

CABINET BYSP & GO CONSEIL : LES PRINCIPAUX ASPECTS JURIDIQUES DE LA RELATION DE FRANCHISE - TOULOUSE -

Par Florian de Saint-Pol, Avocat au Barreau de Bordeaux

Avertissement : Le présent support ne prétend bien sûr pas être exhaustif. Il s'agit simplement de rappeler les règles principales applicables à la relation de franchise, ainsi que les principaux points pouvant présenter un danger pour le franchiseur, et les meilleures manières de faire face à des contentieux, malheureusement inévitables dans la plupart des réseaux.

Il est vivement recommandé de créer un dossier juridique par franchisé, regroupant tous les documents contractuels, toutes les fiches de visite, tous les supports de formation et feuilles de présence, ainsi que tous les échanges écrits entre les parties.

Un principe de base doit être respecté : il convient de tout écrire, systématiquement. De trop nombreux franchiseurs fournissent une assistance uniquement téléphonique au franchisé, si bien qu'ils sont incapables de justifier de la réalité de cette assistance en cas de contentieux ultérieur.

Lors d'un contentieux, seuls les écrits (mails ou courriers) feront foi. Après un appel du franchisé, le franchiseur doit avoir le réflexe de lui adresser un mail récapitulatif des termes de l'entretien.

L'assistance continue d'un conseil spécialisé en franchise permet aussi d'éviter de nombreux écueils, et d'anticiper les contentieux. Les franchisés sont couramment assistés par leur propre conseil, sans que le franchiseur en ait conscience, et préparent ainsi le terrain en se préconstituant un dossier pour le tribunal en tendant des pièges au franchiseur, dont celui-ci ne s'aperçoit pas forcément immédiatement. Un conseil spécialisé saura détecter immédiatement les demandes ou mails suspects, et conseiller au franchiseur la réponse appropriée.

Quelques rappels préalables

1- Principaux accords de commerce associé :

- La licence de marque : c'est le contrat le plus simple. Le concédant autorise, à des conditions déterminées par le contrat, un licencié à utiliser son nom, sa marque ou son enseigne, moyennant le paiement d'une redevance de licence de marque.

Ce contrat peut aussi contenir une exclusivité territoriale, et un contrat d'approvisionnement en marchandises ou services, exclusif ou non (v ci-dessous le contrat de distribution). De nombreux réseaux en phase de démarrage utilisent ce modèle, quitte à évoluer plus tard vers des modèles économiques plus aboutis, du type franchise (cf infra) ;

- Le contrat de concession : il s'agit d'un contrat de licence de marque contenant en outre une exclusivité territoriale au profit du licencié (ex : concessionnaires automobiles) ;

- Le contrat de distribution : il s'agit d'un contrat aux termes duquel le fournisseur autorise le distributeur à distribuer ses produits, à des conditions déterminées par le contrat ; il peut, mais pas nécessairement, comporter une licence de marque. De nombreux distributeurs sont multimarques (parfumeurs par exemple) ;

- Le contrat de franchise : le contrat de franchise est défini comme un contrat aux termes duquel le franchiseur transmet à un commerçant indépendant, appelé franchisé, un savoir-faire initial, et lui fournit, pendant toute la durée du contrat, une assistance contractuelle, en contrepartie du paiement de redevances de franchise. Trois éléments cumulatifs sont nécessaires à la validité d'un contrat de franchise : une licence de marque valable, la transmission d'un savoir-faire secret, substantiel et identifié, la fourniture d'une assistance continue. Si l'un de ces trois éléments fait défaut, le contrat de franchise peut être annulé pour défaut de cause ou d'objet (v infra : la cause et l'objet sont deux des conditions nécessaires à la validité de tout contrat).

Le savoir-faire d'un franchiseur est nécessairement évolutif : un franchiseur disposant d'un savoir-faire pertinent au jour de la conclusion du contrat mais incapable de l'adapter aux évolutions du marché verra son contrat de franchise au mieux résilié à ses torts exclusifs, au pire purement et simplement annulé.

Attention : le juge n'est pas tenu par la qualification juridique donnée à leur contrat par les parties. Ainsi, le juge peut requalifier un contrat de licence de marque en contrat de franchise, si la convention comporte les éléments constitutifs d'une franchise. Il arrive fréquemment que des franchisés sollicitent la requalification de leur convention de franchise en contrat de travail.

2- Réglementation applicable :

Tous les contrats ci-dessus sont régis par les règles du droit commun des contrats. Ils obéissent aux conditions de validité de tout contrat, qu'il soit civil ou commercial : un consentement libre et éclairé, la capacité du signataire (ex : une société ne peut pas être valablement engagée par d'autres personnes que son dirigeant ou son fondé de pouvoir), un objet certain, une cause licite. Ces conditions de validité sont énumérées par l'article 1108 du Code civil.

A côté de ces conditions générales propres à tout contrat de droit privé, il existe une réglementation spécifique à la franchise, qui donne au contentieux des réseaux sa particularité.

Les principales règles légales, qui s'appliquent à tout type d'accord de distribution, sont :

- La loi DOUBIN n°89-1008 du 31 décembre 1989, devenue articles L 330-1 et suivants et R 330-1 et suivants du Code de Commerce.

Cette loi impose à toute personne qui met à disposition d'une autre personne un nom, une marque ou une enseigne en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, territoriale ou d'approvisionnement, de lui remettre un document, appelé document d'information précontractuelle, destiné à l'informer sur le projet de contrat et le réseau dont l'adhésion est envisagée.

Le document doit a minima contenir les informations légalement requises, sur lesquelles on reviendra à l'occasion de l'étude de la jurisprudence récente. Le DIP doit permettre à tout candidat de se faire une idée précise de l'engagement qu'il s'apprête à prendre, de l'expérience du franchiseur, ainsi que de la pertinence du concept.

A côté des informations obligatoires, le franchiseur peut naturellement fournir d'autres éléments au candidat, comme un prévisionnel d'activité ou une étude de marché.

