La Lettre des Réseaux
Mars - Avril 2010

SIMON ASSOCIÉS
SOCIÉTÉ D'AVOCATS

PARIS
61 rue de Miromesnil
75008 Paris
Tél. 01 53 96 20 00 - Fax. 01 53 96 20 01

LYON
7 rue de Bonnel
69003 Lyon
Tél. 04 72 61 75 15 – Fax. 04 72 61 75 89

NANTES
13 rue Bertrand Geslin,
44000 Nantes,
Tél. 02 53 44 69 00 – Fax. 02 53 44 69 36

MONTPELLIER
32 Boulevard du Jeu de Paume ,
34000 Montpellier
Tél. 04 67 58 01 86 – Fax. 04 67 58 84 32

www.simonassocies.com

Dossier Spécial
S'implanter en Espagne

SOMMAIRE

I. L'ORGANISATION DU RESEAU EN ESPAGNE 4
A. Les montages juridiques classiques 4
1. La master-franchise 4
2. La franchise directe 6
B. La joint-venture 7
1. Les avantages et les inconvénients de la joint-venture 7
2. Les différents montages possibles en joint-venture 8
II. LE FONCTIONNEMENT DE LA FRANCHISE EN ESPAGNE 13
A. Le fonctionnement au plan juridique 13
1. Le régime juridique de la franchise en Espagne 13
2. Le fonds de commerce 16
B. Le fonctionnement au plan économique 19
1. Le secteur de la franchise en Espagne en quelques chiffres 19
2. Autres informations d'ordre général 21

Pourquoi un dossier Spécial Espagne ?

Le développement d'une enseigne passe tôt ou tard par l'exportation du concept à l'étranger.

Bien souvent, les enseignes françaises ont préféré conforter leur position au plan national, en occultant - sciemment ou non - les perspectives de développements à l'international. Or, la simplification des moyens de communication, la progression des moyens de transport font qu'aujourd'hui la distance n'est plus et ne peut plus être un élément rédhibitoire.

A mon sens, les enseignes françaises ont tout à gagner en se développant à l'international, afin d'amplifier leur notoriété, de s'offrir de nouveaux marchés, de faire face à la concurrence et, ainsi, de valoriser leur entreprise.

L'Espagne est un pays aux portes de nos frontières, avec une culture proche de la notre, constituant un terrain propice à l'implantation d'enseignes françaises, qui devrait décider les plus réfractaires ...

Focus sur un pays en plein mouvement…

François-Luc SIMON
Associé-Gérant
Docteur en droit ,
Membre du Collège
des Experts de la FFF

INTRODUCTION

Neuvième puissance économique au monde en termes de PIB, deuxième plus grand pays d'Europe de l'Ouest et de l'Union européenne avec une superficie de 504 030 km², l'Espagne dispose d'un très fort potentiel, propice au développement des réseaux de franchise. Il est vrai qu'à compter de la fin des années 80, l'Espagne a connu une forte croissance de son développement sous forme de franchise. En 2007, le pays occupait la 8ème place du marché mondial de la franchise en chiffre d'affaires et la 5ème place en nombre d'établissements.

Le développement des réseaux de franchise, jusqu'à présent concentré dans les régions économiques de Madrid et de la Catalogne (qui regroupent à elles seules 59% des enseignes et environ 44% des établissements), s'ouvre désormais à d'autres communautés autonomes en pleine croissance, telles que la Communauté de Valence et l'Andalousie. Ainsi, malgré la crise économique que le pays traverse, **le nombre d'enseignes exploitées en Espagne ne cesse de croître : on compte actuellement 1.019 enseignes (janvier 2010) dont 124 nouveaux réseaux (par rapport à janvier 2009[1]).** Le bilan dressé lors de la dernière édition du Salon *Expofranquicia*, organisé l'année dernière au mois d'avril à Madrid, a montré que le secteur de la franchise continuait à gagner l'intérêt de deux segments professionnels : les salariés de classe moyenne qui, ayant perçu une indemnité de licenciement, cherchent à investir, et les propriétaires de locaux commerciaux qui, en raison de la crise immobilière, ont choisi de créer leur propre commerce. Ces constatations sont confirmées par le bureau d'études Expansion Channel dans son rapport 2009, lequel situe à environ 80% les demandeurs d'informations ayant un tel profil, soit 52% de plus que l'année précédente. Il est surtout intéressant de relever que ces demandes d'informations se concrétisent pour la majorité d'entre elles (66%) par la signature d'un contrat de franchise[2].

L'Espagne est à l'évidence un marché attractif pour le développement des réseaux en franchise. Même si aujourd'hui les réseaux nationaux prédominent sur les réseaux étrangers, avec une proportion de 79% des enseignes, les données les plus récentes concernant le secteur démontrent que le nombre d'enseignes françaises exploitées en Espagne s'élève déjà à 40. **La France est ainsi le premier pays exportateur de franchises en Espagne[3]**. Pour les enseignes françaises, l'Espagne est devenue le pays européen privilégié pour se développer, accueillant 13% des franchises françaises en Europe[4]. Toutefois, certains franchiseurs redoutent encore aujourd'hui de franchir le pas et de s'implanter en Espagne. Plusieurs facteurs peuvent expliquer cette hésitation. Un psychologique : les chefs d'entreprises français voient l'Espagne comme un pays touché par la crise immobilière, connaissant un taux de chômage très élevé (20%), et des salaires minima faibles (633,33 €).

1 *Situación actual del a franquicia en España, 2010.*
2 *El perfil del franquiciado español cambia y aumenta en un 50% los autoempleados* . Franquicias y Negocios, 17 novembre 2009.
3 *Associación Española de Franquiciadores: La franquicia en España. Estadísticas Nacionales*. Julio 2009.
4 Enquête annuelle sur la franchise, 2009. Banque Populaire - FFF - REUSSIR l'Express - Le Figaro - CSA.

Un juridique ensuite, car le pays comporte certaines particularités. De là, surgissent des interrogations légitimes, telles que notamment : comment s'implanter en Espagne ? Quel montage y adopter ? Quel est le régime juridique appliquer à la franchise ? Quelle est la situation économique du secteur ? Dans quelle mesure le développement d'un réseau sera-t-il rentable ?

L'objet de cette étude est de répondre à ces questions, en présentant successivement, d'un point de vue juridique et économique, l'organisation (I) et le fonctionnement (II) d'un réseau de franchise en Espagne.

L'Espagne comporte un état central et trois niveaux d'administration locale :

- 17 communautés autonomes
- 50 provinces (provincias)
- 8112 municipalités

Les 20 plus grandes agglomérations sont (2008) :

1.Madrid : 6.138.056 habitants
2.Barcelone : 4.542.490 habitants
3.Valence : 1.705.742 habitants
4.Séville : 1.360.361 habitants
5.Bilbao : 953.152 habitants
6.Malaga : 923.104 habitants
7.Asturies : (Gijón, Oviedo, Avilés, Mieres et Langreo) 863.058 habitants
8.Alicante-Elche : 785.020 habitants
9.Murcie : 763.723 habitants
10.Las Palmas de Gran Canaria : 741.826 habitants
11.Saragosse : 733.762 habitants
12.Vigo : 666.292 habitants
13.Baie de Cadix : (Cadix-Jerez) 632.249 habitants
14.Santa Cruz de Tenerife- La Laguna : 581.947 habitants
15.Palma de Majorque : 509.116 habitants
16.Granada : 498.365 habitants
17.Tarragona : 410.074 habitants
18.San Sebastián : 407.601 habitants
19.La Coruña : 379.729 habitants
20.Valladolid : 378.566 habitants

I. L'ORGANISATION DU RÉSEAU EN ESPAGNE

Le développement à l'international peut être réalisé suivant plusieurs formes : le succursalisme, la franchise directe, la master-franchise et la *joint-venture* (encore dénommée « entreprise commune »).

Bien qu'il soit parfaitement possible pour une enseigne de se développer sans partenaire à l'international, par l'implantation de succursales ou de filiales, cela suppose de disposer des fonds propres adaptés au développement envisagé. A cet égard, les montages classiques tels que la franchise directe et la master-franchise présentent un avantage certain **(A)** ; il peut-être également procédé à la mise en place d'une *joint-venture*, souvent plus efficace **(B)**.

Le nombre d'enseignes françaises exploitées en Espagne s'élève à 40.

La France est ainsi le premier pays exportateur de franchises en Espagne.

Origine des enseignes étrangères implantées en Espagne
(*La Franquicia en España. Estadísticas Nacionales.* Asociación Española de la Franquicia. Juillet 2009)

Pays	Nb enseignes
France	40
Etats-Unis	38
Italie	30
Portugal	8
Royaume-Uni	8
Allemagne	4
Australie	4
Belgique	4
Danemark	4
Pays-Bas	4
Suisse	4
Argentine	3
Suède	3
Brésil	2
Andorre	1
Autriche	1
Canada	1
Colombie	1
Corée du Sud	1
Irlande	1
Japon	1
Norvège	1
Nouvelle Zélande	1
Turquie	1
Total pays :	**166**

A. Les Montages juridiques classiques

1. La master-franchise

Généralités. La master-franchise se caractérise par des coûts limités pour la tête de réseau et la diminution des risques, ces derniers étant supportés par le master-franchisé. Surtout, l'avantage substantiel de la master-franchise tient à la connaissance du marché local dont dispose le partenaire master-franchisé. On touche ici du doigt l'un des points clés de la réussite d'une master-franchise à l'étranger, qui réside pour partie dans la sélection rigoureuse du partenaire choisi pour réaliser le défi du développement du réseau en Espagne.

