Réflexions sur le rôle, les risques et les nouveaux défis d'un franchiseur par temps de Pandémie

Réflexions sur le rôle, les risques et les nouveaux défis d'un franchiseur par temps de Pandémie

La pandémie du Covid-19 a frappé l'économie et les Réseaux du commerce organisé, dont la franchise. Le secteur s'est pour l'essentiel arrêté net en France le 14 mars à minuit, par décision de l'Etat. C'est la guerre contre le Covid-19, nous dit-on, qui a rendu nécessaire une telle mesure. Vu les circonstances de marché qui en découlent, tout l'écosystème est aujourd'hui confronté à un péril économique dont les effets psycho-sociaux sont annoncés comme pire que le mal déjà subi.

Quels enseignements un franchiseur peut-il en tirer au regard de son rôle, des risques encourus dans sa relation avec les franchisés et de son maintien dans le jeu concurrentiel ?

Par temps de « paix », un franchiseur est en terrain connu.

Il œuvre pour développer un savoir-faire qui lui assure un avantage concurrentiel sur son marché pertinent. Le jeu concurrentiel fonctionne normalement pourrions-nous dire. Les franchisés sont les premiers clients du franchiseur. Il les assiste afin qu'ils se développent, le chiffre d'affaires des franchisés étant la source de revenu du franchiseur.

La réussite entrepreneuriale en franchise n'est pas pour autant garantie. L'aléa du commerce subsiste. Lorsqu'un franchisé rencontre des difficultés économiques, le franchiseur doit lui prodiguer avis et conseils. Mais il doit s'abstenir, même involontairement, de prendre en charge l'entreprise du franchisé en difficultés.

Et par temps de « guerre » ?

La circonstance d'un risque de fatalité systémique du secteur de la franchise du fait de l'interdépendance des acteurs de la franchise (franchiseur-franchisé-consommateur), devrait-elle changer la conduite d'un franchiseur ?

La réponse est à la fois non et oui.

Le franchiseur doit prendre la mesure des circonstances exceptionnelles et ne pas commettre l'erreur de s'en tenir à l'appréciation usuelle de ses obligations : la situation est extraordinaire.

D'aucuns redoutent le fait que certaines actions de franchiseurs puissent frôler voire franchissent les limites de l'ingérence. Il faudrait soutenir son franchisé avec parcimonie et toujours agir par calcul du risque d'une éventuelle action en soutien abusif.

Ce type de franchiseur n'aura pas de futur et perdra la confiance de ses franchisés.

Ne pas agir au motif qu'agir reviendrait à s'ingérer dans la gestion du point de vente serait une lecture inexacte de la situation actuelle. Elle nécessite de la part du franchiseur la mise en œuvre d'une « assistance ad hoc », d'une nature certes inédite, qui soit encadrée, juste et vigilante (1). Ces actions se réaliseront en ayant à l'esprit l'intérêt commun du Réseau et avec l'accord des franchisés.

Le franchiseur doit aussi ne pas hésiter à prendre des décisions pour la survie de sa franchise, quitte à sanctionner ceux des franchisés qui tenterait de tirer un avantage isolé ou irrégulier du contexte de la Pandémie. En tout état le franchiseur doit déjouer les pièges et ils sont divers (2).

Pendant ce temps, le franchiseur doit se projeter dans le futur, et s'adapter ou mourir (3).

1. Les effets du Covid-19 obligent le franchiseur à mettre en œuvre dans l'intérêt des franchisés une assistance ad hoc d'une nature inédite

Un franchiseur – tous Réseaux confondus – assume trois obligations fondamentales vis-à-vis de ses franchisés : la transmission d'un savoir-faire éprouvé et licite, l'assistance continue et l'octroi d'une licence de marque associée à l'obligation de garantir aux membres du Réseau de franchise la jouissance paisible de la marque et de ses attributs.

L'intensité de ces trois obligations dépend de la nature du modèle de franchise qui se mesure par deux paramètres organisationnels : (i) le type de gestion du pouvoir, autrement dit quelle est la marge de liberté du franchisé dans l'exploitation de son commerce et (ii) la nature du partage de la valeur ajoutée, c'est à dire comment le franchiseur partage la valeur ajoutée avec ses franchisés.

Certaines franchises sont dites « verticales », lorsque d'autres plus « coopératives ».

Face au Covid-19, ces distinctions s'évaporent.

Une seule règle préside : avoir une conduite digne de sa qualité et donc plus que jamais donner l'exemple d'un comportement vertueux dans l'adversité.

a. La conduite à tenir du franchiseur dans cette situation exceptionnelle : la mise en œuvre d'une assistance ad hoc

En présence d'un évènement de l'ampleur de la crise sanitaire du Covid-19, un franchiseur doit mettre en œuvre une démarche volontariste d'assistance de ses franchisés, une assistance ad hoc, dont les principales formes sont les suivantes :

(i) Mise en place d'une cellule de crise,

(ii) Accompagnement personnalisé de chaque franchisé,

(iii) Partage des informations sur les mesures de soutien gouvernementales, sur l'évolution et sur l'impact de la situation pour l'enseigne,

(iv) Interaction en vue de participer au diagnostic de la situation financière des franchisés et les accompagner dans les meilleures conditions dans toutes les mesures à mettre en place pour soulager leur trésorerie,

(v) Mise en place d'un plan de continuité d'activité harmonisé au sein du Réseau,

(vi) Coordonner et piloter l'exécution des stratégies du moment. Stimuler et guider la recherche de stratégies pour amortir le choc financier et développer dès à présent les stratégies pour le développement futur du Réseau,

(vii) Formalisation juridique et mise en place d'un dispositif de réduction des charges fixes des franchisés comprenant des mesures de suspension, allègement ou suppression des redevances,

(viii) Formalisation juridique des mesures de suspension, allègement ou suppression des loyers de baux ou location-gérance, et ce pour les Réseaux concernés, en fonction des circonstances de chaque enseigne.

A l'examen, ces mesures ne sont pas usuelles mais nécessaires et doivent être menées avec le souci des équilibres économiques, ce y compris ceux du franchiseur. Si le franchiseur disparait il n'y aurait en effet plus de réseau. Les investissements et le travail des franchisés seraient anéantis en un instant.

b. Quelle est la nature juridique de l'assistance ad hoc ? S'agit-il d'une obligation juridique dont le franchiseur pourrait être tenu comptable ? Proposition de raisonnement juridique

Le covid-19 est un évènement exogène à la relation de franchise.

Les difficultés économiques du franchisé qui en découlent ne peuvent donc être attribuées au franchiseur.

Mais si le franchiseur met en œuvre une assistance ad hoc de son Réseau, que risque-t-il ?

Le franchiseur ne pourrait-il pas être tenu responsable de la faillite éventuelle du franchisé au motif que l'assistance ad hoc prodiguée aurait échoué ?

Comment apprécier en droit la nature de cette assistance ?

Ce qui est certain est que l'obligation d'assistance ad hoc du franchiseur dans le contexte du Covid-19 ne figure pas dans les contrats de franchise.