Attention : il n'existe aucune autre sanction à la violation de la loi DOUBIN qu'une contravention de 5^e classe, laquelle n'est en pratique jamais appliquée.

Ainsi qu'on le verra plus loin, la jurisprudence rappelle constamment que le seul constat de la violation de la loi DOUBIN ne peut entraîner la nullité automatique du contrat.

Celle-ci ne peut être prononcée que si le franchisé parvient à démontrer un dol, c'est-à-dire une tromperie d'une gravité telle que, s'il avait été en possession des informations réelles, il n'aurait pas contracté avec l'enseigne. Une jurisprudence récente a, semble-t-il, ouvert la voie d'une action en nullité pour erreur simple du franchisé (voir ci-dessous).

- Les règles du droit commun de la concurrence, édictées aux articles L 420-1 et suivants du code de commerce : obligation de détenir des conditions générales de vente, sanction de pratiques abusives (abus de dépendance économique notamment), respect d'un délai de préavis en cas de rupture de relations commerciales établies, etc...

- Le règlement européen d'exemption n°330-2010 du 20 avril 2010.

On essaiera ici de résumer très sommairement la réglementation européenne en la matière, particulièrement complexe.

En résumé : l'article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'UE pose en principe la libre concurrence entre entreprises. Toute entente est donc par principe interdite. Les accords de distribution, et notamment la franchise, font partie de la catégorie des ententes.

Cependant, et sous certaines conditions, certaines ententes peuvent être exemptée de cette prohibition générale des ententes illicites. Le législateur européen estime en effet que certaines catégories d'accords peuvent être bénéfiques au marché, et lui apporter un gain d'efficience.

En d'autres termes, et dès lors que le consommateur final peut retirer un avantage concurrentiel d'une entente, celle-ci peut être autorisée.

Le règlement d'exemption du 20 avril 2010 permet à certains réseaux ne dépassant pas

un certain seuil de chiffre d'affaires et ne détenant pas plus de 30% de parts du marché sur lequel il est implanté (appelé marché pertinent), de bénéficier d'une exemption automatique.

Les réseaux dépassant ces seuils doivent solliciter des autorités européennes une exemption individuelle. Enfin, certains autres réseaux, dont le chiffre d'affaires et le pourcentage de détention de parts de marché n'excède pas certains seuils, ne relèvent pas du règlement d'exemption.

Cela étant, les juridictions, notamment françaises, ont tendance, soit par méconnaissance de la réglementation européenne, soit parce qu'elles considèrent que ce règlement constitue une grille de lecture utile, à appliquer systématiquement ce règlement. Par mesure de prudence, on ne saurait donc trop conseiller à tout franchiseur de considérer qu'il relève du champ d'application de ce règlement.

Le règlement de 2010 liste un certain nombre de clauses, dites « clauses noires », qui ne doivent en aucun cas figurer dans un accord en distribution : si la présence de ces clauses est relevée dans le contrat, c'est tout l'accord de franchise qui est frappé d'inefficacité.

Deux des principales clauses noires sont :

- Le caractère imposé des prix par la tête de réseau (il est strictement interdit d'imposer les prix de revente au distributeur. Le franchiseur peut imposer le prix maximum de revente, mais jamais le prix minimum. Il peut aussi déterminer des prix de revente conseillés).

- Les clauses d'exclusivité d'une durée indéterminée ou d'une durée supérieure à 5 ans : en pratique, on déconseillera donc aux têtes de réseau de prévoir des contrats d'une durée supérieure à 5 ans.

Les clauses de non-concurrence doivent aussi obéir à de strictes conditions de validité : elles doivent être limitées à un an, à l'activité exercée, au territoire sur lequel l'activité a été exploitée pendant la durée du contrat.

A noter que la jurisprudence aligne désormais le régime des clauses de non-affiliation (interdiction d'adhérer à un réseau concurrent) sur celui des clauses de non-concurrence (interdiction générale de poursuivre l'activité).

3- Principales sanctions applicables :

- Inefficacité du contrat : prononcée en cas de violation du droit européen de la concurrence notamment (entente illicite, cf supra).

Le franchiseur ne peut réclamer l'application du contrat (pénalités de rupture ou clause de non-concurrence par exemple). L'inefficacité peut aussi ouvrir droit au paiement de dommages et intérêts au profit du franchisé ;

- Nullité du contrat : c'est la sanction la plus brutale.

Le contrat est rétroactivement anéanti, et les parties sont replacées dans la situation qui était la leur antérieurement à la conclusion du contrat de franchise. Le franchiseur devra donc rembourser au franchisé toutes les sommes perçues en exécution du contrat, et peut être condamné à verser des dommages et intérêts complémentaires.

La nullité est prononcée lorsque l'un des éléments constitutifs du contrat fait défaut : il peut s'agir d'un consentement vicié (cas le plus fréquent dans l'hypothèse d'une tromperie), d'un défaut d'objet ou de cause (pas de licence de marque valable, absence de savoir-faire...), d'un défaut de capacité (cas rare en pratique) ;

- Résolution du contrat : ce cas, dont les effets sont assez proches de la nullité, survient lorsque l'une des parties n'a exécuté aucune de ses obligations.

En pratique, le franchiseur sera amené à rembourser toutes les sommes versées par le franchisé.

- Résiliation du contrat : cas le plus fréquent.

La résiliation est prononcée lorsque les parties ne souhaitent plus exécuter le contrat. Elle peut être aux torts partagés, le tribunal déterminant alors les torts de chacun dans la rupture et leurs proportions, ou aux torts exclusifs de l'une des parties.

Si la résiliation est prononcée aux torts exclusifs du franchisé, le franchiseur percevra les redevances prévues jusqu'à l'issue normale du contrat ; si la résiliation est prononcée aux torts du franchisé, celui-ci percevra une indemnité destinée à compenser le préjudice résultant de la mauvaise exécution du contrat par le franchiseur.

Ces quelques rappels effectués, on effectuera rapidement un tour d'horizon de la jurisprudence récente rendue en matière de conclusion, d'exécution et de fin du contrat.

