

Rédaction du contrat de franchise : De quelques précautions contractuelles



MERIEM BENIS
Professeure universitaire

Docteur en Droit.

La franchise est un contrat né à l'origine aux États-Unis, après la seconde guerre mondiale sous le nom de franchising. Importé en France dans les années 1970, le mécanisme est connu sous l'appellation de franchise et peut être défini comme « le contrat synallagmatique à exécution successive, par lequel une entreprise dénommée franchiseur confère à une ou plusieurs autres entreprises, dénommées franchisées, le droit de réitérer sous son enseigne, à l'aide des signes de ralliement de la clientèle et de son assistance continue, le système de gestion préalablement expérimenté par elle et devant grâce à l'avantage concurrentiel qu'il procure, raisonnablement permettre à un franchisé diligent de faire des affaires profitables ».

Le contrat de franchise n'a jamais fait l'objet d'une organisation légale en droit marocain. Pareillement en droit français, aucun texte spécial ne régit ce type de contrat. Il demeure donc, aussi bien en droit français que marocain, un contrat innomé. La conséquence pratique, est que les conventions des parties doivent être exprimées avec une précision accrue et un champ de précision plus grand que les contrats nommés : il faut donc prévoir tout ce que les parties veulent voir mis en œuvre et ce, dans le respect des diverses branches du droit confluant dans l'opération.

Partant et compte tenu des intérêts pratiques de la franchise, figure fondamentale du commerce contemporain, il est dans l'intérêt des parties au contrat, de veiller scrupuleusement à la rédaction de certaines clauses inhérentes audit contrat. En ce sens, la rédaction du contrat cadre de franchise, dont le but est d'organiser les relations entre la tête de réseau et ses affiliés, constitue une étape déterminante qui impose un soin tout particulier. En effet, même excellent au plan du concept commercial, un réseau mal construit juridiquement aura toutes les chances de se trouver assez rapidement en situation de blocage. C'est pourquoi, tant au niveau de l'exécution que de la cessation des relations contractuelles, la vigilance des parties est de mise sur la qualité et la portée de certaines clauses du contrat de franchise.

nécessaire à l'efficacité commerciale¹. Il confère également un avantage stratégique. En ce sens, le savoir faire transmis, ne doit pas être banal². Le savoir faire peut ainsi être défini, comme un ensemble finalisé de connaissances pratiques, transmissibles, non immédiatement accessibles au public, non brevetées³ et conférant à celui qui maîtrise cet ensemble, un avantage concurrentiel.

Il doit donc exister lors de la conclusion du contrat mais également tout le long de l'exécution dudit contrat : le savoir-faire devant être transmis de façon continue au franchisé. De plus, étant censé procurer un avantage concurrentiel, il doit être constamment actualisé et adapté aux évolutions du secteur économique considéré⁴ et aux évolutions technologiques.

Il est donc vivement conseillé aux parties, de protéger la divulgation éventuelle du savoir-faire, en prévoyant lors des pourparlers, une clause de confidentialité au sein du contrat de réservation. Cette clause doit bien entendu être réitérée au sein du contrat de franchise.

Bien plus, de fréquentes contestations s'élèvent en pratique sur la réalité de la transmission ou l'originalité du savoir-faire. Pour les éviter, il convient de décrire très précisément le savoir-faire transmis dans le contrat et de l'accompagner de la remise d'une « bible » ou manuel

I- CLAUSES RELATIVES A L'EXECUTION DU CONTRAT

A. CLAUSES DE TRANSMISSION DU SAVOIR FAIRE, DE MISE A DISPOSITION DES SIGNES DISTINCTIFS ET D'ASSISTANCE TECHNIQUE

Au cœur du contrat de franchise, le savoir-faire (know how), est par excellence l'arme de compétition économique : il procure à celui qui le maîtrise, l'aptitude à obtenir un résultat, qui sans lui n'aurait pas été atteint avec l'exactitude

¹ Douai, 30 juin 2010, LawLex11224 ; Paris, 17 mai 2017, LawLex17895

² Cass. com., 3 mai 2012, LawLex12684

³ Orléans, 8 sept. 1997, LawLex025038 ; Versailles, 2 sept. 2014, LawLex14862

⁴ CA Paris, 15 oct. 2003 : JurisData n° 2003-225457

Paris, 12 oct. 2016, LawLex161694 ; 28 févr. 2018, LawLex18372

opérateur récapitulant l'ensemble de ses règles de la manière la plus exhaustive possible⁵.

