema jurídico estadounidense corresponde al término *concesión* utilizado en el derecho privado colombiano).

El *contrato de concesión* o *franquicia* ha sido definido por la jurisprudencia, la ley y la doctrina estadounidense en múltiples oportunidades. Robert W. Emerson, por ejemplo, lo define de esta manera:

*Franchising is, among other things, a system of marketing and distribution whereby an independent, often small, business person, (the franchisee) is granted the right to market the goods and services of another (the franchisor) in accordance with established standards and practices.*²

La New Jersey Franchise Practice Act, por su parte, define el *contrato de concesión* como:

*A written arrangement for a definite or indefinite period, in which a person grants to another person a license to use a trade name, trade mark, service mark, or related characteristics, and in which there is a community of interest in the marketing of goods or services at wholesale, retail, by lease, agreement, or otherwise.*³

En el caso del estado de Indiana, la ley estatal lo define bajo los siguientes términos:

*Franchise means a contract by which: (1) a franchisee is granted the right to engage in the business of dispensing goods or services, under a marketing plan or system prescribed in substantial part by a franchisor; (2) the operation of the franchisee's business pursuant to such a plan is substantially associated with the franchisor's trademark, service mark, trade name, logotype, advertising, or other commercial symbol designating the franchisor or its affiliate; and (3) the person granted the right to engage in this business is required to pay a franchise fee.*⁴

Hay dos modalidades principales del contrato de concesión en Estados Unidos. La primera, es aquella conocida como “*product and trade name franchise*”, equivalente en el caso colombiano a la *concesión para la distribución*. En esta modalidad, el concedente otorga el derecho al concesionario para que venda sus productos en un territorio determinado, utilizando para ello sus signos distintivos. Como ejemplos de este tipo de concesión o franquicia se pueden mencionar los concesionarios de automóviles y las estaciones de gasolina. Sus orígenes se remontan a mediados del siglo XIX, cuando las compañías McCormick Harvesting Machine y Singer Sewing Machines vendían sus productos por intermedio de terceros a los que otorgaban territorios

2 Robert W. Emerson, *Franchise Terminations: Legal Rights and Practical Effects When Franchisees Claim the Franchisor Discriminates*, 35 *American Business Law Journal*, 4, 559-645, 559 (1998).

3 New Jersey Franchise Practices Act, *New Jersey Statutes Annotated, NJSA*, § 56:10-3 (2010).

4 Indiana Code Annotated, Ind. Code Ann. § 23-2-2.5-1 (2010).

exclusivos para la venta de los productos. Estos terceros, en el desarrollo de su actividad, estaban sometidos a restricciones y controles impuestos por los productores para proteger la reputación de sus marcas.⁵

La segunda modalidad del contrato de concesión es aquella conocida como *business format franchise*. En esta, el *concedente* licencia al *concesionario* un concepto de negocio que incluye la estrategia de publicidad, los manuales y estándares de operación y una asistencia continua durante la ejecución de la concesión. Los restaurantes son un buen ejemplo de este formato,⁶ el cual equivaldría al concepto tradicional de franquicia que se utiliza en el sistema jurídico colombiano. La modalidad *business-format franchise* fue establecida a finales del siglo XIX cuando Martha Matilda Harper desarrolló la cadena Harper Beauty Shops e implementó todos los elementos propios a este tipo de concesión. Posteriormente, otras compañías en los años 20 y 30, como Piggly Wiggly, Hertz Car Rentals y Howard Johnson, adoptaron el modelo. Sin embargo, fue a mediados del siglo XX con la aparición de restaurantes como Burger King y McDonald's, que esta modalidad se consolidó en el territorio estadounidense.⁷

II. MECANISMOS DE CONTROL A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

La estructura y la dinámica del contrato de concesión hacen necesaria la existencia de mecanismos encaminados a la protección del concesionario pues este puede llegar a encontrarse en una situación similar a la de un consumidor y desarrollar una importante dependencia frente al concedente, circunstancias que lo harían proclive a sus abusos. Consciente de este riesgo, la jurisprudencia estadounidense ha reconocido que los contratos de concesión, aunque sean comerciales y se celebren entre empresarios, involucran elementos propios de las relaciones de consumo, habida cuenta de que el concesionario puede enfrentar situaciones similares a las de un consumidor.

Por ejemplo, el contrato generalmente es preparado y redactado por el concedente, quien lo somete a consideración del concesionario para que

5 Francine Lafontaine & Roger D. Blair, *The Evolution of Franchising and Franchise Contracts: Evidence from The United States*, 3 *Entrepreneurial Business Law Journal*, 2, 381-434, 384 (2009). Disponible en: <http://moritzlaw.osu.edu/ebj/issues/volume3/number2/Lafontaine.pdf>.

6 *LaGuardia Associates and Field Hotel Associates v. Holiday Hospitality Franchising, Inc.* 92 *Federal Supplement* 2^d 119, 124. Eastern District of New York (2000).
David Hess, *The Iowa Franchise Act: Towards Protecting Reasonable Expectations of Franchisees and Franchisors*, 80 *Iowa Law Review*, 2, 333-362, 337-338 (1995).

Dennis D. Palmer, *Franchises: Statutory and Common Law Causes of Action in Missouri Revisited*, 62 *University of Missouri at Kansas City Law Review*, 3, 471-520, 472-473 (1994).

