

L'ENREGISTREMENT DU CONTRAT DE FRANCHISE

Ainsi que nous l'avons écrit précédemment dans un cadre plus général l'article 740 I du CGI et l'article 395 I de l'annexe III du CGI impose au minimum la formalité de l'enregistrement dans le délai d'un mois à compter de la signature du contrat de franchise, puisque le contrat de franchise contient par définition un contrat de concession de licence de marque. S'agissant d'une mutation de jouissance, la formalité est donnée gratuitement.

La recette des impôts chargée de cette formalité a de plus en plus souvent la prétention d'asseoir la taxation aux droits d'enregistrement sur le montant du droit d'entrée mentionné dans le contrat et c'est en vue d'assurer toute sécurité aux franchiseurs et aux franchisés que nous conseillons et de leur éviter toute surprise désagréable à l'occasion soit de l'enregistrement du contrat soit d'un contrôle fiscal ultérieur, que nous avons été amenés à approfondir les conditions dans lesquelles l'administration serait en droit d'imposer le droit d'entrée aux droits de mutation à titre onéreux soit au taux de 13,80 % majoré de 2,80 % au titre des taxes départementales et municipales.

L'ENREGISTREMENT DU CONTRAT

- La nature juridique du contrat de franchise.

L'ensemble des définitions données par l'administration, la jurisprudence et la doctrine, s'accorde à reconnaître dans le contrat de franchise l'existence d'une concession de marque et d'un droit d'usage de l'enseigne dans un secteur avec une exclusivité pour une durée limitée, de la transmission de savoir-faire, de la notion d'assistance technique et commerciale et parfois de la notion d'exclusivité dans les relations d'approvisionnement et de produits. La contrepartie de ces avantages est matérialisée dans la plupart des cas par le paiement par le franchisé d'une redevance initiale forfaitaire et d'une redevance calculée proportionnellement au chiffre d'affaires pendant la durée du contrat.

- Les problèmes de l'enregistrement.

Le droit fiscal ne s'est pas intéressé jusqu'ici à la notion du contrat de franchise et c'est précisément pour cette raison que des litiges peuvent naître avec l'administration fiscale. S'il va sans dire que le contrat de franchise constitue un ensemble cohérent, articulé autour de la notion de concession de marque qui fait l'objet d'une protection juridique bien précise, en est-il de même sur le plan de la taxation aux droits d'enregistrement ? Autrement dit, les dispositions juridiques du contrat constituent-elles des dispositions dépendantes les unes des autres ou bien des dispositions indépendantes ?

A cet effet, l'article 671 du Code général des impôts prévoit : «Lorsque dans un acte quelconque, soit civil, soit judiciaire, soit extrajudiciaire, il y a plusieurs dispositions indépendantes ou ne dérivant pas nécessairement les unes des autres, il est dû pour chacune d'elles et selon son espèce, un droit particulier».

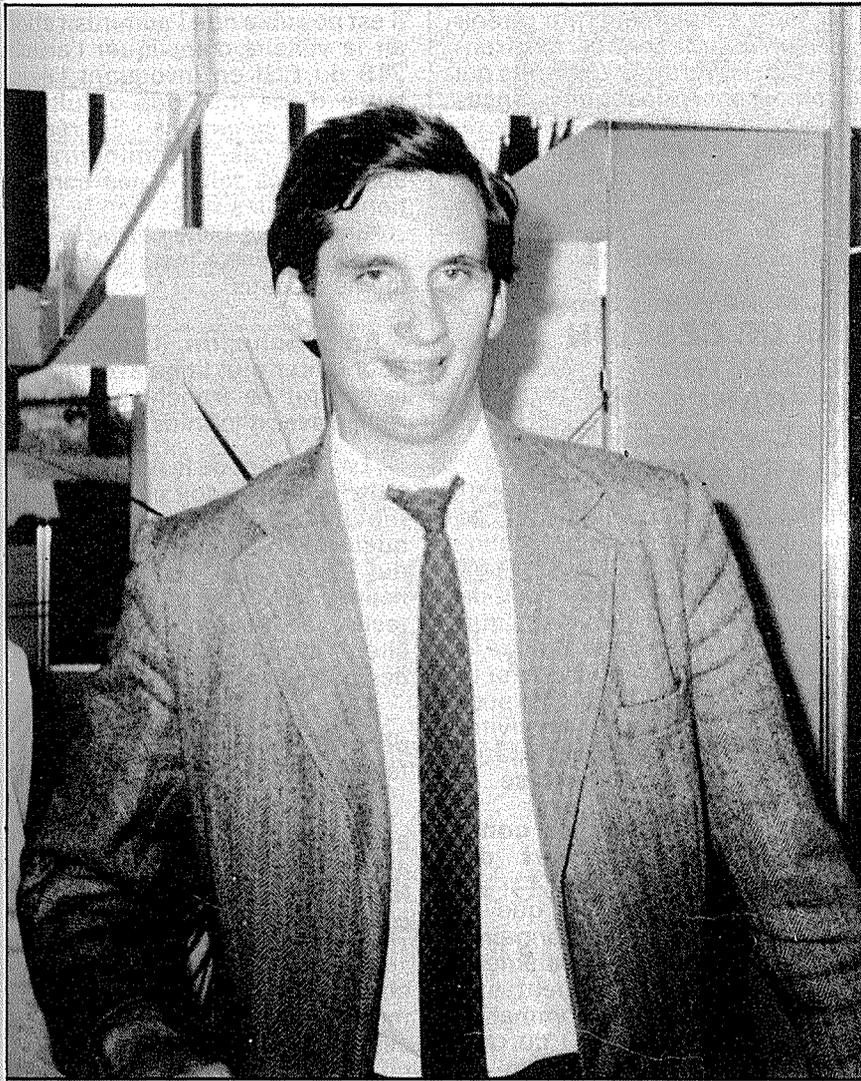
Il en résulte, a contrario, que lorsque plusieurs dispositions d'un même acte sont dépendantes, il n'est dû qu'un seul droit pour l'ensemble. La jurisprudence a essayé de développer des critères distinctifs en précisant que les dispositions multiples d'un acte ne dépendent l'une de l'autre, au sens de l'article 671 du CGI, que si le lien qui les unit résulte non de la seule volonté des parties mais de la loi elle-même. A notre avis, la volonté des parties doit être prise en considération dans le contrat de franchise puisque la loi en ignore l'existence. Les consé-

