Les experts jugent le règlement

Plus ou moins favorable à la franchise ? Plus ou moins en faveur des franchiseurs ou des franchisés ? Les experts n'ont pas tous la même lecture du texte européen applicable depuis le 1er juin dernier.

Table ronde animée par Jean-Pierre Pamier

Franchise Magazine - *Diriez-vous que le récent règlement européen est, globalement, favorable à la franchise ?*

Hubert Bensoussan - Je serai nuancé. Nous sommes devant un droit nouveau qui s'accompagne de contraintes nouvelles pour les franchiseurs (clauses d'exclusivité, utilisation d'Internet) tandis que les franchisés acquièrent pour leur part, en raison des mêmes dispositions du règlement, de nouvelles libertés.
On ne peut pas mesurer aujourd'hui toutes les conséquences de ce texte, mais il est déjà certain qu'il va conduire à la réorganisation de toute la vie de la franchise. Des règles, notamment de coexistence, vont devoir être établies car tout est à construire (Internet) ou à reconstruire. Un important travail contractuel va être nécessaire. Chaque réseau va devoir trouver la manière d'harmoniser au quotidien les relations entre ses membres.
C'est à ces conditions que les différents acteurs de la franchise, franchiseurs et franchisés pourront - ensemble, car c'est l'essence même de la formule - tirer profit du nouveau droit européen.

Serge Meresse - Pour ma part, je ne [illegible] pas que les franchisés acquièrent [illegible] libertés avec ce règlement. Certes, [illegible] très ouvert. Il donne une grande [illegible] contractuelle. Mais la question est [illegible] qui a le pouvoir... Or, précisément, le [illegible] est du côté du franchiseur. C'est donc [illegible] mentation des libertés, pour le [illegible] d'organiser le réseau comme il l'entend.
Là où je rejoins Hubert Bensoussan, [illegible] lorsqu'il affirme que le réseau finira par [illegible] ler le système. A condition toutefois, [illegible] qu'il puisse avoir une existence juridique [illegible] une faculté de représentation.
Autrement dit, le nouveau règlement est [illegible] dur pour les franchisés, parce qu'il [illegible] porte ouverte aux franchiseurs dans [illegible] guration systèmes. Mais si les franchisés [illegible] associés à la construction juridique du [illegible] une évolution intéressante peut avoir lieu.
Quant à savoir si le texte est favorable [illegible] à la franchise, tout dépend de ce que [illegible] acteurs en feront.

Olivier Deschamps - Une remarque [illegible] d'abord. Contrairement à ce que dit [illegible] Meresse, le pouvoir n'est pas de tel [illegible]

Quelques précisions

Le nouveau Règlement européen concernant - entre autres - la Franchise a été adopté par la Commission de Bruxelles le 22 décembre 1999 et la version définitive de ses "lignes directrices", arrêtée le 24 mai 2000. Il est applicable dans l'ensemble de l'Union depuis le 1er juin 2000. Les contrats signés avant cette date bénéficient toutefois d'un délai. Leurs signataires ont en effet jusqu'au 31 décembre 2001 pour se mettre en conformité avec les nouvelles règles de droit.
Tout franchisé, actuel ou futur, tout franchiseur a intérêt à connaître ces textes, même si leur application diffère selon la place occupée par le réseau sur le marché. En effet, le droit européen inspire notoirement la jurisprudence interne.
Paru au "Journal officiel des Communautés européennes" du 29 décembre 1999 sous le numéro L 336 (pages 21 à 25), le texte du règlement [illegible] consultable (en français) sur le site internet de la Fédération Française de la Franchise (franchise-fff.com) [illegible] rubrique "librairie virtuelle", département "libre-service", rayon "textes juridiques".
Pour les lignes directrices, vous pouvez consulter (mais en anglais [illegible] fois) "europa.eu.int/comm/dg04 [illegible] trust/legislation/vertical _ restraints guidelines _en.pdf".

