

## Le secret d'une franchise réussie en 7 points clés

### LE SECRET D'UNE FRANCHISE RÉUSSIE EN 7 POINTS CLÉS

La franchise est un modèle qui connaît un important essor aux Etats-Unis. Il a l'avantage de garantir à tout entrepreneur indépendant une ascension commerciale rapide en optimisant ses chances de succès. Le franchiseur quant à lui développe son réseau en s'entourant de franchisés impliqués sur un marché déterminé. Ce système profite aux deux parties qui collaborent étroitement afin de garantir un maximum de profits. On pourrait alors se demander pourquoi certain réseau de franchise évolue mieux que d'autres et surtout pourquoi certains franchisés n'arrivent pas à gérer leur franchise aussi bien qu'ils le devraient ? Quels sont les critères qui déterminent la réussite ou l'échec d'une franchise ?

Afin d'optimiser les chances de réussite de toute franchise, il est nécessaire de respecter les 7 éléments suivants :

(1) La première étape, qui peut sembler anodine, mais qui sur le long terme à toute son importance est **le choix de la franchise** : vous sentez-vous concerner par les produits ou les services proposés par la franchise ? En effet, la relation commerciale Franchiseur/Franchisé est le plus souvent de longue durée, il est donc essentiel que vous trouviez la franchise qui vous représente le mieux et vous apporte le bon équilibre passion/discipline.

(2) **Soyez Réaliste**: Bien qu'il soit plus facile de rentrer dans un réseau de franchise que de créer son propre business, ce système génère rarement d'importants bénéfices au début de la relation. Ne signez pas avec la première franchise que vous rencontrez mais prenez le temps de bien cibler vos recherches en fonction de vos objectifs et d'examiner chaque opportunité d'affaires. Contactez les membres actuels et/ou anciens membres du réseau afin d'obtenir un complément d'informations à celles qui vous auront été fournis par le franchiseur.

(3) **Le bon emplacement** : Même la meilleure des franchises ne pourrait pas survivre à un mauvais emplacement. C'est un critère indispensable qui doit être étudié minutieusement en fonction de votre clientèle. Avant de signer pour un local, posez-vous les bonnes questions : entre autres, quel est le lieu adéquat (centre commercial ou centre-ville, Province ou Métropole ? Accessibilité (moyens de transport, parking) ? Quels sont les commerces alentours (attention à la concurrence ou aux commerces qui pourraient vous faire du tort. Entourez-vous d'enseignes qui visent le même public que vous mais qui ne soient pas une concurrence directe) ?

(4) **Le service client** : Un client heureux est un client qui dépense. Un bon service client vous permettra d'optimiser vos ventes. Cela peut supposer pour le franchisé un effort financier ainsi que du temps. Cependant il est nécessaire pour votre image et votre réputation de vous assurer que vos clients soient satisfaits. Soyez attentif, créatif et flexible.

(5) **Marketing et Promotion** : Donnez-vous les moyens d'avoir une visibilité (internet, journaux, radio) auprès de votre public. Tous les moyens marketings sont bons si cela vous permet d'obtenir un retour clients positif (ex. coupons réduction, promotions, échantillons gratuits, publicités par mail, téléphone ou papier etc.) Prenez des initiatives et n'hésitez pas à faire parler de vous au sein de communautés (écoles, instituts, associations ou autres), le bouche à oreille mode de communication très efficace dans le commerce.

(6) **Organisation et Management** : Vous ne pourrez pas évoluer correctement sans une structure adaptée à votre business. Vos employés sont le reflet de votre commerce, entourez-vous des bonnes personnes, traitez les bien afin qu'ils s'occupent de vos clients avec la même attention. Leur formation est également un élément déterminant à la réussite de votre franchise. Par ailleurs, ne sous-estimez pas l'importance d'une bonne gestion (comptabilité, managers qualifiés etc.).

(7) **Investissement:** Enfin, le succès de votre franchise repose sur vos ressources financières. Il faut certes que vous puissiez ouvrir votre commerce mais l'investissement ne s'arrête pas là. Il est possible que vous ayez négligé certains coûts (en plus de ceux strictement nécessaires), c'est pourquoi il est important que garder des fonds en réserve. Une mauvaise année peut vite arriver et il faut que vous soyez préparé, du moins dans un premier temps, afin de pouvoir vous adapter sereinement à la demande et connaître votre clientèle.

