



G A S T

Lettre Européenne des Réseaux Commerciaux

MARS 94

"INDEPENDANCE JURIDIQUE ET INTEGRATION TECHNOLOGIQUE" : LE DEBAT

De plus en plus de réseaux intègrent dans leur management les nouvelles technologies apparues depuis peu sur le marché.

Il en est ainsi, s'agissant, à titre d'exemple, du télétraitement, du suivi des sociétés franchisées, l'intervention en temps réel, la réduction du niveau des stocks par la technique du flux tendu ...

Ce mouvement m'apparaît être irréversible.

Ceux qui ont su, comme par exemple CAMAIEU, anticiper ce phénomène et l'intégrer de manière opérationnelle, en récoltent déjà les fruits.

Aujourd'hui, pour eux, il n'y a pas de crise !

La question est alors de savoir comment la jurisprudence va appréhender cette contradiction entre la notion d'indépendance juridique du franchisé, et plus généralement du partenaire, et cette nouvelle dépendance, conséquence incontournable de cette intégration technologique ?

Les juges vont-ils obliger le "commerce indépendant organisé" (qui représente tout de même plus de 40 % de l'ensemble du commerce de détail) à rentrer dans le 21ème siècle à reculons ?

Je ne le pense pas .

Nous, les Avocats, nous devons réinventer des "contrats bétons" pour accompagner cette évolution.

Nous nous y employons.

Olivier GAST
Avocat Consultant

EDITORIAL

L'AFFAIRE BUT : UNE DEFAITE POUR LES FRANCHISEURS CONFIRMEE EN APPEL

La question des suites juridiques auxquelles doivent donner lieu les études prévisionnelles remises aux candidats franchisés ou concessionnaires dans les réseaux de distribution, s'est posée de longue date aux Tribunaux.

D'une manière quelque peu étonnante, ce problème, pourtant sensible, n'a donné lieu jusqu'à ce jour qu'à peu de jurisprudence publiée et rares sont les décisions qui s'étaient clairement et fermement prononcées sur ce point.

C'est désormais chose faite puisque par un Jugement du 30 septembre 1993, le Tribunal de Commerce de Paris, sur le fondement d'une étude prévisionnelle erronée, a condamné la société BUT INTERNATIONAL à verser la somme de 20.000.000 francs à la société NOVAMEUBLE, son affiliée. (Voir sur ce point la "Lettre Européenne de la Franchise et de la Concurrence" - Octobre - Novembre 1993.)

Ce jugement vient d'être récemment confirmé par un Arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 3 Février 1994.

Ces deux décisions sont remarquables à plus d'un titre. Il en est ainsi s'agissant tout d'abord de l'importance des conséquences financières par lesquelles les Juges consulaires, puis les Conseillers à la Cour, ont estimé devoir condamner la faute de la société BUT ; et d'autre part, parce que ces décisions sont les seules qui, en la matière, fournissent les premiers éléments d'une définition des obligations de chacune des parties.

I - DES OBLIGATIONS RECIPROQUES

De nos jours, il reste peu de réseaux de franchise ou de chaînes de concession au sein desquels le candidat affilié ne se voit pas remettre dès son entrée ou même, dans la plupart des cas, avant son intégration, une étude prévisionnelle. Pourtant, si beaucoup s'accordent à penser que cette

démarche fait partie des obligations qui doivent être respectées, on en chercherait en vain l'origine dans l'arsenal légal applicable au monde de la distribution.

A - UNE OBLIGATION DE FAIT

Jusqu'en 1990, aucun texte de loi n'imposait au franchiseur ou au concédant de remettre à ses candidats ou nouveaux affiliés une quelconque documentation, et bien souvent, les contrats d'affiliation étaient signés sans que soit remis, avant ou après la signature, un compte ou une étude prévisionnelle.

Il faut avouer que bien rares étaient les décisions qui s'étaient, sur ce fondement, prononcées au bénéfice des franchisés. La pratique du contentieux révélait d'ailleurs que l'un des principaux arguments soulevés par les franchiseurs et concédants était l'absence d'obligation légale imposant la remise d'une pré-étude à l'affilié et, reprenant cet argument, de nombreuses juridictions précisaient que l'étude, lorsqu'il en existait une, n'avait pu être remise qu'à titre indicatif sans réelle conséquence de droit.

La loi du 31 décembre 1989, dite loi Doubin, et son décret du 4 avril 1991 ont fait l'effet, dans ce domaine, d'une véritable révolution et à compter de la publication de ces textes, peu de réseaux se sont désormais abstenus de fournir à leurs candidats cette fameuse étude pré-contractuelle.

