

## **LOI TRAVAIL, RESEAUX DE FRANCHISE ET INSTANCE DE DIALOGUE SOCIAL**

La loi travail, entrée en vigueur le 10 août 2016, instaure une instance de dialogue social au sein des réseaux de franchise. Le décret d'application du 4 mai 2017, précisant les dispositions légales et en permettant l'application effective, est entré en vigueur le 7 mai 2017. Désormais les franchiseurs vont devoir faire face aux demandes de mise en place d'instances de dialogue social.

### **ADOPTION DE LA LOI TRAVAIL ET ENTREE EN VIGUEUR**

La loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels dite *Loi Travail* a été adoptée le 21 juillet 2016 en lecture définitive par l'Assemblée Nationale.

Cette loi comprend un article 64 (annexe 1 de la présentation mise à votre disposition) visant à mettre en place une instance de dialogue social au sein des réseaux de franchise.

Le Conseil Constitutionnel a été saisi par des parlementaires et s'est prononcé sur la constitutionnalité de cet article dans sa décision du 4 août 2016 (n°2016-736 annexe 2 de la présentation mise à votre disposition).

Cette disposition, a été validée sous deux réserves d'interprétation et une censure partielle du dispositif.

La *loi Travail* a été promulguée par le Président de la République le 9 août 2016 et est entrée en vigueur le 10 août 2016.

Son décret d'application du 4 mai 2017 est entré en vigueur le 7 mai 2017.

### **DE QUOI S'AGIT-IL ?**

L'article 64 de la loi Travail alinéa 1, dispose que :

- I. Dans les réseaux d'exploitants d'au moins trois cents salariés en France, liés par un contrat de franchise mentionné à l'[article L. 330-3 du code de commerce](#) qui contient des clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées, lorsqu'une organisation syndicale représentative au sein de la branche ou de l'une des branches dont relèvent les entreprises du réseau ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau le demande, le franchiseur engage une négociation visant à mettre en place une instance de dialogue social commune à l'ensemble du réseau, comprenant des représentants des salariés et des franchisés et présidée par le franchiseur. L'accord mettant en place cette instance prévoit sa composition, le mode de désignation de ses membres, la durée de leur mandat, la fréquence des réunions, les heures de

délégation octroyées pour participer à cette instance et leurs modalités d'utilisation.

A défaut d'accord :

1° Le nombre de réunions de l'instance est fixée à deux par an ;

2° Un décret en Conseil d'Etat détermine les autres caractéristiques mentionnées au deuxième alinéa.

Les membres de l'instance sont dotés de moyens matériels ou financiers nécessaires à l'accomplissement de leurs missions. Les dépenses de fonctionnement de l'instance et d'organisation des réunions ainsi que les frais de séjour et de déplacement sont pris en charge selon des modalités fixées par l'accord [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-736 DC du 4 août 2016.] Lors de sa première réunion, l'instance adopte un règlement intérieur déterminant ses modalités de fonctionnement.

Lors des réunions mentionnées au deuxième alinéa et au 1° du présent I, l'instance est informée des décisions du franchiseur de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés des franchisés.

Elle est informée des entreprises entrées dans le réseau ou l'ayant quitté. L'instance formule, à son initiative, et examine, à la demande du franchiseur ou de représentants des franchisés, toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés dans l'ensemble du réseau ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'[article L. 911-2 du code de la sécurité sociale](#).

Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent I, en particulier le délai dans lequel le franchiseur engage la négociation prévue au premier alinéa du présent I.

II. - Les organisations syndicales et les organisations professionnelles des branches concernées établissent un bilan de la mise en œuvre du présent article et le transmettent à la Commission nationale de la négociation collective au plus tard dix-huit mois après la promulgation de la présente loi.

Cette instance dispose d'un droit d'être informée des décisions du franchiseur de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail ou de formation professionnelle des salariés des franchisés. Elle est informée des entreprises entrées dans le réseau ou l'ayant quitté.

Elle formule à son initiative, et examine, à la demande du franchiseur ou de représentants des franchisés, toute proposition de nature à améliorer les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés de l'ensemble du réseau ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient des garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale.

## **MISE EN PLACE D'UNE INSTANCE DE DIALOGUE SOCIAL DANS VOTRE RESEAU DE FRANCHISE**

### **ETES-VOUS TENU DE METTRE EN ŒUVRE ?**

#### **A – L'application de la loi**

La loi est entrée en vigueur le 10 août 2016, ayant été publiée au JO 9 août 2016 après avoir été promulguée le 8 août 2016 (art. 1 du Code civil).

Toutefois l'entrée en vigueur de celles des dispositions légales qui nécessitent l'adoption de mesures d'application est reportée à l'entrée en vigueur de ces mesures.

Or l'article 64 de la loi EL KHOMRI renvoie au décret pour préciser les conditions de fonctionnement de l'instance de dialogue social à défaut d'accord survenant entre l'organisation syndicale et le franchiseur (Composition, mode de désignation des membres, durée de mandat, fréquence des réunions, heures de délégation et modalités d'utilisation, pris en charge des frais de fonctionnement).

