

DIVERSITÉ DES SECTEURS, DES PRATIQUES CONTRACTUELLES

DÉBAT

M. François BEXON, *Vice-Président du Tribunal de commerce de Nanterre.*— Avant la loi Doubin, dans une affaire de franchise, nous avons statué tout à fait dans le sens de ce qu'a été la loi Doubin. Il s'agissait d'une franchise d'épicerie de luxe. L'emplacement avait été mal choisi ; les statistiques données étaient médiocres. De plus, le franchiseur s'était assez mal comporté. Il a été l'objet d'une condamnation en première instance, que la Cour d'appel de Versailles a entièrement confirmée. Les sanctions ont été assez lourdes proportionnellement au préjudice subi. Je souhaitais simplement faire remarquer que le Tribunal de commerce, dans son intervention traditionnelle pour faire respecter la loyauté des engagements, a pu condamner une information précontractuelle erronée, tout à fait dans l'esprit évoqué à l'instant, sans que s'impose la nécessité d'un texte juridique nouveau.

M. SARCELET.— Il y a toujours des situations qui arrivent à se régler, y compris devant l'autorité judiciaire, sans que la loi ait eu besoin de les prévoir. Il est quand même souhaitable que le législateur intervienne lorsque, comme en 1989, un grand nombre de situations se produisent pour lesquelles la justice n'avait pas de réponse appropriée ou en tout cas n'aurait eu de réponse appropriée que pour autant que tous ces franchisés aient eu les moyens de saisir la justice et le temps nécessaire pour obtenir une décision qui leur donne satisfaction. C'est pour cela qu'il a paru nécessaire de créer une obligation d'information précontractuelle.

M. Michel NIVOLIEZ, *Direction du Marketing d'Automobiles Peugeot.*— Le fait que la franchise consiste à « réitérer un succès commercial avéré », n'implique-t-il pas, pour le concédant, non seulement une obligation de moyens, mais aussi une obligation de résultat ?

M. BETCH.— Il n'y a pas ici d'obligation de résultat. Il y a une obligation de transfert d'un savoir-faire ayant entraîné un succès commercial avéré. C'est cela qui est concédé. Pour parvenir à la validité d'un tel contrat, contrat ayant cet objet, il est difficilement concevable de ne pas respecter un préalable constitué par l'information précontractuelle puisqu'elle établit, par sa réalisation, la preuve de l'existence de l'objet même du contrat et de sa présentation au franchisé. Et il ne s'agit pas, comme on pourrait le penser, de quelques formalités accessoires, plus ou moins tatillonnes. Elles ont aussi une finalité juridique importante pour la définition même du contrat de franchise. Elles assurent la découverte, la prise de conscience, la preuve par le franchiseur de son savoir-faire ayant entraîné un succès commercial avéré. Cela étant, à partir du moment où cette information est réalisée, elle n'emporte pas, pour le franchiseur, l'obligation de garantir un succès commercial inéluctable au franchisé. Il pourra connaître des aléas commerciaux, les mêmes que tous les autres. D'autant qu'il reste indépendant, titulaire de son fonds de commerce, de sa clientèle et responsable des aléas commerciaux qui peuvent marquer son activité.

M. LACROIX.— Il y a une part d'angélisme dans cette discussion parce que la franchise met en scène à côté de franchiseurs professionnels et sérieux – l'essentiel de la profession –, un certain nombre de franchiseurs qui sont des amateurs ou des escrocs. Or, avec des gens naïfs, cela peut devenir extrêmement dangereux. J'ai été interrogé par un candidat à une franchise qui manifestement était bricolée dans un amateurisme total de la part du franchiseur et examinée avec une naïveté non moins insondable par le candidat. Je me suis efforcé

d'expliquer en quoi cette franchise était inexistante, mais je me suis rendu compte ce jour-là que l'envie d'être franchisé pouvait aveugler. Moyennant quoi, ce candidat à la franchise a signé son contrat et il a été en procès trois ans après comme les neuf autres candidats à la même franchise. Autrement dit, la loi Doubin qui cherche – et son intention est louable – à protéger les naïfs et à protéger des gens convenables des escrocs manquera indiscutablement – c'est une prophétie malheureusement assez facile à faire – une grande partie de son objet, pour cette seule raison que la pratique des affaires la débordera.

M^e Frédérique CHAPUT, Avocat à la Cour de Paris.– La pratique semble avoir inventé le contrat d'affiliation, qui réalise un degré supplémentaire d'intégration par rapport au réseau traditionnel de franchise. Dans le contrat d'affiliation, l'affilié agit en qualité de commissionnaire de l'affiliant – l'un et l'autre étant d'ailleurs souvent ancien franchisé et ancien franchiseur – et vend des marchandises en son nom, mais pour le compte de l'affiliant. Je voudrais savoir si, selon vous, on est toujours dans le mécanisme de la franchise dont on a simplement encore un peu repoussé les limites, ou si l'on est vraiment en présence d'un nouveau contrat et, peut-être, d'une nouvelle orientation qui sonnerait le glas, au moins dans certains domaines de distribution, des réseaux de franchise. En effet, je constate, en tant que praticien, que de plus en plus d'anciens franchiseurs s'intéressent à ce système qui, apparemment, marche mieux que la franchise. Ceci notamment parce que certaines décisions de gestion, qui étaient plus ou moins bien assumées par les anciens franchisés, sont désormais prises par l'affiliant, de telle manière que les affiliés sont traités exactement comme des succursales.

