

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 peu conduire à dégrader l'image du produit et de la marque. La pratique des prix conseillés ou de l'imposition d'un prix maxima 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

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

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

L'ETAT OU L'ETUDE DE MARCHE 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 permet 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

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

Private Equity Funds in International Franchising

Article "Private Equity Funds in International Franchising," for the International Journal of Franchising Law Volume 11-Issue 1-2013

Written by James J. Goodman, Andrew P. Loewinger, Gilles Menguy, Ted P. Pearce, Carolyn J. Vardi

Private_Equity_Funds_in_International_Franchising

L'indépendance du franchisé, commerçant indépendant

L'INDEPENDANCE DU FRANCHISE, COMMERÇANT INDEPENDANT

L'un des paradoxes de la franchise repose sur le fait que le franchisé est un commerçant indépendant dont la réussite commerciale dépend du potentiel de rentabilité du savoir-faire du franchiseur.

Dès lors, bien qu'indépendant, il doit se placer dans le sillage du franchiseur et donc suivre les normes mises au point par ce dernier. Le fait d'intégrer un réseau lui fait naturellement perdre une part de son indépendance.

Le principe d'indépendance en dépit des restrictions à la liberté du franchisé

L'article A441-1 du Code de commerce prévoit que : « Toute personne vendant des produits ou fournissant des services, liée par un accord de franchise à un franchiseur, informe le consommateur de sa qualité d'entreprise indépendante, de manière lisible et visible, sur l'ensemble des documents d'information, notamment de nature publicitaire, ainsi qu'à l'intérieur et à l'extérieur du lieu de vente ». Le franchisé doit donc apparaître en sa qualité de commerçant indépendant aux yeux des clients.

La loi rappelle ainsi le principe d'indépendance du franchisé, bien que ce dernier connaisse des tempéraments. En effet, le franchisé et le franchiseur sont indépendants l'un de l'autre mais ont l'obligation de collaborer activement. Le franchisé doit ainsi se former au savoir-faire du franchiseur tandis que ce dernier doit apporter une assistance commerciale et technique à ses franchisés tout au long du contrat. Le franchiseur apporte des conseils tout au long du contrat quant au choix du local par exemple, en matière de publicité, d'agencement des produits...

Une clause prévoyant un approvisionnement exclusif auprès du franchiseur ou d'un fournisseur qu'il aurait désigné ou encore une clause de non concurrence bien que limitée dans le temps et dans l'espace sont autant d'éléments qui peuvent restreindre la liberté de gestion du franchisé.

Le franchisé n'est donc pas totalement libre dans la gestion de son activité, bien qu'il soit un commerçant indépendant.

Les conséquences de l'indépendance du franchisé

Les aspects positifs

Le franchisé est donc inscrit au Registre du commerce et des sociétés en qualité de commerçant indépendant. Ainsi, le franchisé fidélise sa propre clientèle (du moins la clientèle locale) qui fait alors partie de son fonds de commerce.

Son statut de commerçant et la propriété d'un fonds de commerce qu'il aura créé ou acquis librement lui permet de bénéficier du statut protecteur des baux commerciaux (notamment du droit au renouvellement et de l'indemnité d'éviction).

En sa qualité d'employeur, il va lui-même recruter ses salariés et les encadrer comme il l'entend.

Le franchisé est également libre dans la fixation des prix de revente, bien que la pratique des prix conseillés soit répandue.

Les aspects négatifs

Le franchisé agit en son nom propre et est engagé pour tous les actes qu'il accomplit à l'égard des tiers : salariés, clients, administration fiscale, URSSAF...

Il supporte ainsi tous les risques liés à l'exercice de l'activité.

Le franchiseur ne peut donc pas être engagé pour les actes commis par le franchisé : il n'y a ainsi aucune solidarité

entre eux.

Les restrictions à l'indépendance du franchisé

Le contrat de franchise est basé sur la réitération d'un savoir faire : le savoir-faire du franchiseur. Il est donc normal que le franchiseur encadre la mise en oeuvre du savoir-faire et que le franchisé se plie à ses méthodes techniques et commerciales.

