

La tromperie, la franchise et l'escroquerie

Attirés par l'appât du gain, en l'occurrence le substantiel droit d'entrée en usage dans les contrats de franchise, les escrocs pourraient bien investir ce système de distribution sans garde-fou. Pas de législation française pour protéger les franchisés ; bien que pour l'instant le ver ne soit pas dans le fruit, il faudra les prémunir contre d'éventuelles tromperies qui peuvent être le fait de "franchiseurs amateurs" en rupture d'engagements.

La tromperie et la franchise : voici un paradoxe qui ne cesse de rendre confus l'environnement du franchising. Monsieur Y... représentant la société X... conduit en justice par ses franchisés.

Verdict du Tribunal correctionnel : «4 mois de prison ferme pour le franchiseur».

Les manchettes des journaux ont déjà fait connaître à leurs lecteurs des condamnations pour escroquerie de certains franchiseurs malhonnêtes ou trop incompetents. L'activité du franchising peut séduire un certain nombre de personnes, sans beaucoup de morale, notamment en raison de l'existence du système du droit d'entrée (actuellement de 50.000,00 Frs en moyenne), qui peut constituer un des éléments principaux de la qualification pénale d'escroquerie.

Prévue à l'article 405 du Code pénal, l'escroquerie constitue avec l'abus de confiance et l'abus de biens sociaux, un des délits qui sont le plus couramment commis dans le milieu des affaires.

L'escroquerie ne peut jamais être assimilée à un vol et s'en distingue nettement dans la mesure où le vol suppose que la chose "ait été soustraite frauduleusement" donc à l'insu et contre le gré de son propriétaire. Au contraire, dans le cadre de l'escroquerie, la remise de la chose, que ce soit une somme d'argent ou tout autre objet de valeur s'effectue volontairement. Ce sont les moyens utilisés pour obtenir cette remise volontaire qui sont condamnables. Dans l'abus de confiance, on constate également une remise volontaire de la chose. Mais cette remise s'effectue en vertu d'un contrat dont la liste est fixée limitativement à l'article 408 du Code civil pénal : dépôt, mandat, nantissement, prêt à usage, contrat de travail salarié ou non-salarié. Il convient donc d'exclure définitivement la franchise d'un tel délit qui ne pourra en principe la concerner, du moins en tant que contrat de franchise.

L'escroquerie suppose que la remise de la chose a été provoquée par des moyens frauduleux, moyens que la loi a voulu incriminer. On peut se demander si la dialectique, le discours même du concept du franchising, s'il est mal expliqué, ne peut constituer précisément cette mise en scène :

avec des slogans tels : "Partners for profit", contrats de collaboration, intérêts collectifs, réussites en commun etc...

Bien évidemment, tous les moyens utilisés pour obtenir la remise d'une chose ou amener une personne à contracter, ne constituent pas obligatoirement un délit. Le code civil en son article 1116 a prévu ce type de situation et dispose qu'un contrat est nul : «lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident, que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté». Il s'agit du "dol".

Tout le monde s'accorde désormais à mettre en garde les candidats franchisés contre les risques que peuvent constituer certains contrats de franchise, risques qui ne doivent pas décourager ces mêmes candidats, mais au contraire, les pousser à bien étudier ce qui leur est proposé, à en connaître tous les aspects, afin de prendre une décision en étant parfaitement informés des risques encourus. Cependant, l'existence de "mauvaises affaires", pour les franchisés, constitue malheureusement, une réalité, compte-tenu du contentieux qui se développe actuellement entre franchiseurs et franchisés.

Ce contentieux relève le plus souvent de ce que le code civil, dans son jargon juridique appelle : "dol", et non pas obligatoirement escroquerie. La sanction du dol sera simplement civile. Le contrat pourra être annulé, résolu et les parties seront remises dans le même état que si elles n'avaient pas contracté. La loi, en érigeant en un délit distinct l'escroquerie, a cherché à punir le "dol criminel", beaucoup plus grave que le simple "dol civil", dans la mesure où les manœuvres utilisées sont de nature à tromper la confiance que les contractants doivent normalement avoir dans les transactions de la vie commerciale. Il y aura escroquerie aux termes de l'article 405 du Code pénal, lorsqu'une personne «soit en faisant usage de faux nom ou de fausse qualité, soit en employant des manœuvres frauduleuses... se sera fait remettre ou délivrer des fonds, des meubles... et aura par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer intentionnellement la totalité ou partie de la fortune d'autrui».

