

Spécial Franchise Expo Mars 2015



Retrouvez les avocats
du cabinet D M & D
à Franchise Expo Paris
du 22 au 25 mars 2015
Village des Experts FFF
Stand J4

Au sommaire de ce numéro :

- **Futur franchiseur : les dix commandements**
- **Du bon usage de la clause de non-concurrence en droit du travail**
- **Les réseaux 3.0 ou comment le « cloud » révolutionne la franchise**
- **And the winner is...**

Éditorial

par Olivier Meyer

omeyer@dmd-avocats.com

En ces temps de crise, est-il permis de dire sans choquer que nous sommes confiants ?

Nouveau site internet, charte graphique et logo rajournés, activité en croissance, dossiers intéressants, développements internationaux, excellents résultats tant en contentieux qu'en conseil, une équipe de choc au service de clients prestigieux, voilà de quoi rendre un cabinet résolument optimiste.



Cet optimisme ne nous rend pas aveugles : dans un contexte tendu et de plus en plus concurrentiel, nous devons innover, adapter notre offre à la demande, rechercher sans cesse les moyens d'améliorer nos procédures.

Nos procédures ne sont pas industrielles, mais l'efficacité de nos interventions dépend aussi de nos méthodes de gestion : pour ne pas passer à côté de « la » pièce qui fait gagner, de « la » décision de jurisprudence qui va convaincre la juridiction devant laquelle nous plaidons, nous devons avoir organisé avec rigueur la gestion des dossiers qui nous sont confiés.

C'est cela qu'on appelle dans le secteur de la franchise le « savoir-faire », une conception précise et rigoureuse des méthodes de travail et d'organisation au profit de l'efficacité. En d'autres termes, l'ADN de notre cabinet.

Futur franchiseur : les dix commandements



par **Rémi de Balmann**
rdebalmann@dmdavocats.com

Tout futur franchiseur – bouillonnant du désir de se lancer – se doit de faire l’inventaire de ses forces et de ses faiblesses. Et rien ne vaut un réexamen lucide de son projet au regard des principes énoncés par la Fédération Française de la Franchise au travers des « 10 commandements du franchiseur ».

Le futur franchiseur aura ainsi à l’esprit que la franchise n’est pas une course aux droits d’entrée et qu’il est impératif – sur le plan économique – d’avoir des bases solides (**Premier commandement : Des capitaux nécessaires tu disposeras**).

Il est tout aussi essentiel d’avoir conduit une réflexion approfondie sur son marché et le positionnement de son concept et d’anticiper les étapes de la conquête de nouveaux territoires (**Deuxième commandement : Une étude de marché tu feras**).

L’enseigne devant être l’étendard des futurs franchiseurs, une attention toute particulière sera apportée à la protection des signes distinctifs du réseau (**Troisième commandement : Une marque tu protégeras**).

Le futur franchiseur n’oubliera pas non plus qu’on ne franchise pas une idée mais qu’on

franchise une réussite (**Quatrième commandement : Ton concept tu expérimenteras**).

Et si – pour le candidat franchiseur – la franchise est la réitération d’un succès, c’est aussi – en creux – la non réitération des erreurs auxquelles peut être exposé tout futur chef d’entreprise.

Le futur franchiseur devra ainsi avoir mis à profit le temps d’exploitation de ses unités pilotes, non seulement pour rôder son savoir-faire, mais aussi pour le formaliser au travers des manuels opératoires puis pour l’actualiser (**Cinquième commandement : Ton savoir-faire et ton image de marque tu développeras**).

Evidemment, l’approche juridique ne devra pas être négligée ; elle est même centrale et structure l’architecture des relations entre le franchiseur et le franchiseur.

Au stade du recrutement, il faut veiller – au travers d’une information précontractuelle complète et sincère – à permettre au candidat franchiseur de s’engager en connaissance de cause (**Sixième commandement : La loi Doubin tu respecteras**).

