

CARACTERISTIQUES DE LA FRANCHISE

Définition de la franchise

Il existe différentes définitions de la franchise :

DEFINITION JURIDIQUE EN DROIT FRANCAIS

La jurisprudence des années 70 a repris la définition de la franchise élaborée par la Fédération française de la Franchise (F.F.F.) :

"La Franchise se définit comme une méthode de collaboration entre une entreprise franchisante, d'une part, et une ou plusieurs entreprises franchisées, d'autre part.

Elle implique pour l'entreprise franchisante :

1. La propriété d'une raison sociale, d'un nom commercial, de signes et symboles, d'une marque de fabrique, de commerce ou de services, ainsi qu'un savoir-faire mis à la disposition des entreprises franchisées ;

2. Une collection de produits et/ou de services :

- offerte de manière originale et spécifique ;*
- exploitée obligatoirement et totalement selon des techniques uniformes préalablement expérimentées et constamment mises au point et contrôlées.*

Cette collaboration a pour but un développement accéléré des entreprises contractantes, par l'action commune résultant de la conjonction des hommes et des capitaux, tout en maintenant leur indépendance respective, dans le cadre d'accords d'exclusivité réciproque.

Elle implique une rémunération ou un avantage économique acquis au franchiseur propriétaire de la marque et du savoir-faire".

DEFINITION JURIDIQUE EN DROIT EUROPEEN

Elle est précisée dans le règlement d'exemption du 30 novembre 1988, émanant de la Commission des Communautés Européennes :

"On entend par :

a) "Franchise", un ensemble de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, noms commerciaux, enseignes, dessins et modèles, droits d'auteurs, savoir-faire ou brevets, destinés à être exploités pour la revente de produits ou prestations de services à des utilisateurs finals;

b) "**Accord de Franchise**", un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à un autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser des types de produits et/ou de services déterminés ; il doit comprendre au moins les obligations suivantes :

- l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne commun et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat,
- la communication par le franchiseur au franchisé de savoir-faire, et
- la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord ".

DEFINITION DU CODE EUROPEEN DE DEONTOLOGIE

La Fédération Européenne de la Franchise (F.E.F.), dans son code de déontologie entré en vigueur le 1^{er} janvier 1991, précise :

"La Franchise est un système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le Franchiseur et ses Franchisés dans lequel le Franchiseur accorde à ses Franchisés le droit, et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du Franchiseur.

Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchisé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte, à utiliser l'enseigne et/ou la marque de produits et/ou de service, le savoir-faire, et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et/ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit, conclu entre les parties à cet effet.

Les principes directeurs :

1. *Le franchiseur est l'initiateur d'un "réseau de franchise" constitué du Franchiseur et des Franchisés et dont il a vocation à assurer la pérennité.*

2. *Le franchiseur devra :*

- a) *avoir mis au point et exploité avec succès un concept pendant une période raisonnable et dans au moins une unité pilote avant le lancement du réseau,*
- b) *être titulaire des droits sur les signes de ralliement de la clientèle : enseigne, marques et autres signes distinctifs,*
- c) *apporter à ses Franchisés une formation initiale et leur apporter continuellement une assistance commerciale et/ou technique pendant toute la durée du contrat.*

3. *Le franchisé devra :*

- a) *consacrer ses meilleurs efforts au développement du réseau de Franchise et au maintien de son identité commune et de sa réputation*

- b) fournir au Franchiseur les données opérationnelles vérifiables afin de faciliter la détermination des performances et les états financiers requis pour la direction d'une gestion efficace. Le Franchisé autorisera le Franchiseur et/ou ses délégués à avoir accès à ses locaux et à sa comptabilité à des heures raisonnables
- c) ne pas divulguer à des tiers le savoir-faire fourni par le Franchiseur ni pendant, ni après la fin du contrat.
4. Les deux parties devront respecter, de manière continue ; les obligations suivantes :
- a) agir de façon équitable dans leurs relations mutuelles. Le franchiseur avertira le Franchisé par écrit de toute infraction au contrat et lui accordera, si justifié, un délai raisonnable pour le réparer.
- b) résoudre leurs griefs et litiges avec loyauté et bonne volonté, par la communication et la négociation directes.

DEFINITIONS SYNTHETIQUES

LA FRANCHISE

Définition de Jean-Marie LELOUP ; La Franchise Droit et Pratique - Delmas :

C'est un contrat par lequel une entreprise, dénommée "Franchiseur", confère à une ou plusieurs autres entreprises, dénommées "Franchisés", le droit de réitérer, sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes de ralliements de la clientèle et son assistance continue, le système expérimenté par le franchiseur et devant, grâce à l'avantage concurrentiel qu'il procure, raisonnablement permettre à un franchisé diligent de réaliser des affaires profitables.

LE FRANCHISEUR

Définition de la CCI de Strasbourg et du Bas-Rhin - Guide de la Franchise :

C'est un commerçant, un artisan, un industriel ou un prestataire de service, personne physique ou morale, ayant :

- *la propriété ou le droit d'usage de signes distinctifs : marque, enseigne, logos, dessins, modèles ou brevets,*
- *une collection de produits et/ou de services,*
- *un savoir-faire acquis dans une ou plusieurs unités pilotes (L'unité pilote est un centre d'exploitation dans lequel le savoir-faire du franchiseur est mis en oeuvre.*
- *Ne peut être considéré comme unité pilote que le centre exploitant le concept et la formule destinés à être reproduits par autrui et présentant un résultat positif sur un exercice d'au moins douze mois, contrôlé par le franchiseur).*

LE FRANCHISE

Définition de la CCI de Strasbourg et du Bas-Rhin - Guide de la Franchise :

C'est une entreprise juridiquement et économiquement indépendante, personne physique ou morale, liée par un contrat au Franchiseur. Il doit être animé d'un esprit d'entreprise et avoir la volonté de collaborer à la réussite du réseau de franchise. Il demeure responsable à l'égard des tiers des actes accomplis dans le cadre de cette exploitation.

