

L'ARBITRAGE ET LE FRANCHISING

Un décret du 14 mai 1980 modifie la physionomie de l'arbitrage, enregistre son importance de fait et lui confère une plus grande autorité. Parallèlement, la Fédération française de franchising a pris l'initiative de créer une commission d'arbitrage qui aura pour fonction de résoudre les conflits que les franchiseurs et les franchisés voudront lui confier. Maître Olivier Gast et maître Patrick Lieugard étudient pour "Franchise Magazine" les rapports de l'arbitrage et du franchising.

Il est sans doute paradoxal de constater que l'arbitrage, dont les mécanismes restent encore mal connus du grand public, connaît un certain développement et s'est même vu octroyé une sorte d'hommage par les législateurs, qui, par le décret n° 83-354 du 14 mai 1980, ont consacré les acquis de la jurisprudence de ces dernières années et les solutions suscitées par la pratique. Il ne pourra pas être de notre propos de procéder à une étude fouillée de l'arbitrage, la complexité de ce problème ne le permettant pas dans le cadre restreint de notre étude, mais il importe de faire connaître les mécanismes généraux qui président à cette institution, afin de pouvoir apprécier les bénéfices ou les inconvénients qui pourraient résulter dans le domaine des relations entre franchiseurs et franchisés, de l'intervention d'un arbitre.

L'arbitrage est une institution qui permet à des partenaires commerciaux, de soumettre les litiges qui peuvent intervenir entre eux, non pas aux magistrats de l'ordre judiciaire, mais à des arbitres librement choisis par eux-même. Précisons tout de suite que ce mode de règlement des différends ne tient pas à l'incompétence de nos juges ou à une quelconque défiance à leur égard, qui contraindraient le particulier à avoir recours à une juridiction à caractère privé. Si les partenaires commerciaux sont ainsi amenés à soustraire aux juridictions de droit commun (tribunal de Grande instance, Tribunal de commerce) le règlement de leurs litiges, il faut en rechercher les raisons à la fois dans les aspects positifs de l'arbitrage qui offre une plus grande



souple et laisse prédominer la volonté des parties dans un conflit qui n'intéressera qu'elles, et dont le caractère confidentiel sera ainsi préservé, mais également dans ces aspects négatifs qui sont tout aussi importants. Précisons tout de suite que les défauts de l'arbitrage, que nous évoquerons ci-après, peuvent également constituer un attrait pour une partie dont la mauvaise foi est latente et qui entendrait se donner la faculté de soulever un certain nombre de moyens dilatoires que son imagination (ou plutôt celle de son conseil) sera à même de trouver.

L'arbitrage peut en effet être l'objet de multiples incidents qui devront être tranchés soit par les arbitres, soit par les tribunaux, et seront autant d'éléments de nature à bloquer, à freiner ou à rendre inopérant le règlement

d'un litige, qu'au moins une des parties aurait voulu être rapide. La réforme introduite dans notre législation avec le décret du 14 mai 1980, modifiant la physionomie de l'arbitrage telle que l'avaient initialement régi les articles 1005 à 1028 du code de procédure civile, confirme l'importance qu'il a pris dans les faits et lui confère même une plus grande autorité. Avant d'en apprécier l'intérêt, nous allons préciser les contours de son organisation et de ses mécanismes.

Le compromis - la clause compromissoire :

L'appel à l'arbitrage peut s'effectuer suivant deux modalités selon que le litige existe ou qu'il est simplement envisagé.

● avant que le litige n'existe, les parties envisagent l'existence ultérieure et hypothétique d'un différend et s'engagent par une clause de leur contrat, à le soumettre à l'arbitrage : c'est la "clause compromissoire". Cette clause doit remplir un certain nombre de conditions sous peine de nullité. Elle doit être écrite et désigner le ou les arbitres ou en prévoir les modalités de désignation. Le soin apporté au choix des arbitres est essentiel car il conditionne la qualité de l'arbitrage, nécessairement en relation avec la compétence de ces derniers. La matière sur laquelle portera l'éventuel litige sera par définition connue. Pour ce qui nous concerne, il s'agira du domaine de la franchise. Le choix des arbitres devra se porter sur ceux régulièrement qualifiés du point de vue technique et parfaitement avertis des usages en vigueur dans ce domaine.