Destiné à concilier l’indépendance du franchiseur et le nécessaire contrôle du franchiseur, le contrat de franchise aura été soigneusement élaboré pour permettre la réitération du concept dans le respect des droits et devoirs des parties (**Septième commandement : Le code de déontologie tu appliqueras**).

Sans pouvoir éviter les erreurs de recrutement, le franchiseur se devra de vérifier les aptitudes des candidats à assumer le rôle de franchiseur (**Huitième commandement : Les franchiseurs tu sélectionneras**).

Enfin et pour consolider son développement, le franchiseur – en vitesse de croisière – veillera à éviter toute dérive (**Neuvième et dixième commandements: Le respect de l'image tu contrôleras; La pérennité du réseau tu assureras**).

C'est à ce prix que les contentieux que génère le développement en réseau seront sinon évités, du moins maîtrisés.

Ainsi et alors même que le premier franchisé d'un réseau qui s'était créé autour d'un concept de services d'intérim dans le secteur agricole prétendait obtenir l'annulation de son contrat et le remboursement du droit d'entrée et des redevances versées au franchiseur, la Cour d'Appel de Rennes a relevé, s'agissant du savoir-faire, que « l'information documentaire s'est accompagnée de la mise à disposition d'un logiciel comportant des applications spécifiques (...), d'une formation de trois semaines (...) et d'une formation au logiciel Evolia ».

En outre et alors que ce franchisé croyait devoir « reprocher à son franchiseur l'existence à ce jour de 4 agences seulement », il n'allait pas non plus échapper aux juges que « cette progression trop lente à son gré ne lui porte aucun préjudice comme le révèle l'augmentation sensible de son chiffre d'affaires ».

Ceci relevé, la Cour d'Appel de Rennes a considéré que « la marque était utilisée par la société (franchiseur) dont le siège est en Bretagne alors que l'activité de la société (franchisée) se situe en Alsace et que cette dernière était la première franchisée d'un réseau à construire ».

Quant à l'assistance, elle s'était traduite non seulement par des « visites répétées du franchiseur ainsi que des échanges de courriels

entre les parties sur diverses questions pratiques et juridiques et l'évolution vers les métiers de bouche » mais aussi au travers de « la transmission de nombreuses candidatures de salariés intérimaires ».

Le contrat de franchise n'encourait dès lors nullement annulation, les critiques du franchisé apparaissant purement opportunistes (C.A. Rennes, 22/04/14, RG N° 12/08326).

Inversement et lorsque la tête de réseau a fait preuve d'amateurisme voire de négligence coupable la sanction est inévitable : à cet égard, un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 27 juin 2012 est venu rappeler l'impérieuse nécessité de maîtriser le « métier de franchiseur » avant de prétendre développer un réseau.

L'impérieuse nécessité de maîtriser le « métier de franchiseur » avant de prétendre développer un réseau