Typologie de la franchise

La franchise est une formule d'activité susceptible d'être appliquée dans de nombreux secteurs d'activité, et avec différents niveaux d'intégration.

DIFFERENCIATION PAR SECTEUR D'ACTIVITE

On distingue trois grands types de franchises selon le secteur d'activité : la franchise de production, la franchise de distribution et la franchise de service.

LA FRANCHISE DE PRODUCTION

Définie comme des " contrats en vertu desquels le franchisé fabrique lui-même, selon les indications du franchiseur, des produits qu'il vend sous la marque de celui-ci ", elle peut être industrielle, artisanale ou agricole.

Exemples : *COCA-COLA, YOPLAIT, COFRAN.*

- Elles rapprochent le lieu de production des lieux de vente ; elles constituent souvent des opérations de commerce international.

- L'opération de production s'accompagne de la commercialisation des biens fabriqués.

LA FRANCHISE DE DISTRIBUTION

Elle permet la vente d'un bien ou d'un ensemble de biens par le biais du réseau de franchisés. Elle se différencie selon la place que le franchiseur tient dans le circuit : il peut être soit un producteur, soit un diffuseur.

▪ **LE FRANCHISEUR EST UN PRODUCTEUR**

Le franchiseur cherche essentiellement à sécuriser des débouchés. Le franchisé est un détaillant.

Exemples : *BERGER DU NORD, ERAM, PINGOUIN.*

- Le producteur doit s'être fait aussi distributeur pour pouvoir monter une franchise. La voie la plus souvent empruntée a été celle du succursalisme.

▪ **LE FRANCHISEUR EST UN DIFFUSEUR**

Le franchiseur ne fabrique pas lui-même mais constitue une collection de produits qu'il sélectionne ou dont il suscite la fabrication.

Exemples : *GENEVIEVE LETHU, CHRISTIANSEN, TIMY.*

- Le franchiseur n'assume pas de fonction industrielle, mais une fonction commerciale. C'est un diffuseur.
- Il a une initiative fondamentale, celle de la constitution de la collection qu'il met à la disposition de ses franchisés.
- Les techniques contractuelles utilisées pour l'approvisionnement des franchisés se partagent habituellement entre les schémas suivants :
 - *le franchiseur fournit lui-même les franchisés. Il est acheteur-revendeur ;*
 - *le franchiseur crée une centrale d'achats qui agit en qualité de commissionnaire en faveur des franchisés ;*
 - *le franchiseur communique aux franchisés une liste de fournisseurs agréés auprès desquels sont disponibles les articles sélectionnés.*

LA FRANCHISE DE SERVICES

Le concept franchisé consiste en la prestation d'un ou plusieurs services rendus à des professionnels ou à des consommateurs.

- Le succès de l'opération y est plus qu'ailleurs fonction directe du perfectionnement du savoir-faire.
- Le savoir-faire est essentiellement la commercialisation.
- Certaines caractéristiques du contrat de franchise apparaissent ici avec une importance accrue :
 - *l'importance de la conceptualisation du savoir-faire ;*
 - *la nécessité d'une assistance constante ;*
 - *l'importance de la sélection des franchisés.*

On peut distinguer trois types de franchises de services selon l'importance des investissements financiers requis et le degré d'intellectualisation du service fourni :

▪ **SERVICES EXIGEANT UN INVESTISSEMENT FINANCIER LOURD**

Dans ces franchises, la localisation de l'établissement franchisé, la notoriété de l'enseigne et l'efficacité des services commerciaux communs sont des facteurs déterminants.

Exemples :

- *Franchises hôtelières : HOLIDAY INN, MERCURE,...*
- *Franchises de restauration : CHANTEGRILL, Mc DONALD'S, POINT CHAUD*
- *Franchises de location de matériel et véhicules : AVIS, BUDGET,...*

▪ **SERVICES EXIGEANT UN INVESTISSEMENT FINANCIER PLUS FAIBLE**

Pour ces activités, la formation technique du personnel mis en oeuvre par le franchisé est un élément primordial de succès, avec les économies de gestion que permet le système du franchiseur. La formation et le contrôle y ont donc un rôle prééminent.

Exemples :

- *Franchises de réparation : AUTOSMART, MIDAS, STP DEPANNAGE, TAC,...*
- *Franchises de traitement de matériaux : DECAMAT,...*
- *Franchises d'entretien de maisons et jardin,*
- *Franchises de soins de beauté et coiffure : MOD'S HAIR,...*
- *Franchises de sécurité et gardiennage : DELTA PROTECTION.*

▪ **SERVICES A CARACTERE AFFECTIF, INTELLECTUEL OU MEDICAL**

Le caractère abstrait des services fournis amène ici à se demander quelles sont les limites du domaine franchisable. Ces activités ne relèvent-elles pas plus du talent personnel que du savoir-faire transmissible ?