Ce modèle de développement à l'étranger permettra d'accorder à un partenaire espagnol une exclusivité d'exploitation et de développement du concept et du savoir-faire du franchiseur sur le territoire concédé qui, selon les cas, englobera tout ou partie du pays.

A travers le contrat de master-franchise, le franchiseur devenu master-franchiseur, percevra du partenaire espagnol (master-franchisé), un droit d'entrée ainsi qu'une redevance d'enseigne et d'assistance pendant toute la durée du contrat, à l'instar de ce qu'il perçoit dans le cadre d'un contrat de franchise français. Cette redevance sera calculée le plus souvent sur le chiffre d'affaires réalisé par le master-franchisé dans le cadre de l'exploitation du concept du master-franchiseur en Espagne. Lors de la conclusion de l'accord, le franchiseur devra notamment prêter attention au plan de développement établissant le nombre minimum et la périodicité des ouvertures de franchise sur le territoire, aux garanties de paiement, aux conséquences de la cessation du contrat, à la loi applicable et au mode de résolution des conflits éventuels.

Le développement de l'enseigne. Le franchiseur dispose de différents moyens pour encadrer le développement de l'enseigne par le master-franchisé. D'une part, le contrat peut prévoir un plan de développement précis des ouvertures de points de vente sur l'Espagne qui lie le master-franchisé. Cet engagement devrait être assorti d'une sanction plus ou moins sévère consistant notamment, en la résiliation du contrat, la perte d'exclusivité territoriale, l'octroi d'une indemnité financière, etc.

D'autre part, le franchiseur pourra prévoir contractuellement une période test afin de vérifier l'aptitude du partenaire local à pouvoir exploiter et développer le concept en Espagne. Dans ce cas, et sans préjudice des sanctions applicables en cas de non respect du plan de développement, le franchiseur pourra limiter la zone territoriale consentie au master-franchisé à une partie de l'Espagne et étendre l'exclusivité au fur et à mesure que ce dernier réalisera les objectifs de développement définis lors de la conclusion du contrat.

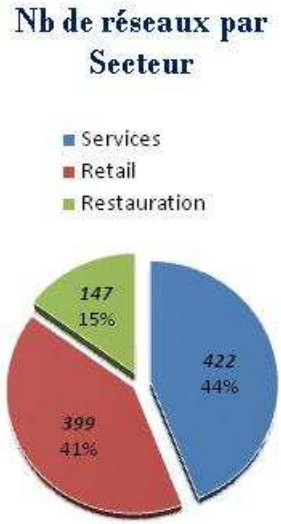
Les garanties de paiement. Le franchiseur devra prêter une attention particulière aux garanties de paiement. En effet, si le recouvrement d'une créance peut déjà en soi s'avérer délicat en France, il devient encore plus complexe dès lors que le débiteur est situé à l'étranger. Il convient donc de faire preuve d'une vigilance accrue dans ce domaine s'agissant de rapports internationaux. Dès lors, le franchiseur devra exiger du master-franchisé qu'il lui fournisse des garanties de paiement sérieuses.

A ce titre, il convient de noter qu'en l'absence de reconnaissance de l'unité juridique du fonds de commerce (« *Empresa* ») par la loi espagnole (ce qui sera développé ci-après), le master-franchisé ne peut consentir de nantissement de son fonds de commerce en garantie de ses dettes. Le master-franchisé peut néanmoins souscrire un nantissement sur son établissement commercial (« *hipoteca sobre el establecimiento mercantil* »). Le nantissement sur l'établissement commercial fournit au franchiseur un droit réel de garantie sur le droit d'utilisation du local et de ses installations fixes ou permanentes et, sauf accord contraire, sur les droits de propriété industrielle ou intellectuelle, sur l'outillage et les machines, pouvant comprendre, conformément à l'accord exprès des parties, les marchandises et les matières premières. Néanmoins, cette garantie peut perdre tout intérêt dans le cas où le master-franchisé n'est pas propriétaire du local, et ce en raison de la non-reconnaissance en droit espagnol du droit au renouvellement forcé du bail commercial. Dans un tel cas, le franchiseur devra veiller aux clauses du bail commercial, car la volonté des parties détermine leurs obligations respectives et les conditions de renouvellement du contrat[5]. Si le master-franchisé n'est pas propriétaire du local, le franchiseur devra alors se tourner vers d'autres types de garanties, telles que le cautionnement bancaire (« *aval bancario* ») ou la garantie à première demande (« *garantia a primer requerimiento* »).

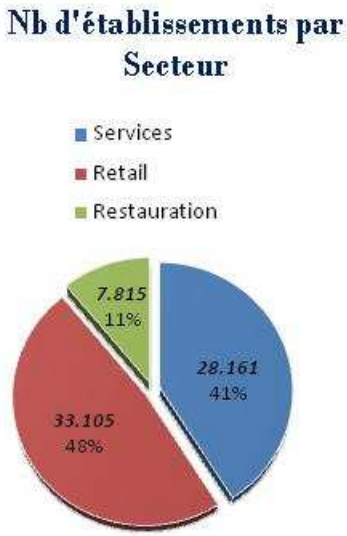
Les conséquences de la cessation du contrat de master-franchise. Il est nécessaire de prévoir le sort du réseau de magasins exploitant le concept du franchiseur en Espagne au terme du contrat de master-franchise, ou en cas de résiliation de celui-ci, quelle qu'en soit la cause et l'auteur. Les conséquences diffèreront souvent selon que les magasins sont détenus en propre par le master-franchisé ou par les franchisés.

Dans le premier cas, le contrat devra prévoir les obligations post-contractuelles classiques de descente d'enseigne de cessation de l'utilisation des signes distinctifs et du savoir-faire, ainsi que les sanctions exposées en cas de non respect de ces obligations.

Dans le second cas, la cessation du contrat de master-franchise ne pourra pas avoir pour conséquence la cessation de l'utilisation de l'enseigne et des signes distinctifs, ne serait-ce que pour assurer aux franchisés locaux le droit d'exploitation de l'enseigne pendant toute la durée de leur contrat de franchise.



Le secteur compte 65.026 établissements dont 15.251 sont exploités en propre et 49.775 appartiennent à des franchisés.



5. A la différence du régime français des baux commerciaux qui revêt un caractère impératif, les dispositions de la *Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos* concernant les baux commerciaux sont seulement supplétives, c'est-à-dire d'application subsidiaire à défaut d'accord des parties. Les seuls droits reconnus au preneur sont ceux du droit à la cession du contrat et à la sous-location, ainsi que le droit à réparation du preneur pour la perte de clientèle en cas de non prorogation du contrat de bail arrivé à terme, sous réserve que ce dernier ait manifesté sa volonté de reconduire le contrat pour une durée minimum de cinq ans, au prix de marché.

Ainsi, il sera nécessaire de prévoir la cession du réseau espagnol au master-franchiseur ou à la personne désignée par celui-ci, à un prix fixé à dire d'expert ou suivant une équation convenue entre les parties *ab initio,* en cas de cessation du contrat de master-franchise. Afin de faciliter le transfert du réseau, il faudra cependant exiger du master-franchisé qu'il insère, dans les contrats conclus avec ses franchisés espagnols, une clause prévoyant la subrogation du master-franchiseur, ou de la personne désignée par lui, dans les droits du master-franchisé en cas de cessation du contrat de master-franchise.

La détermination de la loi applicable et le choix du mode de résolution des conflits. Compte tenu de la dimension internationale du contrat de master-franchise, le principe de l'autonomie de la volonté s'applique. Ainsi, les parties pourront librement choisir la loi applicable au contrat, et le mode de résolution des éventuels conflits. Dans la pratique, les parties peuvent désigner la loi française comme loi applicable à leur relation, et ce même si le contrat s'exécute en Espagne. Cette possibilité est d'ailleurs souvent privilégiée en pratique par les têtes de réseaux françaises, dans un souci de cohérence de l'ensemble de leurs procédures, qu'elles soient locales ou internationales.

Le secteur générait, en juillet 2009, un chiffre d'affaires de 25.735.661.000 € dont 8.720.348.000 € correspondant au chiffre d'affaires réalisé par les franchiseurs, et 17.014.313.000 € générés par les franchisés.

Le choix de la loi peut être exprès ou tacite, à condition qu'il soit identifié avec certitude. Il peut ressortir du contrat lui-même, les parties pouvant fixer dès sa formation la loi qui régira leurs relations contractuelles ; dans ce cas, les parties peuvent décider que la loi choisie par elles s'appliquera à l'ensemble du contrat, ou à certains aspects seulement. Le choix de la loi applicable pourra également ressortir des autres stipulations du contrat ou encore « *des circonstances de la cause*»[6], offrant ainsi au juge une large palette pour identifier l'intention des parties quant à la loi applicable au contrat.

Néanmoins, quel que soit le mode de désignation de la loi applicable les parties ne pourront en aucun cas déroger aux dispositions d'ordre public ni aux dispositions de police en vigueur en Espagne.

A défaut de désignation expresse ou implicite de la loi applicable par les parties, le règlement dit « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles établit que « *le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle*[7] ».

2.La franchise directe

Le développement à l'international pourra également prendre la forme d'une franchise directe, sans intermédiaire. Cette solution est celle retenue par un peu plus de 30% des réseaux français qui s'implantent dans des pays proches.

A l'instar de la master-franchise, la franchise directe présente l'avantage de l'autofinancement des franchises par les franchisés eux-mêmes, en qualité d'entrepreneurs indépendantes. Néanmoins, ce modèle présente les inconvénients liés à l'éloignement géographique du franchiseur de ses franchisés locaux, et en particulier la difficulté à contrôler le respect de son savoir faire.

