

## **DIVERSITÉ DES SECTEURS, DES PRATIQUES CONTRACTUELLES**

### **LA FRANCHISE : VERS DE NOUVELLES PRATIQUES CONTRACTUELLES ?**

**Table ronde** animée par **M. le Bâtonnier Jean-Marie LELOUP**, *Avocat au Barreau de Poitiers*

**M<sup>e</sup> LELOUP.**– M. le Président, je vous remercie de la bienveillance de votre accueil et je suis heureux dans ce séminaire forain – car nous sommes dans le troisième lieu d'accueil – de me trouver à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, entouré des diverses personnes qui vont, mesdames et messieurs, vous entretenir de l'évolution du contrat de franchise.

Les organisateurs de ce colloque ont fait preuve d'une très grande sagesse en accompagnant le titre de notre rencontre d'un point d'interrogation : « Vers de nouvelles pratiques contractuelles ? ». Il permet toutes les hypothèses et ne nous enferme pas dans telle ou telle direction. Mais, en même temps, en nous conviant à l'étude des pratiques, c'est-à-dire à une étude fonctionnelle, le titre sous-entend que le concept est maintenant parfaitement défini. Il est vrai que, depuis le règlement communautaire de 1988 sur la franchise, dont on a pu dire qu'il était le premier contrat nommé du droit européen, nous savons ce qu'est le concept de franchise. Notre droit français, lui, s'est refusé jusqu'alors à le définir. Nous nous sommes contentés à propos d'un certain nombre de déviations, perversions, défaillances, de prendre la loi du 31 décembre 1989 et son décret d'application de 1991 sans oser définir le concept, si bien que le domaine d'application de cette loi, dite loi Doubin, qui avait été inspirée par un certain nombre de difficultés en franchise, est en vérité beaucoup plus large : la location-gérance, la concession, un grand nombre de licences de marques, tombent en vérité dans le champ d'application de ce texte.

Ce texte a fait école et la très récente et intéressante loi espagnole du 6 janvier 1996 adopte une formule d'obligation précontractuelle tout à fait comparable à celle de la loi Doubin : le délai de vingt jours est strictement repris par la loi espagnole. Mais le législateur espagnol a été plus courageux que le législateur français et cette obligation d'information précontractuelle est limitée à la vente en franchise. Ce qui nécessitait de définir la franchise, et à ma connaissance la loi espagnole est la première qui se soit attachée à ce travail. Elle l'a fait en s'inspirant d'un motif de l'arrêt Pronuptia et du règlement communautaire. Pour la loi espagnole, la franchise est l'activité commerciale réalisée en exécution d'un contrat par lequel une entreprise cède à une autre le droit à l'exploitation d'un système spécifique de commercialisation de produits ou de services. Cette définition légale me paraît cependant méconnaître ce qui va faire le succès éventuel de la franchise, c'est-à-dire la pertinence économique de ce système propre.

C'est la raison pour laquelle – on n'est jamais aussi bien lu que par soi-même – je me permets de lire une définition un peu scolaire, un peu didactique que je me suis permis d'avancer au sujet du contrat de franchise : « Contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise confère à une ou plusieurs autres entreprises le droit de réitérer sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes de ralliement de la clientèle et de son assistance continue, le système de gestion préalablement expérimenté par le franchiseur et

devant, grâce à l'avantage concurrentiel qu'il procure, raisonnablement permette à un franchisé diligent de faire des affaires profitables » (1). La notion fondamentale dans le contrat de franchise, est l'avantage concurrentiel que les franchisés vont trouver en contrepartie de leur adhésion au système du franchiseur et de leur entrée dans le réseau du franchiseur.

À vrai dire, l'expérience le prouve, quand il y a des catastrophes en franchise, quand il y a des misères ou des déceptions, il n'y a jamais que deux causes : ou bien une défaillance du savoir-faire qui ne donne pas l'avantage concurrentiel qui eût été nécessaire, ou bien le choix d'un mauvais franchisé. Ce qui veut dire que les praticiens, les chefs d'entreprise, franchisés ou franchiseurs, ont la nécessité, aussi bien dans leurs négociations précontractuelles que dans l'exécution du contrat, de réfléchir à leurs pratiques ; et, sans doute, allons-nous pouvoir les interroger sur l'évolution telle qu'ils la vivent de ce contrat de franchise ; et très certainement aussi, allons-nous constater que, si le concept est maintenant connu, il peut avoir un certain nombre de modalités d'application, un certain nombre de combinaisons. Le mécanisme de la franchise peut se combiner avec d'autres. Est-ce le moment d'évoquer cette chaîne américaine qui nous convie depuis peu à prendre le petit déjeuner et qui combine dans son organisation contractuelle un contrat de location-gérance avec un contrat de franchise, le tout précédé d'une formation qui occupe pratiquement une année entière ? De plus, si la franchise est une formule qui attire tant, c'est sans doute qu'elle correspond à un besoin du marché, à un appel du consommateur, et je voudrais à cet égard interroger M. Jean-Louis Lacroix sur la connaissance qu'il a du consommateur et la réponse que la franchise peut donner aux appels de celui-ci.

