

L'offre de négociation dans le cadre de la procédure civile anglaise

L'OFFRE DE NEGOCIATION DANS LE CADRE DE LA PROCEDURE CIVILE ANGLAISE

Introduction

En droit anglais (et gallois), l'offre de négociation ne relève pas que du choix des parties, ou du moins ce choix est éclairé par le Civil Procedure Rules (CPR) en sa Section 36 intitulée *Offers to settle*.^[1]

Aux trois questions qui structurent l'offre de négociation : à qui faire l'offre ? quand ? comment ? le CPR apporte plus que des réponses. Il incite fortement les parties en conflit, désireuses peut-être encore d'en découdre plutôt que de négocier, de réfléchir sur les conséquences financières de leur acceptation ou refus d'une offre de négociation.

1. L'offre de négociation

Moins de 2% des conflits civils font l'objet d'un jugement en Angleterre. Diverses raisons expliquent cet extraordinaire faible pourcentage. L'une d'elles – et non la moindre – est le fait que la majorité des procès donnent lieu à négociation avant le début ou la fin du procès.

Negotiated settlements et CPR Part 36.

Dans la procédure civile anglaise actuelle, il existe deux voies de règlement amiable des conflits :

- la voie traditionnelle, dite *negotiated settlements*, qui ne se réfère nullement à la Section 36 du CPR. Un règlement par ce biais est censé être *without prejudice*. Aucune partie ne peut évoquer son contenu devant un tribunal si le conflit rebondit, à moins que les deux parties y consentent. Cette règle vise à encourager les parties en conflit à négocier autant que possible.
- la voie formelle, renvoyant à la Section 36 du CPR.

Le choix entre ces deux approches relève de considérations pratiques et tactiques.

CPR Part 36

L'intérêt de cette Section est d'instituer un régime pénalisant les parties en conflit à ne pas rejeter inconsidérément une offre raisonnable de négociation. Un refus injustifié emporte la prise en charge de tous les risques du procès.

En principe,

1. Le demandeur (*claimant*) est à même de faire une offre de règlement amiable au défendeur en lui signifiant ce qu'il est prêt à accepter à titre de dédommagement. Comme dans l'approche traditionnelle du *negotiated settlement*, cette offre de négociation peut se faire *prior to the issue of proceedings* ou *once proceedings have been issued*, mais, à la différence de l'approche traditionnelle, qui peut être conduite oralement ou par écrit, la Section 36 du CPR oblige à recourir à l'écrit.
2. Le défendeur (*defendant*) est en droit également de formuler le même type d'offre. Depuis le 6 avril 2007, il n'y a plus d'obligation d'assortir cette offre d'un paiement *into court* pour que celle-ci ait un

effet juridique (*to make a binding offer under CPR Part 36*).[2]

Dans les deux cas, le délai d'expiration de l'offre est de 21 jours. En conséquence, *after the commencement of proceedings*, l'offre doit être faite au moins 21 jours avant le début du procès.

2. CPR Part 36 strategy

Ce genre d'expression est communément utilisée par les praticiens du droit outre-manche, car l'offre de négociation d'une partie et son acceptation ou refus par l'autre partie est bel et bien ressentie comme une question de tactique et de contre-tactique tant les conséquences financières peuvent être lourdes pour la partie qui a mal calculé son coup.

Claimant's offer to settle

Les *costs consequences* d'une offre du demandeur ne sont en rien mécaniques. Elles dépendent de l'anticipation par le demandeur de la réaction du défendeur, du réalisme de l'offre et de la réaction effective de celui-ci. Elles dépendent aussi de la décision du tribunal. C'est dire si un jeu est possible et qu'il convient de savoir jouer.

Deux situations se présentent selon que l'offre du demandeur est acceptée ou non.

- Si l'offre du demandeur est acceptée, l'instance est suspendue (*the action is stayed*) et le défendeur se verra ordonner de payer le montant de l'offre, augmenté des coûts du procès (*legal costs*) du demandeur *on the standard basis*. [3] Le défendeur devra prendre en charge également ses propres coûts.
- Si l'offre du demandeur est rejetée, les conséquences varient suivant la décision du tribunal :

1. si le tribunal fait droit à la demande et si le dédommagement accordé par le tribunal est supérieur à celui de l'offre du demandeur, le tribunal ordonnera au défendeur d'acquitter les dommages-intérêts arrêtés (*damages*) ainsi que les coûts du procès du demandeur en sus des siens.

En outre, si le tribunal le juge bon (*if it is considers just to do so*), le défendeur se verra infligé une *penalty* pour n'avoir pas accepté l'offre de négociation du demandeur.

Une telle sanction prendra la forme

- du paiement d'un intérêt sur le montant des dommages-intérêts pouvant aller jusqu'à 10% au-dessus du taux de base en vigueur ;
- et/ou du paiement d'un intérêt sur les coûts du procès allant également jusqu'à 10% au-dessus du taux de base en vigueur ;
- et/ou du paiement des coûts du procès *on the indemnity basis*. [4]

Tous ces éléments, pouvant composer la *penalty*, seront calculés à partir de la date limite jusqu'à laquelle le défendeur aurait pu accepter l'offre (soit 21 jours après la formulation de l'offre du demandeur).

2. si le montant accordé par le tribunal est égal ou inférieur à l'offre du demandeur, il n'y aura, à l'encontre du défendeur, aucune des *adverse costs consequences* listées en a). Le défendeur devra payer les dommages-intérêts arrêtés ainsi que les coûts du procès du demandeur *on the standard basis*.

Prenons un exemple simple pour illustrer toutes ces conséquences alternatives.

Soit un contrat conclu entre un grand producteur de boissons et un de ses fournisseurs. Le producteur se plaint

auprès du fournisseur en question de la défektivité d'un ingrédient entrant dans la composition de ses boissons. Dans le cadre d'une tentative de règlement amiable placé sous les auspices du *CPR Part 36*, le producteur présente une offre de négociation au fournisseur en lui demandant un dédommagement de 500.000 £.

Ce faisant, le producteur, en tant que demandeur, exerce une pression sur le fournisseur pour négocier car ce dernier pourrait faire face à de redoutables conséquences financières s'il refusait et s'il perdait. La pression sera d'autant forte que l'offre de négociation sera faite tôt attendu que, dans ce cas, plus longue sera la période sur laquelle pourront être calculés les *bonus interests* et *indemnity costs*.

Le fournisseur a 21 jours pour relever l'offre du fournisseur. Le choix est clair, à défaut de prédire exactement ce qu'il entraîne :

- s'il accepte l'offre du producteur, aucune assignation ne lui sera délivrée et le producteur sera dédommagée de la somme réclamée ;
- s'il rejette l'offre, le dénouement dépend de la décision du tribunal :
- si le juge reconnaît le bien-fondé de la demande du producteur et condamne en conséquence le fournisseur au paiement d'une somme de 750.000 £, soit une somme supérieure à l'offre de négociation de 500.000 £, le fournisseur se verra condamné à 750.000 £, augmentée de la *penalty* redoutée (soient les deux types d'intérêts punitifs, ainsi que les coûts du procès calculés sur une base indemnitaire et sur une période de référence plus ou moins longue selon que l'offre a été présentée très en amont ou non) ;
- si le tribunal condamne le fournisseur à la somme de 350.000 £, c'est-à-dire à une somme inférieure à l'offre de négociation, celui-ci n'aura à acquitter que la somme indiquée dans le dispositif du jugement et ses propres coûts du procès.

Defendant's offer to settle

Pour tenter d'échapper à la pression du demandeur dans le cadre même *CPR Part 36*, le défendeur peut prendre les devants et s'engager à dédommager le demandeur. L'intérêt de cette démarche est de pouvoir estimer soi-même le montant à verser et d'exercer à l'envers une pression sur le demandeur.