M^e CLÉMENT.– On est dans une longue course dans laquelle on trouve en tête l'entreprise parce que c'est elle qui crée la vie économique, vient ensuite le conseil – avocat ou autre –, puis le magistrat et, en dernier lieu, le législateur. Pourquoi réapparaît, depuis cinq à dix ans, le contrat de commission ? Dans la pratique, par exemple dans le prêt-à-porter au sens large, cette technique a été employée, parce que les franchiseurs qui avaient dix, vingt, trente, cinquante, cent, deux cents franchisés avec des encours de 100 000 F, 200 000 F, 500 000 F, 1 MF, 2 MF ont constaté qu'ils avaient des encours tellement énormes que la défaillance de quelques franchisés risquait de les acculer au dépôt de bilan. C'est la première raison. De cette façon, le franchiseur reste propriétaire de la marchandise, tandis que le détaillant se charge de vendre. Deuxième raison, dans le prêt-à-porter, les collections d'autrefois

– deux, voire quatre collections par an – sont en voie de disparition ; à présent, il faut réagir en flux tendu, immédiatement, et faire le réassort. Par conséquent, il faut être maître des produits. On va les rechercher chez tel franchisé parce que ça ne marche plus pour les livrer chez tel autre où ça marche mieux. Le juriste est obligé de prendre conscience de ce phénomène et il essaie d'adapter cette situation économique aux concepts qui sont à sa disposition. Alors, peut-être que le contrat de commission-affiliation n'est pas un véritable contrat de franchise dans l'orthodoxie, mais est-ce que Mc Donald's, étant propriétaire des murs et du fonds de commerce, ses franchisés sont des franchisés au sens de nos canons ? Je suis loin de le penser. Mais, on ne va quand même pas lui enlever son titre de premier franchiseur au monde.

M^e LELOUP.– Je crois que l'affiliation est une espèce dans laquelle on va trouver de nombreuses familles dont la concession, dont la franchise. Quant à la commission, c'est un contrat bien connu depuis longtemps et réglementé par le Code de commerce. Le commissionnaire est celui qui agit en son nom, mais pour le compte d'autrui. Il y a des formules qui au hasard de telle ou telle exigence, et peut-être de tel ou tel opportunisme pour parler comme Olivier Badot, vont avoir leur vogue, puis leur oubli, et à nouveau leur vogue.

M. BADOT.– Au-delà du débat juridique, vous mettez l'accent, comme d'ailleurs je l'ai montré dans mon troisième futurible, sur une tendance lourde. Dans les firmes, on assiste à un phénomène un peu binaire : d'un côté, l'intégration de tâches, notamment logistiques, donc un renforcement du contrôle par le principal – l'ancien franchiseur – et, d'un autre côté, la décentralisation de la relation vendeur-client. On peut donc dire que cette tendance à l'intégration managériale, qui n'est pas propre à la franchise, semble être une tendance lourde, au-delà des effets de mode, de l'organisation des entreprises en général.

M. Jean DERRUPPÉ, *Professeur émérite à l'Université Montesquieu (Bordeaux IV).*– Une réflexion à propos de la propriété commerciale : comme tous les commentateurs de l'arrêt Avis, je l'ai critiqué et je suis persuadé qu'il ne perdurera pas. Cette jurisprudence tourne le dos à la réalité. Il est évident qu'il est irréaliste de dire que le franchisé n'a pas de clientèle parce qu'il n'aurait que la clientèle du franchiseur. On pourrait alors retourner la chose et dire que, sans les franchisés, les franchiseurs n'auraient pas de clientèle. Je crois même que toute la clientèle dont profite le franchisé contribue à la valeur de son fonds de commerce. Ce sont des clientèles différentes. Le franchiseur a une clientèle par l'organisation qu'il met en place ; ses clients, ce sont les franchisés. Mais le franchisé profite d'une clientèle qui est attachée à la fois à son emplacement, au contrat de franchise et à tous les autres éléments qu'il met en œuvre. C'est pourquoi rechercher dans le cadre de la propriété commerciale quelle est la valeur respective de chaque clientèle me paraît inutile. La question ne peut se poser que pour l'évaluation de l'indemnité d'éviction. Mais là encore, est-ce nécessaire ? je ne le pense pas. Si le bailleur ne renouvelle pas le bail du franchisé, il faut qu'il indemnise le franchisé de tout le profit de la clientèle que le distributeur retire de son exploitation, y compris en cela la clientèle qui provient du contrat de franchise dont il bénéficie. Ce contrat est précaire parce que demain il peut ne pas être renouvelé, mais cela, on n'a pas à en tenir compte au moment où on fixe l'indemnité d'éviction. Donc, je crois qu'il faut en déduire cette conclusion raisonnable : le franchisé a un fonds de commerce avec toute la clientèle dont il profite, y compris celle qui provient du contrat de franchise.