**M. Jean-Louis LACROIX**, *Secrétaire général de la société ÉRAM.* – Le titre de notre réunion est « Diversité des secteurs, pluralité des pratiques contractuelles ». Cette diversité se vérifie au sein même de notre entreprise, puisque nous utilisons plusieurs types de franchise simultanément, pour répondre à l'évolution du marché. La première franchise ÉRAM était proposée par la société industrielle du groupe à des détaillants indépendants opérant dans un secteur où la demande évoluait relativement lentement, saison après saison, et qui appelait une réactivité au marché beaucoup plus faible qu'aujourd'hui. Nous cherchions à faire connaître notre enseigne sur l'ensemble du territoire national, dans un délai relativement court, et sans avoir, bien entendu, à mobiliser les investissements qu'aurait exigé un développement direct au moyen de succursales. Les données générales du contrat étaient extrêmement libérales pour les candidats franchisés et prévoyaient une obligation d'approvisionnement à hauteur d'un tiers de leurs achats totaux, une redevance modérée, et ni droit d'entrée, ni d'exigence particulière en matière d'aménagement de leur point de vente. Où était l'avantage concurrentiel ? Il résidait bien évidemment dans la qualité de l'approvisionnement que pouvait apporter l'industriel et la connaissance qu'il avait lui-même de la distribution dans une centaine de points de vente gérés en propre à l'époque.

Notre franchise se devait d'évoluer. Du reste, l'exemple d'ÉRAM n'est pas un cas d'espèce ; il est transposable, car il reflète une tendance générale de l'évolution du marché et des réponses que leur ont apportées les franchiseurs. La distribution s'est en effet considérablement concentrée. Les détaillants qui détenaient l'essentiel de la distribution il y a encore vingt ans sont devenus aujourd'hui minoritaires en passant d'une part de marché de 66 % à environ 30 %. Et ce, au profit des grands succursalistes. L'avantage concurrentiel de ces derniers tient à leur puissance d'achat et à la maîtrise d'une logistique propre qui leur

(1) *La franchise, droit et pratique*, Delmas, 2<sup>e</sup> éd., 1991.

permet, en quelques heures, de savoir, magasin par magasin, ce qui s'est vendu à Marseille, Lille, Düsseldorf ou Bruxelles, et de réapprovisionner leurs points de vente en conséquence.

Dans ces conditions, que devient le détaillant de centre ville exposé à la concurrence des succursalistes, même si ce détaillant est un franchisé de « première génération », qui achète à un VRP tous les six mois, sans avoir de visibilité aucune sur l'état du marché, puisque, par définition, cela se passe six mois avant ? Le défi lancé au franchiseur était de maintenir à ses côtés un ensemble de franchisés en leur procurant les mêmes avantages concurrentiels qu'à ses propres succursales. Il fallait donc, par le biais de nouveaux contrats de franchise, faire profiter les détaillants des grandes villes de la logistique propre de l'entreprise, en mettant à leur disposition un système d'information et un savoir-faire qui, en l'espèce, est un savoir-acheter. À travers cette évolution, les contrats conçus à cet effet ont atteint un degré d'intégration bien plus élevé que les contrats initiaux.

Cette intégration implique évidemment l'approvisionnement exclusif des franchisés par le franchiseur et des dispositions plus contraignantes, en particulier, en matière d'aménagement des points de vente, le tout dans le respect des critères de licéité énoncés par le règlement communautaire d'exemption catégorielle relatif à la franchise. Les investissements en jeu, à travers cette évolution, et le montant des besoins de financement qu'elle implique aujourd'hui, sont sans commune mesure avec les franchises de la première génération. Les franchisés sont donc amenés à investir des sommes plus grandes et à financer un fonds de roulement plus élevé. C'est là où se pose la question à laquelle l'entreprise de restauration rapide évoquée à l'instant a apporté une réponse originale ; et je crois, en effet, qu'elle trace une voie possible pour répondre à des situations où le franchisé est apporteur de son talent, de son énergie et de sa capacité à travailler et ne dispose pas des capitaux nécessaires pour s'implanter, notamment, dans les grandes surfaces spécialisées de la périphérie des villes.

La diversité des pratiques contractuelles se trouve ainsi illustrée par l'expérience de l'entreprise que je représente ici. Celle-ci, en effet, propose et gère simultanément plusieurs formules de franchise, dont la plus récente s'inscrit au sein d'une transformation profonde des réseaux de distribution dans le sens d'une plus grande intégration des activités des franchisés.

**M<sup>e</sup> LELOUP.**– M<sup>me</sup> Frybourg, du point de vue du franchisé, à la fois en contact avec le consommateur et le franchiseur, que percevez-vous et que validez-vous dans l'excellente analyse de M. Lacroix ?

**M<sup>me</sup> Michèle FRYBOURG,** *Président de SA Nova Meubles, Membre de la CCIP.*– Effectivement, la franchise est un élément extrêmement important de la distribution et le commerce indépendant n'a plus véritablement d'avenir. À une époque où l'information circule très rapidement, le commerçant indépendant – et j'en parle en connaissance de cause, puisque je suis chargée de m'occuper du commerce au sein de cette maison –, le commerçant donc est trop dans sa boutique, il ne peut pas savoir ce qui se passe. La franchise répond surtout à un besoin du consommateur. Il se sent rassuré par une enseigne nationale. C'est pourquoi j'ai suivi ce cheminement. J'avais une entreprise qui fonctionnait très bien mais le consommateur, lorsqu'il venait chez moi – chez *Nova Meubles* : ce n'était donc pas une enseigne –, me disait : « Quand j'achète un produit à ce prix, je préfère avoir une enseigne qui réponde à mes besoins », comme cela se passe dans la mode quand on veut une griffe. Et je reste persuadée, malgré les déboires que j'ai subis, que la franchise est une voie essentielle pour le développement du commerce. Bien entendu, il ne faut pas qu'il y ait un exploitant et un exploité ; il faut que les règles du jeu soient remises à plat. La loi Doubin a été un élément

fondamental de changement, mais, après une dizaine d'années de fonctionnement, le temps est venu soit de la toletter soit de la compléter.