Toutefois, cet encadrement ne doit pas s'assimiler à une subordination du franchisé à l'égard du franchiseur. C'est pourquoi, une participation au capital de la société franchisé par le franchiseur par exemple, ou un recrutement des salariés opéré par ce dernier pourraient être analysé comme des indices de subordination par un juge.

Ainsi, si l'assistance est une obligation du franchiseur, il ne doit pas pour autant s'immiscer dans la liberté de gestion dont dispose le franchisé. Il est légitime qu'il contrôle la bonne application de ses normes par le franchisé afin d'assurer l'homogénéité du réseau. Dès lors, bien que le franchisé soit indépendant, le franchiseur est en droit de contrôler la mise en oeuvre des consignes et normes par le biais de visites de contrôle, d'envoi de clients mystère...

Les conséquences d'une remise en cause trop importante de l'indépendance du franchisé sont nombreuses :

- En cas de mise en évidence d'un lien de subordination entre le franchiseur et le franchisé, les juges pourront requalifier le contrat en contrat de travail. Une résiliation du contrat par exemple pourra alors être requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse avec des conséquences financières très lourdes (indemnité de licenciement, de préavis, de congés payés, rappels de salaires...)
- Remise en cause de la propriété de la clientèle donc du fonds de commerce et partant de l'application du régime du bail commercial
- Requalification possible du franchiseur en «dirigeant de droit» en cas de procédure collective ou en matière pénale
- Application de l'article L7321-2 du Code du travail applicable aux gérants de succursale lorsque ces 4 conditions sont remplies alors même qu'un lien de subordination n'a pas besoin d'être démontré :
 - Engagement d'approvisionnement exclusif ou quasi exclusif
 - Local fourni ou agréé par le franchiseur
 - Conditions d'exploitation imposées par le franchiseur
 - Prix de commercialisation imposés par le franchiseur

Décembre 2012

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor, GM Avocats

gmenguy@gm-avocats.com

L'acquisition du fonds de commerce

L'ACQUISITION DU FONDS DE COMMERCE

Certains franchisés font le choix de l'acquisition d'un fonds de commerce non franchisé ou celui de la reprise d'un fonds de commerce déjà intégré dans un réseau de franchise.

Quelle que soit l'option privilégiée, il convient d'être très rigoureux sur la rédaction du contrat de cession et sur les formalités à respecter.

Les étapes de l'acquisition d'un fonds de commerce

Il convient au préalable de s'assurer que le fonds que l'on souhaite acquérir ne fasse pas déjà l'objet d'un pacte de préférence au profit d'un tiers ou qu'il ne soit pas potentiellement préemptable par la commune (s'il est situé dans un périmètre de sauvegarde du commerce).

L'étude d'implantation

La clientèle est un élément primordial du fonds de commerce. Une étude d'implantation permettra éventuellement d'analyser la localisation du fonds et d'évaluer la taille de sa clientèle potentielle. Si cette étude peut s'avérer coûteuse, elle peut être très utile puisque la clientèle et l'emplacement du fonds de commerce sont des éléments centraux pour sa réussite commerciale future.

La promesse de vente

Il est courant de faire précéder la vente du fonds d'une promesse de vente unilatérale (n'engageant que le vendeur) ou d'un compromis de vente (promesse qui engage les deux parties). Très souvent la promesse unilatérale s'accompagne également d'une indemnité d'immobilisation et doit obligatoirement être enregistré dans les 10 jours qui suivent l'acceptation par le bénéficiaire auprès de l'administration fiscale.

La signature de l'acte de vente du fonds de commerce

L'article L141-1 du Code de commerce énonce les mentions que doit obligatoirement contenir l'acte de vente :

- L'origine du fonds (date d'acquisition, prix, sauf si ce dernier a été créé par le vendeur)
- L'existence de privilèges ou de nantissements grevant le fonds
- Le chiffre d'affaires et le résultat d'exploitation des trois dernières années d'exploitation
- Les mentions relatives au bail commercial : date de conclusion, durée du bail, nom et adresse du bailleur

Sanctions de l'omission de ces mentions : la vente peut être annulée si l'acquéreur le demande dans l'année qui suit la cession

Sanctions de l'inexactitude de ces mentions : une action en garantie peut alors être intentée par l'acquéreur lorsque ces inexactitudes lui ont été préjudiciables, dans le même délai d'un an. Si son action est accueillie, il pourra obtenir une réduction du prix du fonds ou bien le rendre et récupérer son argent.