Pourtant, à bien y regarder, aucune des lignes tant de la loi que du décret, n'impose à l'affiliant la remise d'un tel document. En effet, le seul texte qui se rapporte de près ou de loin à la fourniture d'une étude prévisionnelle est l'Article Premier - 4° - alinéa 2 du décret, qui impose au franchiseur ou concédant de présenter "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". Il n'est donc fait aucune référence à ce

fameux compte prévisionnel. (Toutefois, nous rappellerons à cet égard que notre conseil, lorsque des informations sont délivrées sur ce thème aux candidats dans le document d'information pré-contractuelle, de même que dans tout autre document, est la remise d'un compte d'exploitation élaboré sur la base de la moyenne des résultats des points de vente du réseau considéré, la réalité des informations délivrées ne pouvant donc être remise en cause.)

Il est alors légitime de s'interroger sur les motivations des chaînes qui, systématiquement, communiquent un tel document à leurs futurs affiliés, mettant ainsi à leur charge, alors qu'aucune loi ne le leur impose, une obligation qui peut être lourde de conséquences, comme l'a révélé l'affaire BUT.

En fait, il semble que la prise en charge par les affiliants de la remise de ce document résulte, plus que du droit, d'une juste appréciation des réalités économiques.

D'une part, un affiliant qui prétend, par l'intermédiaire de son réseau, diffuser les recettes de sa réussite, ne peut se refuser à démontrer au futur affilié, chiffres à l'appui, le succès inévitable de l'emploi des méthodes qu'il préconise; d'autre part, parallèlement à l'indéniable élément attractif que constitue la notoriété d'un réseau, il est clair que l'établissement du compte prévisionnel sera un élément clé qui provoquera souvent la détermination du consentement de l'affilié.

Ainsi, en poursuivant dans cette logique, on pourrait presque établir que moins la notoriété d'un réseau est importante, plus la nécessité de convaincre par les chiffres, et donc par la remise d'un compte prévisionnel, est forte.

L'affaire BUT a cependant rappelé qu'il pouvait être dangereux, pour le franchiseur ou le concédant, de céder à ce type de tentation.

B - UNE OBLIGATION PARTAGEE

Il est inutile de revenir sur le poids que font désormais peser sur les réseaux d'affiliation le jugement du 30 septembre 1993 et l'arrêt du 4 février 1994; toutefois, les affiliés ne doivent pas pour autant se croire exempts de tout risque en présence d'une étude prévisionnelle non réalisée.

En effet, lorsqu'après remise d'une pré-étude, l'affilié signe le contrat d'adhésion au réseau, il confirme ainsi qu'après un examen des chiffres qui lui ont été remis, il s'estime avoir toute capacité pour les réaliser.

Loin d'être en contradiction avec cette thèse, le Tribunal de Commerce puis la Cour d'Appel de Paris ont tenu à préciser que la responsabilité de la société BUT était engagée parce qu'elle devait être considérée comme la seule fautive dans la non réalisation des chiffres annoncés.

Dès lors, si la société BUT avait fait la démonstration d'importantes erreurs de gestion incombant à la société affiliée, ayant conduit celle-ci à réaliser des chiffres bien inférieurs à ceux qu'une gestion diligente aurait pu assurer, les Magistrats n'auraient pu conclure qu'à une responsabilité partagée, voire aux torts exclusifs de l'affilié.

Au plan des principes, l'affilié prend donc à sa charge, à travers la remise et l'acceptation d'une étude prévisionnelle, une obligation de moyens, qui consiste à assurer à son commerce toute l'attention et le soin nécessaires à un bon fonctionnement.

Il n'est donc pas question, pour les affiliés sans scrupules et sans compétence de mettre à la charge de leur seul franchiseur ou concédant, les conséquences de plusieurs années de gestion désastreuse.

La remise et l'acceptation d'une étude prévisionnelle provoquent donc l'apparition d'un engagement parallèle et réciproque : pour l'affiliant, celui d'estimer au plus juste le chiffre d'affaires réalisable au travers d'une gestion saine et éclairée de l'entreprise de l'affilié, pour ce dernier, celui d'apporter à la gestion toute diligence, toute compétence et tout moyen normalement nécessaire à une réalisation, au plus près, du chiffre qu'il a accepté.

II - UNE ERREUR LOURDE DE CONSEQUENCES

L'affaire BUT dégage la définition d'un élément essentiel, probablement amenée à connaître un développement prochain : il s'agit de la

notion d' "erreur grossière", selon les termes employés par le Tribunal.

A - LA NOTION D'ERREUR GROSSIERE

Dans l'affaire BUT, les termes employés par les deux décisions ont l'indéniable avantage d'être clairs, tout autant que leur motivation, puisqu'en effet, c'est un critère on ne peut plus objectif qui a été retenu pour qualifier la faute du concédant.