Il est donc évident qu'à défaut d'accord, l'instance ne pourra être mise en œuvre et fonctionner : le texte était ainsi inapplicable tant que le décret le précisant n'est pas publié.

Le décret du 4 mai 2017 relatif à l'instance de dialogue social mise en place dans les réseaux d'exploitants d'au moins trois cents salariés en France liés par un contrat de franchise ayant été publié au JO le 6 mai 2017, il est entré en vigueur le 7 mai 2017, permettant, depuis cette date,

Vous êtes donc désormais tenus de donner suite à une demande d'un syndicat tendant à la mise en place de l'instance de dialogue social.

#### **B – Conditions à satisfaire pour qu'un syndicat puisse exiger la mise en place de l'instance de dialogue social**

4 conditions cumulatives doivent être réunies pour que vous soyez tenus de mettre en place une instance de dialogue social:

1. L'existence d'un réseau d'exploitants d'au-moins 300 salariés en France ;
2. Ces exploitants doivent être liés par un contrat de franchise mentionné à l'article L.330-3 du code de commerce ;
3. Ce contrat de franchise doit contenir des clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées ;
4. Une organisation syndicale représentative au sein de la branche ou de l'une des branches dont relèvent les entreprises du réseau ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau doit demander que le franchiseur engage une négociation visant à la mise en place d'une telle instance.

Examinons chacune de ces conditions.

### **1- Appréciation du seuil de 300 salariés**

Attention « 300 salariés » et non « 300 équivalents temps plein » ; le calcul est donc différent de ce que l'on connaît en matière de seuil d'effectif habituellement (mise en place IRP notamment)

Le nom commun « *exploitants* » est utilisé.

Il eut été préférable pour plus de clarté d'utiliser le terme « *franchisés* » si l'intention du législateur était de ne retenir que ceux-ci, à l'exclusion des salariés du franchiseur pour l'appréciation de ce seuil.

En l'absence de précision, il est permis de se poser la question de savoir si l'appréciation de l'atteinte du seuil implique la comptabilisation des salariés du franchiseur.

Pour répondre à cette question, on peut se référer à la finalité du texte de loi, exposée lors des débats parlementaires. Celle-ci vise globalement à améliorer la situation de l'emploi en l'alignant sur le mieux disant au sein des entreprises franchisées indépendantes composant le réseau.

Par nature, les salariés du franchiseur, sauf ceux qui seraient affectés à l'exploitation de fonds de commerce de même nature que ceux exploités par les franchisés, n'accomplissent pas les mêmes fonctions et ont des conditions de travail non comparables.

L'analyse du texte semble conforter cette analyse le terme exploitant visé à la première condition étant repris dans l'énoncé de la deuxième condition qui vise les exploitants « liés par un contrat de franchise ». Cette rédaction pourrait impliquer que « l'exploitant » au sens de l'article 64 de la loi EL KHOMRI soit celui qui tient du contrat de franchise le droit d'exploiter le savoir-faire et l'enseigne et donc le franchisé.

Il nous semble donc qu'il faille ne pas comptabiliser les salariés du franchiseur pour l'appréciation de l'atteinte de ce seuil tant que la jurisprudence ne se sera pas fixée autrement.

Il ne faut en outre comptabiliser que les salariés employés par des franchisés en France, c'est-à-dire exerçant leurs fonctions sur le territoire national. Cela exclut les salariés de franchisés français exécutant leur contrat de travail dans un pays étranger (cas de frontaliers par exemple) comme les salariés de franchisés ou master franchisés étrangers.

Le décret n'a malheureusement apporté aucune clarification sur les critères d'appréciation de ce seuil de 300 salariés.

La détermination et la justification du nombre de salariés devrait logiquement revenir à « l'organisation syndicale représentative au sein de la branche ou de l'une des branches dont relèvent les entreprises du réseau ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau » qui formule au franchiseur la demande de mise en place de l'instance de dialogue social.

Il est cependant probable que la charge probatoire sera partagée et que si le franchiseur conteste les éléments produits par le syndicat demandeur, il doit justifier de la réalité de l'effectif. Problème : le franchiseur ne détient pas nécessairement cette information de la part des membres de son réseau... à prévoir à l'avenir ?

Le franchiseur doit informer les franchisés employant au moins un salarié de la demande d'engager la négociation de l'accord de mise en place de l'instance de dialogue. Cela implique qu'il sache si les franchisés emploient au moins un salarié. Si le franchiseur ne détenait pas cette information, il conviendrait par prudence, qu'il en informe l'ensemble de ces franchisés.

En retour, ces derniers doivent communiquer au franchiseur, par tout moyen et dans un délai de quinze jours, la moyenne sur l'année écoulée de leurs effectifs au sens de l'article L.1111-2 du Code du travail.

Ainsi, la loi institue une obligation de communication de l'effectif salarié à la charge du franchisé. Ceci dit, il n'est prévu aucune sanction en cas de manquement à cette obligation, pourtant déterminante de la capacité du franchiseur à apprécier si le seuil de 300 salariés a été dépassé. Se pose donc la question de l'opportunité de la contractualisation de cette obligation de communication de manière à ce que le contrat puisse édicter les sanctions faisant défaut, dans le but de rendre plus effective cette obligation de communication de l'effectif salarié.