C'est la raison pour laquelle le franchiseur décidant de s'implanter en Espagne par le biais de la franchise directe et ayant une faible connaissance du pays devra, s'il veut assurer un développement optimal de son enseigne, faire appel à un conseiller local.

Enfin, en raison de la dimension internationale du contrat, le franchiseur devra notamment traiter dans le contrat les questions relatives aux garanties de paiement, à la détermination de la loi applicable et au choix d'un mode de résolution des conflits.

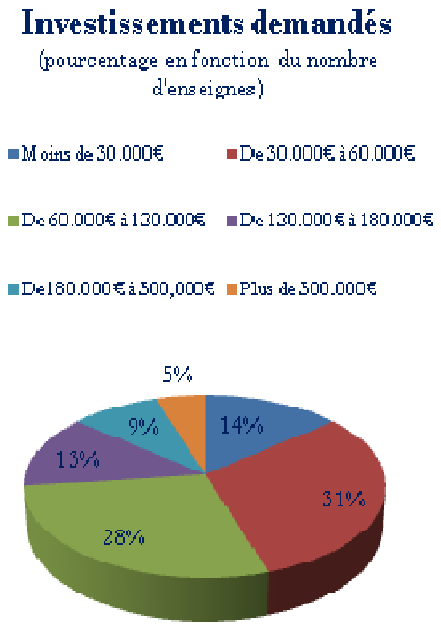
6. Article 3 du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) JO L 177 du 4.7.2008].
7. Article 4§1 e) du Règlement.

B. La joint-venture

La *joint-venture* ou « entreprise commune » désigne le groupement par lequel au moins deux entreprises (dans notre cas le franchiseur et un partenaire) s'associent dans le but de réaliser un projet, en mettant en commun leurs connaissances, leurs technologies et/ou leurs ressources. Ce modèle de partenariat peut résulter d'accords purement contractuels ou de la constitution d'une structure commune. Dans ce dernier cas, qui est en pratique le plus utilisé, les partenaires pourront choisir la forme juridique de la structure qu'ils constituent selon les objectifs recherchés, leurs prétentions respectives et l'équilibre de pouvoirs qu'ils entendent instaurer entre eux.

En tout état de cause, les parties devront signer un accord-cadre afin de définir les principales caractéristiques de la *joint-venture*, ses perspectives, ainsi que ses modalités de financement. Cet accord doit permettre de préciser l'articulation entre les différents contrats conclus par la *joint-venture* avec les parties et/ou les sociétés auxquelles elles sont liées, en prévoyant notamment les conditions de transmission du savoir-faire et les moyens donnés à la *joint-venture* pour exercer son activité.

Ce modèle de développement est particulièrement recommandé car il permet de pallier la plupart des inconvénients des formules dites « classiques » examinées plus haut.



Source :
Situación Actual de la Franquicia en España 2010.

1. Avantages et inconvénients de la joint-venture

La société commune peut donner lieu à trois types de rapprochements différents : un rapprochement entre l'enseigne française et un opérationnel local, un rapprochement entre enseignes complémentaires pour le développement conjoint de leurs concepts à l'étranger, ou encore un rapprochement entre une enseigne française et un fonds d'investissement ou assimilé. Chacune de ces hypothèses de *joint-venture* permettra d'obtenir des avantages différents[8] :

- dans le cas d'une société créée avec un partenaire local, le réseau est dirigé par une personne disposant d'une bonne connaissance du territoire d'implantation et de ses spécificités, comme dans le cadre de la master-franchise ; néanmoins, à la différence de cette dernière, la *joint-venture* présente l'avantage pour le franchiseur d'exercer un contrôle sur l'opérateur local, qui n'a pas l'indépendance du master-franchisé ; enfin l'investissement est moins lourd que dans le succursalisme ;
- la société créée avec un partenaire financier permet de financer un développement « succursaliste » et donc d'accélérer le développement du réseau au moyen de l'apport financier du partenaire ;
- enfin, la société créée avec un autre réseau ayant un objet complémentaire à celui du franchiseur permet de jumeler des concepts et la limiter des risques.

Au-delà de l'attrait recherchée chez le co-fondateur de la *joint-venture*, le soin apporté dans le choix de ce partenaire est essentiel, car la tête de réseau contrôlera avec ce dernier une société dépositaire de son savoir-faire.

Dès lors, la protection du savoir-faire et de la notoriété de l'enseigne rendent primordiale la vigilance lors du choix du co-fondateur de la société.

Une étude récente montre que 72 % des enseignes demandent un investissement de départ du franchisé inférieur à 120.000 €. Il faut relever que celles demandant des investissements inférieurs à 30.000 euros est en notable croissance (à ce jour elle représente 14%).

8. François-Luc Simon, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, Éditions Joly, 2009, p. 571, §948.

2. Les différents montages possibles en joint-venture

Les *joint-ventures* peuvent revêtir de multiples formes, dont la liste n'est en définitive limitée que par la volonté et l'imagination des parties. Néanmoins, les parties à la *joint-venture* devront tenir compte de la législation espagnole quant à la forme à choisir pour la société opérationnelle développant le réseau en Espagne. Le Code de Commerce, la loi des Sociétés anonymes, la loi des Sociétés à Responsabilité Limitée et le Règlement du Registre du Commerce constituent le cadre législatif de base du droit des sociétés en Espagne.

Le modèle de la joint-venture n'est limité que par l'imagination des parties.

On retrouve en droit des sociétés espagnol des formes juridiques comparables à celles existantes en France : Société anonyme (SA), Société à responsabilité limitée (SARL)[9], Société en commandite par actions (SCA) et Société en nom collectif (SNC). Leurs caractéristiques sont similaires à celles de leurs homologues françaises. Le processus de constitution de société est cependant plus long qu'en France. Par ailleurs, il convient de noter que la société par actions simplifiée (SAS) n'existe pas en Espagne.

Dans la plupart des cas, les parties choisiront entre une société anonyme (SA) ou une société à responsabilité limitée (SARL) quel que soit le nombre de parties à l'opération[10].

Il est fortement recommandé aux parties à l'opération de conclure un pacte d'associés (ou d'actionnaires) afin de préciser les droits et obligations de chacune d'entre elles, ainsi que les modalités de sortie de la *joint-venture*. En effet, il est particulièrement important de prévoir les conditions de sortie du partenaire et de veiller, le cas échéant, à limiter sa faculté de cession pour éviter par exemple au franchiseur d'être associé à un concurrent. Ce document revêt l'avantage d'être confidentiel, à la différence des statuts de la société qui sont accessibles au public.

Ce pacte pourra notamment porter sur :

- les pouvoirs et rôles respectifs des parties au sein de la société,
- les conséquences de l'émergence d'éventuelles tensions entre les parties,
- le mécanisme de règlement des situations de blocage,
- l'encadrement du changement de contrôle pour couvrir l'hypothèse où l'une des parties verrait son actionnariat modifié de manière significative.

Pour approfondir :

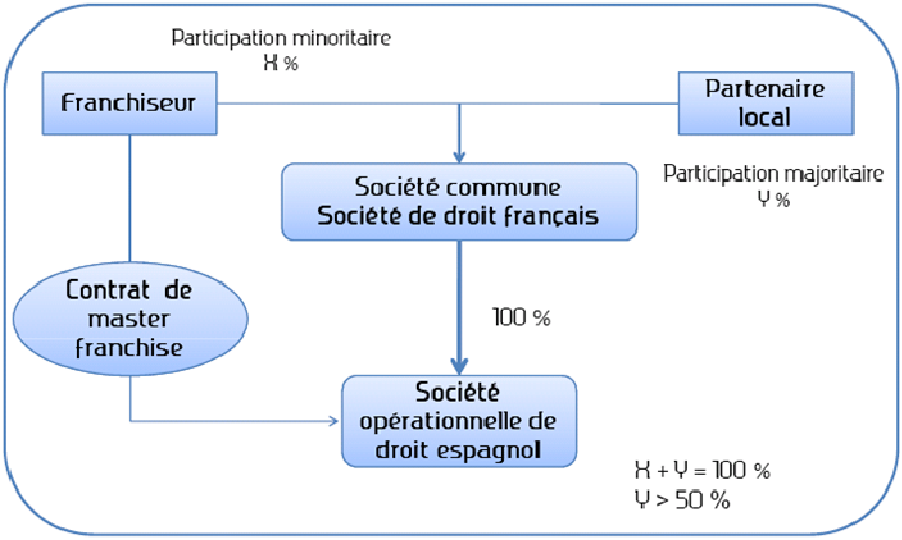
« Joint-Venture ou Master-franchise »,

Par Flore SERGENT, SIMON Associés, Points de vente, 15 juin 2009

Il faut relever que la joint-venture pourra résulter de la conclusion d'un accord spécifique entre la tête de réseau avec un partenaire (local, financier ou exerçant une activité complémentaire) sans constitution d'une société commune, leur relation contractuelle pouvant se décomposer en différents accords contractualisant certaines des obligations inhérentes à un contrat de franchise. La relation entre partenaires peut ainsi se décomposer en un contrat de licence de marque, un contrat de mise à disposition du concept et du savoir faire et, le cas échéant, un contrat d'approvisionnement.

9. Les PME pourront également recourir à la Société Limitée Nouvelle Entreprise, un type particulier de société à responsabilité limitée présentant des avantages fiscaux. Il s'agit d'une forme de société à responsabilité limitée, aux formalités de constitution simplifiées (constitution de la société dans les 48 heures) et dont le capital social est obligatoirement compris entre 3.012 euros et 120.202 euros.
10. La loi espagnole ne fixe pas de nombre minimum d'actionnaires pour constituer une société anonyme.

