

Le transfert des contrats de travail à l'expiration du contrat de franchise

L'actualité récente va amener les juristes à reconsidérer leur position sur le sujet. En effet, la loi du 28 juin 1983 (N° 83-528), applicable dès le 1^{er} juillet et qui est issue de la directive du Conseil des ministres des communautés européennes (n° 77-187 du 14 février 1977) a ajouté à la suite de l'article L 122-12 un article nouveau L 122-12-1.

Il nous faudra décrire la situation existante au moment de l'intervention de la loi pour développer la nouveauté qu'apporte ce texte en considérant dès l'abord que lors du débat, le représentant du gouvernement a précisé que cette réforme ne modifie en rien l'interprétation jurisprudentielle de l'article L 122-12 tel qu'il existait jusqu'à présent.

1) Le régime de l'article L 122-12 du code du travail avant la loi du 28 juin 1983

A - Exposé du régime existant
Nous savons que la technique contractuelle de la franchise permet à un franchiseur de développer un réseau de commerçants indépendants, bien qu'orientés sur la politique globale du franchiseur. Ainsi, le franchiseur aura en principe, toute liberté d'embaucher ou de débaucher du personnel dans son centre, comme n'importe quel chef d'entreprise. Les contrats prévoient rarement une sanction sur le franchisé pour insuffisance, incapacité, ou pléthore de personnel, car la sanction économique est implacable et le franchiseur créerait un lien de subordination trop évident pour ne pas être dangereux dans la qualification des relations franchiseur-

franchisé (disqualification du contrat de franchise en contrat de travail : cour d'appel de Paris, 28 avril 1978).

Or, l'article 122-12 du Code du travail prévoit que lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur (vente, succession, mise en société par exemple), tous les contrats de travail en vigueur subsistent avec le nouvel employeur.

Ainsi ce texte d'ordre public, donc non-susceptible de dérogation contractuelle, permet aux salariés, une certaine continuité dans leur relation de travail, les attachant plus au matériel, aux locaux et surtout à l'activité de l'entreprise qu'à la personne de "leur patron" (dans notre cas, le franchisé).

C'est cette notion de continuité d'activité démontrant la réalité d'une entreprise que la jurisprudence s'est appliquée à développer. Tout d'abord, il n'est pas obligatoire que la continuité d'activité soit totale, un transfert partiel suffit (cassation chambre civile 1^{er} mars 1954 et 17 mars 1980), ensuite il n'est pas nécessaire qu'il y ait un lien contractuel entre les deux employeurs successifs (par exemple : successions d'adjudicataires sur un marché de nettoyage, de gestionnaires d'un restaurant d'entreprise, de sociétés chargées du gardiennage d'un immeuble, de services d'entretien d'un immeuble, de concessionnaires de marques).

La jurisprudence a même étendu son effet aux représentants d'un ancien concessionnaire lorsque le concédant reprend la distribution directe de ses produits (cassation sociale 9 novembre 1982).

Les conséquences de l'application de l'article L 122-12 sont les suivantes :

- au niveau de l'ancien employeur, les salaires et autres sommes dûes aux salariés ainsi que les obligations afférentes existantes avant le transfert, restent à sa charge sauf convention contraire.

- au niveau du nouvel employeur : il est tenu par le contenu des contrats de travail anciens et doit respecter les avantages acquis ; il doit calculer l'ancienneté depuis le début de la présence de chaque salarié dans l'entreprise, et il doit verser les congés payés.

En fait, il s'agit entre les deux employeurs successifs de savoir, au cas où le personnel est jugé trop nombreux, qui aura la charge des licenciements. L'ancien employeur peut licencier en s'appuyant sur des motifs légitimes excluant tout abus. Le nouvel employeur pourra également licencier pour motif économique. Mais par qui devra être supportée la charge de la procédure et le coût final de la rupture en absence d'accord préalable ? Dans un autre ordre d'idées, qui prendra en charge les congés payés acquis par les salariés qui ont moins d'un an de service chez le nouvel employeur ?

A ces questions, la jurisprudence reste vague et hésitante surtout en l'absence de conventions entre les deux employeurs successifs. C'est le nouvel employeur qui paiera si le fait intervient après la modification juridique, mais aucun mécanisme juridique ne permet de reporter la charge définitive sur l'ancien employeur. Ce régime et sa portée,

une fois décrite, nous allons examiner sa possibilité d'application au contrat de franchise.

B - L'article L 122-12 s'applique-t-il au contrat de franchise ?

Nous avons déjà exposé que la jurisprudence considérait que la notion d'entreprise suppose une continuité d'activité, ce qui se démontre surtout par une identité d'emploi (cass. soc. 28.11.1978 et 4.6.1980), dans une même entreprise.

