

## **Malaysia is the ultimate franchise “frontier”**

As John O’Brien, chairman of Asian Pacific Franchise Confederation, recently declared “the franchise industry in Malaysia is exciting”: it has been growing at a rapid pace of 12 to 15% in the past five years following the Government’s efforts in emphasizing the need to go into franchising. The franchise industry contributed about 6 billion euro to the nation’s Gross Domestic Product, which is about 2.5%.

There are 670 franchise brands in Malaysia, out of which 70% are local. Sectors that top the list are food and beverage, retailing, education and beauty and health, among other businesses.

### **September 20th franchise fair in Kuala Lumpur was a success**

The Franchise International Malaysia fair, which took place on September 20th participation of 110 local and overseas franchise companies, was a great success. It is the largest annual franchising exhibition and conference in Southeast Asia and it is the tangible proof of the importance of the Malaysian franchise market in the international scene.

Local franchise brands have a big potential in exploring the international market considering that there are now 49 of them in 51 countries and having established almost 1,500 branches. They are the new potential conquerors of the global franchise market!

### **The Malaysian Franchise Law**

In Malaysia, franchising has been insistently promoted and supported by the government since the early 1990s and this allows us to think about Malaysia as one of the fastest growing franchise markets in Asia today.

The Malaysian Franchise Act, adopted in 1988 and amended in 2012, which applies throughout Malaysia and to the sale and operation of any franchise in Malaysia, was introduced to facilitate and monitor the growth of the franchise industry. For that purpose, under section 6(a) and 54 of the Franchise Act, franchisors, master franchisees and franchisees of foreign franchisors are required to seek an approval from or register with the Registrar of franchise before they can offer to sell or buy franchises in Malaysia.

One requirement that is highly unpopular among franchisors and local master franchisees is that they must be in operation for at least three years before they are permitted to appoint sub-franchisees. The Authorities have taken that it is one of the prescribed requirements under law due to Section 18 of the Disclosure Document, which requires the franchisors or master franchisees to submit audited financial instrument of the past three years. However, under a customary law, foreign franchisors can get the approval from the Registrar as long as they are already in a franchise business before offering the business in Malaysia and if they represent a well-known brand at least in their national market.

From the jurisdictional point of view, it could be useful to bear in mind the mechanism offered by the Commonwealth system, in particular the Singapore’s Reciprocal Enforcement of Commonwealth Judgments Act (chapter 264). The foreign franchisor who wants to sign a franchise fair in Kuala Lumpur was a success master franchise agreement in Malaysia can include in the master franchise contract a clause conferring jurisdiction to the Singaporean courts. The value of this “move” is evident because of the chance to enforce in Malaysia any decision of the competent tribunal, since Malaysia has also embodied in its legislative body the Reciprocal Enforcement of Judgments Act and given that Singaporean courts have a stronger legal tradition than the local courts in Kuala Lumpur, even if the Malaysia commercial law is shaped on the UK model.

### **The Government has set a strategic goal of making Malaysia the regional franchise center in 2016**

The National Franchise Development Blueprint sets a strategic direction towards making the country a regional franchise center in Southeast Asia by 2016. This is a five-year program, spanning the period from 2012 to 2016, which aims to contribute toward national economic development agenda and creation of a high income society. This program has three main phases: the first aims to strengthen franchise players and develop the network; the second intends to create a “vibrant” and “robust” domestic franchise industry and the last is to transform Malaysia in a franchise hub in the South East Asia.

### **Malaysia has created several governmental programs to enhance franchising**

The Government of Malaysia strongly believes in the potential of the local franchise system but at the same time it recognizes the need of a strong financial support to let the system grow and develop as much as possible.

Realizing this fact, the Government has taken five initiatives to assist and facilitate local business and to remain competitive:

- 1) The Franchise Financing Scheme allows interested entrepreneurs to take part in a franchise business, obtaining financing through specific financial institutions. The total available fund is 17 million euro to be allocated on a case by case basis.
- 2) The Franchise Development Aid Fund aims to provide assistance to the individual entrepreneurs or local companies and to promote the export of local products. If the entrepreneur qualifies, his investments can be reimbursed by this fund up to 90% of costs with a maximum of 23,000 euro.
- 3) The Government introduced also two franchisees’ development program: the Graduated Franchise Program and the Women Franchise Program that are reserved respectively to participants that possess at least a diploma and to women.
- 4) Moreover the Ministry of Commerce offers to the local franchisee a maximum funding of 11.550 euro to help finance the franchisee’s opening. The Micro-Financing Scheme is open to franchisees from 21 to 65 years old.

The moral of the story is that thanks to the Government’s efforts and to the acumen of the Malaysian entrepreneurs, Malaysia is building a “Franchise Country”, which is now in its infancy stage but has shown already its great potential.

Gilles menguy – Avocat à la Cour

gmenguy@gm-avocats.com

---

## **La zone de chalandise dans la franchise**

## **LA ZONE DE CHALANDISE DANS LA FRANCHISE**

La rentabilité d'un fonds de commerce franchisé dépend directement de sa zone de chalandise, c'est-à-dire de la zone entourant le point de vente et regroupant son potentiel de clientèle. Il convient toutefois de ne pas confondre la zone de chalandise avec l'état du marché local, document dont la communication est imposée par la fameuse loi Doubin codifiée à l'article L330-3 du Code de commerce au moins 20 jours avant la signature du contrat de franchise

## La définition géographique de la zone de chalandise

**Une zone de chalandise est le secteur géographique entourant le point de vente du franchisé et regroupant ses clients potentiels.**

Les critères de détermination de la zone de chalandises sont variables :

- Présence et nombre de concurrents
- Nombre d'habitants
- Eléments d'attractivité : proximité du centre ville, parking, taille de l'agglomération...

La zone de chalandise se découpe souvent en trois «sous-zones» se distinguant selon la distance entre le lieu d'implantation et la clientèle :

- La zone primaire : 5 à 10 minutes de transport
- La zone secondaire : 10 à 15 minutes de transport
- La zone tertiaire : 15 à 20 minutes de transport

La zone de chalandise n'est pas une notion figée. Elle évolue ainsi avec le temps et selon de nombreux facteurs : impact des campagnes de publicité du franchisé, évolution de la population, qualité du concept de franchise, gestion du fonds de commerce...