Exemples :

- *Franchises d'agence matrimoniales : FELICITAS, UNI-INTER, UNICIS,...*
- *Franchises d'enseignement : PIGIER,...*
- *Franchises d'assistance aux entreprises : ASPAC, MASTOK,...*
- *Franchises de soins de beauté et coiffure : MOD'S HAIR,...*
- *Franchises d'esthétique : L'ONGLERIE, L'INSTITUT DES JAMBES,...*

Fondements juridiques de la franchise

LE CADRE GENERAL

La franchise n'est pas, en France, définie officiellement ni encadrée par un texte particulier. Le contrat de franchise est un contrat " *innomé* " qui n'est pas soumis à une réglementation spécifique.

Une conséquence pratique est que les conventions des parties doivent en franchise être exprimées avec une précision accrue et un champ de précision plus grand que les contrats nommés.

- Les professionnels ont rédigé des documents extra-légaux à vocation normative :
 - *le code de déontologie de la F.F.F. ;*
 - *la norme AFNOR ;*
 - *le Code de Déontologie Européen.*
- Une abondante jurisprudence s'est également constituée. Elle est cependant contradictoire.
- Un début de réglementation a été adopté en France concernant la phase *pré contractuelle* (la loi DOUBIN).
- Au niveau Européen un texte important a dessiné plus précisément, notamment sous l'angle des questions de concurrence, le cadre juridique général de la franchise (REGLEMENT D'EXEMPTION).

LE ROLE DE LA DEONTOLOGIE

Refusée par la F.F.F. et ne débouchant sur aucune certification, la norme AFNOR NFZ 20000 (juillet 1987) n'a pas force de loi et peu de juristes s'y réfèrent. C'est donc essentiellement le " *CODE DE DEONTOLOGIE* " de la F.F.F. (1972) qui a servi de base à l'élaboration du Code Européen entré en vigueur le 1^{er} janvier 1991 et applicable en France depuis cette date.

- " *Code de bons usages des utilisateurs de la franchise en Europe* ", ce texte donne une définition de la franchise qui insiste sur le caractère " étroit et continu " de la collaboration entre des entreprises " *juridiquement et financièrement indépendantes* ".
- Le code précise également les spécificités de la franchise : nécessité pour le franchisé de " *respecter la conformité avec le concept du franchiseur* ", importance de la marque, de l'enseigne et du savoir-faire du franchiseur, importance également de l'*identité* commune et de la *réputation* du réseau.

- Le code donne des indications intéressantes dans la distribution des rôles : le franchiseur est " l'initiateur du réseau ". Il a " vocation à en assurer la pérennité ". Il doit " avoir mis au point un concept ", " être titulaire des droits sur les signes de ralliements de la clientèle " et " apporter à ses franchisés une formation initiale et une assistance pendant toute la durée du contrat ". Le franchisé quant à lui, " doit consacrer ses meilleurs efforts au développement du réseau ", fournir au franchiseur " les états financiers requis pour la direction d'une gestion efficace " et " ne pas divulguer à des tiers le savoir-faire fourni par le franchiseur ".
- Le franchiseur doit avoir " exploité avec succès son concept dans au moins une unité pilote avant le lancement du réseau pendant une période raisonnable " (12 mois ?).
- Le texte invite " les deux parties " à " agir de façon équitable dans leurs relations mutuelles ".
- En ce qui concerne le contenu du contrat, le code indique pour l'essentiel qu'il doit comporter les droits et obligations des deux parties, les conditions financières, de durée, de renouvellement, de rupture du contrat et qu'il doit être " en conformité avec le droit et le code de déontologie ".

Il est clair que ces documents extra-légaux n'ont aucune force obligatoire. Mais ils peuvent servir à apprécier le comportement des parties. Un tribunal doit donc leur accorder la valeur des usages en vigueur entre professionnels loyaux et compétents. La valeur supplétive du Code de Déontologie est donc certaine, mais sous une réserve importante : le juge n'est pas lié par ce texte, il lui appartient de décider souverainement.

LE DROIT PENAL ET LE DROIT CIVIL

LE DROIT PENAL

Le Code pénal comprend de nombreux articles permettant de faire appel aux tribunaux en cas par exemple d'abus de confiance, d'escroquerie ou de divulgation de secrets, etc... (art. 405 notamment).

LE DROIT CIVIL

L'article 1134 du Code Civil est tout à fait important et d'actualité " les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que leur consentement mutuel ou pour les causes que la Loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ".

LE DROIT EUROPEEN

Pas plus qu'en France, la franchise ne fait en Europe l'objet d'une loi spécifique. En revanche, les institutions Européennes ont tracé, notamment avec le " Règlement n° 4087/88 " du 30.11.1988, un cadre juridique qui constitue une importante référence.

L'ARRET DU 28 JANVIER 1986 (arrêt Pronuptia)

Les institutions européennes, sollicitées par la Haute Juridiction allemande, à propos d'un litige opposant PRONUPTIA à une de ses franchisées en Allemagne, ont délivré une première réponse à la question " *Le contrat Pronuptia est-il ou non compatible avec le Traité de Rome ?* ".

Le Traité de Rome, qui vise à protéger la libre concurrence en Europe, interdit en effet dans son article 85-1 " *toutes les pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché Commun*".

Par son arrêt du 28.1.1986, la Cour de Luxembourg a affirmé que la franchise ne portait pas en soi atteinte à la liberté de concurrence et constituait même un facteur de progrès économique. Prudente, la Cour ouvrait seulement la possibilité d'accorder aux franchiseurs qui en feraient la demande, une " *exemption individuelle* ".