Montage n° 1
Une structure commune française détenant la Société opérationnelle locale à 100%



En janvier 2010, l'Espagne comptait 1.019 enseignes dont 124 sont apparues durant les douze derniers mois.

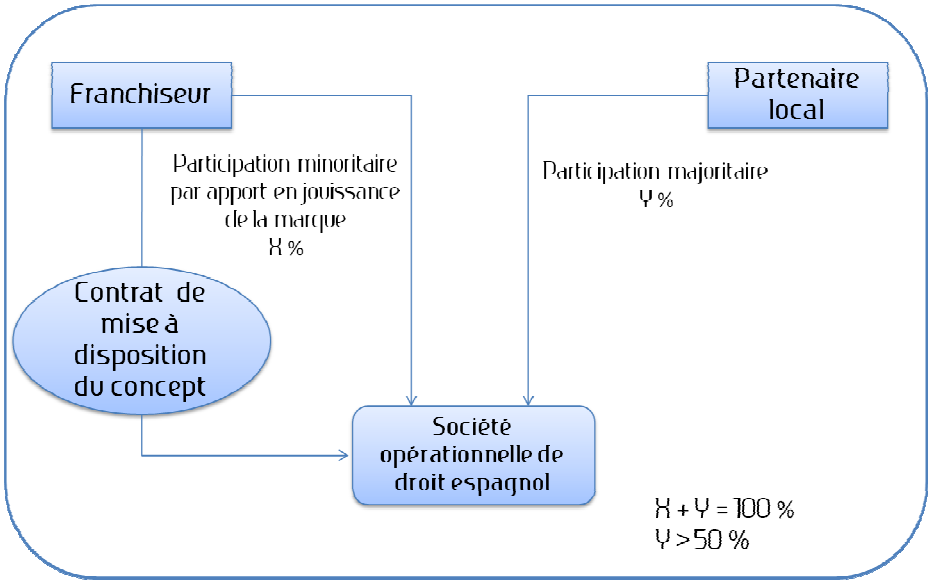
Selon ce schéma, les partenaires constitueront une SAS de droit français, laquelle détiendra à 100% la société opérationnelle espagnole en charge de développer le concept en Espagne. L'intérêt de la SAS réside dans sa grande souplesse et la possibilité d'introduire dans les statuts des stipulations diverses, qui seront opposables aux tiers. En outre, ce montage revêt un avantage certain car il permet une pleine compréhension de la future relation entre les partenaires : en cas de conflit, la procédure se tiendra devant les tribunaux français et sera régie par la loi française.

Sur la répartition du capital de la société commune française, il convient de noter que le partenaire local pourra disposer d'une **participation majoritaire**. En effet, dans un souci de cohérence, il est important que la personne qui gère le réseau de franchise espagnol au quotidien trouve une stimulation suffisante dans le projet de collaboration. En outre, le fait est que la participation du franchiseur – même minoritaire – offrira une solidité au projet de développement à l'égard des tiers, et plus particulièrement des banques. Ce point n'est pas neutre dans l'hypothèse fréquente où la société espagnole doit recourir à l'emprunt afin de financer son projet de développement ou si la société « amont » (SAS) doit recourir à l'emprunt pour apporter à sa filiale un financement.

La transmission de la marque et du concept pourra résulter de la signature d'un **contrat de master-franchise** entre le franchiseur français et la société opérationnelle espagnole. Cela permettra d'une part, le versement de royalties par la société espagnole au franchiseur, ainsi que le contrôle du franchiseur sur le concept et la marque en cas de sortie de ce dernier de la *joint-venture*. Le contrat de master-franchise pourra également fixer les conditions d'approvisionnement de la société opérationnelle. Selon la nature de la franchise, le contrat d'approvisionnement pourra être conclu avec un tiers.

Montage n° 2

La participation dans la société opérationnelle locale par voie d'apport en jouissance de la marque



Le franchiseur pourra avoir une participation dans la structure commune sans engager de dépenses , car son entrée au capital sera réalisée par l'apport en jouissance de la marque.

Le franchiseur peut développer son réseau en créant une filiale dans le pays concerné, à laquelle il pourra apporter la jouissance de sa marque et de son concept pendant une durée déterminée.

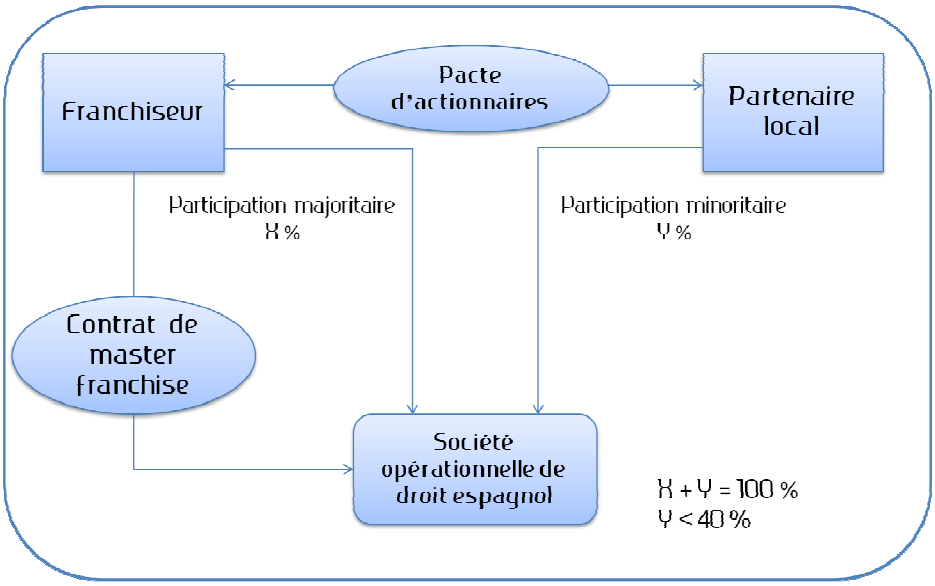
Cette filiale pourra être constituée par un apport du partenaire local et un apport du franchiseur. L'apport du franchiseur se fera par un **apport en jouissance de marque,** lui donnant une participation dans la structure commune. Ce modèle de *joint-venture*, suppose toutefois que la marque dispose d'une valeur intrinsèque significative. En contrepartie de l'apport en jouissance de la marque, le franchiseur disposera d'une participation au sein du capital de la société opérationnelle et à terme du versement de dividendes.

Parallèlement, un contrat de mise à disposition du concept pourra être conclu entre la société mère et la société opérationnelle espagnole. L'existence de ce contrat est justifiée par le fait que la durée de la *joint-venture* est souvent limitée, et qu'il convient dès lors d'envisager la sortie des partenaires. Ainsi, lorsque le franchiseur quittera la *joint-venture*, il pourra garder « la main » sur le concept. En contrepartie de la mise à disposition du concept, il est possible de prévoir le versement, à la tête de réseau, de redevances assises sur le chiffre d'affaires réalisé par la société filiale.

L'avantage substantiel de ce montage réside dans le fait que le franchiseur limitera son investissement financier dans le cadre de son implantation à l'étranger et de sa prise de participation dans une nouvelle entité. Ce montage est donc conseillé lorsque le franchiseur dispose de liquidités limitées pour investir dans le projet de développement, ou ne souhaite pas procéder à un tel investissement.

Montage n° 3

L'évolution de la participation dans la société opérationnelle liée à la réalisation d'un plan de développement



Un tel montage est intéressant lorsque le franchiseur trouve un partenaire local justifiant d'un potentiel opérationnel mais ne disposant pas des moyens financiers nécessaires au développement du projet. La participation du partenaire ne pourra donc pas être conséquente lors de la constitution de la structure commune. Ainsi, dans un premier temps, la participation du franchiseur sera nettement majoritaire pour être, dans un second temps, ramenée à 51%, si le partenaire local parvient à atteindre le plan de développement que les parties auront arrêté.

Un pacte d'actionnaires pourra être établi entre les deux partenaires afin de fixer le plan de développement dans sa durée, le nombre de points de vente à ouvrir, les résultats devant en découler ainsi que les conséquences respectives de son respect et de son non-respect.

Il sera également possible de prévoir dans ce pacte que le respect ou non du prévisionnel (ou la perte significative de chiffre d'affaires) pourra donner lieu à la cession d'une partie des titres d'une partie au profit de l'autre [11]. Selon ce schéma, le respect du prévisionnel par la société espagnole emporterait le droit pour le partenaire local d'acquérir une partie des titres du franchiseur à leur valeur nominale, sous réserve que les frais et investissements avancés par ce dernier lui aient été remboursés. Inversement, le non respect par la société espagnole dudit prévisionnel emporterait la faculté pour le franchiseur de racheter, dans les mêmes conditions, les titres du partenaire local.

Ainsi, la participation du partenaire pourra « monter » 49% du capital en cas de respect complet du prévisionnel fixé ou être réduite à néant en cas de non-atteinte des objectifs de développement.

Le plan de développement constitue le gage d'une réelle implication du partenaire local.

Il doit être optimiste sans être irréaliste, puisqu'il sera le repère du partenaire dans l'exploitation de l'enseigne.

11. Par exemple, à leur valeur nominale augmentée des réserves.

Un contrat de licence de savoir-faire et d'assistance pourra être régularisé entre la société opérationnelle espagnole et le franchiseur, aux termes duquel cette dernière recevra une redevance calculée sur la base du chiffre d'affaires de la société opérationnelle espagnole.

Ainsi, la *joint-venture* apportera un double intéressement au franchiseur : les redevances découlant du contrat de licence de savoir-faire et d'assistance, et les éventuels dividendes qu'il pourra se voir allouer en qualité d'associé de la société opérationnelle espagnole.