Le texte ne dit rien de ce qu'il advient de l'instance de dialogue si l'effectif employé des salariés employés par les franchisés du réseau en France passe sous le seuil des 300 salariés : convient-il de maintenir l'instance, le cas échéant jusqu'à la disparition du réseau de franchise, ou au contraire si elle cesse de fonctionner dès lors que ce seuil n'est plus atteint. Il serait prudent que l'accord conclu envisage cette hypothèse et prévoit le sort de l'instance en cas de non atteinte du seuil par la suite. Le décret n'a pas précisé non plus ce point.

Il serait ainsi judicieux que l'accord stipule par exemple (comme aujourd'hui en matière de CE) que « Lorsque l'effectif de 300 salariés n'a pas été atteint pendant x mois, consécutifs ou non, au cours des x années précédant la date du renouvellement de l'instance de dialogue social, le franchiseur peut supprimer le comité d'entreprise ».

## **2- Seuls les salariés des employeurs liés par un contrat de franchise mentionné à l'article L.330-3 du code de commerce sont concernés**

L'article L. 330-3 du Code de commerce définit l'information précontractuelle qui est due spécialement à ceux qui par contrat, bénéficieront de l'usage de signes d'attraction de la

clientèle et s'engageront pour l'exercice de leur activité dans des liens d'exclusivité ou de quasi-exclusivité.

Chacun sait que :

- cet article ne concerne pas que les contrats de franchise, mais tous les contrats qui comportent une licence de marque ou de DPI portant sur des signes distinctifs assortie d'engagements d'exclusivité ou de quasi-exclusivité : contrat de concession commerciale, affiliations, location gérance de fonds de commerce ou licences de marque par exemple peuvent être concernés ;
- cet article ne s'applique pas aux contrats de franchise qui ne comportent pas d'engagements d'exclusivité ou de quasi-exclusivité : certes cela est rare en pratique, mais cela peut exister.

Cela signifie :

- que si votre réseau est organisé en licence, concession ou sous tout contrat qui n'est pas susceptible d'être qualifié de contrat de franchise, vous êtes hors champ d'application de l'article 64 de la loi travail ;
- que si votre réseau est mixte et qu'y cohabitent par exemple des concessionnaires et des franchisés, l'effectif employé par les concessionnaires n'est pas pris en compte pour apprécier le seuil des 300 salariés et que si les salariés des franchisés sont plus de 300 et qu'une instance de dialogue social est mise en place, les concessionnaires et leurs salariés n'ont pas à y participer.

Rappelons tout de même que le contrat de franchise est un contrat innommé. Il est pour autant cité par plusieurs textes de droit de la concurrence, dont les règlements d'exemption des ententes verticales, et est défini en jurisprudence (Annexe 3 à la présentation, extrait du Jurisclasseur commercial : définition de la franchise, fascicule « le choix de la franchise » par Me Jean-Baptiste Gouache et le Pr. Martine Behar-Touchais) comme le contrat opérant la mise à disposition de signes distinctifs, d'un savoir-faire éprouvé, identifié, secret et substantiel, et d'une assistance à l'exploitation de ce savoir-faire.

Selon le Gouvernement, les contrats de franchises sont normalement plus contraignants sur le fonctionnement des entreprises franchisées que les autres formes juridiques de réseaux commerciaux. Les contrats de concession se bornent à permettre la distribution exclusive de produits sans transmission de savoir-faire. Les licences de marque confèrent le droit d'exploiter une marque mais ne prévoient pas d'assistance commerciale ou technique. Les coopératives reposent sur le principe de propriété collective de l'enseigne, ce qui n'est pas le cas des contrats de franchise.

Ainsi, pour le Gouvernement, les caractéristiques particulières du contrat de franchise conduisent à ce que les modalités d'organisation et de fonctionnement des entreprises

franchisées soient plus encadrées que dans les autres formes d'organisation. C'est la raison pour laquelle les contrats de franchise peuvent avoir un effet sur l'organisation et les conditions de travail des salariés des entreprises franchisées.

Les syndicats pourraient être tentés d'intenter des actions en requalification de contrats qui ne sont pas dénommés contrats de franchise mais qui en comporteraient les engagements d'un contrat de franchise (et à titre principal ceux portant sur la mise à disposition d'un savoir-faire, qui distinguent les contrats de franchise des autres contrats de mise à disposition d'une enseigne).

Les réseaux pourraient aussi être tentés, avant d'atteindre les seuils concernés, de faire le choix de contrats d'enseigne qui ne sont pas susceptibles de revêtir la qualification de franchise.

### **3- Un contrat de franchise contenant des clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées :**

Le dispositif n'est applicable que si le contrat de franchise contient des clauses ayant cumulativement un effet :

- sur l'organisation du travail ; **et**
- les conditions de travail dans les entreprises franchisées.

Attention : le droit social ne définit ni l'organisation du travail ni les conditions de travail pourtant omniprésentes dans la législation (hygiène et sécurité par exemple).