Les contrats de franchise ne traitent de « la guerre » que par le biais de la clause de force majeure, dont la définition est prévue par l'article 1218 du Code civil. La clause de force majeure prévoit les mécanismes conventionnels de suspension des obligations des parties, voire de cessation du contrat en cours si le cas de force majeure devient définitif.

Cette assistance ne relève pas non plus de la qualification de la gestion d'affaires, régime prévu par l'article 1301 du Code civil par lequel « une personne sans y être tenu gère sciemment et utilement l'affaires d'autrui ».
Le franchiseur ne gère pas l'entreprise du franchisé.
Cette assistance pourrait-elle faire naître un régime particulier de responsabilité civile délictuelle ? Puisqu'elle ne figure pas dans le contrat de franchise, il semblerait logique de conclure qu'elle est d'une nature extracontractuelle.
Cette thèse ne devrait cependant pas prospérer car l'assistance dont il est question découle de la nature du contrat en cause
Au-delà des termes exprès du contrat de franchise, le franchiseur est tenu d'une obligation fondamentale d'assistance de ses franchisés en vue de leur permettre d'exploiter la franchise consentie.
Cette obligation perdure tant que le contrat de franchise est en vigueur.
L'article 1194 du Code civil lui donne d'ailleurs consistance juridique : « les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »

c. Le franchiseur pourrait-il être tenu responsable de l'éventuelle faillite de son franchisé au motif que l'assistance ad hoc prodiguée aurait échoué ?

• Rappel de la jurisprudence ayant examiné des cas de manquements du franchiseur à son obligation d'assistance

Il n'existe pas encore de « jurisprudence Covid-19 » à laquelle se rapporter. A n'en pas douter elle se formera.

Pour l'heure nous disposons de la jurisprudence ordinaire rendue dans les cas où un franchisé a pu mettre en cause un franchiseur pour défaut d'assistance.

D'ailleurs, cette jurisprudence est instructive puisqu'elle fait une distinction entre le franchiseur mis en cause pour n'avoir pas exécuté les engagements contractuels d'assistance énoncés dans le contrat de franchise (cas de figure n°1) et le franchiseur attaqué pour n'avoir pas assisté son franchisé en proie à des difficultés économiques (cas de figure n°2).

 Dans le premier cas de figure, les juridictions rappellent que l'obligation de conseil et d'assistance qui pèse sur le franchiseur est une obligation de moyen et constitue une obligation essentielle du contrat.

Le sujet de l'obligation d'assistance du franchiseur a été traité une toute première fois en 1988 par la Commission européenne. Peu après l'arrêt Pronuptia , elle a rendu cinq décisions d'exemption individuelle importantes dans lesquelles elle procède à l'examen des contrats de franchise à la lumière de l'article 81 du traité CEE relatif aux règles de concurrence au sein de la communauté européenne. La lecture de ces décisions éclaire sur l'appréhension, par les autorités de la concurrence, de certaines dispositions spécifiques aux accords de franchise, et notamment les dispositions relatives au devoir d'assistance qui pèse sur le franchiseur.

Cette première appréhension a été confirmée dans une décision du 2 décembre 1988 au terme de laquelle la Cour de justice des Communautés Européennes s'est prononcée sur l'application de l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE aux contrats de franchise du groupe Charles Jourdan. Pour retenir que, conformément à l'article 85 paragraphe 3 du traité, les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 sont inapplicables aux contrats de franchise que le groupe Charles Jourdan a conclu avec ses franchisés dans la Communauté économique européenne, elle a retenu, en partie, que « le franchisé reçoit un savoir-faire et une assistance continue ».

Par la suite, la jurisprudence française tout en rappelant que l'obligation d'assistance est une obligation essentielle du contrat de franchise, complète la nature juridique de cette obligation qui pèse sur le franchiseur en précisant qu'il s'agit d'une obligation de moyen.
Dans une décision du 28 juin 2002 rendue par la cour d'appel de Paris, le franchisé faisait valoir que le franchiseur avait manqué à son devoir de conseil et d'assistance en omettant de lui proposer un plan d'action afin de redresser sa situation financière.
La cour d'appel de Paris a retenu que « l'obligation de conseil et d'assistance du franchiseur envers le franchisé est une obligation de moyen et, en présence de difficultés financières du franchisé, le franchiseur n'a pas l'obligation de gérer le point de vente à sa place ».
Dans le cadre de cette décision, la cour rejette la demande du franchisé tendant à obtenir la résiliation du contrat de franchise aux torts du franchiseur pour n'avoir pas « sauvé » le franchisé: le seule fait de la survenance des difficultés ne justifie pas ipso facto la responsabilité du franchiseur.
Plus récemment, la même cour d'appel a jugé, le 20 décembre 2017, que « si pendant l'exécution du contrat, le franchiseur est tenu de procurer une assistance, celle-ci est de nature exclusivement technique et commerciale et constitue une obligation de moyens » .
Le franchiseur ne saurait donc aller plus loin, au risque de méconnaitre l'indépendance du franchisé.
En pratique, cette assistance est protéiforme : conseils, avis, recommandations, conception de plans d'actions, notes d'information, séances de formation théorique et pratique, déplacements de représentants du franchiseur dans le cadre de l'assistance à l'ouverture initiale, l'assistance continue en point de vente, les audits de contrôle, la mise en pratique du savoir-faire au sens technique et commerciale.
Elle est donc omniprésente dans le contrat de franchise, soit de manière express ou implicite.
Elle n'est pas de nature financière et ne conduit pas à une immixtion dans la gestion de l'entreprise du franchisé.
Elle est entièrement dédiée à aider tant le chef d'entreprise que le commerce sous enseigne à exploiter au mieux le potentiel du savoir-faire.
Le franchisé est un commerçant indépendant. Il doit assumer les charges et obligations de sa qualité d'entrepreneur dès lors que le franchiseur a rempli son obligation d'assistance.

Les débats judiciaires gravitent dans ce cas autour de la preuve de la réalisation ou non de telle ou telle assistance contractuellement prévue et le lien de causalité entre l'éventuel manquement et les difficultés financières du franchisé.

 Second cas de figure : qu'en est-il lorsqu'un franchisé est en proie à des difficultés financières ?

Deux décisions illustrent en particulier le raisonnement des juges.