A- Conclusion du contrat de franchise

Antérieurement à la phase de conclusion du contrat, deux points importants doivent être soulignés : la recherche d'un candidat et la négociation du contrat.

1- Recherche du candidat :

Si la documentation commerciale n'a pas à proprement parler de valeur contractuelle, il n'en demeure pas moins que sa portée n'est pas nulle.

Les documents commerciaux remis aux candidats sont couramment utilisés comme pièces de procédure dans les contentieux en annulation de contrat.

Un franchiseur qui garantit imprudemment un certain volume de chiffre d'affaires verra non seulement sa responsabilité engagée pour publicité trompeuse, mais aussi son contrat de franchise annulé si le franchisé parvient à démontrer que cette promesse non tenue a été déterminante de son consentement.

Ex : CA Paris pôle 5 chambre 4 7 mai 2014 : le franchisé ne peut pas justifier d'un vice du consentement (dol) si l'information délivrée dans la documentation commerciale était sincère et que le franchisé pouvait compléter les informations données dans la documentation en faisant une étude d'implantation plus précise.

A contrario, une documentation commerciale mensongère pourrait entraîner la nullité du contrat...

2- Négociation du contrat :

Il est vivement déconseillé d'appliquer des conditions particulières à chaque franchisé. Agir d'une telle manière créerait des discriminations entre franchisés au sein du réseau, et des conflits entre franchisés et franchiseur.

Toutefois, et dans des cas très exceptionnels, certains aménagements peuvent être consentis pour tenir compte d'une situation particulière : aide exceptionnelle accordée à un franchisé confronté à des difficultés ponctuelles, redevances minorées accordées temporairement aux premiers franchisés d'un réseau, etc...

Certaines clauses fondamentales du contrat doivent être par principe exclues du champ d'une négociation. C'est le cas notamment des clauses d'intuitu personae ou de respect du concept.

3- Phase précontractuelle

Principe général : la nullité est prononcée chaque fois que le franchisé parvient à démontrer que, s'il avait été en possession d'informations fiables et sincères, il n'aurait pas contracté.

Attention : la nullité peut être prononcée en cas de simple mensonge par omission du franchiseur. (v par exemple CA Paris, 8 avril 2014 RG n°2002/02506 : le franchiseur avait dissimulé au franchisé l'échec d'un précédent franchisé sur la zone territoriale qui lui avait été concédée).

Certaines décisions ont pu retenir la nullité pour une erreur simple du franchisé (pas de mensonge du franchiseur, pas de manœuvres dolosives).

La Cour d'Appel initialement saisie avait rejeté la demande en nullité car le franchisé ne démontrait pas la tromperie.

La Cour de cassation casse l'arrêt, au motif que la cour d'appel aurait dû rechercher si le franchisé n'avait pas simplement commis une erreur. Par arrêt du 12 septembre 2013 (n°11/19074), la Cour de Paris, saisie sur renvoi, se prononce finalement en faveur du dol.

Cependant, la solution n'est à notre sens pas définitive et il est donc possible d'envisager qu'une autre juridiction retienne la nullité pour erreur simple du franchisé.

En pratique, cela compliquera considérablement la tâche des franchiseurs, puisqu'il appartiendra à ceux-ci de démontrer que le franchisé ne s'est pas trompé. Une forme de

preuve négative, quasiment impossible à rapporter...

Principaux points contentieux du DIP : rentabilité de l'activité (prévisionnels), états de marché trompeurs, état du réseau erroné (cas du franchiseur dissimulant au candidat l'échec d'un précédent franchisé), absence ou insuffisance du savoir-faire.

Quelques illustrations (cas généraux) :

- CA Paris Pôle 5 chambre 4 du 15 janvier 2014: le contrat de franchise doit être annulé pour absence de cause et pour dol car le document d'informations précontractuelles remis au franchisé ne comporte aucun renseignement sur l'état local du marché ni sur le marché du financement aux professionnels et entreprises.

- CA Paris pôle 5 chambre 4 du 2 juillet 2014 : le franchisé peut invoquer un vice du consentement si le franchiseur manque à son obligation précontractuelle d'information mais si le franchiseur a fourni des chiffres prévisionnels conformes à la réalité, la nullité du contrat de franchise doit être rejetée.

- CA Lyon chambre 3 A du 7 novembre 2013: Le franchisé ne peut pas reprocher au franchiseur de ne pas lui avoir remis une étude de marché sérieuse, car les stipulations contractuelles prévoyaient que le franchisé devait effectuer cette étude de marché.

Sur ce point, précisons que le franchiseur doit remettre un état, et non une étude de marché au candidat.

- CA Versailles chambre 13 du 17 octobre 2013: le franchiseur a fourni des comptes prévisionnels pour les trois premières années d'exploitation qui ne sont ni sérieux ni réalistes. Ainsi, la société franchisée a perdu une chance de ne pas contracter avec le franchiseur ou de contracter à des conditions plus avantageuses.

Cette perte de chance doit être réparée par l'octroi de dommages-intérêts : le franchiseur est donc responsable.

- CA Lyon, 5 juin 2014 (RG 13/03651) : contrat de franchise annulé pour défaut de cause et d'objet car aucun savoir-faire secret, substantiel et identifié n'a été transmis.

- CA Lyon, 27 février 2014 (RG 12/07174) : le contrat doit être annulé car le franchiseur a transmis des prévisionnels irréalistes.

- CA Paris chambre 5 section B 8 avril 2004: un contrat de franchise est annulé car le franchiseur a dissimulé au franchisé la situation exacte laissée par le précédent franchisé qui avait altéré l'image du réseau.

De plus, il a menti concernant le nombre de résiliations de contrats.

Rappelons que la transmission d'un prévisionnel au franchisé n'est pas obligatoire. Mais quand le franchiseur remet ce type de document, il doit être sincère.

