

AVRIL 90

# DISCLOSURE

## ou la franchise des années 1990 : les grandes années

*Pour Maître Olivier Gast, les années 90 vont être de grandes années pour la Franchise. C'est ce qu'il développe ici, dans l'interview qu'il nous a accordé.*

**Franchise Magazine :** Il y a tout juste un an, lors d'une interview dans nos colonnes vous disiez, la Franchise 1989: l'année de tous les dangers. La franchise aujourd'hui, a-t-elle évité ces dangers ?

**Maître Olivier GAST :** Oui, 1989 aura été la mise en application du règlement C.E.E. d'exemption par catégories des accords de Franchise, et celle de la Loi Doubin promulguée le 31 décembre. Depuis quelques mois vous constaterez, est-ce un hasard ?, que la presse parle à nouveau de la Franchise en termes élogieux (exemple : les Echos du 8 février 1990 : "La franchise a le vent en poupe", "le boom de la Franchise automobile" etc...).

La Franchise a su négocier le virage et entrer dans la nouvelle décennie du professionnalisme et de l'excellence. Ceci d'ailleurs n'est pas en contradiction avec les difficultés de tout genre que 1992 va engendrer dans nos entreprises françaises. Mais la théorie de la Franchise devrait maintenant prendre son rythme de croisière.

**F. M. :** 1989 aura été votre année aussi ; vous avez publié dans la Collection Jupiter un ouvrage de référence sur le règlement d'exemption des contrats de Franchise, et vous avez été l'un des inspirateurs de la "Loi sur la Franchise et les contrats voisins" qui vient d'être promulguée.

**Me O. G. :** C'est vrai que ma démarche a suivi une ligne claire et authentique puisque j'ai défendu l'idée d'une Loi, cela fait bientôt 10 ans, envers et contre tous.

C'est vrai aussi qu'en mars 1985, lorsque j'avais donné en mains propres au Ministre du Com-

merce de l'époque, mon projet de Loi, j'avais écrit en conclusion du préambule, je cite : "... il serait possible de dépasser dans un projet similaire, le simple cadre de la Franchise pour se préoccuper de toute forme de contrat dont le but serait de soutirer à des "épargnants-cadres" des sommes initiales dont la contrepartie serait intangible, c'est donc tout le commerce moderne que nous pourrions sauvegarder en sécurisant le citoyen qui veut devenir entrepreneur...". Le texte de la Loi Doubin a, en définitive, repris ces principes et je m'en réjouis. En effet, il ne fallait pas légiférer seulement en matière de Franchise, mais également en matière de concession et de toutes les autres formes de partenariat actuelles.

L'autre idée était effectivement une Loi préventive organisant la transparence du Franchiseur. Ceci est important et je voudrais rappeler que pour la première fois (en dehors des textes qui réglementent la Bourse) une Loi commerciale appréhende dans notre arsenal juridique français "le mensonge par omission". Dans la franchise et le partenariat en général le risque de tromperie se fait plus par les non-dits.

Le "mensonge par action" est déjà sanctionné par les dispositions de l'article 405 du Code Pénal qui réprime l'escroquerie et par l'article 116 du Code Civil qui sanctionne le dol.

Cette idée de protéger le candidat franchisé épargnant avant la signature du contrat de Franchise est donc nouvelle et va assainir le marché. Pas 100% hélas ! car il y aura toujours des candidats qui signeront avec n'importe qui n'importe quoi. Mais ceux-là ne

pourront s'en prendre qu'à eux mêmes.

**F. M. :** Revenons au texte de Loi en son article 1er. Que dit-il exactement ?

**Me O. G. :** Il dit que toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause.

Donc à ce stade de la Loi, il faut que le Franchiseur et ceux qui pratiquent les autres formes de commerce associé qui font appel à une épargne, démontrent une certaine transparence avant tout recrutement de candidats franchisés ou de partenaires.