En résumé...

Les enseignes visent les grandes villes : Barcelone et Madrid concentrent environ 25% des demandes pour l'ouverture d'une franchise.

Incidence du territoire visé sur le choix de la méthode de développement[12]. Le territoire d'exportation du concept est un élément important dans la détermination du mode de développement à adopter. En effet, en fonction du pays dans lequel l'implantation est envisagée, il est plus opportun de s'implanter soit par succursale, soit par l'élaboration d'un partenariat local sous forme de franchise directe ou de master-franchise, soit enfin par le biais d'une *joint-venture*.

Lorsque le pays dans lequel l'implantation est projetée présente des perspectives de développement incertaines ou limitées, le modèle de la master-franchise permet de limiter les risques tout en escomptant un avantage financier immédiat grâce aux droits d'entrée perçus lors de la signature du contrat.

Toutefois, s'agissant d'un territoire de taille similaire à celui de la France – et tel est le cas de l'Espagne –, avec des habitudes de consommation et un niveau de vie comparables, il peut être dangereux d'abandonner un territoire à fort potentiel aux mains d'un partenaire local qui pourrait ne pouvoir répondre à l'efficacité attendue ou, pire, qui pourrait donner une mauvaise image de l'enseigne. Outre les raisons liées à la potentialité du concept sur l'Espagne, il faut relever que ce pays permettra de retirer des avantages financiers considérables de l'exploitation directe, qu'il n'est pas permis d'escompter avec un développement en master-franchise pour lequel les retombées financières restent plus limitées.

****

12. *Théorie et pratique du droit de la Franchise*. François-Luc Simon. Joly Éditions, 2009. P. 572§949 et s.

II. LE FONCTIONNEMENT DE LA FRANCHISE EN ESPAGNE

Il convient de présenter brièvement les informations d'ordre juridique nécessaires pour l'implantation d'un réseau de franchise en Espagne **(A)**, avant de dresser un portrait économique du secteur dans ce pays voisin de la France **(B)**.

A. FONCTIONNEMENT AU PLAN JURIDIQUE

Au plan juridique, il convient d'analyser le régime juridique de la franchise **(1)** et du fonds de commerce **(2)** en Espagne.

1. Le régime juridique de la franchise en Espagne

Le secteur de la franchise en Espagne se caractérise par l'autorégulation. En effet, à l'instar de son homologue français, le législateur espagnol n'a que très légèrement réglementé le secteur. En dépit de l'existence de dispositions établissant une obligation précontractuelle ainsi qu'une obligation pesant sur le franchiseur de s'inscrire sur un registre, la loi espagnole ne prévoit aucun régime juridique spécifique pour le contrat de franchise. Ce dernier est un contrat atypique et c'est dès lors la volonté des parties qui détermine le contenu des obligations respectives du franchiseur et du franchisé.

Néanmoins, il ne faut pas oublier que la relation de franchise peut impliquer un grand nombre de prestations (approvisionnement, propriétés industrielle et intellectuelle, etc.), dont certaines sont soumises à des lois ne concernant pas spécifiquement la franchise.

Il en va ainsi notamment :

- des aspects liés à la concurrence : *Real Decreto 157/1992 que desarrolla el artículo 5 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia ; Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla La Ley 16/1989, de 17 de Julio, de defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia; Ley 16/89 de 17 de julio de Defensa de la Competencia; Ley 3/91 de Enero, sobre Competencia Desleal ;*
- de la distribution au détail : *Ley 7/96 de Ordenación del Comercio Minorista* (dans son ensemble) ;
- des problématiques fiscales : *Ley 46/2002, de 18 de Diciembre de reforma parcial del Impuesto sobre La Renta de las personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la renta de no Residentes.*
- de la propriété intellectuelle (brevets et marques) : *Ley 11/86 de 20 de Marzo de Patentes y Ley 32/88 de 18 de Noviembre de Marcas; Real Decreto 687/2002 que aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 17/01 de Marcas ; Ley 17/2001 de Marcas; Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual ;*
- des produits à la consommation : *Ley 22/1994, de 6 de Julio, de Responsabilidad Civil por los daños causados por los productos defectuosos.*

Le secteur bancaire espagnol, à différence du secteur bancaire français, n'est pas très présent dans le financement du système de franchise.

Ce sont donc les investisseurs privés, plus au moins organisés, et les divisions spécialisées d'entités de capital -risque qui participent généralement au financement de projets de franchise.

13. *El marco legal de la franquicia: contenidos y legislación aplicable*. Manuel Bermejo, Instituto de Empresa.
14. Il convient de noter que, même si la loi espagnole n'établit pas directement une liste des obligations incombant au franchiseur, l'article 62 de la Loi n°7/1996 et l'article 3 du *Real Decreto* en reconnaissent indirectement certaines. En effet, en vertu de ces textes, le document précontractuel devra contenir des éléments tels que la licence d'utilisation ou le titre de propriété sur la marque, le nom commercial et les autres éléments d'identification du réseau, ainsi que les caractéristiques de l'assistance permanente. Pour plus de détail, voir page 14 : « L'obligation d'information précontractuelle ».

Par ailleurs, en raison du silence de la loi espagnole, le Code de Déontologie Européen de la franchise revêt une importance particulière[13]. Ainsi, depuis la création de l'Association Espagnole de la Franchise en 1994, de nombreux contrats de franchise accordent à ce code une valeur interprétative du contrat, voire même une force obligatoire.

Les principes directeurs du contrat de franchise en Espagne. Sur la base du Code de Déontologie Européen de la Franchise, la doctrine et la jurisprudence espagnoles ont établi certains principes directeurs du contrat de franchise, fixant ainsi les obligations respectives du franchiseur et du franchisé.

Le cadre légal espagnol prévoit à la charge du franchiseur une obligation précontractuelle d'information fortement similaire à celle instaurée en France par la Loi Doubin.

Avant de mettre en place son réseau de franchise, le franchiseur doit avoir exploité le concept, sur une unité pilote au moins, pendant une période raisonnable. Il doit également être propriétaire ou disposer des droits d'utilisation du nom commercial, de la marque et des autres éléments distinctifs de son réseau. Enfin, le franchiseur doit fournir à ses franchisés une formation initiale ainsi qu'une assistance commerciale et/ou technique pendant toute la durée du contrat[14].

Quant au franchisé, le droit espagnol prévoit qu'il doit consacrer ses efforts à la croissance de sa franchise et à l'entretien de l'identité et de la réputation du réseau. Il devra également fournir au franchiseur des données vérifiables relatives à la gestion et au fonctionnement de la franchise, ainsi que les états financiers nécessaires pour la gestion effective des redevances.

De la même manière, le franchisé devra permettre au franchiseur et/ou à ses représentants l'accès à ses locaux et documents, à la demande du franchiseur.

Enfin, le franchisé est tenu à une obligation de confidentialité concernant le savoir-faire transmis par le franchiseur, pendant et après l'exécution du contrat de franchise.

L'obligation d'information précontractuelle. L'obligation d'information précontractuelle est prévue par l'article 62 de la *Ley n°7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista* (ci-après, la Loi n°7/1996) et le *Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre por el que se desarrolla el artículo 62 de la ley 7/1996 de Ordenación de Comercio Minorista, relativo a la regulación de franquicia, y se crea el Registro de Franquiciadores* (ci-après, le "*Real Decreto*"). En effet, à l'instar de la loi dite « Doubin »[15], l'article 62 de la Loi n°7/1996 pose en Espagne le principe d'une obligation d'information précontractuelle à la charge du franchiseur. Le contenu de l'information est soigneusement détaillé par le Real Decreto.

Ainsi, l'article 62.3 de la loi n°7/1996 pose l'obligation pour le franchiseur de fournir par écrit au futur franchisé, au moins 20 jours avant la signature de tout contrat ou pré-contrat ou avant la remise par le franchisé de tout paiement, l'information nécessaire afin que le franchisé puisse décider librement et en connaissance de cause son incorporation au réseau de franchise.

Le même article dresse ensuite une liste des informations qui devront nécessairement figurer dans le document d'information précontractuelle : les données principales d'identification du franchiseur, la description du secteur d'activité objet de la franchise, le contenu et les caractéristiques de la franchise et de son exploitation, la structure et l'étendue du réseau, les éléments essentiels du contrat de franchise. Le contenu de ces informations est détaillé par l'article 3 du *Real Decreto*. Le *Real Decreto* s'inspire en grande partie du décret français pris en application de la Loi Doubin. En vertu de la loi espagnole, le franchiseur devra déterminer dès la phase précontractuelle les droits et obligations respectifs, les conditions de résolution et de renouvellement du contrat, les contreprestations économiques et les accords d'exclusivité.

15. Cette loi est désormais codifiée dans le code de commerce français, aux articles L.330-3, R.330-1 et s.
16. Décision du Tribunal Supremo du 21 octobre 2005.
17. Articles 4 et 6 b) de la *Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de publicidad.*
18. *El contrato de franquicia de empresa.* Hernando Jiménez, A., p. 98-101.

De la même manière, pèse sur le tête de réseau, l'obligation de fournir au franchisé des informations sur le système d'exploitation du réseau, les caractéristiques du savoir faire et l'assistance permanente que le franchisé recevra pendant l'exécution du contrat. Le franchiseur doit également transmettre au franchisé une description générale du secteur d'activité objet de la franchise.

L'article 4 du *Real Decreto* prévoit la possibilité de stipuler une obligation de confidentialité pesant sur le franchisé afin de protéger le savoir faire du franchiseur. Cette obligation de confidentialité a été reconnue par la jurisprudence comme nécessaire non seulement pendant la phase contractuelle mais aussi pendant la phase post-contractuelle[16].

