

# DOCTRINE

## Franchise

### L'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise 128c4

**(Analyse de l'article 64 de la loi Travail et du décret n° 2017-773 du 4 mai 2017)  
(1<sup>re</sup> partie)**

**François-Luc SIMON, avocat, associé-gérant, Simon associés, docteur en droit**

Alors que le contrat de franchise n'avait jusqu'à présent jamais suscité la moindre intervention du législateur, voilà que, soudainement, par l'article 64 de la loi *Travail* et le décret du 4 mai 2017 pris pour son application, cette figure contractuelle provoque un intérêt étrange, inutile et dangereux. Étrange, car les conditions dans lesquelles la loi *Travail* a été votée – sans concertation, ni étude d'impact –, sans même l'accord du Sénat, laissent songeur ; les travaux parlementaires sont parsemés d'affirmations péremptoires qui traduisent avant tout un sentiment d'incompréhension par notre législateur du système de la franchise. Inutile, car ces textes donnent naissance à une instance de dialogue dans les réseaux de franchise, sans toutefois procurer de véritables avantages aux salariés des franchisés, par ailleurs déjà protégés par le Code du travail. Dangereux, enfin, car le décret d'application aura surtout pour effet de perturber le comportement des acteurs de la franchise – à commencer par les réseaux de franchise concernés –, en raison des incohérences, imprécisions et lacunes que les textes en vigueur comportent.

**1. Introduction.** Objet de débats parlementaires nourris et passionnés, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue

social et à la sécurisation des parcours professionnels (dite loi *Travail*), a été définitivement adoptée par l'Assemblée nationale, sans l'accord du Sénat.

## L'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise

128c4

**(Analyse de l'article 64 de la loi Travail et du décret n° 2017-773 du 4 mai 2017)  
(1<sup>re</sup> partie)**

Alors que le contrat de franchise n'avait jusqu'à présent jamais suscité la moindre intervention du législateur, voilà que, soudainement, par l'article 64 de la loi Travail et le décret du 4 mai 2017 pris pour son application, cette figure contractuelle provoque un intérêt étrange, inutile et dangereux. Étrange, car les conditions dans lesquelles la loi Travail a été votée – sans concertation, ni étude d'impact –, sans même l'accord du Sénat, laissent songeur ; les travaux parlementaires sont parsemés d'affirmations péremptoires qui traduisent avant tout un sentiment d'incompréhension par notre législateur du système de la franchise. Inutile, car ces textes donnent naissance à une instance de dialogue dans les réseaux de franchise, sans toutefois procurer de véritables avantages aux salariés des franchisés, par ailleurs déjà protégés par le Code du travail. Dangereux, enfin, car le décret d'application aura surtout pour effet de perturber le comportement des acteurs de la franchise – à commencer par les réseaux de franchise concernés –, en raison des incohérences, imprécisions et lacunes que les textes en vigueur comportent.

**1. Introduction.** Objet de débats parlementaires nourris et passionnés, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (dite loi Travail), a été définitivement adoptée par l'Assemblée nationale, sans l'accord du Sénat. Le Conseil constitutionnel, saisi afin de se prononcer sur la validité de plusieurs dispositions de cette loi, parmi lesquelles figurait l'article 64, relatif à la création d'une instance de dialogue social au sein des réseaux de franchise, a déclaré ce texte conforme à la Constitution, après avoir néanmoins censuré la disposition relative aux dépenses liées au fonctionnement de l'instance de dialogue social, et même émis deux réserves d'interprétation. En application de l'article 64 de la loi Travail, le décret n° 2017-773 du 4 mai 2017 relatif à l'instance de dialogue social mise en place dans les réseaux d'exploitants d'au moins 300 salariés en France liés par un contrat de franchise, a été publié au Journal officiel du 6 mai. Ces textes étant entrés en vigueur, il convient d'en analyser le contenu qui, participant de cette tendance plus générale à la contractualisation des institutions repré-

sentatives du personnel<sup>1</sup>, est appelé à modifier le fonctionnement des réseaux de franchise concernés.

Chacun sait que les réseaux de franchise sont familiers à l'idée même de dialoguer avec les membres du réseau<sup>2</sup>, mais le dispositif instauré par le législateur est tout autre ; il impose un dialogue avec les salariés des franchisés, et non plus seulement les franchisés eux-mêmes. Ce dispositif inédit, critiquable dans son principe même, comporte de nombreuses incohérences, imprécisions et lacunes, que notre législateur n'a certes pas voulues, mais dont les réseaux de franchise devront s'accommoder. Nous nous efforcerons ici de les soulever et de les analyser, en préconisant, autant que faire se peut, l'interprétation à adopter et la conduite à tenir au plan pratique.

Cette démarche ne peut être menée sans un rappel du processus législatif ayant abouti à l'ar-

1) La mise en place de l'instance de dialogue social renforce la tendance législative et réglementaire de ces derniers mois visant à donner à la négociation collective (de branche, d'entreprise) un rôle pivot dans le fonctionnement interne de l'entreprise en permettant à l'employeur et aux instances représentatives du personnel de conclure des accords qui auront une primauté, sous certaines conditions, sur des accords de branche notamment. La loi Travail comporte diverses illustrations de ce renforcement de l'accord entre l'employeur et les institutions représentatives du personnel, présentée comme un moyen de raviver le dialogue social. À ce titre, la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche est notamment prévue sur les thèmes suivants : les heures supplémentaires, la mise en place d'astreintes, le travail de nuit, le temps partiel.

2) Simon F.-L., « Le rôle des instances de dialogue », in *La franchise expliquée par les experts de la FF*, t. III, *Le défi de la réussite partagée*, 2012, FFF, p. 81.

NDA : À consulter également sur <http://www.lettredesreseaux.com/P-2148-451-A1-l-instance-de-dialogue-social-dans-les-reseaux-de-franchise.html>.

ticle 64 de la loi Travail (I), qui éclairera l'analyse du dispositif désormais en vigueur (II).

## I. Processus législatif

**2. Vue d'ensemble.** Le processus législatif est particulier, car le Sénat n'aura jamais donné son accord sur le texte de l'article 64 de la loi Travail. Il est également particulier, car le gouvernement aura, par trois fois, fait usage des dispositions de l'article 49, alinéa 3, de la Constitution. Pour autant, les parlementaires ont eu l'occasion d'en débattre, d'amender le texte, dans un processus à sens unique, combattu par les défenseurs de la franchise. Il y aurait beaucoup à dire à ce sujet mais, pour s'en tenir à l'essentiel, il convient de rappeler ici le contenu du texte d'origine (A), sa suppression par le Sénat (B), son rétablissement sous une forme largement modifiée (C), puis son adoption (D), avant l'examen de sa conformité à la Constitution (E).

### A. L'article 29 bis A du projet de loi Travail

**3. Projet initial et amendement n° 1721.** Dans la version initiale du projet (n° 3600) de loi Travail, enregistré le 24 mars 2016, aucune disposition ne visait les réseaux de franchise, même implicitement. Le 29 avril 2016 un amendement n° 1721 a été déposé à l'effet d'introduire dans cette loi un article 29 bis A, instaurant – pour la première fois – une instance de dialogue dans les réseaux de franchise.

**4. Ratio legis.** L'exposé sommaire rédigé au soutien de l'amendement n° 1721 faisait essentiellement valoir qu'il existe 350 000 salariés dans les réseaux de franchise, répartis sur 70 000 points de vente et plus de 2 800 réseaux, pour un CA annuel global de plus de 53 milliards d'euros ; que les salariés de ces réseaux connaissent les réalités sociales des salariés des TPE-PME, sans pouvoir bénéficier de la représentation du personnel, de la présence syndicale et des avantages sociaux que permet un comité d'entreprise ; que cet amendement a donc pour objet l'amélioration de la situation de ces 350 000 salariés, notamment par la mise en place d'une représentation dont ils sont actuellement injustement privés.

**5. Inspiration.** On ne peut omettre de rappeler que cet amendement a été déposé, à la dernière minute, sans concertation préalable, ni débat, par un faible nombre de députés. Son inspiration a été revendiquée par la CFDT<sup>3</sup> qui, en contrepartie, devait s'engager à ne pas s'opposer à la

loi Travail, à la différence des autres syndicats<sup>4</sup>. L'inspiration de ce texte est aussi attribuée à la fondation Terra Nova<sup>5</sup> qui, le 11 décembre 2014, avait diffusé une note, intitulée : « Franchise : mettre fin à l'hypocrisie sociale »<sup>6</sup>. On ne peut pas dire que l'inspiration de ce texte participe d'un mouvement d'envergure.

**6. Texte adopté en première lecture.** La création soudaine de cette instance de dialogue social dans les réseaux de franchise devait néanmoins conduire les auteurs de l'amendement à lui réserver une place de choix ; il était décidé d'ajouter à la loi Travail un article 29 bis A complétant le livre III de la deuxième partie du Code du travail par un titre XII, intitulé « Instance de dialogue du réseau de franchise ». Cette initiative sera ultérieurement abandonnée.

**7. Mise en place, composition, fonctionnement, et attributions de l'instance de dialogue social.** Le paragraphe I de l'article 29 bis A imposait une instance de dialogue en distinguant, par trois chapitres successifs, la mise en place et la composition de l'instance, son fonctionnement et ses attributions.

Pour ce qui concerne la mise en place et la composition de l'instance de dialogue social, l'article 29 bis A tendait essentiellement à imposer – sur demande d'au moins une entreprise du réseau ou d'une organisation syndicale représentative au sein de la branche ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau –, la mise en place de l'instance dès lors qu'un réseau de franchise compte au moins cinquante salariés dans les franchisés et qu'il est reconnu comme tel par un jugement du tribunal d'instance ou par le protocole préélectoral négocié entre le franchiseur, les franchisés et les organisations syndicales invités à le négocier. Ce processus jusqu'alors inédit devait donner lieu à la négociation d'un protocole d'accord fixant les modalités d'organisation des élections et pouvant également préciser la composition de l'instance, la durée des mandats, le nombre de réunions annuelles, voire des missions supplémentaires attribuées à l'instance ; ce texte devait par ailleurs prévoir, à défaut de protocole d'accord, des dispositions supplétives relatives au nombre de représen-

3) Interview d'Olivier Guivarch (CFDT), « La franchise ne doit pas être un moyen d'éviter le dialogue social », LSA, 14 juin 2016 : <http://www.lsa-conso.fr/la-franchise-ne-doit-pas-etre-un-moyen-d-eviter-le-dialogue-social-olivier-guivarch-cfdt-interview-exclusive.240381>.

4) Tribune de Dominique Baschet, « La mise en place de l'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise en 9 points », LSA, 5 sept. 2016 : <http://www.lsa-conso.fr/la-mise-en-place-de-l-instance-de-dialogue-social-dans-les-reseaux-de-franchise-en-9-points-tribune.244008>.

5) Rapport n° 661, fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat, 1<sup>er</sup> juin 2016, spéc. p. 340 – La fondation Terra Nova se présente comme un « think tank » progressiste indépendant ayant pour but de produire et diffuser des solutions politiques innovantes en France et en Europe.

6) V. en ligne : [http://tnova.fr/system/contents/files/000/000/127/original/11122014\\_-\\_Les\\_franchises.pdf?1432549163](http://tnova.fr/system/contents/files/000/000/127/original/11122014_-_Les_franchises.pdf?1432549163).

tants des salariés et à la durée des mandats des membres de l'instance, attribuer compétence au tribunal d'instance pour statuer sur la reconnaissance et le périmètre des entreprises du réseau, puis fixer les modalités d'organisation des élections des représentants des salariés à l'instance de dialogue.

Pour ce qui concerne le fonctionnement de l'instance de dialogue social, l'article 29 bis A tendait essentiellement à : (i) prévoir qu'il soit procédé, lors de la première réunion de l'instance, à la fixation des modalités de fonctionnement de l'instance, dans le cadre d'un règlement intérieur prévoyant notamment les modalités de convocation des membres et de fixation de l'ordre du jour et la désignation d'un secrétaire ; (ii) accorder aux salariés élus membres de l'instance le temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions, celui-ci ne pouvant être inférieur à vingt heures par mois ; et (iii) faire peser sur le seul franchiseur les dépenses de fonctionnement de l'instance, d'organisation des réunions ainsi que les frais de séjour et de déplacement.

Pour ce qui concerne les attributions de l'instance de dialogue social, l'article 29 bis A tendait essentiellement à instaurer : (i) un droit d'information, comprenant lui-même pas moins de quatre volets<sup>7</sup> ; (ii) un droit de proposition destiné à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés, leurs conditions de vie dans l'ensemble du réseau, ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale ; et (iii) un droit d'animation consistant à mettre en place des activités sociales et culturelles, dont elle assure la gestion, pour l'ensemble des salariés du réseau de franchise.

Le paragraphe I de ce texte consacrait enfin l'obligation de reclassement pesant sur le franchiseur et les franchisés en cas de licenciement pour motif économique, précisant que celle-ci doit s'exercer à l'échelle du réseau.

7) Soit, plus précisément :

- une information (trimestrielle) portant sur « l'activité, la situation économique et financière, l'évolution et les prévisions d'emploi annuelles ou pluriannuelles et les actions éventuelles de prévention envisagées compte tenu de ces prévisions, la politique sociale et les conditions de travail de l'ensemble du réseau » ;
- une information portant sur les décisions du franchiseur « concernant l'organisation, la gestion et la marche générale du réseau de franchise, notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle » ;
- une information portant sur les entrées et sorties intervenues au sein du réseau ;
- une information (régulière) sur les emplois disponibles au sein des entreprises du réseau.

**8. Autres dispositions liées aux réseaux de franchise.** Le paragraphe II de l'article 29 bis A mettait en place une mesure de la représentativité des organisations syndicales à l'échelle d'un réseau de franchise, en reprenant les critères permettant de déterminer la représentativité des organisations syndicales dans les entreprises, en les adaptant aux spécificités de la franchise. Son paragraphe III instituait un délégué syndical au sein d'un réseau de franchise : toute organisation syndicale représentative dans un réseau de franchise pouvait ainsi désigner un délégué syndical pour la représenter auprès de l'ensemble des employeurs du réseau. Un second délégué pourrait l'être dans les réseaux de plus de mille salariés. L'ensemble des dispositions relatives aux délégués syndicaux d'entreprise seraient applicables aux délégués syndicaux des réseaux de franchise, appréciées au niveau de l'ensemble du réseau. La liberté de déplacement reconnue aux délégués syndicaux pour l'exercice de leurs fonctions s'exercerait dans l'ensemble des entreprises du réseau. Son paragraphe IV reconnaissait l'existence d'un champ conventionnel du réseau de franchise, en permettant la signature de conventions ou d'accords du réseau de franchise par le franchiseur, des franchisés comptant au moins 10 % des salariés du réseau et des organisations syndicales représentatives dans celui-ci. La validité de ces accords était conditionnée à leur signature par le franchiseur, par plus de la moitié des franchisés ou ceux d'entre eux employant au moins 50 % des salariés du réseau, ainsi que par les organisations syndicales représentatives selon les critères de droit commun. *Last but not least*, les paragraphes V à VIII de l'article 29 bis A reconnaissent enfin aux représentants élus du personnel au sein de l'instance de dialogue le statut de salarié protégé, conditionnant leur licenciement à l'autorisation de l'inspecteur du travail jusqu'à 6 mois après la fin de leur mandat et ouvrant droit à leur réintégration dans leur emploi en cas d'annulation de l'autorisation de licenciement, qu'ils soient en CDI ou en CDD, le non-respect de cette procédure faisant l'objet d'une sanction pénale.

