

JUSQU'OU INTÉGRER UN FRANCHISÉ ?

Les particularités de la « franchise investissement », dans laquelle le franchisé n'est qu'un investisseur qui délègue au franchiseur le soin de gérer pour son compte, voire de lui fournir « clés en mains » le local d'exploitation, compliquent les relations contractuelles de la franchise et peuvent entraîner des conséquences graves pour les deux parties. Me Olivier Gast et Me Christian Huchédé font le point.

Le contrat de franchise est un contrat d'intégration au niveau de la distribution.

Certes, le franchisé est par définition un commerçant indépendant, mais demeure économiquement dépendant du franchiseur. C'est là un des paradoxes de la franchise.

Or, il apparaît avec une certaine fréquence que les contrats de franchise, notamment dans le domaine de la restauration ou de l'hôtellerie sont signés avec une personne qui n'exploite pas le fonds pour lequel la franchise est consentie.

En effet, le franchiseur reçoit délégation par un contrat de prestation de services de s'occuper pour le compte du franchisé de la gestion commerciale et sociale du fonds de ce dernier.

C'est ce que nous appellerons « la franchise investissement » où le franchisé n'est qu'un investis-

seur qui délègue au franchiseur le soin de gérer pour son compte son fonds de commerce, par un contrat de « management ».

De plus, bien souvent, concernant les prestations de choix de l'emplacement de l'exploitation, de suivi des travaux de construction et des aménagements intérieurs et extérieurs, le franchiseur reçoit également mandat du futur exploitant afin de lui fournir « clés en mains », un local ou un immeuble spécifiquement conçu et réalisé pour servir de lieu d'exploitation de la franchise.

Or, ces prestations du franchiseur dont la rémunération vient accroître soit le droit d'entrée, soit les contreparties financières du franchisé prévues en pourcentage du chiffre d'affaires tout au long du contrat, compliquent les relations contractuelles de la franchise et peuvent entraîner des conséquences graves pour les deux parties.

LES RISQUES DE LA FRANCHISE

TROP INTÉGRÉE

POUR LE FRANCHISEUR

S'agissant d'intégration complète ou semi-complète, le franchiseur s'expose à voir disqualifier le contrat de franchise et étendre ses obligations au niveau juridique et fiscal.

A. - Le risque de disqualification du contrat de franchise

La franchise intégrée prévoit qu'un contrat spécifique de prestations de gestion sera conclu pour l'exploitation en franchise.

Ces prestations seront assurées par le franchiseur ou ses salariés tout au long du contrat, de sorte que le franchisé sera uniquement informé des sommes à payer et des résultats de son exploitation de temps à autre.

(Il conserve son rôle unique d'investisseur, le franchiseur se chargeant du reste).

En pratique, comme le franchiseur devra déposer les recettes journalières et régler les fournitures et marchandises qu'il aura acquises pour le compte du franchise, une procuration bancaire sera accordée sur le compte ouvert pour l'exploitation.

Dès lors, comme le franchise est entièrement remplacé par la technique du mandat et du contrat d'entreprise par son franchiseur, ce dernier ne conçoit plus de lui transmettre un manuel opératoire, de lui assurer une formation, et même d'assurer une assistance au démarrage, puis une assistance permanente.

En conséquence, les éléments essentiels du contrat de franchise, tels que définis par la jurisprudence, ne seront pas réunis.

Nous trouverons uniquement dans ce cas, une concession de marque, encore que nous puissions nous interroger sur la réalité de cette concession, puisque le franchiseur, exploitant pour compte, ne fait que gérer sous sa propre marque.

Ainsi, le contrat de franchise investissement n'est pas un contrat de franchise, mais un contrat de prestation de services (management), par lequel le propriétaire de locaux, responsable de l'exploitation de son fonds de commerce, fait gérer ce dernier par une société qui utilise des marques et emblèmes particuliers, attractifs de clientèle, moyennant une rémunération fixe ou proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé dans l'établissement.

Ce contrat est distinct du contrat de location gérance :

- car le gérant « manager » est mandataire du propriétaire et n'exerce pas sous sa propre responsabilité et à ses risques et profits, l'activité en gérance ;
- car le gérant « manager » est rémunéré par une somme fixe ou proportionnelle au chiffre d'affaires et non par les profits de l'exploitation.

De plus, le locataire gérant ne verse aucune redevance au propriétaire du fonds.

Ce contrat est distinct du contrat de gérance salarié, car aucun lien de subordination n'est prévu entre le propriétaire du fonds et le gérant « manager ».