Deux cas se présentent à nouveau :

- si l'offre du défendeur est acceptée par le demandeur dans les 21 jours, le défendeur honorera son engagement de payer et assumera les coûts du procès du demandeur *on the standard basis*. ;
- si l'offre du fournisseur est rejetée par le demandeur dans les 21 jours, les conséquences financières dépendent, là encore, du montant des dommages-intérêts octroyés par le tribunal :
- si le demandeur obtient mieux que l'offre du défendeur, le demandeur ne fera face à aucune des *specific costs consequences*. Le défendeur sera condamné à payer les dommages-intérêts ordonnés par le juge ainsi que les coûts du procès du demandeur *on the standard basis*. On retrouve ici en symétrique la solution correspondant à la situation : offre de négociation émanant du demandeur, rejet du défendeur, et montant alloué par le tribunal supérieur à l'offre initiale.
- si le demandeur n'obtient pas mieux que l'offre du défendeur (*does not beat the payment in the court*), le tribunal sera enclin à partager les coûts du procès en deux (*may make a split costs order unless it considers unjust to do so*). Outre le fait qu'il sera condamné à payer les dommages-intérêts arrêtés, le défendeur devra payer les coûts du procès du demandeur jusqu'à la dernière date d'acceptation où l'offre aurait pu être acceptée. Quant au demandeur, en sus de recevoir les dommages-intérêts alloués, il se verra ordonner par le juge de prendre en charge les coûts du procès du défendeur à partir du jour suivant la date d'expiration de l'offre jusqu'au procès. Comme cette dernière phase est celle qui engage

le plus de dépenses, la partie du jugement relative aux coûts pénalise en réalité le demandeur même si celui-ci a gagné finalement au fond. Le tribunal le sanctionne pour n'avoir pas accepté une offre de négociation raisonnable qui émanait du défendeur.

Claimant's counter offer to settle

Un demandeur qui doit faire face à l'engagement d'un défendeur de le dédommager à l'amiable peut ne pas apprécier d'être mis au pied du mur par celui par qui, à ses yeux, le mal est arrivé ! Outre le dommage qu'il a subi, il peut avoir le sentiment d'être manipulé par le défendeur qui, en prenant l'initiative de négocier, l'amène à assumer les conséquences financières de ne pas donner suite dans les 21 jours. C'est sans doute trop supporter pour le demandeur, mais le *CPR Part 36* n'a pas exclu la possibilité pour ce dernier *to make a counter offer*, renvoyant ainsi sur le défendeur la pression exercée par l'offre de négociation (*thereby putting cost pressure back onto the defendnt*). A son tour, le défendeur a 21 jours pour accepter ou rejeter la contre-offre du demandeur.

Supposons, par exemple, que le défendeur en premier offre en réparation d'un dommage cause dont il se sent responsable la somme de 75,000 £. Supposons également que le demandeur fasse une contre-offre de 115,000 £. Plusieurs cas de figure sont envisageables :

1. Le tribunal fixe à 100,000 £ (intérêts compris) le montant des dommages-intérêts. Cette somme est supérieure au montant de l'offre du défendeur (75,000 £) mais inférieure à celui de la contre-offre du demandeur (115,000£). Dans ce cas, la tactique du défendeur, contrée par celle du demandeur, a échoué. Aucune *penalty* ne frappe le demandeur mais le défendeur n'est pas non plus sévèrement sanctionné. *Neither tactic has worked*. Le demandeur obtient la somme arrêtée par le tribunal (100,000 £). Le défendeur acquittera ladite somme et prendra en charge les coûts du procès du demandeur *on the standard basis (i.e. costs reasonably and proportionally incurred)*.
2. Cette somme est inférieure, non seulement au montant de la contre-offre du demandeur, mais aussi à celui de l'offre du défendeur. Le demandeur *is awarded* 50,000£, mais *a split costs order* partagera les coûts du procès. Le demandeur payera les coûts encourus *on the standard basis* à compter du jour suivant le 21^e jour à partir de la réception de l'offre du défendeur jusqu'au procès. Comme le montant de ces coûts seront probablement supérieurs à ceux encourus sur la même base par le défendeur jusqu'au 21^e jour inclus, la différence viendra en déduction des dommages-intérêts de 50,000£ accordés au demandeur (*the claimant will have to pay the balance out of £ 50,000 damages*).
3. Le tribunal fixe à 135,000 £ (intérêts compris) le montant des dommages-intérêts. La tactique de contre-offre du demandeur est ici payante. Non seulement il obtiendra la somme arrêtée, mais cette fois la *tactical step to counter the defendant's offer* a pleinement pour effet de retourner la pression sur le défendeur redevenu *the offeree* après avoir tenté d'être le premier *the offeror*. Calculée sur une période allant de l'expiration de la contre-offre de 21 jours jusqu'au procès, le défendeur aura à assumer, en sus des coûts du procès du demandeur *on the indemnity basis*, les *bonus interests (interest on the damages received, i.e. £135,000, at not more than 10% above base rate, and interest on the claimant's costs of up to 10% above base rate)*. Ces intérêts punitifs ne doivent pas être confondus avec l'intérêt usuel qui vient s'ajouter au montant des dommages-intérêts *from the cause of action* si le tribunal le juge bon.

Tels sont les résultats étonnants, et réellement dissuasifs, *du CPR Part 36* qui encouragent les parties à prendre au sérieux toute offre de négociation au plus en amont du procès. Il y a lieu de réfléchir à deux fois si on n'entend nullement négocier.

Une fois l'offre de négociation éventuellement formulée, les nouvelles règles du *CPR Part 36* empêchent que l'offre

soit retirée avant le délai d'expiration sans que le tribunal donne son accord. Celui qui est familier de la *common law* anglaise y verra une exception au droit des contrats dans le cadre duquel il est possible de retirer son offre avant qu'elle soit acceptée.

Une fois que l'offre est éventuellement acceptée, le règlement doit être effectué dans les 14 jours d'acceptation de l'offre, ou de l'ordonnance du tribunal, à moins que les parties conviennent d'une plus longue durée d'un commun accord.

Conclusion

Au terme de cette brève étude, le praticien français pourrait avoir l'impression que le CPR Part 36 constitue un ensemble fortement contraignant pour des parties qui entendent négocier comme elles l'entendent. Qu'on ne se trompe pas : les parties demeurent libres d'aller au procès, mais elles ne doivent pas abuser de cette possibilité pour décliner toute offre de négociation qui serait raisonnable.

Le *CPR Part 36* s'inscrit dans la ligne de la réforme Woolf de la procédure civile anglaise mise en œuvre à partir des années 1990. L'objectif majeur de cette réforme, tel que rappelé dans le *CPR Part 1 (Overriding objective)*, était de permettre aux tribunaux de mieux contrôler le cours de la justice qui passait pour trop *expensive, protected and controlled by lawyers*. Il suffit de voir comment aujourd'hui s'enchaînent rigoureusement, dans des formulaires et des délais précis, les différentes étapes du procès (*letter of claim, claim form, particulars of claim, defence and/or counterclaim, reply and/or defence to counterclaim*, sans parler des *pre-action protocols* selon la matière en cause, etc.) Même la communication des pièces (*disclosure*) fait l'objet d'une réglementation précise qui évite les dérives de la *discovery* américaine, d'autant que devant les tribunaux anglais pèsent sur les avocats l'obligation de produire, parmi les pièces, celles qui s'avèrent aller jusqu'à l'encontre de leurs clients (*adversely affect their own case*) ...

En avant de la conduite du procès, le *CPR* a entendu également régler de façon efficace la conduite de la négociation. Le *CPR Part 36* offre un cadre contraignant et protecteur pour la partie de bonne composition qui n'a pas à souffrir à l'excès de la mauvaise foi ou de manœuvres dilatoires. Si la stratégie de négociation (*settlement strategy*) demeure l'apanage des parties, le *CPR Part 36* est là pour leur rappeler les risques et les coûts d'un refus injustifié ou tardif pour régler à l'amiable leur conflit.

