

Alain GHOZI  
Professeur à l'université Panthéon-Assas

## **La franchise Aspects pratiques**

Objet de la franchise : Ensemble des règles de droit qui permettent de reproduire pour son propre compte (son industrie, ou son commerce, voire les deux à la fois) le procédé industriel ou la technique commerciale qui a fait le succès de l'entreprise d'un autre, qui accepte de monnayer cette "reproduction" en fournissant les moyens d'y parvenir

La question est présentée pour répondre aux difficultés rencontrées par les praticiens. Aussi les débats, nombreux, sur des solutions retenues, sont seulement évoqués au cours de la conférence.

### **I ELEMENTS DISTINCTIFS DE L'EXPLOITATION EN FRANCHISE**

*Idee générale* : La franchise se distingue des autres contrats par ce qui témoigne de la réussite professionnelle de celui qui autorise autrui à reproduire pour son propre compte ce que lui-même a élaboré avec succès. Elle a pour objet de permettre l'imitation parfaite de ce qui a fait le succès d'une activité professionnelle.

On appelle **franchisé** celui qui souhaite reproduire pour son propre compte ce qu'un autre a élaboré avec succès ; on appelle **franchiseur** celui qui a élaboré un procédé dont il tire profit et qu'il met à la disposition du franchisé, contre une rémunération qu'on dénomme le plus souvent **redevance**.

Les éléments caractéristiques du contrat (A) permettent de le distinguer de contrats voisins (B)

#### **A) Eléments caractéristiques**

Un savoir - faire (le know-how dans la terminologie anglo-américaine)

Un savoir - faire profitable

Un savoir - faire durable

La mise à disposition d'un signe d'identification : marque, dessin ou modèle

##### a) un savoir faire

Il peut s'agir d'un savoir faire industriel : mise au point d'un procédé de fabrication porteur de succès : exemples en matière de boissons à base de jus de fruit ; yaourt ; fabrication de pièces pour des automobiles, élaboration de sodas et de bière, etc..

Alors on dit qu'il y a «franchise industrielle »

Un savoir faire en matière de service : une méthode efficace pour réussir dans le domaine de la location d'automobiles, une méthode efficace de vente d'appartements ou de maisons, une méthode efficace d'organisation de festivals culturels ou de représentations artistiques. Exemples : location de voitures (Avis ; Budget ; National) en matière hôtelière (Novotel ; Accord etc..)

Alors on dit qu'il y a «franchise de services»

Un savoir faire dans le domaine de la vente ; on a mis au point des modes de présentation des biens à vendre, une manière d'accompagner le client dans ses choix : exemples dans le domaine des vêtements et parfums (Benetton ; Sephora ; Lacoste) ; outils pour l'agriculture ; commercialisation des fleurs coupées, etc..)

Alors on dit qu'il y a «franchise commerciale» ou encore «franchise de distribution »

b) une réussite : le savoir-faire propre et original

Tout procédé mis au point par une personne ingénieuse ne peut pas faire l'objet d'une franchise : il faut que ce procédé ait été exploité avec succès par le franchiseur lui-même ; c'est dire autrement que faute de succès dans l'exploitation du franchiseur, le procédé n'a pas de valeur, qu'il ne peut pas être transmis à autrui.

c) Une réussite durable

Le franchiseur doit transmettre au franchisé toutes les améliorations qu'il apporte au procédé qu'il a mis au point ; il doit l'actualiser

d) Le transfert de ce savoir - faire ne présente d'utilité pour le franchisé qu'autant que la clientèle qui aura apprécié l'activité du franchiseur pourra trouver, dans celle du franchisé, des signes qu'il fournit des prestations ou produits semblables.