**9. Navette.** Le 10 mai 2016, le Premier ministre a engagé la responsabilité du gouvernement sur le projet de loi, en application de l'article 49, alinéa 3, de la Constitution. La motion de censure déposée le même jour ayant été rejetée, ce projet de loi a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale et transmis en première lecture au Sénat.

## B. La suppression de l'article 29 bis A par le Sénat

### 10. Commission des affaires sociales du Sénat.

Au regard de ce texte, le rapport n° 661 fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat, a relevé, sur la forme, que ses modalités d'adoption étaient contestables : que l'article 29 bis A avait été adopté sans débat à l'Assemblée nationale, ni concertation avec les partenaires sociaux, et qu'aucune étude de son impact économique et social n'avait été réalisée ; que les réseaux de franchise n'avaient pas même été consultés ; que les organisations professionnelles d'employeurs avaient fait souligner la profonde remise en cause de la notion même de la franchise ; d'autre part, sur le fond, il a été souligné que le dispositif envisagé reposait sur une « erreur conceptuelle essentielle »<sup>8</sup> de la notion même de franchise, d'autant plus regrettable que la notion de réseau de franchise n'avait pas été définie ; que la création de l'instance de dialogue, en assimilant la franchise à un groupe, démontrait que les rédacteurs du texte méconnaissaient l'indépendance du franchisé, caractéristique de ce type de relation commerciale. Ce faisant, cette commission a encouragé la suppression du texte, en considérant « illusoire de vouloir assimiler les réseaux de franchise à des groupes unifiés et les transformer en unités économiques et sociales (UES) par le biais d'un mécanisme de représentation nationale des salariés complexe, reposant sur un dialogue social tripartite – représentants des salariés, franchiseur, franchisés – dont les contours sont ambigus mais dont les modalités d'application sont très contraignantes pour les entreprises voire même impossibles à respecter »<sup>9</sup>, en soulignant que ce texte entraînait ainsi « en contradiction frontale avec le principe même de la franchise »<sup>10</sup>.

**11. Fédération française de la franchise.** La Fédération française de la franchise s'est associée à une campagne d'envergure nationale destinée à sensibiliser tous les acteurs concernés et à demander le retrait de l'article 29 bis A, ce texte remettant gravement en cause l'indépendance économique et juridique du franchisé<sup>11</sup> il est vrai.

8) Rapport n° 661, préc., spéc. p. 340.

9) Rapport n° 661, préc., spéc. p. 341. De plus, cette commission a remis en question le fait d'imposer à un employeur de chercher à reclasser, en cas de licenciement économique, un de ses salariés chez un autre franchisé alors qu'il n'entretient avec ce dernier aucun lien juridique ou économique ; de même, cette commission a également critiqué la possibilité pour un hypothétique délégué syndical de réseau de franchise d'accéder à une entreprise dont il n'est lui-même pas salarié.

10) Commission des affaires sociales du Sénat, communiqué de presse du 2 juin 2016.

11) Fédération Française de la Franchise, communiqué de presse du 23 juin 2016.

**12. Suppression de l'article 29 bis A.** Un amendement n° 722 a été présenté en première lecture du Sénat afin de réintégrer l'article 29 bis A supprimé et de l'améliorer en seconde lecture à l'Assemblée nationale. Il a été annoncé qu'une concertation avec l'ensemble des fédérations concernées avait été entamée, sans pouvoir s'achever, compte tenu de la difficulté du sujet. Le gouvernement a néanmoins demandé au Sénat de réintégrer l'article 29 bis A et a affirmé être favorable à l'amendement n° 722, s'engageant ainsi à modifier la rédaction du texte avant la deuxième lecture à l'Assemblée nationale.

Compte tenu des trop nombreuses imperfections de l'article 29 bis A, l'amendement n° 722 n'a pas été adopté, et l'article 29 bis A est demeuré supprimé<sup>12</sup>.

**13. Commission mixte paritaire.** Le projet de loi a été transmis à la commission mixte paritaire qui a constaté ne pas pouvoir parvenir à élaborer un texte commun sur les dispositions en discussion<sup>13</sup>. Le texte a donc été transmis pour nouvelle lecture à l'Assemblée nationale.

## C. Le rétablissement de l'article 29 bis A modifié par l'Assemblée nationale

**14. Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale.** La Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale a été saisie, en discussion commune, d'amendements présentés le 29 juin 2016. L'amendement n° AS 161 présenté par Monsieur Robiliard a proposé de rétablir l'article 29 bis A adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, en le modifiant sur quelques aspects, tout en conservant le seuil initial de cinquante salariés ; cet amendement a été retiré. L'amendement n° AS 390 présenté par le rapporteur Sirugue a proposé de rétablir – en le modifiant en profondeur – l'article 29 bis A adopté par l'Assemblée nationale en première lecture ; cet amendement a été adopté : les huit paragraphes constituant jusqu'alors l'article 29 bis A devaient être ainsi purement et simplement supprimés<sup>14</sup>, pour laisser place à deux nouveaux paragraphes, dont le contenu se rapproche du texte qui entrera finalement en vigueur ; cet amendement limitait le champ d'application du texte aux réseaux de franchise de plus de mille salariés, et non plus cinquante. Mais cet amendement n° AS 390 a finalement

12) Sénat n° 161, projet de loi de modernisation du travail, 28 juin 2016, spéc. p. 186.

13) Rapport déposé le 28 juin 2016, sous les numéros 3889 (Assemblée nationale) et 726 (Sénat).

14) En particulier, ont été supprimées les dispositions relatives à la représentativité des organisations syndicales à l'échelle d'un réseau de franchise (§ II), au délégué syndical au sein d'un réseau de franchise (§ III), au champ conventionnel du réseau de franchise (§ IV) et aux salariés protégés (§ V à VIII).

fait l'objet d'un sous-amendement n° AS 406 de Monsieur Robiliard, proposant de réduire le seuil de mille à 300 salariés. Des discussions se sont tenues devant la commission des affaires sociales. Madame Le Callennec y a notamment rappelé – en vain – les dangers que représentait la création d'une instance de dialogue au regard de la nature même de la franchise, et a souligné tant l'atteinte portée par le texte à l'indépendance des franchisés<sup>15</sup> que – de manière plus factuelle – les incertitudes attachées au seuil requis compte tenu de l'absence d'étude d'impact.

La Commission a adopté le sous-amendement n° AS 406 de Monsieur Robiliard et l'amendement n° AS 390 ainsi sous-amendé<sup>16</sup>. Le seuil requis a ainsi été définitivement fixé à 300 salariés<sup>17</sup> et l'impact sur les réseaux de franchise s'en est trouvé relativement amoindri.

**15. Rétablissement de l'article 29 bis A modifié.** L'opposition à l'adoption du texte s'est poursuivie sans succès, en dépit des nombreux amendements présentés à l'Assemblée nationale afin de supprimer l'article 29 bis A, considéré comme attentatoire à l'indépendance du franchisé<sup>18</sup>, et dangereux en raison de l'absence d'étude d'impact<sup>19</sup> et de réflexion menée avec les acteurs de la franchise<sup>20</sup>.

Le texte issu de l'amendement n° AS 390 sous-amendé a fait l'objet de quelques retouches d'importance relativement mineure<sup>21</sup>, avant que ne soit finalement adopté l'amendement n° 1316 subordonnant la création de l'instance de dialogue social à une condition nouvelle : l'existence dans le contrat de franchise de clauses « ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées »<sup>22</sup>. On y reviendra.

15) Rapport n° 3909, fait au nom de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, 30 juin 2016, spéc. p. 231.

16) Rapport n° 3909, préc., spéc. p. 237 – v. aussi, pour le texte adopté par la Commission, l'annexe 1 audit rapport (tableau comparatif), spéc. p. 251.

17) Le texte définitif de l'article 64 de la loi Travail s'en tient au seuil de 300 salariés fixé par suite de l'amendement sous-amendé adopté par la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale. Un amendement n° 951 a été ultérieurement présenté par Monsieur Blein, le 2 juillet 2016, à l'effet de porter ce seuil à 500 salariés, en vain.

18) Amendements n° 603, n° 626 (1<sup>er</sup> juillet 2016), n° 695, n° 713, n° 789, n° 834 (2 juillet).

19) Amendement n° 789 (2 juillet 2016).

20) Amendement n° 853 (2 juillet 2016).

21) Amendements n° 1235 et 1237 (2 juillet 2016).

22) Amendement n° 1316 (5 juillet 2016), soulignant qu'« au regard de la diversité des réseaux de franchise existant (en termes de business model, de degré d'intégration, de secteur), la mise en place d'institutions représentatives du personnel dans ces réseaux se justifie lorsque l'application du contrat de franchise modifie les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail des salariés dans les entreprises franchisées ».

**16. Navette parlementaire.** À l'issue des débats, le Premier ministre a de nouveau engagé la responsabilité du gouvernement. Aucune motion de censure n'ayant été déposée dans le délai requis, le projet de loi a été considéré comme adopté, avant d'être transmis au Sénat en nouvelle lecture.

#### D. Adoption du texte de l'article 64 de la loi Travail

**17. Sénat.** Un amendement n° 771 présenté le 7 juillet 2016 par Monsieur Savary a proposé la suppression du texte<sup>23</sup>. Le rapport de la commission des affaires sociales déposé le 13 juillet 2016 a affirmé que la nouvelle rédaction par l'Assemblée nationale de l'article 29 bis A ne levait pas la contradiction avec le principe juridique même de la franchise. Le projet de loi n'a donc pas été adopté par le Sénat.

**18. Assemblée nationale.** Le Premier ministre a, une troisième (et ultime) fois, décidé d'engager la responsabilité du gouvernement, en lecture définitive, du projet de loi, dans sa version adoptée par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture le 6 juillet 2016.

L'article 29 bis A est alors devenu l'article 64 dans le texte définitif du projet de loi, définitivement adopté le 21 juillet 2016.

#### E. Conformité de l'article 64 à la Constitution

**19. Saisine.** Conformément à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, le Conseil constitutionnel a été saisi par plus de soixante sénateurs et soixante députés<sup>24</sup>, afin de se prononcer (notamment) sur la conformité de l'article 64 de la loi Travail. Pour faire déclarer ce texte contraire à la Constitution, il a été avancé que l'article 64 de la loi Travail portait successivement atteinte au principe même du régime de la franchise et à la liberté d'entreprendre<sup>25</sup>, au

23) Cet amendement souligne qu'en dépit des corrections apportées par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, l'article 29 bis A remettait encore en cause le statut de la franchise, et créerait un lien de subordination jugé inacceptable. L'amendement affirme que cette disposition serait par ailleurs contraire à la Constitution car, en assimilant les salariés des franchisés à des salariés du franchiseur, l'article 29 bis A porterait atteinte à la liberté d'entreprendre. De même, en imposant au franchiseur de mettre en place des institutions représentatives d'un personnel qui n'est pas le sien, l'article 29 bis A méconnaîtrait le 8<sup>e</sup> alinéa du Preamble de la Constitution du 27 octobre 1946.

24) Un groupe de sénateurs et deux groupes de députés. Les griefs portés contre la constitutionnalité de l'article 64 de la loi Travail émanent essentiellement du groupe de sénateurs.

25) Les auteurs de la saisine ont tout d'abord fait valoir que l'article 64 portait atteinte à la fois au principe même du régime de la franchise et à la liberté d'entreprendre, d'une part, en instaurant un lien totalement nouveau entre le franchiseur et les franchisés, remettant en cause l'indépendance de ces derniers et, d'autre part, en imposant au franchiseur la mise en place d'une instance de dialogue social comprenant les salariés des franchisés, alors que ceux-ci ne sont pas ses propres salariés.

principe constitutionnel d'égalité<sup>26</sup>, et au principe de participation des travailleurs<sup>27</sup>.

**20. Décision du Conseil constitutionnel.** Par sa décision n° 2016-736 DC du 4 août 2016<sup>28</sup>, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 64 de la loi Travail partiellement conforme à la Constitution et a formulé deux réserves.

L'essentiel de ce texte a été déclaré conforme à la Constitution. En premier lieu, le Conseil constitutionnel a retenu que le texte en cause ne méconnaissait pas le principe de participation des travailleurs, le dispositif envisagé n'ayant ni pour objet ni pour effet de porter atteinte à l'existence et au fonctionnement des instances représentatives du personnel des franchisés et franchiseurs. En deuxième lieu, le Conseil constitutionnel a retenu que le texte ne méconnaissait pas le principe d'égalité, au motif qu'en imposant aux seuls réseaux d'exploitants liés par un contrat de franchise la mise en place d'une instance de dialogue regroupant les salariés de ces différents exploitants, à l'exclusion des autres formes juridiques de réseaux commerciaux, « le législateur a traité différemment des situations différentes », dès lors que les caractéristiques des contrats de franchise conduisent à ce que l'encadrement des modalités d'organisation et de fonctionnement des entreprises franchisées puisse avoir un impact sur les conditions de travail de leurs salariés. Il a souligné aussi que ce traitement était en rapport avec l'objet même de la loi tendant à prendre en compte, par la création d'une instance de dialogue social, l'existence d'une communauté d'intérêt des salariés des réseaux de franchise. Enfin, le Conseil constitutionnel a retenu que le texte en cause ne méconnaissait pas la liberté

d'entreprendre, dès lors qu'il est loisible au législateur d'apporter à cette liberté des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi, puis souligné qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a précisément poursuivi un objectif d'intérêt général puisqu'il a entendu permettre aux représentants des salariés des employeurs franchisés d'être informés des décisions du franchiseur « de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés des franchisés » et de formuler des propositions.

L'article 64 de la loi Travail a été déclaré pour partie contraire à la Constitution. Le Conseil constitutionnel a jugé que, compte tenu de l'objectif poursuivi par le législateur, dont la portée ne peut qu'être limitée en raison de l'absence de communauté de travail existant entre les salariés des franchisés, ces dispositions, qui imputent l'intégralité des dépenses et des frais aux seuls franchiseurs, à l'exclusion des franchisés, portent une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Le Conseil constitutionnel a, en conséquence, déclaré contraires à la Constitution les mots « ou, à défaut, par le franchiseur » figurant au 6<sup>e</sup> alinéa de l'article 64 de la loi qui prévoyait alors : « Les membres de l'instance sont dotés de moyens matériels ou financiers nécessaires à l'accomplissement de leurs missions. Les dépenses de fonctionnement de l'instance et d'organisation des réunions ainsi que les frais de séjour et de déplacement sont pris en charge selon des modalités fixées par l'accord ou, à défaut, par le franchiseur »<sup>29</sup>. Le Conseil constitutionnel n'a par ailleurs soulevé d'office aucune autre question de conformité à la Constitution.

Enfin, le Conseil constitutionnel a formulé deux réserves en ce qui concerne les 2<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> alinéas

26) L'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 prévoit que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; or, les requérants ont observé que l'article 64 visait uniquement les « réseaux de franchise » et qu'il existe donc une différence de traitement avec d'autres commerces organisés en réseau : coopératives, concessions, distributions, licences de marques, affiliation.

27) Le 8<sup>e</sup> alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Or, l'article 64 serait selon le groupe de sénateurs une atteinte aux dispositions constitutionnelles pratiquées dès lors qu'il s'agit ici d'imposer au franchiseur de mettre en place une institution de dialogue et des institutions représentatives en dehors de toute « entreprise » et de toute « communauté de travail » au sens de la jurisprudence constitutionnelle.