**M<sup>e</sup> LELOUP.**– J'observe que, tant M<sup>me</sup> Frybourg que M. Lacroix, ont annoncé la mort du commerçant indépendant. Peut-être vaudrait-il mieux que nous parlions du commerçant isolé car si le commerçant « indépendant » est en voie de disparition, que restera-t-il ? On peut craindre alors des conséquences juridiques considérables. M<sup>me</sup> Frybourg pense qu'il y aurait lieu de revoir la loi Doubin. Sur cette question, je demande à M<sup>e</sup> Baschet de bien vouloir nous apporter une réponse.

**M<sup>e</sup> Dominique BASCHET, Avocat à la Cour de Paris.**– Si la franchise n'est pas toujours l'enfant de l'amour entre franchiseur et franchisé – M<sup>me</sup> Frybourg en sait quelque chose –, la franchise est plutôt l'enfant du miracle. En effet, le contrat de franchise est quasiment le seul contrat d'affaires qui ne fait l'objet d'aucune réglementation légale spécifique. Il y a certes la loi Doubin, mais il s'agit d'une législation indirecte. Ceci est extraordinaire dans la mesure où la franchise s'est développée en France depuis à peu près les années soixante-dix, et que les pouvoirs publics ne cessent, malgré les professions de foi libérale, de réglementer dans tous les domaines. On peut donc se féliciter qu'on laisse tranquilles les franchiseurs et les franchisés.

Pour qu'il y ait franchise, l'association de trois éléments mis à la disposition du franchisé par le franchiseur est indispensable : une marque et les éléments y afférents, un savoir-faire et une assistance permanente et continue. Ils font l'originalité et la spécificité de ce contrat.

En ce qui concerne la loi Doubin, au vu de sept années de pratique, on peut dire qu'elle était nécessaire ; elle a permis une moralisation, donc une transparence dans les relations entre franchiseurs et franchisés. Cependant, c'est une loi trop exigeante et trop formaliste. Certes, les renseignements sur la composition du réseau, sur le franchiseur, sur les principales clauses du contrat sont absolument indispensables. En revanche, les informations sur la marque, sur les bilans du franchiseur, le franchisé peut se les procurer lui-même ; celles sur les références bancaires du franchiseur, le franchisé à la limite n'en a pas besoin, compte tenu du secret bancaire. Dès lors, une réforme de la loi Doubin pourrait supprimer l'obligation portant sur certaines informations, ce qui serait plus souple.

Enfin, la loi Doubin est parfois difficile d'application. D'une part, son domaine est très difficile à cerner. L'article 1<sup>er</sup> parle d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. Si on sait ce qu'est un engagement d'exclusivité, il est moins facile de définir ce qu'est un engagement de quasi-exclusivité. Par conséquent, toute réforme devrait préciser à quel type de contrat ce dispositif doit s'appliquer.

D'autre part, s'il y a un toilettage à faire, il doit concerner les sanctions. Si le décret d'application prévoit des sanctions pénales – contraventions de la cinquième classe –, la loi n'envisage aucune sanction civile en cas de non-respect de l'obligation d'information précontractuelle. Ce sont les tribunaux qui ont appliqué des sanctions civiles de façon désordonnée, puisque quatre solutions ont été retenues : la nullité du contrat ; la résolution du contrat avec effet rétroactif, effet quasiment semblable à la nullité ; la résiliation du contrat sans effet rétroactif ; et enfin certains tribunaux ont considéré que, bien que la loi Doubin n'ait pas été respectée, le contrat de franchise demeurait valable dès lors que le consentement du franchisé n'avait pas été vicié : c'est le cas notamment d'un arrêt rendu par la Cour de Paris, le 21 juin

1996, dans une affaire *Pasquier*. Il est souhaitable qu'à défaut de modification de la loi, la Cour de cassation intervienne pour dire le droit sur ce point.

**M<sup>e</sup> LELOUP.**— J'observe que vos vœux ont déjà été exaucés par la loi espagnole s'agissant du champ d'application et des documents à fournir puisque, au lieu de ce long décret qui occupe deux colonnes du *Journal officiel*, la loi espagnole s'est contentée, quant aux documents à fournir, de six lignes. Je souhaiterais maintenant que Jean-Paul Clément nous fasse connaître sa propre opinion sur les suggestions qui viennent d'être faites et peut-être qu'il aborde la question, à mon avis mal posée, de la propriété commerciale du franchisé qui a donné lieu à un certain nombre de décisions récentes qui font problème.

**M<sup>e</sup> Jean-Paul CLÉMENT, Avocat à la Cour de Paris, Ancien Membre du Conseil de l'Ordre.**— S'agissant en premier lieu de la loi Doubin, peut-être faut-il faire un toilettage de cette loi, c'est-à-dire éliminer des choses superflues, et il se peut que la loi espagnole soit un modèle. Mais, il reste quand même deux points difficiles, sans doute mal exprimés dans la loi et, peut-être, mal traduits dans la jurisprudence. C'est d'abord la notion d'exclusivité d'activité – ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont répondu sur cette notion. C'est ensuite ce point central et irritant : que signifie l'obligation faite au franchiseur d'informer son candidat franchisé du montant des dépenses et investissements qu'il devra faire et qui sont propres à l'enseigne ? Est-ce que ce sont les éléments qui vont permettre l'établissement d'un budget prévisionnel et d'un compte de résultat prévisionnel ? Est-ce que ce sont simplement les sommes à verser à titre de droit d'entrée, pour l'achat d'un pas-de-porte ou pour les agencements à réaliser ? Ou est-ce que cela va plus loin ? Là aussi, il faut préciser.