Il convient d'insister sur l'importance de l'analyse de chaque détail du projet de franchise avant tout engagement. Soyez optimiste mais réaliste. On n'est jamais à l'abri d'un contretemps et le franchisé doit pouvoir réagir rapidement et s'adapter à tout changement. Le succès d'une franchise n'est jamais garanti à 100%, par ailleurs les premières années peuvent être assez dures et réclamer un effort supplémentaire, néanmoins un franchisé organisé, motivé, bien informé et qualifié aura de bonnes chances de réussite.

**Février 2015**

**Gilles Menguy**

**Avocat & Solicitor, GM Avocats**

**gmenguy@gm-avocats.com**

---

## Réalisation d'un business plan pour votre franchise

### RÉALISATION D'UN BUSINESS PLAN POUR VOTRE FRANCHISE

Cela pourra surprendre certains entrepreneurs, néanmoins, il est courant qu'un candidat franchisé doive communiquer un Business Plan avant de pouvoir intégrer un réseau de franchise. En effet, cela permettra, par exemple, à un franchiseur de se rendre compte des objectifs et de la vision du candidat mais également d'évaluer la viabilité de son projet. Par ailleurs, le Business Plan est un outil très utile à présenter à d'éventuels créanciers qui participeraient au financement de l'opération de franchise. Enfin, ce document a également l'avantage de servir au candidat franchisé de « guide » en lui indiquant de quelle manière mettre sur pied un projet réaliste et rentable.

Le Business plan est un document d'environ 15 à 25 pages auquel peuvent être insérées des images, graphiques, tableaux explicatifs etc. qui illustreront les opportunités de développement du projet. Il est donc important que le candidat sache au préalable quel type de commerce il souhaite monter, dans quel secteur et les raisons qui l'ont amené à porter son choix sur telle ou telle franchise. Une bonne présentation découlera tout d'abord de la conviction que porte le candidat à son projet et des moyens qu'il se donne pour les réaliser. Une recherche approfondie sur la concurrence présente sur le marché visé et des secteurs qui n'ont pas encore été exploités est une première étape indispensable à l'identification des opportunités d'affaires. Une fois ces opportunités déterminées, il est temps de passer à la rédaction du Business Plan qui doit notamment contenir les informations suivantes :

(1) **Préambule** : Introduction du Business Plan envisagé ;

- (2) **Résumé du projet commercial** : vu d'ensemble du commerce, profil et vision de l'entreprise ;
- (3) **Description de l'entreprise** : Informations générale sur votre entreprise, le(s) secteur(s) qu'elle couvre ainsi que la touche personnel qui vous différencie des autres et vous identifie ;
- (4) **Etude du marché** : Analyse du marché et de la concurrence ;
- (5) **Organisation et Management** : Chaque entreprise à sa propre structure et mode de fonctionnement, il est important de trouver une organisation cohérente qui convienne à votre commerce ;
- (6) **Vos produits ou services** : présentation des produits vendus ou services fournis, les consommateurs ciblés etc. ;
- (7) **Vente et Marketing** : Comment envisagez-vous de donner une visibilité à votre commerce ? Quel est votre stratégie de vente ? La publicité tout comme la vente en elle-même sont des éléments essentiels pour faire perdurer l'entreprise ;
- (8) **Recherche de financement** : Adaptez cette partie avec les informations requises en fonction des organismes auxquels vous ferez appel ;
- (9) **Projections financières** : Rubrique indispensable pour assurer à tout créancier éventuel la rentabilité du financement sollicité, elle s'étend généralement aux prévisions correspondant à la première jusqu'à la troisième voire cinquième année de l'opération ;
- (10) **Annexes** : Insérer les documents venant appuyer les informations précédemment transmises ou informations supplémentaires afin de permettre une évaluation complète du projet (ex. permis, bail etc.).

Assurez-vous de bien respecter et développer les 10 points susmentionnés. Il convient de soigner la rédaction de votre Business Plan dans lequel vous mentionnez chaque détail de votre projet. Vos lecteurs auront alors une vision globale de votre stratégie et adhéreront ou non à vos idées. Le Business Plan contient donc les informations relatives à l'entreprise du franchisé mais également à celles du franchiseur, permettant ainsi de constituer les lignes directrices de l'opération et ce, dans l'objectif de convaincre le franchiseur ainsi que les différents investisseurs que vous êtes le franchisé idéal qui saura faire prospérer la franchise.