- ◆ le franchiseur va donc autoriser le franchisé à utiliser les signes que lui même a utilisés pour désigner son propre procédé. La franchise comporte une autorisation d'utiliser la marque du franchiseur, ou ses modèles ou ses dessins, voire tout cela à la fois ;
- ◆ Ces marques, dessins ou modèles sont la propriété du franchiseur ; aussi l'autorisation qu'il confère est dénommée «licence de marque » ou encore « concession de la marque » ou « licence d'exploitation de dessins ou de modèles » ou « concession d'exploitation... »
- ◆ Afin de parfaire l'imitation, le franchisé va reproduire, avec les conseils du franchiseur, l'agencement du magasin, voire l'habillement du personnel, ou encore la manière de présenter les produits au public, etc...

## B) Distinction de la franchise et des contrats qui lui sont voisins

La franchise peut être confondue avec deux contrats très proches :  
La licence de marque et le contrat de travail

### a) Franchise et contrats impliquant une licence de la marque

La licence de marque, on vient de le dire, porte et ne porte que sur l'autorisation d'utiliser la marque tandis que la franchise ajoute à cette autorisation l'enseignement de la manière d'exploiter pour son compte le procédé que la marque désigne. C'est pourquoi on a pu dire que la franchise était un contrat d'enseignement d'un procédé d'exploitation, d'un processus de fabrication ou de commercialisation

On comprend mieux comment distinguer la franchise de l'exploitation en succursale, et d'autres contrats de distribution : l'agence commerciale, la concession exclusive et la distribution sélective.

### b) Franchise et contrat de travail

Le franchisé est un professionnel indépendant ; il ne reçoit pas des ordres du franchiseurs par lesquels celui-ci commanderait son activité ; avec le franchiseur il n'entretient qu'un seul type de relation : faire fructifier le procédé d'exploitation qui lui est transmis par le franchiseur, et payer la rémunération due en contrepartie.

Au contraire, si le franchisé reçoit des ordres sur la manière d'exécuter son travail ; s'il est possible au franchiseur de lui donner des ordres à tout moment au mépris de son indépendance, alors il est alors placé dans un lien de subordination, il est en réalité un salarié ; il y a contrat de travail.

Comment prouver les différences ? Le plus souvent la preuve de la franchise tient dans ce que le franchiseur communique au franchisé une sorte de livre qui comporte, avec les détails nécessaires, le mode d'emploi du processus qu'il lui transmet. Les indications de ce support doivent suffire à l'entreprise du franchisé.

## II) STATUT DE L'EXPLOITATION EN FRANCHISE

Le franchisé agit en toute indépendance certes mais sous la marque du franchiseur. Ne peut-on pas considérer que les clients sont plus attachés au franchiseur qu'au franchisé ? D'où la question : qui possède le fonds de commerce ? (A). On en déduira les principaux droits et obligations des parties au contrat (B)

### A) Qui possède le fonds de commerce ?

Le droit français reconnaît de longue date à un commerçant (voire depuis peu à celui qui exerce une profession libérale) une sorte de droit de propriété sur la richesse qu'il a constituée par le succès de son activité ; cette richesse est une sorte de capital. Cette richesse est constituée par la clientèle qu'il a su attacher à son activité, ainsi que sur les éléments qui permettent à cette clientèle d'identifier son entreprise : le bail commercial en particulier parce qu'il assure le maintien de l'exploitation dans un lieu donné, mais aussi, ce qui nous intéresse plus particulièrement ici : l'enseigne, ou encore la marque.

Par exemple, lorsque un client préfère un hôtel Continental à un hôtel Novotel, se rend-il à l'hôtel Continental en raison de sa réputation internationale ou bien parce que celui qu'il choisit est particulièrement bien administré dans telle ville ?

Préfère-t-on une voiture AVIS ou BUDGET ou HERTZ en raison de la réputation mondiale de la marque ou bien parce que dans la ville où l'on veut procéder à la location les voitures sont bien entretenues ?