En matière de franchise, on vient de vivre, sinon une révolution, du moins un choc. De l'arrêt *But* à l'arrêt *Pasquier*, en passant par les arrêts *Avis* sur la propriété commerciale, *Phildar* sur l'exclusivité d'approvisionnement, sans oublier naturellement ces fameux arrêts, dont un en franchise, de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> décembre 1995 sur la détermination du prix, ces trois dernières années ont été fertiles. Ce qui me conduit à dire aux franchiseurs et aux franchisés présents qu'il faut adapter vos contrats à cette jurisprudence car ce *corpus* nouveau doit conduire à modifier certains comportements. À propos de la détermination du prix, je crois que M<sup>me</sup> Kamara, qui a fait un très brillant exposé hier, est un peu optimiste lorsqu'elle dit que l'abus dans la fixation du prix n'existe pas en pratique. Il existe bel et bien dans certains pseudo-réseaux de franchise, dans lesquels le but est de vendre du matériel au franchisé à un prix qui est manifestement abusif et excessif. Même si cela ne se situe pas dans le contrat à exécution successive (schéma contrat-cadre/contrats d'application habituel), puisque c'est au départ que l'abus se produit.

L'approvisionnement exclusif a fait l'objet d'une jurisprudence qui, de l'avis d'un certain nombre d'auteurs, dont M<sup>e</sup> Baschet, a été trop loin, puisque la Cour de cassation a transformé le mot « nécessaire » en « indispensable ». La Cour d'Amiens, la Cour de renvoi, ne s'est pas inclinée puisqu'elle estime, à propos du contrat *Phildar*, que, la formulation de spécifications objectives étant impraticable, le règlement d'exemption du 30 novembre 1988 était parfaitement observé et que le franchisé devait donc respecter l'exclusivité d'approvisionnement. Par ailleurs, la décision du Conseil de la concurrence du 28 mai 1996 dans l'affaire *Zannier* est fondamentale car elle soulève pratiquement tous les problèmes de la franchise.

S'agissant enfin de la propriété commerciale du franchisé, je ne suis pas du tout pessimiste. L'arrêt *Avis* est un arrêt d'espèce. Il n'est guère de risque en effet que les magistrats spécialisés dans les baux commerciaux étendent cette solution et affirment que le



franchisé n'a pas droit à la propriété commerciale. En témoigne un arrêt *Bistrot de la Gare* du 18 janvier 1996 qui renvoie à expertise pour déterminer quelle est dans la clientèle la part du franchiseur et la part du franchisé. Il est évident qu'une partie de la clientèle – je ne dirai pas « appartient », car la clientèle n'appartient à personne – est attachée au franchisé et une partie est attachée à la marque. Dans certaines franchises, il est vrai que le rattachement au franchisé est faible, mais il en est d'autres dans lesquelles le lien avec la marque est aussi faible. Dans la majeure partie des contrats de franchise c'est du 50/50 ou du 60/40. Il est clair que, faisant usage de bon sens, le juge ne se laissera pas aller à cette dérive.

Pour conclure, il apparaît que les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 vont beaucoup plus loin que le problème de l'indétermination du prix car ils soulignent l'importance fondamentale dans notre droit de l'article 1134 du Code civil et de l'exécution de bonne foi des conventions. C'est en ce sens que la jurisprudence va évoluer.

**M<sup>e</sup> LELOUP.**– Merci de cet apaisement s'agissant de la question de la propriété commerciale, comme de cette question – fondamentale – du champ d'application de la loi Doubin : que veut dire l'exclusivité ou la quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité ? Si ce membre de phrase « pour l'exercice de son activité » a été ajouté, c'est sans doute que cela veut dire autre chose que si on s'était contenté d'évoquer une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. Dans une décision récente, le tribunal de police de Cognac a considéré que l'infraction ne pouvait pas être retenue, bien que l'information précontractuelle n'ait pas été fournie, parce que le franchisé avait la possibilité, reconnue dans le contrat et utilisée en fait, de se livrer à une autre activité. Dès lors, si le franchisé est une personne physique, ne faudrait-il pas que le franchiseur fût quelque peu fou de l'empêcher de se livrer à une autre activité car, alors, on voit la disqualification en contrat de travail intervenir très rapidement ? Et si on donne un plein rendement à cette formule « pour l'exercice de son activité », que restera-t-il de la loi Doubin ?

**M. Jean-Paul BETCH,** *Conseiller à la Cour d'appel de Paris.*– Je voudrais revenir sur le propos de M<sup>e</sup> Clément indiquant que les arrêts de la Cour de cassation sur la détermination du prix étaient fondés sur l'obligation de bonne foi. Cela me semble très important parce que la loi Doubin prévoit que, pour la conclusion d'un accord de réitération, une information précontractuelle est indispensable pour le franchisé et, sur ce point, on perçoit mal comment, actuellement et à partir de ces acquis, pourrait se poser le problème de sa remise en chantier.

Sauf sur la question de la sanction pénale, qui a si rarement été appliquée. En effet, cette infraction pénale conduit tout naturellement, lorsque l'information précontractuelle n'est pas réalisée et par la nature même de la faute que son absence constitue, à la nullité du contrat de réitération liant un franchiseur à un franchisé – le contrat de franchise. Contrat dont le prix n'est pas, au premier chef, le prix des marchandises dont on a débattu pendant des années, mais d'abord et avant tout le droit d'entrée et la redevance.

Ensuite, mais ensuite seulement, se développe pour son exécution un flux d'affaires. Et s'est alors posé le problème de la détermination du prix, arbre qui a eu tendance à masquer la forêt. Mais cela a quand même permis d'affiner la définition du contrat de franchise. La Chambre commerciale a ainsi indiqué, en 1991, que le contrat de franchise, dont les ventes ne sont que l'expression concrète, avait pour objet prépondérant des prestations de services mutuelles. Le franchisé a, lui aussi, l'obligation d'informer et de participer à la réitération du succès avéré du franchiseur, succès dont ce dernier lui a transmis, contre rémunération, le droit d'exercice et de mise en œuvre.