● Après naissance du litige, "le compromis" est une convention par laquelle les parties à un litige déjà existant, s'engagent à le soumettre à l'arbitrage.

Si le compromis doit également être écrit et indiquer le ou les articles ou les modalités de leur désignation ce document est plus complexe car il doit préciser l'objet du litige. Il est effectivement essentiel de déterminer avec soin l'objet du litige car celui-ci fixera les limites de la compétence de l'arbitre et, sauf accord des parties, tous les problèmes qui n'auront pas été visés au compromis redeviendront du ressort des tribunaux de droit commun.

C'est également la définition même de l'objet du compromis qui permettra ultérieurement au juge de vérifier, dans la sentence rendue, si l'arbitre n'a pas statué hors du compromis. L'ensemble de ces documents doit également apporter un certain nombre de précisions sur la manière dont devra être conduit l'arbitrage, précisions qui trouvent leurs sources dans les observations qui seront faites ci-après.

LES ARBITRES

Juges privés, les arbitres sont investis par les parties de la mission de résoudre un litige et de rendre une sentence qui s'imposera à elles. Afin de laisser à cette institution toute la souplesse nécessaire, le code de procédure

civile avait laissé une large latitude aux parties pour choisir un ou plusieurs arbitres. Dorénavant, le bon sens aidant, il est simplement demandé de les choisir en nombre impair. Cette exigence posée par l'article 1453 du nouveau code de procédure civile, est justifiée par la raison évidente qu'il est impératif qu'une majorité puisse se dégager du tribunal arbitral, sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours — comme c'était le cas auparavant — à un "tiers arbitre" dont la mission était de départager les arbitres. Il y a donc là économie de temps et d'argent. En effet, à l'inverse de nos magistrats, les arbitres sont rémunérés par les parties. La fonction de l'arbitre n'est pas gratuite. Les parties devront donc convenir avec lui, lors de sa désignation, de ses honoraires. Si tel n'a pas été le cas, il pourra en demander la fixation par voie de justice (cass. com. 1.04.1974).

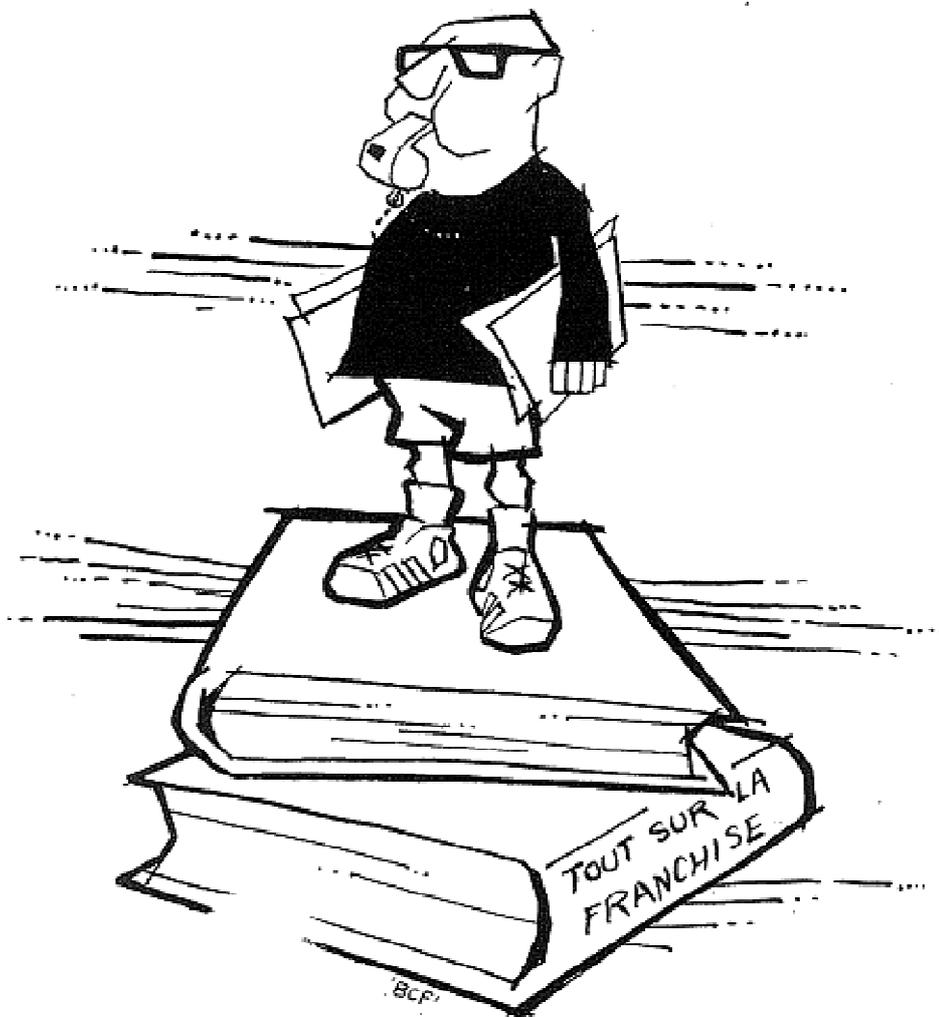
Il n'est pas possible d'indiquer, ne serait-ce que l'ordre de grandeur des honoraires d'un arbitre, ceux-ci variant en fonction à la fois des arbitres, de la nature et de l'intérêt du litige. La tendance actuelle est généralement d'établir une corrélation avec l'intérêt du litige. C'est d'ailleurs une constante utilisée par les différents centres d'arbitrage institu-