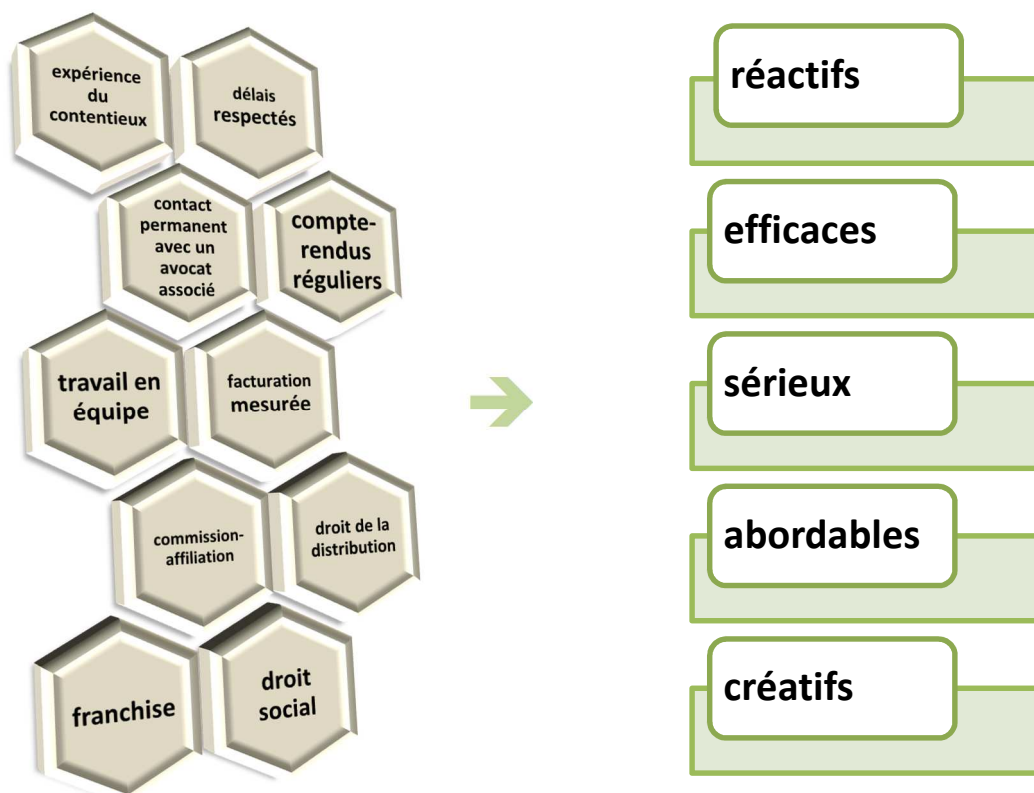
La Cour d'Appel de Paris a ainsi annulé pour dol un contrat de franchise

conclu par une société spécialisée dans la réalisation de diagnostics immobiliers avec l'un de ses anciens salariés après avoir notamment relevé que cette société « n'est **pas propriétaire de la marque**, déposée par M. X », que « le compte de résultat fourni **ne reflète pas une expérience réellement vécue** » et que « les outils composant le savoir-faire étaient **en cours d'élaboration** ».

Au surplus, cette société, « via son site internet, n'a fourni que 8 prospects en un an, ce qui témoigne du manque de notoriété de son enseigne » et « le franchisé a soulevé (...) des griefs relatifs à l'exécution du contrat de franchise » (C.A. Paris, 27/06/12, RG N° 10/04928).

En franchise comme ailleurs les erreurs de jeunesse pouvant être fatales, mieux vaut ne pas confondre vitesse et précipitation ! ■

Pourquoi, de la PME à l'entreprise cotée au CAC 40, choisit-on le cabinet DM&D ? Une histoire d'ADN...



Pour un contact avec l'un de nos avocats associés
ou pour un premier rendez-vous :

DISTRIBUTION – FRANCHISE

Rémi de BALMANN

Avocat au barreau de Paris
Président de Graines de Réseaux
Membre du Collège des Experts de la FFF
Diplômé de Sciences-Po Paris
rdebalmann@dmd-avocats.com

DROIT DU TRAVAIL

Olivier MEYER

Avocat au barreau de Paris
Spécialiste en droit du travail
Président du Lawrope Employment Group
omeyer@dmd-avocats.com

DROIT SOCIAL

Pierre AUDIGUIER

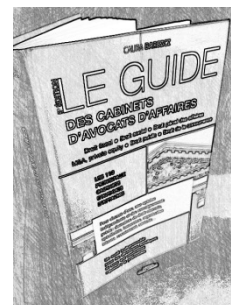
Avocat au barreau de Paris
DESS modes alternatifs de règlement des conflits Paris II
Membre de Avosial
paudiguier@dmd-avocats.com

Un cabinet reconnu et récompensé

Depuis 1997 le cabinet est mentionné dans la sélection de 110 cabinets d'avocats d'affaires du Guide de Caura Barszcz publié par Les éditions du management et L'Expansion.