Plus délicat est le problème de la propriété commerciale. Mais il ne faut pas être trop pessimiste, parce que ne pas reconnaître au franchisé l'indépendance de son activité, le bénéfice du statut de la propriété commerciale découlant du décret de 1953 et l'existence d'une clientèle qui lui « appartient », si tant est qu'une clientèle puisse être l'objet d'une propriété, c'est surtout et inéluctablement poser la question de savoir qui, en matière de redressement et de liquidation judiciaires, devra faire l'objet d'une procédure collective. Il y a déjà des décisions qui ont étendu des redressements judiciaires pour immixtion, pour gestion « prépondérante » du franchiseur des affaires du franchisé. Ces décisions se sont appliquées à des cas particuliers, mais qu'en sera-t-il si on élimine la clientèle, la propriété commerciale du franchisé ?

En l'état actuel des choses, pour éviter les difficultés apparues avec l'indétermination des prix, il vaut mieux insérer dans les contrats de franchise la stipulation du bénéfice de la propriété commerciale pour le franchisé. C'est une règle de prudence et aussi de bonne foi.

Dans la franchise, il n'y a pas que la réitération par un franchisé du succès commercial du franchiseur. Il y a aussi un effet retour, l'enrichissement de ce succès par la contribution que le franchisé, par sa participation au réseau, va pouvoir apporter à ce succès commercial et dont il bénéficiera aussi.

Mais, cela fait naître des rapports qui sont des rapports imbriqués. Le franchisé, bien entendu, entend faire de bonnes affaires, il doit aussi, son intérêt bien compris le lui dicte, enrichir, par l'obligation d'information, le réseau auquel il appartient et dans lequel il puise une partie au moins de sa prospérité. C'est un flux permanent à la fois de fournitures mais aussi de renseignements et d'enrichissement en services.

Cela est si vrai que M. le Bâtonnier Leloup fait aujourd'hui autorité à la suite de ses travaux sur ce que l'on appelle maintenant la franchise principale et qui se révèle comme une évolution de la franchise classiquement entendue puisque le franchiseur finit par se « défausser » sur un franchisé dit « principal » du soin de susciter, de rechercher d'autres franchisés et qu'à partir de cette évolution surgissent des problèmes difficiles pour analyser ces nouveaux rapports et savoir s'il s'agit d'un contrat de mandat, d'une sous-traitance...

**M<sup>e</sup> LELOUP.**— La Direction du commerce intérieur qui s'est beaucoup intéressée à ces problèmes de franchise et qui a fait aboutir la loi Doubin, à une époque où un certain nombre d'excès et de défaillances suscitaient une intervention, pourrait maintenant nous dire par la personne de M. Jean-Dominique Sarcelet quelles sont ses réflexions.

**M. Jean-Dominique SARCELET**, *Chef du Bureau de la législation et de la réglementation des entreprises commerciales, Direction du commerce intérieur, Ministère des PME, du Commerce et de l'Artisanat.*— Je crains, si j'en crois la pertinence et la force des propos tenus, que la cause ne soit déjà entendue et que l'on soit condamné à la toilette espagnole, si tant est qu'avec un petit coup de cognac, on n'enterre pas définitivement la loi Doubin. Il faut revenir sur ce qui a justifié cette loi qui reste nécessaire. Il y a toujours des raisons qui plaident pour cette information précontractuelle. Les six années qui ont précédé l'élaboration de la loi de 1989 ont bien montré qu'un travail en profondeur a été fait auprès des professionnels. La première démarche a été celle des professionnels de la franchise eux-mêmes qui sont venus nous dire : « Il faut faire quelque chose ; il faut clarifier la situation. Notre code de déontologie n'y suffit plus. Il faut que nous soyons capables d'être clairs vis-à-vis de nos candidats franchisés ». C'est le rapport Olivier qui est venu montrer la nécessité de cette information précontractuelle.

C'est aussi une concertation beaucoup plus large avec d'éminents juristes. Pour l'administration, il fallait permettre l'information précontractuelle en respectant trois libertés : la liberté contractuelle, la libre concurrence et la liberté d'entreprise. Autant dire qu'entre le ministère de la Justice, le ministère de l'Économie et des Finances et le ministère de l'Industrie, la partie n'était pas très facile parce que chacun craignait que, dans une disposition nouvelle pour préserver le candidat franchisé, on vienne égratigner l'une de ces trois libertés.

Ce n'est plus le réseau Talbot qui justifierait demain le vote de la loi Doubin mais il y a encore malheureusement dans l'actualité quelques affaires qui pourraient justifier la même prévention à l'égard de certains réseaux de franchise et donc la même nécessité de l'information précontractuelle.

On nous a dit « une loi nécessaire, mais aussi une loi trop exigeante et trop formaliste, donc il faut toiletter, il faut préciser ». Effectivement, il y a un caractère assez formaliste, non pas de la loi, mais du décret, parce qu'il est un compromis assez douloureux. L'essentiel est dans la loi, c'est l'alinéa 2. Aujourd'hui, on y mettrait la même chose. Je ne partage pas les craintes de M<sup>e</sup> Baschet : il s'agit bien de dire qui on a en face de soi et, pour bien identifier le franchiseur, il faut savoir d'où il vient, qui il est, où il va et, par conséquent, tous les renseignements contenus dans l'information précontractuelle, fournie vingt jours avant, sont nécessaires. Il y a certainement des éléments de l'information précontractuelle qui tiennent à l'existence d'une sanction contraventionnelle, et d'autres à la bonne foi. Toutefois, il est apparu bien normal dans un contrat qui engage autant, qu'on puisse en connaître les clauses essentielles quelques jours à l'avance, ne serait-ce que pour pouvoir consulter.