Aux termes d'un compte prévisionnel remis à la société NOVA MEUBLES avant la signature du contrat, la société BUT avait garanti la réalisation d'un chiffre minimal de 90.000.000 de francs annuel et les prévisions les plus optimistes s'élevaient même jusqu'à plus de 120.000.000 de francs.

Or, aux termes d'une exploitation régulière de son magasin, la société NOVA MEUBLES n'a pu réaliser qu'un chiffre annuel de 64.000.000 de francs !

Le Tribunal tire de ces éléments cette éclatante démonstration : "Attendu que cet écart de 30% par rapport au chiffre le plus bas retenu, démontre que l'étude de marché a été entachée d'une grossière erreur." La Cour confirme la décision, en reprenant presque exactement les mêmes termes.

La mention expresse d'un écart de 30% laisse apparaître un élément clé applicable aux litiges qui risquent de survenir à la suite d'une étude prévisionnelle erronée : l'affiliant n'a pas, lorsqu'il réalise une étude prévisionnelle au bénéfice de son affilié, d'obligation de résultat ; il ne pèse à sa charge qu'une obligation de moyens.

En effet, le simple fait que le Tribunal de Commerce de Paris ait jugé qu'un écart de 30% pouvait être inadmissible, laisse clairement entendre qu'un écart considérablement moins important pouvait être admissible.

Si ce courant jurisprudentiel devait se préciser dans l'avenir, comme il le fera certainement, d'autres décisions permettront d'affiner la marge d'erreur que peut se permettre l'affiliant lors de la réalisation du compte prévisionnel.

A priori, un chiffre de l'ordre de 10% fixé comme limite d'une erreur maximum acceptable, peut être avancé; à l'inverse, le jugement du 30 septembre 1993 démontre bien qu'une erreur portant sur un écart de 30% ou plus, ne saurait être acceptée par les Magistrats.

Cette décision se comprend parfaitement; en effet, il ne peut être discuté que le compte prévisionnel

remis préalablement à la signature du contrat constituera l'un des éléments fondamentaux de la décision de l'affilié à contracter.

Dès lors, l'étude prévisionnelle se doit d'être une information fiable et de coller au plus proche à la réalité du contrat, telle qu'elle se révélera au travers de son exécution, puisque ce n'est qu'à travers l'exécution du contrat d'affiliation qu'il sera possible de déterminer si l'affiliant a commis cette fameuse "erreur grossière".

Ce n'est donc malheureusement qu'après plusieurs mois d'exécution de ce contrat que l'on pourra estimer, à posteriori, si la responsabilité de l'affiliant est engagée ou non. On retrouve bien ici tout le caractère pratique auquel le droit doit faire face dans le domaine des affaires, et plus particulièrement dans celui des contrats de distribution.

Il ne peut, en effet, manquer d'apparaître un décalage dans le temps entre l'existence d'une éventuelle faute et sa constatation. Or, c'est ce décalage qui empêchera l'affiliant de procéder à toute correction de ses erreurs ... C'est dire une fois encore, combien l'attention qui doit être accordée aux études prévisionnelles est d'importance, puisqu'une fois la faute constatée, les sanctions encourues seront lourdes et nombreuses.

B - MULTIPLICITE DES SANCTIONS LEGALES

Si, comme c'est bien souvent le cas et notamment dans l'affaire BUT, le compte prévisionnel est remis préalablement à la signature du contrat, c'est soit sous le coup du non respect de l'obligation pré-contractuelle de renseignements, fondée sur l'article 1382 du Code Civil, que tombera la faute de l'affiliant, soit sous le coup des articles 1110 et suivants du Code Civil sanctionnant, par la nullité du contrat, l'erreur ou toutes causes ayant pu vicier le consentement de l'affilié.

Si au contraire, comme on en trouve parfois l'exemple, l'étude prévisionnelle fait partie des obligations contractuelles que s'est auto-imposé l'affiliant, s'ajoutent aux précédentes les sanctions fondées sur l'article 1184 du Code Civil, entraînant la résiliation du contrat pour non respect de l'une de ses obligations essentielles.

Bien évidemment et invariablement, l'affilié ne manquera jamais de demander le versement de dommages et intérêts, possibilité qui lui reste ouverte, quelle que soit la voie juridique adoptée.

D'ailleurs, si les décisions intervenues dans l'affaire BUT ont pu, dès leur publication, défrayer la chronique du monde de la distribution, c'est bien du seul fait de la condamnation du franchiseur au paiement de dommages et intérêts et surtout de l'importance nouvelle que les Magistrats ont donné à cette indemnisation.

Il fait peu de doute, que bon nombre de directions de réseaux accorde désormais à ce problème, jusqu'alors peut-être négligé, une attention aigüe.