A nouveau en 2015 le classement DECIDEURS des meilleurs cabinets d'avocats en droit de la franchise a placé le département Distribution dans la première catégorie : INCONTOURNABLE.



Les départements Droit du travail et Droit social ont été classés en catégorie FORTE NOTORIÉTÉ.

Une structure ouverte sur l'international

DM&D a créé il y a plus de vingt ans le groupement européen d'intérêt économique LAWROPE, qui fédère 16 cabinets en Europe, en Amérique du Nord et du Sud ainsi qu'en Chine, représentant au total plus de 600 avocats.



DM & D a en outre établi des liens de coopération avec deux firmes de Montréal, Fraticelli Provost et BDG Law dans le cadre de conventions internationales de correspondance organique.

Au-delà de l'accompagnement des clients dans le cadre de leur développement dans le monde, LAWROPE organise régulièrement des congrès et des conférences internationales, publie des études et des ouvrages juridiques sur des sujets utiles au développement des relations internationales.

Une conférence a été organisée pendant le dernier congrès annuel sur le thème de l'application dans le monde de la législation américaine contre la corruption avec la participation de plusieurs spécialistes (Jacob Frenkel, Eduardo Bolt) et d'un magistrat du Département de la Justice (Fraud Section, USDOJ). Olivier Meyer et Pierre Audiguier représentaient la France dans le cadre de cette conférence qui se tenait à Los Angeles en octobre dernier.

Une réunion se tiendra à Paris le 10 avril 2015 et le congrès annuel aura lieu à Munich du 23 au 25 octobre 2015, organisé par le cabinet Ariathes.

► www.lawrope.com ◀

Du bon usage de la clause de non-concurrence en droit du travail



par **Pierre Audiguier**
paudiguier@dmd-avocats.com

Tout salarié est tenu à une obligation de loyauté à l'égard de son employeur, qui lui interdit notamment de s'intéresser ou de

travailler pour un concurrent au cours de la relation de travail. L'employeur, soucieux de protéger son concept et son savoir-faire, pourra également prévoir au contrat une clause de non-concurrence post-contractuelle par laquelle le salarié s'interdira de travailler pour un concurrent une fois son contrat de travail rompu, quelle qu'en soit la cause.

La jurisprudence reconnaît depuis longtemps la validité d'une telle clause, dès lors qu'elle est limitée dans le temps et dans l'espace, justifiée par la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et assortie d'une contrepartie financière non-dérisoire au profit du salarié.

La clause de non-concurrence a d'abord et avant tout un effet dissuasif, tant à l'égard du salarié que des concurrents qui peuvent voir leur responsabilité engagée en cas de violation de la clause : l'employeur se prémunit ainsi contre le risque de débauchage et de recrutement de ses meilleurs éléments. Cependant, lorsque la rupture du contrat survient, l'employeur pourra souhaiter y renoncer et ainsi faire l'économie de la contrepartie financière.

Est-ce possible ? Oui dès lors que cela est prévu au contrat et sous certaines conditions, comme le rappellent trois décisions récentes de la Cour de cassation.

Dans un arrêt en date du **21 janvier 2015** (n° 13-24471), la Cour de Cassation rappelle dans un attendu de principe, sous visa de l'article 1134 du Code Civil, que « l'employeur qui dispense le salarié de l'exécution de son préavis doit, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence, le faire au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressé de l'entreprise, nonobstant stipulations ou dispositions contraires ».

L'employeur doit renoncer à la clause de non-concurrence au plus tard à la date de départ effectif du salarié de l'entreprise ; en cas de dispense de préavis, il ne pourra y renoncer après le licenciement de l'intéressé, même s'il continue de le rémunérer.

Cette position est critiquable car le salarié, même dispensé de travailler, reste sous la subordination de l'employeur jusqu'au terme du contrat et reste ainsi tenu à son obligation de loyauté (et pas encore -en théorie- à son obligation de non-concurrence).