En l'espèce, il s'agissait d'un nouveau concept : la cour rappelle à ce sujet que le franchisé ne pouvait reprocher au franchiseur d'avoir servi de cobaye, puisqu'il savait

que le concept était nouveau, et donc non expérimenté.

La détention d'un point pilote ayant fait ses preuves n'est pas a priori une condition de validité d'un contrat de franchise. Néanmoins et en pratique, on déconseillera le lancement d'un réseau de franchise sans avoir au préalable éprouvé la rentabilité du concept. Rappelons en effet que la franchise est avant tout la réitération d'une réussite, dont le franchiseur doit être en mesure de justifier.

Quelques exemples de rejet d'une demande de nullité, dans le cas où le franchisé n'a pas atteint le prévisionnel remis par le franchiseur.

- CA Paris Pôle 5 chambre 4 du 4 décembre 2013: les bénéfices escomptés au regard du business plan n'ont pas été atteints mais ce fait n'est pas imputable au franchiseur qui avait fourni suffisamment d'informations dans son DIP.

De plus, des dysfonctionnements dans la gestion de l'unité franchisée ont été relevés : rejet de la demande de nullité.

Sur ce point, on relèvera que le franchisé est un commerçant. Même si la jurisprudence récente tend de plus en plus à être conciliante avec le franchisé, voire, par certains côtés, à le considérer comme un consommateur, il est pour l'heure jugé plus sévèrement.

Des fautes de négligence ou d'imprudence qui seraient tolérées chez un consommateur ne le sont pas chez le franchisé. Cet arrêt en est une illustration parmi d'autres.

- CA Lyon chambre 3 A du 7 novembre 2013: le budget prévisionnel dépourvu de sérieux indiqué sur le site internet du franchiseur ne justifie pas la nullité du contrat de franchise car le franchisé a bénéficié de l'aide d'un expert-comptable pour analyser le budget proposé par le franchiseur.

Attention : la Cour de Lyon est souvent très favorable aux franchiseurs. Si le même cas devait être jugé par d'autres juridictions plus favorables aux franchisés comme Toulouse, Colmar ou Agen, il n'est pas dit que la solution serait identique...

Quelques exemples d'admission d'une demande de nullité, dans le cas où le franchisé applique le concept mais n'atteint pas le prévisionnel

- CA Paris pôle 5 chambre 5 du 12 septembre 2013 : un franchisé a ouvert un magasin dont les résultats se sont révélés très inférieurs aux prévisions, ce qui conduit à une liquidation judiciaire de l'entreprise franchisée.

Il y a lieu à une annulation du contrat de franchise car le franchisé n'a commis aucune faute de gestion (il a suivi le concept) alors que le franchiseur ne lui a donné aucun conseil pour adapter le nombre de ses salariés aux besoins immédiats de son activité.

Sur ce point précis : le franchiseur a le devoir d'assister son franchisé, et notamment de

l'alerter et de le conseiller en cas de mauvaise gestion de son entreprise.

Mais en aucun cas il ne doit lui imposer, directement ou indirectement de décisions de gestion. Agir de la sorte exposerait le franchiseur à une requalification de la convention de franchise en contrat de travail.

Le franchiseur doit donc savoir doser son assistance, et se montrer prudent dans la rédaction de ses recommandations.

De plus et dans le cas jugé, les coûts de la signature du contrat ont été alourdis par le coût d'adhésion à l'association des franchisés, le loyer très élevé... Enfin, le défaut de chiffre d'affaires n'a pas été intégré dans les prévisions.

Le franchisé a donc été déterminé à conclure le contrat de franchise sur la base d'éléments trompeurs. Il y a donc lieu à une annulation du contrat de franchise.

En l'espèce, le franchiseur avait d'ailleurs vendu au franchisé une étude de marché « personnalisée », qui n'était en réalité qu'un prévisionnel-type. Il avait de plus validé son emplacement commercial, lequel était mauvais...

- Cour de Cassation chambre commerciale du 25 juin 2013: le chiffre d'affaires prévisionnel annoncé par le franchiseur s'est révélé deux fois supérieur à celui réalisé par le franchisé.

Or le franchiseur ne fournit aucun exemple de centres de lavage implantés dans des agglomérations de taille similaire ayant réalisé un chiffre d'affaires comparable aux prévisions annoncées.

Le franchiseur a fourni au franchisé un prévisionnel irréaliste et a donc failli à son obligation d'information.

Le franchisé est de ce fait victime d'un vice du consentement, la nullité du contrat devant être prononcée. Cet arrêt rappelle que la franchise est la duplication d'une réussite, dont le franchiseur était en l'espèce incapable de justifier de la réalité...

Exemples de décisions concernant des états de marché locaux et nationaux erronés ou mensongers

- CA Rennes chambre commerciale 2 du 12 janvier 2010: les renseignements relatifs à l'état de marché ne portent que sur les données de recensement de la population de Saint Malo entre 1982 et 1991.

Ces informations sont obsolètes et insuffisantes mais ce manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information n'entraîne l'annulation du contrat que s'il a eu pour effet de vicier le consentement du franchisé. Jurisprudence classique rappelant qu'il appartient au franchisé de démontrer qu'il n'aurait pas signé le contrat s'il avait été en possession d'une information juste.

- CA Paris Pôle 5 chambre 4 du 15 janvier 2014 : le contrat de franchise doit être annulé pour absence de cause et pour dol car le document d'informations précontractuelles remis au franchisé ne comporte aucun renseignement sur l'état local de marché ni sur le marché du financement aux professionnels et entreprises.

La jurisprudence rappelle par ailleurs que les informations données doivent être à jour pour être exploitables par le candidat. Il est conseillé aux franchiseurs de mettre à jour leur DIP au moins une fois par an.

Exemples de jurisprudence concernant des états du réseau incomplets ou mensongers : cas de nullité du contrat

- CA Versailles chambre 13 du 17 octobre 2013: le franchiseur a fourni un DIP incomplet car il ne contient pas la liste des entreprises de réseau ayant cessé d'en faire partie l'année précédant celle de la remise du DIP avec la précision du motif donc la société franchisée a perdu une chance de ne pas contracter avec le franchiseur ou de contracter à des conditions plus avantageuses.