**Février 2015**

**Gilles Menguy**

**Avocat & Solicitor, GM Avocats**

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

---

## **Le bon emplacement pour sa franchise**

## LE BON EMPLACEMENT POUR SA FRANCHISE

Indépendamment des moyens de financement de son projet, de l'étude de la concurrence dans le secteur concerné et de l'expérience du franchiseur, un des facteurs clés à la réussite de toute franchise, qu'elle se situe au Etats-Unis, en France ou dans un autre pays, reste le choix de son emplacement. En effet, avant de pouvoir bénéficier de la renommée/succès et du travail préalablement effectué par le franchiseur, le franchisé doit s'interroger sur les opportunités d'affaires qui lui sont offertes et trouver l'emplacement stratégique pour les développer.

Voici un certain nombre d'indications qui ont vocation d'assister le franchisé dans sa recherche d'un emplacement qui devrait lui permettre de prospérer :

(1) **Aborder le concept de la franchise sous tous ses angles** : Comprendre les produits ou services qui vous sont proposés et adopter la vision de votre franchiseur avant d'intégrer son réseau. Il est primordial de choisir l'emplacement de son commerce en fonction de la franchise dont les caractéristiques et particularités amèneront à envisager telle ou telle géolocalisation. Entre autres, certaines considérations sont à prendre en compte : Qu'est ce qui définit votre franchise ? Quel est le public visé (*femmes au foyer, adolescents, célibataires etc.*) ? Ou-vivent-ils (*métropole, Provence, centre-ville*) ? Les consommateurs se déplacent-ils jusqu'à vous ou est-ce l'inverse ? Le cas échéant, existe-t-il dans les alentours des moyens de transports adaptés ?

(2) **Collaborer avec votre franchiseur** : En réalité, chaque franchiseur établit ses propres critères de sélection et généralement le document d'information précontractuel (FDD) remis au candidat franchisé avant tout engagement contient les toutes informations cruciales (concept, marque, expérience, étude de marché etc.) qui permettront de choisir l'emplacement approprié. Par conséquent, une étroite relation entre franchiseurs et franchisés ainsi qu'une bonne communication sont des éléments non négligeables afin que l'opération de franchise puisse se révéler bénéfique à chacun de ses acteurs. Les parties ont des objectifs convergents et forme une « famille » qui se doit de s'entraider pour la réussite de tout le réseau. C'est ce qui rend le modèle de franchise si spécial et chaque franchisé doit pouvoir en tirer avantage. Par ailleurs, un bon franchiseur transmet à ses franchisés son expérience du marché et a le plus souvent déjà pu analyser certains sites, notamment grâce à l'implantation d'anciens franchisés et l'avis d'experts ou d'agents immobilier avec lesquels il travaille. L'existence d'une exclusivité territoriale est également un élément substantiel dans la recherche d'un local et peut constituer une assurance supplémentaire pour le franchisé qui serait le seul à développer la franchise sur le territoire déterminé ;

(3) **Demander conseils aux autres franchisés** : Un avis supplémentaire n'est jamais de trop lorsqu'il s'agit de prendre une décision qui déterminera le succès ou non de votre business. Ainsi, ne vous arrêtez pas aux seules informations recueillies par votre franchiseur et n'hésitez pas à prendre contact avec les autres membres du réseau. Ces derniers ont dû se poser les mêmes questions que vous et faire face aux mêmes problématiques. Vous pourrez ainsi bénéficier de leur expérience et ne pas tomber dans certains pièges ;

(4) **Bien Analyser le(s) site(s) potentiel(s)** : Vous pensez avoir trouvé votre emplacement adéquat ? Certains éléments qui peuvent paraître banales méritent tout de même votre attention. Par exemple, le site est-il facile d'accès ? Avez-vous choisi une rue avec une bonne orientation (ex. glacier en plein soleil etc.) ? Vos clients peuvent-ils se garer près de votre local ? Allez faire un tour sur le site à différents moments de la journée ainsi qu'à différentes périodes (semaine, weekend, vacances scolaires etc.). En effet, des lieux bondés à certaines heures peuvent induire en erreur. A titre d'exemple, une franchise de restauration rapide installée sur un campus universitaire fera généralement un bon chiffre d'affaires à l'heure du déjeuner du lundi au vendredi. Mais qu'en est-il du weekend ou des périodes de vacances ? Chaque détail compte. Si votre clientèle touche Parents et