Avocats spécialisés en Droit de la Franchise, Maîtres Bensoussan, et Meresse - à gauche sur notre photo - Deschamps et Gast - à droite - s'accordent sur un point : le nouveau règlement est plus libéral que le précédent.

mmes dans le domaine contractuel. le pouvoir de signer ou non un contrat termes qu'il choisit.

ondre maintenant à votre question ini- un premier sentiment négatif dans e où un règlement, spécifique à une a cédé la place à un autre qui englobe distribution verticale. On peut donc une perte d'identité de la franchise. te en particulier que sur une notion mme le savoir-faire, le nouveau texte pas davantage.

e également dommage que l'on ait aux juridictions nationales le contrôle plication car pour moi la franchise est ne - pour le moins - et j'aurais pré- Bruxelles prenne davantage de poids e davantage de principes, de façon à l'unicité de la franchise en Europe. ns, il me semble que ce règlement va sens de simplification. Il sera plus appliquer que le précédent et offre grande liberté aux parties.

e l'exclusivité oriale ?

se Magazine - ***Concernant vité territoriale, y a-t-il selon lque chose de changé par rap- règlement précédent et, si oui,***

eschamps - La nouveauté vient de ion de restreindre les "ventes les franchisés sur les territoires ierges" pour le réseau. En clair, un doit désormais avoir la possibilité de r sa clientèle en dehors de son territoire exclusif, à condition de ne pas le faire sur les territoires réservés au franchiseur ou aux autres franchisés.

Cela pose deux types de problèmes. J'y vois d'abord un risque de dispersion : à force de trop vouloir étendre son territoire, le franchisé peut être amené à ne plus se concentrer suffisamment sur son marché essentiel. Deuxième inconvénient, l'évaporation : sur les terres "vierges" proposées à tout nouveau franchisé, une partie de la clientèle peut avoir déjà été captée par un franchisé voisin…

Serge Meresse - Concernant le territoire, les données ne me semblent pas avoir beaucoup évolué. D'expérience, je ne me rappelle pas qu'un franchiseur ait fait grief à l'un de ses franchisés d'avoir prospecté activement une zone "vierge". La nouveauté n'est donc pas grande.

Ce qui m'inquiète davantage, en revanche, c'est la notion de "clientèle exclusive", clairement introduite dans le nouveau texte. Le franchiseur a désormais la possibilité d'interdire au franchisé l'accès à certains clients, donc à certains marchés. Ce qui me paraît apporter une restriction à son potentiel d'activité et donc constituer pour lui une source de difficultés. Ce point n'existait pas dans le précédent texte.

Hubert Bensoussan - J'ai une lecture un peu différente du nouveau règlement européen. Selon moi, il est possible à tout franchisé de procéder à des "ventes actives", c'est-à-dire de prospecter activement sa clientèle - par des moyens publicitaires par exemple - y compris sur le territoire exclusif des autres franchisés ou du franchiseur. A condition seulement ne pas y installer

de local ou de point de vente. C'est la seule restriction imposable.
Je m'appuie pour l'affirmer sur l'article 4 c du règlement qui interdit explicitement toute restriction de ventes actives (ou passives) aux membres d'un réseau de distribution sélective, sauf, encore une fois, "à partir d'un lieu d'établissement non autorisé".
Certes, la franchise n'est pas assimilable à la distribution sélective et ne saurait s'y réduire, mais beaucoup de franchiseurs la pratiquent et sont donc concernés par cet article. C'est en tout cas, au dire même de ses auteurs, tout l'esprit du règlement.

Franchise Magazine - ***Est-ce la fin de toute protection territoriale pour le franchisé ?***

Hubert Bensoussan - Non, mais l'exclusivité territoriale sera limitée désormais le plus souvent à l'implantation. Et en ce sens en effet, c'est révolutionnaire. De toute manière, cette notion d'exclusivité territoriale n'a plus de sens avec Internet.

Hubert Bensoussan : ***"Nous sommes devant un droit nouveau qui s'accompagne de contraintes nouvelles pour les franchiseurs tandis que les franchisés acquièrent de nouvelles libertés".***

Olivier Deschamps - Il est vrai que, d'une manière générale, le règlement affaiblit la notion de territoire. Personnellement, je pense que cela peut être préjudiciable au développement d'un réseau de franchise.