Quand à la mise à disposition des signes de ralliement, elle s'analyse comme une licence de marque, et vise le contrat par lequel le titulaire d'une dénomination ou d'un logo, déposés à titre de marque, donne l'autorisation au franchisé de s'en servir à titre d'enseigne et dans sa communication publicitaire selon les spécifications du titulaire, mais sans pouvoir s'en servir à titre de marque, c'est-à-dire l'apposer sur ses produits.

À noter qu'il est nécessaire en la matière, que les clauses du contrat de franchise prévoient les modalités de la mise à disposition des signes de ralliement : par exemple, s'agira-t-il d'une licence de marque ou d'un prêt d'enseigne ? Le franchiseur devra en outre, sécuriser ses droits sur la marque et protéger le franchisé contre les agissements des tiers, qui seraient tentés d'usurper abusivement les signes distinctifs du réseau.

Enfin et s'agissant de l'assistance technique, la franchise entraîne une obligation permanente d'information et d'assistance commerciale et technique du franchisé, pour lui communiquer chaque fois que nécessaire, les éléments complétant les éléments initiaux ou s'y substituant. En tout état de cause, les contours et modalités de cette assistance technique doivent être précisés au sein du contrat, la liberté contractuelle prévalant en la matière : il faudra donc veiller à en définir clairement les limites en se gardant d'employer des formules trop générales, qui risquent de faire du franchisé, un assisté.

B. CLAUSES D'EXCLUSIVITE

À l'inverse du contrat de concession exclusive, qui ne saurait se concevoir sans exclusivité territoriale, le contrat de franchise peut exister avec ou sans clause d'exclusivité⁶. En effet, l'exclusivité territoriale, n'est pas en elle-même un élément essentiel de la franchise et il appartient aux juges du fond, d'apprécier en quoi cette exclusivité, pouvait être déterminante de la volonté des parties de contracter⁷. En outre, il n'entre d'ailleurs pas dans l'objet spécifique de la franchise, de protéger le franchisé de la concurrence d'autres franchisés, dans la même zone de chalandise durant l'exécution du contrat.

Il n'en demeure pas moins, qu'un engagement d'exclusivité peut naturellement être stipulé à la charge du franchiseur ou du franchisé.

Dans le premier cas, le franchiseur s'engage envers le

franchisé à une d'exclusivité territoriale et de clientèle. Par exemple, la clause dite de densification du territoire peut compléter utilement la clause d'exclusivité territoriale. Une telle clause, impose au franchisé, sous peine de perdre son exclusivité territoriale, d'ouvrir un nouveau point de vente si un certain volume d'activité est atteint sur le premier point de vente.

L'intérêt d'une telle clause, permet au franchiseur d'éviter de perdre de l'activité sur le territoire exclusif, au cas où le point de vente ou de service serait saturé. Le volume d'activité seuil, correspondant à une éventuelle saturation, est évidemment souvent délicat à fixer. Néanmoins, une telle clause est indubitablement dans l'intérêt des deux

La rédaction du contrat cadre de franchise, dont le but est d'organiser les relations entre la tête de réseau et ses affiliés, constitue une étape déterminante qui impose un soin tout particulier

parties, puisque l'entreprise du franchisé peut prospérer grâce à cette clause et le franchiseur, ne perdra pas non plus des redevances, ce qui serait le cas si le salon saturé laissait partir les clients auprès des autres enseignes.

En outre, précisons que quelle que soit la nature de l'exclusivité concédée au franchisé (exclusivité de franchise, exclusivité d'implantation, et exclusivité de fourniture), le franchiseur conserve le droit de mettre en place un site internet, en vue de distribuer ses produits sur le net. En effet, la jurisprudence française ne considère pas la création d'un tel site, comme un point de vente dans le secteur protégé⁸. C'est pourquoi le franchisé a tout intérêt à négocier l'insertion d'une clause spécifique par laquelle, il percevra une commission sur les ventes donnant lieu à une livraison sur son territoire.

De ce qui précède, il est dans l'intérêt bien compris des parties, de délimiter la clause d'exclusivité territoriale de façon précise et cette délimitation géographique peut se faire par la référence à la circonscription administrative ou par l'indication d'un certain rayon autour du point de vente franchisé, en y adjoignant par exemple, un plan annexé au contrat et signé des deux parties. Il faut éviter toute ambiguïté : la limitation de la zone d'exclusivité doit bien être réfléchie avant la signature du contrat, car elle reçoit ensuite une interprétation stricte. En effet, il conviendra de préciser ce que s'interdit le franchiseur afin que l'on sache de quelle exclusivité il s'agit (de clientèle, de fourniture, de marque...). S'interdira-t-il par exemple, de conférer une autre franchise sur le territoire et de commercialiser lui-même le produit ? Il conviendra également de préciser ce qui est interdit ou permis au franchisé. Enfin, il nous paraît en outre utile, de prévoir les sanctions afférentes à la violation de l'exclusivité territoriale : une clause pénale pourrait être prévue en ce sens, si le franchisé a recours