En conséquence, il ne peut s'agir que d'un contrat de presta-

tion de services qui, par le contexte de la franchise, entraîne une obligation de résultats pour le franchiseur. En effet, le franchiseur dans la franchise investisseur effectue toutes les opérations d'installation et de gestion pour le compte de son franchise. Tous les avantages d'une succursale lui sont acquis (emplacement choisi à son gré, ingénierie selon ses normes, gestion par du personnel sélectionné par lui...) et tous les inconvénients correspondants lui sont évités (investissement par un tiers, risques commerciaux, sociaux et immobiliers supportés par un tiers, recette assurée pour lui en fonction du chiffre d'affaires et non des profits du tiers).

Devant cette situation juridique, il faut bien considérer que si le fonds du franchise n'atteint pas les objectifs prévus, toute la responsabilité ne peut incomber qu'au franchiseur.

Pour le franchiseur, la franchise investissement est un levier d'expansion plus rapide et plus efficace, mais dont le poids des obligations et des responsabilités constitue un frein très sérieux pour le franchiseur qui n'est pas arrivé à la maîtrise parfaite de son produit (le franchiseur doit maîtriser tous les détails des choix d'implantation, de la construction et de l'ingénierie, de la commercialisation, etc., sans souffrir aucune erreur).

Le franchise investisseur, victime d'un mauvais contrat de management et d'une opération générant des pertes d'exploitation, n'aura de choix que de rompre son contrat et demander au franchiseur des dommages et intérêts dus en contrepartie de son obligation de résultat, née en partie du mandat (rédition des comptes au franchise) et des obligations acceptées par le franchiseur en voulant trop se substituer au rôle de franchise, tout en faisant miroiter un compte d'exploitation prévisionnel exponentiel.

En conséquence, dans ce cas de figure aucun argument ne peut être invoqué par le franchiseur pour assurer sa défense en cas d'échec ou de réussite faible par rapport aux résultats promis.

Il devra indemniser intégralement le préjudice du franchise.

Nous avons constaté que ce type de contrat « fleurit » dans les secteurs de la restauration

et de l'hôtellerie en particulier, car les franchiseurs partent du principe qu'il est très difficile de former des franchiseés dans ce domaine, et il est donc plus commode pour eux de trouver un franchise investisseur, quitte à détacher un directeur d'exploitation appartenant à l'équipe du franchiseur pour assurer la gestion du centre franchise.

Il est particulièrement intéressant de constater à cet égard, qu'aux Etats-Unis, les franchiseurs des mêmes domaines d'activité attribuent une importance fondamentale à la formation, afin de faire des franchiseés de véritables professionnels (formation précise, longue et complète), allant même jusqu'à créer des universités (université du hamburger de Mc Donald's ; centre de formation Holliday Inn).

Outre les risques contractuels propres au contrat de franchise, le schéma juridique comporte des inconvénients bien plus importants.

B. - Autres conséquences juridiques et fiscales de la franchise investissement dans les secteurs de l'hôtellerie et de la restauration.

Les risques se situent essentiellement au niveau de l'application de la loi Delors (loi du 3 janvier 1983), du contrat de promotion immobilière et de la société de fait ou de la gérance de fait.

1) L'application de la loi Delors :

Les articles 36 à 41 de cette loi prévoient que doivent être protégés les épargnants sollicités par la publicité ou le démarchage afin d'investir en achat de biens meubles ou immeubles dont la gestion est assurée par le tiers incitateur à l'investissement ou toute autre personne.

La protection se situe au niveau de la rédaction de la publicité et de la rédaction du contrat type qui doivent être complets sur les informations concernant l'opération proposée, la personnalité de l'initiateur et du gestionnaire du bien acquis. Ces informations et le contrat doivent être déposés préalablement à la commission des opérations de Bourse (COB) qui donne ses observations à intégrer dans les dites pièces.

Préalablement à toute signature de contrat, les informations devront être communiquées à l'investisseur.

Par la suite, le gestionnaire établit les comptes à faire certifier par un commissaire aux comptes et établit un rapport d'activité.

Les sanctions du non-respect de la procédure complète se situent au niveau pénal et civil :

- pénalement, des peines de 1 à 5 ans de prison et/ou 6 000 à 120 000 F d'amende peuvent être infligées ;

- civilement, un contrat signé sans informations préalables conforme à l'avis de la COB pourra être résolu (équivalent à une annulation) ou donner lieu à des dommages-intérêts accordés par le juge.

Cette définition, et donc les sanctions afférentes nous paraissent à l'évidence pouvoir découler d'un schéma de franchise investissement, dans la mesure où le franchiseur prospecte systématiquement ses candidats dans le public, proposant à des tiers l'achat de biens, meubles ou immeubles (fonds de commerce, pas de porte, terrains, constructions), dont la gestion sera assurée par le franchiseur ou ses mandataires.

