



ÉTUDE RELATIVE À L'EXTENSION DU SYSTÈME NORMATIF DE L'OHADA À LA FRANCHISE

31 JUILLET 2019



CONTEXTE

La franchise permet à une entreprise de développer son concept grâce à des distributeurs indépendants, souvent des néo-entrepreneurs, auxquels elle transmet son savoir-faire, met à disposition des signes de ralliement de la clientèle et procure son assistance.

La franchise se développe en Afrique et en particulier dans les États Parties de l'OHADA du fait notamment des nouveaux modes de consommation mais ne fait pas encore à ce jour l'objet de règles communes en vertu d'un Acte Uniforme, en particulier de l'Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général. Les seuls acteurs de la distribution auxquels s'intéresse ce dernier sont les intermédiaires de commerce : commissionnaires, courtiers et agents commerciaux.

L'établissement de règles communes régissant les contrats de franchise dans l'espace OHADA contribuerait à permettre :

- *Aux **franchiseurs** non ressortissants d'un État Partie de développer leur réseau dans les différents pays de l'Espace OHADA tout en étant soumis aux mêmes règles.*
- *Aux **ressortissants des États membres** de devenir franchisés de réseaux de dimension régionale et mondiale ou de développer dans l'espace OHADA leur propre réseau à partir de concepts qu'ils ont créés.*

Si les franchiseurs concluent souvent un contrat avec un master franchisé soumis au droit qui est le leur, les contrats conclus entre le master franchisé et les franchisés sont en général soumis au droit local. Des dispositions uniformes sur la franchise inviteraient à soumettre au droit OHADA non seulement le contrat conclu entre le franchiseur et le master franchisé mais aussi les contrats conclus par ce dernier avec les franchisés, ce qui est plus cohérent.

Telles sont les raisons qui ont conduit à la constitution d'un groupe de travail sous la coordination de la Fondation pour le droit continental et du Conseil Français des Investisseurs en Afrique. Suite à l'accord donné par Monsieur le Secrétaire Permanent pour réaliser une étude relative à l'extension du système normatif de l'OHADA à la franchise, les membres du groupe de travail ont décidé de proposer l'insertion d'un projet de Livre VII bis consacré à la franchise dans l'Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général.

Le groupe de travail a été constitué en tenant compte de la parité zone OHADA/ zone Europe et en s'assurant que l'intérêt des franchiseurs et des franchisés soient équitablement représentés. Chaque rédaction optionnelle a permis de prendre en compte les sensibilités et les nuances apportées par chaque contributrice/contributeur (cf article 1,5, 16).



EXPOSE DES MOTIFS

Le projet d'article 1 définit le champ d'application dans l'espace du projet de Livre VII bis. Suivant une première proposition, les dispositions consacrées à la franchise s'appliquent lorsque le franchisé exerce son activité sur le territoire d'un Etat Partie. Si le franchiseur a son siège dans un Etat tiers, les parties peuvent, en raison de cet élément d'extranéité, choisir la loi applicable à leur contrat, sous réserve de l'application, en tant que lois de police, des projets d'articles 9 et/ou 16. Suivant une deuxième proposition, les dispositions consacrées à la franchise s'appliquent lorsque le franchisé et le franchiseur sont établis sur le territoire d'un ou de deux Etats parties. Elles sont également applicables si le droit international privé désigne la loi d'un Etat partie. Enfin, quelle que soit la loi applicable, les projets d'articles 9 et/ou 16 s'imposent en tant que lois de police lorsque le franchisé exerce son activité sur le territoire d'un Etat partie.

Le contrat de franchise repose sur deux éléments essentiels que sont le savoir-faire et les signes distinctifs de ralliement de la clientèle, tous deux par ailleurs définis (projet d'art. 2). Tout contrat de franchise conclu sans que l'on y retrouve ces deux éléments est nul (projet d'art. 3). S'agissant des autres conditions de fond, il est renvoyé aux droits nationaux, précision faite que ce que l'on appelle parfois l'« erreur sur la rentabilité » ne peut donner lieu à l'annulation du contrat, mais peut, le cas échéant, donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts. Quant à la forme, il est proposé soit de subordonner la validité du contrat à la conclusion d'un écrit, soit au contraire de retenir le principe consensualiste (projet d'art. 5).