En France les tribunaux ont jugé, après des hésitations, que la clientèle était attachée à la qualité du professionnel qui exploite ; ils estiment que l'activité du franchisé contribue à rendre la clientèle fidèle ; ils ont décidé que le fonds de commerce appartenait au franchisé. À preuve ? La « faillite » éventuelle du franchisé témoigne suffisamment de sa part dans l'attrait de la clientèle.

Conséquences : le franchisé peut tirer profit de sa clientèle

Cependant, il faut avoir à l'esprit que ce droit de propriété est curieux en ce qu'il s'exerce grâce à une enseigne (ou une marque appartenant à autrui).

## B) Droits et obligations des parties

Ils sont de deux ordres :

droits et obligations se rapportant à la circulation du fonds de commerce

droits et obligations relatifs à l'exploitation du fonds

### a- Droits et obligations relatifs à la circulation du fonds de commerce

Il y a dans la franchise un acte de confiance du franchiseur dans les talents du franchisé ; sinon il ne lui communiquerait pas les raisons de son succès ; il ne l'autoriserait pas à utiliser sa marque. C'est un contrat fortement marqué par la considération de la personne du cocontractant ; on dit qu'il est «intuitu personae». D'où la difficulté : le franchisé peut-il céder son fonds librement ? Le franchiseur peut-il transmettre son activité ?

Les solutions sont fortement nuancées ; elles sont de plus sous l'influence d'une clause très répandue dans les contrats de franchise, clause par laquelle le franchiseur se réserve le droit d'agréer le franchisé candidat à l'acquisition du fonds, voire clause par laquelle le franchisé n'accepte d'exercer la franchise qu'en raison de l'identité du franchiseur.

Les solutions, dans leurs grandes lignes, en faisant abstraction des nuances importantes de la jurisprudence, peuvent être résumées de la sorte :

Le changement de l'identité de l'exploitant de l'entreprise, qu'il soit franchiseur ou franchisé, par voie de cession de la structure de l'exploitation (absorption, fusion des sociétés par exemple) est empêché par le caractère intuitu personae : il faut l'assentiment du cocontractant.

La cession directe du fonds de commerce lui-même est soumise aux mêmes contraintes.

En présence d'une clause d'agrément, il faut rechercher qui doit être agréé : vise-t-elle l'agrément d'un nouveau franchiseur ? ou d'un nouveau franchisé ? voire les deux ? Alors il faut l'appliquer

## b- Droits et obligations relatifs à l'exploitation

Trois questions classiques, aux solutions claires  
La franchise suppose-t-elle une exclusivité territoriale ?

La franchise suppose-t-elle une exclusivité d'approvisionnement ?

La rémunération du franchiseur

*Primo- Exclusivité territoriale.*

Le franchiseur n'est pas tenu de réserver au franchiseur un territoire où il bénéficierait d'un monopole pour l'exploitation du processus transmis. La raison tient dans ce que le flux de clientèle provient du succès du processus d'exploitation et du talent de l'exploitant et non pas du monopole d'exploitation conféré sur un territoire donné.

La question se pose avec acuité à propos des ventes par internet. Les tribunaux sont divisés : la tendance, après hésitations, est de considérer que la vente directe par le franchiseur, au moyen d'un site WEB, est possible, dès lors qu'elle ne nuit pas au savoir-faire transmis ou à une clause d'exclusivité territoriale formelle.

*Secundo - La franchise suppose-t-elle une exclusivité d'approvisionnement ?*

La réponse, en règle générale car il y a des exceptions, est affirmative car le plus souvent le succès de l'exploitation transmis est lié à la qualité des produits proposés à la clientèle. La franchise comporte donc souvent une exclusivité d'approvisionnement, en partie, voire en tout : pèse en effet sur le franchisé l'obligation de s'approvisionner auprès des fournisseurs qui lui sont désignés par le franchiseur ; et s'il n'y a pas de fournisseur désigné, alors ce sont les caractéristiques des produits à commercialiser qui lui sont imposées.