En pratique, on peut retenir que l'**organisation du travail** consiste dans les différents systèmes mis en place dans les entreprises pour accroître la productivité, grâce à une utilisation plus rationnelle du travail (durée et l'aménagement du temps de travail).

Quant aux termes « conditions de travail », ils recouvrent les conditions d'exercice du travail, c'est-à-dire les caractéristiques du poste de travail, l'environnement matériel et humain : charge de travail, quantité, normes, qualité, répartition des fonctions, statut, formation, intégration, parcours professionnels, management, espaces de travail, temps de travail, moyens de communication, outils,....

En principe, tous les contrats de franchise ne devraient pas être concernés.

Cela revient à analyser concrètement :

- le contrat ;
- ses annexes ;
- les documents non annexés auxquels le contrat renvoie et donne force obligatoire pour le franchisé et notamment le manuel opératoire.

Cette analyse peut être conduite dès maintenant, dans la perspective d'expurger les contrats futurs de toute disposition qui ne serait pas indispensable et qui induirait la satisfaction de ces conditions.

Il ne s'agit pas de rechercher des clauses ayant pour objet l'organisation et les conditions de travail dans l'entreprise franchisé : bien entendu, il n'y en a pas dans les contrats de franchise. Il s'agit de rechercher celles qui pourraient avoir cet effet, c'est-à-dire cette conséquence, du fait de leur mise en œuvre.

Cela implique à notre sens d'être aussi vigilant sur le contenu de documents remis aux franchisés tels que :

- supports de formation ;
- rapports de visites d'animation ;
- correspondances adressées aux franchisés.

Ces documents peuvent en effet aborder les effets de l'usage d'un nouveau matériel ou d'une évolution d'un savoir-faire d'organisation sur le personnel du franchisé.

Il existe une incertitude sur le fait de savoir si cette condition sera le plus souvent remplie.

Les franchiseurs tiennent en effet compte de l'indépendance du franchisé : celle-ci se manifeste notamment dans la liberté laissée au franchisé pour organiser son entreprise, et en particulier définir l'organisation ou à tout le moins les conditions de travail de ceux-ci.

D'ailleurs, parmi les critères utilisés par les juges pour requalifier un contrat de franchise en contrat de travail, selon la technique du faisceau d'indices, figurent la fixation des horaires de travail, des conditions de travail des salariés du franchisé, des prix de vente, du règlement intérieur de l'entreprise franchisée, etc.

Les clauses qui ont trait au personnel dans les contrats de franchise sont donc inexistantes ou se limitent le plus souvent :

- à rappeler des exigences légales de qualification dans tel ou tel secteur d'activité ;
- à rappeler la nécessité que les salariés du franchisé observent une obligation de confidentialité à l'égard du savoir-faire du franchiseur.

Ces clauses prévoient toutefois dans certains cas que les salariés du franchisé devront porter la tenue de l'enseigne où qu'ils devront suivre certaines formations dispensées par le franchiseur dans la mesure où ils sont chargés de mettre en œuvre des parcelles du savoir-faire de ce dernier.

Par ailleurs, le Gouvernement a également souligné le cas des « clauses strictes relatives à l'hygiène » ou « les heures d'ouverture des magasins » imposées par le franchiseur.



On peut également penser à la stratégie commerciale que doivent respecter les franchisés avec le cas échéant des incitations à la vente permettant une rémunération différenciée pour les salariés des franchisés.

Enfin, la question la plus délicate concerne le manuel opératoire. Tous les contrats de franchise stipulent que le franchisé doit respecter le savoir-faire, rien que le savoir-faire, mais tout le savoir-faire. Celui-ci est exprimé, outre par les supports de formation, par le manuel opératoire.

Le manuel constitue donc nécessairement une norme à laquelle les parties au contrat de franchise ont entendu donner une force obligatoire, le non-respect des prescriptions du manuel entraînant un défaut d'exécution du contrat de franchise par le franchisé.

Or il est fréquent que ce manuel décrive une organisation type des équipes du franchisé, des tâches, la manière de les réaliser, comportent des fiches de fonction. Dans certains secteurs d'activité, comme les services à la personne ou le travail temporaire, l'emploi de salariés est une brique importante du savoir-faire et les manuel opératoire peuvent comporter des fiches de poste, voir des contrats de travail type.

Dans ces conditions, les obligations découlant de la mise en œuvre du savoir-faire ont nécessairement un effet sur l'organisation et les conditions de travail des salariés dans les entreprises franchisées. En ce sens, tous les contrats de franchise contiennent des clauses qui auront les effets visés par la loi.

L'organisation syndicale à l'origine de la demande de création d'une instance de dialogue devra apporter la preuve de la satisfaction de ces conditions cumulatives.