## Lien entre la zone de chalandise et la notion d'état du marché local de la loi Doubin

Dans la loi Doubin, une notion est évoquée : celle «d'état du marché local». En quoi cette notion diffère-t-elle de la zone de chalandise?

La loi Doubin codifiée à l'article L330-3 du Code de commerce exige la fourniture au franchisé d'un «Document d'informations précontractuelles» devant contenir cet état du marché local. La notion n'étant pas définie avec plus de précision par la loi, mais la jurisprudence a fixé l'étendue de l'information : une description du marché relatif à son point de vente au moyen d'informations statistiques de « type primaire » (par exemple nombre d'habitants, nombre de concurrents). Il ne devrait donc s'agir que d'un document descriptif et non analytique qui se contente de reprendre des données chiffrées sans contenir d'informations sur le potentiel de chiffre d'affaires du point de vente.

La zone de chalandise est généralement prise dans sa dimension analytique bien qu'elle reprenne les mêmes indicateurs. L'analyse des données chiffrées permet de mettre au point en ce qui concerne une zone de chalandise donnée une approximation en terme de volume de fréquentation et de chiffre d'affaires

**La détermination de la zone de chalandise est facultative et sa réalisation n'est imposée ni par la loi ni par la jurisprudence. L'état du marché local est un document purement descriptif et remis obligatoirement par le franchiseur au franchisé avant la conclusion du contrat de franchise.**

Si en revanche le franchiseur se hasarde à réaliser et à communiquer une étude de la zone de chalandise,

complétée d'un prévisionnel de chiffre d'affaires, il prend un risque judiciaire sérieux dans l'hypothèse où le chiffre d'affaires réalisé par le franchisé est notablement différent. En effet, la Cour de cassation a introduit le 4 octobre 2011 dans un arrêt concernant le réseau Bureau Center une nouvelle notion que les juridictions du fond seront amenées à appliquer : l'erreur substantielle sur la rentabilité de l'entreprise franchisée en cas d'écart entre le prévisionnel et le chiffre d'affaires réalisé. Ce pas de la Cour de cassation est observé avec le plus grand soin par le marché. Le risque serait que la jurisprudence du fond, ensuite confirmée par la Cour de cassation, complète la notion par une présomption simple de responsabilité du franchiseur. Le franchiseur aurait alors la charge de la preuve de démontrer que l'écart ne lui incombe pas. Cette preuve est évidemment plus difficile à établir que celle traditionnellement en vigueur à savoir que la charge de la preuve d'analyses fantaisistes ou erronées incombait au franchisé.

## **Zone de chalandise et clause d'exclusivité territoriale**

Il est fréquent que le contrat prévoit l'attribution d'une zone d'exclusivité au franchisé et que le franchiseur se contente de la calquer à la zone de chalandise nécessaire à la réussite commerciale de l'activité.

Il convient enfin de rappeler qu'une clause d'exclusivité territoriale n'empêche pas toujours le franchiseur d'ouvrir une succursale, au sein de la même zone de chalandise ou bien à un concurrent de vendre les mêmes produits au sein de la même zone. Tout dépend de la rédaction de la clause.

**Quoi qu'il en soit, la zone de chalandise est un concept fluctuant ne serait-ce que compte tenu de l'évolution du nombre d'habitants de la zone. Dès lors, il est peut être préférable de définir la zone d'exclusivité en termes purement géographiques et de ne pas calquer la zone de chalandise à la zone d'exclusivité.**

*Janvier 2014*

*Gilles Menguy*

*Avocat & Solicitor, GM Avocats*

*gmenguy@gm-avocats.com*

---

## **La zone d'exclusivité dans le contrat de franchise**

### **LA ZONE D'EXCLUSIVITE DANS LE CONTRAT DE FRANCHISE**

La clause d'exclusivité territoriale n'est pas une clause inhérente au contrat de franchise en particulier mais il est très fréquent de la rencontrer. Cette clause permet d'attribuer à un franchisé une zone d'exclusivité, dans laquelle les autres franchisés par exemple, ne sont pas autorisés à venir s'y implanter et est un moyen d'inciter les

franchisés à exploiter un fonds de commerce.

## Définition de la zone d'exclusivité

L'attribution d'une zone d'exclusivité permet à un franchisé d'optimiser l'amortissement de ses investissements, qui sont parfois très importants. **La zone d'exclusivité est une zone géographique qui est attribuée à un franchiseur et lui permet selon la nature de l'exclusivité d'être le seul franchisé de la zone, le seul commerçant disposant de l'enseigne, le seul distributeur à vendre les produits concernés...**

L'attribution d'une zone d'exclusivité a donc des incidences variables en fonction de la nature de l'exclusivité attribuée.

## Régime de la zone d'exclusivité

Le franchiseur est tenu de respecter et de protéger la zone d'exclusivité du franchisé. Si le franchiseur viole la clause d'exclusivité territoriale en permettant la création d'un autre point de vente franchisé par exemple, il pourra être condamné en justice au versement de **dommages-intérêts**.

Dans une telle situation les juges ont parfois même condamné le franchiseur à rembourser les redevances perçues dans le même temps par le franchisé lésé.

De plus, le contrat **pourra être résilié** suite aux manquements contractuels du franchiseur.

## Licéité de la zone d'exclusivité

En droit de la concurrence l'attribution d'une zone d'exclusivité à un franchisé est surveillée mais acceptée afin de permettre à ce dernier de réaliser les investissements nécessaires avec l'assurance de bénéficier une clientèle potentielle suffisante.

Le droit européen de la concurrence, à travers son règlement d'exemption n°330/2010, exempte de la qualification d'entente de telles clauses à conditions qu'elles ne restreignent que les ventes actives et non les ventes passives.

### **Que faut-il entendre par le terme «vente active»?**

Selon les lignes directrices de la Commission européenne, une vente active s'entend du **démarchage de clients** par l'envoi de courriels ou encore des campagnes de publicité dès lors qu'elles ciblent une clientèle en particulier au sein du territoire concerné par l'exclusivité. Il s'agit d'une réelle sollicitation de la clientèle.