Dans une décision de la cour d'appel de Paris du 5 juillet 2006 , un franchisé avait résilié le contrat de franchise du fait d'importantes difficultés financières. Reprochant au franchiseur d'avoir manqué à son obligation d'aide et d'assistance alors qu'il se trouvait dans une situation déficitaire, il l'a assigné devant le tribunal de commerce afin d'obtenir la résiliation du contrat.
Pour prononcer la résiliation du contrat de franchise aux torts du franchiseur, la cour retient qu'une dizaine de visites a bien eu lieu mais qu'aucun compte rendu n'a été établi.
De même, alors que le franchisé avait, à de multiples reprises et de façon pressante, sollicité l'aide du franchiseur et fait état de sérieuses difficultés financières, il n'a pris aucune mesure structurelle afin de remédier à la situation du franchisé, alors que « l'assistance due au franchisé requiert une continuité et une adaptation constante aux besoins de celui-ci ».
Puisque l'assistance est une obligation contractuelle, tout manquement est donc sanctionné par la résiliation du contrat.
En clair, le franchiseur doit être présent aux côtés du franchisé en proie à des difficultés, ce qu'il avait omis de faire. Sans doute le franchiseur dans cas a pris peur et la situation s'est donc retournée contre lui.
Dans la décision du 20 décembre 2017 précitée, la même cour d'appel a rappelé la règle selon laquelle le franchiseur est tenu d'assister le franchisé d'une manière constante et continue, y compris en cas de difficultés financières, mais doit veiller à ne pas s'immiscer dans la gestion du franchisé.
En l'espèce, un franchisé avait connu d'importantes difficultés financières. Devant les demandes de règlement des redevances dues par son franchiseur, le franchisé prétendait que celui-ci avait manqué à son obligation d'assistance et de conseil en ne formulant aucune proposition pour remédier à ses difficultés et en ne lui conseillant pas de cesser son activité aussitôt que celle-ci ne pouvait plus être pérenne.
La Cour n'a pas suivi le raisonnement du franchisé, précisant que, sauf clause contractuelle particulière, l'obligation d'assistance du franchiseur ne lui impose pas de conseiller au franchisé qui rencontre des difficultés de cesser son activité ni de prendre une autre orientation.

La Cour en profite pour rappeler sa jurisprudence aux termes de laquelle le franchisé est un commerçant indépendant, seul responsable de la gestion de son entreprise. A cet égard, la Cour rappelle que « l'exploitation d'un fonds de commerce [étant] soumise à de multiples aléas dont notamment ceux liés à la gestion du franchisé et à la situation économique du marché de référence. »

Enfin, la Cour a souligné que le franchiseur démontrait avoir rempli son obligation d'assistance car il avait rendu de nombreuses visites au franchisé à l'issue desquelles des préconisations avaient toujours été faites, et avait mis en place, à deux reprises, un plan de rééchelonnement de la dette.

Le franchisé a donc été débouté de l'ensemble de ses demandes.

Ce rapide aperçu établi qu'en cas de difficulté du franchisé, le franchiseur doit être vigilant lorsqu'il en aura été informé puisque dans ce cas, il doit assister le franchisé dans la recherche de solutions, sans pour autant s'ingérer dans la gestion du franchisé.

● Quelle transposition dans le contexte du Covid-19 ?

Il fait peu de doute que nombreux seront les franchisés acculés au redressement judiciaire malgré la mise en œuvre par leur franchiseur d'une assistance ad hoc adaptée à la circonstance.

Pour autant, le franchisé pourrait-il valablement prétendre que le franchiseur serait responsable de sa mise en redressement judiciaire ?

Quelles sont les chances de succès d'une telle entreprise ?

Certes un franchisé belliqueux ou acculé pourrait avoir toutes les tentations.

Cependant, dans le cas général, le risque de condamnation est inexistant si le franchiseur met en œuvre une politique d'assistance adaptée à la circonstance, incluant une exonération, suspension ou échelonnement des redevances (mesures à adapter selon le contexte de chaque enseigne), et sans immixtion dans la gestion du franchisé.

N'oublions pas que la circonstance du Covid-19 affecte également le franchiseur. Pourtant il exécute volontairement un engagement qui n'est pas stipulée expressément dans le contrat de franchise, et dont il serait possible d'argumenter tout autant qu'il devrait suspendre ses propres obligations du fait du cas de force majeure.

2. Les pièges du Covid-19 et les points de vigilance du franchiseur

a. Les effets du Covid-19 sur l'exploitation par le franchisé du concept et son risque de départ du Réseau

Dans le cas général, la situation actuelle est celle d'une mise en coma artificiel des réseaux de franchise, jusqu'à ce que les autorités étatiques autorisent une reprise d'activité.

Les franchisés dans ce cas seront toujours dans les liens de leur contrat de franchise.

Cependant, qu'en est-il des redevances et existe-t-il à un moment ou un autre un risque de départ du franchisé ?

• Le sujet des redevances : le franchisé en est-il exonéré ?

Le franchisé pourrait argumenter en premier lieu qu'il ne peut plus payer les redevances en raison des difficultés économiques qu'il rencontre.

Une telle position du franchisé serait juridiquement condamnable puisque la difficulté économique n'est pas en soi un motif valable l'exonérant de son obligation de paiement.

En revanche, sans mettre en avant les difficultés économiques stricto sensu, le franchisé pourrait argumenter sur le fait que le Covid-19 est cas de force majeure justifiant la suspension si ce n'est l'exonération de l'obligation de paiement des redevances.

En la matière, les tribunaux ont une interprétation.

D'abord sur le principe, comme rappelé ci-avant, le débiteur d'une obligation de paiement d'une somme d'argent ne peut valablement justifier du non-paiement de sommes dues par les seules difficultés économiques : il ne s'agit pas d'un motif légal.

Invoquer le cas de force majeure serait nécessaire, mais non suffisant.

Il lui faudrait établir le lien de causalité entre les difficultés économiques et le fait de force majeure lequel, lui, est une cause exonératoire.

Citons ici un arrêt dans lequel une entreprise invoquait des difficultés liées au non-paiement de redevances par des filiales africaines au cours de l'épidémie du virus Ebola pour justifier son retard de paiement. La cour d'appel de

Paris a jugé que « le caractère avéré de l'épidémie qui a frappé l'Afrique de l'Ouest à partir du mois de décembre 2013, même à la considérer comme un cas de force majeure, ne suffit pas à établir ipso facto que la baisse ou l'absence de trésorerie invoquées par la société appelante, lui serait imputable, faute d'éléments comptables » .

Le manque à gagner ou la difficulté, et son lien direct de causalité avec le cas de force majeure, devront être prouvés ou suffisamment étayés.

Telle est la démonstration que le franchisé devra accomplir.

Dans la circonstance de la pandémie Covid-19, une grande proportion des franchisés a subi une fermeture administrative de leurs locaux d'activité et pour ceux-ci la démonstration sera facilitée.

Ils peuvent justifier que le Covid-19 est la cause d'une suspension forcée d'activité imposée par la loi.

La démonstration comptable est aisée en replaçant l'activité du franchisé dans la chronologie temporelle : jusqu'au 14 mars 2020 à minuit le franchisé a réalisé du chiffre d'affaires et aucun chiffre d'affaires pendant la durée du confinement et depuis la fermeture administrative.

N'ayant plus d'activité et les redevances étant calculées sur le chiffre d'affaires, le franchisé dispose en cette circonstance d'un argument juridique.

Ce d'autant que nous sommes ici dans le cas typique de la jurisprudence du fait du prince.

En jurisprudence, le fait du prince constitue classiquement un cas de force majeure lorsque l'intervention de l'administration n'est pas provoquée par l'attitude du débiteur de l'obligation .

Dans un premier cas de jurisprudence, une société avait demandé à un propriétaire d'un terrain de l'autoriser à y édifier à ses frais une palissade pouvant supporter des panneaux publicitaires, moyennant un prix de location, qui a été payé.

Un arrêté municipal a interdit l'élévation de la palissade, empêchant la société d'avoir la contrepartie du prix de location de la surface de la palissade, qui pour autant avait déjà été réglé.