**F. M. :** Mais comment cette transparence va-t-elle être organisée ?

**Me O. G. :** Cette transparence va être organisée sous forme de document, ce que j'appelle justement "la disclosure", c'est-à-dire le document de divulgation préalable dont le contenu sera fixé par un décret, lequel dit la Loi, précisera notamment l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

La Loi d'ailleurs dit également

une inspiration préventive contractuelle de transparence et n'influencent en rien et ne réglementent en rien les relations contractuelles franchiseur/franchisé, concédant/concessionnaire, c'est-à-dire des rapports de force suzerain-vassaux.

Ceci dit, pour se "venger", Me Thérard a, par son lobbying, réussi à faire passer cette phrase "contrat d'intérêt commun" auprès des députés, qui permettra -et c'est là le danger extrêmement éventuellement aux Tribunaux d'allouer aux concessionnaires et/ou franchisés des indemnités de clientèle après la rupture du contrat de Franchise, de concession ou de partenariat.

**F. M. :** *Vous voulez dire que cette Loi va imposer aux Franchiseurs de payer après rupture des contrats, des indemnités de clientèle aux franchisés, ainsi qu'à tous partenaires, concessionnaires ?*

**Me O. G. :** Je ne suis pas sûr que ce soit ce que la Jurisprudence appliquera, mais cette phrase au deuxième degré est claire ; elle a pour objectif de permettre aux franchisés de tenter d'obtenir des indemnités de clientèle, et je dirai que peu de gens ont vu cette ruse. Heureusement, sauf erreur, un député, à la demande du lobbying des fabricants d'automobiles, a fait poser la question au Ministre qui a refuté le fait que le contrat d'intérêt commun puisse être assimilé au mandat d'intérêt commun.

Vous savez, c'est une vieille jurisprudence qui a bientôt 80 ans qui avait permis à l'époque, qu'un représentant de commerce mandataire voyant son mandat rompu unilatéralement, puisse obtenir des dommages et intérêts et une indemnité de clientèle par le biais de la théorie du mandat d'intérêt commun, laquelle théorie a d'ailleurs été reprise dans l'ordonnance de 1958 qui réglemente le statut des agents commerciaux. Alors bien sûr la Loi ne parle pas de "mandat" d'intérêt commun mais bien de "contrat" d'intérêt commun. Cette expression "d'intérêt commun" aurait très bien pu être remplacée par le terme "contrat d'intérêt mutuel", "d'intérêts réciproques" etc... Ceci a été à mon avis volontaire car le fait de dire "contrat" d'intérêt commun auprès des Juges qui ont cette connaissance jurisprudentielle de mandat d'intérêt commun permettra très facilement l'assimilation, et les avocats auront tendance, (en tout cas c'est ce qu'ils vont plaider forcément pour les concessionnaires et les franchisés), à vouloir obtenir pour leurs clients une indemnité de

clientèle. C'est là où je dis que le gouvernement s'est fait débordé ; car cette phrase là est extrêmement dangereuse et je la dénonce parce que si nous n'y prenions pas garde dès maintenant, et si des indemnités de clientèle sont dues aux concessionnaires et aux franchisés à la rupture du contrat, je pense que là nous allons entrer dans une période qui risquerait de mettre "l'animal Franchise" en danger de mort.

Je disais tout à l'heure que les années 1990 allaient être les grandes années de la Franchise, mais sous cette expresse réserve : si la jurisprudence alloue des indemnités de clientèle aux franchisés et aux concessionnaires, je ne vois pas pourquoi les franchiseurs investiraient en argent, en sueur, en risque pour constituer des systèmes performants et les communiquer aux franchisés et être obligés après le contrat de redonner aux franchisés tous les bénéfices et la capitalisation que le Franchiseur aurait pu faire, et injustement d'ailleurs puisque le franchisé aura non seulement lui aussi obtenu une rentabilité, une capitalisation, et se sera constitué un patrimoine. Ainsi après la rupture du contrat il serait encore en mesure de demander une indemnité de clientèle. Ce qui me paraît injuste !