7 Francine Lafontaine & Roger D. Blair, *The Evolution of Franchising and Franchise Contracts: Evidence from The United States*, 3 *Entrepreneurial Business Law Journal*, 2, 381-434, 385-386 (2009). Disponible en: <http://moritzlaw.osu.edu/ebj/issues/volume3/number2/Lafontaine.pdf>.

este lo apruebe o lo rechace en su totalidad, es decir, bajo una modalidad de “tómalo o déjalo”, situación que facilita al concedente abusar de su posición privilegiada para incluir cláusulas abusivas en el contrato. Esta desigualdad en el poder de negociación entre las partes es frecuente en los contratos de concesión. Mientras los concedentes son, por regla general, grandes corporaciones, los concesionarios pueden ser microempresarios o personas que por primera vez llevan a cabo una operación de este tipo.⁸

Igualmente, el poder del concedente frente al concesionario se acrecienta a medida que la relación contractual se desarrolla. En efecto, con el paso del tiempo, la inversión del concesionario se va haciendo más cuantiosa y, en esa misma medida, mayores serán los eventuales perjuicios que podría sufrir en caso de perder la concesión. Para el concesionario, entonces, será cada vez más importante mantener la concesión, necesidad de la cual puede terminar aprovechándose el concedente para conseguir que el concesionario renueve el contrato bajo unas condiciones más gravosas.⁹

A mediados del siglo pasado, en Estados Unidos ya se identificaban abusos en los contratos de concesión. Estos abusos incluían terminaciones injustas del contrato por parte del concedente, la celebración de contratos de corta duración que excluían la posibilidad de renovarlos, la prohibición para el concesionario de asociarse con otros y la imposición de estándares de ejecución irracionales. Todos estos abusos condujeron a la adopción de normativas especiales en los años posteriores.¹⁰

Las anteriores situaciones justifican, por tanto, la existencia de mecanismos para evitar y sancionar la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de concesión. Estos mecanismos de control los ha clasificado la doctrina en administrativos, legislativos, judiciales y autónomos.¹¹ El control administrativo se realiza por medio de una agencia gubernamental que revisa y aprueba el clausulado de un contrato antes de su utilización

8 “Although franchise agreements are commercial contracts they exhibit many of the attributes of consumer contracts. The relationship between franchisor and franchisee is characterized by a prevailing, although not universal, inequality of economic resources between the contracting parties. Franchisees typically, but not always, are small businessmen or businesswomen or people like the Sealys seeking to make the transition from being wage earners and for whom the franchise is their very first business. Franchisors typically, but not always, are large corporations. The agreements themselves tend to reflect this gross bargaining disparity. Usually they are form contracts the franchisor prepared and offered to franchisees on a take-or-leave-it basis”. *Postal Instant Press, Inc. v. Sealy*. 43 California Appellate 4th 1704, 1715-1716. California Court of Appeals (1996).

9 David A. Eisenberg, *Balancing a Relationship – “Good Cause” Termination of Franchise Agreements in Michigan*, 72 *University of Detroit Mercy Law Review*, 2, 369-396, 370-371 (1995).

10 Thomas M. Pitegoff & W. Michael Garner, *Franchise Relationship Laws*, en *Fundamentals of Franchising*, 185 (Rupert M. Barkoff & Andrew C. Selden, ed., American Bar Association, 2008).

11 Carlos Alberto Soto-Coaguila, *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*, 106 *Vniversitas*, 563-609, 589-597 (2003). Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/17Soto.pdf.

masiva en el mercado.¹² El legislador ejerce el *control legislativo* al establecer legalmente una lista de cláusulas que se consideran abusivas o al definir lo que debe entenderse por una cláusula de este tipo, de tal manera que toda cláusula encuadrada en la definición legal pueda ser catalogada como abusiva.¹³ Los jueces adelantan el *control judicial* al determinar si una cláusula contractual es abusiva o no.¹⁴ Las asociaciones de usuarios o los propios particulares ejercen el último mecanismo de control, denominado *autónomo*, al decidir si celebran un contrato que incorpora cláusulas abusivas.¹⁵

En el caso de Estados Unidos es posible identificar los controles *legislativo*, *judicial* y *autónomo*, mas no así el *administrativo*. Aunque muchos estados de la Unión Americana han impuesto al concedente la obligación de registrar en una agencia gubernamental un prospecto del contrato de concesión que ofrecen a sus concesionarios, la agencia no verifica ni certifica la legalidad del documento. Incluso se exige al concedente indicar en el documento que el registro del mismo no constituye una aprobación o respaldo por parte de la agencia.¹⁶

A. El control legislativo

En Estados Unidos, el control legislativo de las cláusulas abusivas puede hallarse en múltiples normas adoptadas por estados como Arkansas, California, Florida, Hawái, Illinois, Indiana, Maryland, Michigan, Minnesota, Nueva York, Dakota del Norte, Oregon, Rhode Island, Virginia, Washington, y Wisconsin.¹⁷ Adicionalmente, hay una normativa federal conocida como la Federal Trade Commission Rule.

12 Carlos Alberto Soto-Coaguila, *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*, 106 *Vniversitas*, 563-609, 590-591 (2003). Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/17Soto.pdf.

13 Carlos Alberto Soto-Coaguila, *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*, 106 *Vniversitas*, 563-609, 592 (2003). Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/17Soto.pdf.

14 Carlos Alberto Soto-Coaguila, *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*, 106 *Vniversitas*, 563-609, 594-596 (2003). Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/17Soto.pdf.

15 Carlos Alberto Soto-Coaguila, *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*, 106 *Vniversitas*, 563-609, 589-590 (2003). Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/17Soto.pdf.

16 Maryland Franchise Registration and Disclosure Law, Maryland Code Annotated, MD. CODE ANN. § 14-216 (2010): “Prospectus:... b) Required statement. - The prospectus shall state, in 10-point or larger bold type, that registration is not approval, recommendation, or endorsement by the Commissioner”. Disponible en: http://www.dsd.state.md.us/comar/SubtitleSearch.aspx?search=02.02.08.*.