En effet, quelle chaîne pourrait prétendre échapper, dans tous les cas d'espèce, quelle que soit la qualité de ses consultants, à une erreur d'estimation ?

Or, l'un des points à retenir dans l'affaire BUT, est que le franchiseur a été condamné du fait de l'incompétence de ses services, puisque l'étude avait été réalisée par la société BUT INTERNATIONAL elle-même.

Dans l'hypothèse où BUT INTERNATIONAL se serait adressée à une entreprise tierce au contrat de franchise, qu'elle aurait chargée d'établir l'étude prévisionnelle, c'est la responsabilité de cette dernière qui aurait dû être poursuivie ou, à tout le

moins, la société BUT INTERNATIONAL aurait pu appeler en garantie la société responsable de la réalisation du compte prévisionnel.

Une autre parade plus simple encore et sans doute plus efficace peut consister, pour l'avenir, dans la souscription par les affiliants d'une assurance spécifique.

Chaque directeur de réseau peut estimer le risque que son entreprise supporte du fait des études prévisionnelles remises à ses futurs affiliés; dès lors, pourquoi, comme c'est fréquemment le cas, ne pas recourir aux services d'une compagnie d'assurance qui sur la base de cette estimation, se chargerait de garantir les éventuelles conséquences financières d'une pré-étude erronée ?

Cette solution, si elle reste à ce jour sans précédent, doit faire l'objet de réflexions dans la mesure où, au vu des courants légaux et jurisprudentiels qui se précisent actuellement, les risques encourus par l'affiliant ne sauraient, dans l'avenir, que s'affirmer.

En conclusion, les décisions rendues par le Tribunal de Commerce de Paris le 30 septembre 1993 et par la Cour d'Appel de Paris le 4 février 1994, présentent l'immense avantage

d'apporter enfin une définition intéressante d'une notion qui, pour rester désespérément floue, n'en était pas moins largement utilisée. Elles sont surtout les premières à fixer les limites du permissible dans le domaine des erreurs de réalisation des comptes ou études prévisionnelles.

Reste à savoir les suites que les Conseillers de la Cour de Cassation qui, n'en doutons pas, sont d'ores et déjà saisis de cette affaire, donneront à cette prise de position.

Rappelons que l'une des dernières décisions publiées de la Cour Suprême s'était refusée à sanctionner une pré-étude "particulièrement optimiste" au motif que les chiffres avancés avaient été formulés après un examen sérieux (Cass.Com. 19 mai 1992 - FRANCHISE Nov.1993).

Quoi qu'il en soit, d'ici le rendu de la décision de la Haute Cour, il fait peu de doute que la notion d'erreur grossière réapparaîtra régulièrement.

L'avenir montrera si elle doit être suivie selon les mêmes termes que ceux proposés par les Magistrats parisiens.

Marc LANCIAUX
Avocat à la Cour

société par actions simplifiée ou celui ou ceux de ses dirigeants que les statuts désignent à cet effet."

Il convient toutefois de porter une attention particulière à cette disposition fondamentale : sauf disposition expresse contraire, le reste du droit commun de la société anonyme demeure applicable à cette nouvelle société, s'agissant notamment des articles 1832 à 1844-7 du Code civil.

De même, la loi apporte certaines restrictions concernant les conditions dans lesquelles la société est dirigée. En premier lieu, lorsqu'une personne morale est nommée président ou dirigeant d'une société par actions simplifiée, les dirigeants de cette personne morale sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'ils étaient président ou dirigeant en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent.

En second lieu, les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes sont applicables au président et aux dirigeants de la société par actions simplifiée.

Les articles 262-11 à 262-13 de la nouvelle loi adaptent les conventions passées avec la société, et normalement régies par les articles 101 et suivants de la loi du 24 juillet 1966.

De plus, même si les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient, la loi fixe quelques dispositions minimales impératives. Les attributions dévolues en effet aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, en matière d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital, de fusion, de scission, de dissolution, de nomination de commissaires aux

comptes, de comptes annuels et de bénéficiaires, sont exercées collectivement par les associés, dans les conditions prévues par les statuts.

La création de la S.A.S. est réalisée par insertion d'une section XI dans le chapitre IV du Titre 1er de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

Aucun texte d'application n'étant prévu, il est possible d'utiliser sans attendre cette nouvelle forme de société.

Voilà succinctement présentée la S.A.S., qui intéressera les entreprises voulant réaliser ensemble un projet commun. Avis aux amateurs !

(Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994, J.O., 4 janvier 1994.)

Pascal LOUBLIER
Avocat à la Cour

ENFIN, LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE EST ARRIVÉE !