Le devoir d'assistance n'est pas tant envisagé comme un élément essentiel du contrat de franchise (un élément qualifiant) que comme une « suite » du contrat de franchise, puisqu'il concerne la mise en œuvre du savoir-faire (projet d'art. 4).

La validité des clauses restrictives de concurrence est subordonnée à leur nécessité quant à la protection du savoir-faire ou au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé, en vertu de la théorie des restrictions accessoires en droit de la concurrence. La question de la validité des clauses post-contractuelles de non-concurrence est toutefois réservée par une disposition plus précise afin d'assurer la meilleure sécurité juridique (projet d'art. 6)

L'interdiction de convenir des prix de revente des marchandises ou de fourniture des services par le franchisé est affirmée sous la réserve de la possibilité de convenir de prix maxima (projet d'art. 7).

Un franchisé conclut en général un contrat de franchise en considération du savoir-faire et des signes de ralliement de la clientèle. C'est pourquoi le contrat est réputé ne pas être conclu, sauf stipulation contraire, en considération de la personne du franchiseur ou de ses organes, ce dont il est tiré qu'il peut être librement cédé à titre particulier ou transmis à titre universel (projet d'art. 8)

Afin que le franchiseur et le franchisé s'engagent en toute connaissance de cause, chaque partie doit communiquer à l'autre, dans un délai raisonnable, un document d'information précontractuelle comportant les informations en considération desquelles l'autre partie décide ou non de contracter. Dans un souci d'assurer la sécurité juridique, il est prévu que seules ces informations sont dues, à l'exclusion de toute autre (projet d'art. 9).

Parce qu'il est de manière générale prévu contractuellement que le local du franchisé est agréé par le franchiseur, le changement de local doit être convenu entre les parties. Toutefois, il est prévu une obligation de renégociation de bonne foi en cas de bouleversement des facteurs locaux de commercialité afin que le franchisé puisse exercer au mieux son activité (projet d'art. 10).

Le prix des approvisionnements du franchisé doit être déterminé, sachant qu'il peut être convenu qu'il sera fixé unilatéralement par le franchiseur. Dans cette hypothèse, et en cas d'abus du franchiseur, le franchisé dispose de mesures correctives (projet d'art. 11).

Il n'est pas rare que le franchiseur et le franchisé soient liés par plusieurs contrats distincts : un contrat de franchise et un contrat d'approvisionnement par exemple. De tels contrats sont par principe indivisibles, raison pour laquelle ils doivent prendre fin au même moment (projet d'art. 12).

Le franchisé ne peut prétendre à aucune indemnité en raison de la seule cessation de ses relations avec le franchiseur (projet d'art. 15) ce qui n'exclut évidemment pas une action en responsabilité en cas de rupture fautive.

À l'expiration du contrat, il est naturel que le franchisé cesse d'exploiter les signes distinctifs de la franchise (projet d'art. 13), mais il a semblé équitable qu'il dispose d'un délai raisonnable pour accomplir les prestations de service en cours et vendre les marchandises en stock sur lesquelles le franchiseur a apposé sa marque, à moins que le franchiseur ne préfère les préempter (projet d'art. 14).

La question sensible de la liberté d'exercice d'une activité par le franchisé qui soit concurrente de celle du franchiseur a conduit le groupe de travail à faire deux propositions (projet d'art. 16). Suivant la première, les clauses de non-concurrence sont valables pourvu qu'elles soient contenues dans les limites précises dans le temps (une année) et l'espace (le local ou le terrain, non l'éventuelle zone d'exclusivité accordée au franchisé) ; suivant la seconde, de telles clauses sont inefficaces, le franchisé pouvant exercer toute activité, même concurrente de celle du franchiseur, dès lors qu'il poursuit son exploitation de manière loyale, sans détourner le savoir-faire acquis et les signes distinctifs de ralliement de la clientèle du franchiseur.