28) Cons. const., 4 août 2016, n° 2016-736 DC, loi Travail : AJDA 2016, p. 1604 ; Fabre A., « L'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise », *Constitutions* 2016, p. 446 ; Delpech X., « L'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise, un dispositif vidé de sa substance par le Conseil constitutionnel », *AJCA* 2016, p. 360 ; Simon F.-L., « Réseaux de franchise : la constitutionnalité de l'instance de dialogue social », *Lettre des Réseaux*, juillet-août 2016 : <http://www.lettredesreseaux.com/P-1828-451-A1-reseaux-de-franchise-letraconstitutionnalite-de-l-instance-de-dialogue-social.html>.

29) Cons. const., 4 août 2016, n° 2016-736 DC (cons. 37) : « En troisième lieu, en application du sixième alinéa de l'article 64, à défaut d'accord entre le franchiseur, les représentants des salariés et ceux des franchisés, les dépenses d'organisation des réunions ainsi que les frais de séjour et de déplacement sont mis à la charge du franchiseur. Sauf si les parties en conviennent différemment, le nombre de réunions de cette instance de dialogue est fixé à deux par an. Par ailleurs, sont également mises à la charge du franchiseur les dépenses de fonctionnement de l'instance. Compte tenu de l'objectif poursuivi par le législateur, dont la portée ne peut qu'être limitée en raison de l'absence de communauté de travail existant entre les salariés de différents franchisés, ces dispositions, qui imputent l'intégralité des dépenses et des frais au seul franchiseur à l'exclusion des employeurs franchisés, portent une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Les mots « ou, à défaut, par le franchiseur » figurant au sixième alinéa de l'article 64 sont donc contraires à la Constitution ».

de l'article 64, I, de la loi Travail<sup>30</sup>. Le texte prévoit qu'à défaut d'accord pour mettre en place une instance de dialogue social, un décret en Conseil d'État détermine (notamment) les heures de délégation accordées aux salariés des franchisés. En premier lieu, le Conseil constitutionnel a jugé que le principe même de l'accord mettant en place l'instance de dialogue social n'est pas contraire à la liberté d'entreprendre sous réserve que les employeurs franchisés participent à cette négociation. En second lieu, le Conseil constitutionnel a ajouté que le législateur ne pouvait, sans méconnaître l'étendue de sa compétence, prévoir l'existence d'heures de délégation spécifiques pour l'instance de dialogue créée, sans encadrer le nombre de ces heures.

21. Promulgation et entrée en vigueur. Le président de la République a promulgué la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016. Le décret n° 2017-773 du 4 mai 2017, relatif à l'instance de dialogue social mise en place dans les réseaux d'exploitants d'au moins 300 salariés en France liés par un contrat de franchise, pris pour l'application de l'article 64 de la loi Travail, a été publié le 6 mai 2017 au *Journal officiel*.

Ces textes sont entrés en vigueur le 7 mai 2017.

## II. Analyse des textes en vigueur

**22. Vue d'ensemble.** L'analyse de l'article 64 de la loi Travail et du décret n° 2017-773 du 4 mai 2017 pris pour son application nous conduit à examiner successivement le champ d'application du texte (A), la mise en place et la composition de l'instance de dialogue social (B), son fonctionnement (C), ses attributions (D), et le contentieux spécifique qui s'y rapporte (E).

### A. Le champ d'application des textes en vigueur

**23. Rappel des textes.** Le champ d'application du dispositif analysé est fixé par l'article 64, I, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi, selon lequel : « Dans les réseaux d'exploitants d'au moins 300 salariés en France, liés par un contrat de franchise mentionné à l'article L. 330-3 du Code de commerce qui contient des clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées, lorsqu'une organisation syndicale représentative au sein de la branche ou de l'une des branches dont relèvent les entreprises du réseau ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau le demande, le franchiseur engage une négociation visant à mettre en place une instance de dialogue social commune à l'ensemble du réseau, comprenant des

représentants des salariés et des franchisés et présidée par le franchiseur ». Une formulation assez voisine est reprise à l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret n° 2017-773 du 4 mai 2017<sup>31</sup>.

**24. Conditions cumulatives.** Ainsi, l'application de ce dispositif suppose le cumul de quatre conditions<sup>32</sup> : le réseau doit être constitué d'exploitants liés par un contrat de franchise (1), comprenant des clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées (2) ; les franchisés doivent regrouper à eux seuls au moins 300 salariés en France (3) ; et, enfin, la demande doit émaner des seules organisations syndicales représentatives (4).

### 1) Première condition : un réseau d'exploitants liés par un « contrat de franchise »

**25. Vue d'ensemble.** Le champ d'application de la loi est limité aux seuls réseaux d'exploitants liés par un « contrat de franchise ». On ne reviendra pas ici sur la critique dont cette première condition a fait l'objet en son temps<sup>33</sup>. Il s'agira plutôt de formuler diverses observations concernant le contrat de franchise, qui se trouve au cœur même du dispositif. Les parties en présence et, le cas échéant, le juge devront tout d'abord s'assurer que le contrat liant la tête de réseau aux exploitants relève bien de la catégorie du « contrat de franchise »<sup>34</sup>. C'est dire qu'il convient d'envisager successivement la question de l'identification du contrat de franchise (a) et les (assez nombreuses) hypothèses de requalification que ce contrat suscite parfois en pratique, qu'il s'agisse d'un contrat commercial requalifié en contrat de franchise (b) ou d'un contrat de franchise requalifié en un contrat commercial d'une autre nature, voire en contrat

31) D. n° 2017-773, 4 mai 2017, art. 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> : « Lorsqu'une organisation syndicale représentative au sein de la branche ou de l'une des branches dont relèvent les entreprises du réseau ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau d'exploitants d'au moins 300 salariés en France, liés par un contrat de franchise mentionné à l'article L. 330-3 du Code de commerce qui contient des clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées, demande, en application de l'article 64 de la loi du 8 août 2016 susvisée, au franchiseur d'engager la négociation de l'accord tendant à déterminer la composition de l'instance (...) ».

32) L'existence (ou l'inexistence) de chacune de ces conditions pourra donner lieu à contentieux, conformément à l'article 9, III, al. 2, du décret d'application qui envisage deux hypothèses : l'ouverture de la négociation (hypothèse où ces quatre conditions seraient vérifiées), et l'absence de sollicitation du groupe de négociation (hypothèse où l'une ou l'autre de ces quatre conditions ne le serait pas) - v. *infra* § 65, sur le contentieux relatif à l'ouverture de négociation ou à l'absence de sollicitation du groupe de négociation.

33) V. *supra* § 20, sur la décision du Conseil constitutionnel.

34) V. *infra* § 104, sur les difficultés procédurales attachées aux contestations portant sur la qualification du contrat de franchise.

30) Cons. const., 4 août 2016, n° 2016-1736 DC (cons. 34 et 35).

de travail (c) ; on abordera enfin la question spécifique de l'application au contrat de franchise des dispositions relatives au gérant de succursale (d).

a. L'identification du contrat de franchise

**26. Absence de définition légale<sup>35</sup>.** Le « contrat de franchise » ne fait l'objet d'aucune définition légale<sup>36</sup>.

L'article 64 de la loi Travail ne définit ni le contrat de franchise ni le réseau de franchise, en dépit de la critique expressément formulée en son temps par la commission des affaires sociales du Sénat<sup>37</sup>.

**27. Définition.** En définitive, la qualification de contrat de franchise suppose la réunion de trois caractères : la transmission d'un savoir-faire, la transmission de signes distinctifs, une assistance pendant la durée du contrat. Les deux derniers n'appellent pas de commentaires, leur existence ne souffrant d'aucune difficulté particulière. En revanche, la transmission d'un savoir-faire – élément caractéristique du contrat de franchise, qui le différencie d'un grand nombre d'autres contrats voisins<sup>38</sup> – suppose, d'une part, qu'un véritable savoir-faire existe et, d'autre part, que ce savoir-faire soit transmis au franchisé par le contrat qui les unit. Ces deux aspects doivent être examinés tour à tour.

**28. Définition du savoir-faire.** Alors que le droit national ne définit pas le savoir-faire<sup>39</sup>, le droit communautaire<sup>40</sup> formule une définition de

cette notion<sup>41</sup> : le savoir-faire est un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci.

Le Code européen de déontologie de la franchise reproduit une définition similaire à celle retenue par le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 (reprenant pour l'essentiel les termes du règlement de 1988<sup>42</sup>) ; selon le règlement et le code précités :

- « secret », signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible ;
- « substantiel », se réfère au savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels ;
- « identifié », signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité.

Selon la jurisprudence, le savoir-faire doit tout d'abord être « secret » ; cela signifie que, dans son

35) V. sur l'ensemble de la question, Simon F.-L., *Théorie et pratique du droit de la Franchise*, 2009, Joly, spéc. n° 7.

36) Carniet G., « Avant-propos », LPA 9 nov. 2006, p. 5, in Simon F.-L. (dir.), numéro spécial « Le contrat de franchise : un an d'actualité » : soulignant qu'« (...) il n'existe aucun texte spécifique applicable à la franchise, y compris même la loi Doubin ».

37) Rapport n° 661, préc., spéc. p. 334 : « Après avoir déclaré que ces nouvelles dispositions s'appliquent aux réseaux de franchise, sans avoir apporté de définition de ces derniers pour autant (art. L. 23-121-1 nouveau) (...) ».

38) V. infra § 35, sur la requalification du contrat de franchise en un contrat d'une autre nature lorsque l'une de ses conditions essentielles fait défaut.

39) Tout au plus, l'arrêté du ministère du Développement industriel et scientifique du 12 janvier 1973 relatif à l'enrichissement du vocabulaire pétrolier a néanmoins donné la définition suivante au savoir-faire, en traduction du « know how » anglo-saxon : « Habileté acquise par l'expérience ; connaissance pratique ».

40) Et plus particulièrement l'article 1<sup>er</sup>, f), du règlement (CEE) n° 2790/1999, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, § 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ; remplacé par le règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission, du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, § 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

41) Laquelle est reproduite ci-après dans son intégralité :  
« Ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci ; dans ce contexte, "secret" signifie que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, n'est pas généralement connu ou facilement accessible ; "substantiel" signifie que le savoir-faire doit inclure des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels ; "identifié" signifie que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité » (Comm. UE, règl. (UE) n° 330/2010, 20 avr. 2010, art. 1<sup>er</sup>).

42) L'article 1<sup>er</sup> du règlement (CEE) n° 4087/88, du 30 novembre 1988, concernant l'application de l'article 85, § 3, du traité à des catégories d'accords de franchise contenait une définition similaire, bien que plus détaillée à celle du règlement de 1999 (remplacé par le règlement (UE) n° 330/2010) : « (...) f) "savoir-faire", un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié ; g) "secret", le fait que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, ne soit pas généralement connu ou facilement accessible ; cette notion ne doit pas être comprise au sens étroit, à savoir que chaque composant individuel du savoir-faire doit être totalement inconnu ou impossible à obtenir hors des relations avec le franchiseur ; (...).

h) "substantiel", le fait que le savoir-faire doit inclure une information importante pour la vente de produits ou la prestation de services aux utilisateurs finals, et notamment pour la présentation des produits pour la vente, la transformation des produits en liaison avec la prestation de services, les relations avec la clientèle et la gestion administrative et financière ; le savoir-faire doit être utile pour le franchisé en étant susceptible, à la date de conclusion de l'accord, d'améliorer sa position concurrentielle, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à pénétrer sur un nouveau marché.

i) "identifié", le fait que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité ; la description du savoir-faire peut être faite dans l'accord de franchise, dans un document séparé ou sous toute autre forme appropriée ».

ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible ; il doit tout au plus être connu par un cercle restreint de personnes. Pour désigner ce caractère, les juridictions emploient indifféremment le terme de « secret » ou d'« original »<sup>43</sup>. Le caractère substantiel du savoir-faire est contrôlé par les juges du fond au regard de l'avantage concurrentiel qu'il procure au franchisé et de la réelle utilité du concept transmis. Ainsi, le savoir-faire va au-delà de simples règles de l'art applicables à l'activité exercée par le franchiseur. Le savoir-faire doit enfin être « identifié » ; il doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité. Il est donc préférable qu'il soit matérialisé au moyen de supports dédiés.

Quant à l'article 31 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 (dite loi Macron)<sup>44</sup>, il évoque un savoir-faire « substantiel, spécifique et secret ». Ici, le caractère « spécifique » remplace celui (plus large) d'« identifié ».

Le savoir-faire s'illustre à travers d'une jurisprudence fournie, en tant qu'ensemble d'informations composé d'éléments immatériels ayant une application pratique, variant selon le type de franchise. Il consistera ainsi par exemple en une sélection de produits, en des « techniques de gestion, d'approvisionnement et de vente »<sup>45</sup>, d'agencement du magasin<sup>46</sup>, de présentation des vitrines<sup>47</sup>, etc. en matière de franchise de distribution ; ou en des « procédés de fabrication de produits » dans le domaine

de la franchise industrielle<sup>48</sup> ; ou encore il sera « constitué par les connaissances théoriques et pratiques indispensables pour mettre en place localement le centre, en assurant la gestion et procéder, auprès de la clientèle visée, aux diverses opérations commerciales nécessaires à son exploitation (...) le recrutement et la formation du personnel et surtout la connaissance, l'approche et le démarchage de la clientèle recherchée, ainsi que les méthodes originales de commercialisation des prestations fournies accompagnées d'un certain nombre de procédures spécifiques » dans le cadre de franchises de services<sup>49</sup>. La liste est sans fin.

L'existence des caractères essentiels du savoir-faire, nécessaire préalable à la qualification du contrat de franchise, est souverainement appréciée par les juges du fond<sup>50</sup> qui se livrent à une analyse circonstanciée du contrat.

**29. Transmission du savoir-faire.** Le savoir-faire doit être transmis au franchisé. Cette transmission peut intervenir par tout moyen, notamment à travers une « bible »<sup>51</sup>, un manuel<sup>52</sup>, un cahier des normes<sup>53</sup>, ou des fascicules<sup>54</sup> dans lesquels le franchiseur compile, de manière didactique et accessible, tout ou partie du savoir-faire résultant de son expérience<sup>55</sup>, pour permettre aux franchisés de maîtriser les caractéristiques propres à l'organisation et au fonctionnement des unités sous enseigne. Sont ainsi précisés des éléments « clés », relatifs au merchandising, aux achats, aux produits ou services, à l'aménagement intérieur et extérieur du point de vente, à la présentation des vitrines, à l'accueil et à la fidélisation de la clientèle, à la publicité, à la gestion, etc. Cette transmission doit être faite dès la prise d'effet du contrat de franchise<sup>56</sup>.

Lorsque la transmission du savoir-faire n'est qu'une obligation accessoire, le contrat de fran-

43) Pour désigner ce caractère, les juridictions emploient indifféremment le terme de "secret" lui-même (v. CA Pau, 21 déc. 1994 : Juris-Data n°1994-051866) et celui d'"original" (v. CA Paris, 14 avr. 1995 : Juris-Data n°1995-021571 - CA Paris, 29 sept. 1992 : Juris-Data n°1992-022774 - CA Toulouse, 4 juill. 1990 : Juris-Data n°1990-043605) - v. aussi sur ce point, Simon F-L., *Théorie et pratique du droit de la Franchise*, op. cit., spéc. § 210 ; Grimaldi C., Meresse S. et Zakharova-Renaud O., *Droit de la franchise*, 2011, Litec, spéc. n° 65 ; pour lesquels l'originalité et l'expérimentation du savoir-faire ne sont pas des caractères autonomes, mais participent de la substantialité du savoir-faire.