Enfants, il ne serait pas judicieux de s'installer près d'un tabac. Tentez de vous entourer de commerces qui vous complètent (ex. un salon de coiffure pourra aisément profiter de la clientèle d'un institut de beauté). Enfin, la question de la concurrence est toujours à examiner précautionneusement ;

(5) **Faites appel à des professionnels** : Votre choix s'est enfin arrêté sur un emplacement qui vous semble en tout point correspondre à vos objectifs, il est alors nécessaire de travailler avec des spécialistes qui vous permettront d'éviter certains désagrément ou recherches inutiles. Ainsi, l'assistance d'un avocat spécialisé dans le domaine de la franchise, d'un agent immobilier, de votre franchiseur etc. sont des atouts que vous devriez utiliser afin de vous assurer que vos intérêts soient bien représentés (ex. possibilité de résilier ou de prolonger le bail). Ces professionnels ont tout intérêt à ce que cet emplacement soit idéal pour votre franchise et pourront vous indiquer les failles existantes, le cas échéant.

Pour finir, il convient de mentionner qu'aux Etats-Unis il existe certains outils tels que le « geographic-information-systems software », qui permet notamment d'analyser les tendances des consommateurs et leur fréquence de passage sur certain site. De même, il est possible d'avoir accès à des « demographics reports » afin d'analyser les caractéristiques de la population, le niveau des revenus, le mode de vie, le système de transports etc. Toutes ces études et analyses ayant pour objectif que le franchisé puisse bénéficier d'un emplacement qui rendra son commerce le plus rentable possible.

**Février 2015**

**Gilles Menguy**

**Avocat & Solicitor, GM Avocats**

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

---

## **Financer votre franchise aux Etats-Unis**

### **FINANCER VOTRE FRANCHISE AUX ETATS-UNIS**

Le modèle selon lequel un franchisé bénéficie de la renommée, du savoir-faire et de l'expérience du franchiseur a des avantages indéniables pour tout entrepreneur qui, ne souhaitant pas créer son propre commerce, décide d'intégrer un réseau déjà existant.

Néanmoins, certains facteurs doivent être pris en compte par tout candidat franchisé et notamment le coût de l'opération de franchise.

En effet, le droit d'entrée (ou redevance initiale forfaitaire) est généralement assez conséquent et non-remboursable. Selon l'enseigne, ce dernier peut varier entre un prix tout à fait abordable de quelques milliers de dollars à un investissement plus important de centaines de milliers de dollars. A cette somme, vient également s'ajouter le montant des redevances qui, selon les contrats, peuvent correspondre à un pourcentage déterminé du chiffre d'affaire hebdomadaire ou mensuel réalisé par le franchisé. Des dépenses supplémentaires liées à la franchise (ex. publicité, assurance, inventaire, équipement etc.) ne sont pas à négliger.

La plupart des candidats franchisés, à l'instar des dirigeants de petites entreprises, n'ont pas un accès immédiat à la somme nécessaire pour entrer dans un réseau de franchise. Trouver l'aide et l'appui financier adapté est une étape indispensable afin d'atteindre cet objectif.

Une opération de financement réussie découlera tout d'abord d'une évaluation honnête de ses propres ressources ainsi que d'une bonne communication avec le ou les éventuels créditeurs, ce qui permettra d'examiner quels sont les projets réalistes et réalisables. Le choix de la franchise devra donc se fonder principalement sur la capacité financière du candidat.

Les banques sont, en règle générale, les créditeurs les plus sollicités en matière de franchise. Le montant du prêt concédé dépend de l'état financier du candidat et la banque se fie généralement aux trois dernières déclarations d'impôt et vérifie la provenance des ressources du candidat avant de lui octroyer ou non un crédit. Le candidat doit pouvoir garantir à la banque le remboursement du prêt (ex. hypothèque) mais il est également souvent requis de la part de ce dernier une somme d'argent équivalente à 20% du montant total sollicité.