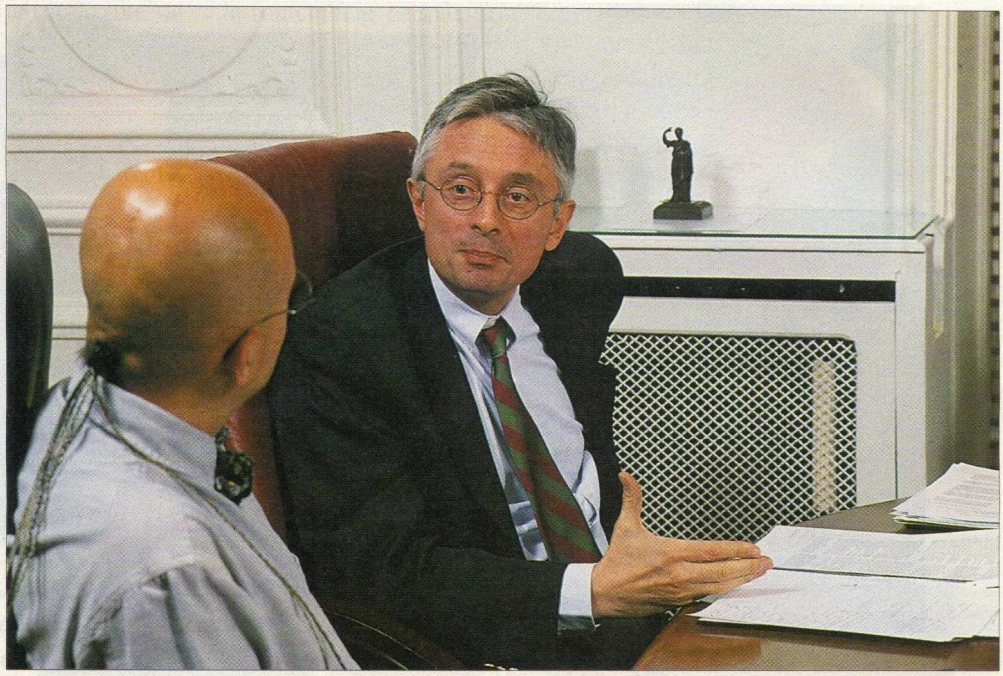
Serge Meresse - C'est un faux problème ! La question n'est pas de savoir s'il y a exclusivité territoriale ou bien ouverture du territoire. Les deux solutions peuvent présenter un intérêt mais ne sont pas, non plus, forcément nécessaires.
La question est bien plutôt de savoir quels sont les potentiels réels dont va bénéficier l'entreprise franchisée et si le franchisé va ou non gagner de l'argent sur sa "zone de chalandise". Plus que le territoire exclusif, c'est la protection économique accordée au franchisé qui est importante.

Internet : tout devient-il possible ?

Franchise Magazine - ***Concernant plus précisément Internet, les franchisés pourront-ils, ou non, à partir de leur propre site, procéder à des "ventes actives" (c'est-à-dire par e-mail), y compris sur les territoires réservés aux autres membres du réseau ? Il semble sur ce point que tous les experts n'aient pas la même lecture des textes et en particulier des lignes directrices.***

Hubert Bensoussan - Tout dépend si l'article 4 c du règlement s'applique ou non. Si le franchiseur est distributeur sélectif, c'est en effet, du point de vue commercial, la liberté totale. S'il ne l'est pas, c'est la liberté encadrée, c'est-à-dire que seules les "ventes passives" sont possibles (le franchisé ne peut pas, dans ce cas, "démarcher le client" par e-mail).
Mais tout n'est pas possible pour autant. L'ultime mouture des lignes directrices, en date du 24 mai dernier, apporte à ce sujet un éclairage intéressant. L'article 51 précise en effet très clairement que le franchisé peut avoir un site - matériellement à la marque - mais aussi que le franchiseur peut en réglementer l'utilisation. Il peut donner l'esprit, la déontologie à observer, fixer les règles quant à l'apparence générale, il peut avoir des exigences de présentation ; bref le franchiseur garde la maîtrise de la matière.

Serge Meresse - Internet est un outil de travail parmi d'autres. Ce qui me paraît important, c'est que le franchisé puisse avoir accès. Or, j'ai vu des contrats récents qui prévoyaient l'interdiction pour le franchisé d'ouvrir un site, ce qui me paraît déplacé et contraire au règlement. Que les ventes passives soient autorisées et non



actives interdites
la zone exclusive d'un
franchisé ne me pose
problème. De même,
semble tout à fait de
des entreprises
franchisées que les sites
normés, car il y va de
l'image du réseau et de son
homogénéité.

Olivier Deschamps - Soyons concrets. Quel franchisé aura réellement la capacité suffisante en aval pour livrer les produits vendus grâce à son site ? En revanche le franchiseur, grâce à son expérience et à son savoir-faire, est capable de concevoir un bon site pour le réseau. Les franchisés suivent. Ce qu'il faut éviter, c'est qu'un franchisé crée un site qui porte atteinte à l'image de l'enseigne.