**F. M. :** *Vous avez le sens de la formule ; après la règle des 3-2, vous avez lancé le terme provocateur de suzerain-vassal.*

*Vous employez souvent ce terme, est-ce que les institutions officielles du monde de la Franchise reconnaissent ce discours ?*

**Me O. G. :** Bien entendu, Monsieur Jean Bréville, ancien Président de la FFF, pas plu tard qu'en 1988 avait lui-même, en des termes moins agressifs, dit la même chose. Il avait parlé de système vertical, ce que M. Thérard dans son ouvrage "En toute franchise et sans concession" a critiqué d'ailleurs violemment. Mais je pense que justement dans la recherche de l'excellence, de la réussite, on ne peut pas imaginer qu'un réseau de franchise, ou tout autre forme de réseau, puisse conquérir rapidement son marché avec une théorie égalitariste et d'inspiration presque marxiste.

**F. M. :** *Alors vous pensez que finalement l'enjeu de la Loi Doubin va tourner autour du conflit et du combat que se livrent en ce moment deux courants de pensée : le courant de la vraie Franchise qui est un discours élitiste, un discours d'excellence, un discours de franchiseurs, contre les autres formes de partenariat dont Me Thérard serait le champion et dont la*

*tendance serait de rééquilibrer les rapports de force franchiseur/franchisé, concédant/concessionnaire ?*

**Me O. G. :** Oui, je pense que les choses sont claires maintenant et le grand danger réside dans cette phrase. Nous verrons si l'avenir nous donne raison ou tort, mais je souhaite de tout cœur que la jurisprudence et la doctrine n'en profite pas pour allouer des indemnités de clientèle aux franchisés et aux concessionnaires, sauf, bien entendu, abus de la part des concédants et Franchiseurs.

**F. M. :** *N'y-a-t'il pas d'autres phrases qui vous gênent dans ce texte ?*

**Me O. G. :** Oui, il y a aussi une phrase rajoutée au dernier moment par la Chambre des Députés qui concerne "l'état et les perspectives de développement du marché". Les conséquences de cette phrase sont un petit peu dangereuses car jusqu'où peut-on décrire réellement les perspectives de développement du marché concerné. Doit-on prendre des statistiques officielles ou doit-on les décrire plus avant ? Dans ce dernier cas on rentre dans une zone extrêmement confidentielle, très gênante pour le Franchiseur.

En effet le Franchiseur ne peut pas divulguer à qui veut le savoir quelles sont les perspectives de son marché, car à ce moment là il favoriserait le pillage de marché et de savoir-faire, le parasitisme économique. Ce serait trop facile pour un candidat franchisé de mauvaise foi, qui ne serait que le sous-marin d'un concurrent, grâce à la "disclosure" qui doit être communiquée 20 jours avant la signature, d'être au courant des perspectives d'un marché. Il n'y a rien de plus confidentiel et secret que les perspectives d'un marché. Cela relève en même temps d'études objectives, de marketing, d'intuition, de connaissances absolument intimes et secrètes.

Je pense que le décret d'application est un peu plus précis à ce sujet là. Le projet de décret dans son article 2, 2ème paragraphe dit "le franchiseur doit communiquer les informations dont il dispose sur l'état général et local du marché concerné par le contrat et sur les perspectives de son développement en précisant pour ce dernier point la période à laquelle l'information se rapporte".

Je pense que les Franchiseurs seront attentifs à une rédaction objective, et prendront des statistiques officielles qu'ils trouveront à l'INSEE ou auprès d'organismes de cette nature, de façon à éviter de divulguer leurs secrets, et surtout leur stratégie d'avenir. Sinon

«lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit». Ce document, cette "disclosure" prévue au premier alinéa, ainsi que le projet de contrat sont communiqués 20 jours au minimum avant la signature du contrat ou le cas échéant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent.

C'est donc cette "disclosure" qu'il va falloir organiser. Pour cela il faut attendre que le décret sorte mais également l'adapter à la pratique de tous les jours.

**F. M. :** Vous parlez souvent à ce propos d'ingénierie juridique de la Franchise. Qu'entendez-vous par là ?

**Me O. G. :** L'ingénierie juridique de la Franchise est la conséquence de deux événements majeurs dans l'environnement juridique de la franchise.