tionnels. Ainsi, devant la Chambre de commerce internationale, les frais d'arbitrage, outre un droit d'inscription de 50 dollars seront constitués, d'une part, des honoraires des arbitres calculés en fonction d'un pourcentage minimum et maximum sur le montant du litige, et, d'autre part, d'une "taxe administrative" d'un minimum de 200 dollars variant ensuite de 3 à 0,02 % suivant l'intérêt du litige. Il est souvent d'usage dans la sentence arbitrale, de décider que les honoraires des arbitres seront partagés par moitié entre les parties, mais il peut en être décidé autrement et ceux-ci peuvent être mis en totalité à la charge de l'une d'elles. Il faut également signaler, que si une partie ne versait pas sa part de provision sur les honoraires de l'arbitre, la partie qui diligente la procédure devra alors la verser à sa place.

L'instance arbitrale

L'instance arbitrale, terminologie employée par la réforme de 1980, qui a confirmé le caractère juridique de l'arbitrage, emprunte ses lignes essentielles aux principes directeurs de tout procès. L'article 20 du décret précité ren-





voit purement et simplement aux textes du Code de procédure civile qui définissent les principes directeurs du procès (articles 4 à 10, 11 alinéas 1 et 13 à 21 du Nouveau code de procédure civile). Ainsi s'imposent à l'arbitre les dispositions légales relatives à l'objet, aux faits, à la preuve et la contradiction des débats. L'arbitre aura donc sensiblement les mêmes pouvoirs qu'un magistrat, à l'exception notamment de la faculté d'assortir ses injonctions d'une astreinte. Mais, bien évidemment, cela ne l'empêchera pas de tirer toutes conséquences de la carence d'une partie qui serait rebelle à ses injonctions.

Quant à la procédure proprement dite, les arbitres ont la faculté d'en définir eux-mêmes les règles, à moins que les parties ne l'aient fait dans leur convention soit en faisant référence aux textes légaux, soit en la réglant eux-mêmes dans le compromis ou la clause compromissoire. Comme devant toute juridiction, les incidents de l'instance arbitrale existent et peuvent être très nombreux, mais dans la mesure où ils conditionnent l'intérêt

même de l'arbitrage, nous les évoquerons dans l'appréciation qu'il convient de faire de cette institution.

La sentence arbitrale

La sentence arbitrale est la décision rendue par le ou les arbitres sur les contestations soumises à leur examen.

Elle a tous les caractères d'un jugement à l'exception du caractère exécutoire qu'elle ne prendra qu'avec l'ordonnance "d'exequatur" (ou d'exécution) rendu par le Président du Tribunal de grande instance sur la demande de l'une quelconque des parties. Ce magistrat devra alors procéder à un examen sommaire de la sentence, son rôle devant être limité à limiter si l'ordre public n'a pas été violé de manière flagrante.

En aucun cas, il ne pourra procéder à un examen du fond de cette sentence. Si l'exequatur est accordée, la sentence arbitrale devient exécutoire, mais sauf le cas où la sentence elle-même a

ordonné l'exécution provisoire, un appel ou un recours en nullité en suspendra l'exécution.