Cette perte de chance doit être réparée par l'octroi de dommages-intérêts : le franchiseur est donc responsable (article 1382 code civil).

Pour en finir avec la phase de conclusions du contrat, on rappellera quelques principes fondamentaux.

4- Bref rappel de quelques principes fondamentaux concernant la phase précontractuelle

Négociation et conclusion du contrat et de ses accessoires et remise du DIP

Aucune somme d'argent ne doit être perçue du franchiseur avant la signature du contrat, qu'il s'agisse du contrat de réservation de zone ou du contrat de franchise proprement dit.

Le contrat de réservation ou de franchise ne doit jamais être signé avant l'écoulement d'un délai de 20 jours minimum entre la remise du DIP et la signature de la convention.

Chaque page du DIP doit être paraphée par le candidat, annexes comprises. La dernière page doit être datée et signée.

Le franchisé doit signer une attestation de remise de documents, ainsi qu'une déclaration de confidentialité.

Si le franchisé souhaite s'implanter sur une autre zone que celle initialement prévue, il est impératif de lui remettre un nouveau DIP, et d'attendre à nouveau l'écoulement d'un délai minimum de 20 jours avant de signer tout contrat, quel qu'il soit.

En cas de renouvellement de contrat, des règles strictement identiques doivent être appliquées : la remise d'un DIP est nécessaire.

Question du découpage du territoire

Attention : le franchiseur doit proposer à la franchise des zones d'exclusivité économiquement viables.

L'erreur la plus souvent constatée dans les réseaux de franchise est la suivante : le franchiseur ne réalise aucun maillage territorial avant le lancement du réseau, si bien qu'il donne des zones trop importantes aux premiers franchisés, et donne des zones de plus en plus petites au fur et à mesure que les demandes augmentent.

Il est impératif de procéder au découpage territorial avant le lancement du réseau.

Exemple : CA Toulouse chambre 2 section 1 4 décembre 2013 (numéro 396 12/00735) : le franchiseur n'a pas manqué à ses obligations contractuelles concernant le découpage de la zone d'exclusivité territoriale dont le caractère économiquement déséquilibré n'est pas établi. A contrario, une zone trop petite donnée par le franchiseur engagerait sa responsabilité.

Recherche et validation d'un emplacement commercial

Principe : il appartient au seul franchisé de rechercher son emplacement commercial. Il est vivement conseillé de ne valider l'emplacement qu'en ce qui regarde la conformité de son aménagement au concept.

Le franchiseur proposant une assistance dans la recherche de l'emplacement s'expose à une annulation de contrat si ce dernier est mauvais.

De même, une validation du local sans réserves vaudra validation de la pertinence de l'emplacement. Il convient donc de faire preuve de la plus grande prudence à cet égard.

Établissement du prévisionnel du franchisé

Principe : il n'existe aucune obligation légale pour le franchiseur de réaliser ce document prévisionnel.

Le franchiseur peut cependant proposer un prévisionnel, ce que nous déconseillons vivement en pratique, eu égard aux dangers d'annulation du contrat liés à une telle pratique (cf supra).

On conseillera plutôt aux franchiseurs de fournir au candidat un outil d'aide à l'élaboration de son document prévisionnel.

La même remarque vaut pour les études de marché, étant rappelé que seul un état de marché est légalement requis.

B- Exécution du contrat de franchise

Principe : le contrat de franchise détermine les droits et obligations de chacun. Son contenu est de ce fait primordial, et doit être élaboré avec soin par un conseil spécialisé.

Toute obligation contenue dans le contrat de franchise doit être exécutée.

Sauf cas très particuliers, seuls seront sanctionnés les manquements aux obligations contenues dans le contrat.

Ce dernier doit donc être adapté à ce que peut réellement proposer le franchiseur, et ne doit en aucun cas anticiper une évolution future (du contenu de l'assistance par exemple).

Le contrat doit correspondre uniquement à ce qui est proposé à la date de sa signature, quitte à le faire évoluer lorsque des services complémentaires seront proposés.

1- Formation initiale et continue, transmission du savoir-faire

La formation initiale correspond à la transmission du savoir-faire : elle est de ce fait indispensable à la validité de la convention de franchise.

Le franchiseur devra remettre au franchisé un support de formation, et lui faire signer une feuille de présence.

Il devra, à l'issue de la formation, lui remettre le manuel opératoire ou bible, qui constitue la matérialisation du savoir-faire de l'enseigne.

Il est indispensable d'observer la plus grande rigueur dans l'édition, la remise et la gestion de ces documents, sans lesquels il sera impossible à un franchiseur de démontrer la réalité de son savoir-faire et de sa transmission effective au franchisé.

Le savoir-faire devant être constamment mis à jour, la formation continue constitue aussi une obligation à la charge du franchiseur. Les mêmes règles que pour la formation initiale sont applicables, étant précisé que le manuel opératoire devra naturellement être mis à jour (évolution de la réglementation ou du concept notamment).

Quelques illustrations jurisprudentielles récentes :

- CA Lyon 3^o chambre 12 juin 2014 : si le franchiseur a dispensé la formation initiale et les formations permanentes, il a rempli son obligation de formation : rejet d'une demande de nullité.

L'arrêt rappelle par ailleurs que le franchiseur n'a pas le devoir ni le droit de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise de son franchisé qui est un commerçant indépendant. L'assistance ne signifie ni de l'assistanat, ni gestion de l'unité sous enseigne en lieu et place du franchisé.

- CA Lyon 3^o chambre 5 juin 2014: Le contrat de franchise implique la mise à disposition d'une marque, la communication d'un savoir-faire, une assistance permanente des franchisés à tous les stades de la relation contractuelle.

Si la transmission du savoir-faire fait défaut, le contrat de franchise serait dépourvu de cause : annulation du contrat en l'espèce.