LE REGLEMENT D'EXEMPTION DU 30.11.1988

Devant l'afflux de procédures, les autorités européennes, s'orientèrent vers une exemption collective de la franchise. Le 30.11.1988, la Commission adoptait le " *Règlement CEE* " (REGLEMENT D'EXEMPTION). Il est en vigueur depuis le 1er février 1989, et demeure applicable jusqu'au 31.12.1999.

SIGNIFICATION

La commission justifie son à priori favorable à la franchise avec des arguments intéressants :

- Les accords de franchise améliorent normalement la distribution de produits et/ou la prestation de services, puisqu'ils donnent aux franchiseurs la possibilité d'établir un réseau uniforme avec des investissements limités, ce qui peut favoriser l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché ;
- Ils permettent aussi à des commerçants indépendants d'installer des établissements plus rapidement et avec de meilleures chances de succès ; ils ont ainsi la possibilité de concurrencer plus efficacement de grandes entreprises de distribution ;
- La franchise profite aussi au consommateur, notamment par le caractère homogène du réseau et par l'effet favorable de la formule sur la concurrence entre marques.

PORTEE

Si, en théorie, le Règlement d'Exemption ne concerne que les plus grands réseaux de franchise, dans la pratique tous les franchiseurs ont tout intérêt à ce que leurs contrats soient conformes au Règlement Européen. Un contrat de franchise conforme au Règlement

s'impose aux tribunaux nationaux (le droit communautaire primant le droit des Etats membres).

DEFINITIONS

L'intérêt du règlement est multiple : il définit notamment, la franchise ainsi que le savoir-faire. Au-delà des problèmes de concurrence, ses appréciations donnent d'importantes indications sur les clauses que l'on peut considérer comme applicables dans un contrat de franchise... et les autres.

Le Règlement entend par " Franchise " :

" Un ensemble de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant les marques, noms commerciaux, enseignes, dessins et modèles, droits d'auteurs, savoir-faire ou brevets, destinés à être exploités pour la revente de produits ou la prestation de services à des utilisateurs finals ".

Il précise qu'un " accord de franchise " doit comprendre au moins les obligations suivantes

- *l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et présentation uniforme des locaux et/ ou moyens de transport visés au contrat ;*
- *la communication par le franchiseur au franchisé de savoir-faire et, la fourniture continue par le franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord.*

Le Règlement définit le savoir-faire comme devant être :

" Secret ", " substantiel ", et " identifié ". "Secret ", du moins " dans l'assemblage précis de ses composants ", " substantiel ", c'est-à-dire qu'il doit " être utile pour le franchisé en étant susceptible d'améliorer sa position concurrentielle " et " identifié ", c'est-à-dire "décrit de façon suffisamment complète pour vérifier qu'il est secret et substantiel ".

DELIMITATION

Le règlement définit :

Les restrictions de concurrence compatibles avec l'Europe :

- Les clauses prévoyant l'octroi d'une exclusivité territoriale aux franchisés sont admises.
- L'obligation de ne pas vendre de produits concurrents est justifiée.
Toutefois, elle ne peut être acceptée que pour les produits qui forment l'essentiel de la franchise.

Les clauses " non restrictives de concurrence " couvertes par l'exemption :

- " *Les clauses qui sont essentielles, soit pour préserver l'identité commune et la réputation du réseau, soit pour empêcher que le savoir-faire et l'assistance fournis par le franchisé ne profitent à des concurrents* ".
- La clause de non-concurrence, considérée comme normale après la fin ou la rupture du contrat " *pour une période raisonnable n'excédant pas un an dans le territoire où le franchisé a exploité la franchise* ".
- Les clauses imposant un stock minimal, la réalisation d'un chiffre d'affaires minimal.
- Les clauses prévoyant une redevance pour financer la publicité.
- Le règlement précise les obligations " normales " des franchisés en matière de : non-divulgaration du savoir-faire, de communication au franchiseur de leur expérience, de suivi des cours de formation, d'application des méthodes commerciales du franchiseur, y compris si elles évoluent, du respect des normes du franchiseur en matière d'équipement des locaux. Les franchisés doivent permettre au franchiseur d'effectuer des contrôles et encore de ne pas changer d'emplacement ni céder leurs droits sans l'accord du franchiseur.
- Le règlement ajoute que certaines conditions doivent être respectées pour que l'exemption s'applique, notamment : les franchisés doivent pouvoir s'approvisionner auprès des autres membres du réseau, de même ils sont tenus d'indiquer aux consommateurs leur qualité de commerçant indépendant.

Les clauses qui s'opposent à l'exemption :

Il s'agit pour l'essentiel de clauses limitant la liberté du franchisé : sa liberté d'approvisionnement et surtout sa liberté de fixer ses prix de vente.

Bien sûr, la Commission se réserve le droit de revenir sur l'exemption accordée a priori, si les règles de fonctionnement du marché sont affectées.

LE DROIT FRANCAIS

LE DROIT DE LA CONCURRENCE

La franchise est concernée en France par bon nombre de textes réglementant la concurrence :

FRANCHISE ET ENTENTE SUR LES PRIX

L'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qui interdit les " *actions concertées pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence, notamment lorsqu'elles tendent à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché* ", concerne évidemment la franchise.