quences, au niveau de la taxation, sont, que dans l'hypothèse où l'on se trouve en face de dispositions dépendantes, un seul droit doit être appliqué. L'article 670 précise que c'est le droit le plus élevé qui doit être retenu. Dans le cas de dispositions indépendantes, le principe selon lequel chacune d'entre-elles doit être assujettie à l'impôt, ne joue que lorsque ces dispositions sont toutes soumises à des droits proportionnels ou progressifs. Dans le cas où toutes les dispositions prises isolément sont assujetties à un droit fixe, on ne retient que le droit le plus élevé, en vertu de l'article 672, alinéa 1 du CGI. Enfin, dans le cas où certaines dispositions sont soumises à un droit fixe et d'autres, à un droit proportionnel, on ne retient que le montant des droits le plus élevé.

- Quels sont les droits applicables lors de la présentation du contrat à la formalité de l'enregistrement ?

Nous avons rappelé que le contrat de franchise comportait nécessairement concession de licence de marque et que la loi protégeait la marque et le droit d'utilisation dont elle peut faire l'objet.

La concession de marque exploitée ou non exploitée constitue une mutation de jouissance que l'article 740 - I du CGI exonère de tout droit proportionnel d'enregistrement. L'article 395 I précise que la formalité est gratuite. En revanche, la concession ou marque est soumise à la TVA (article 256 et suivant du CGI). La concession de marque incluse habituellement dans les contrats de franchise est consentie pour une période de 4 ou 5 ans et en exclusivité pour un secteur donné.



Maître Olivier Gast Avocat au barreau de Paris.

La jurisprudence considère que la concession du droit d'exploiter la marque en tous lieux, même pendant un temps déterminé, est assimilée à une cession de marque taxable dans les mêmes conditions, c'est-à-dire, au droit proportionnel en vertu de l'article 719 du CGI.

A notre avis et quoiqu'en prétendent certains, dans le cas du contrat de franchise courant c'est-à-dire celui qui prévoit une exclusivité territoriale limitée et dans l'espace et dans le temps, la concession de marque doit bien

s'analyser en une mutation de jouissance et non pas en une cession de marque même pour un temps déterminé et ce, d'autant plus que le franchisé ne dispose pas d'un droit automatique au renouvellement de son contrat et que le contrat ne peut être cédé qu'avec l'agrément du franchiseur. Il va de soi que le cas visé ci-dessus ne concerne que la situation du franchiseur, qui au fur et à mesure du développement de sa franchise, concède sa marque dans un secteur donné dans lequel ni lui-même, ni aucun fran-

chisé, n'a exercé auparavant l'exploitation de la marque concédée. Il n'y a donc pas lieu, dans ce cas, de tenir compte de la jurisprudence découlant de l'arrêt du Conseil d'état du 15 avril 1964, rendu d'ailleurs en matière d'impôts directs, qui visait le cas d'un fabricant qui avait donné pour la France et l'étranger l'exclusivité de vente de la totalité de sa production à un distributeur unique pour une durée de 10 ans et qui concluait que les redevances versées constituaient un élément d'actif incorporel.

APPLICATION DE L'ARTICLE 720 DU CGI

Cet article étend l'article 719 : «A toute convention à titre onéreux, ayant pour effet de permettre à une personne d'exercer une profession, une fonction ou un emploi occupé par un précédent titulaire, même lorsque ladite convention conclue avec ce titulaire ou ses ayant-causes ne s'accompagne pas d'une cession de clientèle».

Un arrêt du 23 janvier 1979 a fait application pure et simple de cet article dans l'affaire GIE Harmonie des jardins ; une société avait concédé à un GIE, pour un prix payable à terme échelonné, le droit exclusif d'utiliser son savoir-faire ainsi que sa marque, dans tous les départements de la métropole. Il faut préciser que la société venderesse avait exploité son activité sur tout le territoire antérieurement et que la durée du contrat en cause n'était pas limitée dans le temps. L'article 720 suppose : qu'il s'agit d'une convention à titre onéreux et qu'elle permet d'exercer une activité professionnelle exercée par un précédent titulaire...