En conséquence, tout système de franchise investissement nous semble susceptible d'être résolu en justice, à défaut d'informations préalables approuvées par la COB, assurant au franchiseur une défense imparable pour négocier sa rupture de contrat et la restitution de ses investissements perdus.

2) L'application du contrat de promotion immobilière :

Le franchiseur le plus souvent, reçoit mandat du franchiseur pour construire l'immeuble qui sera affecté à la future exploitation (construction spécifique).

Il s'engage en tant que professionnel, sur un montant ferme de travaux. Si un dépassement de coût intervient, il est certain qu'en tant que promoteur, il devra en supporter les conséquences financières (Article 1831-1 du Code Civil).

3) La gérance ou la Société de fait :

Le risque commercial du franchiseur exploitant indépendant, peut entraîner son dépôt de

bilan. Dans ces conditions, il nous paraît tout à fait envisageable que le syndic recherche la responsabilité du véritable maître de l'affaire (qui a perçu des honoraires et redevances en période de perte), le franchiseur-gérant.

De plus, même hors les cas extrêmes, on peut imaginer que le franchiseur participant à quelque dépense ou renonçant à quelque créance, en vienne à devenir le véritable associé de fait du franchiseur, car tous les critères du contrat de société sont réunis.

Ainsi, par exemple, l'Administration fiscale pourrait taxer ladite situation au niveau des apports de chacun dans la société de fait.

Après avoir établi une revue des divers risques du franchiseur dans le cadre de la franchise investissement, il nous reste à envisager la situation du franchiseur.

LES RISQUES DE LA FRANCHISE

TROP INTÉGRÉE

POUR LE FRANCHISÉ

Le franchiseur s'expose, sauf solution de sortie du système invoqué plus haut (loi Delors), à de graves dangers dans le cadre de la franchise investissement, tant au niveau commercial qu'au niveau immobilier.

1) La franchise investissement peut être une forme dénaturée et perverse du « Venture capitalist ».

Il faut rappeler que la notion de « Venture capital » ou de capital-risque suppose un investissement dans une entreprise en principe naissante qui permet aux actionnaires fondateurs de réaliser une plus-value en capital, dès que l'entreprise prend de la valeur, avec pour objectif naturel la quotation en bourse à terme.

Le « venture capitalist » prend le risque de perdre sa mise si son choix d'entreprise n'est pas judicieux.

Dans la franchise investissement en revanche, le discours de la franchise (réussites antérieures du franchiseur et éventuellement de ses franchiseurs) empêche l'investisseur d'appréhender avec toute l'objectivité requise l'aspect

réaliste du compte d'exploitation prévisionnel qui lui est « vendu ».

Le « venture capitalist », lui, sachant qu'il risque sa mise restera sur ses gardes dans l'analyse du dossier.

En outre, le franchiseur qui investit prend, en principe, la qualité de commerçant avec toutes les conséquences que cela suppose, c'est-à-dire non plus de perdre uniquement sa mise, mais de perdre tout son patrimoine en cas d'échec du franchiseur (c'est le franchiseur qui échoue et le franchiseur qui paie... !)

2) La franchise investissement et l'immobilisation d'un patrimoine immobilier

Dans les secteurs d'activité de la restauration et de l'hôtellerie, plus les concepts d'architecture sont pointus et originaux, plus le franchiseur, en cas d'échec aura du mal à recycler et à monnayer son patrimoine immobilier, sauf à le « brader » à l'ancien franchiseur qui est le seul à pouvoir l'utiliser (le franchiseur aura été le promoteur rémunéré d'un immeuble qu'il rachète en cas d'échec).

En conclusion, la formule de la franchise investissement est à choisir avec de grandes précautions lorsque le schéma implique la gestion par le franchiseur avec ses salariés du centre franchiseur pour le compte de ce dernier.

Elle peut par contre éventuellement se concevoir si le franchiseur, avec ses propres salariés assure la gestion de son centre, même si l'investisseur lui-même ne travaille pas dans son exploitation.

Mais statistiquement, dans tous les cas, ces franchises sont rarement des réussites. En effet, la franchise ne peut fonctionner réellement que si les deux composantes essentielles, savoir : le capital et l'homme sont réunis dans l'exploitation réelle.

Enfin, nous insisterons sur le fait que tout concept de franchise ne trouve sa véritable dimension que dans la formation du franchiseur :

- formation initiale,
 - formation permanente,
- ce qui n'est pas le cas dans la franchise investissement.

**Maître Olivier Gast
Maître Christian Huchédé
Cabinet Gast & Douet ■**