Dès lors, une campagne de promotion générale qui ne ciblerait pas cette clientèle sera analysée comme une vente passive et sera tolérée. Le plus grand enjeu concerne la vente sur internet. En effet, si l'on en croit ce texte, la vente en ligne est possible par un autre franchisé ou par le franchiseur lui-même puisqu'elle est présumée passive.

De plus, si un client de la zone sollicite de sa propre initiative un franchisé étranger à la zone, le franchiseur ne pourra être sanctionné.

## Précautions à prendre en matière de zone d'exclusivité

Il convient de faire très attention à l'égard de la délimitation de la zone d'exclusivité dans le contrat de franchise.

En effet, l'attribution d'une zone d'exclusivité à un franchisé n'est pas en soi une protection absolue pour le franchisé. Il faut vérifier si l'exclusivité connaît ou non des limites. Certains franchiseurs prévoient ainsi que l'exclusivité ne s'appliquera pas en cas de création d'un nouveau centre commercial ou bien ne sera pas opposable à un site de vente en ligne créé par le franchiseur.

De plus, il convient d'analyser la nature de l'exclusivité :

- **Une exclusivité d'enseigne** : il n'y a aucun autre commerçant qui pourra utiliser l'enseigne du franchiseur. Le franchisé sera le seul à utiliser l'enseigne dans la zone et le franchiseur ne pourra pas s'installer par le biais d'une succursale utilisant l'enseigne.
- **Une exclusivité de marque** : avec une telle exclusivité, le franchisé est le seul pouvant se prévaloir de la marque appartenant au franchiseur sur le territoire.
- **Une exclusivité de produits** : il s'agit de la situation la plus favorable pour le franchisé qui est alors le seul à vendre les produits puisque le franchiseur n'a pas le droit de fournir ses produits à un tiers dans la zone concernée. Cette clause n'est pas cependant pas très fréquente.

L'exclusivité peut être hybride et rassembler plusieurs de ces éléments qui peuvent également eux-mêmes être modulé, et ainsi, devenir plus ou moins protectrice pour le franchisé.

Enfin, il faut **bien analyser les contours géographiques** que couvre cette zone d'exclusivité. Cette zone doit être en effet relativement étendue et intéressante en terme de rentabilité et de chiffre d'affaires. La zone d'exclusivité est ainsi parfois un département, une ville, un quartier ou s'exprime en termes de nombre d'habitants.

Il convient d'être vigilant sur le fait que certains franchiseurs ajoutent une condition d'application imposant au franchisé d'atteindre un certain chiffre d'affaires pour bénéficier de la zone d'exclusivité.

### **Zone d'exclusivité et internet**

La vente par internet peut s'avérer être un frein à l'efficacité de la zone d'exclusivité.

Après quelques hésitations, les juges de la Cour de cassation ont finalement considéré que l'ouverture d'un site internet par le franchiseur n'était pas considérée comme une ouverture de point de vente. Dès lors, **le franchisé disposant d'une zone d'exclusivité peut être concurrencé par le biais d'internet.**

*Janvier 2014*

*Gilles Menguy*

*Avocat & Solicitor, GM Avocats*

*gmenguy@gm-avocats.com*

---

**The Collision of Caveat Emptor and Culpa Contrahendo in pre-contractual negotiations of International Franchise Agreements**

## THE COLLISION OF CAVEAT EMPTOR AND CULPA CONTRAHENDO IN PRECONTRACTUAL NEGOTIATIONS OF INTERNATIONAL FRANCHISE AGREEMENTS

Henry Clay once said, “If you wish to avoid foreign collision, you had better abandon the ocean.” For franchise systems that negotiate international master or development agreements in their quest to export their business concepts, they should be mindful of Henry Clay’s advice. Far from the standard unit franchise agreements where negotiations may be limited to territorial exclusivity, international master franchise agreements are likely to include negotiated terms in almost every facet of the relationship including, territory, development schedule, royalty splits, choice of law, venue, and dispute resolution. As such, each transaction is fraught with the delicacies of contract negotiation. It is in this context that the common law doctrines of caveat emptor-or buyer beware- can collide head on with the civil law doctrine of culpa contrahendo, or fault in contracting.

Imagine for the moment that a franchisor from a country relying upon the common law is engaged in complex contract negotiations with a potential master franchisee from a county grounded in the civil law. After significant discussions that have yet to produce a definitive master franchise agreement, the negotiations are suddenly terminated by the franchisor for some un-explained reason. While the franchisor may be disappointed that the deal did not materialize, it believes that it has no additional obligations to the master franchisee. If these contract negotiations are judged under the common law it may be correct, but it is just as likely that the common law franchisor could find itself in front of a civil-law court judge in the civil-law jurisdiction of the master franchisee facing a claim for breach of contract or worse, a claim based in tort.

Under the common law tradition parties can engage in contract negotiations in relative freedom. Their negotiations will be generally free from restrictions placed on what they are required to disclose. As between a seller and a buyer, the buyer is expected to have conducted sufficient due diligence in the seller and the business concept before consummating a contract. At the heart of common law contract negotiations is the concept of freedom of negotiation. As explained by E. Allan Farnsworth, in his law review article entitled *Pre-contractual liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, appearing in 87 Colum L. Rev. 217, 221 (1987), unless there is a definitive written agreement parties are free to negotiate and back-out of contract negotiations with little fear of risk of liability. Professor Farnsworth referred to this theory as the aleatory view of contract negotiations, where a party that enters into negotiations in the hope of benefit must also bear the risk of loss should the negotiations fall through. Under the traditional common-law view an aggrieved party in failed contract negotiations does not have a remedy against the party that broke off the negotiations. Even under the UCC, §§ 1-209 (19), 1-203, and 2-103(1)(b), and §90 of the Restatement of Contracts Second, where there is imposed upon a party to a contract the covenant of good faith and fair dealing in contracts, that duty has not been found to apply to contract negotiations. Some legal scholars have argued that to impose good faith and fair dealing in contract negotiations would result in the lack of full freedom of the parties to negotiate their agreements, which in turn would discourage parties from entering into any contractual negotiations (See Farnsworth supra note 84 at 221).

Conversely, negotiating contracts under the civil law tradition imposes on the parties a duty of good faith in negotiations. These negotiations must be serious and purposeful. If contract negotiations fail then the party preventing the completion of the contract negotiations may be subject to liability to the injured party, if it can be shown that the party that broke off the negotiations acted improperly.