Dans un arrêt du **4 février 2015** (n° 13-25451), la chambre sociale de la Cour de Cassation sanctionne un employeur ayant renoncé à la clause de non-concurrence quelques jours seulement après la prise d'effet d'une rupture conventionnelle. La Cour rappelle que la convention collective applicable (ingénieurs et cadres de la métallurgie) impose à l'employeur qui souhaite se décharger du versement de l'indemnité de

non-concurrence de libérer le salarié de son obligation « par une mention expresse figurant dans la convention de rupture ».

A défaut de mention dans le formulaire de rupture conventionnelle ou dans la convention de rupture, l'employeur est lié et doit verser la contrepartie financière : encore une fois, la Cour se montre très stricte quant à la mise en œuvre de la renonciation par l'employeur à la clause de non-concurrence.

Enfin, dans une décision du **21 janvier 2015** (n° 13-26374) se posait la question de la survivance d'une obligation de non-concurrence lorsque l'entreprise au profit de laquelle elle a été conclue n'a plus d'existence (suite à une procédure de faillite) : la Cour de Cassation énonce très clairement que le salarié reste tenu par son obligation et que l'employeur reste tenu au versement de la contrepartie financière. L'employeur ne peut donc y renoncer, même si l'engagement du salarié n'a plus de cause (puisque l'employeur n'existe plus ou a vocation à disparaître).

On voit bien à la lecture de ces quelques décisions que la jurisprudence encadre strictement le droit par l'employeur de renoncer à une obligation de non-concurrence ; s'il doit apporter le plus grand soin à la rédaction de la clause, il devra également être particulièrement attentif à cette question lors de la rupture du contrat. ■

Les réseaux 3.0 ou comment le « cloud » révolutionne la franchise



Par Marine GAINET
mgainet@dmd-avocats.com

La place prépondérante du e-commerce dans les réseaux de franchise (ou franchise 2.0), bien qu'elle soit réaffirmée, semble aujourd'hui ne plus suffire. Ainsi, de nouveaux « business models » ont vu le jour pour répondre aux enjeux économiques modernes.

Tel est le pari des start-up évoluant dans le monde digital, qui surfant sur la vague du Big Data et de la géolocalisation, se sont lancées dans le développement d'applications pour smartphones et tablettes, que ce soit avec le système d'exploitation iOS ou Android. JobAroundMe, qui permet de géolocaliser les offres d'emplois situés à proximité de l'Utilisateur en temps réel et lui offre la possibilité de postuler à ces offres via son smartphone, apparaît comme l'application la plus significative à cet égard.

La tendance de ces jeunes réseaux réside désormais dans la dématérialisation totale de leurs activités et la duplication de leurs applications, au travers d'infrastructures techniques accessibles depuis le cloud. Le principe consiste à ce que la tête de réseau mette à disposition de ses membres sur le cloud, en mode SaaS (Software As A Service), une application mobile pour que ceux-ci la déploient au sein du territoire européen et offshore.

Ce phénomène n'est pas sans conséquences juridiques, en particulier si cette application a vocation à être développée au niveau international. Au préalable, la tête de réseau ne saurait faire l'impasse, comme dans tout réseau classique, sur la protection de la marque. Après avoir délimité les territoires d'implantation de l'application, il conviendra de déposer la marque, outre à l'INPI, auprès de l'Office d'Harmonisation du Marché Intérieur (OHMI) pour une protection au sein de l'ensemble des états membres de l'Union Européenne et/ou auprès de l'Office Mondial de la Propriété Intellectuelle (OMPI)

pour une protection internationale, à noter que pour certaines destinations en vogue, tels Hong Kong et Macao ne faisant pas partie du système de Madrid, le dépôt de marque se fera directement auprès des offices de propriété industrielle de ces Etats.