17 Arkansas Code Annotated, Ark. Code Ann. 4-72-201 a 4-72-210 (2010). Disponible en: <http://law.justia.com/codes/arkansas/2010/title-4/subtitle-6/chapter-72/subchapter-2/>.

Florida Statutes Annotated, Fla. Stat. Ann. 817.416 (2010).

Hawaii Revised Statutes, Haw. Rev. Stat. 482E (2010). Disponible en: <http://www.capitol.hawaii.gov/site1/hrs/searchhrs.asp?query=482E&currpage=1>.

Indiana Code Annotated, Ind. Code Ann. 23-2-2.5-1 a 23-2-2.5- 51 (2010). Disponible en: <http://>

Estas normas han encontrado como justificación para su adopción y promulgación, la existencia de una relación desigual entre las partes del contrato de concesión. Al respecto, la Franchise Investment Act del Estado de Rhode Island señala: “*The legislature also finds that many franchisees lack bargaining power and purchase a franchise when they are unfamiliar with operating a business, the franchised business and with industry practices in franchising*”.¹⁸

Así mismo, durante la discusión para la aprobación de la Franchise Act del estado de Nueva Jersey, el presidente de la NJ Gasoline Retailers Association afirmó: “*our dealers... should take these contracts –these franchise contracts– to their lawyers, but the pressure is put on them to sign these things in a hurry and often they do sign them with clauses in them that should not be there*”. En el mismo sentido se pronunció Robert M. Burd, presidente de NJ Automobile Dealers Association: “*At the core of the franchise relationship is unilateral control exercised by the franchisor over every aspect of the franchisee’s business... The franchise agreement in many cases is not a matter of mutual consent but actually a contract of adhesion-either take it or leave it*”.¹⁹

Glen Davis, representante de la compañía Gulf Oil Corporation, por su parte, expresó:

When a man wants to sign up for a particular franchise, I think that he should have an ability to negotiate the contractual relationship pursuant to which, in many instances, his entire life savings are going to be invested. However, the older more

www.in.gov/legislative/ic/code/.

Maryland Code Annotated, Md. Code Ann., 14-201 a 14 -233 (2010). Disponible en: http://www.dsd.state.md.us/comar/SubtitleSearch.aspx?search=02.02.08.*.

Michigan Compiled Laws Annotated, Mich. Comp. Laws Ann., MCLA. 445.1501 a 445.1546 (2010). Disponible en: <http://law.justia.com/codes/michigan/2010/chapter-445/act-269-of-1974/>.

Minnesota Statutes Annotated, Minn. Stat. Ann. 80C.01 a 80C.30 (2010). Disponible en: <https://www.revisor.mn.gov/statutes/?id=80C&view=chapter>.

New York General Business Laws, N.Y. Gen. Bus. Law 680-695 (2010). Disponible en: <http://law.onecle.com/new-york/general-business/index.html>.

North Dakota Century Code, N. D. Cent. Code 51-19-01 a 51-19-17 (2010). Disponible en: <http://www.legis.nd.gov/cencode/t51c19.pdf>.

Oregon Revised Statutes, Or. Rev. Stat. 650.005 a 650.250 (2010). Disponible en: <http://www.leg.state.or.us/ors/650.html>.

Rhode Island General Laws, R.I. Gen. Laws 19-28-1 a 19-28-34 (2010).

Virginia Code Annotated, Va. Code Ann. 13.1-557 a 13.1-574 (2010). Disponible en: <http://law.justia.com/codes/virginia/2010/title-13-1/chapter-8/13-1-557/>.

Washington Revised Code Annotated, Wash. Rev. Code Ann. 19.100.010 a 19.100.940 (2010). Disponible en: <http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?Cite=19.100.010>.

Wisconsin Statutes Annotated, Wis. Stat. Ann. 553.01-553.78 (2010). Disponible en: <http://law.justia.com/codes/wisconsin/2010/553/553.01.html>.

18 Rhode Island Franchise Investment Act, R.I. GEN. LAWS § 19-28.1-2 (2010).

19 *Kubis & Perszyk Associates, Inc., v. Sun Microsystems, Inc.* 146 N.J. 176, 182, New Jersey Supreme Court (1996).

*established businesses, franchisors, such as in the automobile industry, will not tolerate the negotiation of even a comma, even a period.*²⁰

Por medio de leyes como las mencionadas se ejerce un control legislativo a la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de concesión y para ello establecen exigencias formales y sustanciales que deben ser cumplidas por el concedente. Así, en relación con los requisitos de carácter formal, el concedente tiene la obligación de registrar con una autoridad estatal un prospecto de la oferta de contrato de concesión que va a ofrecer a los futuros concesionarios. Este documento debe resumir las principales provisiones del contrato, estar escrito en un lenguaje simple e indicar al concesionario que debe asesorarse de un abogado o contador al revisar el contenido del contrato.²¹ Por último, el documento debe serle entregado al concesionario con una anticipación de al menos 14 días calendario a la firma del contrato.²²

En relación con las protecciones de carácter sustancial, las normativas estatales prohíben determinadas cláusulas dentro de los contratos de concesión. En este sentido, está prohibida la inclusión de cláusulas que:

- a. Establezcan que ciertos bienes o servicios deben ser adquiridos exclusivamente al concesionario o a los proveedores designados por este cuando los productos o servicios pueden adquirirse con una calidad comparable de proveedores distintos. Sin embargo, esta regla no aplica para el caso de bienes o servicios elaborados por el concedente ni para aquellos sobre los cuales tenga derechos de “*trademark*”.²³
- b. Permitan al concedente operar un establecimiento comercial que desarrolle actividades económicas sustancialmente idénticas a la del concesionario dentro del territorio en donde a este se le ha concedido exclusividad para operar.²⁴
- c. Autoricen al concedente a modificar el contrato de franquicia sin el consentimiento escrito del concesionario.²⁵
- d. Permitan un aumento en el precio de los bienes suministrados por el concedente sin una notificación previa al concesionario.²⁶

20 *Kubis & Perszyk Associates, Inc., v. Sun Microsystems, Inc.* 146 N.J. 176, 183, New Jersey Supreme Court (1996).