**4- Une organisation syndicale représentative au sein de la branche ou de l'une des branches dont relèvent les entreprises du réseau ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau doit demander que le franchiseur engage une négociation visant à la mise en place d'une telle instance :**

C'est donc à un syndicat de demander au franchiseur d'engager une négociation visant à la création d'une instance de dialogue. **Le franchiseur n'a pas à prendre l'initiative d'engager une négociation sur ce sujet avec une organisation syndicale.**

À noter qu'au-delà de tout syndicat représentatif au niveau « branche » (dont évidemment les 5 « grands »), n'importe quel syndicat présent dans l'une des entreprise franchisée pourra formuler la demande ; rappelons que la loi du 20 août 2008 a élargi le droit de créer une section syndicale au profit des syndicats non représentatifs pour leur permettre de s'implanter dans l'entreprise. En outre, selon la jurisprudence, la faculté de créer une section syndicale n'est pas subordonnée à une condition d'effectif de l'entreprise. Ce qui compte, en revanche, c'est la présence d'au moins 2 adhérents dans l'entreprise.

Dans un délai de deux mois suivant la date de notification de la demande de l'organisation syndicale, lorsque les conditions de mise en place de l'instance sont satisfaites, le franchiseur sollicite les organisations syndicales de salariés représentatives au sein de la branche ou, lorsque les entreprises du réseau relèvent de différentes branches, chacune des organisations syndicales de salariés représentative au sein de l'une de ces branches au moins, ainsi que l'ensemble des employeurs des entreprises du réseau employant au moins un salarié afin de mettre en place l'instance de dialogue social.

## **MISE EN PLACE DE L'INSTANCE ET REGLES DE FONCTIONNEMENT**

### **A – Parties à la négociation**

Il s'agit du ou des syndicats demandeurs, des franchisés et du franchiseur.

Un groupe de négociation doit être réuni, constitué de deux collèges composés d'un nombre égal de membres, qu'il fixe en tenant compte du nombre des organisations syndicales de salariés représentatives au sein de la branche ou, lorsque les entreprises du réseau relèvent de différentes branches, du nombre des organisations syndicales de salariés représentatives au sein de l'une de ces branches au moins.

Le collège des salariés est composé de représentants des organisations syndicales de salariés représentatives au sein de la branche ou des branches dont relèvent les entreprises du réseau.

Quant au collège des employeurs, il est composé de représentants du franchiseur et de représentants de plusieurs employeurs des entreprises du réseau.

Pour le reste, le décret reste relativement taiseux sur les modalités pratiques d'organisation de la négociation. Surtout, alors même que selon le Conseil constitutionnel, les entreprises franchisées doivent participer à cette négociation (Décision n° 2016-736 DC du 4 août 2016), rien n'est dit sur les modalités de désignation des représentants de ces entreprises !

Le franchiseur ne doit pas négocier seul : les franchisés doivent participer activement aux négociations.

La négociation avec tous les franchisés sera éventuellement malaisée à mettre en œuvre, de sorte qu'il serait probablement approprié que ceux-ci désignent leurs propres représentants pour conduire les discussions pour ce qui les concerne.

Le Franchiseur ne doit pas choisir les franchisés qui participent à la négociation : l'accord ainsi choisi pourrait à défaut s'imposer à ceux qui n'ont pas désigné de représentants pour discuter l'accord et heurterait leur liberté d'entreprendre, ainsi que l'a rappelé le conseil constitutionnel dans une réserve d'interprétation.

## **B – Délai de négociation**

Le franchiseur a un mois à compter de la date de sa sollicitation pour réunir un groupe de négociation.

Il a ensuite six mois suivant la première réunion du groupe de négociation pour conclure, à défaut de quoi le régime réglementaire s'impose, sauf décision de prolongation de la négociation.

Compte tenu du délai relativement bref au vu de la complexité prévisible de la négociation, il pourrait être opportun d'anticiper la représentation des entreprises franchisées. En effet, à défaut d'accord au terme du délai accordé par le décret, l'obligation de mise en place conformément aux dispositions réglementaires interdira de déroger à certaines modalités pouvant apparaître comme très contraignantes comme les modalités de désignation des représentants salariés (voir ci-dessous).

Les franchisés ont l'obligation d'informer leurs salariés de l'ouverture de la négociation, de son objet et de la composition du groupe de travail. Cette information doit être opérée par tout moyen de nature à lui donner date certaine.

## **C- Contenu de l'accord**

L'accord mettant en place cette instance de dialogue prévoit sa composition, le mode de désignation de ses membres ainsi que la durée de leur mandat, la fréquence des réunions, les heures de délégation octroyées pour participer à cette instance et leurs modalités d'utilisation.

Le décret est venu préciser, s'agissant des heures de délégations, que lorsque les représentants des salariés ont la qualité de représentant du personnel de leur entreprise, mes temps de trajet pour se rendre aux réunions et les temps d'assistance aux réunions ne sont pas décomptés de leurs heures de délégation générale, ce temps étant décompté et rémunéré comme temps de travail effectif.

En outre, il serait opportun de prévoir que toute entreprise franchisée dont le contrat de franchise prend fin n'est, de droit, plus représentée à l'instance de dialogue social au jour de la cessation du contrat. De même faudra-t-il sans doute prévoir que si un représentant cesse ses fonctions en cours de mandat ou perd son mandat, il sera remplacé, pour la durée du mandat restant à courir, par l'organisation syndicale concernée.

Les dépenses et frais de fonctionnement de l'instance sont pris en charge selon les modalités fixées par l'accord. Le conseil constitutionnel a invalidé le fait que la loi impose la prise en charge de ces dépenses et frais par le seul franchiseur. Il est probable qu'un certain nombre d'accord prévoient une répartition entre tous les membres du réseau.