⁵ Paris, 12 oct. 2016, *LawLex161694* ; 28 févr. 2018, *LawLex18372*

⁶ Cass Civ 16 janvier 1990 D 1990 Som com 369 ; Paris 5 e A 12 janvier 1994 *JurisData* n° 020468

⁷ Cass Com 9 nov 1993 n° 91-20.382 *Jurisdata* n° 1993-002384

⁸ Cass. com., 14 mars 2006, n° 03-14.639 : D. 2006, p. 1901

par exemple, à des ventes actives interdites sur le territoire d'un autre franchisé, et une clause résolutoire de plein droit, pourrait également être stipulée.

Dans le second cas et lorsque le franchisé contracte un engagement d'exclusivité au profit du franchiseur, cet engagement se matérialise concrètement par l'obligation du franchisé de s'approvisionner exclusivement auprès du franchiseur ou auprès de fournisseurs référencés par celui-ci. Cette obligation peut ne porter, que sur un pourcentage des approvisionnements : la clause est dite d'approvisionnement exclusif. Elle n'est valide que si elle est nécessaire à la cohésion du réseau, en raison de la spécificité des marchandises vendues⁹. De même, les clauses de quotas, moins contraignantes que la clause d'approvisionnement exclusif, obligent le franchisé à acheter une certaine quantité de marchandise ou à faire un chiffre d'affaire minimal auprès du fournisseur. Tout dépend donc de la quantité que le distributeur s'est obligé à acheter ou du chiffre d'affaires, qu'il s'est engagé à faire. Des lors et si cette quantité est raisonnable à ses besoins, une fois le quota atteint, il pourra s'adresser à d'autres fournisseurs.

Il importe donc de bien rédiger la clause afférente à l'exclusivité contractée par le franchisé au profit du franchiseur, pour que la nature de son engagement, soit exempte de chicanes. S'engage-t-il à réaliser le quota (obligation de résultat) ou à tout mettre en œuvre pour atteindre un objectif de chiffre d'affaires (obligation de moyens) ?

Il conviendra par ailleurs, d'indiquer les conséquences en cas de non réalisation du quota par le franchisé. Encourt-il la résiliation ou perd-il uniquement l'exclusivité concédée sur le territoire contractuel ?

C. CLAUSES D'INTUITU PERSONAE

La clause d'intuitu personae est une clause très courante du contrat de franchise. Il s'agit d'une clause qui confère au contrat de franchise un caractère intuitu personae, ce qui littéralement, signifie que le contrat est conclu en considération de la personne. La clause d'intuitu personae incluse dans un contrat de franchise, est un peu singulière puisqu'en pratique, elle s'avère rarement bilatérale.

En réalité, une telle clause est la plupart du temps unilatérale et ce, au profit du franchiseur. En effet, le réel enjeu de l'intuitu personae concerne le franchiseur, qui a sélectionné le franchisé sur des critères précis et ne souhaite pas se retrouver lié avec un nouveau franchisé, sans l'avoir au préalable agréé. L'insertion de la clause

d'intuitu personae faisant de la personne du seul franchisé un élément essentiel du contrat, répond à deux objectifs.

D'abord, elle permet de protéger efficacement le savoir-faire du franchiseur en cas de changement dans la composition du capital du franchisé ou lorsque celui-ci entend céder son exploitation à un concurrent¹⁰. Si par exemple une société franchisée cède son contrat à un tiers, le franchiseur ne pourra être lié contractuellement à ce tiers, sans son accord. L'arrivée de ce tiers peut avoir lieu en cas de cession (totale ou partielle), de fusion-absorption... Ensuite, elle paralyse tout contentieux en cas de cession de son fonds de commerce par le franchiseur ou de substitution de franchiseur, en le dispensant d'obtenir l'autorisation préalable de ses franchisés¹¹.

La jurisprudence française refuse d'imposer au franchiseur l'obligation de motiver son refus d'agrément, bien qu'elle sanctionne l'abus du droit de ne pas agréer

Ainsi, il est loisible au franchiseur de prévoir au sein du contrat de franchise, les clauses par lesquelles il pourra décider ou contrôler la transmission du contrat de franchise. Ces clauses obéissent à l'exigence de loyauté contenue à l'article 230 du Dahir portant Code des obligations et des contrats. Tel est le cas de la clause relative à l'agrément du candidat cessionnaire au contrat de franchise, ou des clauses de préemption prévues en cas de vente des actions ou parts de la société franchisée ou en cas de vente du fonds de commerce par le franchisé.