21 16 Code of Federal Regulations, CFR, 436.3: “(3) *The terms of your contract will govern your franchise relationship. Don’t rely on the disclosure document alone to understand your contract. Read all of your contract carefully. Show your contract and this disclosure document to an advisor, like a lawyer or an accountant*”. Disponible en: <http://www.ftc.gov/bcp/franchise/16cfr436.shtm>.

22 16 Code of Federal Regulations, CFR, 436.3.

23 Indiana Code Annotated, Ind. Code Ann. § 23-2-2.7-1 (2010).

24 Indiana Code Annotated, Ind. Code Ann. § 23-2-2.7-1 (2010).

25 Indiana Code Annotated, Ind. Code Ann. § 23-2-2.7-1 (2010).

26 Indiana Code Annotated, Ind. Code Ann. § 23-2-2.7-1 (2010).

- e. Faculten al concedente a terminar unilateralmente el contrato sin justa causa.²⁷
- f. Reconozcan la posibilidad al concedente de abstenerse de renovar el contrato sin justa causa. Sin embargo, las partes pueden acordar contractualmente que el contrato no será renovable al vencimiento de su plazo.²⁸
- g. Impongan al concesionario la obligación de no competir con el concedente por un período superior a tres años o en un área más grande que la otorgada exclusivamente, cuando el contrato termine.²⁹
- h. Limiten la posibilidad al concesionario de iniciar acciones judiciales por cualquier incumplimiento del contrato.³⁰
- i. Prohíban al concesionario unirse a una asociación de concesionarios.³¹
- j. Obliguen la renuncia del concesionario a los derechos y protecciones reconocidos por la ley.³²
- k. Establezcan un período de duración del contrato menor a tres años.³³

B. El control judicial

El control judicial de las cláusulas abusivas en el contrato de concesión se lleva a cabo por medio de la acción de los jueces, quienes tienen la facultad de declarar judicialmente que una cláusula es abusiva.³⁴ Para ello, el juez utiliza la doctrina de *unconscionability*, que es susceptible de ser aplicada a controversias en las cuales están presentes tanto consumidores como comerciantes.³⁵ Así ha sido reconocido por la jurisprudencia, la cual ha expresado que, si bien esa doctrina se aplica generalmente a contratos celebrados bajo el contexto de una relación de consumo, la misma no está restringida exclusivamente a este tipo de relaciones.³⁶

27 Indiana Code Annotated, Ind. Code Ann. § 23-2-2.7-1 (2010).

28 Indiana Code Annotated, Ind. Code Ann. § 23-2-2.7-1 (2010).

29 Indiana Code Annotated, Ind. Code Ann. § 23-2-2.7-1 (2010).

30 Indiana Code Annotated, Ind. Code Ann. § 23-2-2.7-1 (2010).

31 Franchise Investment Law, Michigan Compiled Laws Annotated, Mich. Comp. Laws § 445.1527.

32 Franchise Investment Law, Michigan Compiled Laws Annotated, Mich. Comp. Laws § 445.1527.

33 Connecticut General Statutes, Conn. Gen. Stat. § 42-133f. Disponible en: www.ct.gov/dob/lib/dob/legal_nonhtml/title_42.doc.

34 La jurisprudencia ha definido una cláusula abusiva como aquella que “*no man in his senses and not under delusion would make on the one hand and as no honest and fair man would accept on the other*”. *Pelfrey v. Pelfrey*. 487 S.E.2d 281, 284, Virginia Court of Appeals (1997).

35 “*Unconscionability is a doctrine fundamental to the operation of contract law, irrespective of the particular application*”... (*A & M Produce, supra*, 135 Cal.App.3d at p. 488, fn. 12) “*The concept of unconscionability applies to businesses as well as consumers*”. (*Morris, supra*, 128 California Appellate 4th at p. 1322)”. *Walnut Producers of California v. Diamond Foods, Inc.* 187 California Appellate 4th 634, 643, California Court of Appeals (2010).

36 “Furthermore, it has been observed that California courts have *not been solicitous* of businessmen in the name of unconscionability”. *A & M Produce Co. v. FMC Corp.* 135 California Appellate 3^d 473, 489, 186 California Reporter 114 (1982).

In *A & M Produce*, the court explained that “*courts view businessmen as possessed of a greater degree*

La doctrina de *unconscionability* tiene su fundamento o justificación en el abuso del derecho a contratar libremente.³⁷ Al respecto, la jurisprudencia ha señalado:

The doctrine of unconscionability is used by the courts to police the excesses of certain parties who abuse their right to contract freely. It is directed against one[-]sided, oppressive and unfairly surprising contracts, and not against the consequences per se of uneven bargaining power or even a simple old-fashioned bad bargain.