Unlike common law courts, which are loathe to impose a contract upon a party that allegedly could not come to an agreement, and where, generally speaking, the presence of a contract is a pre-condition to a damage recovery,

civil-law courts are more willing to find liability for broken or ruptured contract negotiations, even at the preliminary stages of these negotiations. These courts have based their finding of liability on two doctrines: the doctrine of culpa contrahendo and precontractual civil liability.

First introduced in Germany in 1861, the doctrine of culpa contrahendo focuses on the proposition that parties in the course of their pre-contractual negotiations have a duty of good faith, fair dealing and loyalty to the other party. Under culpa contrahendo the focus is on the relationship of the parties, while the common contract theory focuses on the bargain or contract formation. Under the civil-law damages can be recoverable against the party whose blameworthy conduct prevented the consummation of the contract to the detriment of the innocent party. Depending on the timing of the negotiations or the country where the transaction was deemed to occur, liability can be either in contract or tort. For franchise practitioners that have been weaned on the common law, the concept of culpa contrahendo flies in the face of all of their contract negotiation skills.

This doctrine did not convince the French school of law which was still governed by the concept of freedom of contracting and not contracting, unless good cause for nullification of contract on the grounds of the theory “des vices du consentement”. Pursuant to this last theory, the victim had to prove a legitimate error, a deceitful attitude or violence by the other party, all of which deriving from the precontractual negotiation period.

The first significant evolution of French law resulted from Professor Roubier thesis published in 1911 and commonly known in France as *Essai sur la Responsabilité* (ROUBIER, thèse de doctorat, Lyon, *Essai sur la responsabilité*) and 63 years later with the landmark article by Joanna Schmidt dated 1974 (1974 46; Rev. trim. dr. civ) on the sanction of precontractual liability. One of the first cases heard by the French Supreme Court making direct use of tort in pre-contractual negotiation is dated March 20<sup>th</sup>, 1972 (J.C.P.G. 1973.17.593 (note J. Schmidt)). In this case the seller of an industrial equipment had deliberately prolonged a second negotiation of which it new the near certain failure so as to be able in the meantime to finish a first negotiation.

Ever since, French law requires parties negotiating a contract to deal in good faith with each other during the negotiations stage, or else face liability. Unlike the German theory, which is based in contract, the French law is based in tort as defined by Article 1382 of the French Civil Code. Under French law, liability can arise when one party enters into negotiations without having any intent to contract, yet it creates a reasonable expectation in the other party that a contract will be forthcoming, so that the other party incurs substantial pre -contractual expenses.

In addition, liability can be found if the contract negotiations are well advanced and one party arbitrarily breaks off contract negotiations. In her article *Pre-Contractual Liability in English and French Law* (Kluwer 2002), Professor Paula Giliker noted that the most common categories of claims relating to preliminary negotiations under French law are (1) unjustified and abusive rupture of negotiations; (2) negotiations without a serious intent to contract; (3) failure to cooperate; (4) the misuse of information gained in confidence; (5) entry into negotiations with the goal of preventing the other party from negotiating with a third party; (6) conducting parallel negotiations in bad faith; and (7) failure to disclose essential and material facts.

This type of liability has gained complementary strength on December 31<sup>st</sup> 1989 with the enactment of a law commonly named “Loi Doubin” which, although it does not expressly refer to franchising, was passed to apply to franchising-like contractual situations where a party accepts to be subject to restrictions to its freedom of commerce. The law imposes on the other party the obligation to provide a disclosure document (also referred to as “DIP” or “Document d’information précontractuelle”). Since this date, thousands of cases have been heard before the French courts on the issue of pre-contractual liability of franchisor towards the candidate franchisee even though a contract has been ultimately executed. The Franchisee can still present a tort claim on the grounds of



pre-contractual liability. This has created a maze of court decisions, generally protective of the candidate franchisee, the three last significant decisions of the French Supreme Court dated 4<sup>th</sup> of October 2011, 31<sup>st</sup> of January 2012 and n 12<sup>th</sup> of June 2012, which have created a presumption of pre-contractual liability of a franchisor if the financial estimates provided by franchisor do not match the effect turnover of concerned franchisees.

Most civil-law countries follow the German and French models of liability for aborted contract negotiations. The Italian Civil Code, Article 1337 expressly establishes a duty of good faith in contract negotiations. Under Swiss law contract negotiations create between the parties a legal relationship that is called “[t]he pre-contractual relationship, (See International Chamber of Commerce Formation of contracts and Pre-contractual Liability 69 (1990)). In these types of cases, since there is no contract formation, whether the claim is characterized as a contract or tort may determine, using a conflict of law analysis, what country’s law will be followed in the case.

While, generally speaking, the common law allows parties to engage in unimpeded contract negotiations even if they end with no consummation of a contract, some U.S. courts have found pre-contractual liability in certain situations. The three most popular theories are (i) restitution, based on unjust enrichment; (ii) misrepresentation, involving misinformation given during the negotiations regarding the intention to come to terms on a contract; and (iii) promissory estoppel, where one party relied to its detriment on a promise made by the other party in order to induce the latter to negotiate. The leading case involving the failure of pre-contractual negotiations, where a court was willing to grant reliance damages to the plaintiff, was the case of *Hofmann v. Red Owl Store*, 133 N.W. 2d 267 (Wis. Sup Ct. 1965). In that case a supermarket chain promised to sell the claimant a franchise, first advising the claimant to sell his bakery, move to another town, open a smaller grocery store as a means to gaining experience, and buy a lot the chain had selected for the potential franchise location. The franchisor then told the claimant to sell his small grocery store, which was operating at a profit, only to break off negotiations for the franchise shortly thereafter. The court held that the claimant was entitled to reliance damages because the franchisor’s conduct induced the claimant to act to his detriment. Under each of these theories a successful plaintiff may recover reliance damages, but not expectation damages, which is premised on a party having reached an agreement.

Despite these theories of recovery for the most part courts in the U.S. have not often found for a plaintiff where they were cut off from negotiations and where there was no preliminary agreement put in place. In a 2007 study Alan Schwartz and Robert S. Scott found that in cases alleging reliance damages based on broken pre-contractual negotiations, in 87% of the 30 cases sampled the courts denied liability, whether premised on promissory estoppel, quantum meruit, or negligent misrepresentation (“ See Precontractual liability and Preliminary Agreements, Alan Schwartz and Robert S. Scott, 120 Harvard Law Review No 3, 661-707).