- CA Paris Pôle 5 chambre 4 19 mars 2014 : Le franchiseur doit transmettre un savoir-faire adapté à la réussite commerciale du franchisé. Dans le cas contraire, le contrat doit être résilié aux torts du franchiseur.

- CA Toulouse chambre 2 section 2 du 11 décembre 2007 : Le savoir-faire d'un franchiseur doit évoluer en permanence.

2- Services de la franchise

Le franchiseur s'engage sur ce qui est contractuellement prévu.

Précisons cependant qu'une assistance est un élément constitutif du contrat de franchise : si celle-ci fait défaut, le contrat de franchise pourrait être annulé pour défaut de cause.

Si celle-ci est jugée insuffisante, la résiliation du contrat de franchise pourrait être prononcée aux torts exclusifs du franchiseur.

Cas particulier de la centrale d'achat et/ou de référencement

Rappel préalable :

- Centrale de référencement: le franchiseur propose ou impose des fournisseurs qu'il sélectionne et référence. Il négocie les conditions d'approvisionnement et les tarifs. Le franchisé achète directement auprès du fournisseur, ce dernier versant souvent, mais pas nécessairement, au franchiseur une commission.

- Centrale d'achat : le franchiseur est aussi fournisseur et vend directement les produits contractuels à ses franchisés.

Il convient d'être très prudent, ceci sur plusieurs points :

- Si rien n'est prévu dans le contrat de franchise, les commissions éventuellement perçues par le franchiseur devront être rétrocédées au franchisé. En effet, et à défaut de précisions, la jurisprudence considère que le franchiseur agit en qualité de mandataire du franchisé. Or, le mandat est en principe gratuit. Il convient donc de prévoir systématiquement dans les contrats de franchise que le franchiseur prélève une

commission de courtage en rémunération du service rendu (cas de la centrale d'achat).

Si la centrale est de référencement, le franchiseur devra prévoir la rémunération de son mandat.

CA Paris, 4 décembre 2013: le mandat étant gratuit en l'absence de stipulations contraires, le franchiseur est condamné à rembourser au franchisé l'intégralité des marges réalisées.

- La loi LME fait obligation à tout fournisseur de tenir à disposition de toute personne en faisant la demande des accords de groupe négociés pour le réseau. Si des marges sont perçues, elles doivent donc être prévues et justifiées dans le contrat de franchise, le franchisé pouvant à tout moment demander communication des accords de groupe.

Ajoutons pour finir que la jurisprudence considère traditionnellement que l'intérêt principal d'adhérer à un réseau est l'obtention par les distributeurs de tarifs compétitifs. Sauf cas très exceptionnels et particulièrement justifiés, les tarifs de la centrale du réseau devront donc être inférieurs aux prix publics.

Nous attirons tout spécialement l'attention des franchiseurs sur ces problématiques liées aux centrales d'achat et de référencement. Elles constituent de véritables nids à contentieux, et peuvent se révéler, si elles sont mal gérées, fatales à un réseau de franchise.

On conseillera la création d'une structure séparée faisant office de centrale d'achat et de référencement, ainsi que la détermination de règles de rémunération du franchiseur claires et transparentes.

Le point sur l'exclusivité territoriale, les ventes actives et les ventes passives

L'exclusivité territoriale est au cœur du contrat de franchise (quand bien évidemment il en est prévu une). Elle n'est certes pas un élément constitutif du contrat de franchise mais, lorsqu'elle existe, prend une dimension particulière, à tel point qu'un franchiseur qui ne respecte pas l'obligation territoriale concédée verra immanquablement son contrat de franchise résilié à ses torts exclusifs.

La question de l'exclusivité et de son respect est rendue plus complexe par la concurrence d'internet.

Les ventes par internet sont considérées comme des ventes passives.

Depuis plusieurs années, l'Autorité de la Concurrence reconnaît au franchiseur le droit d'imposer à son distributeur la détention d'un point de vente physique (v notamment l'affaire FESTINA, dans laquelle un concurrent voulait intégrer le réseau en pratiquant exclusivement de la vente en retail).

La réglementation européenne prohibe strictement l'interdiction des ventes passives.

La vente passive est la vente réalisée sans acte positif du distributeur. La vente active est

celle qui intervient après démarchage, prospection, publicité ou sollicitation.

Position du problème : aucune exclusivité réelle et absolue ne peut être accordée à un distributeur, en raison de la prohibition de l'interdiction des ventes passives. Le distributeur aura donc seulement la garantie qu'aucun autre franchisé n'effectuera de prospection commerciale sur son territoire.

Il convient à notre avis de préciser clairement ce point dans les contrats de franchise afin que le franchisé ne puisse venir soulever la nullité du contrat, au motif qu'il ne bénéficierait pas d'une exclusivité totale.

Quelques illustrations :

- CA Lyon chambre civile 1 A du 7 février 2013 : il ne peut pas être reproché au franchiseur de ne pas avoir fait respecter la clause d'exclusivité territoriale qui figure dans le réseau au profit du franchisé, en n'interdisant pas les ventes passives.

Le franchiseur n'a donc commis aucune faute contractuelle à l'égard du franchisé car les ventes passives sont autorisées si les clients situés hors zone ne sont pas activement sollicités. En l'espèce, le franchisé reprochait à son franchiseur de ne pas avoir prohibé les ventes passives (cf ci-dessus).

- CA Versailles chambre 12 du 27 mars 2012: un franchisé n'a pas respecté l'exclusivité territoriale qui lui a été consentie. Le fait que le territoire sur lequel il a procédé à des ventes n'était pas attribué à un autre franchisé est sans incidence sur la réalité du manquement. Le franchiseur peut donc demander des dommages-intérêts.

Il s'agissait en l'espèce du problème inverse : l'exclusivité territoriale emporte interdiction de prospecter les zones situées en dehors de cette exclusivité ; si l'exploitation d'un territoire non attribué est possible, il convient de le prévoir dans le contrat.