Le locataire a agi en remboursement de la partie du prix payé au propriétaire du terrain correspondant à la période d'empêchement.

La cour d'appel de Rennes a fait droit à la demande et a ordonné le remboursement partiel.

Le propriétaire du terrain a contesté cette décision. Il s'est pourvu en cassation en critiquant la cour d'appel de Rennes qui avait jugé que tout bailleur devait garantie au preneur du trouble dans sa jouissance par un acte administratif. Selon le propriétaire du terrain, dans la mesure où la cour d'appel de Rennes avait constaté qu'il n'y avait eu non destruction de la chose louée mais un trouble passager de jouissance, la cour d'appel de Rennes n'aurait pas dû légalement accueillir la demande du locataire sur le fondement de l'article 1722 du code civil.

La première chambre civile de la Cour de cassation a fixé de manière très nette sa décision dans un attendu dénué d'ambiguïté :

« le preneur est dégagé de ses obligations envers le bailleur lorsqu'un cas fortuit ou de force majeure empêche d'une manière absolue la jouissance de la chose louée. »

La Cour de cassation a donc confirmé la décision de la cour d'appel.

Son attendu de principe est clair et dit autrement la Cour de cassation considère que si en effet le bien n'a pas été détruit, en revanche il y a eu un empêchement total pendant une durée de temps, qui justifie le remboursement sur cette période de temps.

Cette décision est complétée par un deuxième cas notable de jurisprudence (la décision de la troisième chambre civile du 20 novembre 1985). Dans ce cas, un locataire d'un fonds de commerce s'était également prévalu d'un arrêté municipal pour contester l'acquisition de la clause résolutoire.

La Cour de cassation a jugé dans ce cas que l'arrêté municipal concerné trouvait sa cause précisément dans le comportement dudit locataire et donc ne pouvait justifier l'exception de force majeure :

« L'intervention de l'administration ne constitue pas un cas de force majeure lorsqu'elle est provoquée par l'attitude de celui qui en est l'objet ».

Force majeure et son lien de causalité avec l'impossibilité d'exécuter son obligation de paiement sont donc indissociables.

• Le risque de cessation du contrat de franchise par le franchisé ?

Une deuxième question se pose.

Malgré l'assistance du franchiseur, le franchisé pourrait notifier sa décision de cesser définitivement le contrat de franchise au motif que les difficultés économiques sont si dévastatrices qu'il n'est plus en mesure de poursuivre l'activité sous enseigne et doit l'interrompre.

Il se prévaudrait de la réalité courante (une fermeture administrative, une impossibilité d'exploiter en raison de la disruption de la chaîne de valeur rendant impossible de reconstituer les stocks et de livrer des produits ou rendre les services) ou de la durée estimée avant un retour à un niveau d'activité normale.

Les réglages financiers d'une exploitation en franchisé sont très délicats. En théorie, il serait assez aisé pour un franchisé de préparer sur un tableur excel un document montrant chiffre à l'appui que si l'exploitation en soi pourrait perdurer en revanche une poursuite de l'exploitation en franchise, ou dans les termes de la franchise en cours (ce qui laisse penser que le franchisé serait allé prendre attache avec la concurrence) rendrait la poursuite de l'exploitation définitivement impossible.

Son raisonnement consisterait à soutenir que la franchise lui « coûte » trop cher. Sans l'enseigne, le point de vente économiserait au moins le montant des redevances.

Par « temps de paix », certains franchisés ont déjà obtenu la résiliation de leur contrat de franchise sous couvert d'une décision d'un tribunal de commerce saisi suite à une mise sous sauvegarde : le plan présenté par l'entreprise et l'administrateur judiciaire, puis adopté par le Tribunal, concluant à une résiliation du contrat de franchise pour faire essentiellement l'économie des redevances de franchise.

A chaque fois, le plan adopté auquel est annexé un tableur excel montrant les économies obtenues a l'apparence de la cohérence. Il emporte souvent la conviction du tribunal.

Mais il s'agit d'un trompe l'œil.

Dans la plupart des cas, ces franchisés devenus exploitant en nom propre n'ont pas survécu.

Ces plans ont tous gravement sous-estimé la contribution de l'enseigne à l'attractivité de leur établissement, les

coûts matériels de changement d'aménagement interne et externe, les coûts immatériels induits par le changement opéré (marketing, départ de salarié, mécontentement de clientèle), les changements dans l'approvisionnement (…), la perturbation commerciale induite par le changement de la carte et des habitudes des consommateurs réguliers.

Qu'en serait-il dans le contexte du Covid-19 ?

Sauf cas particulier, les franchisés enclins à adopter une telle position seraient ceux dont la situation est déjà irrémédiablement compromise, les inconscients croyant en leur bonne étoile, ou ceux ayant un projet de rejoindre un réseau concurrent.

Avec le recul, confronté à ces situations, le franchiseur devrait agir avec discernement, être économe de ses ressources et concentrer son énergie vers ceux des franchisés ayant fait le choix de la poursuite d'activité sous enseigne.

Le franchiseur aurait intérêt à gérer amiablement les départs de ceux trop faibles pour continuer l'exécution du contrat de franchise, et poursuivre judiciairement la catégorie de ceux tentant de « profiter du Covid-19 pour « sortir » du contrat de franchise, et par exemple passer à la concurrence. A ces derniers le franchiseur doit rappeler la règle de droit et les faire sanctionner par les tribunaux.

Car le franchiseur peut argumenter en droit.

Le débiteur de l'obligation inexécutée en raison du cas de force majeure ou du fait du prince ne saurait se prévaloir de la disparition du contrat en cours puisque le motif de fermeture administrative n'est pas définitif mais une circonstance temporaire.

L'argument économique « du tableau excel » et de l'impossibilité de poursuivre l'exploitation en franchise – si « onéreuse » – est plus que fragile.

En effet, par hypothèse, le contrat n'a pas été résilié, le fonds de commerce de l'exploitant franchisé n'a pas été détruit, et le bail commercial en cours n'a pas été résilié.

Mieux, l'exploitant franchisé est peut-être éligible au prêt garanti par l'Etat et l'a obtenu. A minima le franchisé dispose de tous les mécanismes protecteurs des procédures collectives afin de suspendre les créanciers dans leurs actions éventuelles et réorganiser la dette, gagnant ainsi du temps dans l'attente d'un retour à la normale.

L'article 1218 du Code civil relatif à la force majeure le rappelle : le fait de force majeure a un effet exonératoire temporaire, la victime dudit fait pouvant s'en prévaloir pour invoquer la suspension de son obligation.

Si le fait de force majeure n'est pas définitivement acquis, l'exception de force majeure prendra donc fin et le contrat recouvrera ses droits.

Dans le cas général, le risque encouru d'un départ de franchisés est donc faible et les cas se présentant gérables par la négociation, exigeant plus rarement une procédure judiciaire.

b. Mettre en place un plan de continuité d'activité qui tienne compte de l'indépendance juridique et l'autonomie de patrimoine et de gestion des franchisés

Le plan de continuité d'activité, avec son volet sanitaire, doit être adapté à la nature de la relation franchiseur – franchisé, avant d'être étendu aux franchisés.