- En clair, il n'est pas possible à un franchiseur d'imposer (ni même de recommander fortement) à ses franchisés des prix de vente pour les produits ou les services commercialisés par le réseau.
- Par conséquent, impossible également de communiquer sur une opération de promotion concertée de l'ensemble de la chaîne.
- Il est toutefois possible au franchiseur de conseiller un prix, voire de fixer un prix maximum, mais pas davantage.

FRANCHISE ET APPROVISIONNEMENTS EXCLUSIFS

Dans ce domaine, la Jurisprudence est abondante :

- Il en ressort que l'obligation de fourniture exclusive imposée au franchisé doit être non seulement nécessaire mais aussi indispensable et d'autre part, le franchiseur doit faire la preuve que l'approvisionnement qu'il impose par contrat est bien justifié par l'intérêt du réseau.
- Il semble que les franchiseurs devront, à l'avenir, faire la différence entre les produits pour lesquels l'approvisionnement exclusif est rendu nécessaire et indispensable à la bonne reproduction de leur savoir-faire et ceux que les franchisés peuvent éventuellement se procurer ailleurs que chez eux.

LE DROIT DES AFFAIRES

FRANCHISE ET PROPRIETE COMMERCIALE

Les tribunaux ont donné des réponses divergentes à cette question. La Jurisprudence a le plus souvent considéré que la clientèle appartenait bien au franchisé " *qu'elle ait été transmise par le franchisage ou ultérieurement constituée* ".

Cependant :

- Le 24.11.1992, le TGI de Paris décidait que la clientèle appartenait de manière indivise aux deux parties (*affaire DESCAMPS*).
- Le 9.12.1993, le TGI d'Evry décidait que la clientèle d'un point de vente à l'enseigne appartenait au franchiseur et non au franchisé dans la mesure où, par contrat, la " *marge de manœuvre* " de ce dernier était " *à peu près réduite à néant* ".

La question est donc loin d'être tranchée par la Jurisprudence, qui se détermine au cas par cas.

LE STATUT DU FRANCHISE

Selon l'arrêté ministériel du 21.2.1991 (arrêté NEIERTZ) le franchisé est un entrepreneur indépendant puisqu'il doit " *informer le consommateur de sa qualité d'entreprise indépendante, de manière lisible et visible, sur l'ensemble de ses documents d'information, notamment de nature publicitaire, ainsi qu'à l'intérieur et à l'extérieur du lieu de vente* ".

L'Etat semble toutefois nuancer son appréciation quand il s'agit de savoir si oui ou non, le nouveau franchisé est un " *créateur d'entreprise* ".

- Une instruction de l'administration fiscale, en date du 25 avril 1989, exclut en effet dans son numéro 19 les entreprises franchisées, des systèmes d'exonération fiscale prévus à l'article 44 sexies du Code Général des Impôts en faveur des créateurs d'entreprise. Au motif qu'une entreprise franchisée a une activité qui prolonge l'existence d'une entreprise préexistante.

LA LOI DOUBIN

En France, le seul texte de loi concernant directement la franchiseur date du 31.12.1989. C'est la loi DOUBIN.

- L'article premier de cette loi n° 89-1008 précise que " *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 tenu 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 permettent de s'engager en connaissance de cause* ".

- Son décret d'application du 4.4.1991, précise que le Document d'Information Pré contractuelle (DIP) doit notamment indiquer :

- *les perspectives de développement du marché ;*
- *la présentation du réseau d'exploitants avec la liste des entreprises, l'adresse des entreprises, la rotation des franchisés ou concessionnaires, la présence de la marque sur le territoire d'exclusivité ;*
- *les clauses essentielles du contrat ;*
- *les dépenses et investissements.*

Le texte impose que le DIP doit avoir été remis au franchisé 20 jours avant la signature du contrat ou 20 jours avant toute remise d'une somme d'argent.

Faiblesses :

L'étude de marché :

Le document doit contenir " 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 ".

De crainte d'être accusés de formuler des promesses démenties ensuite par la réalité, et devoir pour cela payer très cher, les franchiseurs délivrent généralement des informations d'une solidité incontestable, mais d'une banalité à faire peur.

Légèreté des sanctions :

La seule sanction prévue actuellement est une amende de cinquième classe et cela n'est pas suffisamment dissuasif.

Les contrats en franchise

LE CONTRAT DE PILOTAGE

Avant de développer son réseau, le franchiseur doit avoir expérimenté son savoir-faire grâce à un pilote. Ce pilote aura une triple mission :

- *valider le savoir-faire;*
- *déterminer " l'architecture économique " et étudier la marge nécessaire et souhaitable pour que l'activité soit rentable ;*
- *réaliser une étude de marché approfondie.*

Lorsque le franchisé n'a pas de pilote intégré, il peut passer un contrat, dit de pilotage, avec un indépendant, contrat au terme duquel il définit la mise en oeuvre de son savoir.

- Le " *piloteur* " détenteur du savoir et le " *pilote* ", artisan du faire, amèneront ensemble à maturité le concept et la formule à présenter sur les marchés.
- Ce pilote considéré comme un tiers juridiquement indépendant, est lié par un contrat d'association avec le franchiseur.

Par ce biais, le franchiseur se dispense de l'investissement initial nécessaire à l'installation d'un pilote. En passant plusieurs contrats de ce genre, le franchiseur multiplie les expériences en différents endroits.

LE CONTRAT D'OPTION OU DE RESERVATION DE ZONE

Le contrat de franchise est souvent précédé d'un contrat d'option qui peut prendre la forme d'un contrat de première assistance, d'un contrat de réservation de zone ou d'une lettre d'intention.