PROPOSITION DE REDACTION – PROJET DE CREATION D'UN LIVRE VII BIS « FRANCHISE » DANS L'AUDCG

1. *« Les dispositions du présent Livre sont applicables lorsque le franchisé exerce son activité sur le territoire d'un État Partie.*

Chaque fois que le contrat est conclu avec un franchiseur ayant son siège dans un État tiers, les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat. Dans ce cas, les articles 9 [et/ou] 16 sont en tout état de cause applicables. »

ou

« Les dispositions du présent livre s'appliquent à tout contrat de franchise :
a) *lorsque le franchiseur et le franchisé ont leur établissement sur le territoire d'un ou de plusieurs États parties ;*
b) *lorsque les règles du droit international privé désignent la loi d'un Etat partie.*

Toutefois, lorsque le franchisé exerce son activité sur le territoire d'un État partie, les articles 9 [et/ou] 16 s'appliquent quelle que soit la loi applicable au contrat. »

2. *Au sens du présent Livre, le contrat de franchise est celui par lequel une personne, le franchiseur, s'oblige à mettre à disposition d'une autre, le franchisé, un savoir-faire et des signes distinctifs de ralliement de la clientèle.*

Le savoir-faire est un ensemble secret et substantiel d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par lui avec succès.

Les signes distinctifs de ralliement de la clientèle sont des signes servant à distinguer les produits ou services du franchiseur.

3. *Au cours de l'exécution du contrat, le franchiseur est tenu d'assister le franchisé dans la mise en œuvre du savoir-faire.*
4. *Le contrat de franchise est nul de nullité relative lorsque le franchiseur ne dispose pas, au moment de la prise d'effet du contrat, du savoir-faire ou des signes distinctifs de ralliement de clientèle qu'il s'est obligé à mettre à disposition du franchisé.*
5. *« Le contrat de franchise n'est soumis à aucune condition de forme. »*

ou

« Le contrat de franchise doit être conclu par écrit à peine de nullité ».

Il est soumis aux conditions de fond qui résultent de la loi applicable au contrat.

Le franchisé ne saurait invoquer la nullité du contrat pour erreur au prétexte qu'il se serait mépris sur les résultats à venir de son exploitation lors de la conclusion du contrat. Il peut néanmoins, le cas échéant, engager la responsabilité du franchiseur.

6. *Sous réserve des dispositions de l'article 16, les clauses restrictives de concurrence d'un contrat de franchise sont valables dès lors qu'elles sont nécessaires à la protection du savoir-faire ou au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau de franchise.*
7. *Le franchiseur et le franchisé ne peuvent convenir du prix de revente des produits par le franchisé ou des prix auxquels les prestations de service seront fournies par ce dernier, sous réserve de la possibilité de convenir de prix maxima.*
8. *Sauf stipulation contraire, le contrat de franchise est réputé ne pas être conclu en considération du franchiseur, de ses dirigeants et de ses associés. Il peut en conséquence être librement transmis à titre universel ou cédé à titre particulier par le franchiseur, cette transmission ou cession n'étant opposable au franchisé qu'une fois celui-ci informé.*
9. *Quarante jours au moins avant la conclusion du contrat de franchise, chaque partie doit communiquer par tout moyen à l'autre un document d'information précontractuelle comportant les informations suivantes :*
 - A. *Informations communiquées par le franchiseur au candidat franchisé*
 - 1° *Quant au franchiseur :*
 - a) *la date de démarrage de l'activité du franchiseur et les principales étapes de son évolution ;*
 - b) *lorsque le franchiseur est une personne morale : l'adresse de son siège social, sa forme juridique, le montant de son capital social ;*
 - c) *l'identité, la formation et le parcours professionnel des dirigeants de l'entreprise du franchiseur ;*
 - d) *la nature des activités du franchiseur et les comptes annuels des deux derniers exercices précédant la délivrance du document d'information précontractuelle ;*

e) les droits du franchiseur sur les marques se rapportant au contrat de franchise, en vertu le cas échéant de l'Accord portant révision de l'Accord de Bangui du 02 mars 1977 instituant une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle ou de toutes autres règles ;

f) la domiciliation bancaire du franchiseur.