Il doit être coproduit avec des tiers-experts en sécurité sanitaire et épidémiologique de telle sorte qu'il puisse par lui-même constituer un standard juridique établissant que le franchiseur « a tout tenté » pour concilier continuité d'activité et sécurité sanitaire des salariés et des clients et intérêt économique des franchisés.

Le franchiseur doit cependant tenir compte de l'indépendance juridique du franchisé : il doit donc proposer l'adhésion au plan de continuité d'activité conçu pour eux par le franchiseur, mais il ne peut pas l'imposer.

Si le franchisé refuse d'adhérer au plan de continuité d'activité au motif de son autonomie de gestion, le franchiseur devra exiger de connaître le plan de continuité d'activité conçu par le franchisé.

En pratique, il est recommandé de formaliser juridiquement l'adhésion du franchisé.

En cas de défaillance d'un franchisé à appliquer le plan de continuité d'activité dans son volet sanitaire en particulier ou de défaut de mise en œuvre d'un plan de continuité propre, le franchiseur doit agir avec célérité et sévérité, la mesure ultime pouvant être de notifier la résiliation du contrat de franchise.

c. Faire respecter le droit de retrait des salariés du franchisé

Le franchiseur n'est pas l'employeur des salariés du franchisé.

Pour autant, le contrat de franchise rappelle (ou devrait le rappeler) usuellement dans une clause à cet effet que le franchisé doit respecter les lois de la république.

Si le franchisé dans le contexte du Covid-19 enfreint les règles protectrices de ses propres salariés et que le franchiseur en est informé et ne réagit pas, la responsabilité civile du franchiseur est susceptible d'être mise en jeu.

Le franchiseur doit donc veiller à ce que le franchisé se conforme aux règles applicables en la matière.

d. Veiller à l'intégrité de la réputation de la marque vis-à-vis de la clientèle dans l'intérêt certes du franchiseur mais aussi des autres franchisés

● La marque d'un franchiseur est un actif incorporel essentiel et fragile

Un franchiseur met de nombreuses années pour construire sa réputation de marque.

Le respect des règles d'hygiène et sanitaires d'ordre public est lié à l'image du Réseau et constitue une obligation fondamentale pour tout Réseau.

Le fait de ne pas respecter les règles d'hygiène et de comportement imposées dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire lié au Covid-19 constitue une atteinte majeure à l'image d'un Réseau. Les répercussions de tout incident peuvent engendrer un effet médiatique d'autant plus dévastateur à l'heure des réseaux sociaux.

Le franchiseur doit donc assurer une certaine « police du Réseau » et ce particulièrement dans les présentes circonstances de crise sanitaire, afin d'éviter que certains franchisés ne dégradent l'image de la marque et avec elle, celle de l'ensemble du Réseau.

La protection de l'image de marque passe par le respect des normes techniques et commerciales du franchiseur. C'est par le biais de son droit de contrôle que le franchiseur doit s'assurer du respect des normes mais aussi de leur application homogène.

● Toute enseigne peut subir brutalement une perte de réputation et une dégradation de son image vis-à-vis des

consommateurs qui trouverait sa cause dans la médiatisation d'un cas de contamination, isolé ou en « cluster », survenant dans un point de vente exploité par un franchisé sous la marque.

La conséquence d'une telle situation se traduit par une perte immédiate et significative de clientèle pour une période plus ou moins longue et ce, au préjudice de la marque et de l'ensemble des membres du Réseau.

Si le franchiseur est évidemment victime d'un tel dommage – la perte de chiffre d'affaires du Réseau résultant du comportement d'un franchisé – il n'en reste pas moins que dans de telles circonstances, les autres franchisés sont susceptibles de mettre en cause le franchiseur s'ils établissent la carence du franchiseur dans l'exercice du contrôle sanitaire des locaux dans le cadre de l'exécution du contrat de franchise.

Un franchiseur doit donc faire respecter les règles de manière implacable

3. Quel avenir pour le franchiseur ? S'adapter ou mourir

a. La crise sanitaire du COVID-19 implique nécessairement des adaptations au savoir-faire existant

La notion de savoir-faire s'étend largement et sera particulièrement mise en avant en temps de crise pour permettre l'adaptation du Réseau. Il peut être relié à tous les aspects de l'activité (technique commercial, financier, commercial, promotionnel, financier, administrative formation et gestion des personnels et de la gestion en général).

La transmission du savoir-faire du franchiseur s'opère naturellement à la conclusion du contrat mais également au cours de son exécution.

Le franchiseur doit aussi apporter toute son expertise et faire évoluer son savoir-faire. Il dispose pour cela de l'initiative et du contrôle de l'évolution de son savoir-faire et a la responsabilité de veiller à une application généralisée de son savoir-faire par l'ensemble des franchisés du Réseau.

Le savoir-faire d'un franchiseur éprouvé est composé d'un savoir-faire de « back office » (chaîne d'approvisionnement et logistique, les outils d'exploitation) et d'un savoir-faire de « front office » (relation clientèle en particulier).

Au titre du « back office » (approvisionnement et logistique et outils d'exploitation) le franchiseur devra s'assurer :

– Que les fournisseurs aient adopté un plan de continuité d'activité,
– De la sécurisation de la continuité de l'approvisionnement,
– De la sécurisation des conditions de l'approvisionnement,
– De son application,
– De protocoliser et formaliser juridiquement les process et plan de continuité de l'activité.

Au titre du « front office » (activité de vente et relation clientèle) le franchiseur devra s'assurer :

– De la validation des engagements souscrits par le franchisé/fournisseurs,
– De la bonne application des process.

Le Franchiseur doit mettre en place les instruments efficaces de son application au sein de son Réseau et de son contrôle (process, information, visites, sanction).

Le Franchiseur doit assumer la responsabilité, vis-à-vis de sa clientèle comme vis-à-vis de son propre Réseau, de disposer des moyens d'agir avec efficacité dans les délais les plus rapides afin de protéger ses salariés, ses

franchisés, la clientèle des points de vente exploités, l'image de marque de l'enseigne et les membres du Réseau.

Au visa du principe de la maîtrise par le franchiseur de son savoir-faire et de son évolution et adaptation, le franchiseur peut imposer des règles, en particulier si le contrat de franchise le prévoit expressément.

b. Les nouvelles règles éventuelles conçues par le franchiseur pour s'adapter aux circonstances du Covid-19 sont intrinsèquement liées à l'évolution d'un savoir-faire d'exploitation dont le franchiseur a seul la maitrise

Le franchiseur est tenu vis-à-vis de l'ensemble de ses franchisés d'une obligation essentielle d'harmonisation des règles d'exploitation du savoir-faire.