Para que pueda calificarse una cláusula como abusiva o *unconscionable*, esta debe ser procedimental (*procedural unconscionability*) y sustancialmente abusiva (*substantive unconscionability*). En el análisis del elemento procedimental, el juez analiza la forma y el procedimiento por medio del cual se ha acordado la cláusula, con el propósito de determinar si entre las partes existió un desequilibrio tal, que entre ellas no se presentó una verdadera negociación y la parte afectada por la cláusula no tuvo una opción o elección real (*meaningful choice*) para aceptar o rechazarla.³⁸ Por su parte, en el requisito sustancial, la función del juez consiste en analizar el contenido de la cláusula para establecer si esta se encuentra claramente desbalanceada en favor de una de las partes.³⁹

Múltiples criterios han sido utilizados por la jurisprudencia estadounidense para determinar si una cláusula es abusiva. En particular, se han mencionado los siguientes: a) si se está en presencia de un contrato estándar o de adhesión celebrado entre personas con un poder de negociación inequitativo; b) si las partes tuvieron la oportunidad de leer y conocer el contrato antes de proceder a su firma; c) si la cláusula acusada de ser abusiva se encontraba redactada en letra pequeña; d) si la cláusula puede calificarse como sustancialmente injusta y, por último, e) las circunstancias que rodearon la formación

of commercial understanding and substantially more economic muscle than the ordinary consumer. Hence, a businessman usually has a more difficult time establishing procedural unconscionability in the sense of either 'unfair surprise' or 'unequal bargaining power'". In Re Yahoo! Litigation, 251 F.R.D. 459, 468, Central District of California (2008).

37 *John Deere Leasing Co. v. Blubaugh*. 636 Federal Supplement 1569, 1573, District of Kansas (1986).

38 *Zimmer v. CooperNeff Advisors, Inc.* 523 F.3d 224, 228, 3rd Circuit (2008).

Clerk v. Ace Cash Express, Inc. 2010 U.S. Dist. Lexis 7978, Eastern District of Pennsylvania (2010).
Nagrampa v. MailCoups, Inc. 469 F.3d 1257, 1280, 9th Circuit (2006).

39 "A provision is substantively unconscionable if it 'involves contract terms that are so one-sided as to 'shock the conscience,' or that impose harsh or oppressive terms'". *Morris v. Redwood Empire Bancorp.* 128 California Appellate 4th 1305, 1322, California Court of Appeals (2005).

del contrato.⁴⁰ Igualmente, deben considerarse circunstancias como la edad, educación, inteligencia y experiencia comercial de las partes.⁴¹

Ninguno de estos criterios predomina sobre los otros y el juez debe examinar cada uno de ellos en consideración a las circunstancias particulares del caso. En efecto, el análisis de la situación fáctica que rodea la transacción juega un papel fundamental en el reconocimiento de la doctrina de *unconscionability* en cada caso determinado. Por ejemplo, analicemos qué ocurriría con una cláusula compromisoria incorporada en un contrato de concesión que fija como sede del tribunal de arbitramento una ciudad X, ciudad en la cual el concedente, quien ha redactado el contrato, tiene sus oficinas principales, pero que está a una distancia muy larga del domicilio del concesionario.

Una cláusula de este tipo puede considerarse abusiva o no, dependiendo de las circunstancias particulares del caso. Si el concesionario es una persona natural o jurídica con amplia experiencia en la celebración de contratos de concesión y grandes recursos económicos, la calificación de la cláusula como abusiva sería difícil de justificar por el juez. Caso contrario ocurre si se trata de un concesionario que celebra un contrato de concesión por primera vez y que cuenta con recursos financieros limitados que no le permitirían asumir los costos de un proceso arbitral que tenga lugar en una ciudad distante a su domicilio. Una cláusula como la mencionada puede catalogarse como abusiva, pues la misma puede ser interpretada por el juez como un instrumento utilizado para privar al concesionario del ejercicio de sus derechos legales.

Precisamente, en el marco del contrato de concesión, la doctrina de *unconscionability* ha sido especialmente utilizada en el análisis de cláusulas sobre selección del foro⁴² y en el estudio de cláusulas compromisorias. Por ejemplo, en el caso *Fund Capital Corporation v. Fastbucks Franchise Corporation*, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito señaló que una cláusula de foro utilizada como instrumento para evadir las protecciones legales que reconoce la ley al concesionario, era una cláusula abusiva porque permitía

40 "In *Davis*, the Colorado Supreme Court listed seven non-exclusive factors that courts can consider in determining whether to enforce a contract provision: (1) Is the agreement a standardized/form agreement made by parties with unequal bargaining power? (2) Did the parties have an opportunity to read and become familiar with the document before signing it? (3) Did the document bury the provision in fine print? (4) Is the provision commercially reasonable? (5) Is the provision substantively unfair? (6) What is the relationship between the parties? Was there notice or surprise? (7) What are the remaining circumstances surrounding the formation of the contract, including its commercial setting, purpose and effect?" *Bonanno v. The Quizno's Franchise Company, LLC*. 2009 U.S. Dist. Lexis 37702, 1, 57, District of Colorado (2009).

41 *Vistein v. American Registry of Radiologic Technologists*. 342 Federal Appendix 113, 124, 6th Circuit (2009).

42 Una cláusula de selección del foro es una cláusula contractual en la cual las partes establecen el lugar en donde las controversias derivadas de un contrato deben ser resueltas. *Travelers Indemnity Company v. Marianne Centlivre*, 1992 U.S. Dist. Lexis 9467, 1, 7, Eastern District of Pennsylvania (1992).

a la parte más fuerte evadir su responsabilidad.⁴³ En un sentido similar se pronunció la Suprema Corte de Nueva Jersey en el caso *Kubis & Perszyk Associates, Inc., v. Sun Microsystems, Inc.*, al señalar que una cláusula de selección del foro en un contrato de franquicia es inválida, a menos que el concedente pueda demostrar que la cláusula no fue incorporada en razón del poder superior de negociación del cual era titular. Así las cosas, el concedente debe probar la ocurrencia de negociaciones entre las partes acerca de la inclusión o no de la cláusula, o demostrar que la misma fue incluida como contraprestación a un privilegio o beneficio otorgado al concesionario. Para la Corte, una posición contraria frustraría el propósito de leyes como la New Jersey Franchise Act, que busca evitar la explotación de los concesionarios por parte de los concedentes.⁴⁴