Non-concurrence limitée à 5 ans : avancée ou complication ?

Franchise Magazine - ***Le nouveau texte prévoit notamment de limiter à 5 ans les clauses de non-concurrence pendant la durée du contrat. Cette limitation nouvelle de la durée, qui plus est pour un quinquennat, vous paraît-elle de nature à favoriser la franchise, c'est-à-dire les franchiseurs et les franchisés ?***

Serge Meresse - Il ne s'agit pas d'une réelle avancée. Car tout le problème se pose réellement au niveau de la sortie. Si au terme des cinq ans, le franchisé avait réellement la possibilité d'opter pour une autre activité ou un autre réseau tout en gardant son point de vente, alors oui, cette limitation serait un progrès. Or, il n'a pas plus qu'hier cette liberté puisqu'une clause de non-concurrence post-contractuelle est toujours possible, ce qui incitera le franchisé à renouveler pour cinq ans, même s'il n'est pas forcément satisfait de son franchiseur.

Hubert Bensoussan - Pour ma part, je comprends mal la limitation à cinq ans. Une clause de non-concurrence a pour but en effet de sauvegarder l'image du réseau et d'éviter que le savoir-faire ne s'évade. Il me paraît donc justifié que cette clause dure aussi longtemps que le contrat. Ou alors cela voudrait dire qu'au terme de cinq ans, Bruxelles considère que le savoir-faire du franchiseur n'est plus de même nature et ne doit plus être protégé. A moins qu'il ne s'agisse tout simplement de souhaiter la limitation à cinq ans de tous les contrats. Mais alors, pourquoi ne pas l'avoir dit clairement ?

Olivier Deschamps - Si c'était cela, ce serait une aberration. Car on ne peut pas à la fois vouloir limiter les contrats de franchise à une durée de cinq ans et souhaiter - à juste titre - que la durée de ces mêmes contrats permette l'amortissement de l'investissement initial du franchisé, opération qui nécessite souvent sept ans et parfois davantage, (les banquiers, eux, prêtent plus souvent sur sept ans que sur cinq).
Mais rien (dans le nouveau texte) n'oblige un franchiseur dont le contrat est de sept ans à imposer sa clause de non-concurrence à une date plutôt qu'à une autre. Et puisque, pendant les deux premières années, le transfert du savoir-faire du franchiseur vers le franchisé n'est pas tel que ce dernier soit réellement en position de concurrencer le franchiseur - sauf si le savoir-faire est inconsistant -, je suggère que la clause de non-concurrence ne débute contractuellement que deux ans après la signature. Cette astuce ne résout pas tout, mais peut permettre de conserver des durées de contrat qui sont nécessaires à la franchise.

Serge Meresse - Ce qui pourra poser un problème au moment du renouvellement...

Olivier Deschamps - Le second contrat ne sera pas obligatoirement de sept ans, puisque

Serge Meresse : "Le texte donne une grande liberté contractuelle. Il permet donc davantage au franchiseur - qui a le pouvoir - d'organiser le réseau comme il l'entend. Sauf si les franchisés y sont associés".

Pour Serge Meresse, *"peu de choses ont changé"*. Selon Hubert Bensoussan, au contraire, certaines décisions sont *"révolutionnaires (Internet)"* et obligent à *"organiser de nouvelles coexistences"*.

l'investissement initial sera amorti. En revanche, nous sommes désormais devant l'impossibilité de proposer aux candidats des contrats renouvelables par tacite reconduction. Or, c'est ce qu'ils réclament presque tous !

Serge Meresse - Il faut leur dire, me semble-t-il, que la tacite reconduction n'offre pas une sécurité de renouvellement pour autant…
Mais pour revenir à la limitation à cinq ans, il y a contradiction en effet avec la durée moyenne nécessaire pour amortir un investissement en franchise. Ceci étant, si on envisage le problème du point de vue du franchisé et de la contrainte d'exclusivité d'approvisionnement qui pèse sur lui, (contrainte également limitée à cinq ans par le nouveau règlement, ndlr), la durée choisie n'est pas forcément incohérente. En cinq ans, les marchés évoluent. Se retrouver avec la possibilité de faire le point et de remettre en jeu à ce moment là le partenaire avec lequel on est lié peut présenter un intérêt.
Reste le problème de la clause de non-concurrence post-contractuelle qui empêche dans les faits de poursuivre l'amortissement de l'investissement initial.
C'est cette clause qui bloque.