Par ailleurs, les banques sont plus ferventes des grandes enseignes que des franchises moins connues, c'est pourquoi le choix du réseau de franchise a toute son importance. De même l'expérience du candidat franchisé ainsi que ses relations lui permettront d'obtenir un financement plus ou moins facilement.

Aux Etats-Unis, il existe également des organisations spécialisées, *i.e. la US Small Business Administration ou « SBA »*, dans la recherche de financement. Le prêt standard « SBA » destinés aux franchisés est plus communément appelé le « 7(a) » et les fonds proviennent d'une banque ou d'autres créditeurs qualifiés ainsi que du gouvernement, ce qui rend l'opération moins risquée. Environ 10% des prêts « SBA » bénéficient à des entrepreneurs souhaitant investir dans une franchise et le montant généralement octroyé, oscille entre \$250,000 et \$500,000, le plafond étant à \$2 million. La grande partie de cet investissement permettra au franchisé d'entrer dans le réseau de franchise et de commencer son business avec les fonds suffisants pour atteindre rapidement une bonne rentabilité.

D'autres moyens de financement peuvent être mentionnés. A titre d'exemple, le gouvernement propose un programme « Patriot Express » en collaboration avec le département des « Veterans Affairs », mettant à disposition jusqu'à \$500,000 notamment à des militaires se préparant à entrer dans la vie civile. En outre certains franchiseurs offrent des moyens de financements internes à leurs franchisés, ou encore certaines sociétés privées de « crowdfunding » permettent à tout entrepreneur avec un projet de trouver financement.

Enfin, il convient de souligner qu'en tenant compte de l'effort financier que suppose toute opération de franchise pour le franchisé, une vingtaine d'Etats viennent encadrer la relation contractuelle Franchiseur/Franchisé. L'objectif de cette initiative est de protéger le franchisé ainsi que son investissement et ce, notamment en imposant des restrictions et/ou conditions liées à la résolution anticipée, au non-renouvellement ou encore à la cession ou la transmission du contrat de franchise.

Comme dans toute opération commerciale, le risque zéro n'existe pas, néanmoins, un candidat franchisé bien préparé, autrement dit, ayant examiné avec attention le document d'information précontractuelle (FDD) détaillant en 23 « items » le concept et l'organisation de l'entreprise franchiseur, s'étant par ailleurs bien informé sur l'état du marché actuel et bénéficiant d'un financement approprié, aura toutes les chances de faire prospérer son business.

**Gilles Menguy**

**Avocat & Solicitor, GM Avocats**

**gmenguy@gm-avocats.com**

---

## **vademecum de préparation à la négociation d'un contrat de master franchise.**

**Points clés qu'un futur master franchisé français doit avoir en tête en négociant un contrat de master franchise avec une enseigne étrangère. / vademecum de préparation à la négociation d'un contrat de master franchise.**

Avant de négocier une master franchise, préparez-vous. La vie d'un contrat de master franchise n'est pas un long fleuve tranquille. Pourquoi ? Comment identifier les problèmes avant de les vivre ?

Suivez le vade-mecum concernant la phase précontractuel dans cet article et la phase contractuelle dans l'article à paraître dans le prochain numéro :

### 1. Points clés pré-contractuels

Dans la période précontractuelle, le candidat master franchisé doit respecter une « checklist » de 8 points clés.

Le premier point est « l'enquête de personnalité ». Le franchiseur et son concept doivent être examinés. Le fait que le concept soit performant sur un marché ne signifie pas automatiquement que le concept sera performant sur un autre marché.

En outre, le master franchisé sera-t-il en mesure, une fois le contrat signé, d'exploiter le concept au regard des usages français en matière d'approvisionnement, de droit du travail, de disponibilité du foncier commercial, des coûts de construction éventuelle. Les règles de gestion et d'exploitation du point de vente unitaire sont-elles transposables en France ? Quel est le niveau d'assistance requis par le master franchisé de la part du franchiseur ? Le franchiseur sera-t-il capable de fournir ce niveau d'assistance ?

Si le franchiseur est récalcitrant, proposez-lui de signer un NDA (« *non disclosure agreement* ») qui assurera la confidentialité des informations qui seront communiquées par le franchiseur au cours de la phase précontractuelle.