Simple en apparence, cette définition reste néanmoins à mettre en application dans la pratique, car si la loi a voulu distinguer le dol civil et le dol criminel, il est certain que l'on passe un temps insensiblement de l'un à l'autre, ces deux notions étant toutes deux basées sur la tromperie.

Cicéron expose dans son "De Officiis" (IV - 58 - 61) une anecdote intéressante : «Pythius possédait une villa au bord de la mer, dans un endroit particulièrement isolé ; afin de vendre cette propriété au chevalier Canius, il monta une mise en scène afin de persuader son acheteur que la villa se trouvait dans un endroit très animé, et regorgeant de poissons. Il paya de nombreux pêcheurs afin que leurs barques navigassent devant la villa et vinsent proposer leurs splendides poissons. Séduit, Canius acheta la villa. Dès le lendemain évidemment, plus de barques, de poissons, plus de pêcheurs...!».

Un tel agissement n'a pas alors été poursuivi pénalement, mais fut l'exemple d'une réalité inadmissible qui pour ne pas se perpétuer, devait être réprimée. Plus tard, la loi Aquilia devait permettre dans de tels cas, d'obtenir des dommages-intérêts.

Ce n'est que par une application de plus en plus large de la notion romaine de contrectatio, notion similaire au vol, que de telles manœuvres frauduleuses ont pu être réprimées, aboutissant lors de l'apparition du code pénal, à une incrimination distincte : l'escroquerie.

Les pieds Nickelés sont assurément des galopins bien sympathiques, Arsène Lupin, un gentleman particulièrement séduisant et attachant. Ce sont sans conteste possible des escrocs particulièrement efficaces dont les exploits ont enchanté tous leurs lecteurs. Curieusement, dès que l'on transpose les situations cocasses surgissant de l'imagination des romanciers populaires, dans la réalité, le rire a tendance à changer de couleur. La victime de l'escroc n'a jamais d'humour, surtout le franchisé qui a mis dans une franchise, les économies de toute sa vie.

Depuis les cinq dernières années où la franchise a sérieusement commencé à s'implanter, on ne trouve pas trace de scandales véritablement retentissants mettant en prise les



franchisés à leurs franchiseurs (sauf quelques cas isolés comme par exemple, l'affaire Maje Distribution). Si des franchiseurs importants ont du plier le genou devant des difficultés financières, d'autres partenaires commerciaux ont pu les remplacer au plus grand bien de la chaîne de franchise. Mais encore faut-il noter qu'il n'était pas question dans ces cas d'escroqueries.

Actuellement, la franchise se développe à une allure vertigineuse, et ce succès incroyable attire sans conteste la convoitise de gens peu scrupuleux, toujours à l'affût de bonnes affaires ou d'argent gagné rapidement. Ce risque se trouve augmenté dans le secteur de la franchise de services.

Il est facile de vendre "du vent", moyennant un droit d'entrée, par l'intermédiaire d'un "package" bien ficelé et attractif ! C'est pourquoi, et plus que jamais, l'on ne saurait conseiller à tous les candidats franchisés d'être particulièrement vigilants et de faire attention aux différents aspects de l'escroquerie qui se caractérisent par les éléments suivants : l'usage d'un faux nom ; l'usage de fausses qualités ; l'emploi de manœuvres frauduleuses.

Le délit se trouve constitué par un seul de ces moyens. Il n'est pas nécessaire qu'ils se combinent, bien que souvent, cela soit le cas en pratique.

L'USAGE DU FAUX NOM OU D'UNE FAUSSE QUALITE

Il y a toujours une tromperie, un mensonge dans une escroquerie. Tout mensonge ne constitue pas ipso-facto une escroquerie, mais si le mensonge

se manifeste par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, l'escroquerie sera constituée de ce seul fait, bien que dans le domaine du franchising, ces deux premiers éléments soient plutôt rares.