En 1989 d'abord, il y a eu l'arrêt "la Croissanterie" qui confirme une tendance jurisprudentielle actuelle qui considère que le manuel opératoire qui transfère le savoir-faire au franchisé, doit être dans son contenu quelque chose de sérieux et non pas du remplissage. Ceci me permet aujourd'hui d'affirmer que le Juge va désormais contrôler le contenu des manuels opératoires et les avocats devront donc faire très attention de bien vérifier si le contenu des Bibles est conséquent et spécifique pour éviter la nullité du contrat de franchise.

L'autre événement important est bien évidemment la Loi Doubin qui impose un document supplémentaire pré-contractuel qu'il faudra communiquer au franchisé 20 jours avant la signature du contrat de Franchise.

Ce document donc, que j'appelle "la disclosure" doit organiser un certain nombre d'informations tant financières que marketing, identité du franchiseur, pour que le candidat franchisé puisse en toute connaissance de cause signer son contrat de Franchise. Donc le contrat de Franchise, le manuel opératoire ou bible et "la disclosure" sont trois éléments qui deviennent des éléments juridiques et qui constituent le package juridique ou l'ingénierie juridique de la Franchise. Bien entendu, pour arriver à appréhender l'ensemble de ce package juridique, les choses ne sont pas si simples, parce qu'il faut d'abord faire le contrat de Franchise qui

demeure toujours la pierre angulaire du système, mais il faut aussi vérifier qu'il y ait adéquation entre la bible, le contrat, la réalité du savoir-faire et cette fameuse "disclosure".



**F. M. :** Vous voulez lancer un nouveau terme, un nouvel anglicisme avec le mot "disclosure"? Le Franchiseur doit "discloser" ses informations!

**Me O. G. :** Oui, pourquoi pas? Les gens qui aiment la langue de Shakespeare le prononceront en anglais, et je propose moi de le franciser et de le prononcer à la française, ce qui permettra d'une manière tout à fait authentique d'avoir un terme technique et original dans le jargon de la Franchise en général.

En parlant de "disclosure" il y a quelque chose d'original qui a plus de panache, qui correspond mieux à l'imagination dont a toujours fait preuve le monde de la Franchise.

Employer le terme de plaquette ou de dossier de divulgation est médiocre et sans esprit.

**F. M. :** A propos de "disclosure" et de Loi, vous avez employé également le terme d'excellence, pour vous les Franchiseurs vont vers la recherche de l'excellence?

**Me O. G. :** Oui, je pense que dans un monde où il y a plus de gens posant des problèmes qu'il n'y en a qui les résolvent, les Franchiseurs sont des gens qui trouvent des solutions et c'est la raison pour laquelle les candidats franchisés viennent à eux pour bénéficier de leurs solutions financières, marketing etc... et qu'un processus commercial et un développement ne peuvent fonctionner que si quelqu'un apporte une solution, apporte un système rentable, une réussite à quelqu'un d'autre et c'est parce qu'il le fait savoir que les gens, qui eux n'ont pas la capacité de créer

cette réussite à eux seuls, vont vers ces Franchiseurs pour bénéficier de ce savoir-faire et de cette réussite.

Donc le système de la Franchise dans sa philosophie est forcément basé sur une recherche de l'excellence, recherche de la rentabilité, de l'élitisme, une recherche de la réussite. Alors, par opposition, tous ceux qui ne sont pas en mesure de réussir et qui n'ont donc, en fait, pas grand chose à dire et à apporter, préfèrent employer le terme de partenariat et mutualiser les risques et donc forcément le pouvoir. C'est là, la grande différence entre ces deux systèmes de distribution.

La Franchise est un discours de "winner"; le partenariat, un discours de "looser".

**F. M. :** Pour en revenir à la Loi Doubin, il semble qu'il y ait un certain nombre de détails qui vous aient choqué, sur lesquels vous n'êtes pas d'accord?

**Me O. G. :** Effectivement, je pense surtout à un terme qui a été imposé au moment du vote à la Chambre et qui n'était pas prévu par le texte original rédigé par le gouvernement. Je dois dire que malheureusement il s'est peut être laissé débordé par la Chambre. Il s'agit de l'article 1er, paragraphe 1 de la Loi qui dispose notamment : "... est tenu préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties".