Après le contrat, quelle liberté ?

Franchise Magazine - ***Cette clause de non-concurrence - ou de non-affiliation - post-contractuelle ne se justifie donc pas, selon vous, par la protection du savoir-faire du franchiseur après le contrat ?***

Serge Meresse - C'est encore un faux problème. D'abord parce que si le savoir-faire existe, s'il est substantiel, etc., il se protège même. Ensuite que si un franchisé venu au terme contrat signe avec autre franchiseur appliquer le savoir-faire et du réseau qu'il En fait, la non-concurrence post-contractuelle nocive parce empêche la économique réseaux et les prises ont besoin.

Franchise Magazine - ***Le nouveau règlement européen est tant plus restrictif que le précédent matière de non-concurrence contractuelle (par ailleurs toujours tée à un an), puisqu'il impose conditions simultanées pour rendre telle clause acceptable, estimant ment que la restriction doit être seulement nécessaire, mais "indispensable" à la protection du savoir-faire qu'elle soit également limitée locaux et aux terrains à partir desquels (le franchisé) a opéré". N'y a-t-il une ouverture pour les franchisés ?***

Serge Meresse - Non. Je trouve la rédaction de cet article 5 b toujours très dure pour le franchisé. Certes il y a une réduction géographique au local ou au terrain - et d'ailleurs certains voudront sans doute jouer sur les mots et voir dans "terrain" plutôt le "territoire" mais c'est un faux semblant : encore faut-il que le franchisé ait réellement les moyens matériels de changer de local afin de garder sa clientèle et son activité. Et pour cela il faut qu'un emplacement soit libre (dans les zones numéro 1, ce n'est pas toujours simple) et que le franchisé dispose de moyens financiers suffisants pour réinvestir dans son achat et son agencement.
Tel qu'il est rédigé, l'article du règlement est plus souple que précédemment mais ne permet pas de résoudre le problème économique du franchisé. J'ajoute par ailleurs que si on ne trouve pas de nouveau local, devoir attendre un an représente une durée suffisante pour provoquer la mort de l'entreprise…

Hubert Bensoussan - Pour ma part, il me semble tout de même, du fait du nouveau

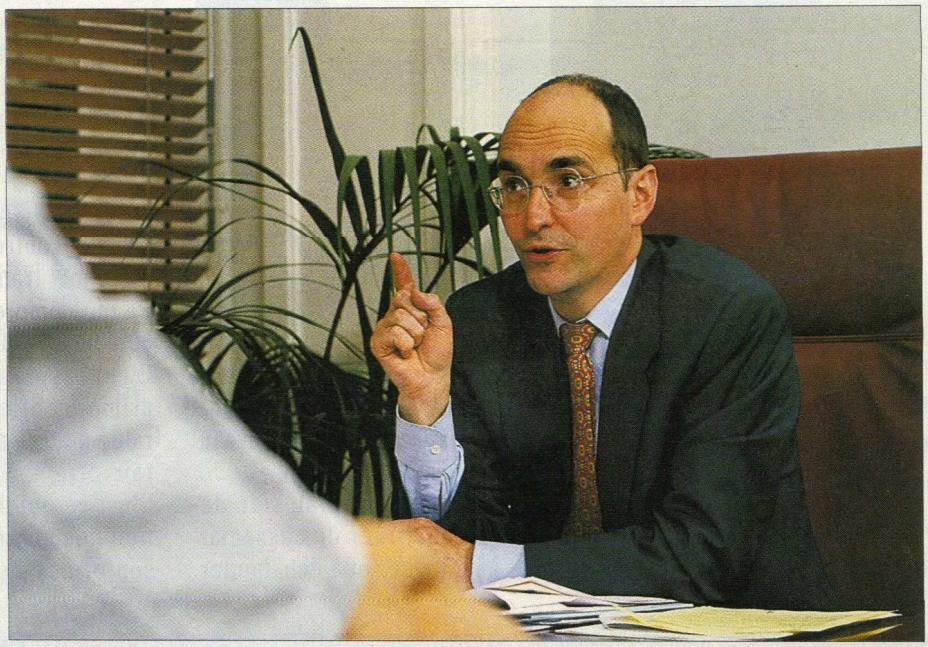
...ment du caractère "indispensable" à ...ction du savoir-faire, que les clauses ...-concurrence post-contractuelles vont ...exceptionnelles.