L'utilisation d'un faux nom

Utiliser un faux nom, c'est se faire connaître sous un autre nom que le sien. Dans le cas particulier de la franchise, on ne rencontre pas encore d'exemple d'une personne s'étant faite passer pour un autre franchiseur dont le nom aurait déjà eu une renommée commerciale particulière. Une telle hypothèse n'apparaît d'ailleurs pas très réalisable en pratique, ou tout au moins pour arriver à la finalité suprême qui est de se faire remettre des fonds (droit d'entrée), et ce, pour la simple raison que la signature d'un contrat de franchise ne se fait jamais du jour au lendemain, mais est la suite de toute une période de négociations au cours de laquelle, non-seulement est discuté le contrat, mais également et surtout, au cours de laquelle le franchiseur se fait connaître et fait connaître, du moins dans certaines limites, son activité, ses produits, et en règle générale, sa propre entreprise ou celle de ses pilotes. A l'évidence, l'ensemble de ces différentes étapes rend des plus aléatoires une tricherie sur le nom. Mais l'imagination des escrocs étant particulièrement fertile, il convient toujours de prendre les précautions d'usage. Vérifier les pouvoirs de son co-contractant n'est jamais une indiscretion, mais un signe de sérieux chez tout franchisé, et qui ne peut, par cela même, que rassurer le franchiseur.

La fausse qualité

La fausse qualité est une notion plus difficile à cerner. Elle ne se limite

pas à l'usage indu « d'un titre attaché à une profession légalement règlementée, d'un diplôme officiel ou d'une qualité dont les conditions d'attribution ont été fixées par l'Autorité publique », car il s'agit déjà là, d'un délit distinct. La jurisprudence retient les tromperies ou les mensonges commis sur la nationalité, sur la profession, elle sanctionnera la personne se disant mandataire ou préposée d'une autre. Ainsi, se prétendre notaire, avocat, médecin, constitue l'usage de fausse qualité. De la même manière pourrait-on considérer que le fait de se prétendre franchiseur, à tort, serait suffisant pour caractériser l'escroquerie ?

Peut-on usurper le titre de franchiseur ? S'attache-t-il à la notion de franchiseur, la respectabilité et l'autorité que l'on accorde volontiers à l'avocat ou au médecin ? Autrement dit pèse-t-il sur le franchiseur, une obligation de résultats, de moyens ou de conseils ?

Actuellement, la réponse est vraisemblablement négative, puisqu'aucun régime juridique ne définit la qualité de franchiseur. L'essor de la franchise étant de plus en plus irrépressible, on aura sans doute tendance à accorder au franchiseur, l'autorité habituellement conférée aux professionnels. C'est-à-dire que le franchiseur aura en tant que professionnel, de plus en plus à sa charge, une obligation de conseils. Ceci paraît normal puisqu'un franchiseur est un professionnel et que le franchisé est un non-professionnel (dans la plupart des cas).

Par contre, et dans un sens favorable et transposable à la franchise, il a été considéré que le fait de se dire faussement concessionnaire exclusif d'une maison de commerce, constituait une prise de fausse qualité, au sens de l'article 405 du Code pénal. La Cour de cassation a en effet considéré qu'une telle prise de fausse qualité avait été déterminante pour le contractant qui a pu croire obtenir un droit de distribution exclusif, dans un secteur déterminé (Cour de cassation, 4.12.1969, bull. cass. N° 328). Une exclusivité ou tout simplement le droit de distribution constitue à l'évidence des éléments qui déterminent un candidat franchisé à contracter.

Pour ces raisons, le franchisé a tout intérêt à exiger de son futur franchiseur un certain nombre de garanties telles que vérifier la réalité de ses droits sur la marque dont il se prévaut, et surtout dans le domaine des franchises internationales, vérifier que son co-contractant ou maître-franchisé a effectivement reçu du franchiseur les droits qu'il transmet au franchisé.