- Le contrat d'option permet au futur franchisé de réserver, à son profit, une zone avant de s'engager.

- Durant la période couverte par le premier contrat, le candidat franchisé pourra :
 - *accomplir les démarches nécessaires pour devenir commerçant ;*
 - *rechercher un emplacement et un local ;*
 - *appréhender toute son implantation ;*
 - *trouver les prêts nécessaires ;*
 - *s'organiser tout en étant garanti que la zone lui sera réservée pendant une période convenue.*

Pendant cette période le franchiseur apportera son assistance première :

- *étude de site et d'implantation ;*
- *montage du dossier de prêt,...*

Si, durant cette période, le franchiseur et le candidat franchisé s'aperçoivent qu'ils ne veulent plus conclure : l'option peut être révoquée. Dans ce cas, la somme versée en garantie de la réservation de zone sera perdue pour le franchisé.

En revanche, si l'option est levée et si le contrat de franchise est signé, la somme versée en garantie de la zone réservée, est considérée comme une avance sur la RIF.

Il faut que ce contrat comporte des clauses précisant :

- *les intentions des cocontractants et leur situation respective au jour de la signature du contrat d'option, dans le préambule*
- *la qualité du contrat conférant l'option, la réservation de zone ou la première assistance*
- *la durée de l'option*
- *les conditions dans lesquelles le futur franchisé pourra lever l'option ainsi que les conditions de renonciation*
- *la forme de la levée d'option ou de la renonciation à l'option*
- *dans le cas de la levée d'option de la part du futur franchisé, alors que le franchiseur aura lui aussi renoncé à révoquer cette option, que les deux parties signeront le contrat de franchise à l'expiration d'un délai fixé à l'avance que le franchiseur s'oblige à ne pas rechercher d'autre franchisé pendant la période du contrat pour la zone réservée, et renoncer à octroyer cette zone à autrui qui souhaite l'acquérir*

- *que le candidat franchisé s'oblige à une totale confidentialité et à la non-divulgateion des renseignements qu'il recevra pendant cette période ;*
- *que le candidat-franchisé s'oblige à tout mettre en oeuvre pour que le contrat de franchise puisse aboutir ;*
- *la nature de l'assistance qui sera donnée par le franchiseur au futur franchisé pendant la durée de l'option ;*
- *le prix de la réservation et son affectation à l'expiration du contrat;*
- *les clauses principales du contrat de franchise qui sera signé ;*
- *le tribunal compétent, l'arbitrage étant exclu si le futur franchisé n'est pas commerçant.*

LE CONTRAT DE FRANCHISE

Le contrat de franchise est un contrat " *innomé* " qui n'est soumis à aucune règle particulière. Toutefois, le Code Européen de déontologie précise que même s'il n'existe pas de contrat-type de franchise, celui-ci doit contenir un minimum de renseignements. Il doit comprendre au moins les obligations suivantes :

- L'utilisation d'un nom ou d'une enseigne commun et une présentation uniforme des locaux et /ou moyens de transports visés au contrat.
- La communication, par le franchiseur au franchisé, de son savoir-faire.
- La fourniture, par le franchiseur au franchisé, d'une assistance commerciale et/ou technique pendant la durée de l'accord.

Il est indispensable de prévoir un contrat écrit pour définir avec précision les obligations respectives de chacune des parties, afin de s'assurer du respect des normes et comportements. Il faut surtout prévoir un contrat assez souple pour éviter que les relations contractuelles ne se figent dans un moule inadapté à l'évolution du réseau.

Le contrat de franchise est un contrat complexe composé de plusieurs contrats successifs qui forment un ensemble indivisible. En effet, plusieurs étapes s'inscrivent dans les relations entre le franchiseur et les franchisés.

Le contrat de franchise est donc un contrat composé à la fois d'un contrat de licence de marque, d'un contrat de transmission de savoir-faire et d'une assistance technique et/ou commerciale.

Le contrat de franchise est, comme tout contrat, soumis à l'article 85 du Traité de Rome qui interdit les clauses restrictives de concurrence.

Toutefois, on ne peut concevoir un contrat de franchise sans obligation de non-concurrence ou même sans une obligation d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'activité. Aussi, le Règlement exempté certaines clauses restrictives de concurrence :

LES CLAUSES BLANCHES (autorisées)

Ces clauses pourront figurer dans un contrat de franchise, car elles sont soit inhérentes à la franchise et non restrictives de concurrence, soit restrictives de concurrence, mais exemptées et donc autorisées à figurer dans un contrat de franchise car la Commission Européenne a estimé que le bilan économique de ces clauses était positif pour le consommateur.

LES CLAUSES OBLIGATOIRES INHERENTES A LA FRANCHISE

LES CLAUSES RELATIVES A LA MARQUE ET A L'ENSEIGNE

Les obligations du Franchiseur

- Le franchiseur doit garantir au franchisé l'existence matérielle de la marque - inscription à l'institut national de la propriété industrielle (INPI), numéro d'enregistrement ;
- Il s'oblige à donner en licence la marque de sa franchise (très souvent à titre d'enseigne) pour la durée du contrat ;
- Il autorise également l'utilisation, la reproduction et la représentation de la marque ;
- Il assure la protection de la marque ainsi que la pleine jouissance de celle-ci au franchisé.