Une telle approche peut assurément servir de guide pour aider et mieux développer l'offre de négociation en France. Des procédures contraignantes équivalentes auraient un effet non moins heureux pour les parties civiles trop victimes des chicaneurs ainsi que le décrivait non sans humour Racine au XVII^e siècle. Une réforme en ce sens pourrait être aussi l'occasion d'élargir l'offre de négociation à toute forme de demande, d'autant que nombre de dossiers comportent un aspect multidimensionnel qui ne saurait se réduire au simple paiement de dommages-intérêts. Si le besoin d'une tierce personne se fait sentir, une telle offre pourrait être celle d'une médiation, tant cette procédure se révèle aussi rapide et moins coûteuse.

[1] Le CPR comporte 76 *Parts*. Chaque *Part* est décomposée en *Rules*.

[2] The Civil Procedure Rules (Amendment N°3) 2006.

[3] *On the standard basis* signifie que les coûts pris en compte doivent être *reasonable* quant à leur nature et à leur montant. Cependant, ils peuvent être proportionnels à la matière en cause et au montant de la demande. Un recours est possible. Les *legal costs* sont les coûts générés par la communication des pièces (*disclosure*), la sollicitation des témoins et des experts et les *trial costs* (honoraires des *solicitors* et/ou *barristers*, etc.)

[4] *On the indemnity basis*. Cette expression recoupe celle de *standard basis* si on en ôte l'aspect proportionnel.

Le contrat de commission-affiliation sauvé par la Cour de Cassation

LE CONTRAT DE COMMISSION-AFFILIATION SAUVE PAR LA COUR DE CASSATION

(Cour de Cassation - Chambre commerciale - 26 février 2008)

Le 13 septembre 2006, la société CHATTAWAK était condamnée au paiement de la somme de 145.000 euros par la Cour d'appel de PARIS, suite à la requalification du contrat de commission-affiliation la liant à un ex-affilié en contrat d'agence commerciale.

L'avenir de la commission-affiliation, particulièrement adaptée au secteur des produits textiles, était gravement mis en cause.

La Cour de Cassation, par un arrêt du 26 février 2008 cassant l'arrêt de Cour d'appel, vient de réhabiliter le contrat de commission-affiliation en réaffirmant le principe de la propriété de la clientèle, contraire à la nature même d'un simple contrat de mandat lié à l'activité d'agent commercial.

Dans cette affaire, un ancien affilié avait conclu en 1987 avec la société de Prêt-à-porter CHATTAWAK, un contrat de franchise auquel avait été substitué à partir du 11 juin 1999 un contrat de commission-affiliation lui permettant d'utiliser la marque CHATTAWAK à titre d'enseigne et de disposer d'un stock de marchandise directement défini et financé par CHATTAWAK.

Fin 2002, la société CHATTAWAK prenait la décision de mettre un terme au contrat de son affilié en lui notifiant la rupture de leurs relations contractuelles.

Ce dernier assignait immédiatement son ancien franchiseur afin d'obtenir la requalification de son contrat de commission-affiliation en contrat d'agence commerciale.

Son objectif était clair : obtenir l'indemnité de rupture accordée à tout agent commercial pour un montant équivalant à deux années de commission.

Le débat allait s'articuler autour de l'alternative suivante : fallait-il reconnaître à l'ex-affiliée le statut de « commissionnaire » ou celui « d'agent commercial » au regard du contrat et des conditions de son application ?

Le commissionnaire est indépendant. Il agit en son nom propre et pour le compte d'un commettant.

En revanche, l'agent commercial *s'efface* derrière le fournisseur. Il agit en simple mandataire, n'a pas de clientèle propre, ne peut être titulaire d'un fonds de commerce et n'a pas la qualité de commerçant.

Dans son arrêt du 13 septembre 2006, la Cour d'appel de Paris avait tranché en faveur de l'ancien affilié en lui reconnaissant la qualité d'agent commercial ce qui justifiait une indemnité de rupture de

145.000 euros.

La Cour avait estimé que l'affilié était en réalité un simple mandataire en relevant d'une part, que le distributeur utilisait la dénomination du fournisseur non seulement comme enseigne mais également dans toutes ses relations avec l'ensemble de ses partenaires et d'autre part que les tickets de caisse utilisés dans la gestion du point de vente mentionnaient la société CHATTAWAK sans indiquer l'identité propre de l'affilié.

Enfin, les juges constataient que ce dernier encaissait le produit des ventes directement sur un compte ouvert au nom de CHATTAWAK.

Par leur analyse du contrat et des conditions de son exécution, les magistrats en déduisaient que l'ex-affilié intervenait contractuellement comme dans les faits, *en toute transparence, pour le compte et au nom du fournisseur* et avait par voie de conséquence la qualité d'agent commercial.

L'ensemble des contrats de commission-affiliation conclus dans le secteur de la distribution se retrouvaient *de facto* sous la menace du couperet de la requalification avec l'inquiétante perspective pour les commettants de se voir, à l'avenir, condamnés à verser d'importantes indemnités à leurs ex-commissionnaires ...

Par un arrêt de principe rendu le 26 février 2008, la Cour de Cassation vient de réhabiliter le contrat de commission-affiliation en cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris.

La Cour de cassation rappelle que le contrat liant les parties contenait une disposition selon laquelle « *la société X... était un commerçant indépendant, propriétaire de son fonds de commerce* ».

Au regard d'une telle clause, la Cour en déduit très justement que la reconnaissance de la *propriété du fonds de commerce par l'ex-affilié* et donc *de sa propre clientèle* apparaît rigoureusement contraire à la définition même de l'agent commercial, simple mandataire qui n'a pas de clientèle propre, ne peut être titulaire d'un fonds de commerce et n'a pas la qualité de commerçant.

En réaffirmant ces principes, la Cour de cassation tire les conséquences logiques de l'indépendance juridique de l'affilié ou du franchisé.

Mars 2008

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor

gmenguy@gm-avocats.com

La Franchise en Chine

LA FRANCHISE EN CHINE : Nouvelle loi N°485 du 6 février 2007

Une nouvelle réglementation de la franchise est entrée en vigueur en Chine le 1^{er} mai dernier.

Rappel historique

Le souci de réglementation de la franchise s'est fait sentir en même temps que celui de la réglementation de l'investissement étranger en Chine. Il existait en 1997 une réglementation purement interne de la franchise, c'est-à-dire que seuls les réseaux de franchise chinois étaient soumis à ce statut. Les réseaux étrangers avaient donc commencé leur développement en Chine sur des bases contractuelles sui generis. Mais l'expérience se limitait en définitive à la concession de l'exploitation de la marque à un entrepreneur chinois.

Les autorités ont pris acte de la faille législative et ont soumis les entreprises étrangères à un statut spécial pour leur implantation en Chine. Ainsi, la création d'une entreprise à capitaux étrangers était soumise à partir de 2004 à un formalisme administratif d'autorisation très lourd. De plus, pendant toute l'année 2004 ces sociétés ne pouvaient être que des joint-ventures. On est alors encore loin d'une réglementation de la franchise, l'objectif affiché étant de contrôler l'entrée de capitaux étrangers dans l'économie chinoise.

En 2005 naît la première loi sur la franchise. En vertu de cette loi, les réseaux étrangers ne pouvaient pas investir sur le marché chinois depuis l'extérieur. Un franchiseur devait d'abord lui-même s'implanter en Chine en créant une société chinoise à capitaux étrangers ou mixtes. La réglementation sur l'investissement étranger trouvait donc à s'appliquer, en plus de la loi sur la franchise, avec un mécanisme de double approbation, locale et ministérielle.