In the absence of any of the conditions necessary to prevail on the theories stated above, the common law view of contract negotiations is that a party to pre-contractual negotiations, may break off the negotiations at any time for any reason, including no reason at all, without facing liability.

Civil-law jurisdictions generally restrict a damage recovery to reliance damages that are intended to put an injured party back into the position they were in before the negotiations started. While lost profits are usually not recoverable, the French have a concept known as loss of chance, or “perte de chance,” to conclude the contract. If a court subscribes to this damage theory then it may award a party a portion of the anticipated benefit of the contract. (See Paula Giliker “Pre-Contractual Liability in English and French Law” (Kluwer 2002, note 12 at page 130).

## Conclusion

When negotiating international master agreements with parties located in civil-law jurisdictions the franchisor must keep an eye to the laws and culture of that country, and not assume that its common law principle of caveat emptor will insulate it from liability in the event of failed contract negotiations. Quite to the contrary, if a franchisor intends to negotiate a master franchise agreement in a country that is grounded in the civil-law then it behooves it to engage in preliminary discussions with the potential master franchisee to address the possibility of ruptured negotiations. In those situations the parties should determine 1) what law will govern the contract negotiations and the contract itself; 2) whether the parties will put in place a preliminary agreement, and what will be the scope of that agreement-is it intended to be legally binding, or is it intended to be merely an agreement to negotiate; and 3) whether either party will be granted any exclusivity in the contract negotiations in order to shield that party from the other party engaging in parallel negotiations. While nothing will act as a safe harbor against claims for wrongful termination of contract negotiations, knowing the duties imposed upon them in advance of these negotiations will make those negotiations less problematic.

**December 2013**

**Gilles Menguy**

**Avocat & Solicitor, GM Avocats**

**[gmenguy@gm-avocats.com](mailto:gmenguy@gm-avocats.com)**

---

## **La clause d'intuitu personae dans le contrat de franchise**

### **LA CLAUSE D'INTUITU PERSONAE DANS LE CONTRAT DE FRANCHISE**

La clause d'intuitu personae est une clause très courante du contrat de franchise.

Il s'agit d'une clause qui confère au contrat de franchise un caractère intuitu personae, ce qui littéralement signifie que le contrat est conclu en considération de la personne.

Cela implique alors que le contrat est conclu en fonction de la personnalité des signataires. Dès lors, une telle clause empêche la cession ou la transmission du contrat à un tiers. Si par exemple une société franchisée cède son contrat à un tiers, le franchiseur ne pourra être lié contractuellement à ce tiers sans son accord.

#### **L'importance de la clause d'intuitu personae**

La fréquence de la clause d'intuitu personae se comprend aisément par le fait que le franchisé, tout comme le franchiseur, prennent largement en compte leurs personnes respectives avant de signer un contrat de franchise.

Le franchisé choisit ainsi un franchiseur en fonction du savoir-faire du franchiseur et des objectifs commerciaux qui sont les siens tandis que le franchiseur procède généralement à une sélection de franchisés potentiels selon ses

propres critères.

La clause d'intuitu personae permet d'empêcher la cession d'un contrat à un tiers à l'égard duquel on n'avait pas choisi de s'engager initialement. L'arrivée de ce tiers peut avoir lieu en cas de cession (totale ou partielle), de fusion-absorption...

## **Le caractère non bilatéral de la clause d'intuitu personae dans le contrat de franchise**

La clause d'intuitu personae incluse dans un contrat de franchise est un peu singulière puisqu'en pratique elle s'avère rarement bilatérale. En réalité, la clause est la plupart du temps unilatérale et ce, au profit du franchiseur.

En effet, le réel enjeu de l'intuitu personae concerne le franchiseur, qui a sélectionné le franchisé sur des critères précis et ne souhaite pas se retrouver lié avec un nouveau franchisé sans l'avoir au préalable agréé.

## **Le recadrage opéré par la cour de cassation à l'égard des clauses d'intuitu personae dans les contrats de franchise**

Dans deux arrêts rendus le 3 juin 2008, la Cour de cassation a réaffirmé la nécessité d'obtenir l'accord du franchisé en cas de transmission du contrat de franchise à un tiers par voie de fusion-absorption ou d'apport partiel d'actif.

Ces arrêts attribuent au contrat de franchise un caractère intuitu personae et précisent également que l'intuitu personae s'impose aussi bien au franchisé qu'au franchiseur (en l'absence de clause prévoyant l'unilatéralisme de l'obligation).

## **Exemple de clause d'intuitu personae dans le contrat de franchise**

«Le FRANCHISE et le FRANCHISEUR ont expressément conclu le présent contrat «intuitu personae», c'est-à-dire en considération de leurs personnes respectives».

### **Si l'on prévoit la réciprocité de la clause :**

«Une PARTIE ne pourra en aucun cas céder ou transférer le présent contrat à un tiers sans avoir obtenu au préalable l'accord de l'AUTRE PARTIE».

### **Si l'on prévoit l'unilatéralisme de la clause :**

«Le présent contrat conclu en considération de la seule personne du FRANCHISE par le FRANCHISEUR pourra être cédé à un tiers par le FRANCHISEUR sans que l'accord préalable du FRANCHISE ne soit requis».

**Octobre 2013**

**Gilles Menguy**

**Avocat & Solicitor, GM Avocats**

**gmenguy@gm-avocats.com**

---

## **La protection de l'image de marque dans le contrat de franchise**

### **LA PROTECTION DE L'IMAGE DE MARQUE DANS LE CONTRAT DE FRANCHISE**

L'image de marque est essentielle dans un contrat de franchise puisqu'elle est très souvent l'un des éléments qui conduit le franchisé à choisir un réseau de franchise au détriment d'un autre. L'image de marque mesure la perception qu'a le consommateur du réseau de franchise. Dès lors, sa protection est indispensable à la pérennité du réseau de franchise.

#### **Le contenu de l'obligation de protection de l'image de marque**

##### **La protection de l'image de marque par le franchiseur**

L'image de marque est souvent liée à la notoriété de la marque du franchiseur. Dès lors, indirectement la protection de l'image de marque passe par la protection de la marque sur le terrain juridique.

