

SBL

SECTION ON BUSINESS LAW
OF THE INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION

6TH Conference



Toronto

3-8 October 1983



FRIDAY 7 OCTOBER 1983

(Afternoon Session)

SBL Council Meeting -- Closed (continued)

Committee X -- International Franchising

FOCUS ON FRANCHISING IN THE FAR EAST

Joint Ventures : Regulation of Investment (Tax)

David R Shannon
Baker & McKenzie
Hong Kong

FOCUS ON FRANCHISING IN EUROPE

Methods of doing business:

EEC
Stanley Crossick
Community Law Office
Brussels

France
Olivier Gast
Gast Douët Bord
Paris

UK
Martin Mendelsohn
Adlers
London

Germany
Walther Skaupy
Münich

Panel Discussion:

The Association of Canadian Franchisors will be holding their Legal Symposium on 6 and 7 October 1983 in a nearby hotel in Toronto.

Arrangements have been made for IBA members to attend the Association's Symposium upon production of the IBA Conference Name Badge, and a reciprocal facility is being afforded to the attendees of the Association's Legal Symposium to attend our Programme.

LA PRATIQUE DE LA FRANCHISE EN FRANCE

En environ 1/4 d'heure, il me sera difficile de tout vous dire sur le franchising en France.

La France étant le pays d'Europe où le franchising est le mieux développé, avec ses 500 franchiseurs, vous pouvez imaginer que beaucoup de littérature existe sur le sujet, livres, articles, commentaires, et que la jurisprudence commence à s'étoffer sérieusement.

Il y aurait donc des quantités de choses à dire qui ne feraient encore pas le tour du problème. Mais quel que soit " l'étendue incommensurable de ma science ", je vais donc être obligé de me limiter aux faits saillants qui gouvernent la pratique du franchising en France à l'heure actuelle, en la considérant bien sûr, du point de vue particulier d'un franchiseur étranger, désireux de s'installer en France ou du juriste de ce franchiseur.

Ce franchiseur et son juriste seront donc heureux d'apprendre que la France est extrêmement favorable au franchising, sous toutes ses formes.

Mais elle est plus particulièrement favorable à la " business format franchise ". En France, en effet, il convient de différencier le franchising à proprement parlé, c'est à dire le business format franchise, lequel commence à être fort connu, et même du grand public, des autres modes de distribution de produits ou services. Car son nom de franchising range en Amérique et au Canada, des modes de distribution qui en France existent également, et eux depuis fort longtemps, mais sous d'autres noms et clairement différenciés :

- concession,
- licence,
- enchaînement volontaire etc...

et où les partenaires commerciaux sont également indépendants, ce qui les distingue des succursalistes qui eux sont salariés.

Mais ces méthodes ne jouissent pas du tout de la notoriété et de la faveur qui sont le lot de la franchise. Bien au contraire, dans le domaine de la concession, des séries de procès retentissants ont eu lieu qui ont terni l'image de marque de cette technique, dont désormais les concessionnaires potentiels se méfient. Il s'agissait de conflits entre pétroliers et pompistes de marque, qui ont abouti à rendre public l'état d'asservissement auquel étaient réduits les concessionnaires.

La business format franchise ou plus simplement franchise est elle, très favorablement connue, trop peut être même, car jouant de cette notoriété, certains hommes d'affaire un peu trop malins, pas trop scrupuleux ou mal conseillés, baptisent "contrats de franchise" des contrats qui n'ont de franchise que le nom.

Ceci explique que les candidats franchisés, parfois instruits de cet état de fait, soient parfois plus suspicieux que l'on ne s'y attendrait et posent des questions farfelues qui seraient à même de choquer un franchiseur sérieux et sûr de sa valeur.

Malheureusement, le fait qu'aucun texte ne régit en France à l'heure actuelle, le droit de la franchise, le vide juridique joint à une jurisprudence qui n'est malgré tout encore qu'en formation, amène inmanquablement des abus.

Ceci expliquant cela, il est actuellement question en France - mais il en est question depuis plus de 3 ans - de voter une loi sur le franchising. Une nouvelle commission succédant aux deux premières, est en train d'être réunie pour examiner une fois de plus ce problème. Auparavant, plusieurs projets de loi avaient déjà existé, mais n'avaient jamais été votés.

Ceci étant, cette perspective encore lointaine ne devrait pas affoler les juristes Américains qui sont habitués avec leur FTC et leur UFOC à avoir des clients ayant de la rigueur en affaires, rigueur que les Français feraient bien de mettre en pratique plus souvent.

C'est ici que je tiens à aborder un aspect du franchising en France qui est négligé en général, car il ne s'agit pas d'une donnée matérielle juridique ou économique : il s'agit d'une mentalité.

Le Français est, à beaucoup de points de vue, un latin, et à ce titre, quelqu'un d'indiscipliné. C'est pourquoi, pour réussir

la franchise en France, il faudra certes avoir un excellent contrat - et d'autant plus sérieux qu'il y aura plus de chance d'avoir à le mettre en avant pour le faire respecter - mais il faudra aussi avoir une équipe enthousiasme et dynamique destinée à faire comprendre aux candidats franchisés et franchisés recrutés, quel est leur intérêt, le pourquoi et le comment de chaque chose, et surtout, leur donner l'impression de participer aux décisions, même si ça n'est pas tout à fait exact, afin que leur esprit naturellement frondeur, ne se réveille pas trop.

Cet état de fait gouverne à mon avis une bonne partie des décisions à prendre quant à la façon d'implanter et de diriger une franchise en France.