Donc, je ne vois pas qu'il y ait lieu à un toilettage de la loi ; quant au décret, ce serait à la marge. Cette loi n'est pas du tout formaliste ; elle n'est pas du tout exigeante. Elle est d'une extrême souplesse. En fait, ce qui agace à propos de cette loi, c'est que la jurisprudence est encore à bâtir. Il y a encore énormément de travail à faire. J'ai bien lu dans les chroniques des uns et des autres qu'on avait commencé à battre le fer sur l'application de la loi dans le temps. Bien sûr, la loi n'en disait rien. Qu'importe, elle n'avait pas besoin d'en parler, toutes les choses sont claires maintenant pour tout le monde.

Il y a un autre problème qui est beaucoup plus préoccupant : c'est celui de la sanction. L'administration, prise de remords après que la loi a laissé une totale liberté au juge sur l'existence et la forme des sanctions civiles, a jugé bon de se raviser dans l'article 2 du décret, en introduisant une sanction contraventionnelle. C'est vrai qu'il y a fort peu de cas d'application. Là aussi, il faut faire confiance à la jurisprudence. Il y a certainement des éléments qui tiennent à l'existence d'une sanction contraventionnelle, et d'autres à la bonne foi. Dans la mesure où la bonne foi et la sincérité des informations sont des éléments essentiels du contrat, cela doit se retrouver lorsqu'on évoque le problème de la sanction.

Un point n'a pas encore été abordé, c'est la notion d'intérêt commun, ajoutée au projet de loi par un amendement de M. Bassinet. Elle avait pour objectif d'éviter que ne persiste dans tous les contrats concernés par la loi Doubin cette réalité de la subordination du cocontractant économiquement le plus faible par rapport à son franchiseur, son concédant ou tout autre acteur économique en situation dominante, en veillant à ce qu'il n'en abuse pas. M. Bassinet expliquait alors que « le distributeur applique la politique commerciale de son fournisseur. Il est agréé en raison des investissements qu'il a réalisés à la demande de ce dernier. Il accepte d'apporter sa propre clientèle à la marque qu'il représente désormais, au risque de la perdre s'il était un jour exclu du réseau ». Cette formule montre bien qu'en se référant à l'intérêt commun,



on est peut-être allé un peu trop loin. Alors, si toilette il devait y avoir – mais laissons faire peut-être d'abord la jurisprudence –, c'est peut-être sur cette conception d'intérêt commun. En effet, il est indispensable de bien distinguer franchiseur et franchisé, afin qu'il n'y ait aucune ambiguïté, aucune subordination de l'un par l'autre. Il est certain que leur collaboration se fait dans un intérêt commun. Mais, il n'est pas aussi fondamental que l'intérêt propre de chacun, que l'indépendance de chacun. Le code de déontologie européen parle d'« une méthode de collaboration contractuelle entre deux parties juridiquement indépendantes et égales ». Je préfère de loin cette formule à celle de l'intérêt commun qui, au fil des ans, risque d'apporter quelques éléments pernicieux dans l'évolution de la loi.

**M. BETCH.**– Plutôt que d'envisager les choses sous l'angle juridique de l'intérêt commun, autant les envisager sous l'angle économique de l'intérêt mutuel ; les deux notions n'étant pas nécessairement complètement synonymes. Le franchiseur et le franchisé ont un intérêt mutuel et mutuellement assuré par l'activité de l'un et celle de l'autre. Est-ce que cela suffit pour faire un intérêt commun ? Je ne sais pas parce que le tout reste sous-tendu aussi par les règles du droit commercial, notamment celles applicables au fonds de commerce et aux défaillances d'entreprises, et que mettre le petit doigt dans l'engrenage de l'intérêt rigoureusement commun risque d'avoir, au moins sur ces dimensions-là, des effets assez redoutables.

Je ferai juste une réflexion purement juridique sur la contravention de la cinquième classe. À partir du moment où les quatre arrêts de l'Assemblée plénière de 1995 sont fondés non plus sur l'article 1129 du Code civil, mais rendus au visa de l'article 1134, la suppression d'une sanction pénale comme sanction de la violation de l'obligation de bonne foi me paraît s'imposer. En effet, comment pourra-t-on éventuellement affirmer, lorsque l'information précontractuelle n'aura pas été réalisée, que la mauvaise foi n'est pas nécessairement établie alors que ce défaut d'information reste, concomitamment, sanctionné pénalement par une contravention de la cinquième classe qui ne nécessite même pas la preuve d'un élément moral qui est présumé ? Maintenir cette sanction pénale, c'est risquer de mettre en péril une évolution jurisprudentielle harmonieuse née justement à partir de l'obligation de bonne foi.

**M. SARCELET.**– La loi réussit un tour de force que l'on n'a pu poursuivre dans le décret. Autant la loi a su se dégager de tout formalisme, autant le décret, lui, n'est que formalisme. Il est une litanie d'obligations et c'est parce qu'il est formaliste qu'il a son article 2. L'infraction que M. Betch critique est une infraction purement formelle, purement matérielle. C'est le fait de ne pas avoir remis les informations, c'est tout. Il n'y a aucune intention de bonne foi ou de mauvaise foi dégagée derrière cela. D'ailleurs, M. Betch le rappelle justement, il n'y a pas d'élément moral caractérisé en ce qui concerne cette contravention.

**M. BETCH.**– Parce qu'en matière de contravention, l'élément moral est présumé, il découle du seul fait de la réalisation matérielle de l'infraction.

**M<sup>e</sup> CLÉMENT.**– Il faut rappeler que si cet article 2 a été inséré, c'est parce qu'on s'était aperçu que la loi n'était pas d'ordre public et qu'il aurait suffi que les franchiseurs précisent dans le contrat : « les parties conviennent que la loi du 31 décembre 1989 n'est pas applicable à leurs relations » pour y échapper, c'est-à-dire qu'on aurait vidé totalement la loi de sa substance.