Le second point est l'alignement des objectifs des deux parties. Quelle est la culture de chacune des parties sur le degré d'intensité du plan de développement ? Parfois le franchiseur souhaite aller très vite. Or il pourrait être préférable pour le master franchisé de d'ouvrir deux ou trois unités pilotes, puis de faire l'analyse de leur exploitation, pour ensuite accélérer le développement.

Le franchiseur est-il féru de contrôle ou laisse-t-il au master franchisé une certaine liberté entrepreneuriale ? Le master franchisé se voit-il confier l'intégralité des droits de développement ou certains canaux de distribution sont-ils exclus ?

Le troisième point est l'analyse du marché. Le franchiseur a-t-il sur son marché domestique fait l'étude des conditions de marché qui expliqueraient son succès ? Ces conditions sont-elles présentes sur le marché domestique du candidat master franchisé ? Le candidat master franchisé doit donc procéder à une analyse « macro » et « micro ». Dans le premier cas au sens général et dans le second cas en se plaçant dans la situation d'un point de vente. Le candidat master franchisé peut ici étudier : le niveau potentiel des ventes, la segmentation par localisation du point de vente (centre commercial, aéroports, centre urbains), la surface requise, les coûts de location, le ticket moyen, le mix-produits, les systèmes d'information, le sourcing produits.

Le quatrième point est la capacité financière des deux parties. Le master franchisé devra ouvrir ou faire ouvrir un certain nombre de points de vente sur son territoire. Il doit donc s'assurer qu'il a les ressources suffisantes. Le candidat master franchisé serait bien inspiré d'examiner également la situation financière du franchiseur. Si le franchiseur est en proie à des difficultés économiques ou financières, l'ensemble des services supports s'en feront sentir au détriment du master franchisé. Le cas échéant la marque pourrait être fragilisée du fait de la mise en redressement judiciaire du franchiseur qui pourrait causer la cession de la marque ou sa disparition pure et simple.

En outre, le candidat master franchise devrait vérifier selon que le franchiseur dédie suffisamment de ressources financières et économiques au développement international et à l'assistance du master franchisé.

Le cinquième point est l'expérience des parties. En qualité de master franchisé, avez-vous l'expérience du secteur d'activité ? A défaut il faut avoir à l'esprit que le master franchisé devra en même temps qu'il développe le réseau sur son marché faire l'apprentissage d'une nouvelle activité. Cela exige énormément d'organisation et d'effort.

Le choix de l'équipe de direction est-il fait ? Est-il réfléchi ? Il est fréquent que ce choix ne soit pas fait ou qu'après quelque semaine ou mois un changement s'opère au sein de l'équipe dirigeant de la société master franchisé : il est certain que le business plan en sera sérieusement affecté.

Du côté du franchiseur, existe-t-il une équipe internationale ? Le franchiseur a-t-il l'expérience du développement international ? Le franchiseur affectera-t-il une personne dédiée ? Autant de critères permettant d'identifier le sérieux de la démarche internationale du franchiseur.

Le sixième point est la « *tropicalisation* » du concept. Dans une relation de master franchise, la responsabilité du master franchisé est d'adapter le concept au marché domestique du master franchisé avec le consentement du franchiseur.

Il est crucial que les parties aient échangé et soient parfaitement en ligne sur ce qu'il faut ou non adapter. Le franchiseur a tendance à demander l'application telle quelle du concept conçu pour son propre marché. Le master franchisé doit convaincre le franchiseur des axes d'adaptation qui sont nécessaires pour permettre le succès du concept sur le marché domestique du master franchisé. Cette discussion doit avoir lieu avant la signature du contrat.

Le septième point est la validation de l'usage des droits de propriété intellectuelle du franchiseur sur le territoire contractuel du master franchisé. Cela concerne la marque stricto sensu, mais également les manuels, les brevets éventuels ou secrets d'affaires. Il est recommandé que le candidat master franchisé mène ses propres recherches. Certes le contrat devrait en principe prévoir que le franchiseur a la responsabilité d'effectuer tous les dépôts et d'étendre la protection de ces droits de propriété intellectuelle. Cependant si le nécessaire n'a pas été fait et que le contrat est néanmoins conclu et le droit d'entrée payé, le master franchisé se retrouverait dans une situation dramatique.