Dans le cadre des cinq décisions d'exemption individuelle précitées, rendues à la lumière de l'article 81 du traité CEE, la Commission européenne, dans sa décision Yves Rocher du 17 décembre 1986 , s'est prononcée sur ce sujet.
Pour affirmer que ne constituent pas des restrictions de concurrence les clauses qui sont indispensables pour empêcher que le savoir-faire transmis profite à des concurrents, elle a pris soin de retenir que le franchiseur transfère au franchisé « un savoir-faire constitué par un ensemble de connaissances techniques et commerciales » et que ce savoir-faire, consigné dans un manuel de procédure et complété par une assistance technique et commerciale continue, est « constamment mis à jour en fonction des résultats de l'expérience acquise par le franchiseur ».
Ce principe est régulièrement rappelé par les juridictions de droit interne. Dans une décision du 6 septembre 2007 , la cour d'appel de Douai a jugé que « pèse sur le franchiseur une exigence de réussite commerciale pendant toute la durée du contrat, dont il doit s'acquitter par l'actualisation de son savoir, de ses capacités et de sa technique, en vérifiant que son assimilation se trouve convenablement réalisée par le franchisé, et, quand il est informé que ce dernier rencontre des difficultés dans sa mise à jour, en l'assistant dans la recherche de solutions ».

Plus récemment, dans une décision du 13 septembre 2016 , la cour d'appel de Versailles a retenu « qu'il résulte du contrat même de franchise que le franchiseur doit mettre à jour son savoir-faire et transmettre régulièrement ses adaptations ».

Elle a refusé de prononcer la nullité du contrat au motif qu'il ne ressortait d'aucune pièce du dossier que le franchiseur n'avait pas adapté son savoir-faire à « l'évolution de la situation économique » et qu'il justifiait « avoir régulièrement mis à jour ses cartes, effectué des opérations de promotion ou mis en place un site internet ».

En contrepartie, le franchisé est tenu par une obligation de respecter ce savoir-faire et tout manquement est sanctionné par la résiliation du contrat.
La cour d'appel de Paris a rappelé ce principe dans une décision du 16 mai 2018 . En l'espèce, le franchiseur avait assigné le franchisé en résiliation du contrat sur le fondement de la clause résolutoire lui permettant de contrôler le respect, par le franchisé, de son obligation de respecter le savoir-faire de la franchise.
Pour prononcer la résiliation du contrat aux torts du franchisé, la cour d'appel a retenu que « les clauses précitées constituent des obligations habituelles de tout franchisé à l'égard de son franchiseur, puisque en contrepartie d'une redevance, le franchisé a le droit de se présenter sous la raison sociale et la marque du franchiseur en appliquant le concept et le savoir-faire mis en place par le franchiseur, de sorte que les modalités de contrôle de ce dernier se justifient pour s'assurer du respect des engagements par le franchisé ».
Ainsi, par exemple, le choix d'un prestataire unique référencé par un franchiseur qui effectue l'ensemble des contrôles d'hygiène et de sécurité au sein d'un Réseau de franchisés de restauration sous enseigne (i) renforce le système de contrôle et de surveillance de la sécurité alimentaire au sein du Réseau et la crédibilité du Réseau à l'égard des autorités sanitaires en cas de crise sanitaire, (ii) permet d'éviter la dispersion de l'information, de

nature à affecter la réactivité attendue.

Si chaque franchisé faisait le choix, chacun de son côté, d'un laboratoire d'analyse, le franchiseur serait conduit à devoir gérer le circuit d'information, de contrôle et de vigilance au travers de dizaines de laboratoires différents, situation présentant un risque de dispersion de l'information.

Les obligations auxquelles les franchisés peuvent ainsi être tenus tendent à imposer des règles communes à l'ensemble du Réseau qui, destinées à obtenir d'eux la gestion rentable et efficiente de leur point de vente, n'entraînent à leur charge aucune sujétion de nature à les priver de l'indépendance qu'implique la qualité de commerçant.

Le sujet est bel et bien l'organisation d'un système unique, cohérent de collecte, surveillance, contrôle, qui ne peut passer que par l'utilisation d'un seul laboratoire.

Le franchiseur dispose avec cette discipline collective d'une maîtrise immédiate des informations concernant l'intégralité du Réseau.

c. La faculté d'imposer de nouvelles règles aux franchisés

Tout franchiseur dispose du pouvoir de limiter la liberté du franchisé si l'exercice de ce pouvoir est justifié et qu'il n'est pas abusif.

L'arrêt Pronuptia , fondateur du droit de la franchise, rappelle ce principe en ces termes :

Point 17 : « Le Franchiseur doit pouvoir prendre les mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne. Il en résulte que les clauses qui organisent le contrôle indispensable à cette fin ne constituent pas non plus des restrictions de la concurrence […] ».

Les attendus de cette décision ont été récemment confirmés par deux arrêts de la Cour de cassation en date du 20 décembre 2017 .

La Cour a confirmé l'arrêt d'appel tendant à rejeter la demande de résiliation du contrat et retient en effet « qu'après avoir relevé qu'en matière de franchise, les clauses qui organisent le contrôle indispensable à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau ne constituent pas des restrictions de concurrence […],l'arrêt retient, par des motifs propres et adoptés, que la clause d'approvisionnement exclusif imposée aux franchisés était nécessaire pour disposer d'une uniformité de qualité et de goût des produits fabriqués, constituant un élément décisif pour l'image et l'identité du réseau de franchise ».

Dès lors, au visa de ce standard juridique, un franchiseur dispose de la pleine maîtrise de l'évolution de son savoir-faire et a la responsabilité de veiller à l'application de son savoir-faire par les franchisés.

La circonstance du Covid-19 a une influence sur la manière dont le commerce sera animé dans le futur et le franchiseur a la faculté de faire évoluer, même significativement, son savoir-faire.

d. Le mode de gestion du conflit franchiseur-franchisé par temps de pandémie

Le franchiseur devra en particulier veiller à respecter l'homogénéité de ses mesures sur l'impact financier et éviter dans la pratique toute discriminations entre le Réseau de succursales et de franchisés.
Dans le cas contraire, la modulation du soutien de l'assistance financière au profit des succursales serait de nature à créer un point de conflit au regard d'une situation de concurrence déloyale au sein des points de vente du Réseau s'il était démontré l'existence d'un avantage concurrentiel au profit des points de vente succursales au

détriment des points de ventes franchisés.

A défaut de respecter l'ensemble des principes et des précautions précédemment décrits, la tête de Réseau s'expose à deux types de conflits:

– soit un conflit individuel suscité par une insuffisance de résultat dont le franchisé va rendre responsable le franchiseur au motif d'un apport et d'un engagement insuffisant de ce dernier avec une demande de compensation financière au regard du préjudice revendiqué,

– soit un conflit collectif qui s'organisera contre le franchiseur par des franchisés qui revendiqueront leur action groupée au regard d'une insuffisance d'animation du Réseau ou de suivi et/ou pour obtenir une amélioration collective des conditions d'achats, de redevance, voire la signature de contrats alternatifs.

Dans les circonstances actuelles, si le franchiseur reste juste et vigilant dans la mise en œuvre, et se tient prêt à sanctionner les franchisés qui tentent de contourner le contrat de franchise, son risque réel de mise en cause éventuelle par les membres de son Réseau sera faible.

***

Aujourd'hui, tout franchiseur confronté à la crise sanitaire du Covid-19 doit intégrer l'ensemble de ces problématiques et diriger son Réseau de franchise vers une stratégie collective d'adaptation – sanitaire et économique – . Le franchiseur doit définir cette stratégie et les franchisés devront adhérer.