Ensuite, le franchiseur installé devait ouvrir deux établissements sous son enseigne et les exploiter pendant deux ans avant de pouvoir « vendre » le concept à un commerçant indépendant. Tout se passait donc comme si le franchiseur repartait de zéro

La loi N°485 du 6 février 2007

Cette nouvelle loi pose plusieurs règles nouvelles :

Règle n°1 : Le franchiseur doit rapporter la preuve de son expérience de la franchise par l'ouverture en son nom de deux points de distribution du concept et les avoir exploités au moins un an.

Ces conditions paraissent avoir été assouplies puisque la loi ne fait plus référence à une exploitation du concept sur le sol chinois.

Règle n°2 : le franchiseur doit se faire enregistrer auprès de l'autorité locale dans les 15 jours de la signature du premier contrat de franchise. Celle-ci procède à l'enregistrement dans les 10 jours de la réception du dossier et transmet à l'autorité ministérielle en vue de la publication sur la liste des franchiseurs en Chine. Il doit en outre déclarer tous les ans les nouveaux contrats de franchise signés.

Cette procédure administrative autrefois d'approbation est devenue un simple enregistrement.

Règle n°3 : le franchiseur doit remettre un document pré-contractuel d'information très similaire au Document d'Information Précontractuel de la loi Doubin et qui ouvre un délai de réflexion de 30 jours au profit du franchisé.

Règle n°4 : la signature du contrat ouvre un délai de rétractation au profit du franchisé. Les autres points habituels dans la pratique internationale sont des points essentiels du contrat et doivent faire obligatoirement parties de la négociation entre les parties.

Règle n° 5 : les dispositions législatives sur la franchise sont assorties de dispositions pénales et notamment d'amendes en cas de violation.

Conclusion

Le commerce par voie de franchise se perfectionne et se libéralise peu à peu. Mais il reste très marqué par la culture administrative et pénale chinoise dans un souci de contrôle et de régulation de l'investissement en Chine.

Mai 2007

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor, GM Avocats

gmenguy@gm-avocats.com

Le nouveau marché des services aux personnes et à domicile

LE NOUVEAU MARCHÉ DES SERVICES AUX PERSONNES ET À DOMICILE

Que se soit pour le soutien scolaire, l'assistance informatique, les gardes d'enfants, l'aide aux personnes dépendantes, le ménage ou encore les repas à domicile ou le jardinage,... les services à domicile sont pléthore et près de 2,5 millions de ménages y feraient déjà appel.

La première raison de l'essor des services à domicile est le vieillissement de la population française : les pouvoirs publics estiment qu'en 2020 il y aura 2 millions d'octogénaires qui auront besoin d'assistances diverses comme les courses, les repas... Si aujourd'hui le secteur est en grande partie couvert par le milieu associatif, le marché potentiel intéresse un nombre croissant de professionnels.

En parallèle, le marché des cours à domicile et de la garde d'enfants s'est développé très rapidement, avec des enseignes nationales telles que ACADOMIA, FAMILY SPHERE.

Ces services ont réellement pris leur essor grâce au mécanisme de la réduction fiscale prévue par l'article 199 sixdecies du Code Général des Impôts.

En parallèle, le code du travail a été adapté, un nouveau chapitre IX étant dorénavant consacré aux « services à la personne ». En vertu des articles L 129-1 et suivants du Code du travail, le « marché » des services aux personnes, initialement animé par des associations, a été ouvert à l'entreprise.

La nouvelle condition posée avant de commencer toute exploitation dans ce secteur est l'obtention d'un agrément délivré par l'Etat.

LES DEUX TYPES DE FRANCHISE EXISTANTS DANS CE DOMAINE

En examinant les différents réseaux de franchise dans ce domaine, nous ne pouvons que constater l'existence de flux financiers et de liens de droit très complexes, les acteurs étant multiples : le franchiseur, le franchisé, les personnes physiques exécutant les prestations, les familles, l'URSSAF, le Trésor.

Pour organiser les rapports entre ces différents intervenants, deux types de franchise coexistent : le modèle dit « prestataire » et le modèle dit « mandataire ».

L'essence du premier modèle de franchise réside dans le fait que les personnes physiques exécutant les prestations pour le client final sont des salariés du franchisé. Dans ce premier groupe, les règles de fonctionnement de la franchise sont classiques : la transmission d'un savoirfaire du franchiseur au profit du franchisé, une assistance initiale et continue, et l'usage d'une marque notoire. Sur le plan financier, le franchisé perçoit ses honoraires du client final. Le franchisé paie au franchiseur les redevances dues.

Le deuxième modèle est formé de réseaux de franchise dits « mandataires ». Le franchiseur a construit son modèle économique dans le seul but de conservation durable du pouvoir : (1) le franchiseur contrôle l'ensemble des flux économiques puisque l'intégralité des sommes versées par les clients sont déposés sur un compte géré exclusivement par le franchiseur ; (2) le franchiseur a mis en place un système informatique par lequel les ordinateurs utilisés chez le franchisé sont de simples terminaux, entièrement contrôlés à distance par le franchiseur, toutes les informations sur les familles et les professeurs étant conservées par le franchiseur ; (3) le franchiseur domine les liens de droit existants avec la famille, les professeurs, et l'URSSAF, par un système de double mandat.

En premier lieu, les professeurs et les familles mandatent le franchisé afin de réaliser des prestations :

- les professeurs mandatent le franchisé pour les mettre en rapport avec des familles et les assister par la fourniture d'outils pédagogiques ;
- les familles mandatent le franchisé afin qu'il sélectionne le professeur, et gère la relation de travail au nom et pour le compte de la famille qui est l'employeur du professeur.

En second lieu, le franchisé dans le corps même du contrat de franchise, mandate le franchiseur afin que ce dernier, concrètement, se substitue au franchisé dans l'ensemble de ses engagements vis-à-vis des familles et des professeurs. Ainsi, seul le franchiseur gère réellement le dossier de chaque professeur en éditant les fiches de paie, en payant les salaires et les cotisations. Le franchiseur édite également les attestations fiscales remises aux familles en mai de chaque année destinées à être jointe à la déclaration de revenu pour bénéficier de la réduction d'impôt.

En conclusion, dans ce modèle, le franchisé peut se concentrer sur l'animation du point de vente, la réception physique tant des familles que des professeurs. Le franchisé s'appuie pour tout le reste sur le franchiseur qui a su développer de très puissants outils informatiques et logistiques qui seuls lui permettent de gérer les milliers de professeurs exécutant des cours à domicile à travers la France.

LE RISQUE DE REQUALIFICATION DÉCOULANT DE L'EXCÈS DE CONTRÔLE

Le modèle dit « mandataire » permet certes au franchiseur de conserver un contrôle réel sur le franchisé et la clientèle du franchisé. En pratique, il suffit que le franchiseur suspende le lien informatique pour empêcher le franchisé d'exploiter la franchise.

Sur les flux financiers, les sommes destinées au règlement des paies des professeurs, de l'URSSAF et autres

organismes sociaux sont sur le compte du franchiseur. En vertu du système du mandat inclu dans le contrat de franchise, le franchisé confie en effet au franchiseur le mandat de gérer cette question en ses lieux et place. Le franchisé est donc entièrement tributaire de la coopération du franchiseur pour assurer le règlement des paies des professeurs et des cotisations dues.

Si le contrat de franchise est suspendu ou interrompu, le contrat de mandat inclu dans le contrat de franchise est ipso facto suspendu ou interrompu. Le franchiseur devrait en conséquence restituer les sommes qu'il avait conservées es qualité de mandataire du franchisé.

Or, le contrat de franchise ne prévoit pas toujours la restitution de ces sommes et le franchiseur ne prend pas l'initiative de restituer ces sommes au franchisé. Ce dernier est pourtant le gardien juridique des sommes confiées au franchiseur. En effet, le franchisé, est propriétaire de sa clientèle. Le franchisé a signé, tant avec la famille qu'avec le professeur, par acte séparé, un contrat de mandat aux termes duquel il prend la responsabilité exclusive, es qualité de mandataire des familles et des professeurs, de gérer le volet social. Il n'est pas anodin de préciser que les modèles d'acte de mandat signé entre le franchisé et les familles et professeurs sont édités par le franchiseur.