La doctrina de *unconscionability* también se ha aplicado a cláusulas compromisorias incorporadas en contratos de concesión. Incluso, en estos casos ha tenido mayor aplicabilidad. La jurisprudencia ha considerado que una cláusula compromisoria es abusiva cuando permite a la parte fuerte del contrato acudir, a su elección, tanto al procedimiento arbitral como al judicial, en tanto que a la parte débil solo le deja someter sus demandas al procedimiento de arbitraje. Así mismo, una cláusula compromisoria es abusiva, si se utiliza como mecanismo para evitar que el concesionario reclame la protección de sus derechos.

Un caso llamativo fue el caso *Nagrampa v. MailCoups*. Al resolverlo, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito determinó que la cláusula compromisoria era abusiva no solo desde el punto de vista formal, sino también desde el sustancial. Para la Corte, la cláusula era abusiva formalmente, porque el concedente, aprovechando que tenía un poder de negociación mayor que su contraparte, estableció el contenido del contrato y lo presentó al concesionario bajo la modalidad de “*tómalo o déjalo*”, es decir, como un contrato de adhesión.⁴⁵ Consideró además que la cláusula compromisoria era abusiva

43 “Moreover, if the ‘place and manner’ restrictions of a forum selection provision are ‘unduly oppressive’, or have the effect of shielding the stronger party from liability, then the forum selection provision is unconscionable”. *Nagrampa*, 469 F.3d at 1287 (citations omitted), *Nagrampa v. MailCoups, Inc.* 469 F.3d 1257, 1280, 9th Circuit (2006).

Because the selection of Texas as the forum (which is inherently intertwined with the choice of Texas law, see *Hall v. Superior Court*, 150 California Appellate 3d 411, 197 California Reporter 757, 761, Court of Appeals (1983)) “makes the arbitration clause primarily a tool that Fastbucks may employ to evade California statutory protections for franchisees, the provision would have the effect of shielding the stronger party from liability, and is thus likely unconscionable”. *Bridge Fund Capital Corp. v. Fastbucks Franchise Corp.* 622 F.3d 996 1, 22, 9th Circuit (2010).

44 *Kubis & Perszyk Associates, Inc. v. Sun Microsystems, Inc.* 146 NJ 176, 192-196 New Jersey Supreme Court (1996).

Wimsatt v. Beverly Hills Weight Loss Clinics International. 32 California Appellate 4th 1511, 1522-1523, California Court of Appeals (1995).

45 La corte encontró que MailCoups aceptó que el contrato no era negociable y que la única opción de Nagrampa era firmarlo en los términos en que estaba escrito o, de otro modo, debía rechazarlo. En

sustancialmente, por dos razones. Primero, porque la cláusula autorizaba al concedente a acudir a la justicia ordinaria o al foro arbitral para resolver las controversias derivadas del contrato, mientras que al concesionario lo obligaba a acudir al foro arbitral. Y segundo, porque la cláusula dificultaba enormemente que la parte débil del contrato pudiera hacer valer sus derechos ante la justicia arbitral. En efecto, la cláusula compromisoria acordada por las partes establecía como lugar del arbitraje la ciudad de Boston, estado de Massachusetts. Como este lugar estaba ubicado a unas cuantas millas de las oficinas principales de MailCoups, el concedente, pero estaba a 3.000 millas del domicilio de Nagrampa, el concesionario, la corte estimó que esta situación haría incurrir en gastos importantes a la parte débil del contrato como los costos de viaje y de estancia en esa ciudad, así como los honorarios de un asesor legal que conociera la legislación del estado de Massachusetts. Para la corte, el concesionario no estaba en capacidad de asumir estos costos por lo que le sería imposible acudir al foro arbitral. Dijo la Corte:

Nagrampa lost money operating her MailCoups franchise and faces financial hardship. She may not be able to maintain her claim to recover any of her losses if forced to do so in Massachusetts. The forum selection provision has 'no justification other than as a means of maximizing an advantage over [franchisees].' Id. at 910. As in Bolter, '[a]rguably, [MailCoups] understood those terms would effectively preclude its franchisees from ever raising claims against it, knowing the increased costs and burden on their small businesses would be prohibitive.' Id. Indeed, that was the effect of requiring arbitration to proceed in Boston, a location so prohibitively costly to Nagrampa that she was precluded from participating in the proceeding.

C. El control autónomo de las cláusulas abusivas

El control autónomo a la inclusión de las cláusulas abusivas en el contrato de concesión ha sido ejercido por las asociaciones de concesionarios, las cuales precisamente surgieron para que estos pudieran defenderse adecuadamente frente a los abusos de los concedentes.⁴⁶ Una de estas asociaciones es la American Association of Franchisees and Dealers, AAFD,⁴⁷ organización

consecuencia, la corte consideró que el contrato había sido celebrado bajo una modalidad de *tómalo o déjalo*. Igualmente, la corte consideró que el concesionario estaba en una posición sustancialmente inferior a la del concedente, pues MailCoups hacía parte de una compañía conocida como Advo, una corporación que para 1997 tenía activos por US\$208.553.000 e ingresos por US\$1.016.492.000. Por su parte, el concesionario tenía un salario aproximado de US\$100.000 anuales, nunca había tenido su propio negocio, era la primera vez que incursionaba en el negocio de las franquicias y además no gozaba de una educación especial en el campo de las franquicias. *Nagrampa v. MailCoups, Inc.* 469 F.3^d 1257, 9th Circuit (2006).