Les conséquences de la non-exécution de l'obligation d'information précontractuelle. La non-exécution de l'obligation d'information précontractuelle ou l'omission des certaines données est sanctionnée selon la *Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, par une sommation ou une amende dont le montant peut atteindre 3.000 euros. En outre, sans préjudice de l'amende qui peut être infligée, le défaut de communication du document d'information précontractuelle peut entraîner la nullité du contrat de franchise lorsqu'il entraine un vice du consentement du franchisé, ainsi qu'une obligation pour le franchiseur de réparer le préjudice causé au franchisé. Enfin, une publicité informative du franchiseur qui aurait pu créer une confusion ou induire en erreur les candidats franchisés[17] peut être qualifiée de publicité trompeuse ou déloyale, ouvrant ainsi au candidat le droit d'agir sur le fondement de la publicité illicite[18].

L'obligation d'enregistrement. Enfin, l'une des principales particularités de la loi espagnole est l'obligation, imposée au franchiseur qui développe son activité en Espagne, de procéder à son inscription dans un registre administratif et public dépendant du Ministère de l'Industrie, du Tourisme et du Commerce espagnol. Le non respect de cette obligation pourra donner lieu à une amende d'un montant de 3.000 à 15.000 euros. Néanmoins, cette obligation est purement administrative et son non respect est sans effet sur la validité des obligations contractuelles[19].

La clause de non concurrence post-contractuelle. La législation espagnole admet la possibilité pour le franchiseur de faire peser sur le franchisé une obligation de non concurrence post contractuelle. Pour être valable, la clause doit, comme en droit français, remplir trois conditions :

- elle doit être nécessaire à la protection des connaissances techniques du franchiseur ;
- sa durée ne peut pas être supérieure à un an ;
- l'obligation doit être limitée à l'établissement et aux territoires où le franchisé exerçait son activité commerciale[20].

L'arrêt de *l'Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª* du 8 mai 1998 reconnait la légalité et l'efficacité de ce type de clause, en précisant qu'elle découle, dans le cas d'espèce, du propre contenu du contrat établi par les parties qui prévoit en contrepartie un droit d'exclusivité pour le franchisé d'exploiter l'enseigne dans un territoire déterminé.

Les risques de responsabilité solidaire. A l'instar du droit français, la relation contractuelle de franchise peut donner lieu, dans certains cas, à une responsabilité solidaire du franchiseur face aux dettes du franchisé. En effet, dans certaines circonstances, le contrat de franchise pourra être requalifié en « *Grupo de empresas* » (groupement d'entreprises) au sens du droit social espagnol, avec comme conséquence la responsabilité solidaire du franchisé et du franchiseur à l'égard des salariés du franchisé. La notion de groupement d'entreprises établie par la jurisprudence espagnole se caractérise par le « fonctionnement unitaire » des sociétés du groupe[21].

La franchise apparaît comme une alternative au chômage, avec des conséquences directes sur les chiffres. En effet, selon le site web espagnol spécialisé « Infofranquicias .com », les demandes d'information pour l'ouverture d'une franchise ont augmenté de 64% en avril 2009.

19. Article 65 de la *Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.*
20. *La validez de la cláusula de no competencia en los contratos de franquicia.* Manubens & Asociados.
21. Arrêts du 23 janvier 2002 y du 26 janvier de 1998 du Tribunal Supremo (Cour de cassation).

Ce fonctionnement unitaire est lié à :

- une unité de direction : cela signifie que la gestion commerciale des entreprises est réalisée par les mêmes personnes ;
- une confusion du personnel, ou des prestations de services successives ou simultanées de la part des salariés dans les entreprises du groupe ;
- une confusion de patrimoines ou une trésorerie unique ;
- une apparence externe d'unité entrepreneuriale, c'est-à-dire la projection au marché d'une image unitaire par toutes les entreprises, rendant difficile pour le consommateur l'identification de la personne qui lui rend le service ou lui vend le produit.

Néanmoins, afin de pouvoir condamner solidairement le franchiseur et le franchisé, la jurisprudence exige en outre un élément intentionnel consistant en la volonté de frauder les droits des salariés.

La relation Franchiseur-Franchisé peut, tout comme en droit français, donner lieu à la mise en œuvre de la responsabilité du franchiseur.

Il est donc préférable de prendre connaissance des risques existants.

2. Le fonds de commerce

Le régime juridique du fonds de commerce en Espagne. La notion française de fonds de commerce trouve son équivalent dans la notion doctrinale espagnole d'« *empresa* »[22] (entreprise). Toutefois, à différence du droit français, le droit espagnol ne prévoit ni définition légale ni régime spécifique du fonds de commerce. Face au silence du législateur, c'est la doctrine qui donne une définition de l'*empresa*. Elle est définie comme un mode d'activité économique qui comprend une série d'éléments de différentes natures organisés par l'entrepreneur pour l'exploitation de l'activité économique poursuivie. Au même titre que la notion de fonds de commerce français, l'« *Empresa* » est considérée par la doctrine espagnole comme une universalité de fait, constituant une mosaïque de divers biens qui, sans perdre leur individualité, sont agglomérés pour former un bien distinct. La jurisprudence espagnole s'accorde pour reconnaître que la clientèle est l'élément essentiel de l'*empresa*[23].

Néanmoins, d'autres éléments viennent composer le fonds de commerce et notamment les contrats de travail, les biens meubles (marchandises, matières premières, outils, équipements), les biens immeubles, les droits de propriété commerciale, industrielle et/ou intellectuelle, les prévisions de gains, la localisation du local, le nom commercial et les connaissances personnelles du propriétaire. Chacun de ces éléments conserve sa nature et son statut juridique propres, pouvant faire ainsi également l'objet de conventions séparées[24].

La cession du fonds de commerce (« *la Compraventa de Empresa* »). Le législateur espagnol n'a pas prévu de régime spécifique pour ce type d'opération. Le contrat de cession du fonds de commerce est ainsi soumis à la volonté des parties et aux dispositions générales régissant les opérations d'achat-vente figurant dans le *Código de Comercio* (code de commerce espagnol) et le *Código Civil* (code civil espagnol). La doctrine reconnait la spécificité d'une telle cession en raison de la particularité de l'objet et de la complexité de l'opération. Ainsi, la doctrine s'accorde pour ajouter aux obligations classiques de tout contrat de vente, une double obligation de faire et de ne pas faire. En raison de la complexité de l'opération de cession du fonds de commerce, les obligations de garantie et de délivrance sont assujetties à des règles particulières.

22. En pratique, cette notion est désignée par différentes terminologies telles que « *establecimiento comercial o industrial* » (établissement commercial ou industriel), « *casa de comercio* » (maison de commerce), « *negocio* » (affaire/négoce), « *tienda* » (magasin), « *industria* » (industrie) ou «*explotación* » (exploitation). Toutefois, l'appellation d'« *establecimiento* » est, sans doute, la plus utilisée par le Code Civil.
23. Arrêts du *Tribunal Supremo* du 13 octobre 1987 et du 13 février 1992.
24. De la même manière, certains éléments pourront être exclus de l'opération de cession de l'établissement sans pour autant faire disparaître le fonds de commerce. Conformément, à la jurisprudence (Arrêts du *Tribunal Supremo* du 13 octobre 1987 et du 13 février 1992), l'unité du contrat ne disparaît pas si, d'un commun accord, les parties décident d'exclure de l'objet du contrat de cession du fonds de commerce certains éléments de l'exploitation. Cependant, la même jurisprudence établit que la clientèle, en tant qu'élément essentiel de l'*empresa*, ne peut être soustraite car la cession d'un établissement sans clientèle ne constitue pas la vente d'une *empresa*.

En premier lieu, en vertu de l'article 1532 du *Código Civil*, l'obligation de garantie dans la cession d'un fonds de commerce se subdivise, comme en droit français, en une obligation de garantie contre les vices cachés et une obligation de garantie d'éviction. Or, cet article ne prévoit la responsabilité du vendeur que pour l'ensemble du fonds. Le cessionnaire ne pourra donc bénéficier de cette garantie sur les éléments constituant le fonds de commerce indispensables à son exploitation pris individuellement.

En second lieu, l'obligation de délivrance devient plus large et consiste pour le vendeur à remettre au cessionnaire tous les éléments essentiels, corporels et incorporels de l' « *empresa* » nécessaires pour que le cessionnaire puisse continuer normalement l'exploitation de l'activité commerciale dans les mêmes conditions que le cédant. La délivrance impliquera plusieurs cessions particulières des éléments composant l' « *empresa* ». D'abord, les biens meubles feront l'objet d'une délivrance matérielle ou d'une mise à disposition. Les biens incorporels de propriété industrielle ou intellectuelle devront être délivrés par un acte faisant foi du transfert, lequel devra être enregistré à l' « *Oficina Española de Patentes y Marcas* ».

En revanche, les biens immeubles devront être transmis par acte notarié, et faire l'objet d'une inscription au *Registro de Propiedad.* Dans hypothèse où le cédant ne serait pas propriétaire de l'établissement commercial, la délivrance sera réalisée par la cession du contrat de bail ou de sous-location, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'accord du bailleur (en revanche, il est obligatoire de procéder à la communication de cette transmission par écrit au bailleur dans le délai d'un mois à compter de la cession). Il convient à ce stade de rappeler qu'en droit espagnol il n'existe pas de droit au renouvellement du bail, ce qui a des conséquences importantes quant à la propriété commerciale.