Le franchiseur doit l'avoir régulièrement déposée, payer ses redevances à l'Institut National de la Propriété Industrielle mais surtout doit la défendre devant les tribunaux par le biais de l'action en contrefaçon à chaque fois que cela est nécessaire.

Dans le cadre du réseau de franchise, il est évident que le franchiseur doit assurer une certaine «police du réseau» afin d'éviter que certains franchisés ne dégradent l'image de la marque et avec elle, celle du réseau dans son ensemble.

Ainsi, 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 à travers notamment ses visites que le franchiseur doit s'assurer du respect de ses normes mais aussi de leur homogénéité afin qu'aucune atteinte ne soit portée à son image de marque.

Le franchisé est un commerçant indépendant qui fixe librement ses prix de revente. Toutefois, la pratique d'un prix trop bas ou au contraire trop élevé peut conduire à dégrader l'image du produit et de la marque. La pratique des prix conseillés ou de l'imposition d'un prix maximum de revente peuvent alors être de bons compromis à cet égard.

Le franchiseur ne peut pas interdire la vente sur internet à ses franchisés. Toutefois, afin de protéger l'image de marque du réseau, il peut légitimement encadrer ce type de vente avec l'imposition de normes à respecter.

Enfin, lorsqu'un contrat conclu avec un franchisé prend fin, le franchiseur doit s'assurer de l'absence d'utilisation des signes distinctifs par l'ancien franchisé.

##### **La protection de l'image de marque par le franchisé**

Le franchisé bénéficie de l'image de marque du réseau mais il doit respecter les normes techniques et commerciales du franchiseur afin que la clientèle ait une image uniforme du réseau de franchise. Il doit alors appliquer le savoir-faire du franchiseur et se mettre à jour de ses évolutions.

Il ne doit pas s'opposer aux visites de contrôle du franchiseur, suivre les recommandations de ce dernier mais aussi respecter la stratégie générale commerciale à travers les campagnes de publicité nationale par exemple.

La protection de l'image de marque peut aussi justifier l'insertion d'une clause d'approvisionnement exclusif dans le contrat.

## **Sanctions de l'atteinte l'image de marque**

Une atteinte portée à l'image de réseau de franchise suite au non-respect des normes du franchiseur par exemple pourrait justifier une rupture du contrat de franchise. Les normes doivent toutefois avoir été bien précisées au franchisé lors de la conclusion du contrat.

En effet, l'atteinte à l'image de marque porte aussi bien atteinte au franchisé qu'à l'ensemble des autres franchisés du réseau de franchise, il s'agit d'un manquement grave au contrat de franchise.

**Octobre 2013**

**Gilles Menguy**

**Avocat & Solicitor, GM Avocats**

**[gmenguy@gm-avocats.com](mailto:gmenguy@gm-avocats.com)**

---

## **La mise en demeure du franchisé par le franchiseur**

### **LA MISE EN DEMEURE DU FRANCHISE PAR LE FRANCHISEUR**

Le franchiseur peut mettre en demeure le franchisé de cesser une pratique qu'il juge contraire à sa politique ou au contrat de franchise : retard dans le paiement des redevances, divulgation du savoir-faire, ventes actives dans la zone d'exclusivité d'un autre franchisé...

Si la mise en demeure s'avère infructueuse et que le franchisé ne remédie pas à son manquement, il est possible que le contrat soit résilié. La mise en demeure peut alors être **lourde de conséquences quant à l'avenir du contrat de franchise pour le franchisé**.

Toutefois, le contrat peut prévoir que certains manquements très graves conduiront à une résiliation immédiate sans aucune mise en demeure préalable.

### **Les enjeux pour le franchisé en cas de mise en demeure**

Lorsqu'un franchisé ne respecte pas ses engagements contractuels, le franchiseur doit alors en premier lieu se référer au contrat.

Ainsi, une clause peut prévoir qu'un manquement entraînera une résiliation d'office du contrat après l'envoi d'une simple lettre avec accusé de réception sans aucune mise en demeure.

D'autres clauses, plus fréquentes, prévoient qu'une mise en demeure préalable est nécessaire pour laisser le temps au franchisé de se ressaisir. La plupart du temps, une clause intitulée «résiliation» **prévoit que le contrat de franchise sera résilié suite à la notification d'une mise en demeure invoquant le manquement contractuel**. Si à la suite de la mise en demeure, le franchisé n'a toujours pas mis fin à ces agissements, la cessation du contrat peut intervenir selon les modalités prévues au contrat.

Cependant, **un délai de préavis** est nécessaire entre l'envoi de la mise en demeure et la date de résiliation effective. Il peut être par exemple de 30 jours. En effet, hors les cas où la mise en demeure est écartée compte tenu de la gravité du manquement, l'irrespect d'un délai de préavis pourrait s'analyser en la rupture brutale d'une relation commerciale établie et ouvrir droit à une demande en réparation du préjudice.

Une mise en demeure est donc un acte grave à l'égard du franchisé qui peut, dès qu'il reçoit un tel document demander un entretien avec le franchiseur et tenter de trouver une solution amiable, si cela est envisageable.

### **Les critères de régularité de la mise en demeure**

Les motifs à l'origine de la mise en demeure doivent être clairement énoncés dans cette dernière. Il faut en effet **qu'elle indique avec précision les faits reprochés au franchiseur**.

De plus, **les modalités de cette dernière et notamment le délai de préavis doivent être clairement respectés par le franchiseur**. Si tel n'est pas le cas et que le franchiseur résilie le contrat avant la fin du délai de préavis, le franchisé pourra agir pour «résiliation abusive » et obtenir des dommages-intérêts. **La forme de la mise en demeure** doit être également identique à celle exigée par le contrat (souvent une lettre recommandée avec accusé de réception).

Si la clause prévoit une résiliation suite à une mise en demeure infructueuse sans pour autant énoncer les motifs de résiliation, le juge conserve le pouvoir de vérifier la régularité de la résiliation à travers son appréciation de la gravité de l'inexécution.

Toutefois, si la clause énonce l'ensemble des comportements répréhensibles, le juge sera lié par la loi des parties et la résiliation sera valable dès lors que la mise en demeure et le préavis ont été respectés.