La publicité de la cession

La publicité est une obligation à la charge de l'acquéreur obligatoire dans un souci de protection des tiers.

Suite à l'acquisition, il convient de faire enregistrer l'acte de cession auprès de la recette des impôts qui va percevoir les droits de mutation.

De plus, dans les 15 jours de la signature de l'acte, il faut faire une publication dans un Journal d'Annonces Légales (JAL) et dans les 15 jours suivant cette publication, il convient de faire une publicité au BODACC par le greffier du Tribunal de Commerce.

Cette dernière publicité est importante puisqu'elle fait courir un délai de 10 jours durant lequel les créanciers peuvent former opposition.

Si l'acquéreur ne respecte pas ses obligations en matière de publicité, il reste tenu à l'égard des tiers et notamment à l'égard des créanciers de l'acquéreur.

Les clauses essentielles de l'acte de cession d'un fonds de commerce

La clause définissant l'objet du contrat de cession : le fonds de commerce

Cette clause est essentielle puisqu'elle doit lister avec précision les éléments du fonds qu'ils soient incorporels (la clientèle, le droit au bail, la marque voire les brevets et dessins et modèles, l'enseigne...) ou corporels (le matériel, les stocks...).

Les éléments essentiels du fonds doivent être cédés lors de cette cession. Toutefois, à défaut de précision dans l'acte, tous les éléments indispensables à attirer la clientèle sont intégrés.

Les mentions obligatoires évoquées précédemment doivent évident être contenue dans cette clause.

La clause relative au sort des contrats

Il peut également être judicieux d'évoquer le sort des contrats. Le principe est en effet que les contrats ne sont pas transmis avec le fonds.

Toutefois, les contrats de travail sont transmis d'office, par le seul effet de la loi. Le contrat d'assurance, quant à lui est également transmis mais l'acquéreur pourra le rompre.

Une clause du contrat peut prévoir la poursuite des contrats qui intéressent l'acquéreur.

La clause de non concurrence ou de non-établissement

Le vendeur du fonds n'a pas le droit de détourner la clientèle qu'il a cédé, il s'agit de l'obligation légale de non éviction.

Toutefois, en fonction du type d'activité exercée dans le fonds, une clause de non concurrence ou de non-établissement peut être intégrée à l'acte de cession. Si elle est prévue, elle doit être proportionnée, justifiée mais surtout limitée dans le temps, dans l'espace et quant à l'activité.

Enfin, **la clause attributive de juridiction** ainsi que **la clause de constitution de séquestre** méritent toute leur place dans l'acte.

Par souci de clarté, il est de bon ton de rappeler les obligations des deux parties.

Le rôle du séquestre et le mécanisme des oppositions lors de l'acquisition d'un

fonds de commerce

Le droit d'opposition des créanciers

La publicité imposée à l'acquéreur a pour fonction d'informer les créanciers du vendeur et ainsi de leur permettre de former opposition au paiement du prix. Tous les créanciers peuvent ainsi faire opposition, que leur créance soit ou non exigible.

La forme imposée pour l'opposition est l'exploit d'huissier signifié au domicile élu sauf pour l'administration fiscale qui procède par l'avis à tiers détenteur. Cette formalité doit avoir lieu dans le délai de 10 jours à compter de la publication au BODACC mais peut également avoir lieu avant cela.

L'acquéreur est responsable vis-à-vis des créanciers du cédant à hauteur du prix de vente et si l'opposition est régulière, ce dernier va devoir désintéresser les créanciers.

La surenchère du sixième

Si les créanciers de l'acquéreur considèrent le prix de cession du fonds de commerce comme étant insuffisant, les créanciers ayant fait opposition dans les délais ainsi que les créanciers privilégiés et nantis peuvent engager cette procédure.