Dans cette optique, le contrat de franchise présente à son expiration diverses situations qu'il y a lieu d'analyser et de régler.

1° - Cas de figures où l'application de l'article L 122-12 du Code du travail nous paraît évidente :

- a) Cession du fonds du franchisé à un nouveau franchisé avec agrément du franchiseur.
- b) Cession du fonds du franchisé à un tiers non agréé qui exploitera la même activité ou une activité similaire.
- c) Remplacement au terme du contrat dans la zone d'activité d'un franchisé par un autre ou par un centre-pilote du franchiseur (cass. 9.11.1982).
- d) Rachat par le franchiseur étranger du master-franchisé français (en ce qui concerne les salariés du master-franchisé).
- e) Cession du master-franchisé français à un autre master-franchisé (en ce qui concerne les seuls salariés du master-franchisé français).
- f) Cession par un franchiseur de sa chaîne à un autre franchiseur (en ce qui concerne exclusivement les salariés du franchiseur).

2° - Cas de figures où l'application de l'article L 122-12 nous paraît exclue à l'évidence :

- a) Cession du fonds du franchisé à un tiers qui n'exploite pas la même activité.
- b) Expiration du contrat et défaut de remplacement du franchisé ou d'exploitation directe du franchiseur. Les concurrents directs voisins ne peuvent se voir opposer l'application de cet article, ni l'invoquer.
- c) Expiration du contrat et défaut de remplacement du franchisé ou d'exploitation directe par le franchiseur. Les franchisés limitrophes du territoire exclusif ne peuvent se voir appliquer l'article L 122-12.

En effet, aucun lien contractuel n'existe entre les franchisés qui sont entièrement autonomes sur leur zone d'exclusivité et reliés

juridiquement avec le seul franchiseur. La simple cessation d'activité dans la zone délaissée ne signifiant en rien qu'il y aura transfert de clientèle entre l'ancien franchisé et ses voisins.

En conclusion, il s'agit bien dans la totalité des cas de deux entités économiques entièrement distinctes. L'application de l'article L 122-12 en l'espèce contreviendrait gravement au bon sens, au jeu économique et à la liberté d'entreprendre.

3° - Cas de figures où l'application est discutable :

A votre avis, un seul cas est discutable : celui du franchiseur qui ne remplace pas le franchisé et laisse la zone d'exclusivité libre.

a) Le franchiseur abandonne définitivement l'exploitation de cette zone (marché et rentabilité insuffisants).

- La zone d'exclusivité est très éloignée du siège et des pilotes du franchiseur, ce qui semble exclure toute notion de continuité d'activité et donc l'application de l'article L 122-12.

- La zone d'exclusivité se situe à proximité d'un centre du franchiseur. La tendance jurisprudentielle de la Cour de cassation nous conduit à supposer qu'il serait possible de soutenir l'existence d'une même entité économique et par conséquent la poursuite d'une même activité. Il nous paraît logique de faire obstacle à cette prétention par l'intention du franchiseur confirmée par la réalité économique de cesser toute activité.

b) Le franchiseur ne remplace son franchisé qu'après un certain délai, soit par un autre franchisé, soit par un centre pilote.

La jurisprudence considère que la notion de continuité d'exploitation s'applique lorsqu'il existe une brève suspension d'activité (cass. soc. 16.10.1980). En conséquence, si un délai de 4 à 8 mois à notre avis s'est écoulé, le nouveau franchisé ne reprendra pas automatiquement les contrats de travail du précédent employeur. Par contre, le franchiseur devra se ménager des éléments de preuve quant aux raisons justifiant le délai qu'il a laissé courir pour installer son centre-pilote afin d'exclure définitivement l'application de l'article L 122-12 du code du travail à son égard.

Il reste cependant un point sur lequel une interrogation demeure. Si la jurisprudence en matière de franchise tendait à considérer la

chaîne comme possédant une entité juridique ou économique propre, consécutive au fameux phénomène de synergie, on peut se demander si la chaîne en tant que telle, ne serait pas obligée de reprendre les salariés du point de vente abandonné.

Par ailleurs, il est permis également de l'interroger sur la contradiction que provoquerait l'insertion d'une clause de non-concurrence dans le contrat de travail entre le salarié et le franchisé, en rupture de contrat de franchise avec l'application de l'article L 122-12.

En effet, un franchisé qui aurait rompu son contrat de franchise avec son franchiseur et aurait l'intention de poursuivre son activité comme indépendant et constaterait quelque temps après que le franchiseur avait réembauché ses propres salariés pourrait-il se voir opposer l'article L 122-12 par le salarié dans une action menée par le franchisé pour non-respect de la clause de non-concurrence ?

Nous constatons que dans certains cas il y aurait lieu de prévoir des clauses dans le contrat de franchise pour savoir qui supportera les conséquences financières de l'application de l'article L 122-12 du Code du travail. Cependant, la nouvelle loi nous apporte quelques éléments de réponse.