**Octobre 2013**

**Gilles Menguy**

**Avocat & Solicitor, GM Avocats**

**gmenguy@gm-avocats.com**

---

## L'enseigne dans le contrat de franchise

### L'ENSEIGNE DANS LE CONTRAT DE FRANCHISE

Le contrat de franchise a la particularité de se distinguer d'autres contrats de distribution par la mise à disposition de signes distinctifs notoires tels que l'enseigne ou encore la marque. Il est en effet nécessaire que le franchiseur mette à disposition de son franchisé son enseigne afin de permettre à ce dernier de prolonger sa réussite commerciale. **Sans mise à disposition de signes distinctifs, on ne peut retenir la qualification de contrat de franchise.**

#### La distinction de l'enseigne avec la marque et le nom commercial

**Le nom commercial** est le nom attaché au fonds de commerce, c'est l'appellation utilisée pour exercer l'activité. Il s'agit ainsi souvent d'un nom de famille ou d'un nom de fantaisie. C'est donc le nom à travers lequel la clientèle connaît l'entreprise alors que la dénomination sociale, qui est parfois un nom différent est le nom utilisé lors de l'immatriculation au Registre des Commerce et des Sociétés.

Le nom commercial peut être protégé par le droit commun de la responsabilité sur le fondement de l'action en concurrence déloyale lorsque des concurrents créent une confusion dans l'esprit des clients.

**La marque** est un signe distinctif désignant un produit ou un service qui peut être un nom ou bien un symbole. Contrairement à l'enseigne et au nom commercial, la marque doit faire l'objet d'un dépôt et être enregistré auprès de l'INPI. Elle est ainsi également protégée par l'action en concurrence déloyale mais aussi plus efficacement par l'action en contrefaçon.

**L'enseigne est l'élément extérieur et visible (puisqu'il est apposé sur la façade) permettant d'identifier et de distinguer l'établissement, le point de vente. Dans le cadre d'un contrat de franchise, l'enseigne du franchisé est constituée par la marque du franchiseur.**

Une confusion règne souvent puisqu'il est possible d'utiliser le nom commercial pour servir d'enseigne. Il convient toutefois de garder à l'esprit que ces deux notions sont distinctes l'une de l'autre. De plus, contrairement à la marque, l'enseigne ne désigne pas initialement un produit ou un service.

#### Le régime de mise à disposition de l'enseigne dans le contrat de franchise

Il est **nécessaire que le franchiseur soit propriétaire ou exploitant de l'enseigne pour en transférer légalement l'usage au franchisé**. Dès lors, il est d'usage que le contrat de franchise précise la date et le numéro d'enregistrement à l'INPI ou bien la date de fin d'exploitation.

Lorsque dans un contrat de franchise, le franchiseur autorise, par une clause d'enseigne, le franchisé à utiliser son enseigne, une telle clause équivaut à une « location » d'enseigne. La mise à disposition de l'enseigne se fait plus rarement par « prêt » d'enseigne.

#### La fin du contrat de franchise et ses effets sur l'enseigne

La fin du contrat de franchise peut avoir différentes causes. Elle peut être prévue ou non.

**Il arrive que l'enseigne soit un sujet de discord qui conduise à la résiliation du contrat.** Une clause de

résiliation insérée dans le contrat peut ainsi prévoir qu'une résiliation de plein droit aura lieu et ce, sans mise en demeure préalable, en cas d'atteinte portée à l'enseigne et à la réputation du réseau.

Que le terme du contrat soit prévu ou que la résiliation intervienne ou non à cause d'une éventuelle atteinte portée à l'enseigne, **les règles suivantes restent valables :**

Le franchisé doit obligatoirement **restituer tous les signes distinctifs dont il avait la maîtrise** comme les biens d'aménagement de la boutique, l'enseigne matérielle, les éléments de décoration..., en un mot tout élément faisant référence aux signes distinctifs du franchiseur. Le délai de restitution de ces éléments peut être prévu dans le contrat et il faut impérativement le respecter. Certaines clauses envisagent même parfois le paiement d'une astreinte en cas de non-exécution.

Il se voit également **empêché de continuer à utiliser l'enseigne du franchiseur** à travers ses courriers, ses factures, les affiches, les bons de commande... Pour résumer, les clients du franchisé ne doivent plus être amenés à penser que le franchisé est encore un membre du réseau.

Certains franchiseurs prévoient même une clause leur permettant de pénétrer dans les locaux de leur ancien franchisé et de procéder eux-mêmes au retrait des enseignes lorsque ce dernier n'a pas donné suite à leur mise en demeure de retirer ces éléments.

Dès lors, si le franchisé ne respecte pas ces obligations, sa responsabilité pourrait être engagée sur le fondement de la concurrence déloyale pour confusion et une procédure de référé pourrait être également intentée.

### **Les points de vigilance concernant l'enseigne dans le contrat de franchise**

Le franchiseur a l'obligation de garantir au franchisé la jouissance de l'exploitation de l'enseigne. En cas d'atteinte portée par un concurrent par exemple, il revient ainsi au franchiseur d'agir en justice.

Toutefois, une clause du contrat peut prévoir l'action conjointe du franchiseur et du franchisé dans une telle démarche.

**Octobre 2013**

**Gilles Menguy**

**Avocat & Solicitor, GM Avocats**

**[gmenguy@gm-avocats.com](mailto:gmenguy@gm-avocats.com)**

---

## **L'état ou l'étude de marché dans le contrat de franchise**



## **L'ÉTAT OU L'ÉTUDE DE MARCHÉ DANS LE CONTRAT DE FRANCHISE**

L'étude de marché est un document préalable indispensable à toute conclusion d'un contrat de franchise, que ce soit pour évaluer le potentiel de réussite et de rentabilité de l'affaire ou encore pour obtenir un financement par l'emprunt. La remise de ce document par le franchiseur au franchisé est une obligation légale imposée par la loi Doubin qui doit permettre au franchisé de s'engager en pleine connaissance de cause.

### **L'intérêt de la notion d'état de marché de la loi Doubin**

La loi Doubin, codifiée à l'article L330-3 du Code de commerce prévoit l'obligation d'information suivante : «Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.»