...Meresse - J'espère en tout cas que ...acteurs de contrats de franchise qui ...autour de cette table auront un regard ...plus ouvert sur ces clauses pour en ... des outils intelligents et non pas des dis... de fermeture, car telles qu'elles sont ...jusqu'à présent ici et là, elles obligent ...et constituent le poison du système.

...approvisionnement exclusif : quel progrès ?

...chise Magazine - ***...cernant l'approvision...ment exclusif limité à ... %, votre commentaire ...-il plus favorable au ... règlement ?***

...Meresse - Cette ... est bonne en effet. On ...peut pas être dépendant à ... % d'un fournisseur. La vie ...est ainsi faite qu'il peut y avoir ...ruptures, des imperfec..., des manques de gamme, ...collections qui ne fonc...ment pas, etc. Il paraît ...que le franchisé, dont ...dit qu'il est un commerçant ...pendant, dispose de cette ... commerciale sur au ... 20 % de ses achats.



...bert Bensoussan - J'ai l'impression ...ma part que le nouveau règlement va ...coup plus loin que le précédent - mais ...l'intérêt du franchiseur - puisqu'il lui ...désormais d'imposer au franchisé de ...approvisionner chez lui (ou chez ses four...références) pour des produits qui ...plus présenter des "spécifications ...de qualité". Cela veut dire que ...les exigences découlant de la juris...Phildar semblent disparaître. Le ...seur n'a plus à faire la démonstration ...les produits dont il impose l'achat sont ...saires à l'image et à la réputation du ... etc.

...le nouveau règlement d'exemption, le ...seur pourra plus facilement qu'avant ...son assortiment de produits, même ...cette possibilité est limitée à 80 %. Il faut ..., du reste, qu'il est très rare en pra...que l'assortiment soit imposé à 100 %. ...le cas parfois, mais alors rien n'empêche le franchiseur en question de demander à la Commission de Bruxelles une exemption individuelle. Ses chances ne sont d'ailleurs pas minces d'obtenir la validation de la clause, s'il est par exemple seul fabricant et si des produits de substitution n'existent pas sur le marché.

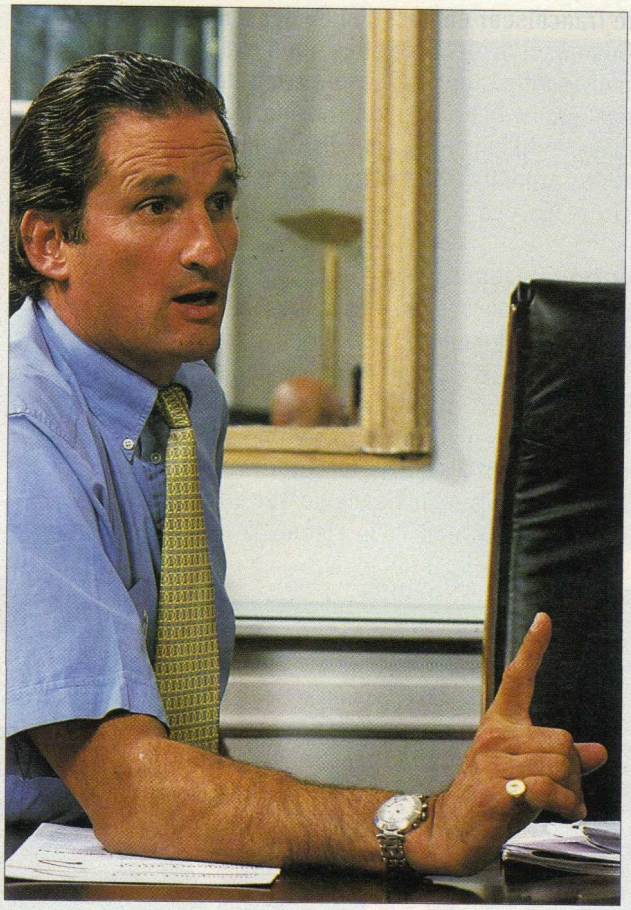
Olivier Deschamps - Laisser une part d'initiative au franchisé en matière d'approvisionnement semble une bonne chose en effet. Mais 20 % est peut-être excessif dans certains cas. Par ailleurs, se pose le problème de la qualité des produits qui vont composer ces 20 %. Peut-on autoriser des différences de gammes sans porter atteinte à l'image du réseau ? On risque là d'entrer dans des rédactions de contrats qui peuvent générer des contentieux.