Ainsi et s'agissant de la clause relative à l'agrément du cessionnaire du franchisé, celle-ci permet au franchiseur d'agréer ou non le candidat à la reprise en cas de transfert du contrat de franchise. La jurisprudence française refuse d'imposer au franchiseur l'obligation de motiver son refus d'agrément, bien qu'elle sanctionne l'abus du droit de ne pas agréer¹². En tout état de cause et en cas d'agrément par le franchiseur, le franchisé cédant, reste tenu de l'exécution du contrat en cours.

Il appartient donc d'une part, au franchiseur s'il décide de libérer expressément le franchisé cédant, de veiller à recevoir des suretés équivalentes pour garantir les dettes du repreneur. D'autre part, il nous paraît opportun que les parties, lors de la rédaction d'une telle clause, prévoient toutes les modalités de réalisation de l'opération projetée, tels les éléments que doit contenir la notification, pour que le franchiseur puisse faire valablement son choix (identification du repreneur, motifs des parties, description du projet de financement projeté, le projet d'acte de cession sous conditions suspensive de l'accord du franchiseur.....), le délai de réponse du franchiseur, ou celui dont disposera le franchisé pour réaliser l'opération une fois l'agrément

⁹ CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 3 avr. 2013 : JurisData n° 2013-006467 ; CA Paris 19 mai 2010, JurisData n° 2010-011820

Paris, 3 juill. 1998, LawLex021099 ; Cass. com., 15 janvier 1991, LawLex024436

¹⁰ Paris, 10 mai 2017, LawLex17876 ; 15 déc. 2017, LawLex171898 ;

7 mars 2018, LawLex18393

¹¹ Cass. com., 3 nov. 2004, n° 02-17.919 : JurisData n° 2004-025481.

¹² CA Dijon, 1re ch., 8 avr. 2010, n° 09/00679 : JurisData n° 2010-006435 ; JCP E 2010, 1412 ; Cass. Com 27 avril 2011 n° 10-15.528

obtenu. La clause peut du reste, prévoir les critères sur lesquels sera motivé le refus éventuel d'agrément.

II- CLAUSES RELATIVES A L'APRES CONTRAT

A- CLAUSES DE DUREE, DE TACITE RECONDUCTION ET DE PREAVIS

Les clauses relatives à la durée, au renouvellement et à la cessation du contrat sont en pratique, importantes. Compte tenu du caractère successif du contrat de franchise, les parties peuvent ainsi s'accorder sur une durée inhérente au contrat de franchise, laquelle est souvent fonction de la période nécessaire pour que les investissements et dépenses exposées, soient convenablement amortis. L'imagination des concepteurs du contrat, peut donc se donner libre cours et adapter la période contractuelle, au rythme économique de la franchise.

Ainsi, il est loisible aux parties de s'accorder sur un terme fixe, à l'expiration duquel, le contrat prendra fin de plein droit. La survenance du terme, entraînera donc l'extinction automatique du contrat à durée déterminée.

Lorsque les parties souhaitent poursuivre leur collaboration, elles peuvent toutefois prévoir un renouvellement du contrat : le franchiseur peut proposer un nouveau contrat au franchisé, mais le contrat peut également être reconduit tacitement. Il incombe alors aux parties de prévoir aux termes des clauses du contrat de franchise, les conditions du renouvellement ou de non-renouvellement. Par exemple, et en cas de renouvellement du contrat, il est conseillé aux parties d'indiquer au sein du contrat de franchise, si le renouvellement du contrat donnera lieu ou non au versement d'une redevance forfaitaire (droit de maintien ou de renouvellement). Son montant doit être logiquement inférieur à celui du droit d'entrée, puisque la formation initiale, l'assistance au démarrage n'ont plus lieu d'être prises en compte ; la redevance de renouvellement peut trouver sa justification (stage de remise à niveau ou formation complémentaire par exemple...).

Le contrat peut également se poursuivre par tacite reconduction, dont l'effet est, sauf clause contraire, de faire naître un contrat nouveau¹³ dont le contenu est identique au précédent, mais dont la durée est indéterminée. Pour éviter cette situation, il est recommandé aux contractants

qui continuent d'exécuter à titre précaire, certaines de leurs obligations après la fin du contrat initial, de préciser clairement par écrit, que la poursuite des relations contractuelles, se fait à titre transitoire et précaire, qui ne saurait durer au delà de cette date. Naturellement, les parties ont toute latitude de stipuler une clause de tacite reconduction, en précisant expressément, que le contrat renouvelé, sera de la même durée que le contrat antérieur.