2° Quant au marché : une présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat de franchise. Lorsque le franchiseur fournit au franchisé des comptes prévisionnels, il en justifie la teneur par tout moyen, tel que la réalisation d'une étude de marché ou les résultats réalisés par les points de vente comparables situés dans des zones comparables.

3° Quant au réseau d'exploitants :

a) La liste des entreprises qui font partie du réseau avec l'indication pour chacune d'elles de leur mode d'exploitation ;

b) L'adresse des entreprises avec lesquelles le franchiseur qui propose le contrat est lié par des contrats de franchise, ainsi que la date de conclusion ou de renouvellement de ces contrats ;

c) Le nombre d'entreprises qui, étant liées au franchiseur par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours des vingt-quatre derniers mois précédant la délivrance du document d'information précontractuelle ainsi que, pour chacune d'elles, le motif de leur sortie du réseau ;

d) le cas échéant, la présence, dans la zone d'activité de l'implantation prévue par le contrat proposé, de tout établissement dans lequel sont offerts, avec l'accord exprès de la personne qui propose le contrat, les produits ou services faisant l'objet de celui-ci ;

e) le nombre d'entreprises du réseau qui, à la connaissance du franchiseur, a enregistré au cours des deux derniers exercices des pertes d'exploitation ;

4° La copie intégrale du projet de contrat de franchise dont la conclusion est envisagée ainsi que la liste de ses annexes ;

5° La nature et le montant des investissements et autres sommes devant être engagés par le candidat franchisé en raison de la conclusion du contrat de franchise, avant de commencer l'exploitation.

B. Informations communiquées par le candidat franchisé au franchiseur

1° Quant au candidat franchisé :

a) l'identité, la formation et le parcours professionnel des dirigeants de l'entreprise du candidat franchisé ;

b) lorsque le candidat franchisé est une personne morale : l'adresse de son siège social, sa forme juridique, le montant de son capital social et la composition de son actionnariat ;

c) la domiciliation bancaire du candidat franchisé.

2° Le montant des fonds propres et des fonds d'emprunt que le candidat franchisé dédiera avant de commencer l'exploitation de l'activité objet du contrat de franchise.

3° Quant aux autres activités du candidat franchisé :

a) une présentation des autres activités professionnelles exercées par le candidat franchisé, directement ou indirectement, en quelque qualité que ce soit (actionnaire, dirigeant, salarié ou autre) et quelle qu'en soit la nature (concurrente ou non de l'activité objet du contrat de franchise) avec l'indication, pour chacune d'elles, du lieu d'exercice et du temps y étant consacré par le candidat franchisé ;

b) les éventuelles pertes d'exploitation subies par le candidat franchisé au cours des deux derniers exercices dans les sociétés qu'il a pu contrôler ou gérer.

Seules les informations prévues au présent article sont dues entre les intéressés.

10. Chaque fois que la situation du local dans lequel le franchisé exerce son activité est agréée par le franchiseur, un changement de situation du local est subordonné à un accord des parties.

En cas de bouleversement des facteurs locaux de commercialité en cours de contrat, les parties sont obligées de renégocier de bonne foi en vue de s'accorder sur un tel changement.

11. Lorsque le franchisé est tenu de s'approvisionner auprès du franchiseur ou d'un tiers désigné par lui, le contrat prévoit un mode de détermination du prix des approvisionnements.

Lorsque ce prix est, directement ou indirectement, en tout ou partie, déterminé par le franchiseur ou par un tiers désigné par lui, l'abus dans la fixation du prix autorise notamment le franchisé à s'approvisionner auprès d'autrui pour des produits équivalents, sans préjudice de sa faculté d'engager la responsabilité du franchiseur ou de résoudre le contrat.

12. L'ensemble des contrats indivisibles liant le franchiseur et le franchisé ont une échéance commune lorsqu'ils sont tous conclus pour une durée déterminée.

Lorsqu'ils ne le sont pas tous, ils prennent fin en même temps, après un préavis raisonnable, par la notification de la résiliation de celui ou ceux qui le sont pour une durée indéterminée.