Ces précisions nous interpellent quant à la nature réelle du rapport juridique mis en place par le franchiseur :

- le franchisé, en effet, ne peut pas exercer son indépendance n'ayant pas le contrôle des flux financiers. Les règlements des familles sont faits habituellement au nom du franchiseur, les sommes étant versées directement sur le compte du franchiseur sans être remises à l'encaissement du compte du franchisé,
- le franchisé agit exclusivement comme animateur du point de vente, en prenant les commandes des parents,
- le franchisé ne peut ouvrir le point de vente que s'il est agréé par le franchiseur,
- l'économie du contrat conduit en réalité le franchiseur à gérer la facturation et les prix.

Le risque de requalification est donc sérieux, plusieurs qualifications pouvant être envisagées, en particulier celle d'agent commercial et celle de l'article L 781-1 du code du travail.

En cas de requalification es qualité d'agent commercial, la sanction est redoutable. La jurisprudence sanctionne le mandant, en cas de résiliation anticipée du contrat, à indemniser l'agent. Le seul moyen d'échapper à cette sanction est de démontrer la commission par l'agent d'une faute grave. Ce fait exonérateur de responsabilité n'est pas facile à établir.

En cas de requalification sous le visa de l'article L781-1, la voie judiciaire est ouverte pour solliciter la nullité du contrat pour vice du consentement par exemple, le franchisé se retrouvant sans clientèle alors qu'il avait signé le contrat pour, à terme, créer un fonds de commerce qui lui appartienne.

EN CONCLUSION

Un franchiseur souhaitant se développer dans ce nouveau marché doit offrir à la signature un contrat de franchise lui assurant un contrôle réel, mais mesuré, sur le franchisé. L'écueil à éviter est donc celui d'un contrat exerçant un contrôle excessif sur le franchisé. Cela laisserait le champ libre au franchisé pour agir en requalification.

Juillet 2007

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor

gmenguy@gm-avocats.com

La Franchise au Danemark

LA FRANCHISE AU DANEMARK

Présentation générale

Le Royaume du Danemark, avec ses 43 098 km², est un petit marché, mais peut être considéré comme une porte d'accès vers les marchés nordiques comptant plus de 24 millions de consommateurs ayant un fort pouvoir d'achat. La France est le troisième investisseur étranger au Danemark derrière la Suède et les Etats-Unis.

L'économie danoise a eu une croissance de 3,3 % en 2006. L'inflation a été extrêmement faible avec 1,9 % sur l'année. Le Gouvernement danois a présenté un projet de budget 2007 excédentaire, phénomène récurrent depuis 10 ans, de quelque 7,5 milliards d'euros, soit 3,4% du Produit Intérieur Brut. Le chômage est à son niveau le plus bas (3,8% selon la définition Eurostat pour cette année), et devrait continuer à baisser pour atteindre 3,4% en 2007 et se stabiliser à ce niveau en 2008.

La franchise s'est rapidement développée au Danemark. Aujourd'hui on compte entre 140 et 150 réseaux. Le chiffre d'affaires des réseaux de franchise est évalué à 7,3 milliards € en 2005, la moitié provenant de réseaux d'origine danoise. La franchise de distribution (commerce de détail) est prédominante par rapport à la franchise de service avec près de 4 000 points de vente en franchise sur un total de 5 500. Plus de 50% des réseaux étrangers sont originaires des Etats-Unis (27 réseaux présents au Danemark).

La présence de réseaux danois de franchise à l'étranger s'est renforcée ces dix dernières années, notamment dans le secteur du textile et du prêt-à-porter, et compte actuellement 40 réseaux dont, par exemple: Jysk (textile), Claire (prêt-à-porter), Noa-Noa (prêt-à-porter), Ecco (chaussures), Bang & Olufsen (image et son), Bo Concept (équipement de la maison) ou Kvik (cuisines).

Le Droit de la franchise au Danemark : l'inspiration suédoise

Il n'existe aucun texte légal spécifique régissant la pratique de la franchise au Danemark. La législation sur la conclusion des contrats, sur la concurrence, sur la commercialisation est applicable aux contrats de franchises et aux relations entre franchiseurs et franchisés. Ces textes intègrent la législation communautaire relative aux contrats de distribution et à la franchise.

Cependant, il est important de noter l'existence d'une loi suédoise sur la franchise du 1er octobre 2006 qui oblige le franchiseur à informer le futur franchisé de manière similaire à la loi française. En substance, la loi suédoise dispose que le franchiseur devra informer le futur franchisé sur, entre autres : son activité, les franchisés composant son réseau, les dispositions financières du contrat, les droits de propriété intellectuelle, l'approvisionnement, les clauses de non-concurrence, les clauses d'amendement ou de terminaison du contrat, les clauses relatives aux litiges. Il est intéressant de noter, qu'en l'état, le manquement à son devoir d'information par le franchiseur l'expose en Suède à une simple amende.

Si l'on en croit la doctrine et les praticiens danois, les juridictions danoises seraient, semble-t-il, plus enclines à appliquer leur propre législation avant de regarder la législation existante dans les pays voisins tels que la Suède. Cela signifie que les tribunaux danois appliqueraient le droit danois des contrats, proche de l'esprit de l'article 1134 du code civil français, faisant référence à la loi des parties et nombre d'autres notions similaires, à l'exception de l'improbable (car peu utilisée dans les pays anglo-saxons dont elle est issue). Mais ils pourraient également appliquer les articles 6 et 11 du droit danois de la concurrence qui sont similaires aux articles 81 et 82 du traité des Communautés Européennes et font références aux ententes et abus de position dominante. Ils pourraient enfin faire application de la loi danoise sur la commercialisation faisant référence, encore une fois dans l'esprit de l'article 1134 alinéa 3 du code civil français, à des relations commerciales qui doivent être conduites de bonne foi. Plus rare mais concevable serait l'application de la loi danoise sur les agents commerciaux qui, si elle n'est pas a priori applicable en soi à la franchise, pourrait néanmoins servir d'inspiration aux tribunaux tant le système utilise un réseau comparable.

Juillet 2007

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor, GM Avocats

gmenguy@gm-avocats.com

La Reconnaissance des jugements dans les pays du commonwealth

LA RECONNAISSANCE DES JUGEMENTS DANS LES PAYS DU COMMONWEALTH

La question de la clause attributive de compétence est essentielle dans le cadre du commerce international, en particulier dans le domaine de la franchise. En effet, il est essentiel pour un Franchiseur qui souhaite s'implanter en Asie, par exemple, de conclure un contrat de master franchise (ou des contrats de franchise) avec un investisseur local. Ce dernier a généralement le souhait d'obtenir le droit d'exploiter la franchise pour la totalité du pays voire pour l'Asie entière.

La clause attributive de compétence permet de choisir entre : le tribunal compétent du domicile du franchiseur, le tribunal compétent du domicile du master franchisé, l'ordre public, les Tribunaux d'Etats tiers, les Cours d'arbitrage.

Les difficultés viennent souvent du fait que les deux parties souhaitent voir leur tribunal respectif désigné, ou alternativement un tribunal arbitral. Ces options créent plus de problèmes qu'elles n'en résolvent : si le tribunal est celui de l'une des parties, cela ne revient-il pas à conférer un avantage à la partie qui verrait son tribunal national désigné ? Si les parties optent pour l'arbitrage, le coût d'une telle alternative n'est-il pas trop élevé et la procédure trop longue en cas d'extrême urgence ?