Sauf clause contraire, il n'existe aucun droit au renouvellement du contrat de franchise à durée déterminée au profit du franchisé. Le non renouvellement est donc un droit pour le franchiseur et ce même si le franchisé a parfaitement rempli ses obligations contractuelles¹⁴. Bien plus, et sauf abus de la part du franchiseur¹⁵, ce dernier n'est nullement tenu de motiver sa décision de non renouvellement.

Lorsque le contrat de franchise est à durée indéterminée, chacune des parties peut y naturellement, y mettre fin sous réserve de respecter une clause relative au préavis, laquelle devra prévoir la durée du préavis, ainsi que ses modalités d'exercice.

B -CLAUSES DE PROTECTION DU CONCEPT

L'utilisation des signes distinctifs postérieurement à la rupture du contrat, peut constituer le fondement à une action en concurrence déloyale et parasitisme intentée par le franchiseur contre le franchisé, qui maintient à l'égard des tiers, son appartenance fictive au réseau¹⁶. Néanmoins, protéger le concept du franchiseur après la fin du contrat de franchise sur le terrain de la concurrence parasitaire n'est guère évident, compte tenu de la difficulté des preuves à apporter : il faut en effet démontrer, en quoi le savoir faire du franchiseur, mérite une protection par le parasitisme.

C'est pourquoi, le franchiseur, soucieux de protéger son concept, à donc intérêt à prévoir au sein du contrat de franchise des clauses contractuelles, destinées à la protection de son concept. Partant, il suffit par une clause très précise insérée au sein du contrat de franchise, signé par le franchisé en connaissance de cause, de prévoir les éléments du concept, que ce dernier ne sera plus fondé

à utiliser à la cessation du contrat de franchise et ce afin de circonscrire, de sa part, toute contestation éventuelle en fin de contrat.

En réalité, l'obligation de restitution et de cessation d'usage

Tant en droit français qu'en droit marocain, la clause de non-concurrence, doit être limitée dans le temps et dans l'espace. Elle n'est en outre valable, que si elle sert à protéger l'intérêt légitime du créancier

¹³ Cass Com 22 mars 2016 n° 14-16.610 JurisData n° 2006-005479

¹⁴ CA Paris 30 oct 2003 LPA 8 MARS 2006 p 9

¹⁵ Cass Com 23 mai 2000 n° 97-10.553 RTD civ 2001 p 137 « Constitue un abus de droit, le fait pour le franchiseur d'avoir entretenu le franchisé dans l'illusion que le contrat sera renouvelé » ; Cass Com 3 nov. 2004, n° 02-17.919 ; JurisData n° 2004-025481 ; RDC 2005,

p. 288 « Constitue un abus de droit lorsque le franchiseur impose à son partenaire, la réalisation d'investissements importants peu avant l'échéance du terme »

¹⁶ Loi. n° 17-97, art. 184, relative à la protection de la propriété industrielle promulguée par Da. n° 1-00-91, 15 févr. 2000 ; DOC, art. 84

se justifie, par la nécessité d'empêcher le franchisé une fois sorti du réseau auquel il n'appartient plus, de faire croire à la clientèle qu'il en fait toujours partie et partant, de continuer à profiter indument du pouvoir attractif du réseau auquel il cesse d'appartenir.

En tout état de cause, la recherche de la technique appropriée pour être sur que l'ancien franchisé ne se servira plus dudit matériel, n'est guère évidente, car tout dépend de la nature, de la valeur et de la durée d'amortissement des objets à neutraliser. Par exemple, recourir au dépôt ou au prêt à usage gratuit, contraint bien le franchisé à restitution, mais ces formules ne sont guère économiquement attractives, car c'est le franchiseur qui supporte le poids de l'investissement. Il n'en demeure pas moins, que quelque soit la technique choisie par les parties, il nous paraît opportun, que cette clause de neutralisation soit assortie d'une clause pénale, afin d'inciter le franchisé à procéder spontanément à la restitution. Un état des lieux pourrait au demeurant être prévu par les parties, afin de constater contradictoirement que les éléments du concept ne sont plus usités.

C-CLAUDE DE NON CONCURRENCE OU DE NON AFFILIATION POST CONTRACTUELLES

S'agissant de la clause de non-concurrence post-contractuelle, elle est fréquemment inhérente à la franchise, dans la mesure où elle permet d'assurer la non-exploitation après la cessation des relations contractuelles, du système franchisé par l'ancien franchisé. Elle est l'une des contreparties de tout ce qui lui a été transmis pendant le contrat.