Moins contraignante que la réglementation en vigueur relative à la société anonyme, une nouvelle loi du 3 janvier 1994 institue un nouveau type de société, à savoir la société par actions simplifiée (S.A.S.).

Issue des travaux du groupe de travail du C.N.P.F., présidé par Monsieur FIELD, la Société par actions simplifiée permet ainsi d'adapter la formule de la société anonyme en tant qu'instrument de coopération entre entreprises.

Plus simplement, deux ou plusieurs partenaires pourront dorénavant constituer une filiale commune.

CONSTITUTION

Mais cette forme de société ne pourra cependant pas être choisie par tous les partenaires économiques : seules les

sociétés ayant un capital entièrement libéré au moins égal à 1.500.000 francs, ou à la contre-valeur en francs français de ce montant, pourront constituer entre elles une société par action simplifiée. Les établissements publics de l'Etat qui ont une activité industrielle ou commerciale, et qui ne sont pas soumis aux règles de la comptabilité publique, pourront également être associés d'une telle société. Le capital de la société devra impérativement être libéré en totalité dès sa souscription et s'élever au minimum à 250.000 francs. Tout appel public à l'épargne est interdit.

Enfin, la loi de finances rectificative pour 1993 (n°93-1353) dispose que le régime fiscal de la société par actions simplifiée est celui de nos traditionnelles sociétés anonymes.

FONCTIONNEMENT

L'esprit de cette nouvelle loi permet de laisser une plus grande place à l'autonomie de la volonté concernant l'organisation et le fonctionnement interne de la société.

C'est ainsi que l'alinéa 2 de l'article 262-2 de la loi du 3 Janvier 1994 dispose que "dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par la présente section, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles 89 à 177-1 (Direction et administration des sociétés anonymes, assemblées d'actionnaires), sont applicables à la société par actions simplifiée. Pour l'application desdites règles, les attributions du Conseil d'administration ou de son président sont exercées par le président de la

NOUVELLES DISPOSITIONS FISCALES ET APPLICATION DU STATUT DE SALARIE AUX INTERMEDIAIRES OPAQUES

En modifiant le régime fiscal des commissionnaires, la Loi de finances pour 1993 transposant en Droit interne les dispositions de la 6ème Directive CEE du 16 décembre 1991 a apporté un nouveau moyen au secours des franchiseurs au cas d'action diligente à leur rencontre par leurs distributeurs, en vue de se voir reconnaître le statut de salarié.

Les franchisés en proie à des difficultés tentent parfois d'invoquer le statut salarié pour échapper aux conséquences financières de leur déconfiture, et bénéficier du même coup des dispositions protectrices de la législation du travail : rappels de salaires, indemnités de licenciement,

indemnités de congés payés, dommages et intérêts pour rupture irrégulière et abusive,...

Au soutien de leur action, les distributeurs invoquent les dispositions d'ordre public de l'article L781-1 du Code du Travail.

Le Code du Travail a vocation à s'appliquer et, partant, le statut de salarié, à toute personne dont la profession consiste à vendre de la marchandise exclusivement fournie ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque cette personne exerce sa profession dans un local appartenant ou agréé par le fournisseur, aux conditions et prix imposés par le fournisseur.

Faisant une application extensive de l'article L 781-1 la jurisprudence n'hésite pas à requalifier les contrats de distribution en contrats de gérance salariée, au mépris de la volonté réelle des parties exprimée au moment de la signature du contrat litigieux.

On connaît les aberrations juridiques auxquelles cette extension conduit :

- régularisation postérieure à la charge des franchiseurs, et parfois après plusieurs années de partenariat, de la situation fiscale et sociale de leurs prétendus salariés,

- application distributive des règles commerciales et sociales avec une double compétence rationae materiae

: Tribunal de commerce pour les litiges relatifs aux modalités d'exploitation commerciale du fonds / Conseil de prud'hommes pour les litiges relatifs aux conditions d'emploi. Toute la difficulté demeurant de savoir au cas par cas de quelle matière les litiges relèvent, ce démantèlement des législations est sujet à un contentieux complexe et sans fin.

Toutefois, cette jurisprudence s'accordait relativement bien avec le traitement fiscal des commissionnaires à la vente ou à l'achat qui n'étaient pas assujettis à la taxe sur le montant de leurs recettes comme tout commerçant indépendant.

Harmonisation européenne oblige, la France s'aligne sur le régime de ses partenaires et renonce au principe de non-imposition des intermédiaires dits "opaques", ceux qui agissent en leur nom propre pour le compte d'autrui, considérés jusque ici comme de simples mandataires assimilables à des salariés car placés sous la subordination de leurs fournisseurs.