Le huitième point est la volonté du franchiseur d'assurer l'assistance continue pendant toute la durée du contrat. Il a été préalablement exposé que le candidat master franchisé doit s'assurer des ressources financières du



franchiseur et l'existence de moyens humains et techniques mis à disposition du développement international du concept.

Le candidat master franchise serait bien inspiré de vérifier également la volonté effective du franchiseur d'aider le master franchisé pendant la phase de lancement du concept, en terme de formation, coopération continue, visites sur place des équipes du franchiseur. Les frais et coûts engendrés doivent également est bien énoncés.

Gilles Menguy - Avocat à la Cour

Gmenguy@gm-avocats.com

---

## **To implant in franchise in Asia**

### **TO IMPLANT IN FRANCHISE IN ASIA: THE CHOICE OF THE RIGHT QUALIFIED COURT IS A CRUCIAL QUESTION: the Malaysia case**

The question of the jurisdiction clause is essential in the frame of the retail globalization, in particular in the franchise sector. In fact, it is primordial for a franchisor, who wishes to venture in Asia for example, to sign a master franchise agreement or contract with a local investor. Generally, the latter wishes to obtain the right to operate the franchise for the whole country even for all of Asia.

The clause conferring jurisdiction helps to choose between the competent court of the franchisor's home, the competent court of the master franchisee's home, the public order, third-party State Courts and Arbitration Courts.

Difficulties often come from the fact that both parties want to see their respective court to be selected, or alternatively an arbitral court. These options give birth to more problems than they solve: if the court is that of one of the parties, does not it come to confer one advantage to the said party who would see its national court appointed (selected or designated). If both parties choose an arbitration, would not the cost of such an alternative be too high and the procedure too long in case of an extreme urgency?

It appears that the Commonwealth Nations offer an interesting alternative to international actors through the legal mechanism of the reciprocal recognition of the foreign judgments. Such laws have helped to create procedure ties between the Commonwealth Nations, which deserve to be recognized and worthwhile to be used.

In fact, it is important to be reminded that the Commonwealth Nations count 53 independent States among which Australia, the Brunei Sultanate, Canada, Malaysia, Pakistan, Singapore, South Africa, Cyprus, Jamaica...

Among the Commonwealth Nations there is a favorable climate for business relationships, a fortiori facilitating the adoption of bilateral or multilateral conflict rules, as the right of the Member States is born from the Common Law, as it is understood in England or in Wales.

For example, if a European franchisor wishes to move into Malaysia, one question is arising: should the competent (relevant?) court be that of the European contractor or the Malaysian judge? The European Nation may probably prefer the competence of its own court by fear seeing the Malaysian judge being too "close" to the Master Franchisee. In fact, European franchisors, who enter Asia, generally build business relationships with powerful local

families, whose “influence” is often significant. Most of the time, they sign a contract in order to acquire the franchise rights for the whole country, or even for several countries. These families can pay the entrance fees and invest several million of dollars.

One of the best solutions in this case consist in scanning the mechanisms of the foreign judgment enforcements in Malaysia, which lead us to study the 264 Chapter of the Singaporean enforcement of Commonwealth judgments Act.

Article 5 of this said law specifies that (1) “When the Minister is satisfied that reciprocal provisions have been made by the legislature of any part of the Commonwealth outside the United Kingdom for the enforcement within that part of the Commonwealth of judgments obtained in the High Court of Singapore the Minister may declare by notification published in the Gazette that this Act shall extend to judgments obtained in a superior court in that part of the Commonwealth in the like manner as it extends to judgments obtained in a supreme court in the United Kingdom and on any such declaration being made this Act shall extend accordingly.”

The master franchisee’s interest in choosing the Singapore court under its competent jurisdiction clause is double: first, to choose the Singapore law helps the master franchisee to remain close to his cultural environment; then, the country law is very close to that in force in Malaysia as both States are Commonwealth members. The franchisor’s interest is also double: first, he avoids that the competent court will be the Master Franchisee’s, secondly, the competent court is that of a recognized country known for its strict legal system and very close to the Common Law, from European inspiration, and consequently from the franchisor’s culture (even if the franchisor is from a continental culture).

From a practical point of view, if Singapore is selected under the jurisdiction clause and in case a trial-litigation-dispute arises pushing the franchisor to take a legal action to stop the Master Franchisee using the trademark for example, the franchisor will sue an “*ex parte*” application in the Singapore court so as to obtain a court injunction. This injunction order is of course obtained without the Master Franchisee is heard and it would take two to three weeks.