Tant en droit français qu'en droit marocain, la clause de non-concurrence¹⁷, doit être limitée dans le temps et dans l'espace¹⁸. Elle n'est en outre valable, que si elle sert à protéger l'intérêt légitime du créancier. La restriction imposée à l'ancien franchisé doit en effet être limitée au strict nécessaire¹⁹. Ainsi, l'existence d'un savoir-faire spécifique en matière de franchise, ou l'intérêt du franchiseur à protéger la réputation du réseau²⁰ justifient amplement l'obligation de non-concurrence.

Enfin, la clause doit être proportionnée aux intérêts légitimes du contractant au regard de l'objet du contrat²¹ : en ce sens, elle ne doit pas constituer une restriction d'activité imposée au débiteur, de poursuivre l'exercice de sa profession²². En effet, la protection d'un savoir-faire de faible technicité ne justifie pas l'imposition d'une clause de non-concurrence qui couvre un rayon de 50 km autour du point de vente²³ ou qui n'est pas limitée aux locaux du franchisé²⁴.

A notre sens, et afin de limiter la contestation éventuelle du franchisé qui souhaiterait annuler une telle clause, au motif qu'elle ne remplit pas les conditions de validité

requises, il paraît utile pour le franchiseur, d'obtenir la reconnaissance par le franchisé au sein du contrat de franchise, que cet engagement de non concurrence est en effet, indispensable à la protection du savoir faire transmis.

Bien plus, le risque juridique attaché à la clause de non-

En effet, entre la clause de non réaffiliation et celle de non concurrence subsiste une identité de régime juridique : la clause de non réaffiliation doit être limitée dans le temps et dans l'espace, et être proportionnée aux intérêts légitimes à protéger

concurrence, peut être évité en lui préférant une clause de confidentialité, définissant strictement les conditions de la protection du savoir-faire du franchiseur.

Quand aux clauses de non réaffiliation, elles apparaissent moins restrictives que les clauses de non concurrence post contractuelles, car elles n'empêchent pas le franchisé d'exercer la même activité sur son territoire, mais seulement de s'affilier à un réseau concurrent. En effet, tandis que la clause de non concurrence post contractuelle a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé, d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, la clause de non réaffiliation, se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau, car ce ralliement pourrait se solder par la perte d'un point de vente et par l'avantage que retirerait le réseau concurrent du savoir-faire divulgué.

En pratique, les clauses de non réaffiliation, sont soumises aux mêmes conditions de validité²⁵ que les clauses de non concurrence post contractuelles. En effet, une identité de

¹⁷ M. Benis, *L'obligation de non-concurrence dans le contrat de travail : Droit et Stratégie des Affaires au Maroc 2014, dossier 5*

¹⁸ Paris Pole 6 Ch 2 2 avril 2009 Jurisdata n° 2009-376463 ; Cass Com 24 nov 2009 n° 08-17.650 JurisData n° 2009-050560

¹⁹ Cass. com., 18 déc. 2007, n° 05-21.441, n° 06-10.381 : JurisData n° 2007-042105

²⁰ Cass. com., 22 févr. 2000, n° 97-15.560 : Contrats, conc. consom. 2000, comm. 92

²¹ Cass Com 12 mars 2002 n° 99-14.762 ; Cass Com 18 dec 2007 n° 05-21.441 et 06-10.381

²² CA Rennes, 22 janv. 2008 : JurisData n° 2008-000882

²³ Bourges, 10 sept. 2015, LawLex151113

²⁴ Paris, 13 déc. 2017, LawLex172064

²⁵ Cass. com., 17 janvier 2006 n° 03-12.382 Jurisdata n° 2006-031799 ; Cass Com 28 sept. 2010, n° 09-13.888 JurisData n° 2010-017073

régime juridique s'observe en la matière, puisque la clause de non réaffiliation doit également être limitée dans le temps et dans l'espace²⁶, et être proportionnée aux intérêts légitimes à protéger²⁷, c'est-à-dire au savoir faire transmis au franchisé. En outre, elle ne doit pas empêcher le débiteur de cette obligation de poursuivre son activité : le cas échéant, la clause encourt le grief de la nullité²⁸.