Ce document, que l'on nomme le «document d'informations précontractuelles», doit être transmis au moins 20 jours avant la conclusion du contrat et comprendre notamment «une présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché». C'est ce que l'on appelle l'état du marché.

### **L'état général et local du marché des produits et services**

L'état local du marché doit reprendre des informations sur le marché national du réseau (chiffre d'affaires, parts de marché, profil de la clientèle...) mais aussi la clientèle locale du franchisé (âge, taux d'activité, catégories socio-professionnelles de la population, détermination du tissu économique local...). Les informations relatives au «marché des produits et services» doivent notamment décrire la concurrence existante.

Le plus grand intérêt de cette état général et local du marché est de permettre au franchisé de conclure en ayant connaissance du marché sur lequel il devra exercer son activité. Cette information préalable doit lui permettre de s'y intéresser et d'en analyser la rentabilité potentielle.

### **Les perspectives de développement de ce marché**

Il s'agit de l'élément le plus délicat à rédiger à défaut de précision dans la rédaction du texte de loi. Le franchiseur doit présenter les perspectives du marché sans pour autant transmettre un chiffre d'affaires prévisionnel, qui, s'il est fourni l'engagerait contractuellement. Le franchiseur doit être précis quant aux informations qu'il fournit mais ne pas trop en dire sous peine d'engager sa responsabilité.

### **Distinction avec l'étude de marché**

Les deux notions ont trait au marché du franchisé, au secteur géographique où il exerce son activité. Toutefois, les deux notions ne sont pas identiques.

L'état local du marché est un document obligatoire qui synthétise de façon purement factuelle et chiffrée les données du marché du franchisé au moment de la conclusion du marché bien qu'il doive indiquer les perspectives de développement.

L'étude de marché peut relever de l'initiative du franchisé et est facultative. Elle permet notamment d'estimer un volume de fréquentation et de chiffre d'affaires potentiel pour le futur point de vente.

## **Le contenu de l'obligation légale mis en évidence par les juges**

Les juges considèrent que les franchiseurs remplissent leur obligation en fournissant un simple état des lieux du marché composé de données chiffrées, pourvu qu'elles soient exactes et que le marché soit décrit fidèlement.

En effet, les juges ont eu l'occasion de rappeler que ce document n'était pas assimilable à une étude de marché dont l'initiative appartient au franchisé. De la même façon, c'est au franchisé qu'il incombe d'établir, s'il le souhaite un compte de résultat prévisionnel du réseau.

Cependant, les juges ont eu l'occasion de sanctionner des documents considérés comme trop courts (2 pages) et même d'annuler un contrat de franchise lorsque le document n'indiquait pas les perspectives de développement du marché local.

L'état du marché fourni par le fournisseur peut s'avérer incomplète et relativement théorique. On peut conseiller au franchisé, s'il considère cela comme nécessaire, de compléter son information par une étude de marché qu'il aura commandé à un professionnel. Cela lui permettra de se faire la vision la plus fidèle possible du marché et de son potentiel de rentabilité.

## **Les sanctions du manquement à la fourniture de l'état local du marché**

### **Sur le terrain de la violation de la loi Doubin :**

Le franchiseur qui ne respecterait pas les obligations d'information de la loi Doubin risque une amende.

### **Sur le terrain des vices du consentement :**

Toute information erronée ayant déterminé le consentement du franchisé peut également conduire à une action en justice et à l'annulation du contrat de franchise. L'annulation n'est donc pas automatique.

Dans ce cas-là, les conséquences peuvent être lourdes puisque toutes les sommes perçues doivent être remboursées, les parties devant se retrouver dans la même position qu'avant qu'elles aient signé le contrat et des dommages-intérêts peuvent être dus.

Toutefois, il arrive que les juges prennent en considération les qualités du franchisé. Si le franchisé est un professionnel particulièrement averti et ayant une connaissance préalable du marché, les juges pourront refuser la réparation.

**Octobre 2013**

**Gilles Menguy**

**Avocat & Solicitor, GM Avocats**

**[gmenguy@gm-avocats.com](mailto:gmenguy@gm-avocats.com)**

---

## **La clause d'élection de domicile**

### **LA CLAUSE D'ELECTION DE DOMICILE**

Par souci de simplicité et de clarté, une clause du contrat de franchise, appelée «clause d'élection de domicile» peut permettre aux deux parties signataires de choisir un lieu, qui n'est pas forcément le «domicile» réel des parties mais qui sera utilisé comme tel dans le cadre de l'exécution du contrat et des formalités procédurales.

La plupart du temps le franchiseur élit ainsi domicile au siège de sa société et le franchisé au lieu de l'exploitation ou bien au siège de sa société.

#### **Définition et intérêt de la clause d'élection de domicile**

Une clause d'élection de domicile est une disposition du contrat par laquelle les parties déclarent élire domicile dans un lieu désigné afin de permettre l'exécution de toutes les formalités liées à l'exécution du contrat de franchise mais aussi les formalités procédurales entre les parties.

Cette clause trouve toute son importance en matière procédurale puisque les formalités effectuées au lieu prévu dans la clause (significations, notifications, mises en demeure...) seront valables et opposables à l'autre partie et ce, même en cas de déménagement.

Cette clause est également utile en présence d'établissements multiples puisqu'elle simplifie et sécurise les envois postaux.

Enfin, en matière juridictionnelle, une telle clause est assimilée à une clause attributive de compétence territoriale sauf si les parties ont écarté cet effet au sein de leur contrat.

Le franchisé, comme le franchiseur, devront donc, dans le cadre d'un éventuel recours, saisir les tribunaux compétents dans le ressort des domiciles élus.

#### **Régime de la clause d'élection de domicile**

La clause d'élection de domicile peut toutefois prévoir que le domicile choisi initialement pourra être modifié sous réserve d'une notification à l'autre partie.

Si une telle clause est assimilée à une clause attributive de compétence, elle est alors soumise au régime de l'article 48 du Code de procédure civile.

Cet article impose une visibilité certaine dans le contrat mais également que la clause ait été conclue entre commerçants. Or, dans le cadre du contrat de franchise, elle est contractée entre commerçants et lors de l'exercice de leur commerce.

**Octobre 2013**

**Gilles Menguy**

**Avocat & Solicitor, GM Avocats**

**[gmenguy@gm-avocats.com](mailto:gmenguy@gm-avocats.com)**