In parallel, an “*in-parte*” application is to be enlisted before the court; parties can then debate and submit their respective arguments to the judge. During the “*in-parte*” phase, the “*ex-parte*” injunction will remain valid. In a 14 to 21-day period, after the “*ex-parte*” making of the order, the franchisor will have to make the “*ex-parte*” court order enforced in Malaysia. In fact, the Singapore court order will have to be registered in the Malaysian court registry while filling “an emergency certificate”, which gives the Singapore “*ex-parte*” court order the necessary authority of *res judicata* to be enforced in Malaysia. This procedure may take 2 to 3 days.

As a conclusion, before signing any master franchise contract, it is recommended that the franchisor analyses with precision all the options that are offered to him, including those above mentioned. Only half of the work will be done: it would still have to choose the law governing the contract.

**October 2014**

**Gilles Menguy**

**Avocat & Solicitor, GM Avocats**

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

---

# Franchising in Turkey

## FRANCHISING IN TURKEY

### 1. The attraction of investors to the Turkish market.

The territory of Turkey covers 779,452 km<sup>2</sup> and it counts on a population of 78.8 million inhabitants. This is a country immediately recognized by its dynamism, due to its predominantly young population (54% of the population is under 30 years old) and due to its growth potential. Urbanization and westernization of big cities were factors responsible for the modernization of the distribution markets. This modernization relies on a fast development of shopping centers.

The official language is Turkish, several regional languages are also spoken including Arabic, Kurdish and Laz. Turkey is a country of continental law. Its political organization takes the form of a unicameral parliamentary republic embodied by the Grand National Assembly of Turkey.

The religion of the country is Islam, however, since 1934, a statement about secularism figures on the Turkish Constitution. Its rapprochement with the West (Turkey is a member of NATO, of OECD, of G20, of Council of Europe and has signed an Association Agreement with the EU in 1963) is seen as a guarantee of political stability for investors. Nonetheless, problems related to corruption and conflicts with neighboring Cyprus and Greece remain.

### 1. Turkish economy and distribution sector.

The country's potential to attract foreign investment is characterized since the early 2000s by a stable inflation rate to 10% on average and increased purchasing power, with a GDP per capita of \$ 10,436.

Turkey is the country that grew the fastest among emerging economies. Its average growth rate was 6% in the last five years. The process of trade liberalization and facilitation measures such as the granting of bank loans in place from the 1980s encouraged the country's openness to foreign investment.

Urbanization and Westernization of the big cities were the factors responsible for the modernization of the distribution market that relies on an accelerated development of shopping centers. The distribution sector is the fifth largest market in Europe in terms of food expenditure and the eighth largest all expenses combined.

Between 1993 and 2000 the number of franchisors evolved from 36 to 300 and the number of franchisees evolved

from 663 to 10 000. The Turkish Franchise Association (UFRAD) reports a high rate of foreign franchisors as they account for between 65 and 70% of all franchisors.

### **1. A legal background for franchising yet to be defined.**

The beginning of the franchise networks in Turkey dates back to the 1980s, when the most famous chain of fast food conquered the country. Over the years, with experience of the local market, franchise networks have settled in all sectors.

The establishment of a foreign franchisor in Turkey is treated as a flow of foreign direct investment (FDI). The new Foreign Investment Act of June 5, 2003 (Act No. 4875) has strengthened the protection of foreign investors in establishing the principle of national treatment, thus removing the requirement of preauthorization.

Despite its rapid growth and very positive economic environment, Turkey has no specific legislation regarding franchise. Franchise agreements continue to be governed by common law obligations, including the Turkish Code of Obligations No. 818 of 1926 and the Law on the Protection of Competition No. 4054 of 1994.

Since 1991 the Turkish Franchise Association strives to facilitate the integration of foreign franchisors in the Turkish market. Having adopted a code of ethics based on the European Code of Ethics for Franchising, the Association promotes quality standards that govern the franchisor-franchisee relationship and demand, in particular, the implementation of a specific law on franchising.

*By Gilles Menguy, Barristor, Solicitor of England & Wales, GAST & Associés*

*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 modulés, 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 knew 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***