D- CLAUSE DE CONFIDENTIALITE POST CONTRACTUELLE

Afin d'assurer la protection de son savoir faire, les franchiseurs prévoient souvent dans le contrat de franchise, une clause de confidentialité post-contractuelle. En vertu de cette clause, le franchisé s'engage à ne pas divulguer les informations concernant le savoir-faire et les techniques commerciales dont il a eu connaissance lors de l'exécution du contrat, à quiconque après la rupture du contrat. La validité d'une telle clause est admise en droit²⁹ et sa mise en œuvre, produit certains effets juridiques à l'égard du franchisé.

La confidentialité est en effet, l'une des caractéristiques de la vie des affaires. Dans l'entreprise, le secret joue un rôle particulièrement important, stratégique même dans la défense des positions commerciales ou industrielles. En matière de franchise, la valeur commerciale du savoir-faire réside essentiellement dans son caractère de confidentialité. Aussi, les franchiseurs veillent fréquemment à insérer dans leurs contrats, une clause de confidentialité post-contractuelle³⁰, appelée aussi par la pratique clause de secret, ou clause de non révélation ou de non-communication³¹, interdisant au franchisé, après la cessation du contrat de franchise, de divulguer ou communiquer, à qui que soit, le savoir-faire qu'il a pu acquérir du franchiseur à l'occasion de l'exécution du contrat.

Une telle clause peut, parfois, être limitée dans le temps. Telle est la clause de confidentialité qui prévoit que



« le franchisé s'engage pour la durée du présent contrat et pour une durée de cinq ans après sa fin, quel que soit son mode de rupture, à ne pas communiquer, divulguer ou exploiter pour lui-même en dehors du réseau, ou pour le bénéfice d'un tiers, personne physique ou personne morale, toute information, connaissance ou savoir-faire confidentiels concernant le système d'exploitation de la franchise, objet du présent contrat »

L'arbitrage et la médiation sont des modes alternatifs de résolution des litiges que les parties ont intérêt à prévoir dans leur contrat, en raison des avantages qu'ils offrent.

Mais le plus souvent, elle n'est pas limitée dans le temps. Sa durée est, en fait, liée à l'utilité qu'elle présente pour le franchiseur. En d'autres termes, le franchisé se trouve tenu après la cessation des relations contractuelles autant que le savoir-faire demeure non révélé.

Toutefois, il faut noter que si le principe est la validité de la clause de confidentialité, ce principe n'est cependant pas absolu. En effet, la clause de confidentialité est fonctionnelle. Sa raison d'être est liée à l'intérêt que trouve le franchiseur au secret du savoir-faire. Par conséquent, dès lors que les informations confidentielles

sur le savoir-faire sont, par un biais ou un autre, tombées dans le domaine public, la clause de confidentialité perd sa légitimité : le secret n'existe plus à partir du moment où l'information est partagée.

²⁶ Cass Com 3 avril 2012 n° 11-16.301 JurisData n° 2012-006417

²⁷ Cass Com 30 mai 2012 n° 11-18.779 JurisData n° 2012-013026

²⁸ Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-27.068 : JurisData n° 2012-030108

²⁹ Cass. com., 2 avril 1979, RTD civ. 1979, p.812, obs. G. Cornu

³⁰ M.-A. Moreau, La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité, Dr et pat. 1999, n° 69, p.56.

³¹ G. Virassamy, Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise, RTD com.1988, p.179.

En tout état de cause, la clause de confidentialité insérée dans le contrat de franchise détermine les informations qui ne doivent pas être révélées par le franchisé après la cessation des relations contractuelles. Une pareille précision a le mérite, d'une part, d'éviter toute discussion au sujet du caractère confidentiel ou non de certaines informations et, d'autre part, de faciliter la constitution de la preuve en cas de violation de la clause de confidentialité par le franchisé.

E-CLAUSE DE TRAITEMENT DES LITIGES

Afin d'éviter d'avoir recours au juge, les parties peuvent stipuler un certain nombre de clauses dont l'objet est de minimiser le risque de contentieux, lorsque la cessation de contrat s'accompagne de la survenance éventuelle d'un différend entre parties. Celles-ci peuvent par exemple, prévoir une clause pénale, dont l'objet est d'évaluer forfaitairement et par avance, l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée.