Ce terme "dans l'intérêt commun des deux parties" est à mon avis, une véritable bombe à retardement.

**F. M. :** Bombe à retardement? Pourquoi?

**Me O. G. :** Parce qu'il faut remonter un petit peu au lobbying et à l'histoire dont cette Loi est finalement l'aboutissement. Il y avait deux tendances, la première, défendue par mon confrère Me Thréard, avocat des concessionnaires et qui depuis 15 ans s'est toujours battu pour faire passer des Lois dont l'objectif était de rétablir l'équilibre entre concessionnaires et concédants, franchisés et franchiseurs. Il y a eu les propositions de la loi Tourcoing, Glon et Cousté, Ansqer, d'ailleurs tous ces textes avaient été mis en annexe de mon projet en 1985 afin de bien démontrer qu'il ne fallait surtout pas aller dans cette direction sous peine de tuer le système de Franchise en France. Et je dois dire que nous avons triomphé, puisqu'effectivement les principes et l'inspiration du texte de l'article 1 sont bien

ce sont les concurrents européens qui vont se régaler!  
En tout état de cause, si le mot perspective de marché devait être interprété de façon stricte, le Franchiseur pourrait craindre de voir engagée sa responsabilité en cas d'erreur d'appréciation.

**F. M. :** *En fait la France suit l'exemple américain. La Franchise aux USA a été inventée et formalisée par les avocats !...*

**Me O. G. :** Oui, mais non pas par volonté mais parce que cela correspond à la nature du système de franchise, ce qui finalement dans un pays où la franchise est bien implantée, constitue le fond du problème. Il est facile de trouver des franchisés, il est plus difficile de les conserver. Or le droit de la Franchise, l'ingénierie juridique de la Franchise, c'est-à-dire les contrats, les manuels et la "disclosure" sont les documents qui s'occupent surtout de la façon dont on peut conserver à long terme les franchisés et c'est en cela, forcément, que le rôle de l'avocat va devenir de plus en plus important dans le packaging franchise.

Dans les années 1970, les franchiseurs négligeaient et méprisaient complètement les aspects juridiques et les contrats de franchise. Dans les années 1980-90, il y a eu un combat qui s'est organisé, et les franchiseurs par la force des choses ont été obligés de prendre en compte l'importance du contrat, souvent hélas à leurs dépens. En 1990, le contrat est devenu la pierre angulaire de la gestion quotidienne dans les rapports de force franchiseurs-franchisés.

Dans les années 1990, je pense que les franchiseurs devront consacrer un budget important pour l'ingénierie juridique de la franchise.

**F. M. :** *Quels sont vos autres projets pour 1990 ?*

**Me O. G. :** Nous avons plusieurs projets : par exemple un nouvel ouvrage que je vais faire éditer par nos éditions, qui s'intitulera "La Franchise dans le textile au Brésil", document très spécialisé par secteur d'activité parce que nous pensons que pour être efficace dans la Franchise internationale et pour être pratique pour les Franchiseurs, il faut être très précis et donner des informations par secteur d'activité ; l'autre grande idée est la création et le "joint venture" que l'Université Européenne de la franchise est en train de négocier avec des partenaires brésiliens. Nous venons d'ailleurs de créer la Fondation latino-américaine de la Franchise qui sera basée à SAO PAULO.

**F. M. :** *Cette fondation latino-américaine, c'est un scoop ?*

**Me O. G. :** Si vous voulez. Elle a été créée il y a deux mois et nous allons organiser des cours comme nous l'avons fait à Colmar avec l'IPF, avec une envergure élargie à l'Amérique du Sud et l'Amérique centrale.