- CA Toulouse chambre 2 section 1 du 4 décembre 2013: un franchisé reproche à un autre franchisé d'avoir, par la diffusion d'annonces publicitaires, démarché des entreprises implantées dans sa zone et créé une confusion. Mais le franchiseur ne peut pas être accusé de ne pas avoir réagi aux doléances du franchisé pour faire cesser la violation de l'exclusivité territoriale dont il bénéficiait compte tenu des échanges intervenus sur le découpage de zones avec l'agence concurrente.

Il s'agit ici de l'illustration parfaite de la manière dont la jurisprudence est rendue en matière de franchise : les juges se montrent extrêmement pragmatiques, chaque solution dépendant des faits de l'espèce, sans doute bien plus que dans d'autres matières.

Dans le cas présent, le fait pour un franchiseur de ne pas agir pour faire cesser la violation d'une exclusivité territoriale constitue sans aucun doute une faute de sa part. La Cour de Toulouse adopte cependant une solution inverse, dans la mesure où les deux franchisés étaient en négociations en vue d'un partage de la zone de celui s'estimant victime de la violation de l'exclusivité.

C- La fin du contrat de franchise

Le contrat de franchise prend fin soit par l'arrivée du terme contractuel, soit de manière anticipée (résiliation).

Quelle que soit l'issue du contrat, les principales règles à appliquer sont identiques :

- Le franchisé tient son droit d'utiliser la marque, l'enseigne et le savoir-faire du contrat.

Dès lors que le contrat arrive à échéance, le franchisé n'a plus aucun droit sur les signes distinctifs ou l'exploitation du savoir-faire.

En pratique, il convient de s'assurer que le franchisé sortant n'utilise plus aucun signe distinctif du réseau (marque, aménagements intérieurs et extérieurs, etc...), au besoin en faisant réaliser un constat d'huissier.

- Le contrat doit être respecté jusqu'à son dernier jour, tant par le franchiseur que par le franchisé. Exemple : le franchiseur n'a aucun droit de démarcher la clientèle du franchisé durant la période de préavis contractuel de rupture, l'exclusivité territoriale du franchisé ayant cours jusqu'à la fin du contrat ;

- La partie ayant procédé à la résiliation du contrat devra à l'autre des dommages et intérêts, si cette résiliation n'est pas fondée sur un juste motif et sauf accord des parties.

- Certaines clauses survivent à la fin du contrat : il s'agit notamment de la clause de non-concurrence ou de non-affiliation, ou encore de la clause de confidentialité.

L'activité du franchisé doit de ce fait être surveillée après la rupture du contrat.

Sur un plan contentieux, les conflits se cristallisent autour des points suivants :

- Le franchisé tentera de faire valoir la nullité du contrat ou les torts du franchiseur pour obtenir des dommages et intérêts. A l'inverse, le franchiseur tentera de démontrer les manquements du franchisé pour obtenir une indemnisation. Précisons que le seul fait de rompre un contrat par anticipation ouvre en principe droit au profit du franchiseur à indemnité. Mais encore faut-il pour cela que le contrat ne soit pas nul et qu'aucune faute contractuelle ne puisse être reprochée au franchiseur.

On ne reviendra pas sur ces points, ni sur les indemnisations éventuellement dues, déjà sommairement présentés plus haut.

- Une bonne part du contentieux porte aussi sur les clauses de non-concurrence ou de non-affiliation, et le cas échéant la violation de droits de préférence et de préemption.

Dans des secteurs très concentrés (agences immobilières notamment), il est courant de

voir des franchiseurs « débaucher » des franchisés de réseaux concurrents, et les garantir de toute condamnation pouvant être prononcée à leur encontre au titre de la rupture anticipée du contrat.

La jurisprudence condamne régulièrement des franchiseurs coupables de tels agissements, sans toutefois que les dommages et intérêts soient suffisants à indemniser le préjudice réellement subi.

Concernant le point spécifique de la violation du droit de préemption du franchiseur, rappelons brièvement deux points :

- La loi EES (Economie Sociale et Solidaire) n°2014-856 du 31 juillet 2014 prévoit un droit d'information des salariés des entreprises de moins de 250 salariés en cas de cession du fonds ou de la moitié au moins du capital de l'entreprise. Les salariés disposent d'un délai de deux mois pour opter et, le cas échéant, présenter une offre.

S'agissant d'une loi d'ordre public, le droit de préemption du franchiseur ne pourra pas primer le droit de rachat dont disposent aujourd'hui les salariés de l'entreprise.

- Si, indépendamment de la mise en œuvre de cette loi, le franchiseur s'estime victime de la violation d'un droit de préemption à son profit, il pourra faire annuler la vente à de strictes conditions (jurisprudence constante depuis 2002) : le franchiseur doit démontrer que le tiers acquéreur avait connaissance de l'existence de la clause et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. En pratique, cette preuve étant quasiment impossible à rapporter, la violation d'un droit de préemption n'est quasiment jamais sanctionnée par la nullité de la vente.

Le gros du contentieux post-contractuel porte cependant sur les clauses de non-concurrence et de non-affiliation.

Plusieurs questions sur les clauses de non-concurrence :

Attention : la clause de non-concurrence illicite est une « clause noire » en droit européen de la concurrence, si bien que la totalité de l'accord est frappée d'inefficacité.

Le juge n'a pas le pouvoir de modérer la clause en la rédigeant à nouveau.

Ces clauses sont déconseillées, car elles sont en pratique plutôt inefficaces et se révèlent particulièrement dangereuses à mettre en œuvre.

Alignement des clauses de non-concurrence et clauses de non-affiliation

- Cour de cassation chambre commerciale 3 avril 2012: distinction entre la clause de non-concurrence (ayant pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire à celle du réseau qu'il quitte) et la clause de non-réaffiliation (ayant pour objet de protéger le savoir-faire du réseau quitté en se bornant à restreindre la liberté d'affiliation de l'ancien franchisé à un autre réseau). Mais les conditions de validité sont strictement identiques (cf supra et le règlement d'exemption du 20 avril 2010 : limitation à 1 an, à l'activité exercée et au territoire contractuel).