13. *À l'expiration du contrat, le franchisé cesse d'utiliser les signes distinctifs de ralliement de la clientèle.*

14. *À l'expiration du contrat, le franchisé dispose d'un délai raisonnable, compte tenu de la nature des produits et les circonstances de la cessation des relations entre les parties, pour accomplir les prestations de service en cours et vendre les marchandises en stock sur lesquelles le franchiseur a apposé sa marque. Toutefois, le franchiseur peut préférer les acquérir, pour le prix auquel les marchandises avaient été acquises par le franchisé.*

15. *Le franchisé n'a droit à aucune indemnité au seul titre de la cessation de ses relations avec le franchiseur.*

16. *« Les clauses qui interdisent au franchisé d'exercer une activité concurrente de celle du franchiseur après l'expiration du contrat ne sont valables que si elles sont limitées à l'utilisation des locaux et des terrains à partir desquels le franchisé a exercé son activité pendant la durée du contrat et si la durée de l'obligation est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord.*

En tout état de cause, le franchisé ne pourra poursuivre son exploitation de manière déloyale, en détournant le savoir-faire acquis et les signes distinctifs de ralliement de la clientèle du franchiseur. »

ou

« A l'expiration du contrat, et nonobstant toute stipulation contraire, le franchisé pourra exercer toute activité, même concurrente de celle du franchiseur, dès lors qu'il poursuit son exploitation de manière loyale, sans détourner le savoir-faire acquis et les signes distinctifs de ralliement de la clientèle du franchiseur. »



CONTRIBUTRICES / CONTRIBUTEURS

Cette étude a été réalisée sous la coordination de la **Fondation pour le droit continental** et du **Conseil Français des Investisseurs en Afrique**.

Le **Professeur Cyril Grimaldi**, Secrétaire Général de l'Association Henri Capitant, Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'Université Paris 13, a assuré la direction scientifique du groupe de travail constitué des personnes suivantes :

- **AKAM AKAM André**, Agrégé de droit privé, Doyen de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Douala
- **ANOU Gérard**, Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'Université de Perpignan
- **BUSTIN Olivier**, Docteur en droit, Avocat aux barreaux de Paris, de Lisbonne et de Kinshasa/Matete
- **CISSÉ Abdoullah**, Professeur titulaire des universités, Doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis, premier Recteur de l'Université Alioune Diop de Bambey
- **DELANNOY Hervé**, Directeur juridique du Groupe Rallye, ancien Président de l'Association Française des Juristes d'Entreprise
- **HAUSMANN Christian**, Avocat honoraire, arbitre, médiateur
- **KAMYA Caline**, Avocate aux Barreaux de Paris et du Cameroun
- **KENFACK Hugues**, Agrégé des Facultés de droit, Doyen honoraire de la Faculté de droit et de sciences politiques de Toulouse, Professeur à l'Université de Toulouse I
- **LECAT Jean-Jacques**, Avocat au barreau de Paris et Président de la commission juridique et fiscale du Conseil Français des Investisseurs en Afrique
- **MARTOR Boris**, Avocat au barreau de Paris
- **MODI KOKO BEBEY Henri**, Agrégé des facultés de droit, Doyen des Facultés des Sciences juridiques et Politiques de l'Université de Dschang, Membre du Conseil Scientifique International de la Fondation pour le droit continental
- **NGWANZA Achille**, Docteur en droit, conseil et Expert en droit de l'arbitrage OHADA
- **SIMON François-Luc**, Avocat au barreau de Paris
- **ZAKHAROVA-RENAUD Olga**, Avocate au barreau de Paris



REMERCIEMENTS

La Fondation pour le droit continental et le Conseil Français des Investisseurs en Afrique tiennent à remercier Monsieur Dorothé Cossi Sossa pour la confiance qui leur a été accordée pour entreprendre ces travaux.

Ils remercient également chaleureusement chacune des personnes du groupe de travail qui ont bien voulu consacrer du temps à ces travaux et y contribuer à la proposition de texte, en particulier Monsieur Cyril Grimaldi, Secrétaire Général de l'Association Henri Capitant, Agrégé des facultés de droit et Professeur à l'Université Paris 13.

Enfin, les deux organismes tiennent à remercier le Ministère français de l'Europe et des Affaires étrangères qui a facilité la mise en place du groupe de travail.