Intérêt de l'arbitrage dans un cas de franchise :

Il convient à présent d'examiner si quel que soit l'intérêt en règle générale du principe de l'arbitrage, celui-ci se trouve adapté aux principes qui gouvernent le franchising. Il est bien sûr difficile de donner une réponse dans tous les cas, celle-ci est en fonction à la fois du comportement des parties, des intérêts en présence, des circonstances particulières qui entourent le litige, et même et surtout de la qualité et de la compétence des arbitres.

Le recours à l'arbitrage a été initialement favorisé par un certain nombre de carences tenant au fonctionnement de l'appareil juridictionnel d'état : la longueur des instances, les différents recours procéduraux à la disposition des parties étaient particulièrement incompatibles avec les impératifs commerciaux de l'époque qui étaient comme toujours, la rapidité, le coût et la souplesse.

C'est pourquoi furent alors recherchés, une plus grande célérité des arbitres, un règlement plus serein du conflit, une compétence particulière des arbitres, choisis en fonction de leurs connaissances d'un domaine, et de leur tendance naturelle à rapprocher les parties au préjudice d'une application rigoureuse du droit, pour laisser une plus grande place, sinon à l'équité, du moins à certains impératifs économiques.

Pour toutes ces raisons d'ailleurs, le terrain de prédilection de l'arbitrage se trouve actuellement dans le règlement de litiges commerciaux internationaux. Mais de plus en plus, les clauses d'arbitrage apparaissent en droit interne. Pour apprécier l'intérêt actuel de cette technique, on pourrait dès à présent considérer, mais en prenant l'hypothèse idyllique selon laquelle les parties entendent rester de bonne foi tout au long de l'arbitrage, et coopérer activement au règlement du litige, que tout postule en faveur de l'arbitrage : il permet de solutionner un conflit dans des délais que peuvent fixer les parties, ou si elles ne l'ont pas fait, dans le délai de six mois fixé par l'article 16 du décret de 1980.

Au surplus, la justice arbitrale,

parce qu'elle est rendue en privé, est plus secrète et les sentences peuvent rester confidentielles. A n'en pas douter, de telles situations peuvent exister en pratique, mais il convient de ne pas se laisser sur une réalité qui est souvent fort différente. Il peut en effet, être de l'intérêt d'une partie, de résister à l'intervention d'une décision arbitrale et dans ce cas, l'arbitrage devient le terrain de prédilection de tous les écueils procéduraux. La réforme de 1980 tend, et c'est là une de ses raisons d'être, à éviter les néfastes conséquences des manœuvres dilatoires que certaines parties pourraient avoir intérêt à créer.

Comme dans tout litige, l'objectif d'une partie peut se limiter à repousser à l'échéance la plus tardive possible, l'intervention d'une décision exécutoire que l'on suppose défavorable. L'arbitrage offre alors de plus grandes facultés que la procédure de droit commun. Des difficultés peuvent être élevées au niveau de la constitution arbitrale ou de la désignation du troisième arbitre, ou encore, de la prorogation de la durée de la mission des arbitres ou même de la récusation ou l'abstention de ceux-ci. Si, désormais en vertu de l'article 17 du décret, tous ces incidents sont devenus du ressort du juge des référés, ce qui est une disposition heureuse, permettant à ce dernier magistrat de statuer sans recours, l'incident demeure et retardera le déroulement de l'arbitrage. Notons également que si, à la demande d'une partie, le juge des référés estime "manifestement nulle" ou insuffisante pour permettre la désignation du tribunal arbitral, la clause d'arbitrage qui lui est soumise, il ne pourra statuer en dernier ressort, l'appel restant possible et étant jugé comme en matière de contredit (article 4 alinéa 3 du décret). Même si la conséquence en est un raccourcissement des délais, l'objectif d'allongement de la procédure peut néanmoins être atteint. L'unification des voies de recours est l'une des innovations les plus importantes de cette réforme. Si elle a simplifié les mécanismes procéduraux en raccourcissant les délais, elle laisse subsister l'existence de ces possibles incidents et laisse également la porte ouverte à d'autres obstacles auxquels la réforme n'a pu donner de solution satisfaisante.