Comme tout contrat de franchise, les éléments caractéristiques reposent sur le triptyque marque – savoir-faire – assistance. Toutefois, l'accent sera mis, ici, sur les aspects de propriété intellectuelle, le franchisé pouvant se voir concéder des droits sur le logiciel. La question du transfert du code source de l'application revêt, à ce titre, une importance particulière. En effet, le franchiseur pourra donner accès, partiellement ou totalement, au code source de l'application s'il s'avère indispensable que le franchisé adapte l'application aux spécificités locales. Pour ce faire, le franchiseur devra concéder un droit de modification du code source de l'application. Il convient alors de limiter ce droit de modification à ce qui est strictement nécessaire pour l'exploitation de l'activité franchisée.

Par ailleurs, les données à caractère personnel des utilisateurs dans ce type de contrat représentent une valeur économique fondamentale, d'où la nécessité de respecter les formalités déclaratives à la CNIL puisque un cocontractant pourra exciper du défaut de déclaration pour opposer l'inaliénabilité de ces données (Cass. Com. 25 juin 2013, n°12-17.037). Au meilleur des cas, le franchisé n'aura aucun accès à ces données personnelles. En effet, l'application a été développée par le franchiseur, lequel a engagé les investissements nécessaires à la constitution de la base de données des utilisateurs, le franchisé n'en étant que le collecteur. Il en résulte que le franchiseur aura seul la qualité de responsable de traitement. Dans d'autres cas, par exemple pour éviter les formalités fastidieuses attachées à un transfert de données hors Union-Européenne par la CNIL, le franchisé aura seul la maîtrise de la finalité et du moyen du traitement, le franchiseur étant autorisé à conserver une copie de ces données.

Ces réseaux 3.0, s'ils en sont encore à leurs débuts, deviendront – à coup sûr – incontournables, ne serait-ce qu'en raison de la diminution des coûts d'exploitation. ■

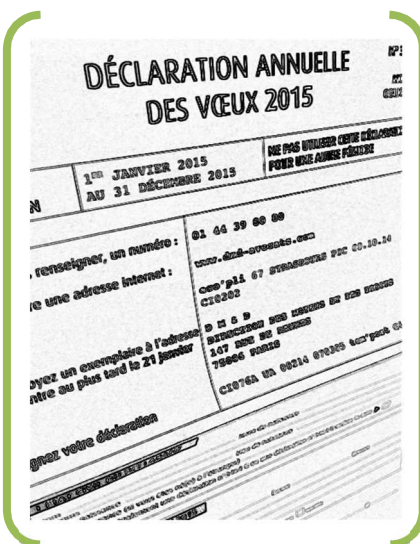
Les données à caractère personnel des utilisateurs dans ce type de contrat représentent une valeur économique fondamentale

And the winner is...

Lawinfrance a déclaré en ces termes élogieux que notre cabinet était le gagnant du concours 2015 des cartes de vœux du monde juridique :

« Le cabinet D M & D, continuellement inventif, nous adresse cette année une "déclaration annuelle des vœux 2015" (papier) plus vraie que nature. Le cabinet joue sur ses initiales D M & D pour créer la Direction des Moyens et des Droits. Cette déclaration drôle et ironique colle à l'actualité juridique et politique de l'année, qui parfois a pu nous sembler absurde... La déclaration se joue de cette absurdité et avec espièglerie nous fait rire. En exemple: les vœux en matière de droit du travail « Si vous

craignez d'être victime d'un choc de simplification, cochez cette case »... « Si vous ne pouvez remplir aucune ligne de ce formulaire (déclarant atteint de phobie administrative), cochez la case... ».



C'est notre gagnant de l'année, non parce que ces vœux sont agréables à l'ouverture de l'enveloppe (imaginez, recevoir une déclaration d'impôt dès janvier...), mais pour l'humour et le soin pris à la création, à la réflexion sur les sujet abordés. Des vœux très travaillés ! »

Pour retrouver toute l'histoire des cartes de vœux de D M & D depuis 2004, suivez ce flashcode :



147 rue de Rennes - 75006 Paris

Tél. 33 1 44 39 00 80

Fax 33 1 40 49 07 44

► www.dmd-avocats.com ◀