44) L'article 31 de la loi Macron introduit les articles L. 341-1 et L. 341-2 au Code de commerce, ajoutant un titre IV, intitulé « Des réseaux de distribution commerciale », au livre III de ce code, ayant vocation à encadrer les relations contractuelles entre les réseaux de distribution et les exploitants de commerces de détail affiliés à de tels réseaux (Malaurie-Vignal M., « Les apports de la loi Macron en droit de la distribution », *Contrats, conc. consom.* 2015, comm. 256 ; v. aussi, <http://www.lettredesreseaux.com/P-1229-451-A1-numero-special-loi-macron.html>).

45) CA Rouen, 15 mai 2003 : Juris-Data n° 2003-218829 - v. aussi, CA Paris, 22 sept. 1992 : Juris-Data n° 1992-024381.

46) CA Paris, 25 sept. 1998 : Juris-Data n° 1998-024245.

47) CA Aix-en-Provence, 30 nov. 1995 : Juris-Data n° 1995-050808.

48) CA Lyon, 16 déc. 1994 : Juris-Data n°1994-049173 : le savoir-faire portait essentiellement sur la réalisation de produits semi-finis, la gestion des stocks et le contrôle des approvisionnements.

49) Cass. com., 4 avr. 1995, n° 93-11798 - CA Paris, 18 juin 1992 : D. 1995, somm., p. 75 - v. aussi, CA Versailles, 24 nov. 2005, n° 04/04461.

50) Cass. com., 1<sup>er</sup> juill. 2003 : Juris-Data n° 2003-019887.

51) CA Paris, 22 sept. 1992 : Juris-Data n° 1992-022775.

52) V. CA Toulouse, 4 déc. 1997 : Juris-Data n° 1997-056215.

53) V. not., CA Rouen, 15 mai 2003 : Juris-Data n° 2003-218829.

54) V. Cass. com., 4 avr. 1995, n° 93-11798.

55) Le savoir-faire résulte de l'expérience du franchiseur, et suppose qu'il ait été testé par le franchiseur dans un ou plusieurs établissements pilotes, lui ayant permis de mettre au point une méthode de distribution, de service ou d'industrie efficace. Il est néanmoins admis que l'expérimentation du franchiseur peut avoir été effectuée au travers d'un réseau voisin ayant une activité analogue ou même voisine (Cass. com., 5 janv. 2016, n° 14-15700 à 14-15710 - CA Paris, 7 déc. 2016, n° 14/09212).

56) CA Paris, 10 mars 1989 : Juris-Data n° 1989-020774.

chise est alors requalifié en un contrat commercial d'une autre nature<sup>57</sup>.

**30. Référence à l'article L. 330-3 du Code de commerce.** L'article 64 de la loi Travail s'applique au contrat de franchise « mentionné à l'article L. 330-3 du Code de commerce (...) ». Ainsi que certains commentateurs de la loi Travail l'ont à juste titre observé avant même la publication du décret pris pour l'application de l'article 64 précité<sup>58</sup>, ce texte, qui impose la remise d'un document d'information précontractuelle à « toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité », ne mentionne nullement le « contrat de franchise », même implicitement. Le contrat de franchise n'est visé par aucun autre texte que l'article 64 de la loi Travail et le décret pris pour son application.

Dès lors, de deux choses l'une :

- soit l'on considère que le texte commenté fait l'objet d'une maladresse rédactionnelle, de sorte qu'il y aurait lieu de lire le texte comme si la référence à l'article L. 330-3 du Code de commerce n'existait pas ;
- soit l'on considère, au contraire, que cette référence revêt une signification.

Au regard de cette seconde branche de l'alternative, deux séries d'observations peuvent être formulées.

En premier lieu, il convient de s'interroger sur le point de savoir si la référence à l'article L. 330-3 précité revient à considérer que l'obligation de mettre en place une instance de dialogue social s'impose à d'autres têtes de réseau que les franchiseurs<sup>59</sup>. Assurément, une telle interprétation ne peut être envisagée, dès lors que le « contrat de franchise » est le seul type de contrat visé tant par

l'article 64 de la loi Travail que par le décret pris pour son application<sup>60</sup>. C'est également l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel<sup>61</sup>. Toute autre interprétation serait *contra legem*. Il serait inutile d'approfondir cette question.

En deuxième lieu, si l'on veut donner un sens à cette référence, ne faut-il pas alors exclure du champ d'application de l'article 64 de la loi Travail et du décret pris pour son application les contrats de franchise ne respectant pas les conditions requises par l'article L. 330-3 du Code de commerce<sup>62</sup> ? Selon cette interprétation, la référence à ce texte, quoique maladroitement rédigée<sup>63</sup>, prendrait alors tout son sens.

En définitive, il faut bien le dire, une écrasante majorité des contrats de franchise entre dans le champ d'application de l'article L. 330-3 précité<sup>64</sup>, et l'exclusion permise par cette interprétation est donc de portée relative. Selon la jurisprudence, en effet, les notions d'exclusivité ou de quasi-exclusivité<sup>65</sup> au sens de ce texte

60) Le titre même du décret (relatif à l'instance de dialogue social mise en place dans les réseaux d'exploitants d'au moins 300 salariés en France liés par un contrat de franchise) vise encore le seul « contrat de franchise ».

61) Cons. const., 4 août 2016, n° 2016-736 DC (cons. 29) : « En imposant aux seuls réseaux d'exploitants liés par un contrat de franchise la mise en place d'une instance de dialogue regroupant les salariés de ces différents exploitants, à l'exclusion des autres formes juridiques de réseaux commerciaux, le législateur a traité différemment des situations différentes ».

62) Selon ce texte, toute personne doit respecter une obligation d'information précontractuelle impliquant la remise d'un document d'information précontractuelle lorsque, d'une part, elle « met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne », en d'autres termes un signe de ralliement et que, d'autre part, cette dernière est débitrice « d'un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité » à son égard.

63) L'amendement n° 1238 présenté le 2 juillet 2016 par Monsieur le rapporteur Sirugue proposait de substituer aux mots « mentionnés à » les mots « relevant de » – formule plus adaptée – sans plus de précision dans l'exposé sommaire que la formule d'usage : amendement rédactionnel.

64) Simon F.-L., *Théorie et pratique du droit de la Franchise*, op. cit., spéc. § 129 et s.

65) Selon certains auteurs (Blanc G., « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », D. 1993, chron., p. 218), le seuil de la « quasi-exclusivité » correspond à 75 à 80 % des marchandises vendues. Cette estimation repose notamment sur les débats relatifs au projet de loi ayant eu lieu à l'Assemblée nationale, au cours desquels l'auteur et le rapporteur du projet se sont référés à la loi du 21 mars 1941 (JOAN, 8 déc. 1989, p. 6347, 3<sup>e</sup> séance ; pour une critique de la référence faite à ce texte dans l'élaboration de la loi du 31 décembre 1989, v. Durand P., « L'information précontractuelle obligatoire du concessionnaire exclusif », CDE 1990, act./dossier n° 5, p. 21) (insérée depuis à l'article L. 781-1 du Code du travail, devenu l'article L. 7321-2), contenant la même expression ; or la jurisprudence rendue au visa de cet article a dégagé le seuil précité. D'autres auteurs estiment à propos de la quasi-exclusivité d'approvisionnement qu'elle implique d'exclure le seuil des deux tiers du chiffre d'affaires (Ferrier D., *Droit de la distribution*, 5<sup>e</sup> éd., 2008, Litec, n° 572). La notion de « quasi-exclusivité » d'activité correspond essentiellement, quant à elle, à l'exclusivité d'activité limitée aux activités concurrentes à celles du réseau (Cass. com., 24 sept. 2003, n° 01-11595) ; en conséquence, le fait de prévoir une exclusivité d'activité ainsi limitée n'est pas de nature à faire sortir le contrat du champ d'application de l'article L. 330-3 du Code de commerce.

57) V. *infra* § 34, sur la requalification du contrat de franchise en un contrat d'une autre nature en raison du caractère accessoire de l'obligation de transmission du savoir-faire.

58) Fin-Langer L. et Bazin-Beust D., « L'instance de dialogue social du réseau de franchise », JCP S 2017, 1095, spéc. § 7.

59) Fin-Langer L. et Bazin-Beust D., « L'instance de dialogue social du réseau de franchise », art. préc. : les deux auteurs s'interrogent à ce sujet, qualifiant (à juste titre) cette interprétation de maximaliste – v. aussi, pour une position plus interrogative, Mainguy D., « Chronique de droit de la distribution », JCP E 2017, 1079 : « Il doit s'agir d'un réseau sous-tendu par "un contrat de franchise mentionné à l'article L. 330-3 du Code de commerce". Que faut-il entendre par cette formule ? L'applicabilité de la loi se limite-t-elle parmi les contrats de franchise aux seuls répondant aux conditions de l'article L. 330-3 du Code de commerce ou bien faut-il entendre que le législateur assimile à des contrats de franchise tous les contrats visés par ledit article ? Si la première interprétation semble d'un point de vue exégétique plus probable, l'absence de définition légale du contrat de franchise la rend difficilement applicable et légitime alors l'intérêt pour la seconde ».

peuvent avoir pour objet l'approvisionnement ou l'activité. Autrement dit, l'exclusivité ou quasi-exclusivité d'approvisionnement suffit à rendre ce texte applicable, sans qu'il soit besoin de constater une exclusivité ou quasi-exclusivité d'activité ; l'inverse est aussi vrai : la caractérisation de l'exclusivité ou quasi-exclusivité d'activité suffit à rendre le texte applicable, sans qu'il soit même besoin de constater une exclusivité ou quasi-exclusivité d'approvisionnement. La proportion de contrats de franchise relevant de l'article L. 330-3 du Code de commerce est d'autant plus grande que l'exclusivité ou quasi-exclusivité d'approvisionnement<sup>66</sup> est parfois caractérisée selon des critères flous<sup>67</sup> ; de la même manière, l'exclusivité ou quasi-exclusivité d'activité<sup>68</sup> est parfois entendue selon des critères imprécis<sup>69</sup> voire franchement inexacts<sup>70</sup>. Ces solutions s'imposent alors même que le contrat considéré indiquerait expressément ne pas entrer dans le champ d'application de l'article L. 330-3 précité<sup>71</sup> ; la solution est justifiée, s'agissant d'un texte d'ordre public. La jurisprudence semble parfois même inspirée par l'idée que la volonté du législateur aurait été d'appliquer ce texte au plus grand nombre de contrats<sup>72</sup>.

Mais, dans ce contexte jurisprudentiel bien connu, il arrive toutefois que des contrats de franchise ne comportent aucune obligation

d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. La jurisprudence fournit ici encore quelques illustrations intéressantes<sup>73</sup>. Dans ces hypothèses, il convient selon nous de considérer qu'il ne s'agit pas de contrats « mentionnés par l'article L. 330-3 du Code de commerce » au sens de l'article 64 de la loi *Travail* et que, ce faisant, le dispositif examiné ne saurait s'appliquer. C'est la solution qui, à notre avis, sera très probablement retenue par la jurisprudence.

**31. Indifférence du droit applicable au contrat de franchise.** Le dispositif examiné s'applique à un « contrat de franchise mentionné à l'article L. 330-3 du Code de commerce qui contient des clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées ». Il n'est pas mentionné que le contrat de franchise doit être soumis au droit français : peu importe donc le droit qui lui est applicable, du moment que les conditions cumulatives requises pour l'application de ce texte sont remplies.

**32. Requalifications.** Il convient d'évoquer ensuite la question de la requalification du contrat liant les exploitants à la tête de réseau, qui suscite déjà des interrogations nombreuses et incessantes, que l'article 64 de loi *Travail* et le décret pris pour son application pourraient raviver.

Cette question mérite l'attention car le juge dispose d'une grande latitude pour requalifier le contrat, en se libérant de l'intitulé que les parties contractantes ont donné à l'acte ; l'article 12, alinéa 2, du Code de procédure civile énonce en effet que le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux (...) actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Cette question n'est pas anodine : le juge doit procéder à cette rectification ; il ne s'agit donc certainement pas d'une simple faculté. Face à un contrat improprement qualifié, le juge est dès lors tenu de rechercher ce que les parties ont réellement voulu, les conditions dans lesquelles leurs relations se sont réellement déroulées, et de donner à cette volonté la qualification juridique qui lui convient. La jurisprudence fournit des illustrations nombreuses de requalification des contrats de distribution en général, et de contrats de franchise en particulier. Et le rythme de ces décisions ne décélère pas, qu'il s'agisse des décisions rendues en matière de franchise ou de celles concernant les autres contrats de

66) V. pour une application classique : par ex., Cass. com., 19 janv. 2010, n° 09-10980 ; CA Grenoble, 20 déc. 2006, n° 05/02449 ; Cass. com., 11 mars 2003, n° 97-14366 et 97-14367 ; Cass. com., 19 oct. 1999, n° 97-14367 ; v. aussi, CA Paris, 5 avr. 2012, n° 11/04484 (à propos d'un contrat d'adhésion).

67) Cass. com., 11 mars 2003, n° 97-14366 : « Les époux X se sont engagés à n'avoir que la société P., comme franchiseur et s'approvisionnaient en grande partie auprès d'elle et pour le solde auprès de maisons agréées ou faisant partie du groupe P. ; que la cour d'appel, qui a retenu que l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1989 était applicable, a légalement justifié sa décision » (nous soulignons).

68) V. pour une application classique : CA Paris, 1<sup>er</sup> févr. 2006 : Juris-Data n° 2006-296357 – CA Poitiers 13 sept. 2005 : Juris-Data n° 2005-287162 – Cass. com., 11 mars 2003, n° 97-14367 ; CA Poitiers, 18 janv. 2000, n° 98/01262 ; Cass. com., 19 oct. 1999, n° 97-14366.

69) La jurisprudence a ainsi pu définir la quasi-exclusivité comme étant la « majeure partie » de l'activité du distributeur : CA Chambéry, 29 oct. 2013, n° 12/01762 : retenant que le distributeur « ne peut se prévaloir d'un non-respect de l'obligation informative imposée par l'article L. 330-3 du Code de commerce, inapplicable au contrat dont s'agit, la vente de bière ne constituant pas la majeure partie de son activité de bar, restaurant, journaux et tabacs » (nous soulignons).

70) CA Douai, 27 mai 2014, n° 13/02982 : semblant considérer que l'exclusivité issue d'un contrat peut également découler de l'engagement pris par un licencié qui « s'interdit de créer ou d'exploiter directement ou indirectement aucun support similaire à celui (du fournisseur), c'est-à-dire sous forme de chèque, de magazine, de revue, ou de journal comportant des offres de réductions et tout document publicitaire comportant des coupons de réductions » (décision critiquable).

71) CA Rennes, 22 sept. 2015, n° 13/06011.

72) CA Agen, 12 mars 2008, n° 17/00393 : Juris-Data n° 2008-363282.