LES MANŒUVRES FRAUDULEUSES

Ces manœuvres frauduleuses constituent en réalité la plus grande

partie des cas d'escroquerie en la matière. Ces manœuvres ne peuvent être définies que par leur but et leur nature, tant leurs manifestations peuvent être différentes, fonction des cas d'espèce et de l'intelligence du délinquant, ou du franchiseur "apprenti-sorcier".

Ces manœuvres se définissent pour l'essentiel, par le but auquel elles tendent et qui est bien évidemment de persuader le franchisé selon la formule juridique applicable, de l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou de faire naître l'espérance d'un succès ou de tout autre événement chimérique.

Les comptes d'exploitation prévisionnels trop alléchants, seront certainement pour une grande part la cause de la qualification d'escroquerie. Un franchiseur se lançant dans la franchise, sans pilote (règle des 3-2) prendra un risque considérable en cas d'échec. Il est bien certain qu'avec une telle définition, particulièrement large, toutes les manœuvres frauduleuses peuvent entrer dans les prévisions de la loi pénale. Le pouvoir ou le crédit imaginaire peuvent très bien s'appliquer à l'apparence donnée par le contrat de franchise à la chaîne de franchise, au réseau de fournisseurs, et à tout un ensemble de services qui peuvent ne pas exister ou exister d'une manière défectueuse et non conforme à ce que l'on est en droit d'attendre d'un franchiseur sérieux. C'est ainsi que dans un arrêt rendu le 3 juillet 1975 par la Cour de cassation, il avait été relevé, pour caractériser ces manœuvres frauduleuses, l'existence d'un réseau de distribution qui était d'une "totale inefficacité" des produits qui étaient en réalité "illusoire", ou d'un écoulement difficile, voire impossible. Dans cette affaire, les juges du fond avaient considéré que «sous le couvert d'une forme nouvelle de commercialisation baptisée franchising, les prévenus ont concouru, à des titres divers, à la création et au fonctionnement d'une entreprise commerciale, qui dans ses éléments essentiels, était purement fictive et n'était pas en mesure, par leur fait, de répondre aux assurances données dans les engagements pris envers les démarcheurs, qu'un ensemble de machinations et une publicité mensongère, sous forme d'offres d'emplois aux gains élevés, faites à toute personne sans aucune qualification, pour un bénéfice commercial illusoire, déterminante de l'adhésion, ont constitué la manœuvre frauduleuse destinée à faire croire à l'existence d'une fausse entreprise».

Cette décision avait statué sur un cas particulièrement caractéristique, les motifs de la décision étaient particulièrement clairs : «Il s'est présenté comme le spécialiste en Europe de certaines méthodes nouvelles de commerce, il est responsable d'une commercialisation qui s'est révélée inconsistante et il s'est livré avec ses

co-prévenus, à une vaste mise en scène, véritable opération d'intoxication psychologique, destinée uniquement à recueillir l'adhésion des distributeurs et des délégués, et ses fonctions lui permettaient de se rendre compte du mythe de la commercialisation et des procédés fallacieux utilisés pour le recrutement des démarcheurs».

Il est certain également que la nature des manœuvres doit également être analysée pour caractériser l'infraction. Il faut qu'à ces manœuvres soit joint un fait extérieur ou un acte matériel destiné à leur donner force. Le contrat lui-même, le manuel opérationnel, l'argumentaire ou tout autre document qui a pu être remis au franchisé, peuvent constituer cet acte matériel destiné à donner force et crédit à la fausse entreprise et au crédit imaginaire du franchiseur. Un certain nombre de pièces ou documents sont souvent communiqués ou présentés au franchisé portant sur des statistiques relatives à la chaîne de franchise, où à des documents comptables de franchisés ; exemple : compte d'exploitation prévisionnel inséré dans les argumentaires... ces documents sont certainement des supports matériels privilégiés de cette infraction.