Les obligations du Franchisé

- Il s'engage à exploiter la marque selon les conditions du droit d'usage ;
- Il s'engage à ne pas utiliser la marque comme raison sociale ou dénomination commerciale et à ce qu'il n'y ait aucune confusion avec celle-ci ;
- Il s'oblige à mettre en place l'enseigne sur son local ;
- Et à reproduire la marque et l'enseigne en conformité avec le manuel des normes graphiques ;
- Il s'interdit tous retranchements, modifications ou adjonctions à la marque.

LES CLAUSES RELATIVES AU SAVOIR-FAIRE

Les obligations du Franchiseur

L'existence d'un savoir-faire : Le franchiseur s'oblige à :

- avoir un savoir-faire *ORIGINAL, SECRET et IDENTIFIE* ;
- posséder un package.

Le savoir-faire doit répondre aux impératifs de caractères :

Secret - *Le fait que le savoir-faire dans son ensemble ou dans la configuration, et l'assemblage précis de ses composants, ne soit pas généralement connu ou facilement accessible.*

Substantiel - *Le fait que le savoir-faire doive inclure une information importante pour la vente de produits ou la prestation de services aux utilisateurs finals. Notamment pour la présentation des produits pour la vente, la transformation des produits en liaison avec la prestation de services, les relations avec la clientèle et la gestion administrative et financière.*

Identifié - *Le fait que le savoir-faire doive être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité.*

L'existence d'une formation initiale et permanente :

- **La formation initiale** - *Le franchiseur s'engage à transmettre au franchisé le savoir-faire par une formation initiale dont il devra fixer la durée, ainsi que la prise en charge des frais de séjour et de déplacement.*
- **La formation permanente** - *Le franchiseur s'engage à proposer au franchisé une formation permanente dans le but d'améliorer le savoir-faire ; le franchiseur devra prévoir la prise en charge des frais de participation, de séjour et d'hébergement selon la durée et le lieu de la formation.*

Le contrôle :

- *La responsabilité du franchiseur l'oblige à contrôler le respect des normes et des procédures de son concept pour veiller à l'unité de son réseau.*
- *Il devra prévoir les effets en cas de non-respect (mise en demeure, résiliation, conséquence de la résiliation).*

Les obligations du Franchisé

Le respect de la méthode :

- *Le franchisé s'engage à respecter les normes des manuels opératoires ;*
- *S'il y a non-respect, il s'engage à s'y conformer dans les délais impartis par le franchiseur.*

La confidentialité :

- *Le franchisé déclare avoir ignoré au préalable le savoir-faire transmis ;*
- *Il s'engage à ne pas divulguer ce savoir-faire à des tiers ;*
- *Tout en déclarant qu'au moment où il l'aura reçu, il lui sera utile.*

LES CLAUSES RELATIVES A L'ASSISTANCE TECHNIQUE ET/OU COMMERCIALE

Le franchiseur s'engage à assister le franchisé de façon permanente (au début et en cours d'exploitation de la franchise) ;

- *L'assistance se fera dans les domaines les plus divers : marketing, commercial, publicité, gestion des stocks, approvisionnements, juridique, fiscal, informatique, etc...*
- *Le franchiseur s'engage à exploiter un tableau de bord au profit de ses franchisés, afin d'avoir une maîtrise régulière et constante de leur exploitation ;*
- *Il s'oblige à envisager des visites chez le franchisé tout en précisant quelle partie devra assurer la prise en charge des frais.*

LES CLAUSES BENEFICIANT DE L'EXEMPTION, NON-INHERENTES A LA FRANCHISE

Les articles 2 et 3 du Règlement d'Exemption du 30.11.1988 définissent respectivement les obligations du franchiseur et du franchisé, qui sont autorisées à figurer dans un contrat de franchise.

Le franchiseur pourra imposer au franchisé :

- *une obligation de non-concurrence ;*
- *une exclusivité d'activité ;*
- *une exclusivité d'approvisionnement ou de fourniture.*

Le franchisé, quant à lui, pourra imposer au franchiseur qu'il lui accorde une exclusivité territoriale.

LES CLAUSES NOIRES (interdites)

L'article 5 du règlement d'exemption interdit une série de clauses qui sont restrictives de concurrence, telles les clauses qui imposent les prix de revente du franchisé.

LE CONTRAT DE CORNER : la franchise corner

Le contrat de corner est un contrat passé entre un franchiseur et un commerçant qui affecte et aménage spécialement un espace ou " corner " de son commerce pour la vente exclusive des produits et/ou service du franchiseur. Les obligations de chacune des parties sont celles que l'on peut trouver dans un contrat de franchise.

Le franchisé aura le droit d'user de la marque et de l'enseigne du franchiseur pour désigner le corner affecté à la vente des produits et pour en faire la publicité.

La formule corner pourra aussi se décliner en formule " shop in the shop " plus marquée dans l'aménagement type.

LE CONTRAT DE MASTER FRANCHISE

Le contrat de master-franchise est un contrat complexe ; deux éléments le distinguent:

- *Le contrat de master-franchise met en relation trois parties :
le franchiseur / le master-franchisé / le junior franchisé.*
- *Le contrat de master-franchise est la conjonction de deux contrats de franchise : un contrat entre le franchiseur et le master-franchisé et un contrat entre le master-franchisé et le junior-franchisé.*

Le premier contrat est le contrat de master-franchise par lequel le franchiseur accorde l'exclusivité de sa franchise à un master-franchisé pour un territoire donné, en contrepartie d'une rémunération.