46 Robert W. Emerson, *Franchise Territories: A Community Standard*, 45 *Wake Forest Law Review*, 3, 779-836, 798-799 (2010).

47 <http://www.aafd.org/aboutus.php>.

sin ánimo de lucro que tiene como propósito representar los derechos e intereses de los concesionarios en Estados Unidos. Para ello, la asociación ha desarrollado dos programas de acreditación, el “AAFD Fair Franchising Seal” y el “AAFD Accredited Contract Status”, para reconocer y certificar a aquellas compañías que celebran contratos de concesión equitativos en cumplimiento a lo establecido por los estándares adoptados por la asociación, conocidos como “Fair Franchising Standards”. Estos estándares incorporan políticas justas y equitativas en la relación contractual entre concedente y concesionario, lo que es puesto de presente por la Asociación al referirse a su misión:

The mission of the Fair Franchising Standards... is to develop standards relating to various business and legal aspects of the franchisor/franchisee relationship so that a more equitable franchise agreement becomes the standard for the franchise community which reflects and balances the legitimate business interests of the franchisor and the legitimate business interests of its franchisees.

Una lectura de los diferentes estándares establecidos por la AAFD refleja claramente su propósito de promover la adopción de un contrato de concesión equitativo para las partes. Entre esos estándares se destacan: a) el derecho de asociación con otras asociaciones (Standard 2.6.); b) la obligación para el concedente de reunirse con el concesionario y representantes de las asociaciones de concesionarios para discutir los cambios o eventos que pueden afectar de forma sustancial el contrato de concesión (Standard 2.10); c) el establecimiento de un término razonable de vigencia del contrato (Standard 5.0);⁴⁸ d) el derecho del concesionario de renovar el acuerdo de franquicia si así lo desea (Standard 5.2), aunque reconociendo al concedente la facultad de imponer condiciones razonables para la renovación del contrato (Standard 5.3.); e) el reconocimiento a favor de ambas partes del derecho a ceder su posición contractual, pero respetándose en todo caso el derecho del concedente a proteger la integridad del sistema de franquicia (Standard 11.1.); f) la obligación de regular el contrato por la ley del territorio en donde el concesionario desarrolla su actividad económica; a menos que la aplicación de una ley diferente sea el resultado de un consentimiento libre y realmente negociado por las partes; y g) la prohibición de limitar las protecciones que la ley aplicable al contrato reconoce al concesionario (Standard 14.4.).

Instrumentos y políticas como las desarrolladas por la AAFD representan una interesante alternativa para proveer a los concesionarios de condiciones

48 El período inicial de la franquicia debe ser lo suficientemente extenso para permitir que el concesionario pueda razonablemente recuperar la inversión que ha realizado y obtener un adecuado y justo retorno de la inversión (Standard 5.1).

más equitativas en su relación contractual con los concedentes. Sin embargo, debe reconocerse como limitante que al ser un control voluntario, su implementación depende de la decisión autónoma del concedente de someter a él sus prácticas contractuales.

CONCLUSIONES

Como se ha expuesto a lo largo de las páginas anteriores, la jurisprudencia estadounidense ha aplicado la doctrina de las cláusulas abusivas a los contratos de concesión pues ha reconocido que el concedente, al tener un mayor poder de negociación que el concesionario, puede abusar de esa situación e incorporar cláusulas abusivas en el contrato. Ante esta realidad, se han ideado mecanismos legislativos, judiciales y autónomos para controlar la inclusión de este tipo de cláusulas.

Estos mecanismos podrían ser útiles en otros países, como Colombia, en donde no existe una normativa particular sobre la materia. De esta manera, se ofrecería a pequeños, medianos o grandes empresarios condiciones jurídicas ciertas y justas para la adecuada explotación de actividades económicas mediante la figura de concesión. Igualmente, los mecanismos permitirían incentivar la celebración de contratos de concesión, los cuales pueden servir para promover la pequeña y mediana empresa y la creación de empleo para los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Arrubla-Paucar, Jaime Alberto, *Contratos mercantiles*, II, 340, 354-357 (7ª ed., Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2008).

Contribuciones en obras colectivas

Pitegoff, Thomas M. & Garner, W. Michael, *Franchise Relationship Laws*, en *Fundamentals of Franchising* (Rupert M. Barkoff & Andrew C. Selden, ed., American Bar Association, 2008).

Revistas

Eisenberg, David A., *Balancing a Relationship – “Good Cause” Termination of Franchise Agreements in Michigan*, 72 *University of Detroit Mercy Law Review*, 2, 369-396, 370-371 (1995).

Emerson, Robert W., *Franchise Terminations: Legal Rights and Practical Effects When Franchisees Claim the Franchisor Discriminates*, 35 *American Business Law Journal*, 4, 559-645 (1998).

Emerson, Robert W., *Franchise Territories: A Community Standard*, 45 *Wake Forest Law Review*, 3, 779-836 (2010).

Hess, David, *The Iowa Franchise Act: Towards Protecting Reasonable Expectations of Franchisees and Franchisors*, 80 *Iowa Law Review*, 2, 333-362 (1995).

Lafontaine, Francine & Blair, Roger D., *The Evolution of Franchising and Franchise Contracts: Evidence from The United States*, 3 *Entrepreneurial Business Law Journal*, 2, 381-434 (2009). Disponible en: <http://moritzlaw.osu.edu/ebj/issues/volume3/number2/Lafontaine.pdf>.

Palmer, Dennis D., *Franchises: Statutory and Common Law Causes of Action in Missouri Revisited*, 62 *University of Missouri at Kansas City Law Review*, 3, 471-520 (1994).