Il convient cependant d'être certain que n'importe quel petit mensonge ou tromperie ne constitue pas obligatoirement, même s'il est inscrit dans un contrat de franchise, une manœuvre frauduleuse constitutive du délit d'escroquerie. Tout est une question de degré. Il existe des tromperies qui n'ont pas de grande conséquence sur l'économie du contrat de franchise. La responsabilité pénale, dans un tel cas, redevient une responsabilité civile et si nécessaire, ce sont uniquement les juridictions civiles qui ont à connaître de ces points particuliers (nullité du contrat pour dol éventuellement).

Mais à la différence du dol civil, le délit d'escroquerie, comme tout délit en droit pénal, nécessite un élément intentionnel, un élément matériel, un élément légal. Il faut remarquer cependant que le contentieux le plus important entre franchiseur et franchisé, n'est pas constitué par les possibles escroqueries mises au point par les franchiseurs, mais trouve plutôt source, soit dans l'incompétence d'un franchiseur, qui peut être dépassé par sa chaîne de franchise et n'être plus en position d'assurer toutes les obligations qu'il s'était imposées en début de contrat ou bien encore, une modification importante de l'environnement socio-économique dans lequel devait s'inscrire l'activité de ce franchiseur, qui se trouve ainsi dans l'impossibilité d'assumer également ses obligations. Dans de tels cas, on ne peut constater dès l'origine de la signature du contrat, une mauvaise foi du franchiseur, mais plutôt et dans la vie des relations contractuelles entre franchiseur et franchisé, une incapacité ou une impossibilité pour une des parties, et dans notre hypothèse pour le

franchiseur, de continuer à assurer la survie de la chaîne.

Il y aura alors, une simple inexécution des prestations et non pas une escroquerie, dont le délit est sanctionné par une peine pouvant aller de 1 à 5 ans de prisons et/ou d'une amende de 3.600 F à 2.500.000 F.

Mais on peut s'interroger sur l'attitude d'un tribunal correctionnel à propos d'un franchiseur (l'apprenti-sorcier), qui aurait développé une chaîne de franchise, en se servant des premiers franchisés comme de "cobayes", pour tester un marché "nouveau". Le manque de compétence, ou une certaine négligence coupable du franchiseur ne sera-t-elle pas à l'avenir considérée par les tribunaux correctionnels, comme rentrant dans la qualification pénale de l'article 405 du Code pénal ?

Les franchisés mécontents, agissant par la technique de la plainte avec constitution de partie civile, risquent de poser le problème, d'autant plus que le candidat franchisé est souvent un non-professionnel. Certains franchiseurs non-sérieux se trouveront alors face à leurs responsabilités et avec eux, souvent, leurs propres conseils, par le biais du principe de la complicité. Si en apparence, l'initiation à la franchise peut paraître simple, la mise en place d'une chaîne requiert la maîtrise d'un ensemble de techniques, et constitue en réalité une forme d'expansion extrêmement complexe.

«Réussir avec l'argent des autres, est un pari que seuls de véritables professionnels sont en mesure de tenir, et de gagner». Le danger pour le candidat franchisé n'est pas tant de rencontrer un véritable escroc, que surtout de tomber sur "un franchiseur amateur".

L'avenir nous enseignera si les tribunaux adapteront leur jurisprudence pour mettre en place un dispositif permettant la répression du franchiseur amateur ou "apprenti-sorcier". L'intérêt de la question est de savoir comment les tribunaux vont appliquer le délit d'escroquerie à la pseudo-franchise. Encore une fois, nous ne saurions trop conseiller aux candidats franchiseurs, de respecter la règle des trois-deux (3 pilotes de 2 ans), avant de procéder à tout éventuel recrutement de franchisés.

Nous nous félicitons par ailleurs que le BVP ait mis au point une nouvelle recommandation sur la franchise. Franchise Magazine présentera cette recommandation du BVP dans son prochain numéro (confère écho de la presse et de la publicité n° 13-12, 18 avril 1983).

Cette initiative devrait contribuer à une meilleure moralisation de la franchise. Malheureusement, nous sommes sceptiques quant à l'efficacité de "cette recommandation", qui comme son nom l'indique, n'est pas une loi et n'a en conséquence, aucune force coercitive.

Maître Olivier GAST