**M<sup>e</sup> BASCHET.**– Le problème – et c'est fondamental – est qu'elle crée pour certains franchiseurs une insécurité juridique totale. Ils me disent : « J'ai signé et j'ai adressé à mon franchisé il y a trois, quatre ou cinq ans, un document conformément à la loi Doubin. Parce qu'il

manque tel élément, j'ai l'impression d'avoir une épée de Damoclès au-dessus de la tête ». Un franchisé ne devrait pas pouvoir invoquer, comme joker en quelque sorte, la loi Doubin quatre ou cinq ans après la signature du contrat. À l'heure actuelle, des franchisés pas très moraux cherchent, pour se dégager du contrat, de leur franchiseur, tous les prétextes et saisissent notamment celui-là.

**M<sup>e</sup> LELOUP.**— Un certain nombre de réseaux très prestigieux ne respectent pas la loi Doubin et tout le monde s'y trouve bien, parce que le franchisé y est heureux. C'est une observation qui n'est pas très formaliste mais le succès du franchisé est bien ce qui élimine tous les prétextes de querelles.

**M. Olivier BADOT, Professeur à l'École européenne des affaires.**— M. le Bâtonnier Leloup m'a demandé de poser le regard critique de l'universitaire et de l'homme de gestion sur le présent et l'avenir de la franchise commerciale en France. Si on ne peut nier le succès qu'a connu ce type d'organisation de la distribution dans les années soixante-dix et quatre-vingt, on ne peut, depuis la fin des années quatre-vingt, s'empêcher de constater un certain nombre de dysfonctionnements, comme en témoignent tant les chiffres de la profession que sa connaissance par des approches plus expérientielles. Pour ce faire, il faut recourir à la théorie économique et plus précisément à la méso-économie, représentée notamment par l'économiste américain Williamson (2), qui nous offre avec la théorie des coûts de transaction une grille d'analyse particulièrement pertinente, tant pour comprendre les dysfonctionnements de la franchise commerciale en France, passée et future, que pour en styliser ce que Jouvenel (3) appelait les « futuribles », c'est-à-dire les futurs possibles.

Williamson, dans ses travaux des années soixante-dix et quatre-vingt, nous dit que, dans un environnement incertain où il n'est plus possible de prévoir toutes les éventualités et conséquences sur les décisions, la rationalité des agents économiques devient limitée. Limitée par leur capacité personnelle de compréhension, limitée par leurs motivations, limitée par la connaissance et les informations disponibles sur le marché, moins en volume qu'en qualité, et limitée par la firme elle-même qui ne fournit plus d'informations suffisamment précises et pertinentes pour permettre à ces acteurs d'accomplir les tâches et de chercher des solutions. Ce faisant, leur comportement devient opportuniste. On voit alors apparaître des comportements de mauvaise foi qui visent plus à l'intérêt personnel qu'à l'intérêt collectif, voire à l'infraction de règlements en vigueur. Afin d'atténuer le caractère opportuniste de ces comportements, les acteurs ont recours à un certain nombre d'investissements, notamment à l'accroissement des coûts de transaction, *ex ante* et *ex post* à la transaction, à l'accroissement du degré de spécificité des actifs et du degré de contrôle des actions des différents acteurs.

S'agissant de la franchise, beaucoup de marketeurs et de sociologues de la consommation nous montrent que, depuis la fin des années quatre-vingt, l'environnement socio-économique est de plus en plus incertain, c'est-à-dire que la demande serait de plus en plus exigeante et complexe. Concrètement, on assiste de la part de la demande à un besoin de différenciation des comportements. D'où une modélisation de ces comportements de la part des marketeurs quasiment impossible. Apparaît alors l'« adétermination » et le déclassage des consommateurs. Il devient donc de plus en plus difficile de prévoir leurs comportements, car ils

(2) O.-E. Williamson, *Markets and Hierarchies*, The Free Press, New York, 1975 ; *Transaction-cost economics : the governance of contractual relations* : *Journal of Law and Economics*, 22 oct. 1979 ; *The Modern Corporation, Origins, Evolution, Attributes* : *Journal of Economic Literature*, vol. 19, n° 2, déc. 1981, p. 1537.

(3) B. de Jouvenel, *L'art de la conjecture*, Sedes, 1964.

achètent plus par foucade qu'en suivant des trajectoires socio-économiques prédéterminées. De là, l'idée, chez les acteurs économiques, d'un environnement qui irait un peu à vau-l'eau. À cela s'ajoute la pression déflationniste, car, à partir du moment où il y a diversité dans les comportements, on assiste forcément à une pression déflationniste au niveau de l'offre qui fragilise les firmes et notamment les franchiseurs dont la capacité de placement est marginale, à la différence des réseaux succursalistes.

Depuis quelques années, on assiste à une inquiétude croissante de la part des franchisés qui a conduit à un report d'angoisse sur les franchiseurs. On assiste aussi à l'accroissement des comportements plus vindicatifs de la part de ces franchisés, à la remise en cause de la légitimité du franchiseur, voire à des procès, ou à des formes de rééquilibrage plus paritaires, c'est le fameux partenariat tel que théorisé notamment par Michel Kahn (4). Cela se traduit par le développement de comportements opportunistes chez les franchisés : recours à des fournisseurs non référencés, achat de produits non autorisés, dérogations aux instructions du manuel de procédure, refus de paiement partiel ou total des redevances, qu'elles soient forfaitaires, proportionnelles ou publicitaires, voire dénonciation des contrats ou la création de réseaux concurrents. Je me réfère à la jurisprudence *CFD c/ SEPT* notamment. On a également assisté à des comportements opportunistes chez les franchiseurs : non-respect des obligations contractuelles ou précontractuelles, en fournissant des informations financières erronées, en pratiquant une absence de suivi réel ou de formation permanente ; exercice d'abus de dépendance économique obligeant à des approvisionnements en produits démodés ; pratiques de *loss-leading* qui consistent en des surfacturations successives qui ont conduit à ce que Georges Virassamy (5) appelle une sorte d'assujettissement complet.