Concernant les contrats en cours signés par le propriétaire du fonds et les tiers qui sont indispensables à l'exploitation du fonds (contrats d'approvisionnement, contrats d'assurance, contrats de travail, etc.), ceux-ci seront transmis, en principe, par un double accord entre le cédant et le cessionnaire et entre le cessionnaire et le tiers. Exceptionnellement, certains contrats de travail et d'assurance sont transmis automatiquement[25]. S'agissant des dettes contractuelles, le principe du double accord s'applique également, à l'exception des dettes salariales, des dettes de sécurité sociale et des dettes fiscales. Concernant les dettes salariales et de sécurité sociale, le cédant et le cessionnaire restent responsables solidairement pendant une période de trois ans des dettes nées préalablement à la cession[26]. Dans le cas des dettes fiscales, le cessionnaire répondra des dettes du cédant relatives au fonds, de manière subsidiaire, avec les biens composant le fonds cédé[27]. Enfin, le cédant devra mettre les livres comptables à disposition du cessionnaire.

Les obligations découlant de la nature particulière de l'opération. La délivrance effective de l'*empresa* comprenant des éléments incorporels et des relations de fait qui ne peuvent pas être transmis juridiquement, justifie l'existence de plusieurs obligations de faire et de ne pas faire imposées au vendeur. Dans les obligations de faire, on trouve notamment celle de transmettre au cessionnaire des connaissances et informations précises par rapport au savoir-faire et à l'organisation commerciale du fonds, afin que l'acquéreur soit en mesure d'exploiter normalement l'entreprise. Parmi les obligations de ne pas faire, on peut rencontrer l'obligation de non concurrence qui peut être mise à la charge du cédant, qui trouve son fondement sur le principe de bonne foi contractuelle[28].

La notion de fonds de commerce n'existe pas en Espagne.

Néanmoins la doctrine a créé une notion voisine : l'« empresa ».

25. Article 44 del *Estatuto de Trabajadores* et articles 34,35 et 36 de la *Ley de contratos de seguro.*
26. Article 44.3 del *Estatuto de los Trabajadores.*
27. Articles 41, 72 et 74 de la *Ley General Tributaria.*
28. Article 1258 du *Código Civil* et article 57 du *Código de Comercio.*

Les conditions de validité et les conséquences du non respect de cette obligation doivent être établies par analogie avec le contrat d'agence. Comme en droit français, la validité de cette obligation est soumisse à une limitation raisonnable dans le temps et dans l'espace[29]. Le non respect de cette obligation ouvrira au cessionnaire le droit à une indemnité pour perte de la clientèle et pour le manque à gagner qu'il subit[30].

La location gérance du fonds de commerce (« El arrendamiento de empresa »). L' *arrendamiento de empresa* est un acte de commerce qui ne dispose d'aucun régime juridique propre en droit espagnol, la libre volonté des parties étant la source des obligations. Or, les dispositions du *Código Civil* relatives à la location s'appliquent de manière subsidiaire, établissant les obligations principales du bailleur et du locataire.

En vertu du *Código Civil*[31], le bailleur a l'obligation de délivrer l'exploitation en bon état et en fonctionnement pour l'usage autorisé, de faire les réparations nécessaires et d'entretenir avec le locataire des relations paisibles, ce qui dans le cas de *l'arrendamiento de empresa* implique que le bailleur devra s'abstenir de réaliser toute activité qui pourrait troubler l'exploitation du fonds par le locataire-gérant, et plus particulièrement toute activité qui pourrait détourner la clientèle.

Le développement en location-gérance est facilité par la liberté offerte aux parties.

Les obligations du locataire-gérant[32] sont : le paiement du prix, l'usage de la chose dans les conditions accordées sans modifier sa destination et la remise de la chose à la fin du contrat dans les mêmes conditions qu'elle avait été reçue.

L'obligation d'usage de la chose impliquera dans le cas de *l'arrendamiento de empresa*, l'obligation pour le locataire gérant d'exploiter le fonds en bon père de famille en essayant de maintenir la capacité productive normale du fonds. Concernant la remise de la chose à la fin du contrat, le locataire-gérant d'une *empresa* devra rendre l'*empresa* avec les mêmes biens qui en faisaient partie à l'origine ou avec des biens d'une valeur similaire.

Dans l'hypothèse où l'*empresa* ferait l'objet d'une détérioration ou d'une perte de valeur, le locataire-gérant devra indemniser le bailleur, sauf s'il arrive à démontrer que les causes de la détérioration ne lui sont pas imputables. A l'inverse, les hausses de valeur produites par le locataire-gérant donneront lieu à une indemnisation de ce dernier par le bailleur.

En ce qui concerne la cessation du contrat d'*arrendamiento de empresa*, les dispositions générales sur l'extinction des contrats s'appliquent. Ainsi, en dehors de la résiliation par consentement mutuel et ou en raison de la non-exécution des obligations contractuelles, le contrat d'*arrendamiento de empresa* pourra être résilié par l'arrivée du terme du contrat[33].

Le contrat pourra également être résilié du fait de la perte de l'exploitation lorsqu'une autorisation administrative a été retirée ou non renouvelée, et empêche ainsi la poursuite de l'exercice de l'activité. La mise en liquidation judiciaire du locataire gérant est aussi une cause de cessation du contrat. Enfin, le décès du bailleur ne constitue une cause de résiliation que si les parties l'ont expressément prévu dans le contrat.

29. Article 20 de la *Ley 12/1992 sobre contrato de Agencia.*
30. Article 34 de la *Ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos* et article 28 de *Ley 12/1992 sobre contrato de Agencia.*
31 .Article 1554 du *Código Civil.*
32. Articles 1555, 156, 1563 et 1564 du *Código Civil.*
33. Article 1581 du *Código Civil.*

B. FONCTIONNEMENT AU PLAN ÉCONOMIQUE

1. Le secteur de la franchise en Espagne en quelques chiffres

Un secteur en pleine croissance. Le dernier rapport de l'*Asociación Española de la Franquicia* indique que le nombre d'enseignes sur le territoire espagnol a continué à croître (2,3% en 2009) malgré la crise[34]. Les Communautés Autonomes ayant connu une croissance majeure ont été la Catalogne (5 nouvelles enseignes), l'Andalousie (4 enseignes), Madrid (3 enseignes) et Valence (3 enseignes).

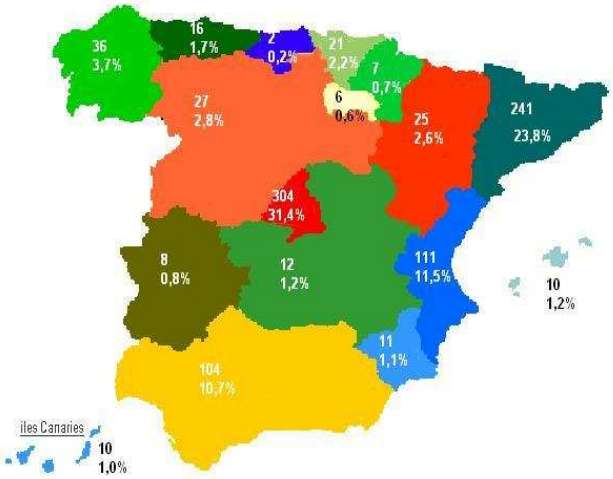
Cette croissance s'explique par le fait que le marché espagnol s'est adapté à la crise. Les franchiseurs ont rénové leurs concepts de commerce pour les rendre moins chers et permettre l'entrée de nouveaux partenaires dans des conditions économiques moins exigeantes. Ainsi, au cours des deux dernières années, les franchiseurs ont réduit les droits d'entrée, ont reporté les paiements, ont prévu des aides au financement et ont redessiné les modèles de commerce pour des locaux de moindre surface. A ce jour, 72% des enseignes demandent des investissements pour la création d'une franchise inférieurs à 120.000 euros[35]. Dans ce contexte, la franchise apparaît comme une alternative au chômage, avec des conséquences directes sur les chiffres. En effet, selon le site web espagnol spécialisé « *Infofranquicias.com* », les demandes d'information pour l'ouverture d'une franchise ont augmenté de 64% en avril 2009[36].

Il en va de même s'agissant du nombre de visiteurs dans la dernière édition du plus important salon de la franchise espagnol : SIF & Co (Valence), qui a connu une augmentation de fréquentation de 161% par rapport l'année précédente, avec un nombre total de 35.441 visiteurs[37]. Cette augmentation considérable de la fréquentation du salon corrobore le fait que la franchise est devenue un secteur particulièrement attrayant pour les personnes qui recherchent une formule de travail indépendant et pour ceux qui souhaitent investir dans une affaire bénéficiant d'une certaine garantie de réussite, malgré la conjoncture économique.

La demande. Conformément aux dernières études publiées[38], 56,4% des personnes intéressées par l'investissement dans une franchise des réseaux proposant un investissement de départ inférieur à 60.000 euros. Seuls 7% des candidats envisagent des investissements supérieurs à 240.000 euros.

Le développement des réseaux de franchise, jusqu'à présent concentré dans les régions économiques de Madrid et de la Catalogne (qui regroupent 59% des enseignes et environ 44% des établissements), s'ouvre désormais à d'autres communautés autonomes en pleine croissance, telles que la Communauté de Valence et l'Andalousie.