Il doit dans le même temps limiter les conséquences de la crise pour son Réseau et accompagner le redémarrage de l'activité dans les meilleures conditions.

Les fondamentaux du modèle de la franchise autorisent souplesse et réactivité. La mutualisation des bonnes pratiques qui seraient mises en place par le franchiseur dans le cadre des précautions ici évoquées seront de nature à assurer le succès de ces objectifs au profit de tous.

Gilles MENGUY,
Avocat à la Cour
Solicitor of England and Wales

HYUNDAI condamné pour résiliation abusive de contrats de distribution

ARTICLE

Getting the Deal through: Distribution and Agency

Article written by Gilles Menguy for the publication Getting the Deal Through: Distribution and Agency

getting the deal through

Law stated as of 26 février 2018

The Legal System in New Zealand

New Zealand has a common legal system based on the British model with an independent judiciary. New Zealand is rated second (one point behind Denmark) for freedom from corruption by Transparency International. New Zealand enjoys a stable democracy with a proportional representation voting system which tends to produce coalition governments. The two major parties, which would generally lead a coalition government, are National at the conservative end of the spectrum and Labour at the liberal end. New Zealand is an independent sovereign state and a member of the British Commonwealth of Nations. The British sovereign is the titular Head of State and is represented in New Zealand by a Governor-General.

Parliament is triennially democratically elected. New Zealand does not have a written constitution. All legislation is passed by a single chamber, the House of Representatives, which is the highest law-making body in the country.

In 1993, New Zealanders voted to change their electoral system from “First Past the Post” to a “Mixed Member Proportional” representation system.

The law is developed from case law (the decisions of the courts) and from statutes enacted by the New Zealand Parliament. Case law may be superseded by statute.

Legislative power is vested in Parliament, which usually comprises 121 members in the House of Representatives. Elections are held every three years.

The New Zealand court system follows a basic pyramid structure, with the ultimate authority being the Supreme Court. The majority of cases are heard in the District Court, with the High Court hearing some important cases (as statutorily defined). Some cases may go to the Court of Appeal or the Supreme Court in certain circumstances. A decision by a higher court is binding on the lower courts. There are specialist courts and tribunals, such as the Employment Court, the Taxation Review Authority and the Environment Court.

Gilles Menguy – Avocat à la Cour

gmenguy@gm-avocats.com

French Presence in New Zealand

France is New Zealand’s third-largest individual trading partner within the European Union. Top exports to France include sheepmeat, medical apparatus, fish and sheepskin while top imports into New Zealand include aircraft, vehicles, machinery and wine. Imports from France dominate the two-way trade representing.

While many New Zealanders recognise French brands such as L'Oreal, Veolia and Danone, there are many other smaller businesses joining the French New Zealand Chamber of Commerce (FNZCCI) to expand their operations in New Zealand.

However, for the moment, French franchises do not yet have a notable presence in New Zealand, despite the implantation of other international franchise systems. New Zealand has welcomed overseas franchise systems from countries such as Australia, UK, USA, Canada, South Africa and Asian countries.

France has had diplomatic relations with New Zealand since August 1945.

France also provides a significant source of investment into New Zealand, particularly in the wine industry which includes Veuve Clicquot and Deutz. Yoplait is a very well-known yoghurt brand in the New Zealand agri-food sector. Investment have also been made in New Zealand's transport and communications sector by Alcatel, Alstom and in the waste management sector by ONYX.

French tourists are on the rise in New Zealand. There was a 13% increase in French visitors in the year 2014 compared to the previous year and the number of young French people coming to New Zealand has increased exponentially in the last two decades with 115 people recorded in 2000 under the Working Holiday Scheme to 8000 in 2014.

The Education Cooperation Agreement signed in September 2013 strengthens educational ties between France and New Zealand. It promotes student and teacher exchanges and the learning of the two respective languages of the countries.

French is still the most popular foreign language of choice in New Zealand.

In 1991, the New Zealand-France Friendship fund which provides for cultural, literary and educational exchanges was established following the Rainbow Warrior incident.

Gilles Menguy – Avocat à la Cour

gmenguy@gm-avocats.com

Franchising in New Zealand

New Zealand is a country with the most franchise systems per capita in the world. According to the 2017 Franchising New Zealand survey, there are 630 franchise brands with 37,000 franchisees for a population of 4.6 million, giving it the title of the country with the most franchises in the world per capita. The franchise systems come from all over the world with 70% of them being local franchise systems. Furthermore, franchising in New Zealand is developing at a very fast rate and growing year by year thanks to a very positive climate towards franchising which has developed over the last decade. An estimated 7% of small businesses are franchises

New Zealand is a country with a consistent policy of deregulation, making it one of the best places in the world to do business. In line with this policy, in New Zealand there are no particular laws in relation to franchising, differing from Australia which requires a mandatory disclosure regime.

Franchising in New Zealand accounts for an annual turnover of over $18 billion. The number of systems and outlets has seen a growth of between 15-20% per year for the last few years and is a trend which continues to grow.

The Franchise Association of New Zealand (FANZ) was formed in 1996 and exists to promote franchising in New Zealand and to help both franchisors and franchisees excel in their business pursuits. The association has over 210 members of which approximately 145 are franchisor members. Members are acquired to abide by a Code of Practice and the Code of Ethics which aims to encourage best practice throughout franchising and demonstrates a positive will to self-regulate within the sector.

The Code applies to all members including franchisors, franchisees or affiliates such as accountants, lawyers and consultants and all new members of the FANZ will be accepted on the condition that they agree to be bound by the code of membership.

Foreign franchisors typically enter New Zealand by way of a master franchise agreement owing to the small size of the country. However, Australian franchise systems have used the direct franchising method in New Zealand, using a subsidiary company incorporated in New Zealand.

Doing Business in New Zealand

New Zealand is currently ranked first of 189 countries by the World Bank for ease of doing business, meaning it is the country with the best regulatory environment for starting and operating an enterprise. New Zealand has a deregulated, decentralised economy directly exposed to international competition. Over the past three decades, successive New Zealand Governments have reformed New Zealand's trade rules by removing many barriers to imports, ending most subsidies, and ensuring that the rules relating to overseas investment are designed to encourage productive overseas investment in New Zealand.

New Zealand's economic freedom score is 84.2 which makes it the 3rd freest in the 2018 index.

The OECD Economic Survey of New Zealand 2017 notes that "the country has experienced robust economic growth since 2012, buoyed by record levels of inward migration and strong terms of trade. The government budget is near balance, and external deficits are considerably smaller than in past expansions".

The gross domestic product of New Zealand (GDP) is 186.4 billion (USD) making it the 53rd largest national economy in the world. New Zealand had a real GDP growth of 3.5% in 2017.

The New Zealand economy is trade-oriented. Primary sector exports contribute to over 50% of export earnings, such as dairy, meat, wood, fruit and vegetables. Services, especially tourism, are also a key source of export revenue. New Zealand also has developing industries in export education, boat building, IT, horticulture, wine and film. The level of imports closely matches exports and comprises mostly raw materials and capital equipment or industry. New Zealand is committed to the reduction of worldwide trade barriers. Tariffs in New Zealand have been systematically reduced, and import quotas eliminated.