Il s'avère que les Etats du Commonwealth offrent une alternative intéressante aux acteurs internationaux par le mécanisme législatif de reconnaissance mutuelle des jugements étrangers. De telles lois ont permis de créer des liens de procédure entre les pays du Commonwealth qui gagnent à être connus et valent la peine d'être utilisés. En effet, il est important de rappeler que le Commonwealth compte 53 Etats indépendants parmi lesquels figurent l'Australie, le Sultanat de Brunei, le Canada, l'Inde, la Malaisie, le Pakistan, Singapour, L'Afrique du Sud, Chypre, la Jamaïque...

Au sein des Etats composants le Commonwealth règne un climat propice aux relations d'affaires, a fortiori facilitant l'adoption de règles de conflits de lois bilatérales ou multilatérales, étant donné que le droit des Etats membres est issu de la Common Law telle qu'on l'entend en Angleterre et au Pays de Galles.

Par exemple, si un franchiseur européen souhaite s'implanter en Malaisie, l'une des questions qui se pose est : le tribunal compétent doit-il être celui du cocontractant européen ou bien le juge malais? L'Etat européen préférera sans doute la compétence de son tribunal, par crainte de voir le juge malais être trop « proche » du master franchisé. En effet, les franchiseurs européens qui s'implantent en Asie entrent généralement en relation d'affaires avec de puissantes familles locales, dont « l'influence » est souvent significative, et qui, la plupart du temps, concluent un contrat en vue d'acquérir le droit d'exploiter la franchise pour tout le pays voire plusieurs. Ces familles peuvent payer le droit d'entrée et investir plusieurs millions de dollars.

L'une des meilleures solutions dans ce cas est d'examiner les mécanismes de reconnaissance en Malaisie des jugements étrangers, ce qui nous amène à étudier le chapitre 264 de la Loi Singapourienne ayant trait à la reconnaissance des jugements du Commonwealth. L'article 5 de ladite loi précise que *«(1) Quand le ministre obtient la garantie que les dispositions législatives ont été réciproquement prises par l'un des Etats du Commonwealth, à l'exception du Royaume-Uni, concernant la reconnaissance dans cet Etat du Commonwealth, des jugements de la Cour Suprême de Singapour, le Ministre déclare par le biais d'une publication dans la Gazette que la présente loi peut s'appliquer à des jugements rendus par une Haute Cour dans l'Etat concerné de la même manière qu'elle s'applique à des jugements rendus par une Haute Cour du Royaume-Uni et pour toute déclaration semblable la présente loi devra s'appliquer en conséquence ».*

L'intérêt pour le master franchisé de choisir au titre de sa clause attributive de compétence le tribunal singapourien est double : tout d'abord, le choix du droit singapourien permet au master franchisé de garder une proximité avec son environnement culturel ; ensuite, la loi du pays est très proche de celle en vigueur en Malaisie puisque ces deux Etats sont membres du Commonwealth. L'intérêt du franchiseur est double également : premièrement, il évite que le tribunal compétent soit celui du master franchisé, deuxièmement, le tribunal compétent est celui d'un pays reconnu pour son système juridique strict et très proche de la Common Law, d'inspiration européenne, et donc très proche de la culture du franchiseur (même si le franchiseur vient d'une culture continentale).

D'un point de vue pratique, si Singapour est choisi au titre de la clause attributive de compétence et qu'un litige éclate, obligeant le franchiseur à intenter une action en justice pour que le master franchisé malais cesse d'utiliser la marque par exemple, le franchiseur intentera une action « ex-parte » devant le tribunal singapourien afin d'obtenir une ordonnance d'injonction. Celle-ci est bien entendu rendue sans que le master franchisé ait été entendu. Cela prendrait deux à trois semaines pour que l'ordonnance soit rendue.

En parallèle, une action « in-parte » doit être enrôlée, les parties pouvant alors débattre et présenter leurs arguments respectifs devant le juge. Durant la phase « in-parte » l'injonction « ex-parte » demeurera valable. Dans

un délai de 14 à 21 jours après le prononcé de l'ordonnance « ex-parte », le franchiseur devra faire appliquer l'ordonnance en Malaisie. La loi singapourienne ayant trait à la reconnaissance mutuelle des jugements étrangers sera utilisée pour appliquer en Malaisie l'ordonnance singapourienne « ex parte ». En effet, l'ordonnance du tribunal singapourien devra être enregistrée au greffe du Tribunal malais en remplissant un « certificat d'urgence » donnant à l'ordonnance « ex-parte » singapourienne l'autorité de force jugée nécessaire pour être appliquée en Malaisie. La procédure peut être accomplie dans un délai de 2 à 3 jours.

En conclusion, avant de signer un contrat de master franchise quel qu'il soit, il est recommandé au franchiseur d'analyser avec précision toutes les options qui s'offrent à lui, ce y compris celle présentée ci-dessus. Seule la moitié du chemin aura été parcourue : il resterait alors à choisir la loi qui gouverne le contrat.

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor, GM Avocats

gmenguy@gm-avocats.com

Se développer en franchise en Corée du Sud

SE DÉVELOPPER EN FRANCHISE EN CORÉE DU SUD

La Corée : les données essentielles

La Corée du Sud, d'une superficie de 99 601 km², occupe la moitié méridionale de la péninsule coréenne, au sud de la zone démilitarisée (« Demilitarised Zone »-DMZ), proche du 38e parallèle qui constitue depuis 1953 la ligne de démarcation avec la Corée du Nord. Elle a pour voisins la Chine à l'Ouest et le Japon à l'Est. La capitale de Séoul compte 9,9 millions d'habitants pour une population totale de 48,2 millions. 80% de la population est urbaine, le peuplement se concentre sur la bande côtière et les vallées. La densité de 484 habitants par km² est l'une des plus élevées

au monde du fait que près des 2/3 du territoire sont inhabitables. Le dernier recensement de 2000 a dénombré seulement 151 000 étrangers en Corée (soit 0,3 % de la population) de nationalité chinoise, sino-coréenne, japonaise philippine et américaine. La Corée a largement achevé sa transition démographique et le vieillissement accéléré de sa population qui se prépare et particulièrement son impact sur les régimes sociaux est devenu un défi majeur pour le pays. Le coréen est la langue officielle. Les deux religions dominantes sont le bouddhisme et le protestantisme.

Sur le plan politique, la Corée du Sud, d'abord sous influence chinoise, est une colonie japonaise (annexion pure et simple en 1910) jusqu'en 1945, date de la capitulation du Japon. Le régime politique est aujourd'hui un régime fortement présidentiel. La constitution en vigueur date de 1987. Le pouvoir législatif est exercé par une chambre unique. M. Roh Moo-hyun, élu Président de la République en décembre 2002, s'est engagé à poursuivre la voie ouverte par son prédécesseur notamment

en ce qui concerne les réformes économiques structurelles pour plus de transparence dans la gestion des affaires et le dialogue soutenu avec la Corée du Nord. Le droit coréen est héritier des droits européens, notamment du droit allemand.

L'économie de la Corée et le secteur de la distribution

En 2005, le PIB s'élevait à 810 milliards de dollars (dont 5 % pour l'agriculture, 46 % pour l'industrie et 49 % pour les services). Le taux de croissance était de 3,9 %. Le taux de chômage est bas (3,8 %) et le taux d'inflation de 2,7 %.

Le secteur de la distribution est structuré principalement au travers de 85 centres commerciaux dont les deux tiers se situent à Séoul ou dans sa périphérie. Trois acteurs principaux dominent ce secteur : Hyundai, Lotte (alimentation, BTP, hôtellerie, pétrochimie...) et Shinsegae (lié au groupe Samsung), qui sont appelés les « Big-3 ». Un quatrième groupe a également pris une très grande importance plus récemment, il s'agit de Galleria, groupe HANHWA (distribution, armement, hautes technologies, services financiers...). Les « Big-3 + 1 » représentent près de 60 % du nombre total des grands magasins et 80% du chiffre d'affaires du marché.