Pour mesurer la portée des nouvelles règles applicables aux commissionnaires en matière de TVA, il y a lieu de rappeler les principes généraux de l'imposition :

- Les personnes qui interviennent dans la réalisation d'opérations taxables par nature à la TVA ne sont assujetties que pour autant que leur activité est exercée de façon indépendante.

- L'assujetti s'entend de toute personne qui exerce une activité sous sa propre responsabilité et jouit d'une totale liberté dans l'organisation et l'exécution des travaux que son activité comporte.

A contrario, l'article 256-A alinéa 2 du Code Général des Impôts dispose que ne sont pas considérés comme agissant de manière indépendante et n'ont pas la qualité d'assujettis les salariés et autres personnes liées par un contrat de travail ou par tout autre rapport juridique créant des liens

de subordination en ce qui concerne les conditions de travail, modalités de rémunération et responsabilité de l'employeur.

Jusqu'au 1er janvier 1993, les distributeurs dépositaires ou consignataires de marchandises exploitant à leur nom propre pour le compte d'un commettant entraient dans cette catégorie et n'étaient pas, par déduction, considérés au regard de la TVA comme des commerçants indépendants à part entière.

En vertu du nouveau régime, les distributeurs qui agissent pour le compte d'autrui mais en leur nom acquittent la TVA sur l'intégralité des recettes réalisées comme si ils étaient propriétaires des marchandises et/ou dépositaires. Les franchiseurs, bien qu'ils restent juridiquement propriétaires de la marchandise, doivent désormais facturer le prix des marchandises à leurs distributeurs agréés comme s'il s'agissait d'une vente entre eux.

Les commissionnaires sont réputés être des acheteurs-revendeurs et sont fiscalement traités en tant que tels.

En conséquence, les distributeurs qui agissent en leur nom pour le compte et sous les instructions de fournisseurs exclusifs ou quasi exclusifs, rémunérés par des commissions sur les ventes dont le taux est préalablement déterminé, et qui rendent compte de leur gestion à leurs commettants n'en sont pas moins considérés par l'administration fiscale comme des commerçants responsables et indépendants jouissant d'une liberté dans l'accomplissement de leur activité économique qui justifie l'assujettissement à la TVA.

Sans aller jusqu'à prétendre que le seul assujettissement à la TVA caractérise une indépendance économique excluant définitivement le bénéfice du statut de salarié, il est permis de penser qu'il s'agit là très certainement d'un nouveau moyen à mettre en avant au cas d'action diligentée par les

distributeurs à l'encontre des franchiseurs en vue de voir requalifier le contrat qui les lie, en contrat de travail.

Le nouveau traitement fiscal réservé aux commissionnaires renforce leur statut de commerçant indépendant et les éloigne davantage d'un statut salarié salvateur que certains auraient tendance à revendiquer de plus en plus fréquemment, refusant d'admettre leur échec personnel de commerçant responsable indépendant.

Certains ne manqueront pas d'invoquer la prétendue autonomie du droit fiscal pour refuser de reconnaître dans l'assujettissement à la TVA un critère supplémentaire en faveur de l'indépendance.

Cependant, comprenant que l'avenir de la distribution se situe dans une intégration croissante des des commerçants aux réseaux, les tribunaux devront savoir faire évoluer leur jurisprudence et admettre que le contrôle nécessairement opéré par les franchiseurs sur la gestion de leurs commissionnaires affiliés ne remet pas en cause le statut de commerçant indépendant de ces derniers, désormais fiscalement traités en temps que tels. (Voir sur ce point nos commentaires contenus dans la "Brève" de ce numéro, et intitulée "To be or not to be commerçant".)

Il reste que, dans l'attente de voir la jurisprudence évoluer dans ce sens, l'harmonisation européenne est responsable d'une fâcheuse disharmonie nationale et conduit à aggraver les distorsions juridiques dans le traitement des distributeurs agréés qui se verront reconnaître le statut social alors qu'ils auront personnellement acquitté de la TVA sur les recettes de leur employeur !

Nathalie CASTAGNON
Avocat à la Cour

NOUVELLES BREVES... NOUVELLES BREVES... NOUVELLES BREVES... NOUVELLES

Vice du consentement et loi Doubin

Plusieurs sociétés avaient conclu en Avril 1990 des contrats de franchise avec une société franchiseur.

Le franchiseur, la société X, a alors cédé ces contrats de franchise à la société Y, société que l'ancien franchiseur avait contribué à créer et dont l'un de ses administrateurs était gérant.

En Février 1992, les franchisés ont signé de nouveaux contrats de franchise avec la société Y, sans que cette conclusion de contrats n'ait été précédée de la remise du projet de contrat et du document d'information pré-contractuelle prévus dans l'article 1er de la loi n° 89-1008 du 31 Décembre 1989.