The government has worked to negotiate free trade agreements with major trading partners including Australia, Brunei, Chile, China, Malaysia, Singapore and Thailand. New Zealand's largest export markets are Australia and China, followed by the US, Japan and Korea. China is the main import source, followed by Australia, the US, Japan

and Malaysia.

Four main avenues are open to overseas entities wishing to set up a business in New Zealand such as:

- trading directly, registering as an overseas company (i.e. as a branch);
- forming a subsidiary company;
- merging with or taking over an existing New Zealand company, or
- entering a limited partnership. If entering into business with a third party, the usual structures of joint ventures (both incorporated and unincorporated), partnerships and limited partnerships are all available.

New Zealand resident companies are taxed on their worldwide income, and non-resident companies (including branches) are taxed on New Zealand-sourced income.

The New Zealand corporate income tax rate is 28%.

Gilles Menguy – Avocat à la Cour

gmenguy@gm-avocats.com

Article for Franchising in France: overview

Franchising Global Guide – France – Gilles Menguy – 24 August 2016

Article written by Gilles Menguy for practical law, Thomson Reuters. Law stated as of 01 September 2016

Franchising in Macau

FRANCHISING IN MACAU

Along with Hong Kong, Macau is one of the two special administrative regions of China. Officially called the “Macao Special Administrative Region of the People’s Republic of China”, this peninsula is composed of two islands of a total area of 29,5 km^2 and a population estimated to 544,600 inhabitants. The PRC governs the territory’s defense and foreign affairs while Macau keeps its own legal system and currency, among others.

Portuguese traders administered the region during several centuries until the transfer of sovereignty to the PRC on 20 December 1999. Nowadays, Macau is a dynamic region whose economy is based on tourism and clothing industry. It keeps important trade relations with Europe and Portuguese-speaking countries and is a founding member of the WTO. The World Bank classifies Macau as a high income economy (GDP per capita of $39,800 in 2009).

Franchising in Macau is regulated by Title VIII of the Macau Commercial Code (MCC) which defines a franchise agreement as "*that by which one of the parties, against a direct or indirect payment, grants to the other, in a certain zone and in a stable manner, the right to produce and or to sell certain goods or services under his entrepreneurial image, according to his know-how, with his technical assistance, and subject to his control*".

Article 680 provides the list of the information the franchisor has to deliver in writing to a prospective franchisee, including information about:

– the franchisor: identification, annual accounts, judicial proceedings…

– the franchise network: detailed description, composition of the network, profitability, incidence of bankruptcies;

– the franchisee: profile of the ideal franchisee, necessity and extent of the franchisee's personal and direct participation in the exercise of the franchise ;

– the monetary obligations: initial investment needed, amount of the royalties…;

– the professional experience gained, the know-how and entrepreneurial methods ;

– the services rendered by the franchisor;

– the template of the franchise contract and its appendixes.

The MCC does not provide a specific rule on how many days the disclosure must predate the signature of the contract but only requires a disclosure "with adequate advance". However, the franchisor should be careful since the franchisee will be tempted to allege that the disclosure was not adequately early. Any failure to provide the information entitles the franchisee to demand the annulment of the contract.

The franchise agreement has to be concluded in writing and any time limit agreed by the parties cannot be shorter than 3 years. As to the respective obligations of the parties, articles 686 and seq. of the MCC provide a general duty of good faith and fair dealing. This franchisor shall in particular:

– grant the franchisee the use of the Intellectual Property rights and know-how associated with the franchise and ensure peaceful enjoyment of those rights,

– ensure constant updating of his know-how,

– provide training,

– conduct advertising of the network at international and regional levels

– ensure the supply of the goods necessary to run the franchise ,

– compensate any post-term non-compete obligation,

– timely inform the franchisee of any material alterations in the running of the franchise.

In return, the franchisee is obliged to pay royalties and follow the instructions regarding equipment and premises. He also has to submit change of location or advertising campaigns to the approval of the franchisor, maintain the minimum volume of sale required and report to the franchisor any breach or misuse of the Intellectual Property right.

The MCC also contains provisions regarding the transfer of contractual position, giving to the franchisor a right of pre-emption in case of transfer of the franchisee's enterprise. Besides, when the contract is terminated for reasons not imputable to the franchisee, the franchisor has to repurchase goods not sold or allow the franchisee to keep using the Intellectual Property rights and the know-how granted.

November 2015

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor

gmenguy@gm-avocats.com

Le droit d'entrée dans le contrat de franchise

LE DROIT D'ENTREE DANS LE CONTRAT DE FRANCHISE

On parle de droit d'entrée ou de «redevance initiale forfaitaire» pour désigner la somme que doit s'acquitter un franchisé lorsqu'il souhaite intégrer un réseau de franchise.

Le droit d'entrée se distingue des redevances périodiques ultérieures. Si le droit d'entrée est en principe forfaitaire, il peut parfois également être proportionnel : en fonction de la taille de la clientèle ou du nombre de mètres carrés de l'établissement par exemple.

Définition du droit d'entrée dans le contrat de franchise

Juridiquement, le droit d'entrée est la contrepartie de l'accès au savoir-faire du franchiseur et à sa marque par le franchisé mais aussi aux services dont bénéficie ce dernier lors de la conclusion du contrat de franchise (l'assistance initiale à l'ouverture). Pour résumer, il s'agit de la contrepartie des avantages procurés par le franchiseur au moment de l'entrée dans le réseau.

Il rémunère donc les services initialement rendus par le franchiseur alors que les redevances périodiques ou «royalties» rémunèrent quant à elles les services rendus pendant la durée du contrat comme l'assistance, la formation permanente…

Les règles usuelles de calcul du droit d'entrée

Le calcul du droit d'entrée est variable selon les réseaux de franchise. Toutefois, il s'avère que le montant moyen des droits d'entrée est de l'ordre de 11 500 euros.

Il est d'usage que le droit d'entrée couvre les frais qu'a, au préalable, supporté le franchiseur lors de la mise en place de son réseau et qu'il va supporter lors de la conclusion du contrat de franchise.

Il convient de rappeler que la clause relative au droit d'entrée peut être négociée même si cela est parfois rare en pratique.

Pour résumer, plusieurs éléments influencent le calcul du droit d'entrée :

- La notoriété de l'enseigne
- L'assistance initiale à l'ouverture
- Le montant des redevances périodiques
- Le savoir-faire
- Le montant des dépenses engagées au préalable par le franchiseur et le nombre de contrat de franchise espérés afin d'obtenir un amortissement des frais engagés initialement
- Le montant du droit d'entrée pratiqué par les concurrents
- La rentabilité espérée de l'exploitation
- La superficie de l'établissement

Les précautions à prendre en matière de droit d'entrée

Le droit d'entrée est en général exigé une seule fois au moment de la signature du contrat de franchise et peut varier d'un réseau de franchise à un autre. Certains concepts de franchise exigent un droit d'entrée additionnel au moment du renouvellement du contrat de franchise.

Septembre 2015

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor, GM Avocats

gmenguy@gm-avocats.com