Les centres commerciaux se caractérisent par un service marketing et publicitaire développé et portent pour cela une attention toute particulière aux services annexes pour attirer la clientèle : parking, garderie, cours privés. Ils disposent en outre d'espaces culturels où se tiennent des expositions, des pièces de théâtre et des défilés de mode. Ils sont de plus en plus spécialisés dans les marques de luxe, les produits importés (15 % des produits vendus dans les centres commerciaux) et les produits sous licence étrangère (25 % des produits vendus dans les centres commerciaux).

En 2006, la Corée du Sud a vu le retrait de deux géants mondiaux de la distribution : le français Carrefour et l'américain Wal-Mart. Le premier a vendu ses 32 hypermarchés et ses 24 galeries marchandes à E.land, un nouveau venu dans le secteur de la grande distribution et spécialisé dans l'habillement. Wal-Mart, quant à lui, a cédé ses magasins au leader coréen E-Mart, du groupe Shinsegae.

Les deux grands groupes Lotte et Shinsegae se concurrencent sur de vastes projets de « resort shopping centers ». Le projet de Lotte doit voir le jour près de l'aéroport de Gimpo en 2010. Il devrait s'étendre sur 195 000 m² et comporter en plus d'un centre commercial, un hôtel, un parc d'attractions, des cinémas et une multitude de restaurants.

Shinsegae compte ouvrir un centre équivalent en 2009 dans la ville de Pusan où il n'y a pas encore de centre commercial.

Dans le sillage des « Big-3 + 1 » on trouve d'autres chaînes plus populaires mais toujours orientées vers le service à la clientèle : New Core et LG Department Stores. Il existe encore des magasins plus petits et présentant moins de produits importés (Say, Dong-a ou Shinseha) mais leur puissance financière est bien moindre que les premiers et ils ne possèdent qu'un rayonnement local.

La franchise en Corée est très active. Il y a aujourd'hui plus de 120 000 franchisés pour 1 600 franchiseurs selon la Korea Franchise Association en 2002. Les franchises coréennes rassemblent généralement de petits commerces. Le nombre moyen d'employés d'un franchisé est de 3,7 pour un chiffre d'affaires annuel moyen de € 145 000. Le secteur de la franchise emploie 2,6 % de la population active (environ 570 000 personnes) et pesait 45 000 milliards de Wons en chiffre d'affaires en 2002 (environ € 34,6 milliards), soit 7,7, % du PIB coréen. Cette forme de création d'entreprise est en passe de devenir un phénomène de société : de plus en plus d'instituts et

d'associations proposent des cours spécialisés. La part des franchiseurs étrangers est encore faible, et leurs activités sont concentrées dans la restauration. Mais les perspectives sont encourageantes dans un marché qui est loin d'être saturé.

Le « Fair Franchise Transactions Act »

En 2002, la Corée du Sud s'est dotée d'une législation applicable à la franchise, le « Fair Franchise Transactions Act ». Cette législation contraignante a pour objet d'encadrer les modalités de conclusion, d'exécution et de cessation du contrat de franchise destiné à une exploitation sur le territoire de la Corée du Sud. En cas de violation de la loi des sanctions sont prévues.

Concernant les modalités de conclusion du contrat de franchise, la loi prévoit, comme en droit français, la fourniture aux éventuels futurs franchisés d'un document d'information précontractuelle qui doit être fidèle à la réalité sous peine de sanction lourde envers le franchiseur.

L'exécution du contrat de franchise doit se conformer aux mêmes mécanismes contractuels qu'en France : respect de la bonne foi dans l'exécution des obligations des parties (article 4), exécution des obligations contractuelles réciproques des parties, notification du non-renouvellement ou de la non-prolongation du contrat de franchise 90 jours avant l'expiration de ce dernier.

Une particularité doit cependant être relevée dans la loi coréenne qui établit un comité de médiation en matière de franchise. Son rôle dans le règlement des différends est très développé dans la loi. La procédure de médiation est toujours facultative.

En outre, un organisme dénommé "Fair Trade Commission" peut demander à un franchiseur de modifier les termes du contrat.

La sanction pénale prévue en cas d'informations fausses ou erronées est une amende de 150 Millions de Won et/ou 5 ans d'emprisonnement maximum. Par ailleurs, si la loi a été violée, des sanctions s'échelonnent de 50 millions à 100 millions de Won et peuvent être accompagnées de 3 ans d'emprisonnement maximum.

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor, GM Avocats

gmenguy@gm-avocats.com

Les Principes du Droit de la franchise au Japon

LES PRINCIPES DU DROIT DE LA FRANCHISE AU JAPON

La Franchise a connu un développement important au Japon, principalement dans le domaine de la restauration et des franchises de services. La première législation s'y rapportant date de 1973, modifiée en 2002.

Une obligation générale d'information pré-contractuelle a été prévue par la loi dénommée « Medium-Small Retail

Business Promotion Act » de 1973 et l'organisme de tutelle est le « Ministry of International Trade and Industry » (MITI). Cette loi a été modifiée en avril 2002.

Le 24 avril 2002, le "Japan Fair Trade Commission" (JFTC), l'organisme de droit de la concurrence japonais, a publié des recommandations sur le droit de la franchise qui ont été modifiées et remplacées par celles de 1983. Ces nouvelles recommandations sont constituées de trois parties : une description générale de la franchise, les informations qui doivent être communiquées à la date de l'offre et une dernière partie sur les restrictions verticales entre un franchiseur et ses franchisés.

En vertu de la deuxième partie de ces recommandations, le défaut de communication d'informations pertinentes serait considéré comme un comportement déloyal, et une des seize formes de restrictions illicites dont la liste est dressée par la loi anticoncurrentielle, et susceptible d'être sanctionné par le JFTC. La partie victime d'un tel comportement pourrait également agir judiciairement. Les recommandations dressent la liste des informations qui doivent être communiquées :

1. les conditions de livraison des produits au franchisé (par exemple le référencement de fournisseur),
2. les détails de l'assistance fournie au franchisé, sa description, sa fréquence et le coût,
3. le montant et les conditions de remboursement éventuel du droit d'entrée payé à la date de signature du contrat de franchise,
4. le montant, la méthode de calcul et les modalités de paiement des redevances de franchise,
5. la description de tout prêt du franchiseur au profit du franchise, ainsi que les modalités de remboursement et le taux d'intérêt,
6. l'information selon laquelle le franchiseur serait prêt ou non à indemniser le franchisé en cas de pertes ou à assister le franchisé si le franchisé est en difficulté,
7. les articles du contrat de franchise et en particulier les articles concernant la cessation, résiliation et renouvellement;
8. l'information selon laquelle le franchiseur se réserve le droit dans le contrat de franchise d'exploiter lui-même un point de vente ou de consentir un tel droit à un autre franchisé dans un lieu voisin de celui du candidat franchisé, et si le franchiseur a le projet de le faire.

Les recommandations précisent également que si le franchiseur communique des comptes d'exploitation prévisionnels au franchisé, de tels prévisionnels soient réalisés de manière raisonnable et sur la base d'informations fiables. Les informations utilisées pour élaborer les prévisionnels et la méthode de calcul doivent être communiquées au franchisé.

Concernant les restrictions verticales imposées par le franchiseur aux franchisés, la troisième partie des recommandations précise que si de telles restrictions sont abusives ou ne sont pas nécessaires pour exploiter le concept franchisé, elles peuvent être sanctionnées comme constituant(i) une position dominante et/ou (ii) comme une restriction contractuelle illicite et/ou (iii) une imposition illicite de prix de revente.