- CA Paris pôle 5 chambre 4 3 avril 2013: la clause de non-réaffiliation post-contractuelle d'une durée d'un an dans un rayon de 5 kilomètres interdit en fait tout exercice par l'ex-franchisé d'un commerce analogue à celui qu'il exerçait en qualité de franchisé, pendant un an dans toute la zone concernée. Ainsi, cette clause de non-réaffiliation a des effets restrictifs de concurrence comparables à ceux d'une clause de non-concurrence : on lui applique le même régime que la clause de non-concurrence.

La clause de non-concurrence doit être nécessaire à la protection du savoir-faire du franchiseur et proportionnée à la protection du savoir-faire.

Toute clause ne satisfaisant pas à ces critères serait annulée.

En pratique, et lorsque le franchiseur demande l'application de la clause, le franchisé essaie de s'en exonérer en prétendant à l'inexistence du savoir-faire.

Quelques **illustrations jurisprudentielles** du contentieux de la clause de non-concurrence post-contractuelle ou d'activité (clause interdisant au franchisé d'exploiter une activité concurrente pendant la durée du contrat).

- CA Bourges chambre civile 2 mai 2013: la clause de non-concurrence est licite car elle est indispensable à la protection des intérêts du franchiseur qui accorde à ses franchisés le bénéfice considérable de sa marque, de son enseigne particulièrement connue, de son assistance ainsi que de son savoir-faire.

- CA Paris pôle 5 chambre 4 3 avril 2013: une clause d'approvisionnement exclusif est anticoncurrentielle car elle n'est pas proportionnée aux nécessités de la protection du savoir-faire, du réseau et de la défense des intérêts légitimes du franchiseur.

- CA Rennes chambre commerciale 3 17 janvier 2012: une clause de non-concurrence est de nature à faciliter la préservation du savoir-faire du franchiseur. Un franchisé a violé la clause de non-concurrence car même si les conditions d'exercice de la nouvelle activité du franchisé sont différentes et ne mettent pas en œuvre un savoir-faire identique, elles sont de même nature et entrent ainsi dans les prévisions de la clause de non-concurrence stipulée au contrat.

- CA Colmar chambre civile 1 section A du 19 janvier 2011: un franchisé a exploité un centre de lavage qui n'appartenait pas au réseau du franchiseur donc il a violé la clause de non-concurrence à laquelle il était tenu.

Le franchisé a persisté dans l'exploitation de ce centre concurrent pendant un an et demi sans évolution significative du projet d'intégration de ce centre au réseau. Le contrat de franchise doit donc être résilié aux torts du franchisé (cas de la violation d'une clause de non-concurrence d'activité).

- CA Paris chambre 5 section B du 23 novembre 2006: le franchisé a violé la clause de non-concurrence post contractuelle stipulée dans le contrat de franchise. Mais le franchiseur n'a apporté aucun élément à l'appui de sa demande d'indemnisation et un préjudice symbolique d'un euro a été retenu à juste titre. De l'importance de justifier de son préjudice...

- CA Versailles chambre 12 section 2 du 11 mai 2006: deux franchisés ont violé une clause de non-concurrence. Mais le franchiseur ne peut pas demander la cessation de l'activité concurrente car la clause de non-concurrence était valable trois ans à compter de l'expiration du contrat et que cette période est terminée. Il ne peut que demander des dommages-intérêts (jurisprudence antérieure au règlement de 2010). A noter : si la condamnation intervient après l'expiration de la clause (en général un an après la fin du contrat, pas de fermeture possible. Seuls des dommages et intérêts peuvent être réclamés).

- CA Lyon chambre 3 17 juin 1994: La demande d'indemnisation d'un franchisé ne peut être que partiellement fondée si le franchiseur n'a pas respecté la clause de non-concurrence car le franchisé ne prouve pas une baisse de son chiffre d'affaires due au non-respect de la clause de non-concurrence (cas de la violation de l'exclusivité par le franchiseur). Là encore, si le demandeur n'est pas capable de démontrer l'étendue de son préjudice, il ne sera pas indemnisé.

Question de la requalification du contrat de franchise en contrat de travail

Le contrat de franchise peut être requalifié en contrat de travail si :

- L'emplacement a été validé par le franchiseur ;
- Les prix de revente sont imposés par le franchiseur ;
- Le franchisé vend à titre exclusif des biens ou services fournis par le franchiseur ;
- Il existe un lien de subordination entre le franchiseur et le franchisé.

Ces quatre critères sont cumulatifs. Cependant, si le dernier d'entre eux fait défaut, le franchisé pourra obtenir une requalification de son contrat en gérance-mandat.

La jurisprudence n'hésite pas à requalifier des contrats de distribution en contrats de travail (par exemple, CA Bordeaux, 30 avril 2014 pour un contrat de commission-affiliation ou CA Paris du 4 juin 2014 pour une requalification de contrats de franchise en contrat de gérance salariée).

Les franchiseurs doivent donc se montrer particulièrement prudents et ne jamais imposer les prix de revente aux franchisés, que ce soit de manière directe ou indirecte.

Il s'agit d'une question de fait, la valeur des preuves produites par les parties étant souverainement appréciées par les juges.

Sur un plan économique, les sanctions peuvent être très lourdes, puisque le franchisé aura droit, outre l'indemnisation de son préjudice (investissements, perte de chance, préjudice moral, etc...) à toutes les sommes qu'il aurait perçues s'il avait été salarié. On notera cependant qu'il ne peut effectuer de demandes antérieures de plus de 3 ans à la saisine du Tribunal : congés payés, droit à formation, cotisations retraite, salaires, indemnité compensatrice, etc...

Enfin, si le contrat de travail est exécuté en France, seul le conseil de prud'hommes est compétent. Il s'agit d'une règle d'ordre public, si bien qu'elle fait échec à l'application d'une clause d'arbitrage, qui ne pourrait donc être valablement opposée par le

franchiseur.