A défaut d'accord, survenu dans les 6 mois suivant la première réunion du groupe de négociation, le Franchiseur établira un constat de désaccord.

La négociation peut toutefois être prorogée si une majorité des membres du groupe, incluant nécessairement le franchiseur, le souhaite. La décision fixe alors le délai de discussion complémentaire.

A défaut d'accord, le décret fixe les caractéristiques de cette instance de dialogue.

**Il est probable que les représentants syndicaux refuseront tout accord qui serait pour eux moins disant que ce que le décret prévoit. Celui-ci constitue donc une norme minimum s'il ne réduit pas à néant le recours à la négociation, le franchiseur n'ayant pas vocation à prévoir des modalités de fonctionnement qui présenterait pour lui et pour le réseau plus d'inconvénients que ceux résultant des modalités de fonctionnement de l'instance définies par le décret.**

L'accord ne sera valide que :

- s'il est signé par le Franchiseur,
- par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives,
- par au moins 30% des franchisés du réseau employant 30% des effectifs des salariés du réseau,
- et en l'absence d'opposition, notifiée par tout moyen de nature à lui conférer date certaine, dans un délai de 8 jours suivant la signature de l'accord, par une organisation syndicale représentative.

L'accord est déposé à la DIRRECTE à l'initiative de la partie la plus diligente.

Dans sa seconde réserve d'interprétation, le Conseil Constitutionnel a précisé que le législateur ne pouvait pas, sans méconnaître l'étendue de sa compétence, prévoir l'existence d'heures de délégation spécifiques pour l'instance de dialogue créée sans encadrer le nombre de ces heures. Autrement dit, le pouvoir réglementaire ne peut prévoir, pour la participation à cette instance, des heures de délégation supplémentaires, s'ajoutant à celles déjà prévues pour les représentants des salariés par les dispositions législatives en vigueur. Il n'est évidemment pas dans l'intérêt du franchiseur et des franchisés de prévoir à l'accord des heures de délégation spécifiques.

**Les représentants des salariés doivent donc utiliser exclusivement les heures de délégation qui sont celles déjà prévues par la législation du travail si tant est qu'elles ne soient pas utilisées pour d'autres missions.**

#### **D- Composition**

L'instance de dialogue comprend des représentants des salariés et des franchisés et est présidée par le franchiseur.

S'agissant de la désignation des représentants des salariés, la loi ne fait pas finalement référence au protocole préélectoral en vigueur en matière de DP/CE. Pour éviter un processus électoral particulièrement lourd (élections simultanées dans toutes les entreprises franchisées), il pourrait être intéressant de prévoir dans l'accord un processus de désignation par les organisations syndicales directement.

À noter que contrairement à ce que prévoyait le projet de loi initial, la loi promulguée ne prévoit pas que les représentants des salariés bénéficieront d'une protection contre le licenciement.

Si le réseau compte moins de 2000 salariés, il y a 3 titulaires et 3 suppléants dans chaque collège (employeur et salariés). Si ce seuil est franchi, ce chiffre s'élève à 4. Les suppléants prennent leurs fonctions au cas où le franchisé employant le titulaire quitte le réseau, et ainsi de suite. Si plus aucun suppléant nommé n'existe, l'organisation syndicale procède à une nomination anticipée.

La désignation des membres de l'instance a lieu tous les quatre ans.

Dans le collège des employeurs, le franchiseur a de droit un titulaire et un suppléant. Les franchisés qui souhaitent siéger à l'instance font acte de candidature. Le Franchiseur les désigne en prenant celui qui emploie le plus de salariés, puis celui qui en emploie le moins, et ainsi de suite jusqu'à ce que les postes soient pourvus. Le Décret reste silencieux sur la désignation des membres franchisés en cas d'absence de volontaires, comme en cas d'égalité entre nombre d'employés.

Les salariés sont quant à eux désignés par les syndicats, selon leur représentativité, à la règle de la plus forte moyenne.

La désignation des membres de l'instance est opérée dans les 45 jours du dépôt de l'accord ou du constat de désaccord.

### **E- Nombre de réunions de l'instance**

Ce nombre est fixé, à défaut d'accord, à deux par an. La première réunion de l'instance doit être convoquée dans les deux mois suivant la date de dépôt de l'accord à la DIRECCTE ou de l'établissement du constat de désaccord.

### **F- Financement de l'instance**

Les membres de l'instance sont dotés de moyens matériels ou financiers nécessaires à l'accomplissement de leurs missions.

Un local est nécessaire à la tenue de réunions, à moins que celles-ci ne soient organisées à distance, via des moyens de télécommunication. On peut penser que les moyens

comprennent aussi des moyens informatiques et de communication entre les membres de l'instance.

En principe et sauf accord contraire, les représentants des salariés devraient être rémunérés par les franchisés employeurs comme cela est le cas pour les autres heures de délégation. C'est ce que le décret a confirmé.

L'indemnisation des représentants de franchisés à l'instance de dialogue se posera. Elle pourra être réglée par l'accord. Elle ne l'est pas par la loi.