Localisation des réseaux



34. A noter néanmoins que le nombre d'établissements a diminué. A la lecture de l'étude de l'Association Espagnole de la Franchise, la cause en serait la crise du marché immobilier qui, entre 2008 et 2009, a provoqué la fermeture de 432 établissements.
35. *Situación actual de la Franquicia en España 2010*, janvier 2010.
36. *La Franquicia : estrategia anticrisis.* Franquicias y Negocios, 24 avril 2009.
37. *SIF&Co cumple sus objetivos en el 20 aniversario*. Apparu sur http://sif-valencia.es le 9 novembre 2009.
38. *Resultados del Barómetro de la Franquicia de noviembre 2009.*

Au plan régional, les demandes se concentrent dans les Communautés Autonomes de Catalogne (17,8%), l'Andalousie (17,8%), la Communauté de Madrid (12,6%) et la Communauté de Valence (10,5%), qui regroupent de l'ordre de 60% des demandes d'information concernant l'ouverture d'une franchise. Barcelone et Madrid concentrent environ 25% des demandes d'information relatives à l'ouverture d'une franchise. Concernant les secteurs intéressant le plus les candidats à la franchise, on trouve le secteur de la distribution et celui des services qui concentrent respectivement 45,9% et 36,2% des demandes.

Les chiffres d'affaires dans le secteur. Conformément à la dernière étude de l'*Asociación Española de la Franquicia*, le secteur générait, en juillet 2009, un chiffre d'affaires de 25.735.661.000 euros dont 8.720.348.000 euros correspondant au chiffre d'affaires réalisé par les franchiseurs et 17.014.313.000 euros générés par les franchisés. Les secteurs enregistrant un chiffre d'affaires important sont :

- l'alimentaire : 6.117.546.000 € ;
- les bars /restaurants : 2.842.365.000 € ;
- les agences de voyage : 2.182.895.000 € ;
- la restauration rapide : 2.088.966.000 € ;
- le mobilier et la textile de maison : 1.727.964.000 €.

La crise immobilière: un contexte permettant d'appréhender des emplacements de qualité à moindre frais.

Les franchises françaises en Espagne. Environ 40 franchiseurs français ont déjà décidé de développer leur réseau en Espagne. Parmi eux, deux apparaissent déjà dans le « Top 50, 2008 »[39]. Alain Afflelou Opticien se situe à la 28ème place de la liste avec 109.670.000 euros de chiffre d'affaires et 253 établissements (dont 199 franchisés). Etam Lingerie est classé à la 48ème place du classement, avec 55.386.000 euros de chiffre d'affaires et 102 établissements (dont 24 franchisés). En outre, Carrefour city suscite un vif intérêt pour les candidats espagnols, se situant à la 2e place du classement des profils le plus visités sur un moteur de recherche de franchises espagnol, avec 2.319 visites enregistrées.

Ci-dessous figurent d'autres exemples de franchises françaises implantées en Espagne :

- Esthetic Center : 150 établissements dont 147 franchisés ;
- Jean Louis David : 110 établissements dont 92 franchisés ;
- Orchestra : 63 établissements dont 30 franchisés ;
- Kiabi : 57 établissements ;
- Celio : 45 établissements dont 12 franchisés ;
- Franck Provost : 38 établissements dont 18 franchisés ;
- Acadomia : 40 établissements dont 10 franchises ;
- Carte de Vins : 25 magasins dont 10 franchisés ;
- Du pareil au même : 23 établissements dont 11 franchisés ;
- Sergent Major: 20 établissements dont 19 franchisés;
- Physiomins : 18 établissements franchisés ;
- Lollipops: 12établissements dont 9 franchisés;
- Rapid'Flore : 6 établissements ;
- Cuisine Plus : 3 franchisés.

2. Autres informations d'ordre général

L'évolution de l'économie espagnole depuis un an a été marquée par une importante crise immobilière. En outre, l'écroulement du secteur du bâtiment a atteint un grand nombre d'activités, notamment industrielles. Par ailleurs la crise financière a rendu difficile l'accès au financement pour les entreprises, en particulier pour les PME. Les derniers chiffres en date de février 2009 indiquent que 80% des PME ont rencontré des difficultés pour trouver un financement.

39 Classement établi en fonction du chiffre d'affaires.
40 *La Franquicia en España. Estadístic La crisis vacía las oficinas españolas*. Muy Pymes, 14 décembre 2009.
41 Instituto de Crédito Oficial.
42 *Go Franquicia. Crecer empresarialmente*. Eduardo A. Tormo, 2009.

En deux ans, Madrid et Barcelone ont vu se libérer 1,7 millions de mètres carrés de bureaux. Il s'agit là de la conséquence directe de la crise financière sur les entreprises espagnoles au niveau des structures de coûts. Pourtant, cette circonstance crée une véritable une opportunité pour les entreprises recherchant des bureaux pour s'implanter ; il est vrai que les prix ont parfois baissé de 30%[40].

En réponse aux difficultés rencontrées par les PME pour trouver un financement, le gouvernement espagnol a mis en œuvre des incitations fiscales à court et moyen termes pour la reprise de l'activité. C'est dans ce cadre que s'insère le programme de financement *ICO*[41], qui prévoit deux lignes de financement adressées aux PME (*Ico-Emprendedores et Ico-Inversion Nacional*). Grâce à *Ico-Emprendedores*, les petites entreprises de moins de 10 salariés pourront bénéficier d'aides s'élevant jusqu'à 300.000 € pour l'achat d'actifs fixes productifs, de véhicules, pour les frais de constitution d'une entreprise ou pour l'acquisition d'une entreprise. *Ico-Inversión Nacional* propose des aides aux PME pouvant s'élever jusqu'à 10 millions d'euros sous réserve que l'investissement ait lieu sur le territoire national.

Précisons enfin que le secteur de la franchise en Espagne est, en pratique, plus soutenu par des fonds ou des investisseurs spécialisés que par les banques. Il apparaît en effet que le secteur bancaire espagnol, à différence du secteur bancaire français, ne soit pas très présent dans le financement du système de franchise. Ce sont donc les investisseurs privés et les divisions spécialisées d'entités de capital-risque qui participent généralement au financement de projets de franchise[42].

****

ACTUALITE DU CABINET

PRESENCE DE SIMON ASSOCIES AU SALON FRANCHISE EXPO PARIS

Simon Associés sera présent au salon Franchise Expo Paris, qui se tient à Paris du 14 au 17 mars, au Village des Experts de la Fédération Française de la Franchise (Porte de Versailles).

A cette occasion, Simon Associés met en valeur le développement des enseignes à l'International et les avantages de la technique contractuelle applicable à la Franchise. Outre le présent numéro , trois autres dossiers « spéciaux » seront ainsi disponibles sur le salon : Dossier Spécial : Franchise et Technique contractuelle; Dossier Spécial : S'implanter au Maroc et Dossier Spécial : Franchiseurs Marocains : s'implanter en France

PUBLICATIONS RECENTES DE SIMON ASSOCIES

- 8/03/2010, Points de vente, « Comment protéger son savoir-faire », Sandrine RICHARD
- 1er/03/2010, l'Express, Anticipé l'échec, François-Luc SIMON interrogé
- 1er/03/2010, Le Nouvel Entrepreneur, « Pour une modernisation du droit de la franchise », François-Luc SIMON
- 22/02/2010, A armes égales, La Lettre des juristes d'affaires, François-Luc SIMON
- 22/02/2010, Points de Vente, « Pourquoi développer un réseau en Espagne ? », François-Luc SIMON
- 08/02/2010, Points de Vente, « Pourquoi choisir la location-gérance ? », François-Luc SIMON
- 05/02/2010, Franchise Magazine, « Savoir-faire du franchiseur : le cœur du réseau », Sandrine RICHARD,
- 01/02/2010, L'Officiel de la Franchise, « Pour une modernisation du droit de la franchise », François-Luc SIMON
- 01/02/2010, Franchise Magazine, « Valorisez vos exclusivités ! », François-Luc SIMON
- Février 2010, Observatoire de la Franchise, « Les clauses clés du contrat de franchise (partie 2) : Clauses de confidentialité, de garanties, de non concurrence », Sandrine RICHARD
- 29/01/2010, Entreprise et droit, « L'obligation de non-dénigrement du franchisé (bilan jurisprudentiel et clauses protectrices », Flore SERGENT
- 25/01/2010, Points de vente, « Quelle modernisation du droit de la distribution ? », François-Luc SIMON
- 14/01/2010, Observatoire de la franchise, « Les clauses clés du contrat de franchise (Partie 1) », Sandrine RICHARD
- 09/01/2010, Franchise-Magazine.com, « Franchiseurs, modernisez vos contrats de franchise ! », François-Luc SIMON
- 01/01/2010, Entreprise & Franchise, « Le franchisé, un « salarié » comme les autres ? », François-Luc SIMON
- 01/01/2010, La Revue des marques, « Du bon usage de la marque patronymique », Guénola COUSIN
- Janvier 2010, Le Monde des Réseaux, « L'obligation de non-dénigrement du franchisé (bilan jurisprudentiel et clauses protectrices », François-Luc SIMON
- Janvier 2010, Observatoire de la Franchise, « Les clauses clés du contrat de franchise (partie 1) : clause de délivrance du savoir-faire, clause relative à la marque, à l'assistance etc. », Sandrine RICHARD

Les articles du Cabinet Simon Associés sont en ligne sur le site **www.simonassocies.com**

PARIS

61 rue de Miromesnil
75008 – Paris
Tel : + 33 153 962 000
Fax : + 33 153 962 001

LYON

7 rue de Bonnel
69003 – Lyon
Tel : + 33 472 617 515
Fax : + 33 472 617 589

NANTES

13 rue Bertrand Geslin
44000 – Nantes
Tel : + 33 253 446 900
Fax : + 33 253 446 936

MONTPELLIER

32 Boulevard du Jeu de Paume
34000 – Montpellier
Tel : + 33 467 580 186
Fax : + 33 467 588 432

www.simonassocies.com
contact simonassocies.com