Aussi ont-ils invoqué devant la Cour d'Appel, après avoir été déboutés de leurs demandes en première instance, le fait que les contrats de franchise précités étaient entachés de nullité pour violation des dispositions de la loi "Doubin".

La Cour a toutefois confirmé le jugement de première instance, au motif que : "la cession (des contrats de franchise) n'a déterminé de changement, ni dans l'ancienneté et l'expérience du nouveau franchiseur lequel est l'émanation du précédent et de certains de ses franchisés, ni dans la provenance des produits concernés, ni dans l'état et les perspectives de développement du marché, ni dans l'importance du réseau dont les exploitants restaient les mêmes, ni quant à la durée, aux conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi qu'au champ des exclusivités ; (...)" .

De plus, les magistrats d'appel ont retenu le fait que les franchisés ont admis, par la conclusion des conventions litigieuses, que "la formation a été effectuée et que les documents nécessaires à l'exploitation lui ont été remis."

Aussi la Cour en a-t-elle conclu que l'absence de respect de l'article 1er de la loi Doubin n'a pas vicié leur consentement, les appelants n'étant donc pas fondés à se prévaloir de l'absence de respect de l'article 1er de la loi Doubin pour prétendre nuls les contrats de franchise en cause.

(Cour d'Appel de Paris, 1ère Chambre, Section A, Arrêt n° 25 janvier 1994.)

To be or not to be commerçant

Dans une espèce particulièrement intéressante ayant directement trait à la requalification des contrats de franchise en contrat de travail, la Cour de Cassation vient de rendre un arrêt dans lequel elle signifie clairement la nécessité de revenir aux bons vieux principes de détermination de la qualité de commerçant, que les tribunaux auraient tendance à perdre de vue dans les procès de franchisés se prétendant salariés de leur franchiseur.

La société B, franchiseur, a signé avec les consorts C un contrat de franchise pour l'exploitation du fonds qu'ils avaient personnellement acquis et qu'ils exploitaient conjointement, seul Monsieur C étant inscrit au Registre du Commerce.

Faute d'avoir payé leurs redevances, les consorts C se sont vus assignés en référé par la Société B en résiliation du contrat de franchise devant le Tribunal de Grande Instance territorialement compétent, aux termes de la clause attributive de juridiction insérée dans le contrat de franchise.

C'est dans ces conditions que les époux franchisés ont imaginé de se prévaloir du statut de salarié et ont invoqué la nullité du contrat de franchise et de la clause attributive de compétence.

Il est bien évident que la question de la validité de la clause attributive de compétence était subordonnée à celle de la validité du contrat litigieux.

Le juge des référés devait s'estimer territorialement incompétent et, écartant ainsi l'application de la clause, se faisait juge de la validité du contrat de franchise.

C'est ce qu'a pu soutenir la société franchiseur en formant contredit de l'ordonnance devant la Cour d'Appel à laquelle il était demandé d'évoquer l'affaire, tandis que les franchisés maintenaient leur argumentation sur la nullité du contrat de franchise.

Par arrêt du 19 décembre 1993, la Cour, après avoir relevé que Madame C avait concouru à la conclusion du contrat litigieux et participait à l'exploitation aux côtés de son mari, déboutait le franchiseur aux motifs que la franchisee n'était pas inscrite au RCS et n'avait donc pas la qualité de commerçant. Ainsi, et par application de l'article 48 du NCPC, la clause dérogeant aux règles de compétence de Droit commun convenue entre des personnes dont certaines n'avaient pas la qualité de commerçant devait être réputée nulle et non avenue.

La Cour de Cassation, par arrêt du 4 janvier dernier, vient de censurer l'arrêt de la Cour d'appel qui "en se déterminant sur ces motifs, n'a permis d'établir si Madame C n'exerçait pas des actes de commerce de façon indépendante et n'en avait pas fait sa profession habituelle".

Pas plus la Cour d'Appel que, à fortiori, la Cour de Cassation ne se sont prononcées sur la question de la validité du contrat de franchise qui leur était implicitement soumise, mais les Juges Suprêmes donnent une base de réflexion sur laquelle les Juges du fond saisis de la question de la requalification des contrats de franchise devront se pencher.

Au coeur de cette réflexion figure la volonté des parties telle qu'elle s'est exprimée au moment de la conclusion du contrat et tout au long de son exécution.

Il appartient ainsi aux juges du fond de rechercher si le franchisé "exerçait des actes de commerce de manière indépendante et en a fait sa profession habituelle". C'est la reprise mot pour mot de la définition du commerçant figurant à l'article 1er du Code de Commerce.

Franchisés, attention aux faux-fuyants !

(Cass. Com., 4 janvier 1994, arrêt n° 45 P.)