L'absence de franchisé volontaire pour siéger à l'instance poserait d'ailleurs problème dans la mesure où les représentants des salariés des franchisés n'y disposeraient d'aucun interlocuteur employeur.

Les dépenses de fonctionnement de l'instance et d'organisation des réunions ainsi que les frais de séjour et de déplacement sont pris en charge selon des modalités fixées par l'accord. Le décret précise que ces dépenses et ces frais sont engagés par le franchiseur.

Le Conseil Constitutionnel a indiqué que « *compte tenu de l'objectif poursuivi par le législateur, dont la portée ne peut qu'être limitée en raison de l'absence de communauté de travail existant entre les salariés de différents franchisés, ces dispositions, qui imputent l'intégralité des dépenses et des frais au seul franchiseur à l'exclusion des employeurs franchisés, portent une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprise* ». Par conséquent, le Conseil Constitutionnel a censuré partiellement la loi en déclarant inconstitutionnelles les dispositions suivantes « *ou, à défaut, par le franchiseur* ».

Ainsi, en cas de défaut d'accord, le décret précise que ces dépenses sont engagées par le franchiseur, lequel pourra néanmoins demander aux entreprises du réseau d'y contribuer à hauteur de la moitié des frais supportés. Les entreprises du réseau versent cette contribution au prorata de leurs effectifs dans le délai fixé par le franchiseur (au moins égal à un mois). Il est observé qu'il s'agit d'une simple faculté pour le franchiseur qui pourrait donc choisir de ne pas procéder à la facturation de la moitié des frais de fonctionnement de l'instance à ses franchisés. Il sera observé que le délai de paiement devrait faire l'objet d'un accord du franchisé.

#### **G- L'adoption d'un règlement intérieur :**

Une fois constituée, l'instance de dialogue adopte, suivant des règles de vote non précisées, lors de sa première réunion, un règlement intérieur qui fixe ses modalités de fonctionnement.

#### **ROLE ET DROITS DE L'INSTANCE DE DIALOGUE**

D'emblée, il faut conserver à l'esprit que le réseau de franchise n'existe que parce que le franchiseur, par la conclusion successive de contrats de même nature avec des personnes

physiques ou morales, impose une discipline de comportement économique créant une communauté d'intérêts.

Si la notion de réseau est parfois utilisée en droit, le réseau n'a ni personnalité juridique, ni droits. Il n'a pas d'existence propre. Ses membres demeurent indépendants. Le franchisé est un entrepreneur indépendant. Il est le seul employeur de ses salariés. Il assume seul son risque entrepreneurial. Il assume seul sa responsabilité contractuelle et délictuelle. Ni le franchiseur ni les autres franchisés ne sont ses associés ou ses coobligés.

C'est pourquoi le Conseil Constitutionnel n'a pas manqué de mentionner que les objectifs recherchés dans le cadre de l'article 64 de la loi travail sont restreints puisqu'il n'existe selon les termes des sages qu'une simple « communauté d'intérêts » entre les membres du réseau, le conseil constitutionnel n'ayant pas manqué de relever qu'il n'existait aucune communauté de travail entre les salariés des différents franchisés du réseau.

Dès lors, il y a là une sorte de faiblesse : l'instance de dialogue repose sur un concept juridique peut-être en devenir, mais fort mal défini, et qui a une utilité restreinte en droit positif. Cela a conduit le législateur à limiter le rôle et les pouvoirs de l'instance de dialogue.

De fait, elle ne fait que :

- recevoir des informations du franchiseur ;
- formuler des propositions.

#### **A- Droit à l'information de l'instance de dialogue**

Le droit à l'information s'exerce pendant les seules réunions de l'instance. Celle-ci n'a pas de droit d'accès à l'information en dehors de ces réunions.

L'instance doit être informée :

- des décisions du franchiseur de nature à affecter :
  - o le volume ;
  - o la structure des effectifs ;
  - o la durée du travail ;
  - o les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés des franchisés ;
- des entrées et sorties de franchisés.

On aura compris que l'instance n'est pas consultée : elle est seulement informée.

Les franchisés n'ont pas à informer l'instance d'une quelconque de leurs décisions en matière sociale.

Seul le franchiseur est débiteur d'une information.

Mais quelles sont donc les décisions du franchiseur concernées puisque par essence le franchiseur n'intervient pas dans la relation entre le franchisé et ses salariés ?

Le franchiseur ne prend donc aucune décision relative au volume ou à la structure des effectifs salariés des franchisés, à la durée du travail ou à leurs conditions d'emploi. S'il en allait autrement, le contrat de franchise serait lui-même requalifié en contrat de travail puisque le franchiseur exercerait le pouvoir de direction du franchisé en ses lieux et place.

Toutefois, à mieux y regarder, certaines décisions du franchiseur peuvent indirectement influencer sur l'emploi dans les entreprises franchisées composant le réseau :

- ainsi, l'innovation dont il est à l'origine dans tel logiciel ou matériel peut modifier l'organisation d'un poste de travail, nécessiter une formation ou la prise de mesures de protection du salarié, voire permettre la réduction du temps de travail de tel ou tel salarié si ce n'est la suppression d'un poste que le franchisé déciderait indépendamment mais presque nécessairement si on le considère économiquement rationnel ;
- au contraire, le renforcement d'exigences de service après-vente ou le lancement de lignes de services additionnelles pourraient conduire à un surcroît de besoin de main d'œuvre.