Le second contrat est un contrat de franchise classique passé entre le master-franchisé et le junior franchisé et par lequel le master-franchisé concède, au junior-franchisé, l'exclusivité d'une partie du territoire concédé dans le cadre de la master-franchise.

Cette formule présente plusieurs intérêts, outre ceux de la formule classique de la franchise :

POUR LE FRANCHISEUR

- Il va pouvoir se développer facilement et très rapidement grâce au master-franchisé qui connaît bien le contexte socio-économique du territoire concédé et qui va déployer tous ses efforts dans le but de recruter des juniors-franchisés.

- Il bénéficie des redevances de ses master-franchisés et d'une partie des redevances des juniors-franchisés.

POUR LE MASTER-FRANCHISE

- Il est un franchisé à l'égard du franchiseur et est tenu aux mêmes obligations qu'un franchisé classique.
- Mais, en raison de sa position de master et donc, de franchiseur à l'égard du junior, il est tenu à des obligations supplémentaires vis-à-vis du franchiseur principal et doit, notamment, se porter responsable des juniors à l'égard du franchiseur.
- L'intérêt de cette formule pour le master est que la somme versée au franchiseur pour l'acquisition de l'exclusivité territoriale va pouvoir être récupérée.

POUR LE JUNIOR-FRANCHISE

- Il bénéficie de tous les avantages liés à la franchise. Au surplus, il bénéficie d'une assistance et d'une stimulation double : celle du franchiseur et celle du master-franchisé.

L'esprit de la franchise

La franchise est un échange de relations commerciales, économiques et humaines constatées dans un contrat. Le franchiseur donne en licence sa marque, transmet son savoir-faire et assiste le franchisé dans son exploitation, moyennant rétribution.

- Le franchiseur s'assure un développement rapide par la reproduction de sa formule ; le franchisé, quant à lui, minimise les risques de création d'entreprise.
- La franchise est, avant tout un état d'esprit allant au-delà de simples relations fournisseur-client pour atteindre un fort degré de coopération entre les deux partenaires.
- Elle repose sur trois piliers essentiels à son développement : la marque, le savoir-faire, l'assistance :

LA MARQUE

La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale.

- En franchise, tout ce qui est relatif à la marque devient essentiel dès lors que celle-ci constitue un élément incorporel monnayable
- Elle doit répondre à deux objectifs : elle doit être attrayante commercialement tout en étant forte juridiquement.
- Pour être protégée juridiquement, la marque doit être déposée et enregistrée à l'INPI.
- Pour être valable, la marque doit répondre à certaines conditions :
 - elle ne doit pas être déceptive, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas comporter des indications propres à tromper le public ;
 - elle doit avoir un caractère original ;
 - elle doit être disponible, c'est-à-dire qu'un tiers n'ait pas déjà acquis de droits sur le signe choisi.
- Élément essentiel de la franchise, la marque est avec l'enseigne et le nom commercial, la pierre angulaire du système, quel que soit le type de franchise.
- Dès la signature du contrat de franchise, le franchiseur met la marque dont il demeure propriétaire, à la disposition du franchisé.
- Lorsque le contrat prendra fin, le franchisé devra renoncer à tout emploi de la marque et de l'enseigne.

LE SAVOIR-FAIRE

Franchiser, c'est opérer la réitération d'une réussite commerciale, d'un savoir-faire.

- " Celui qui possède un savoir-faire, possède une avance technologique supérieure à celle de l'homme de métier moyen ".
- Le savoir-faire, élément inhérent à la franchise, est un ensemble de connaissances pratiques relatives aux méthodes de fabrication, de commercialisation, de gestion, de financement des produits et des services.
- Ce savoir-faire, expérimenté par le franchiseur, est transmissible, non immédiatement accessible au public, non breveté et confère à celui qui le maîtrise un avantage concurrentiel.
- Le savoir-faire doit être transmissible, il devra donc avoir la capacité de se décrire dans des procédures applicables par le franchiseur, soit le *faire savoir*.
- Le savoir-faire doit être secret, substantiel et identifié (règlement d'exemption de la C.E. n° 4087/88 du 30.11.1988 - art. 1.3.) :

Secret - *On exige que le savoir-faire soit original. Cette originalité peut être absolue ou relative.*

Substantiel - *Le savoir-faire transmis doit être utile, nécessaire et efficient pour le franchisé en lui évitant ainsi des pertes de temps et d'argent.*

Identifié - *Le savoir-faire doit être décrit d'une manière suffisamment complète et précise, afin de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité.*

L'ASSISTANCE TECHNIQUE ET/OU COMMERCIALE

La transmission du savoir-faire doit s'accompagner d'une assistance technique et/ou commerciale dont l'objectif est de faciliter la compréhension, l'assimilation et la reproduction du savoir-faire.

- L'assistance doit donc être préalable et postérieure à l'ouverture de l'entreprise franchisée.
- Cette assistance peut prendre différentes formes :

Avant l'ouverture de l'entreprise franchisée :

- *formation du franchisé et de son personnel ;*
- *aide au choix du local ;*
- *aide à la recherche de financement ;*
- *étude de site,...*

Après l'ouverture de l'entreprise franchisée :

- *assistance technique et commerciale ;*
- *avis, conseils en matière juridique, fiscale, comptable ;*
- *conseils sur les méthodes de vente ;*
- *aide aux campagnes publicitaires ;*
- *formation dans le cadre de l'amélioration du savoir-faire ;*
- *communication interne - animation ;*
- *fourniture-approvisionnements ;*
- *services divers,...*