Certes, la Cour s'est prononcée à l'occasion d'un contrat de franchise, mais non pas sur le fait de savoir s'il s'agissait ou non d'un contrat de franchise, ni davantage, sur le fait de savoir si le contrat comportait ou non cession de

clientèle, mais seulement sur le transfert de fonction défini à l'article 720. La Cour n'a pas voulu traiter de l'application des droits d'enregistrement à un contrat de franchise en tant que tel, mais de l'application des droits de mutation sur fonds de commerce à une convention ayant pour but :

- de permettre à une personne d'exercer une fonction exercée par le cédant, sur tout le territoire métropolitain et apparemment sans limitation de durée.

Il était normal que la Cour après avoir constaté que la concession du droit exclusif d'utiliser un savoir-faire et d'une marque, entrant sans contestation possible dans le cadre de l'article 720, donne raison à l'administration d'autant plus qu'une concession sans limitation de durée est assimilée depuis longtemps à une cession pure et simple. La Cour n'a pas voulu rechercher si le cédant avait cédé ou non sa clientèle, puisqu'elle avait suffisamment d'éléments pour appliquer l'article 720. C'est pourquoi, il n'y a pas lieu de déduire de cet arrêt :

- Qu'une concession exclusive pure et simple dans le temps suppose nécessairement la transmission d'éléments incorporels et entraîne l'application des articles 719 et 720.

- Que l'article 720 s'applique à une convention concédant une exclusivité de transmission de savoir-faire et de licence de marque pour un territoire complet ou non.

- Que l'on puisse soutenir sérieusement qu'une concession suppose nécessairement la cession d'éléments incorporels transmis ou communiqués.

- Et encore moins qu'un contrat de franchise comporte en lui-même transfert de fonction au sens de l'article 720, puisqu'il faut que la fonction ait été effectivement exercée par un précédent titulaire et ne soit pas restée en état de potentialité.

Il faut simplement en retenir que lorsqu'un contrat de franchise, au travers des éléments qui le composent et des circonstances de fait qui l'entourent, permet de constater l'existence d'un transfert de fonction, l'administration est susceptible de lui appliquer les droits de mutation sur fonds de commerce.

CAS DE CESSION DU CONTRAT DE FRANCHISE AVEC L'AGREMENT DU FRANCHISEUR

Il peut arriver qu'en raison de l'évolution d'une situation économique donnée, un franchisé soit amené à céder soit son fonds de commerce qui n'a de valeur que dans la mesure où y est attaché le contrat de franchise puisque si le contrat est rompu il n'a plus la possibilité d'exercer la même activité, soit son droit au bail et séparément son contrat de franchise.

- Cession de fonds de commerce et du contrat de franchise.

Cette opération suppose que le franchiseur agréé le cessionnaire. Celui-ci sera soumis au paiement des droits d'enregistrement sur mutation de fonds de commerce en vertu de l'article 719 du CGI (16,60 % sur le prix de vente et accessoires).

- Cession du contrat de franchise sans cession du fonds de commerce ni cession du droit au bail.

Le cessionnaire, agréé par le franchiseur, se verra taxé comme dans le cas visé ci-dessus soit en vertu de l'article 719 du CGI soit en vertu de l'article 720 du CGI visant les transferts de fonction.

- Cas où le franchiseur recrute un nouveau franchisé dans un secteur où lui-même aurait exercé ou dans un secteur où exerçait antérieurement un autre franchisé.

Il est possible que l'administration ait la velléité d'appliquer l'article 719 du CGI en invoquant l'existence d'une mutation occulte de fonds de commerce. En réalité, dans ce cas, l'administration apprécie les faits et les corrélations entre les faits.

Ainsi serait-ce le cas, si le nouveau franchisé s'installe dans les mêmes locaux.

En conclusion, il apparaît que pour éviter tout litige avec le Fisc, le contrat de franchise doit être rédigé avec d'innombrables précautions.

- Le montant de la redevance initiale forfaitaire doit être ventilé en fonction des prestations auxquelles il s'applique (transmission du savoir-faire, concession de licence de marque, assistance technique, commerciale, publicité...) exprimant ainsi la volonté des parties.

- La durée du contrat doit être déterminée et limitée dans le temps.

- Le contrat ne doit comporter aucun droit à renouvellement automatique pour le franchisé car la chaîne risquerait d'être condamnée à brève échéance.

- La cession du contrat de franchise par le franchisé soit directement, soit accessoirement à la cession du fonds de commerce ou du droit au bail, doit être, dans tous les cas, agréée par le franchiseur, d'autant plus que le contrat est "intuitu personae".

M^{es} Olivier Gast et Pierre Bord sont tous deux sénior partner du cabinet Gast, Douët - Bord.

M^e Olivier GAST
Avocat à la Cour
Président de l'Université
européenne
de la franchise