Dans le premier de ces cas (i), si le franchiseur a une position dominante vis-à-vis du franchisé, les clauses contractuelles ayant pour objet :

- une restriction sur les sources d'approvisionnement,
- une obligation d'achat minimum imposée au franchisé,
- une obligation d'offrir des services non prévus par le contrat de franchise, ou
- une interdiction d'exercer une activité concurrente après la cessation du contrat de franchise sans qu'une telle interdiction soit nécessaire pour protéger le savoir-faire du franchiseur, peuvent être considérées comme étant des cas « d'abus de position dominante », listés comme des comportements

anticoncurrentiels. Le contrat de franchise dans son intégralité, au lieu et place de telle ou telle clause, peut également être considéré comme un abus de position dominante. Les points à examiner dans cette hypothèse sont, par exemple, pour n'en citer que quelques-uns, les restrictions sur les biens pouvant être vendus ou la méthode commerciale, les quotas de ventes, l'absence de faculté de résiliation du contrat à l'initiative du franchisé et la durée du contrat.

Dans le deuxième cas de figure (ii), si le franchiseur impose à son franchisé d'acheter des produits ou des matériels auprès de lui ou de tout fournisseur, de telles contraintes peuvent être considérées comme étant « des pratiques restrictives », listées comme un étant un comportement anticoncurrentiel.

Dans le troisième cas de figure (iii), la fixation du prix de revente par le franchiseur, au lieu d'un simple prix indicatif, pourrait être considérée comme « une pratique illicite per se » si le franchiseur approvisionne le franchisé en produits. Si le franchiseur ne livre pas lui-même les produits, cette pratique pourrait être considérée comme « une pratique restrictive ».

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor, GM Avocats

gmenguy@gm-avocats.com

Se développer en Franchise en Malaisie

SE DÉVELOPPER EN FRANCHISE EN MALAISIE

I. La Malaisie : les données essentielles

La Malaisie, d'une superficie de 329.758 km², est composée de deux ensembles distincts séparés par la mer de Chine. Elle a pour voisin la Thaïlande au nord-ouest, Singapour à l'est, l'Indonésie au Sud. La capitale fédérale est Kuala Lumpur et comprend 3 millions d'habitants, pour une population totale de 26 millions. La Malaisie est peuplée principalement par 3 groupes ethniques : les Malais d'origine, les Chinois et les Indiens qui représentent respectivement 65,1%, 26% et 7,7%. La population malaise, principalement de confession musulmane, est très présente dans les administrations et les grandes entreprises publiques. La minorité chinoise joue un rôle économique de premier plan. Le taux d'urbanisation atteint 86% en Malaisie péninsulaire et le taux d'alphabétisation est de 89,70%. Le « bahasa malaysia » est la langue officielle, très proche de l'indonésien. La religion officielle est l'islam, mais la liberté de culte est garantie par la constitution.

Sur le plan politique, la Malaisie est une colonie britannique jusqu'en 1957. Le régime politique est une monarchie constitutionnelle régie par un système démocratique parlementaire fédéral. La réalité du pouvoir est concentrée entre les mains du chef de la majorité parlementaire, le Premier ministre. Le principe de la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire est inscrit dans la constitution. Le système judiciaire est hérité du système anglais, en particulier en droit commercial.

II. L'économie de la Malaisie et le secteur de la distribution

En 2005, le PIB s'élevait à US\$ 131 milliards (dont 8,5% pour l'agriculture, 41,1% pour l'industrie, mines et construction, 50,4% pour les services), soit près de 5.000 USD par habitant. La croissance des 10 dernières années s'est élevée à 5% en moyenne par an. La prévision officielle pour 2006 est de 6%. Le taux d'épargne se maintient à un niveau élevé (35% du PIB) et la Malaisie dégage des excédents courants très élevés (15% du PIB en 2005). Le taux de chômage est bas (3,5%) et le taux d'inflation de 3,1% en 2005, sachant que le 21 juillet 2005, la Malaisie a abandonné le régime de change fixe au profit d'un flottement contrôlé. Le dynamisme de l'économie reste dépendant des investissements étrangers et des débouchés étrangers.

Le secteur de la distribution est structuré principalement au travers des 158 centres commerciaux représentant environ 3,4 millions de m² de surface de vente. Ainsi, dans la Klang Valley (qui entoure la capitale), les grands centres commerciaux forment près de 70% de la distribution.

Les autres réseaux existants sont au nombre de 4 : (a) le réseau des hypermarchés et supermarchés, les principaux acteurs étant les enseignes Giant (groupe de Hong-Kong), Makro (groupe néerlandais et malais), Carrefour (groupe français), Parkson et Tesco (groupe anglais), (b) le réseau de « department stores », souvent locataires principaux d'un centre commercial. Les « department stores » offrent un éventail de produits allant des produits alimentaires, meubles, vestimentaires, jeux et jouets aux articles de maison, (c) les magasins de proximité (« convenience stores ») et pétroliers (mini supermarchés). Les principales enseignes sont Mobil, Shell, Esso, Caltrex, Petronas, Hop In, 7-eleven. Ces magasins ont en commun une gamme très limitée. La plupart sont ouverts 24h/24h, 7j/7, (d) les marchés de rues (« night markets »). Ces marchés ont lieu dans chaque quartier résidentiel. Ils offrent tout type de produits alimentaires frais ainsi que des articles pour la maison, des vêtements et des bijoux fantaisie.

La franchise en Malaisie est très active. À ce jour, il existe 321 franchiseurs d'origine malaise et 124 franchiseurs étrangers. Les 5 secteurs les plus actifs sont l'alimentaire (22%), l'habillement (21%), la beauté et les soins du corps (20%) l'hôtellerie (17%).

III. Le « Franchise Act 1998 »

En 1998, la Malaisie s'est dotée d'une législation applicable à la franchise, le « Franchise Act 1998 ». Cette législation, d'inspiration américaine, a pour objet d'encadrer les modalités de conclusion, d'exécution et de cessation du contrat de franchise destiné à une exploitation sur le territoire de la Malaisie. En cas de violation de la loi, des sanctions sont prévues.

À titre liminaire, la loi a créé la fonction de « Registrar of franchises ». Il s'agit d'un organisme public dont la mission est (a) de recevoir le contrat de franchise standard aux fins d'enregistrement (b) d'autoriser ou refuser ledit enregistrement.

Concernant les modalités de conclusion du contrat de franchise, elles sont identiques au droit français sous réserve de trois particularités : (a) la loi n'impose pas la rédaction ni la transmission de document d'information précontractuelle (b) un droit de rétraction de 7 jours est prévu au bénéfice du franchisé qui peut donc après signature du contrat le dénoncer sans motif (c) le contrat de franchise doit être d'une durée minimum de 5 ans. L'exécution du contrat de franchise doit se conformer aux mêmes mécanismes contractuels qu'en France : respect de la bonne foi dans l'exécution du contrat, exécution des obligations contractuelles réciproques des parties, en cas d'inexécution contractuelle la mise en demeure motivée, préalable et par écrit de l'autre partie. Il existe cependant une particularité, liée au non renouvellement du contrat de franchise. Dans cette hypothèse, le franchiseur doit indemniser le franchisé si ce dernier est tenu d'une obligation de non-concurrence post-

contractuelle. Les modalités de l'indemnisation doivent être prévues dans le contrat de franchise.

En cas de violation de la loi, plusieurs sanctions pénales sont prévues. Ainsi, en cas de défaut de réponse ou de coopération avec le « Registrar », la sanction est une amende de 2.000 ringgit (US\$ 546) et/ou une peine d'emprisonnement de 6 mois maximum. Par ailleurs, si la loi a été violée, la première faute entraîne une sanction d'amende de 5.000 à 50.000 ringgit (\$ 1 350 à 13 500), la deuxième faute ou toute faute subséquente entraîne une amende de 10.000 ringgit (\$ 2 710) minimum et/ou une peine d'emprisonnement de 5 ans maximum.

En outre, le Tribunal peut prononcer la nullité du contrat de franchise, ordonner toutes restitutions de sommes d'argent, interdire au franchiseur de signer tout nouveau contrat de franchise.

Octobre 2006

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor, GM Avocats

gmenguy@gm-avocats.com