On assiste, pour atténuer ces comportements opportunistes, à l'accroissement d'un certain nombre d'éléments, notamment des coûts de transaction, qui sont, selon Vénard (6), le coût du face à face entre deux agents économiques individuels ou collectifs, intégrant les ressources nécessaires à la conception et au suivi du contrat. Les franchiseurs ont d'abord cherché à réduire ces comportements en augmentant leur coût de transaction *ex post*, en cours de route. On a assisté concrètement à l'accroissement des coûts de remotivation de réseaux – plus de conventions nationales ou régionales, des tournées plus fréquentes de la part des animateurs de réseaux – mais aussi à l'accroissement des coûts de négociation dans la relation client/fournisseur. Il était devenu plus difficile de justifier des fournitures auprès des franchisés, donc plus de justifications, des argumentations plus fines des produits. On a assisté également chez les franchiseurs à l'accroissement des coûts de *reporting* et d'écoute des franchisés en mettant en place des systèmes d'information plus fins, plus serrés, des comités mixtes de pilotage et d'innovation. Enfin, on a assisté à l'accroissement des coûts de compromis, afin d'éviter la dénonciation anticipée des contrats en trop grand nombre, ou même des actions en justice.

Afin d'anticiper ces comportements opportunistes, les franchiseurs ont également accru leurs coûts de transaction *ex ante* en augmentant leurs coûts de sélection des candidats, en recourant à des cabinets spécialisés, en allongeant les périodes probatoires. Beaucoup de

(4) M. Kahn, *Franchise et partenariat - Guide pratique*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1994.

(5) G.-J. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, LGDJ, 1986.

(6) B. Vénard, L'application de la théorie des coûts de transaction à la gestion d'un réseau de distribution : *Rev. fr. du Marketing*, ADETEM, n° 140.

franchiseurs ont augmenté les coûts d'études, financières, marketing, les coûts juridiques de mise aux normes des fameux documents du *package* ou même des contrats.

On assiste aussi, en plein accord avec la théorie de Williamson, à l'accroissement du degré de spécificité des actifs, c'est-à-dire quand un investissement durable, matériel ou immatériel, doit être entrepris pour une transaction particulière et que cet investissement n'est pas redéployable sur une autre transaction. Depuis quelques années dans la franchise, on observe l'accroissement de quatre grands types d'investissements spécifiques : le site, par une meilleure sélection des implantations, le recours à des techniques de géo-marketing plus sophistiquées ; les investissements matériels, c'est le fameux savoir-faire substantiel technique, certains franchiseurs étant allés chercher des savoir-faire très techniques – piscines en béton projeté – ou des investissements matériels physiques – équipements de cuisine chez Mc Donald's ; des investissements humains également – recherche de plus de professionnalisme, mais aussi de plus de surface financière chez les franchisés ; enfin, les investissements dédiés, la mise en place de systèmes d'information ou de gestion beaucoup plus adaptés au principe même de la franchise.

Dans la théorie des coûts de transaction, pour atténuer le degré d'opportunisme, on a deux grandes solutions : soit on recourt à des incitations financières ou symboliques par la socialisation du comportement de groupe, soit, si cela ne fonctionne pas, il faut pratiquer un contrôle plus musclé. En fait, on se rend compte qu'après avoir annulé les redevances initiales ou proportionnelles ou tenté de resserrer les liens moraux par des manifestations de socialisation et des politiques de communication interne plus intenses, certains franchiseurs sont passés, récemment, à une phase de renforcement du contrôle de leurs franchisés, voire à du défranchissage. On assiste donc à un renforcement du degré d'intégration, qu'il soit managérial ou juridique. En fait, s'il est juridique, il va s'apparenter à du succursalisme.

Dans ce contexte, quels sont les futuribles pour la franchise commerciale en France ? On a beaucoup parlé aujourd'hui du point de vue des offreurs, on a peu parlé du point de vue de la demande et il semble que l'environnement incertain décrit est loin de disparaître. À partir de là, j'imaginerai trois futuribles :

Le premier, c'est la disparition des réseaux aux actifs insuffisamment spécifiques (la fameuse absence de savoir-faire substantiel) au profit de réseaux de niches aux actifs qui, même très ciblés sur une micro-clientèle, sont, à l'inverse, à très fort avantage concurrentiel et distinctif.

Le deuxième futurible est la survie de réseaux dans lesquels le franchiseur saura, à moindre coût, éviter les fameux comportements opportunistes des franchisés, soit par le développement de liens moraux, à l'exemple d'Afflelou, soit par le rééquilibrage de la relation franchiseur/franchisé en tendant vers des formules de partenariat – c'est le cas par exemple d'Intercave.

Le troisième futurible est la survie, voire l'expansion des réseaux de franchise à saveur succursaliste, en fait avec un fort degré d'intégration, soit managériale, soit même juridique. On pense évidemment à des enseignes comme Mc Donald's ou Promodès, proches en fait des modèles renouvelés de la grande distribution succursaliste qui, loin d'être de simples hangars, va être de plus en plus amenée à « penser en stratégie et à agir en primitif » pour paraphraser René Char.

**M<sup>e</sup> LELOUP.**– Merci de ces réflexions qui vont nous donner à penser. On peut peut-être se donner rendez-vous pour savoir si l'un ou l'autre de ces futuribles se confirmera mais, auparavant, et dans le court terme, nous avons la possibilité, mesdames et messieurs, de dialoguer avec vous.