Il en est ainsi des nullités pouvant entâcher la convention d'ar-

bitrage ou le contrat, support de celle-ci. Désormais, la nullité qui peut entâcher la clause compromissoire, ne portera pas atteinte à la validité du contrat tout entier, à moins que les parties en aient décidé autrement, ce qui est fort rare en pratique. Désormais, sur la question de savoir si un arbitre a la faculté de statuer sur sa propre compétence, dans l'hypothèse où elle est déniée à raison de la nullité ou de la caducité invoquée de la constitution arbitrale elle-même ou du contrat tout entier, la réponse reste indécise en droit interne.

Il ne peut être actuellement évité que le juge des référés, saisi d'une difficulté touchant à la constitution du tribunal arbitral, puisse examiner le problème de la nullité et en susciter l'examen par la Cour d'appel. Il convient donc d'attirer l'attention sur la manière dont les parties exercent leur rôle. Il est certain qu'être arbitre constitue une responsabilité qui peut être lourde de conséquence et si, en général, ces derniers sont à même de la supporter, dès qu'apparaissent des incidents de procédure, il est fréquent de les voir "ouvrir le parapluie" pour remettre leur responsabilité entre les mains des magistrats professionnels, ce qui va, bien sûr, à l'encontre de l'intérêt de la partie qui est de bonne foi. Ainsi dans une affaire d'arbitrage se rapportant à l'exécution d'un contrat de franchise, le franchisé arguait "de fort mauvaise foi d'ailleurs" d'une prétendue inexécution du contrat, pour en déduire une hypothétique nullité, entraînant donc une nullité de la clause compromissoire elle-même. Il assigna donc parallèlement aux opérations d'arbitrage devant le Tribunal de commerce et conclut devant les arbitres à leur incompétence. Les arbitres se laissèrent impressionner et ordonnèrent un sursis à statuer dans l'attente de la décision du Tribunal de commerce... Il fallut ainsi attendre pendant plus d'une année la décision de ce tribunal. Une telle situation oblige à se poser le problème de la compétence des arbitres. Les parties devront choisir avec un soin extrême ceux à qui ils décideront de confier la solution de leur problème, leur valeur et leur compétence étant déterminantes tant au niveau de la procédure elle-même, qu'au niveau de la solution de l'instance. Un autre aspect de l'arbitrage n'est pas toujours pris en

compte. Les arbitres n'étant pas des professionnels du droit, se laissent parfois parfois guider par des sentiments pour trouver une solution d'équité au litige qui leur est soumis, alors que la simple règle de droit pur devrait les diriger. Il est évident qu'une telle inclination sera plus avantageuse pour le franchisé que pour le franchiseur. La notion d'équité entraînera fatalement le tribunal arbitral qui s'y laissera entraîner, à ne pas vouloir désavantager un franchisé qu'ils estimeront par définition, plus faible et plus isolé qu'un franchiseur.

A quoi bon alors pour un franchiseur avoir un contrat solide et étayé destiné à le protéger lui et surtout sa chaîne de franchise contre les menées d'un franchisé de mauvaise foi, si l'équilibre même de son contrat, l'application par exemple d'une clause de non-concurrence et toutes les solutions et l'économie dudit contrat, sont remises en causes par l'arbitrage prévu pourtant au sein même de ce contrat. En effet, un franchisé de mauvaise foi pourra toujours, d'une manière ou d'une autre, grâce à une sentence arbitrale soucieuse de ménager "la chèvre et le chou" continuer à se servir du savoir-faire que le franchiseur lui aura transmis.

Alors que le franchiseur sérieux en possession d'un bon dossier, devra pouvoir triompher toujours contre le franchisé récalcitrant afin de préserver non-seulement ses propres intérêts, mais ceux de la chaîne toute entière. Il devra pouvoir brandir le jugement à titre d'exemple. Les tribunaux de droit commun eux, seront toujours en mesure de donner totalement raison au franchiseur, si l'espèce l'exige et s'il est en droit d'obtenir gain de cause.

C'est pourquoi, nous déconseillerons toujours fortement au franchiseur sérieux, d'insérer dans son contrat de franchise une clause d'arbitrage qui ne lui sera, en règle générale pas favorable. En revanche, elle ira dans l'intérêt du franchisé, à moins qu'elle n'indique une certaine légèreté d'action dans le contrat de franchise et un manque de réflexion, et si l'on met de côté, le problème du coût de l'arbitrage qui sera fatalement fort onéreux pour un franchisé par définition, moins à l'aise que le franchiseur.

**Maître Olivier GAST et
Maître Patrick LIEUGARD ●**