73) V. aussi, à propos de contrats d'une autre nature que le contrat de franchise : CA Colmar, 22 janv. 2014, n° 12/01609 et CA Chambéry, 29 oct. 2013, n° 12/01762 (contrat de fourniture de bières) ; CA Caen, 20 juin 2013, n° 12/01823 (contrat de licence de marque) ; CA Aix-en-Provence, 25 oct. 2007, n° 05/12598 (contrat de location-gérance).

distribution<sup>74</sup>. Cette question est d'autant plus sensible lorsqu'il s'agit d'évoquer la notion de contrat de franchise que de nombreux contrats se présentent comme « voisins » du contrat de franchise<sup>75</sup> ; dit autrement, le contrat de franchise se trouve « encerclé » par toute une série de contrats commerciaux présentant certaines similitudes avec ce dernier.

Il faut alors envisager la question de la requalification du contrat liant les exploitants à la tête de réseau sous l'angle des deux facettes qui la composent : le contrat de franchise requalifié en un contrat d'un autre type ; et, le contrat d'un autre type requalifié en contrat de franchise. Envisageons tour à tour ces deux séries d'hypothèses.

#### b. La requalification d'un contrat commercial en contrat de franchise

**33. Requalification en contrat de franchise.** Les hypothèses de requalification d'un contrat commercial en un contrat de franchise sont rares en pratique, une telle requalification étant le plus souvent inutile<sup>76</sup>. Plusieurs types de contrats peuvent être néanmoins requalifiés en contrat de franchise ; il en va parfois ainsi s'agissant d'un contrat de licence de marque<sup>77</sup>, d'un contrat de partenariat<sup>78</sup> ou d'un « contrat de partenariat commercial »<sup>79</sup>, d'un contrat d'adhésion<sup>80</sup>, d'un contrat de licence de marque et de savoir-faire<sup>81</sup>, d'un contrat intitulé « agent commercial négociateur immobilier avec bureau »<sup>82</sup>, d'un contrat de concession<sup>83</sup>. Dans chacune de ces décisions, le juge du fond a requalifié le contrat examiné

en contrat de franchise après avoir constaté que les trois obligations caractéristiques d'un contrat de franchise (transmission du savoir-faire, mise à disposition de signes distinctifs, fourniture d'assistance) sont réunies.

Au contraire, la requalification en contrat de franchise est écartée dès lors que l'une des trois obligations caractéristiques du contrat de franchise fait défaut<sup>84</sup>. La jurisprudence écarte ainsi, s'agissant de l'obligation de transmission du savoir-faire, la requalification en contrat de franchise toutes les fois que le contrat considéré :

- n'importe aucune obligation de transmission de savoir-faire<sup>85</sup> ;
- ne comporte une obligation de transmission de savoir-faire qu'à titre accessoire<sup>86</sup> ; ou

74) Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-26938, retenant « que l'application du statut d'agent commercial ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties dans le contrat, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leurs conventions, mais des conditions dans lesquelles l'activité est effectivement exercée » ; Cass. com., 6 déc. 2016, n° 15-18138, retenant « que, pour rejeter les demandes de la société S, l'arrêt se borne à retenir que les parties sont liées par un "contrat d'apporteur de fonds" ; qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si le contrat ne devait pas être qualifié de contrat d'agence commerciale ou de mandat d'intérêt commun, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

75) Simon F.-L., *Théorie et pratique du droit de la Franchise*, op. cit., spéc. § 21.

76) CA Orléans, 11 oct. 2012, n° 12/00137 ; CA Rennes, 3 avr. 2012, n° 11/00635 ; CA Dijon, 13 déc. 2011, n° 11/00485.

77) CA Saint-Denis de la Réunion, 2 nov. 2016, n° 14/02024 ; T. com. Paris, 4 juin 2014, n° 12/071497 ; Juris-Data n° 2014-035641 – CA Rennes, 3 avr. 2012, n° 11/00635 ; CA Paris, 4 mars 1991 (3 arrêts), Juris-Data n° 1991-020964 et 1991-020830.

78) T. com. Paris, 6 mai 2015, n° 14/021897 ; Juris-Data n° 2015-031877.

79) CA Orléans, 16 avr. 2015, n° 14/01807.

80) CA Versailles, 10 mars 2011, n° 10/00882.

81) CA Nîmes, 17 avr. 2008, n° 07/04694 ; Juris-Data n° 2008-363533.

82) CA Nîmes, 14 févr. 2006 ; Juris-Data n° 2006-301670.

83) T. com. La Roche-sur-Yon, 22 oct. 2002, décision infirmée en cause d'appel ; CA Poitiers, 13 sept. 2005, n° 02/03781.

84) CA Paris, 4 mai 2016, n° 15/10674 : La lettre des réseaux, 24 juin 2016 : refusant de requalifier un contrat de licence de marque en contrat de franchise, au motif que le contrat en cause n'imposait aucune obligation pour la tête de réseau d'avoir à transmettre un quelconque savoir-faire, et que les autres éléments invoqués par le détaillant – droit d'entrée, mise à disposition de signes distinctifs, caractère *intuitu personae* du contrat – n'étaient pas de nature à caractériser l'existence d'un tel contrat. Cette solution est aussi connue que justifiée – v. aussi, CA Bordeaux, 6 avr. 2016, n° 15/00154.

85) CA Lyon, 12 janv. 2017, n° 15/02920 : refusant de requalifier un « contrat de licence de marque » en contrat de franchise, faute de transmission d'un savoir-faire ; CA Aix-en-Provence, 28 avr. 2016, n° 13/17970 : refusant de requalifier un « contrat de licence de marque » en contrat de franchise, faute de transmission de savoir-faire ; CA Bordeaux, 6 avr. 2016, n° 15/00154 : refusant de qualifier un contrat de licence de marque en contrat de franchise en l'absence de transmission d'un savoir-faire et d'assistance ; T. com. Paris, 8 avr. 2015, n° 13/029377 ; Juris-Data n° 2015-031879 : refusant de requalifier un « contrat de licence de marque » en contrat de franchise, faute de transmission de savoir-faire ; CA Toulouse, 27 oct. 2010, n° 09/00945 : refusant de requalifier un « contrat de prestation de services » en contrat de franchise, faute de transmission de savoir-faire ; CA Versailles, 7 mars 2002, n° 01/13492 ; Juris-Data n° 2002-22546 : refusant de requalifier un « contrat de licence de marque » en contrat de franchise, faute de transmission de savoir-faire ; Cass. com., 4 juin 2002, n° 99-19464 : approuvant une cour d'appel ayant refusé de requalifier un « contrat de concession » en contrat de franchise faute de savoir-faire. Rapp. CA Rennes, 9 févr. 2000 ; Juris-Data n° 2000-133270 : à propos d'un contrat de sous-traitance.

86) Cass. com., 18 déc. 2007, n° 06-15970 : « Mais attendu qu'ayant relevé que l'examen des contrats révèle que la société PBR ne transmettait son savoir-faire qu'à titre accessoire, la simple lecture du bon de commande permettant de distinguer que le savoir-faire est facturé pour 10 % du total des sommes dues, l'arrêt ajoute que le contrat principal dispose que "le concédant accorde au concessionnaire le droit exclusif de vendre des produits et de réaliser des prestations de services liées à la rénovation automobile sous la marque Satellite rénovation sur le territoire concédé" ; que par ce seul motif, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la première branche, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ». Rapp. CA Montpellier, 1<sup>er</sup> juill. 2014, n° 13/00567 ; CA Bordeaux, 14 sept. 2010, n° 09/00546 : refusant de requalifier un « contrat de concession de licence de marque » en contrat de franchise, au motif que la formation et l'assistance techniques fournies étaient compatibles avec un contrat de concession ; CA Paris, 25<sup>e</sup> ch. A, 19 juill. 2006, n° 04/01928 : Contrats, conc. consom. 2007, comm. 9, obs. Malaurie-Vignal M.

- prévoit la transmission de méthodes ne répondant pas véritablement à la définition du savoir-faire<sup>87</sup>, assez particulière il est vrai<sup>88</sup>.

Dans ces différentes hypothèses le dispositif issu de l'article 64 de la loi Travail ne pourra donc s'appliquer.

**34. Commission-affiliation.** Un développement particulier doit être réservé au contrat de commission-affiliation<sup>89</sup>, sorte de substitut au contrat de franchise<sup>90</sup>, au point que les praticiens recourent alternativement à l'un ou à l'autre<sup>91</sup>.

En définitive, trois paramètres – à examiner au cas par cas – peuvent empêcher d'assimiler le contrat de commission-affiliation à un contrat de franchise. Il est considéré en effet que le contrat de commission-affiliation ne peut être

qualifié de contrat de franchise dans chacun des trois cas suivants :

- le savoir-faire visé par le contrat de commission-affiliation existe mais n'est pas transmis<sup>92</sup>;
- le savoir-faire visé par le contrat de commission-affiliation existe et est transmis, mais ne présente pas de caractère « substantiel »<sup>93</sup>;
- le savoir-faire visé par le contrat de commission-affiliation existe, est transmis, et présente peut-être même un caractère « substantiel », mais il n'est transmis au commissionnaire-affilié qu'à titre accessoire, la cause essentielle de son engagement résidant essentiellement dans le mode d'approvisionnement<sup>94</sup>, et non dans le savoir-faire.

Une analyse au cas par cas du contrat de commission-affiliation est donc requise pour déterminer si la première condition est (ou non) remplie. Et si, à l'analyse, le contrat de commission-affiliation répond aux caractéristiques d'un contrat de franchise, la condition prévue par l'article 64 de la loi Travail sera considérée remplie<sup>95</sup>.

87) CA Poitiers, 13 sept. 2005, n° 02/03781 (à propos d'un contrat de concession) ; CA Versailles, 7 mars 2002 : Juris-Data n° 2002-225456 ; CA Paris, 1<sup>er</sup> mars 2002 : Juris-Data n° 2002-174484 (à propos d'un contrat de licence de marque) ; CA Toulouse, 2 nov. 2000 : Juris-Data n° 2000-133552 (à propos d'un contrat de droit d'usage de la marque et de l'enseigne) ; CA Paris, 31 mars 1993 : RJDA 7/13, n° 613 (à propos d'un contrat d'affiliation).

88) V. supra § 28, sur la définition du « savoir-faire ».

89) Issue de l'imagination de la pratique, la commission-affiliation consiste à jumeler deux conventions a priori distinctes : la commission et l'affiliation. Par la commission, une personne, le commissionnaire, est chargée d'agir en son nom personnel pour le compte d'autrui, le commettant. Par l'affiliation, une personne intègre un réseau dont la notoriété plus ou moins établie est censée favoriser le succès de son entreprise commerciale. La commission-affiliation permet à la tête de réseau d'avoir une maîtrise des stocks et des prix de commercialisation puisque l'affilié n'achète pas les marchandises ; il les a en dépôt. L'analyse de ce contrat est agitée : Loyer-Lemercier M.-J., « Quel avenir pour le contrat de commission affiliation ? », JCP E 2011, 1218 ; Mathy N., « L'avenir de la commission-affiliation est peut-être en jeu ! », Contrats, conc. consom. 2010, comm. 223 ; Mainguy D. et Respaud J.-L., « À propos du contrat de "commission-affiliation" », in Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008 – Mathy N., « De l'ambiguïté du contrat de commission-affiliation », Contrats, conc. consom. 2008, comm. 95 – Ferrer D., « La commission-affiliation : Charybde ou Scylla ? », D. 2008, p. 2908 ; Bonnet-Desplan M.-P., « Commissionnaire-affilié ou affilié-agent ? », CDE 2007, dossier, « Droit de la distribution », p. 47.

90) Raynard J., « Droit de la distribution 2007 : bilan(s) et perspective(s) », CDE 2007, dossier 6 : évoquant le contrat de commission-affiliation comme « substitut au contrat de franchise » ; Mathy N., « Pot-pourri autour d'un contrat de commission », Contrats, conc. consom. 2011, comm. 140 : qualifiant le contrat de commission-affiliation de « variante de la franchise ».

91) Il est observé en pratique que certaines enseignes alternent avec le temps entre le modèle de la franchise et celui de la commission-affiliation sur un même territoire, ou déploient à l'international – selon les pays – des contrats empruntant à l'un ou l'autre de ces deux modèles. Il arrive encore qu'un même partenaire substitue l'un de ces contrats à l'autre en cours de l'exécution de leur relation contractuelle (v. pour des exemples récents, CA Paris, 19 avr. 2017, n° 16/03162 : Juris-Data n° 2017-007487 – CA Paris, 24 févr. 2016, n° 10/07048 : Juris-Data n° 2016-003603) ; v. aussi, Cass. com., 16 mai 1995, n° 93-10100 : pour une hypothèse où les parties ont nové un contrat de franchise en contrat de commission-affiliation (même si le terme n'est pas employé) en raison de la baisse du chiffre d'affaires du franchisé.

92) Delebecque P., « Clauses d'allègement des obligations », JCL Contrats Distribution, spéc. § 113 : soulignant que « le contrat dont une obligation est supprimée peut cesser de mériter la qualification sous laquelle on le désigne normalement : l'allègement des obligations peut donc aboutir à la requalification du contrat ».

93) Leloup J.-M., La franchise, droit et pratique, 4<sup>e</sup> éd., 2004, Delmas, n° 843 : soulignant que le commissionnaire, qui n'achète pas son stock, ne reçoit d'enseignement que sur la méthode de vente, et que cela ampute considérablement le savoir-faire attaché à la gestion d'un commerce, issu de l'expérience commerciale du franchiseur ; Mathy N., « Pot-pourri autour d'un contrat de commission », art. préc. : soulignant à propos du contrat de commission-affiliation que le « savoir-faire y est réduit » – v. aussi, Mainguy D. et Respaud J.-L., « À propos du contrat de "commission-affiliation" », art. préc. p. 707, signalant que « la Fédération française de la franchise admet la compatibilité de ces contrats avec les contrats de franchise pour autant, entre autres, que le contrat respecte l'indépendance juridique et financière du commissionnaire (...), prévoit une licence d'enseigne au commissionnaire, la communication d'un savoir-faire et d'une assistance ».

94) V. supra § 33, sur un raisonnement analogue observé à propos d'un contrat de concession et la jurisprudence citée (CA Montpellier, 1<sup>er</sup> juill. 2014, n° 13/00567 ; CA Bordeaux, 14 sept. 2010, n° 09/00546 ; Cass. com., 18 déc. 2007, n° 06-15970 ; CA Paris, 25<sup>e</sup> ch. A, 19 juill. 2006, n° 04/01928 : Juris-Data n° 2006-311531). Rapp. Behar-Touchais M. et Virassamy G., Les Contrats de distribution, 1999, LGDJ, n° 1543 : à propos d'un contrat d'affiliation ne pouvant s'analyser en contrat de franchise compte tenu du caractère « accessoire » du savoir-faire.

95) Fin-Langer L. et Bazin-Beust D., « L'instance de dialogue social du réseau de franchise », JCP S 2017, 1095, spéc. § 6 : soulignant : « À la réflexion d'ailleurs, c'est probablement pour la commission-affiliation que le nouveau dispositif serait le plus facile à justifier. L'affilié agissant en son nom mais pour le compte de la tête de réseau dont il écoule les marchandises – lesquelles ne lui appartiennent pas puisqu'il n'en est que dépositaire ou pourrait concevoir que la liberté commerciale de ce distributeur étant moindre, elle autorise une certaine transparence entre ses salariés et la tête de réseau ; et ce en dépit de sa qualité juridique d'employeur. D'ailleurs puisque ce contrat-cadre de distribution sui generis est analysé traditionnellement comme une formule hybride de commission et de franchise, ne devrait-on pas lui appliquer l'article 64 de la loi Travail en dépit de sa formulation restrictive limitée au seul contrat de franchise ? On peut sérieusement le penser ».

c. La requalification du contrat de franchise en un autre type de contrat

**35. Requalification du contrat de franchise en contrat commercial d'une autre nature.** En premier lieu, le contrat de franchise peut être requalifié en un contrat commercial d'une autre nature.