Cela consiste à faire vendre le fonds aux enchères avec un prix majoré d'un sixième (du montant des éléments incorporels seulement). Si personne ne se porte acquéreur lors de la vente, le créancier ayant formulé la demande de surenchère sera alors acquéreur du fonds.

Le rôle du séquestre

Le séquestre est un mécanisme facultatif.

Il consiste à remettre le prix de la cession à un notaire ou un avocat, qui conservera les fonds durant les délais d'opposition et désintéressera les créanciers du vendeur. Il faudra toutefois que l'acquéreur règle les honoraires du séquestre. Cela permet d'opposer à tous les créanciers le paiement opéré par l'acquéreur.

Le séquestre dispose d'un délai de 5 mois à compter de la cession pour remettre au vendeur le prix de la vente. Cela n'aura ainsi lieu qu'à l'expiration de tous les délais d'opposition après avoir éventuellement désintéressé des créanciers.

Décembre 2012

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor, GM Avocats

gmenguy@gm-avocats.com

Contrat d'affiliation et contrat de franchise

CONTRAT D’AFFILIATION ET CONTRAT DE FRANCHISE

La distinction entre contrat d'affiliation et contrat de franchise est délicate à appréhender tant les deux notions sont proches. De plus, le contrat d'affiliation est souvent assimilé au contrat de commission-affiliation alors qu'ils sont très différents. Tout l'enjeu de la différenciation entre franchise et affiliation repose sur la transmission ou non d'un savoir-faire.

Notions de contrat de franchise et de contrat d'affiliation

Le contrat d'affiliation permet à un affilié d'intégrer un réseau lui permettant de favoriser sa rentabilité commerciale en obtenant notamment des conditions tarifaires plus avantageuses. L'affilié est toutefois soumis à une méthode commerciale qu'il doit respecter.

Le contrat de franchise est un contrat de réitération du savoir-faire par lequel un franchiseur met à la disposition d'un franchisé ses signes distinctifs et son savoir-faire en échange du paiement de redevances.

Le contrat d'affiliation est à distinguer du contrat de commission affiliation, très utilisé dans le secteur textile. Il s'agit d'un contrat très proche du contrat de franchise qui se différencie de ce dernier par le fait que l'affilié vend en son nom mais pour le compte de son commettant qui reste propriétaire des stocks.

Similitudes entre contrat de franchise et affiliation

Les similitudes sont tellement nombreuses que ces deux contrats sont considérés comme proches.

Ces deux contrats peuvent contenir des clauses similaires : clause de mise à disposition de l'enseigne et de la marque mais aussi souvent une clause d'approvisionnement exclusif. De plus, l'affilié comme le franchisé sont des commerçants indépendants, propriétaires de leur fonds de commerce.

Différences entre contrat de franchise et affiliation

L'affiliation symbolise l'adhésion à un réseau de distribution mais contrairement à la franchise, le contrat ne se caractérise pas par la transmission d'un savoir-faire ni du quelconque respect d'un manuel opératoire. En effet, la méthode commerciale qu'il doit respecter ne correspond pas à un savoir-faire «identifié, secret et substantiel».

La question réside alors dans le fait de savoir si on est en présence ou non d'un réel savoir faire. Si les connaissances techniques délivrées auraient pu être acquises par commerçant lui-même on n'est pas en présence d'un contrat de franchise.

Avantages et inconvénients pour le franchisé

Avantages

L'assistance, la formation permanente et plus généralement l'encadrement sont des avantages non négligeables pour le franchisé.

Inconvénients

Le contrat de franchise offre moins de latitude et plus de contraintes à l'affilié dans l'exploitation de son

commerce.

Le contrat de franchise s'avère souvent plus coûteux que le contrat d'affiliation.

Requalification

Requalification d'un contrat de franchise en contrat d'affiliation

Le contrat d'affiliation peut être requalifié en contrat de franchise dès lors qu'il n'y a eu aucune transmission de savoir-faire.

Requalification d'un contrat d'affiliation en contrat de franchise

Une telle requalification est possible mais encore faut-il rapporter la preuve de la transmission d'un savoir-faire répondant aux critères suivants : «identifié, secret et substantiel».

Décembre 2012

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor, GM Avocats

gmenguy@gm-avocats.com