**F. M. :** *Et l'Europe de l'Est, ne pensez-vous pas que la Franchise a un rôle à jouer ?*

**Me O. G. :** Bien sûr. Je pense que pour toutes les PME, l'Europe de l'Est constitue un nouveau marché extrêmement intéressant. Le problème est que nous ne pouvons pas exporter dans ces pays avant qu'il n'y ait un véritable plan Marshall. Comment vendre des marchandises à des gens qui ne sont pas encore solvables ? Mais dès lors que cette phase financière sera réglée, je pense que c'est la franchise qui sera une des techniques les plus en pointe pour développer et pour collaborer entre l'Europe de l'Est et l'Europe de l'Ouest.

**F. M. :** *Comment allez-vous faire pour aider à promouvoir la Franchise dans les pays de l'Europe de l'Est ?*

**Me O. G. :** Nous avons un produit qui s'appelle Franchiseland et que je gère par l'intermédiaire de la Commission Franchising de l'UIA, qui crée d'ailleurs en 1990 trois Franchiseland importants en Italie (Milan et Florence) et au Brésil (Sao Paulo). Je pense que par l'intermédiaire des avocats des pays de l'Est nous pourrions commencer à divulguer, promouvoir le concept dans ces pays là.

**F. M. :** *J'ai vu également dans la Presse que vous aviez ouvert une antenne à Milan ?*

**Me O. G. :** Oui. Beaucoup de nos clients sont en train de préparer leur implantation en Italie et nous leur proposons de faire en Italie ce que nous avons fait avec succès pour eux en France et dans un deuxième temps favoriser les échanges, les rachats, les cessions de réseaux entre la France et l'Italie.

Nous avons une expérience en Franchise que nous devons capitaliser au niveau international.

**F. M. :** *Comment la notion juridique de savoir-faire va-t-elle évoluer en France et en Europe ?*

**Me O. G. :** Je crois que le problème du savoir faire est un problème extrêmement préoccupant parce que son approche européenne, notamment par le règlement d'exemption dans sa définition et même par un certain

nombre de tendances, de jugements de Tribunaux de Commerce en France, est un petit peu trop "romantique", trop littéraire, pas assez financière. Nous risquons d'avoir des jugements qui considèrent qu'un savoir-faire doit être original ou hors du commun par exemple. Si tel était le cas, vous pensez bien que peu de Franchiseurs auraient des savoir-faire hors du commun. Le savoir-faire dans son approche juridique et marketing n'est que l'addition de détails dont l'ensemble crée un concept et dont l'avance concurrentielle par rapport aux concurrents constitue un avantage qui se transforme en meilleur chiffre d'affaires et en plus grand bénéfice.

Mais on n'invente rien en matière de distribution et de commerce. Il ne faut pas donc confondre brevet d'invention et savoir faire commercial. Aussi, je pense que l'appréciation globale d'un savoir faire dans un réseau doit se faire par une approche financière.

**F. M. :** *Oui, mais il n'y a pas d'experts en matière d'expertise de savoir-faire et de Franchise.*

**Me O. G. :** Non, hélas, c'est une des choses que la FFF et l'UIA sont en train de solutionner, aidées par d'autres groupes de pression : favoriser la création d'une rubrique expertise du savoir-faire auprès de la Cour de Cassation d'une part et des Cours d'Appel d'autre part.

**F. M. :** *Vous avez une idée personnelle à ce sujet ?*

**Me O. G. :** Pourquoi pas la règle des "70-30" par exemple ? C'est à dire que si dans un réseau de Franchise il y a 70 % des franchisés qui gagnent de l'argent, c'est qu'il y a un savoir faire. Je pense que cet équilibre est raisonnable, à peu près juste, mais le débat reste ouvert. Les Franchiseurs pourraient l'accepter car la sanction financière d'un savoir faire est l'unique façon d'aborder la question d'une matière systématique et d'une manière claire. Rappelez vous les américains parlent bien de Franchise en employant le terme "partners for profit" c'est-à-dire partenaires dans le profit. Si jamais nous sommes trop littéraires, juridiques et subjectifs dans cette approche, nous risquons de mettre la barre du savoir-faire beaucoup trop haut et de le soumettre à l'arbitraire des juges et des adversaires de la Franchise, ce qui constituerait encore un danger pour les Franchiseurs.

Propos recueillis par  
Olivier VINCENT