En droit marocain, la clause pénale est considérée comme une réparation du dommage subi par le fait de la non-exécution ou le retard dans l'exécution. En vertu des dispositions de l'article 264, (modifié par la loi n° 27-95 du 11 août 1995) du dahir formant code des obligations et des contrats en date du 12 août 2013, qui constitue le cadre légal de la clause pénale « Les dommages sont la perte effective que le créancier a éprouvée et le gain dont il a été privé, et qui sont la conséquence directe de l'inexécution de l'obligation. L'appréciation des circonstances spéciales de chaque espèce est remise à la prudence du tribunal : il doit évaluer différemment la mesure des dommages-intérêts, selon qu'il s'agit de la faute du débiteur ou de son dol. Les parties contractantes peuvent convenir des dommages-intérêts dus au titre du préjudice que subirait le créancier en raison de l'inexécution totale ou partielle de l'obligation initiale ou en raison du retard apporté à son exécution. Le tribunal peut réduire le montant des dommages-intérêts convenu s'il est excessif ou augmenter sa valeur s'il est minoré comme il peut réduire le montant des dommages-intérêts convenu, compte tenu du profit que le créancier en aurait retiré du fait de l'exécution partielle de l'obligation »

D'autres clauses peuvent également être prévues. Telle est le cas de la clause de médiation et de conciliation préalable. La médiation conventionnelle, est une méthode amiable et non-contraignante de règlement des différends entre les parties, permettant de faciliter les transactions élaborées par les parties, dans le cadre d'un processus librement consenti, avec l'aide d'un médiateur choisi par elles. L'organisation et l'encadrement de cet outil de prévention du procès, a été introduit dans le droit positif marocain par le dahir n° 01-07-169 du 30 novembre 2007, portant promulgation de la loi n° 08-05, abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du Code de procédure civile.

La médiation ne doit pas cependant être confondue avec la conciliation. « Le médiateur a pour mission d'aider les parties à parvenir à un accord ; il s'efforce de clarifier leurs points de vue respectifs et de les rapprocher pour qu'elles puissent parvenir elles-mêmes à une solution de compromis », alors que le conciliateur est celui « qui après avoir rencontré séparément ou ensemble les parties,

propose lui-même à ces dernières un accord transactionnel susceptible de constituer une juste issue au différend qui les oppose. Par son action, le conciliateur joue un rôle sans doute plus (...) directif que le médiateur (...)»³² ».

En tout état de cause et aux termes des dispositions de l'article 327-55 du Code de procédure civile marocain, la médiation peut porter sur un différend survenu, ou sur le point de survenir, entre les parties (« afin de prévenir ou de régler un différend »). Dans ce contexte, les parties peuvent convenir de la désignation d'un médiateur (CPC., art. 327-55) qui sera « chargé de faciliter la conclusion d'une transaction mettant fin au différend.» On rappellera à cet égard la rédaction parallèle de l'article 1098 du DOC relatif à la transaction, qui met fin, également, à un litige né ou à naître : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation moyennant la renonciation de chacune d'elles à une partie de ses prétentions réciproques (...) ».

Enfin, on peut faire état de la clause attributive de juridiction ou de la clause d'arbitrage. Les parties peuvent stipuler une clause attributive de compétence territoriale à tel tribunal choisi. Cette clause est licite entre commerçants et peut donc être valablement prévue au sein du contrat de franchise.

De même, le recours à l'arbitrage, dont l'objet est de faire résoudre un litige par une autorité privée, en soustrayant celui-ci à la juridiction de droit commun, présente bon nombre d'avantages. En effet, la particularité de la justice arbitrale ne tire pas son originalité de son résultat qui vise à trancher un différend, mais tient au fait qu'elle se déroule dans une atmosphère moins contentieuse et donc plus favorable à la conciliation. Les règles de la procédure arbitrale ne sont pas les mêmes que celles d'une procédure de droit commun et l'arbitre, est plus expert en la matière que le juge étatique, cumulant souvent les compétences du juge et de l'expert. Il peut en outre, n'étant pas un juge permanent et professionnel, rendre sa sentence plus rapidement. Néanmoins, la rapidité liée à l'arbitrage, constitue souvent une justice un peu plus chère, ce qui représente un surcoût par rapport à la justice étatique. Enfin, la confidentialité qui s'attache à l'arbitrage, apparaît comme un palliatif, aux inconvénients inhérents à la publicité des débats, et permet aux parties de préserver une certaine discrétion sur leurs affaires, qu'elles souhaitent ne pas voir ébruiter.

En conclusion, le contrat de franchise est un élément essentiel à la relation entre franchiseur et franchisé. Il est primordial d'être particulièrement attentif lors de la confection de ce document, pour lequel il est important de rédiger avec le plus grand soin et vigilance, les clauses y afférentes et ce, dans le dessein de circonscrire la survenance éventuelle de futurs litiges entre les deux parties.

Les relations entre franchiseur et franchisé reposent en effet, sur une pièce essentielle : le contrat. Un bon contrat étant le meilleur garant de la réussite des deux partenaires, il faut donc en lire attentivement les clauses. Le diable se cache le plus souvent dans les détails !