Soto-Coaguila, Carlos Alberto, *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*, 106 *Vniversitas*, 563-609, 589-597 (2003). Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/17Soto.pdf.

Códigos y leyes estadounidenses

16 Code of Federal Regulations. Disponible en: <http://www.ftc.gov/bcp/franchise/16cfr436.shtm>.

Arkansas Code Annotated, Ark. Code Ann. 4-72-201 a 4-72-210 (2010). Disponible en: <http://www.offthemarble.com/arkcode/Title04/>.

Connecticut General Statutes, Conn. Gen. Stat. § 42-133f. Disponible en: www.ct.gov/dob/lib/dob/legal_nonhtml/title_42.doc.

Florida Statutes Annotated, Fla. Stat. Ann. 817.416 (2010).

Hawaii Revised Statutes, Haw. Rev. Stat. 482E (2010). Disponible en: <http://www.capitol.hawaii.gov/site1/hrs/searchhrs.asp?query=482E&currpage=1>.

- Indiana Code Annotated, Ind. Code Ann. § 23-2-2.5-1 (2010). Disponible en: <http://www.in.gov/legislative/ic/code/>.
- Maryland Franchise Registration and Disclosure Law, Maryland Code Annotated, Md. Code Ann. § 14-216 (2010). Disponible en: http://www.dsd.state.md.us/comar/SubtitleSearch.aspx?search=02.02.08.*
- Michigan Compiled Laws Annotated, Mich. Comp. Laws Ann., MCLA. 445.1501 a 445.1546 (2010). Disponible en: <http://law.justia.com/codes/michigan/2010/chapter-445/act-269-of-1974/>.
- Minnesota Statutes Annotated, Minn. Stat. Ann. 80C.01 a 80C.30 (2010). Disponible en: <https://www.revisor.mn.gov/statutes/?id=80C&view=chapter>.
- New Jersey Franchise Practices Act, NJFPA, New Jersey Statutes Annotated, NJ Stat. Ann., § 56:10-3 (2010).
- New York General Business Laws, N.Y. Gen. Bus. Law 680-695 (2010). Disponible en: <http://law.onecle.com/new-york/general-business/index.html>.
- North Dakota Century Code, N. D. Cent. Code 51-19-01 a 51-19-17 (2010). Disponible en: <http://www.legis.nd.gov/cencode/t51c19.pdf>.
- Oregon Revised Statutes, Or. Rev. Stat. 650.005 a 650.250 (2010). Disponible en: <http://www.leg.state.or.us/ors/650.html>.
- Rhode Island General Laws, R.I. Gen. Laws 19-28-1 a 19-28-34 (2010).
- Virginia Code Annotated, Va. Code Ann. 13.1-557 a 13.1-574 (2010). Disponible en: <http://law.justia.com/codes/virginia/2010/title-13-1/chapter-8/13-1-557/>.
- Washington Revised Code Annotated, Wash. Rev. Code Ann. 19.100.010 a 19.100.940 (2010). Disponible en: <http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?Cite=19.100.010>.
- Wisconsin Statutes Annotated, Wis. Stat. Ann. 553.01-553.78 (2010). Disponible en: <http://law.justia.com/codes/wisconsin/2010/553/553.01.html>.

Casos

- A & M Produce Co. v. FMC Corp.* 135 California Appellate 3^d 473, 489, 186 *California Reporter* 114 (1982).
- Bonanno v. The Quizno's Franchise Company, LLC.* 2009 *U.S. Dist. Lexis* 37702, 1, 57, District of Colorado (2009).
- Bridge Fund Capital Corp. v. Fastbucks Franchise Corp.* 622 F.3^d 996 1, 22, 9th Circuit (2010).
- Clerk v. Ace Cash Express, Inc.* 2010 *U.S. Dist. Lexis* 7978, Eastern District of Pennsylvania (2010).
- Hall v. Superior Court.* 150 California Appellate 3^d 411, 197 *California Reporter* 757, 761, Court of Appeals (1983)
- John Deere Leasing Co. v. Blubaugh.* 636 *Federal Supplement* 1569, 1573, District of Kansas (1986).
- Kubis & Perszyk Associates Inc., v. Sun Microsystems, Inc.* 146 N.J. 176, 183, New Jersey Supreme Court (1996).

- LaGuardia Associates and Field Hotel Associates v. Holiday Hospitality Franchising, Inc.* 92 *Federal Supplement* 2^d 119, 124. Eastern District of New York (2000).
- Morris v. Redwood Empire Bancorp.* 128 California Appellate 4th 1305, 1322, California Court of Appeals (2005).
- Nagrampa v. MailCoups, Inc.* 469 F.3^d 1257, 1280, 9th Circuit (2006).
- Pelfrey v. Pelfrey.* 487 S.E.2^d 281, 284, Virginia Court of Appeals (1997).
- Postal Instant Press, Inc. v. Sealy.* 43 California Appellate 4th 1704, 1715-1716. California Court of Appeals (1996).
- Travelers Indemnity Company v. Marianne Centlivre*, 1992 *U.S. Dist. Lexis* 9467, 1, 7, Eastern District of Pennsylvania (1992).
- Vistein v. American Registry of Radiologic Technologists.* 342 *Federal Appendix* 113, 124, 6th Circuit (2009).
- Walnut Producers of California v. Diamond Foods, Inc.* 187 California Appellate 4th 634, 643, California Court of Appeals (2010).
- Wimsatt v. Beverly Hills Weight Loss Clinics International.* 32 California Appellate 4th 1511, 1522-1523, California Court of Appeals (1995).
- Zimmer v. CooperNeff Advisors, Inc.* 523 F.3^d 224, 228, 3th Circuit (2008).