Des avis divergents

Franchise Magazine - ***En conclusion, diriez-vous que le nouveau règlement européen avantage globalement plutôt les franchiseurs ou les franchisés ?***

Serge Meresse - Concernant le règlement, peu de choses ont changé, que ce soit en matière de prix ou d'exclusivité par exemple. Ceci étant, il est en effet plus libéral que le précédent. La liberté contractuelle est beaucoup plus ouverte. Mais le rapport de forces - qui s'exprime dans la rédaction des contrats - étant ce qu'il est aujourd'hui, j'estime que les franchisés se retrouvent moins protégés qu'auparavant. Lamennais disait "qu'entre le faible et le fort, c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui libère".

Olivier Deschamps : ***"Le nouveau règlement offre une plus grande liberté aux parties. A elles de l'utiliser, pour chaque clause, dans l'intérêt du réseau".***



"Je suis serein. Nous allons nous adapter au nouveau cadre juridique européen".

J'observe par ailleurs que si la FFF a été, semble-t-il, directement ou indirectement consultée lors de l'élaboration de ce nouveau texte, les franchisés, eux, ne l'ont pas été. Je les appelle donc à se structurer au sein de chaque réseau et à constituer des associations de manière à dialoguer et à échafauder avec le franchiseur les textes des nouveaux contrats. D'ailleurs, si les franchiseurs font preuve de maturité et d'ouverture d'esprit, ils en prendront eux-mêmes l'initiative.

Hubert Bensoussan - Contrairement à ce que dit Maître Meresse, le nouveau texte contient beaucoup de changements. Et notamment, il va falloir organiser les nouvelles coexistences que le texte impose (Internet, VPC etc.). C'est un travail considérable mais s'il est bien fait, favorisera sans doute l'esprit libre et les relations harmonieuses dans les réseaux.
Dans ce sens, je partage tout à fait l'avis de Serge Meresse concernant les associations de franchisés. Elles sont d'autant plus nécessaires aujourd'hui qu'avec le nouveau texte les relations de concurrence "en diagonale" entre membres du réseau, en dehors du franchiseur, vont se développer, ce qui rend opportune la prévention d'éventuels conflits inter-franchisés.

Olivier Deschamps - Je vais prendre le contre-pied à moi le contre-pied de votre question : "favorable aux franchiseurs ou aux franchisés ?". Ce qui compte, c'est de savoir si une clause est, ou non, favorable au réseau de franchise. C'est à mon sens la notion de réseau qui prime en effet. Et aucune clause trop favorable à l'une ou à l'autre des parties ne saurait être favorable à l'intérêt du réseau. C'est ce qui doit nous guider dans la rédaction des contrats et notamment des clauses conformes au nouveau droit européen.

Le mot d'Olivier Gast

N'ayant pu participer à notre table ronde en raison d'un empêchement de dernière minute, Maître Gast nous a toutefois fait part de son appréciation d'ensemble.

Franchise Magazine - ***Diriez-vous que le nouveau règlement européen est, globalement, favorable à la franchise ?***

Olivier Gast - Globalement, il n'est pas défavorable. Pas plus en tout cas que le règlement précédent. Pour ma part, je suis serein. Je suis sûr en effet que nous allons pouvoir trouver des solutions techniques (à la rédaction des contrats, ndlr) qui, comme il y a dix ans avec le texte précédent, vont permettre aux franchiseurs de s'adapter au nouveau cadre juridique européen.
Chacun a, par ailleurs, noté la volonté de Bruxelles de désengager la Commission européenne elle-même et de responsabiliser davantage les autorités nationales. C'est donc la réaction de celles-ci qui sera déterminante dans les mois et les années qui viennent. Nous verrons bien.
En attendant, il est tout de même amusant de constater que la franchise n'apparaît pas en tant que telle dans le texte. A l'inverse, la distribution sélective y est particulièrement bien définie et citée. Au moment même où la formule va pratiquement disparaître dans la parfumerie par exemple, sous la pression des réseaux succursalistes, il y a là, pour le moins, un paradoxe !
Quant à la franchise, on a le sentiment que les commissaires de Bruxelles y sont indifférents.

Franchise Magazine - ***Vous regrettez cette indifférence ?***

Olivier Gast - Non ! Qu'ils nous oublient n'est pas si dramatique...