Il ne fait pas de doute qu'une telle demande de requalification doit être écartée lorsque les trois obligations caractéristiques du contrat de franchise sont remplies<sup>96</sup>. Toutefois, une convention intitulée « contrat de franchise » par les parties contractantes peut parfaitement être requalifiée en un contrat commercial d'une autre nature – par exemple, en contrat d'entreprise<sup>97</sup> ou en contrat cadre d'approvisionnement exclusif et de fourniture<sup>98</sup> – si l'une des trois obligations caractéristiques du contrat de franchise fait défaut. Ce contentieux est rare en pratique car les plaideurs n'avaient – jusqu'à présent – aucun intérêt à solliciter une telle requalification, dès lors qu'en pareille hypothèse le contrat de franchise doit être requalifié en un contrat également innommé<sup>99</sup> et que l'article L. 330-3 du Code de commerce s'applique indistinctement aux deux types de contrats concernés<sup>100</sup>.

L'instauration d'une instance de dialogue ne peut donc que raviver ce contentieux mort-né, lorsque les autres conditions d'application de l'article 64 de la loi Travail sont par ailleurs remplies. Dans cette hypothèse, en l'absence de contrat de franchise, la mise en place de l'instance de dialogue social n'aura pas lieu d'être.

**36. Requalification du contrat de franchise en contrat de travail.** Le contrat de franchise peut être requalifié en contrat de travail. Il en va ainsi lorsque le franchisé ne dispose d'aucune initiative ; de nombreuses illustrations sont fournies par la jurisprudence. Cette requalification

impose l'existence d'un « lien de subordination » entre le franchiseur et les franchisés<sup>101</sup> : la Cour de cassation a exposé précisément les critères de la notion de « lien de subordination »<sup>102</sup>, en particulier dans des affaires opposant les parties signataires à un contrat de franchise. Ainsi, « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements »<sup>103</sup>.

La jurisprudence considère classiquement que ce « lien de subordination » est caractérisé – et que le contrat de franchise doit donc être requalifié en contrat de travail sur le fondement de l'article L. 1222-1 du Code du travail – lorsqu'il est constaté que :

- les stipulations du contrat de franchise imposent au franchisé des obligations telles que l'intéressé ne dispose d'aucune autonomie et se trouve ainsi transformé en simple agent d'exécution<sup>104</sup> ;
- le franchisé est tenu de respecter un grand nombre de process particulièrement contraignants<sup>105</sup>, et/ou que ces process suppriment toute marge de manœuvre<sup>106</sup> ;

101) En présence d'un lien de subordination, les salariés du franchisé peuvent également faire qualifier le franchiseur de « co-employeur ». Toutefois, la Cour de cassation retient que la situation de co-emploi existe, hors l'existence d'un lien de subordination entre le salarié et la société franchiseur, lorsqu'est démontrée l'existence d'une « confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion de l'une des sociétés dans la gestion économique et sociale » de la société franchisée, l'immixtion devant alors être caractérisée par des actes positifs du franchiseur (Cass. soc., 9 juin 2015, n° 13-26558 à 13-26566 ; Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-15208 à 13-21153 - Bull. civ. V, n° 159).

102) V. not. Cass. soc., 11 juill. 2007, n° 06-44174.

103) Cass. soc., 23 sept. 2014, n° 13-17847 ; Juris-Data n° 2014-021947 – Cass. soc., 20 sept. 2006 ; Juris-Data n° 2006-035081 – Cass. soc., 23 nov. 2005, n° 04-40749.

104) Cass. soc., 18 janv. 2012, n° 10-16342 : relevant que le contrat de franchise contenait « des obligations détaillées et applicables de bout en bout dans les relations avec les clients, renforcées ensuite par des instructions tout aussi détaillées », de sorte que, « transformé en simple agent d'exécution, l'intéressé ne disposait d'aucune autonomie ».

105) Cass. soc., 6 mai 2015, n° 13-27535 ; Juris-Data n° 2015-010247 : constatant que le franchisé « avait travaillé dans le respect d'un planning quotidien précis établi par [le franchiseur], qu'il était tenu d'assister à des entretiens individuels et à des réunions commerciales, que [le franchiseur] lui avait assigné des objectifs de chiffre d'affaires annuel et qu'il lui était imposé, en des termes acerbes et critiques, de passer les ventes selon une procédure déterminée sous peine que celles-ci soient refusées ».

106) CA Toulouse, 13 oct. 2006, n° 05/4602 ; Juris-Data n° 2006-327205, soulignant que le franchisé « était intégré dans un service organisé de tournées de distribution et de ramassage de colis et que la convention indique qu'à l'intérieur d'un secteur elles sont exécutées dans une plage horaire très précise et selon un kilométrage déterminé imposé au travailleur qui reçoit une formation réalisée en interne par [le franchiseur], et se complétant sur le terrain d'une tournée en double avec tuteur », que le franchiseur assure pour le franchisé « l'essentiel de la prospection et de la

96) CA Paris, 21 juin 2006, n° 04/16234 ; Juris-Data n° 2006-304912, rejetant la demande du franchisé selon lequel le contrat doit être requalifié en contrat d'agent commercial – CA Paris, 4 mars 1991 ; Juris-Data n° 1991-021270, rejetant la demande du franchisé selon lequel le contrat doit être requalifié en contrat de licence de marque.

97) CA Colmar, ch. 1<sup>er</sup> A, 19 juill. 2011 ; Juris-Data n° 2011-016296.

98) CA Paris, 7 juin 1990 ; D. 1990, p. 176 : « La simple sélection d'articles par le franchiseur selon des critères dont il n'est pas établi qu'ils présentent un caractère technique ou spécifique n'est pas constitutive d'un savoir-faire, la conséquence étant, en l'espèce, une requalification du contrat de franchise en contrat de fourniture ».

99) V. toutefois, par ex., Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-66773, PB : Grimaïdi C., « La commission affiliation en quête de reconnaissance », JCP G 2010, 876, p. 1626, cassant l'arrêt ayant requalifié un contrat en contrat d'agent commercial, soumis aux dispositions des articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce.

100) Sous cet angle, il est par exemple inutile de rechercher l'exacte qualification d'un contrat de concession ou de franchise (Cass. com., 24 sept. 2003, n° 01-11595 – CA Toulouse, 18 déc. 1997 ; Juris-Data n° 1997-056216).

- le franchisé est tenu de respecter des limitations horaires, d'appliquer un tarif généralisé à l'ensemble du réseau, et de subir des pressions hiérarchiques<sup>107</sup>.

La circonstance que les consignes caractérisant le lien de subordination émanent de différentes sociétés appartenant au même groupe que le franchiseur est indifférente : en pareil cas, la requalification du contrat de franchise en contrat de travail peut également être encourue<sup>108</sup>.

Le juge ne doit pas s'arrêter aux termes que les parties ont employés, l'existence d'une relation pouvant déterminer un contrat de travail ne dépendant ni de la volonté qu'elles ont exprimée, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles l'activité des travailleurs est exercée ; cette solution bien connue<sup>109</sup> suscite un intérêt constant<sup>110</sup>.

commercialisation » et peut « redéfinir ou déterminer le nombre de véhicules nécessaires pour répondre à un chiffre d'affaires qui varie ou à des passages à heure fixe » ; « que le mémento du franchisé remis au demandeur comporte des instructions très précises auxquelles celui-ci doit se soumettre dans son travail en se pliant à une procédure préétablie comportant diverses opérations à réaliser dans des tranches horaires imposées et selon des techniques et moyens énumérés pour chacune des phases de l'opération. Attendu qu'il apparaît encore que le travailleur ne peut en aucune manière encaisser lui-même le prix de la prestation qu'il effectue sous peine de sanctions » ; « Attendu enfin que les tarifs et prix des prestations sont calculés et imposés par cette seule société sans aucune concertation avec le prestataire qui se voit imposer la prise en charge des colis à une heure précise et la livraison dans une plage bien définie » – CA Aix-en-Provence, 21 juin 2006, n° 06/00053 ; Juris-Data n° 2006-311567, soulignant que le franchiseur « faisait établir une feuille de route lui permettant de contrôler la clientèle exploitée par chaque courrier franchisé, dressait mensuellement un état des enlèvements, des livraisons, des nouveaux clients, du chiffre d'affaires de chaque courrier franchisé, l'intégralité du chiffre d'affaires de celui-ci se réalisant pour le compte [du franchiseur] » ; que « les tarifs et les marges étaient établis par la société franchiseur, le [franchisé] ».

107) Cass. soc., 18 juill. 2001, n° 98-40307 : « Mais attendu que, contrairement à ce qu'énonce le moyen, la cour d'appel n'a pas déduit l'existence d'une subordination juridique de la seule limitation des horaires de chargement des marchandises : qu'elle a également relevé que [le franchisé] était dans l'obligation d'appliquer un tarif généralisé à l'ensemble du réseau et que le directeur des ventes exerçait une pression hiérarchique sur lui ; qu'en dépit de l'immatriculation [du franchisé] au registre du commerce et des sociétés, elle a pu déduire de l'ensemble de ces éléments l'existence d'un lien de subordination caractérisant le contrat de travail ; que, par ce seul motif, abstraction faite du motif surabondant relatif aux obligations légales d'information en cas de contrat de franchise, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ».

108) CA Paris, 18<sup>e</sup> ch., 6 nov. 2008 : Contrats, conc. consom. 2009, comm. 76, obs. Malaurie-Vignat M.

109) V. pour un rappel de principe, CA Toulouse, 13 oct. 2006 : Juris-Data n° 2006-327205 – v. aussi, CA Grenoble, 1<sup>er</sup> sept. 2003 ; Juris-Data n° 2003-241377.

110) V. pour une étude spécifique, Peskine E., « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », RDT 2008, p. 371.

En définitive, les juges du fond, contrôlés par la Cour de cassation, procèdent à une analyse au cas par cas tendant à déceler – par la réunion d'indices précis, graves et concordants – l'existence ou non du lien de subordination<sup>111</sup>. Un examen de ces décisions a permis d'identifier lesdits indices et de les classer, selon qu'ils tendent à établir l'indépendance du franchisé, qu'ils manifestent un contrôle du franchiseur justifié par ses obligations essentielles et non par une subordination juridique, ou au contraire qu'ils caractérisent un lien de subordination juridique<sup>112</sup>.

Ainsi, on le voit, dans cette hypothèse, le lien de subordination propre à caractériser un contrat de travail et à requalifier comme tel un contrat de franchise, concerne les situations dans lesquelles l'accomplissement d'une prestation pour le compte d'un employeur est réalisée dans un lien de subordination, caractérisé par l'exécution du travail sous l'autorité de l'employeur qui détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail par des ordres et directives, en contrôle l'exécution, et sanctionne les manquements. En pareille hypothèse, la requalification du contrat de franchise en contrat de travail prive le texte de l'une des conditions indispensables à son exécution, et l'instance de dialogue social ne pourra être valablement mise en place.

#### d. L'application au contrat de franchise des dispositions propres au gérant de succursale

**37. Statut particulier.** Le contrat de franchise peut se voir appliquer le dispositif issu du statut spécifique de gérant de succursale. En effet, il est fait application des dispositions de l'article L. 7321-2 du Code du travail relatif au statut de gérant de succursale<sup>113</sup> dès lors que les conditions d'application de ce texte sont réunies, peu important alors, à la différence de l'hypothèse précédente, l'existence (ou non) d'un lien de subordination<sup>114</sup>. Cependant, il arrive parfois

111) V. par ex., CA Aix-en-Provence, 10 mars 2015, n° 14/08396, écartant la requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail.

112) Simon F.-L., *Théorie et pratique du droit de la Franchise*, op. cit., spéc. 554.

113) Cass. soc., 16 sept. 2015, n° 14-17371, PB : La lettre des réseaux, 2 nov. 2015 (confirmant CA Bordeaux, 18 mars 2014, n° 11/07782).

114) Cass. soc., 4 déc. 2001, n° 99-41265, PB : « Qu'il résulte de ce texte (l'article L. 781-1, 2<sup>e</sup>, du Code du travail) que (...) les dispositions du Code du travail sont applicables, sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'un lien de subordination » – v. aussi, Cass. soc., 4 déc. 2001, n° 99-43440, PB ; Cass. soc., 4 déc. 2001, n° 99-44452, PB – v. pour ce qui concerne les juridictions du fond : CA Douai, 30 sept. 2011, n° 10/03026 : Juris-Data n° 2011-030798, soulignant que « l'existence d'un lien de subordination, dont l'absence ne constitue pas un critère d'exclusion de son bénéfice ».

que les juridictions du fond cumulent les deux notions<sup>115</sup> voire les confondent<sup>116</sup>. Aussi, la Cour de cassation exerce-t-elle un contrôle attentif sur la distinction entre les notions de gérant de succursale et de contrat de travail, en soulignant qu'elles répondent à des conditions distinctes<sup>117</sup>.

L'application des dispositions du statut de gérant de succursale au contrat de franchise concerne en définitive les situations dans lesquelles trois conditions cumulatives<sup>118</sup> sont réunies : les marchandises sont fournies exclusivement ou quasi-exclusivement par une seule entreprise, commerciale ou industrielle ; la revente se réalise depuis un local fourni ou agréé par le fournisseur ; la revente s'effectue à des prix ou conditions fixés par le fournisseur.

Les applications de l'article L. 7321-2 du Code du travail sont abondantes en jurisprudence<sup>119</sup>. La

Cour de cassation se livre à un contrôle strict des décisions rendues par les juridictions du fond<sup>120</sup>. Ici encore, à l'instar des décisions rendues à propos de la question de la requalification du contrat de franchise en contrat de travail, la jurisprudence se livre à un double examen, consistant à analyser la situation juridique du distributeur, d'une part, sous l'angle du contenu du contrat qui le lie à la tête de réseau et, d'autre part, sous l'angle des conditions effectives dans

seur) était pré défini par le contrat et pouvait être compensée avec des sommes que [le franchiseur] estimait lui être dues, que le non-respect des obligations (autre celles spécifiques à l'assurance et relatives aux relations avec les tiers stipulées par l'article 9) était sanctionné par la résiliation » - CA Aix-en-Provence, 30 mars 2010, n° 09/07954 ; soulignant que le franchiseur « qui exerçait en dernier lieu son activité dans les locaux fournis par [le franchiseur] », « assurait essentiellement dans ce magasin la vente publique des marchandises que [le franchiseur], son seul fournisseur, lui confiait en dépôt, que les conditions d'exercice de cette activité étaient définies par le fournisseur et que sa contractante ne disposait plus de la liberté de fixer le prix de vente des marchandises déposées » - v. aussi, sous l'empire de l'article L. 781-1, 2° du Code du travail : CA Montpellier, 15 déc. 2004, n° 04/00801 ; Juris-Data n° 2004-265655, soulignant que le franchiseur « n'avait aucune indépendance dans la gestion technique et financière de l'entreprise et la constitution de la clientèle. En effet, il distribuait et ramassait des colis à partir d'un local dont [le franchiseur] était locataire, que la distribution était soumise à des horaires et à un itinéraire imposés par [le franchiseur] qui encaissait directement les factures de la clientèle » et que « les conditions de travail étaient très précisément définies par la société (tenues vestimentaires, gestion des incidents et accident...) » - CA Toulouse, 9 déc. 2004, n° 04/00453 ; Juris-Data n° 2004-269354, soulignant que le franchiseur « exerçait cette profession dans un local fourni par [le franchiseur] », que « l'entreprise fixait les tarifs de vente (...) ne s'adjoignant le « franchiseur » que pour contrôler son activité, et facturait les clients » - CA Nancy, 4 déc. 2002 ; Juris-Data n° 2002-206150, soulignant que le franchiseur « n'a exercé son activité de transport que pour le compte [du franchiseur] », son contrat de franchise lui permettant certes de développer une clientèle propre, comme l'on fait d'autres franchiseurs, mais [le franchiseur] n'a pas profité de cette possibilité », qu'il a « exercé son activité uniquement à partir du dépôt loué par [le franchiseur] » et qu'il « n'a pas fixé les tarifs de ses prestations, lesquels ont tous été fixés par le commercial de la société ».