M^e LELOUP.– Merci, M. le Professeur, de cet éclairage de spécialiste. Vous me donnez ainsi l'occasion de céder à l'une de mes manies : je crois que le mot de clientèle est un mot extrêmement trompeur et ambigu, et si l'on évoque plutôt la part de marché, on constate que cette part de marché ne peut pas exister s'il n'y a pas un point de contact avec le marché qui est le commerçant franchisé.

M^e Gérard ALGAZI, *Avocat à la Cour de Paris, Ancien Membre du Conseil de l'Ordre.*– Permettez-moi de qualifier ce que j'ai écouté hier et ce que j'écoute aujourd'hui de « retour des grands féodaux ». Quand le vassal peut changer de prince, je ne suis pas gêné, mais lorsque j'entends que les investissements sont de plus en plus spécifiques et de plus en plus lourds, je me dis qu'il n'y a plus de liberté. Le but est le suivant : favoriser la libre concurrence dans l'intérêt du consommateur. En réalité, il y a un premier choix, la première adhésion au réseau et après c'est terminé. Et quand le concédant peut résilier à son gré un contrat en respectant les formes, les délais contractuels, parfois imposés par les règlements communautaires, il ne reste plus que l'abus ou la mauvaise foi. Mais, il ne faut pas être pessimiste parce que la jurisprudence va certainement mettre bon ordre à cela. Mais surtout, pas de retour à la féodalité !

M^e CLÉMENT.– Il ne faut pas oublier une évolution parallèle depuis une dizaine d'années vers la franchise partenariale, dont Michel Kahn a été l'apôtre. Un nombre significatif de réseaux ont introduit un dialogue institutionnel constant sous forme de réunions, de séminaires,

de notes, de commissions – commission d'achat, pour la publicité, pour la formation, etc. Il y a des réseaux dans lesquels, conformément à l'éthique primitive de la franchise, on est partenaires pour le profit, c'est-à-dire qu'on veut gagner de l'argent ensemble, et que l'un ne peut pas en gagner sans l'autre et l'autre sans l'un. Certains l'ont oublié, mais la majorité des franchiseurs, peut-être aidés par la loi Doubin, ont introduit une dose de dialogue plus ou moins grande dans les réseaux. Or, ce sont ceux-là qui seront pérennes, qui existeront dans dix ans. Les autres, ou ils disparaîtront, ou ils se transformeront en réseau de succursales qui est leur logique.

M. LACROIX.– Tout cela relève d'une dialectique assez serrée. C'est précisément pour sauver l'existence des franchisés en tant que commerçants indépendants mais non isolés que nous avons dû mettre en place des procédures et des méthodes qui les intègrent plus étroitement. Cette discipline et cette intégration plus grande sont donc la condition nécessaire au maintien de leur indépendance : c'est une réaction aux réalités du marché.

M. Serge ALLAIN, Président de chambre au Tribunal de commerce de Paris.– Peut-on mettre n'importe quoi dans les contrats de franchise ? Dans une affaire, cinquante hôteliers attaquaient leur franchiseur qui n'avait pas fourni les prestations demandées, mais surtout qui avait imposé aux franchisés le recours, pour la construction en bois de ces hôtels, à des entreprises qui lui étaient étroitement liées. Au bout de trois ou quatre ans, le bois a commencé à pourrir, les petites bêtes s'y sont mises, et les hôteliers ont attaqué le franchiseur. La mort dans l'âme, j'ai été obligé de les débouter sur les vices des constructions parce qu'il aurait fallu qu'ils attaquent les constructeurs. Les franchiseurs étaient en tort bien sûr mais, en première ligne, c'était l'entrepreneur qui était responsable.

M^e CLÉMENT.– Grâce à la jurisprudence, on sait à peu près ce qu'il faut mettre et surtout ce qu'il ne faut pas mettre dans les contrats de franchise. Je vous renvoie à une décision du 28 mai 1996 dans l'affaire *Zannier*, où le Conseil de la concurrence condamne le franchiseur, non pour avoir imposé les produits contractuels puisque, pour les articles de mode, il peut, en vertu du règlement d'exemption, exiger le respect d'une exclusivité d'approvisionnement, mais pour avoir imposé tel et tel fournisseurs.

M. DOUCET.– Dans la deuxième partie de cette matinée, nous allons entendre des personnalités tout à fait qualifiées nous parler successivement de trois types de contrats, concernant la distribution de la bière, des carburants et des parfums. Aussi, sans plus tarder, je passe la parole à M. le Doyen Bernard Gross.