*Tertio- Rémunération*

Le franchisé doit rémunérer le franchiseur. Cette rémunération est prévue par le contrat. Souvent elle est constituée par une redevance représentative du droit d'exploiter la marque, et d'une somme constituée par un pourcentage du chiffre d'affaires (c'est rappeler que le succès du franchisé provient en partie des mérites du processus transmis par le franchiseur)

Cette rémunération assise sur le chiffre d'affaire a pour corolaire d'imposer au franchisé de fournir régulièrement au franchiseur des informations sur son activité et son chiffre d'affaire. L'intensité des contrôles peut aboutir à la disqualification de la franchise soit en une gestion de fait de l'entreprise du franchisé par celle du franchiseur soit en un contrat de travail.

Enfin, il est fréquent que l'accès au réseau de franchisés soit rémunéré par un «droit d'entrée » ; celui-ci peut être perçu même lors du renouvellement du contrat.

**III) - SUITES DE L'ANEANTISSEMENT DE L'EXPLOITATION EN FRANCHISE** (présentation d'abord des diverses causes de l'anéantissement du contrat : annulation ; résolution du contrat, échéance normale - et, ensuite, le régime des clauses de non-concurrence, soigneusement distinguées des clauses de non-affiliation : c'est un point délicat.

## A) Causes de l'anéantissement du contrat de franchise

Le contrat peut être annulé si le savoir-faire n'existe pas ou s'il est illusoire ;  
 Le contrat peut être résolu ou résilié sur l'une des parties n'exécute pas ses obligations  
 Le contrat peut-être échu : la durée pour laquelle il a été conclu est épuisée

Dans tous ces cas les parties reprennent leur liberté mais c'est une liberté limitée en partie par le souci que le franchisé ne détourne à son profit le savoir -faire qu'il a acquis du franchiseur. D'où l'importance des clauses destinées à éviter ce risque.

## B) Protection du franchiseur

On distingue les clauses de non concurrence et les clauses de non - affiliation

### a) Critère de distinction

Simple à formuler, le critère est délicat à appliquer

Par la *non - concurrence*, l'ancien franchisé s'engage à ne pas faire concurrence à l'ancien franchiseur ; il s'engage donc à ne pas exercer une activité identique : produire les mêmes produits ou vendre les mêmes produits ou rendre les mêmes services

Par la *non - affiliation*, il s'engage à ne pas rejoindre un autre réseau de franchise, c'est à dire un autre réseau dont l'activité repose sur un savoir - faire. On comprend alors que la non - affiliation protège davantage le savoir faire ; elle a pour objet d'éviter que le savoir faire d'un réseau puisse bénéficier à un autre franchiseur (rémunération assise sur le chiffre d'affaires), bref, elle participe de la protection du réseau

### b) Régime des clauses

Ces clauses dérogent au principe de libre installation, corollaire de liberté du commerce et de l'industrie. De plus elles limitent le principe de la libre concurrence et elles empêchent le franchisé de tirer profit de la clientèle qu'il a constituée. Aussi elles sont d'interprétation stricte. Les solutions sont proches

*Les clauses de non concurrence* sont limitées à un an ; elles doivent être nécessaires à la protection des intérêts légitimes du franchiseur : donc elles interdisent toute activité rigoureusement identique à celle exercée par le franchiseur, sur un territoire limité par le risque de dévoiement de la clientèle. Elles doivent comporter une indemnité à la charge du franchiseur en raison de l'impossibilité dans laquelle le franchisé se trouve de pouvoir exercer l'activité de son choix, d'autant qu'il est privé de la clientèle qu'il a créée par son activité. Ce dernier point est vivement débattu.

*Les clauses de non - affiliation* trouvent leur limite dans le savoir - faire à protéger. Aussi elles ne sont valables qu'autant qu'elles empêchent l'adhésion à un réseau de franchise exerçant une activité identique, sous une enseigne de renommée régionale, nationale ou internationale.