115) CA Toulouse, 13 oct. 2006, n° 2005/4602 ; Juris-Data n° 2006-327205.

116) CA Toulouse, 26 oct. 2006, n° 05/04686 - CA Aix-en-Provence, 21 juin 2006, n° 06/00053 ; Juris-Data n° 2006-311567 - CA Dijon, 30 juin 2005 ; Juris-Data n° 2005-283427 - CA Montpellier, 15 déc. 2004 ; Juris-Data n° 2004-265655 - CA Nancy, 4 déc. 2002 ; Juris-Data n° 2002-206150. Les décisions requalifiant le contrat de franchise en contrat de travail sur le fondement de l'article L. 781-1 du Code du travail (aujourd'hui remplacé par les articles L. 7321-1 et L. 7321-2 du même code) sont critiquables en ce qu'elles admettent qu'un contrat de travail puisse exister en dehors d'un lien de subordination - v. aussi, CA Toulouse, 9 déc. 2004 ; Juris-Data n° 2004-269354 (confirmant Cons. prud'h. Toulouse, 18 nov. 2003, n° 0202758, en ce qu'il a requalifié en contrat de travail le contrat dit de franchise) ; allant même jusqu'à écrire successivement que l'article L. 781-1 précité s'applique « sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'un lien de subordination » (ce qui est en soi exact), puis que les conditions d'application de ce texte étant remplies, « il y a lieu de requalifier le contrat de franchise en contrat de travail (...) ».

117) Cass. soc., 4 mars 2015, n° 13-24373 : « Attendu que pour requalifier le contrat de location-gérance liant les parties en contrat de travail, l'arrêt retient que, au total, les conditions prévues par les articles L. 7321-1 et L. 7321-2 du Code du travail sont réunies en conséquence de quoi la gérante est bien-fondée à solliciter le bénéfice des dispositions du Code du travail, l'existence d'un lien de subordination réelle entre la société et la gérante étant établie ; Qu'en statuant ainsi, par des motifs contradictoires, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ».

118) Cass. soc., 28 nov. 1984, n° 82-42660 ; Bull. civ. V, n° 461.

119) V. par ex., CA Bordeaux, 30 avr. 2014, n° 12/06406 ; Juris-Data n° 2014-012687, soulignant que le franchiseur « ne pouvait vendre que les produits de la marque [du franchiseur], celui-ci gardant la maîtrise de la composition du stock et des marques qui devaient être vendues dans le magasin exploité par [le franchiseur], que le stock restait la propriété intégrale [du franchiseur] et devait être vendu au prix défini par [le franchiseur] et ne pouvant être modifié que par ce dernier, [le franchiseur] devant en tenir compte immédiatement dans cette hypothèse, que les locaux ont fait l'objet d'un agrément et devait correspondre aux critères d'harmonisation de la SARI. Atelier des cotonniers pour la vente de ses produits, les locaux devant en outre être agencés et rangés selon des méthodes transmises par le personnel [du franchiseur], la date d'ouverture du magasin ayant été décidée conjointement entre les contractants, que [le franchiseur] était expressément soumis aux méthodes de vente et méthodes administratives, notamment inventaires et ventes promotionnelles, définies par [le franchiseur], que tout le produit des ventes était encaissé directement par [le franchiseur] sans passer par le compte [du franchiseur], que le montant de la commission due [au franchi-

120) Cass. com., 14 avr. 2016, n° 14-21881 ; v. aussi, Cass. soc., 16 sept. 2015, n° 14-17371 ; Cass. soc., 23 juin 2015, n° 13-26361 ; Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-27089 ; « Mais attendu que la cour d'appel, par une décision motivée, a retenu que [le franchiseur], qui exploitait un centre de réparation et de vente de pare-brise, devait s'approvisionner exclusivement auprès [du franchiseur] et ne pouvait recevoir aucune commande extérieure à cette société, que cette activité s'exerçait dans un local agréé par son fournisseur et dans des conditions définies par lui, que les prix étaient fixés unilatéralement par [le franchiseur] ; qu'ayant ainsi déduit de ses constatations que les conditions de l'article L. 7321-2 du Code du travail étaient remplies, elle a légalement justifié sa décision » - v. aussi, sous l'empire de l'article L. 781-1, 2° du Code du travail : Cass. soc., 26 sept. 2007, n° 06-44863 ; Contrats, conc. consom. 2007, comm. 301, obs. Malaurie-Vignal M., soulignant que le franchiseur « imposait [au franchiseur] des horaires d'enlèvement et de livraison, ainsi que les prix à pratiquer » ; et qu'il était impossible pour le franchiseur « de pratiquer une politique personnelle des prix, en raison de l'envoi à la clientèle d'une liste de prix imposés » - Cass. soc., 4 déc. 2001, n° 99-41265, PB ; Juris-Data n° 2001-012007, soulignant que le franchiseur « distribuait et ramassait des colis à partir d'un local dont [le franchiseur] était locataire, que la distribution était soumise à des horaires et à un itinéraire imposés par la politique commerciale [du franchiseur], que les tarifs étaient imposés par [ce dernier] qui encaissait directement les factures de la clientèle ».

lesquelles leur relation est effectivement exécutée<sup>121</sup>. Cette méthode est connue<sup>122</sup>.

**38. Absence de requalification.** Ce contentieux a toujours soulevé une question – passablement inutile jusqu'alors au plan pratique – consistant à déterminer si l'application des dispositions de l'article L. 7321-2 du Code du travail donne lieu (ou non) à une « requalification » du contrat considéré<sup>123</sup>. En réalité, l'abondant contentieux qui vient d'être évoqué fournit des illustrations dans les deux sens : certaines juridictions du fond évoquent le terme de requalification<sup>124</sup>, d'autres pas<sup>125</sup>. De là, peut naître une certaine confusion. La Cour de cassation n'a jamais véritablement été saisie de cette question, mais n'a jusqu'alors pas utilisé le terme de « requalification » lorsque les conditions de l'article L. 7321-2 du Code du travail se trouvaient remplies<sup>126</sup>.

Cette interrogation prend un soudain intérêt si l'on considère que le contrat de franchise peut être requalifié en contrat de gérant de succursale ; dans ce cas, en effet, il nous semble que le contrat ainsi requalifié ne serait plus un contrat de franchise et échapperait alors au dispositif instauré par l'article 64 de la loi Travail.

## 2) Deuxième condition : clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées

**39. Textes.** L'article 64, I, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi Travail et l'article 1<sup>er</sup> du décret pris pour son

application visent les contrats de franchise qui contiennent des clauses « ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées ». Il convient donc d'envisager les hypothèses où le contrat de franchise contient des clauses ayant un effet (b) sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées (a).

### a. Notions de « conditions de travail » et d'« organisation du travail »

**40. Cumul.** L'emploi de la conjonction « et » conduit à considérer que le contrat de franchise doit comporter des stipulations relatives non seulement à « l'organisation du travail (...) dans les entreprises franchisées », mais aussi aux « conditions de travail » dans lesdites entreprises. Le décret d'application ne définissant aucune de ces notions<sup>127</sup>, il convient d'envisager successivement l'une et l'autre.

### Les « conditions de travail »

**41. Notion.** L'expression « conditions de travail » évoque essentiellement<sup>128</sup> la distinction opérée en droit social entre les modifications du contrat de travail et celles des conditions de travail, sachant que les conditions de travail peuvent être modifiées unilatéralement par l'employeur en raison de son pouvoir de direction, à la différence des modifications du contrat de travail<sup>129</sup>. En l'absence de clause particulière, figurent notamment parmi les « conditions de travail », la détermination du lieu de travail à l'intérieur d'un même secteur géographique<sup>130</sup>, les tâches confiées à un salarié dès l'instant qu'elles correspondent à sa qualification et à sa fonction<sup>131</sup>.

121) Cass. soc., 4 déc. 2001, n° 99-41265, PB : Juris-Data n° 2001-012007 : « Qu'il résulte de ce texte [l'article L. 781-1, 2° du Code du travail] que dès lors que les conditions sus-énoncées sont, en fait, réunies, quelles que soient les énonciations du contrat, les dispositions du Code du travail sont applicables (...) ».

122) V. par ex. pour une décision récente, CA Douai, 31 mars 2017, n° 15/01721 et 15/01720 : « Attendu qu'aucune des pièces produites par les époux F. n'établit que la société [tête de réseau] leur impose ni juridiquement ni dans les faits de se faire remplacer pendant leurs congés par des gérants intérimaires choisis par elle » (à propos de l'application de l'article L. 7321-2 du Code du travail).

123) Simon F.-L., *Théorie et pratique du droit de la Franchise*, op. cit., spéc. n° 66.

124) CA Bordeaux, 18 mars 2014, n° 11/07782 : Juris-Data n° 2014-017037 : « Réformant la décision attaquée, la cour dit que les conditions visées à l'article L. 7321-2 du Code du travail sont remplies, et en conséquence requalifie la relation contractuelle du contrat de franchise entre Madame R. et la société Y, en celui de gérant de succursale ».

125) CA Nîmes, 9 mai 2007 : Juris-Data n° 2007-340953 – CA Nîmes, 10 janv. 2007 : Juris-Data n° 2007-334649.

126) Cass. soc., 16 sept. 2015, n° 14-17371, F-PB ; Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-27089 ; Cass. soc., 4 avr. 2012, n° 10-18154 – Cass. soc., 4 déc. 2001 : JCP E 2002, n° 953, p. 1054 et note Kenfack H., « Le prix de la dépendance : l'application des dispositions du Code du travail à une relation commerciale », D. 2002, p. 1934 : « En invoquant l'art. L. 781-1, 2°, C. trav. il ne s'agit pas pour le juge de requalifier le "contrat de franchise" en contrat de travail, mais simplement d'appliquer les dispositions du Code du travail à une relation remplissant les conditions de cet article ».

127) Il faut dire que l'exigence de clauses « ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées » a été introduite in extremis par un amendement n° 1316 (5 juill. 2016) : v. supra § 15, sur le rétablissement de l'article 29 bis A modifié.

128) L'expression « conditions de travail » est utilisée à l'article L. 146-1 du Code de commerce relatif aux gérants-mandataires, mais la jurisprudence rendue en application de ce texte ne permet pas de cerner distinctement les contours exacts de cette notion au sens dudit texte.

129) Cass. soc., 10 juill. 1996 : « Le refus par un salarié de continuer le travail ou de le reprendre après un changement de ses conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction constitue, en principe, une faute grave qu'il appartient à l'employeur de sanctionner par un licenciement ».

130) Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 08-70368 ; Cass. soc., 10 avr. 2013, n° 11-26082. Toutefois, « si l'affectation occasionnelle d'un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ou des limites prévues par une clause contractuelle de mobilité géographique peut ne pas constituer une modification de son contrat de travail, il n'en est ainsi que lorsque cette affectation est motivée par l'intérêt de l'entreprise, qu'elle est justifiée par des circonstances exceptionnelles, et que le salarié est informé préalablement dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible » (Cass. soc., 3 nov. 2016, n° 15-10950).

131) Cass. soc., 10 mai 1999, B. 199 ; Cass. soc., 19 nov. 2014, n° 1323.996 ; Cass. soc., 6 janv. 2016, n° 14-20109.

les horaires de travail<sup>132</sup>, ou encore la modification de la cadence de travail dès lors qu'elle est sans impact sur la rémunération ou le temps de travail des salariés<sup>133</sup>. En contrepoint, relèvent par exemple du « contrat de travail », la qualification<sup>134</sup> ou la mission<sup>135</sup> du salarié, la rémunération<sup>136</sup> et la durée<sup>137</sup> du travail, ou encore le fait que le travail ait lieu au domicile du salarié<sup>138</sup>.

Selon les travaux parlementaires de la loi Travail, les conditions de travail concerneraient notamment la tenue vestimentaire, les horaires d'ouverture, ou certaines formes d'incitation à la vente<sup>139</sup>.

Les contentieux relatifs à la requalification du contrat de franchise en contrat de travail<sup>140</sup> et à l'application des dispositions de l'article

L. 7321-2 du Code du travail relatif au statut de gérant de succursale<sup>141</sup> illustrent parfois des situations où le juge constate que le franchiseur contrôle les « conditions de travail » du franchisé et/ou des salariés du franchisé. Ce contrôle est assez fréquent lorsque le contrat de franchise est requalifié en contrat de travail car, dans cette hypothèse, le contrôle des « conditions de travail » participe à établir le « lien de subordination » nécessaire à cette requalification<sup>142</sup>; les contrats de franchise sont néanmoins susceptibles de comporter des clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées sans pour autant qu'il existe une relation de dépendance et de subordination entre le franchiseur et les salariés des franchisés. Ce contrôle est moins fréquent dans le contentieux donnant lieu à l'application de l'article L. 7321-2 du Code du travail<sup>143</sup>, dès lors que l'existence d'un « lien de subordination » n'est nullement requise pour l'application de ce texte<sup>144</sup>.

Au final, l'expression « conditions de travail » renverrait à la possibilité de déterminer la situation individuelle d'un salarié en raison du pouvoir de direction. Ainsi, dans un réseau de franchise, chaque fois que les conditions de travail seront imposées aux salariés (indirectement) par le franchiseur, ou que les dispositions du contrat viendront les impacter, la condition sera remplie. Et si le franchiseur venait à imposer des stipulations ne ressortissant pas aux conditions de travail mais au contrat de travail lui-même, a fortiori, il ne fait pas de doute que la condition sera également remplie, sous réserve de l'hypothèse bien spécifique de la requalification du contrat de franchise en contrat de travail, dont on a déjà dit qu'elle reviendrait à rendre inapplicable le dispositif de l'article 64 de la loi Travail<sup>145</sup>.

132) Cass. soc., 2 avr. 2014, sauf bouleversement (Cass. soc., 14 janv. 2015, n° 13-25767 : passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit).

133) Cass. soc., 20 oct. 2010.

134) Cass. soc., 24 janv. 2001, n° 99-40596.

135) Cass. soc., 4 nov. 2016, n° 15-18147.

136) Cass. soc., 28 janv. 1998, sauf si, semble-t-il, la rémunération est faible (Cass. soc., 12 juin 2014). Peu importe que « le nouveau mode de rémunération [soit] sans effet sur le montant global de la rémunération du salarié » (Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-69175). Toutefois, « la diminution de la rémunération résultant de la réduction des sujétions consécutive à un changement des horaires du cycle de travail ne constitue pas une modification du contrat de travail » (Cass. soc., 9 avr. 2015, n° 13-27624).

137) Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-70853. Par ailleurs, si la gestion des heures supplémentaires constitue une manifestation du pouvoir de direction (Cass. soc., 10 oct. 2012), lorsque l'employeur décide de rendre systématique l'accomplissement d'heures supplémentaires par le salarié, il y a modification du contrat (Cass. soc., 21 mars 2000, n° 97-44122).

138) Cass. soc., 13 févr. 2013, n° 11-22360 : « Ayant constaté que les parties étaient convenues que le salarié travaillerait à son domicile, ce qu'il avait fait pendant douze années, la cour d'appel a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que le fait pour l'employeur de lui imposer de travailler désormais au siège de la société constituait une modification du contrat de travail que le salarié était en droit de refuser ».

139) Rapport n° 3909, préc., spéc. p. 232, M. Denys Robiliard : « Dans certains réseaux de franchise, les éléments d'intégration peuvent être extrêmement forts et porter (...) sur les conditions de travail, sur les horaires, parfois sur le port de l'uniforme ou sur la façon de se comporter. Dans ces réseaux, le franchiseur peut modifier unilatéralement et de façon importante une stratégie commerciale » ; v. aussi, spéc. p. 234, M. le rapporteur Christophe Sirugue indiquant notamment sur ce point : « (...) notre objectif (...) c'est qu'il y ait un lieu dans lequel on puisse débattre des éléments qui ont un impact sur les conditions de travail des salariés du réseau, par exemple le fait de porter la même tenue dans tout le réseau, les horaires d'ouverture, certaines incitations à la vente qui permettent une rémunération différenciée. Personne ne peut ignorer que ces pratiques sont courantes dans les réseaux de franchise. Madame la présidente l'a très bien dit, et on pourrait multiplier les exemples » - v. aussi, les observations formulées par le gouvernement devant le Conseil constitutionnel : « Dans d'autres secteurs, comme celui de la distribution, les contrats de franchise peuvent comprendre des clauses sur l'organisation du travail comme, par exemple, les heures d'ouverture des magasins » (JO, 9 août 2016, n° 184).

140) V. supra § 36, sur la question plus générale de la requalification du contrat de franchise en contrat de travail.

141) V. supra § 37, sur la question plus générale de l'application de l'article L. 7321-2 du Code du travail relatif au statut de gérant de succursale.

142) V. CA Toulouse, 26 oct. 2006, n° 05/04688 (à l'occasion d'un contentieux par lequel le franchisé sollicitait la requalification du contrat de franchise en contrat de travail) ; CA Toulouse, 9 déc. 2004 : Juris-Data n° 2004-269354 (à l'occasion d'un contentieux par lequel le contrat de franchise a été requalifié en contrat de travail) - CA Aix-en-Provence, 21 juin 2006, n° 06/00053 : Juris-Data n° 2006-31567 (à l'occasion d'un contentieux par lequel le contrat de franchise a été requalifié en contrat de travail).

143) V. Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-27089 (à l'occasion d'un contentieux par lequel le franchisé sollicitait l'application de l'article L. 7321-2 du Code du travail) - CA Montpellier, 15 déc. 2004 : Juris-Data n° 2004-265655.

144) Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 07-45289 : Juris-Data n° 2009-049522.

145) V. supra § 36, sur les conséquences attachées selon nous à la requalification du contrat de franchise en contrat de travail, et supra paragraphe n° 38, sur les conséquences attachées selon nous à l'application de l'article L. 7321-2 du Code du travail.

## L'organisation du travail

**42. Notion.** L'expression « organisation du travail » est beaucoup plus évanescence. On pourrait penser qu'elle recouvre celle des « conditions de travail »<sup>146</sup>. Toutefois, s'agissant de l'application du décret, par une interprétation utile, on pourrait également chercher à donner à cette expression un sens propre et y voir ce qui concerne l'organisation collective du travail dans l'entreprise. Relèveraient de l'« organisation du travail » la détermination de la masse salariale, les postes devant être pourvus, etc.

Selon les travaux parlementaires de la loi Travail, l'organisation du travail concernerait – par exemple – les horaires d'ouverture du point de vente<sup>147</sup>, déjà visées au titre des conditions de travail. Aucun autre exemple d'organisation du travail n'a été évoqué par les travaux parlementaires.

Au final, l'expression « organisation du travail » renverrait à la possibilité de déterminer l'organisation collective du travail dans l'entreprise.

### b. Effet obligationnel du contrat de franchise

**43. Effet.** Il appartient normalement au franchisé, en tant qu'employeur, de définir librement les conditions de travail et d'organisation du travail de ses salariés ; toutefois, chaque fois qu'elles le seront par le franchisé, sur les directives du franchiseur, une instance de dialogue pourra être sollicitée en contrepartie, pour autant que les autres conditions d'application du texte soient vérifiées. Le franchiseur qui s'imisce dans la gestion salariale du franchisé devra ainsi en assumer les conséquences. À cet égard, l'article 64, I, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi Travail et l'article 1<sup>er</sup> du décret d'application visent les contrats de franchise qui contiennent des clauses « ayant un effet » sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées, ce qui évoque l'effet obligationnel du contrat.

146) Cass. soc., 12 févr. 2014 : « Lorsque les parties sont convenues d'une exécution de tout ou partie de la prestation de travail par le salarié à son domicile, l'employeur ne peut modifier cette organisation contractuelle du travail sans l'accord du salarié ».

147) Rapport n° 3909, préc., spéc. p. 232, M<sup>me</sup> Catherine Lemonon (présidente de la commission des affaires sociales à l'Assemblée nationale) indiquant notamment sur ce point : « Je puis vous assurer (...) que l'indépendance de nombreux commerçants franchisés est toute relative : les horaires d'ouverture leur sont imposés ; ils ne peuvent pas participer aux éclairages de Noël dans leur rue si le franchiseur a décidé qu'aucun magasin ne devait le faire dans aucune ville... J'ai plusieurs marques bien connues en tête » – v. aussi, spéc. p. 233, M. le rapporteur Christophe Sirugue indiquant sur ce point : « Qu'on ne me dise pas que la relation entre franchiseur et franchisé ne modifie jamais l'organisation du travail des salariés ; parfois, le responsable ou le gérant de la structure franchisée n'est pas libre d'ouvrir à tel ou tel moment ».

L'acceptation du terme « effet » étant plus large que celui d'« objet », il y a lieu de s'interroger sur la portée exacte de ce terme à travers différentes hypothèses susceptibles de se rencontrer en pratique, en distinguant selon qu'elles nous semblent relever ou non du champ d'application de la loi.

## Hypothèses relevant du champ d'application du texte

**44. Clause explicite.** Dans cette hypothèse, expressément envisagée par le législateur, le contrat de franchise contient une ou plusieurs clauses comportant une ou plusieurs obligations à la charge du franchisé ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées. Cette hypothèse ne pose guère de difficulté ; la condition sera toujours remplie.

**45. Clause par renvoi explicite.** Dans cette hypothèse, non expressément prévue par le législateur, le contrat de franchise ne contient pas de clauses visant littéralement l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées ; mais, le contenu obligationnel de ce même contrat résulte pour partie des obligations auxquelles l'acte instrumentaire renvoie expressément ; il s'agit de ce qu'il est convenu d'appeler une « obligation non matérialisée par renvoi explicite »<sup>148</sup>. Tel est le cas, par exemple, lorsque le contrat de franchise oblige le franchisé à respecter le savoir-faire, dont le détail – qui ne figure jamais dans le contrat lui-même – est précisé dans un document séparé (bible du savoir-faire, manuel opératoire, etc.) auquel il est renvoyé<sup>149</sup> ; ce faisant, l'existence (ou non) d'effets sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées ne s'apprécie plus ici – et ne peut s'apprécier – à la seule lecture du contrat, mais ressort de l'examen des supports de transmission du savoir-faire, auquel le contrat de franchise renvoie ; c'est dire qu'en pareille hypothèse le contenu de ces supports n'est pas neutre. Encore faudra-t-il que les conditions requises pour la validité de la clause par renvoi explicite soient remplies<sup>150</sup>. Dans cette hypothèse, le contrat de franchise peut donc obliger,

148) Fessard B., Les obligations non matérialisées dans les contrats, thèse Montpellier, 2015, spéc. p. 62, § 51 et s.

149) Le contrat de franchise organise, le plus souvent avec précision, les supports à travers lesquels le savoir-faire est transmis par le franchiseur au franchisé.

150) Selon la jurisprudence, la validité d'une clause par renvoi explicite suppose la réunion de trois conditions : le contrat doit clairement se référer à l'obligation visée ; les contractants doivent avoir conscience que le document fait partie du champ contractuel ; les parties doivent avoir eu la possibilité d'en prendre connaissance par la remise du document concerné. – v. sur ce point, Fessard B., Les obligations non matérialisées dans les contrats, op. cit., spéc. p. 69, § 60.

indirectement mais nécessairement, le franchisé à respecter de véritables directives en lien avec l'organisation du travail et les conditions de travail de ses propres salariés. Si tel est le cas, la condition requise par l'article 64 de la loi Travail sera remplie car le contrat de franchise emporte bien, d'une manière ou d'une autre, un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées. Telle est précisément la situation que le législateur a entendu appréhender par le dispositif institué.

**46. Évolution du savoir-faire.** Dans la continuité de l'hypothèse précédente, il faut évoquer la situation où l'évolution du savoir-faire – et non plus le savoir-faire originaire, tel qu'il existait au jour de la signature du contrat – s'avère concerner, postérieurement à la formation du contrat<sup>151</sup>, l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées. Ici encore, la condition sera remplie pour autant que les conditions requises pour la validité de la clause par renvoi explicite soient remplies.

**47. Avenant.** Dans cette hypothèse, le contrat de franchise ne contient aucune clause visant expressément l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées, mais fait l'objet d'un avenant, postérieurement à la formation du contrat, produisant un effet sur les deux notions considérées. Ici encore, le contrat de franchise répondra à l'exigence posée par cette condition. Encore faudra-t-il qu'un nombre suffisant d'avenants soient signés pour que le seuil de 300 salariés soit atteint. Cela soulève d'ailleurs plus généralement la question de la délicate application de l'article 64 la loi Travail en cas de coexistence, au sein d'un même réseau, de contrats de différentes générations, dont certains pourraient impacter les conditions et l'organisation du travail, alors que d'autres n'impacteraient aucune de ces notions ou seulement l'une d'elles : dans un tel cas, seuls les salariés des franchisés dont

les contrats viseraient les conditions et l'organisation seraient comptabilisés pour apprécier l'atteinte du seuil de 300 salariés.

### Hypothèses ne relevant pas du champ d'application du texte

**48. Recommandations.** Dans cette hypothèse, le contrat de franchise ne produit aucun effet obligationnel : il en va ainsi des simples recommandations formulées dans le contrat de franchise, destinées à indiquer au franchisé ce qu'il est préférable de faire (ou de ne pas faire), dans l'intérêt même de l'activité déployée par ce dernier. Par exemple, pour une activité de restauration, il peut être recommandé de ne pas fermer à tel ou tel horaire de la journée. Ici, le contrat de franchise ne rend le franchisé débiteur d'aucune obligation et, corrélativement, ne prévoit aucune sanction en cas de non-respect de la recommandation considérée. Selon nous, la condition n'est pas remplie car l'effet visé par le texte est nécessairement d'ordre « juridique »<sup>152</sup>, ce qui est le propre d'un contrat<sup>153</sup> ; il faut d'ailleurs rappeler, si besoin était, que l'ensemble des exemples fournis durant les travaux parlementaires se rapporte aux seules hypothèses où le franchisé se trouve juridiquement contraint<sup>154</sup>.

**49. Comportement des parties.** Dans cette hypothèse, le contrat de franchise n'érige – même indirectement – aucune obligation de nature à influencer sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées. Toutefois, le comportement du franchiseur, postérieurement à la formation du contrat de franchise, consiste à « inviter » le franchisé, en marge du contrat<sup>155</sup>, à respecter des process ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées. Ici, le franchisé reste libre d'accepter – ou non – la recommandation formulée par le franchiseur. La solution est identique à celle de l'hypothèse précédente.

**50. Préexistence d'une obligation légale.** Dans cette hypothèse, l'obligation issue du contrat de franchise fait « doublon » avec une obligation – identique – de source légale. L'hypothèse est fréquente en pratique, notamment lorsque le franchisé exerce une activité réglementée ou que cette activité l'oblige au respect de certaines

151) On le sait, le franchiseur reste maître des évolutions relatives à son savoir-faire (v. pour une application récente, CA Lyon, 2 févr. 2017, n° 15/07955). Lorsqu'il décide d'y procéder, il n'est pas rare en pratique que le franchiseur transmette aux franchisés ces évolutions par différents moyens, à l'instar de la transmission initiale du savoir-faire. Pour cette raison notamment, la formation initiale est souvent complétée par une formation continue, destinée à former les franchisés et/ou le personnel des franchisés aux évolutions du savoir-faire. Il est recommandé de prévoir dans le contrat de franchise une clause concernant les évolutions relatives au concept et/ou au savoir-faire (évolutions de l'aménagement du point de vente, des conditions d'approvisionnement, de la charte graphique, de la marque, du système informatique, des techniques de vente, des canaux de distribution, de la clientèle cible, etc.) de manière à traiter par avance le plus grand nombre de questions liés à l'évolution du concept et/ou du savoir-faire : le coût, les délais de mise en œuvre, les sanctions encourues à défaut de mise en œuvre, les cas d'exemption, etc. (v. sur la question, Simon F.-L., « Du bon usage de la technique contractuelle dans les contrats de distribution », CDE 2010, dossier 18, spéc. 2-E : « Clause d'évolution »).

152) Par apposition à un effet d'ordre psychologique, que pourrait éventuellement susciter une simple recommandation.

153) Le contrat (ici de franchise) se définit lui-même comme un « acte de volonté destiné à produire des effets de droit » (Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 10<sup>e</sup> éd., 2014, PUF, Quadrige, p. 259, v° Contrat).

154) Rapport n° 3909, préc., spéc. p. 232-234 ; v. aussi, les observations formulées par le gouvernement devant le Conseil constitutionnel (JC, 9 août 2016, n° 184).

155) Et ce, par tout moyen (mail, notes, réunions, etc.).

normes, qui s'imposent à lui en vertu de la loi. Par exemple, le contrat de franchise prévoit que le franchisé devra respecter la réglementation en vigueur en matière de hygiène<sup>156</sup> et de sécurité, ou la réglementation relative à la collecte des données personnelles. Ici, concrètement, l'obligation de source conventionnelle ne produit aucun effet distinct de celui résultant de l'obligation de source légale. Plus exactement, l'obligation conventionnelle ne produit

pas d'effet, puisque cet effet est déjà produit par l'obligation de source légale. Elle est énoncée par le contrat de franchise dans un dessein purement didactique. Selon nous, une telle obligation ne correspond pas à l'hypothèse voulue par le législateur. Ici encore, il faut rappeler, si besoin était, que l'ensemble des exemples fournis durant les travaux parlementaires se rapporte aux seules hypothèses où le franchisé subit une contrainte issue du seul contrat<sup>157</sup>.

156) V. en ce sens, les observations formulées par le gouvernement devant le Conseil constitutionnel : « Dans certains secteurs, comme celui de la restauration rapide, les contrats de franchise peuvent comprendre des clauses strictes relatives à l'hygiène dans les entreprises franchisées » (JO, 9 août 2016, n° 184).

157) Rapport n° 3909, préc., spéc. p. 232-234 ; v. aussi, les observations formulées par le gouvernement devant le Conseil constitutionnel (JO, 9 août 2016, n° 184).