De telles incidences ne peuvent pas toujours se prédire et ne sont pas toujours mesurées lorsqu'elles sont mesurables : le franchiseur n'aura donc souvent pas grand-chose à divulguer lors des réunions et le dialogue risque d'être creux.

Enfin, s'agissant des entrées et sortie du réseau, on ignore sur quelle période il faut divulguer cette information. On peut penser qu'à compter de la deuxième réunion, l'information portera sur les mouvements enregistrés depuis la date de la première réunion.

Le franchiseur n'a pas à indiquer les motifs de cessation des effets des contrats de franchise.

Le Franchiseur n'a aucun intérêt à divulguer une information non exigée. Il conviendra de demeurer le plus disert possible, en respectant strictement et sobrement l'obligation légale.

## **B- Formulation de propositions par l'instance de dialogue au franchiseur**

L'instance peut formuler à son initiative ou examiner, à la demande du franchiseur ou de représentants des franchisés, des propositions de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation des salariés des franchisés et/ou leur couverture collective en matière de risques professionnels ou de fin de contrat de travail.

Au vu de l'économie générale du texte, il semblerait légitime que ces propositions soient justifiées par l'application du contrat de franchise et du savoir-faire du franchiseur par les



membres du réseau, et qu'à ce titre, il s'agisse de propositions qui doivent toucher tous les salariés du réseau. Mais là encore, en l'absence de précisions, il est difficile d'être plus précis.

A cet égard, nous appelons à la plus grande prudence. Il n'appartient pas au franchiseur de solliciter des propositions d'améliorations des conditions de travail ou d'emploi et de formation des salariés des franchisés. Il n'est pas plus recommandé aux franchisés d'initier ce type de demandes sauf à vouloir aboutir à un alignement par le haut des conditions d'emploi et à aboutir à réduire leur pouvoir de direction et leur liberté de gestion.

Notre recommandation est donc de ne jamais saisir l'instance de dialogue et de la laisser travailler seule si elle le souhaite.

Dans le cas où elle décide elle-même de formuler une recommandation, il faut garder à l'esprit que l'avis émis ne lie pas plus le franchiseur que les franchisés qui chacun pour ce qui les concerne, doivent continuer à exercer absolument seuls leurs pouvoirs de direction respectifs. Nous recommandons d'ailleurs de ne pas diffuser ces avis dans les outils de communication du réseau.

### **III- REGLEMENT DES CONFLITS ET BILAN DE L'APPLICATION DE CE NOUVEAU DISPOSITIF**

Le décret du 4 mai 2017 précise les modalités de contestations relatives tant à la mise en place qu'au fonctionnement de l'instance de dialogue social prévue à l'article 64 de la loi du 8 août 2016 susvisée.

Par exception à la compétence de droit commun du tribunal de grande instance (TGI), toutes les contestations relatives à l'instance de dialogue social relèvent de la compétence du tribunal d'instance (TI), lequel est appelé à statuer « *dans les trente jours de sa saisine sans frais ni forme de procédure et sur avertissement qu'il donne trois jours à l'avance à toutes les parties intéressées* » et ce en dernier ressort. La décision est seulement susceptible d'un pourvoi en cassation dans un délai de dix jours.

Territorialement, c'est le TI du lieu du siège du franchiseur qu'il faut saisir ou celui du 15<sup>ème</sup> arrondissement de Paris si le franchiseur a son siège social à l'étranger. Le TI est saisi par déclaration au greffe.

Les délais de recevabilité d'action sont les suivants :

- 2 mois suivant la date de notification de la demande de création de l'instance de dialogue si le franchiseur ne sollicite pas la constitution du groupe de négociation ;
- 15 jours de la première réunion du groupe de négociation si la contestation porte sur l'ouverture de la négociation ou la composition du groupe de négociation ;
- 15 jours à compter de la date de dépôt de l'accord si elle porte sur la validité de l'accord ;
- 15 jours de la désignation des membres si elle porte sur la composition de l'instance ;

- 15 jours suivant le délai de paiement d'un mois prévu pour la participation aux frais de l'instance que le franchiseur demande aux franchisés.

Enfin, un éventuel délit d'entrave spécifique à l'instance de dialogue ne devrait pas pouvoir être relevé à défaut de texte en ce sens. Reste éventuellement l'entrave à l'exercice du droit syndical en général, qui poserait cependant question au regard du principe d'interprétation stricte de la loi pénale qui ne prévoit rien à ce stade.

Enfin, il est prévu que les organisations syndicales et professionnelles établissent un bilan de la mise en œuvre de cet article et le transmettent à la Commission nationale de la négociation collective au plus tard 18 mois après la promulgation de la présente loi.

*Auteurs :*

Jean-Baptiste GOUACHE, avocat associé (Gouache Avocats)

Jean-Christophe GOURET, avocat associé (Barthélémy Avocats)