La position de la D.G.C.C.R.F. au regard du pré-étiquetage de prix

Il arrive fréquemment aujourd'hui, dans les réseaux de franchise exerçant leurs activités, principalement, dans le secteur vestimentaire, que les produits soient livrés aux franchisés en étant pré-étiquetés par les soins du franchiseur.

Lorsque l'étiquette fait mention du prix de vente des produits, ce système peut être considéré comme une pratique de prix imposés.

Cependant, selon une prise de position récente de la D.G.C.C.R.F. sur ce point, "une telle qualification peut être évitée si les franchisés disposent d'une liberté effective de fixation de leurs prix."

Pour la D.G.C.C.R.F., "les franchisés doivent donc disposer de toute la latitude nécessaire pour déterminer eux-mêmes le niveau de leurs propres prix, le franchiseur ne faisant alors que reprendre les montants décidés par chaque franchisé pour les livraisons qui le concernent."

De plus, lorsque le pré-étiquetage porte sur des prix de vente conseillés au public, le système peut être accepté par la D.G.C.C.R.F. sous réserve que la modification de prix puisse être très facilement apportée par le franchisé, "sans changement d'étiquette ou manipulation informatique complexe. L'étiquette sur laquelle figure ce prix conseillé doit donc, en outre, comporter un emplacement permettant au franchisé d'indiquer son propre prix, s'il souhaite appliquer un prix différent du prix conseillé."

L'indispensable transmission du Manuel Opérateur aux franchisés d'un réseau

Dans une note adressée à un franchiseur au regard de la validité du contrat de franchise de ce dernier, la D.G.C.C.R.F. a rappelé la nécessaire transmission aux franchisés d'un Manuel Opérateur.

A défaut de remise de ce document, la D.G.C.C.R.F. estime que le savoir-faire est "mal identifié et n'est pas transmissible", puisqu'il n'est pas "décrit de façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité", conformément aux dispositions du Règlement d'exemption communautaire des accords de franchise.

Les risques en résultant sont particulièrement importants, puisque la D.G.C.C.R.F. en conclut à l'absence d'un savoir-faire "secret, substantiel, identifié et transmissible", alors que selon une jurisprudence constante, la transmission d'un tel savoir-faire constitue l'une des principales conditions de validité d'un contrat de franchise.

Validité du contrat de crédit-bail immobilier

Conformément à l'article 1-2 alinéa 2 de la loi du 2 juillet 1966, le contrat de crédit bail immobilier doit prévoir les conditions dans lesquelles il pourra, le cas échéant, être résilié à la demande du preneur. A défaut de clause mentionnant ces conditions, le contrat sera réputé nul.

Ce texte est d'application stricte. En effet, la Cour de Cassation considère qu'une clause de résiliation anticipée à l'initiative du locataire prévoyant qu'il sera redevable au bailleur d'une indemnité égale au cumul des loyers révisés restant à courir jusqu'au terme du bail s'il use de la faculté qui lui est laissée, tend en fait à l'exécution du contrat supposé résilié, et ne répond donc pas aux exigences posées par la loi du 2 juillet 1966 (Cassation Civile III - 27 Avril 1988).

Ce texte et cette jurisprudence ont permis au Président du Tribunal de Commerce de Paris, statuant en référé, de considérer qu'il existait une contestation sérieuse sur la validité de la clause de résiliation et donc du contrat de crédit bail immobilier dans l'affaire qui lui était soumise.

En l'espèce, les époux D., dans le cadre du montage financier d'une opération de franchise, avaient souscrit un crédit bail immobilier pour un montant total de 2.350.000 francs et s'étaient également portés caution de la bonne exécution du contrat auprès de l'établissement de crédit bail.

Après la faillite de leur établissement, le crédit bailleur s'est retourné contre eux et a sollicité le paiement des sommes pour lesquelles ils s'étaient portés cautions.

Or, la clause de résiliation au bénéfice du preneur prévoyait que "le preneur, usant de sa faculté de résiliation, serait redevable au bailleur d'une indemnité égale au montant cumulé toutes taxes comprises, des loyers et charges et accessoires de la période pendant laquelle l'immeuble resterait vacant après la résiliation jusqu'à sa re-location ou sa vente par le bailleur".

Cette clause oblige le preneur à verser les loyers jusqu'à ce que le bailleur ait, selon son bon vouloir, trouvé un repreneur, ce qui ne permet donc pas au preneur de s'exonérer de ses obligations, quand bien même le contrat de crédit bail serait résilié.

Le Président du Tribunal de Commerce a donc considéré qu'il existait une contestation sérieuse portant sur la validité du contrat de crédit bail et a ainsi permis aux cautions de se s'exonérer provisoirement de leurs obligations.

(Tribunal de Commerce de Paris, Ordonnance du 9 Février 1994.)