II) La mise en œuvre du régime de l'article L 122-12-1 de la loi du 28 juin 1983 dans le contrat de franchise

A - Exposé du nouveau régime

L'Article L 122-12-1 dispose :

«A moins que la modification visée au 2^{ème} alinéa de l'article L 122-12 n'intervienne dans le cadre d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, ou d'une substitution d'employeurs, intervenue sans qu'il y ait eu de convention entre ceux-ci, le nouvel employeur est en outre tenu à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, des obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de cette modification».

«Le premier employeur est tenu de rembourser les sommes acquittées par le nouvel employeur en application de l'alinéa précédent, sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obliga-



tions dans la convention intervenue entre eux».

En conséquence, le nouvel employeur est contraint de reprendre toutes les obligations de l'ancien employeur à la date du transfert (salaires antérieurs, primes, indemnités non-payées, congés payés, dommages et intérêts dus ou à devoir). Mais ceci exclut les dettes pour régime de prévoyance hors sécurité sociale.

Sauf si une convention est intervenue entre eux, le nouvel employeur aura un recours contre l'ancien employeur, mais à notre avis, uniquement pour ce qui antérieurement était considéré comme étant à sa charge (par exemple : la prime de fin d'année et l'indemnité de congés payés étaient considérés par la jurisprudence comme charges du nouvel employeur et donc le resteraient).

Ceci est exclu dans le cas du règlement judiciaire, de la liquidation des biens, ou à défaut de vente entre les employeurs successifs. Dans ces cas, les obligations de l'ancien employeur ne seront pas transférées au nouvel employeur, mais les contrats de travail subsisteront et la jurisprudence ancienne continuera à s'appliquer (voir I-A ci-dessus) ce qui implique que le nouvel employeur aura la charge des licenciements éventuels.

Ainsi, nous constatons que la différence entre l'existence ou non d'une convention est l'application simple du régime antérieur ou l'adjonction à ce régime des obligations nouvelles avec possibilité de remboursement au nouvel

employeur par l'ancien de cette nouvelle charge.

B) Conséquences à prévoir dans le contrat de franchise.

Quoiqu'il en soit, il faut maintenant prévoir dans tous les contrats de franchise, une obligation nouvelle prévoyant qu'à la rupture du contrat, le franchisé qui sera remplacé par le franchiseur lui-même ou par un nouveau franchisé agréé, s'engage d'ores et déjà à payer toutes les conséquences de ces licenciements éventuels.

Le caractère d'ordre public de l'article L 122-12 et L 122-12-1 ne fait pas obstacle à la mise au point d'une telle clause.

a) - Relations franchisé cédant, franchisé cessionnaire : il semble nécessaire d'introduire une obligation d'information du franchisé (ou à défaut du franchiseur) dans le contrat de franchise sur le nombre des salariés existants dans l'entreprise franchisée, en précisant bien que le nouveau franchisé sera amené, s'il décide de licencier les anciens salariés, à payer des indemnités de licenciement et autres y afférent, en application de l'article L 122-12 et suivant.

Bien entendu, cette information est indispensable au nouveau franchisé qui devra prévoir cette avance de fonds sur son plan de trésorerie, sauf convention contraire. Il est recommandé dans les conventions de cession de fonds de commerce de prévoir que le cessionnaire pourra se retourner contre le cédant pour récupérer le montant des indemnités

avancées ou de diminuer le prix de cession en conséquence.

b) - Relations franchiseur-franchisé : Il convient d'autre part d'essayer d'organiser le contrat en prévision de sa rupture, par une procédure permettant d'établir que toutes les indemnités de licenciement éventuel que le franchiseur devrait éventuellement payer aux salariés du franchisé cessant son exploitation, en application de l'article L 122-12 du code du travail, seront répercutées sur l'ex-franchisé.

La difficulté de la rédaction d'une telle clause réside dans l'appréciation a priori du montant de ces indemnités que le franchisé devrait consigner pour garantir au franchiseur son paiement.

L'article L 122-12-1 atténue la portée sur le plan financier concernant les obligations antérieures non remplies, mais il reste à régler le sort des frais et indemnités de licenciement éventuels.

En effet, il semble possible d'organiser des clauses permettant au moment de la signature du contrat, de se prémunir en cas de rupture ou de cessation d'activités, de l'insolvabilité de ce dernier. EN CONCLUSION : ce problème de l'application des articles L 122-12 et L 122-12-1 du Code du travail n'avait guère retenu l'attention ni des juristes, ni des praticiens, ni des franchiseurs jusqu'à présent. Nous conseillons d'ores et déjà d'avoir la prudence de faire évoluer les contrats de franchise dans le sens de cette législation.

M^e Olivier GAST