Pour en arriver à des domaines plus concrets, quelle est la meilleure façon de s'implanter en France pour un Franchiseur étranger ?

Il existe trois possibilités :

- la licence directe,
- l'implantation d'une Société,
- ou la Master franchise.

Juridiquement, la licence directe est parfaitement réalisable, sans inconvénients majeurs. Le droit Français autorise les parties à soumettre, à leur choix, le contrat au droit Français ou au droit étranger, avec compétence des Cours Françaises ou étrangères.

Cette méthode me paraît cependant à déconseiller en raison de la multiplicité de contrats et de contractants à surveiller qu'elle implique et de la complexité de gestion qui en découle pour le franchiseur, indépendamment du problème du recrutement de chacun des franchisés.

La gestion d'un tel portefeuille de contrat sera effectivement fort lourde, pour ne pas dire impossible. Les formalités seront multipliées par le nombre de contractants, enregistrement des contrats auprès de l'I.N.P.I. pour licence de marque, formalités bancaires pour le rapatriement des royalties, l'assistance permanente deviendra problématique etc...

Il est donc finalement plus pratique si le franchiseur désire garder un contrôle absolu de la chaîne, d'implanter une société en France, avec des partenaires Français. Ceci ne présente pas d'obstacles insurmontables, mais malgré tout, cette solution me

semble réserver aux très grosses sociétés ayant les moyens d'une telle implantation, et décidées à consacrer l'investissement nécessaire, tant personnel, que financier pour les opérations envisagées.

La troisième solution, celle de la master franchise, est donc à mon avis, celle qui s'impose dans la majorité des cas, car c'est techniquement le moyen qui donne le plus de souplesse, donc permettant un contrôle relativement étroit du master franchisé.

C'est d'ailleurs la solution de la master franchise qui est la plus couramment utilisée par les franchiseurs étrangers à la France. Bien sûr, comme dans le cas de la franchise directe, le contrat de master franchise pourra être soumis au droit français ou bien au droit étranger, et d'une attribution de compétence aux tribunaux français ou étrangers.

Si la loi étrangère est choisie, il faudra afin d'éviter une nullité éventuelle du contrat, vérifier qu'il ne contient aucune disposition contraire à l'ordre public français (ce qui sera relativement rare), et ceci, afin d'obtenir l'application de la loi étrangère prévue au contrat par les tribunaux français ou bien l'exéquature en France du jugement rendu par le tribunal étranger.

Si c'est la loi française qui est choisie, il faudra éviter les pièges classiques du droit contractuel français dont les plus importants sont les suivants :

- clause abusive ou potestative, dont la détermination reste variable et appréciée en dernier ressort par les tribunaux,

- dans le cas où les structures de la franchise impliquent un contrat d'approvisionnement exclusif du master franchisé auprès du franchiseur ou d'un fournisseur désigné par celui-ci, le contrat devra contenir impérativement une clause de prix, permettant de rendre déterminé ou au moins déterminable dans l'avenir le prix des marchandises futures.

En outre, cet engagement et le contrat dans lequel il s'insère ne pourront être conclus pour une durée supérieure à 10 années, faute de quoi l'ensemble des conventions passées sera nul.

- une possible disqualification du contrat en contrat de

travail ou de société de fait. Encore que dans le cas d'un master franchiseur résidant à l'étranger, ce risque très fréquemment encouru en droit interne, soit quasiment nul au moins en ce qui concerne le contrat de travail, d'autant plus que le contrat de master franchise sera invariablement signé avec une société et non une personne physique.

pour . Dans le cas d'une ingérence trop prononcée du ~~master franchisé~~ dans les affaires du master franchisé, la disqualification en contrat de société de fait reste encore envisageable, encore que sa mise en oeuvre reste très problématique compte tenu de l'élément d'extranéité.

- une formalité importante ne devra pas être négligée et qui touche au droit des marques :

. D'une première part, il coule de source que la marque, propriété du master franchiseur devra être enregistrée en France, afin de profiter d'un maximum de protection légale,

. Mais d'autre part, et cet aspect est parfois négligé, il faudra impérativement faire enregistrer auprès de l'I.N.P.I. (Institut National de la Propriété Industrielle), le contrat de franchise par lequel cette marque est licenciée au master franchisé, de même que le master franchisé devra enregistrer chacun des contrats par lesquels il sous-licenciera cette marque à ses propres franchisés. Il s'agit d'une simple formalité qui n'est pas onéreuse. Faute de quoi, de regrettables problèmes de procédure se poseront si une action devient nécessaire en France contre un éventuel contrefacteur de la marque.

Ni les franchisés, ni le master franchisé ne pourront agir et opposer leur droit à ce contrefacteur, et seul le master franchiseur pourra agir, ce qui aura bien évidemment un retentissement considérable sur le montant des éventuels dommages-intérêts alloués, car seul le préjudice subi par le master franchiseur pourra être pris en considération pour leur évaluation.

En tant que juriste français, considérant donc les choses du point de vue du master franchisé ayant signé des conventions, j'ai été amené assez fréquemment à faire une même critique. Il s'agissait le plus souvent de franchises américaines et cette critique est d'ordre, non pas juridique, mais plus vraisemblablement économique. En effet, je n'ai pas encore rencontré le cas d'un franchiseur américain décidant de s'implanter en France et qui décidé au préalable de réaliser une étude de marché sérieuse sur le marché français comparé au

marché américain, ou bien d'implanter au préalable avant recrutement d'un master franchisé, une boutique en direct, toujours dans le but de tester les réactions du consommateur français face aux produits et aux services d'importation qui vont lui être proposés.

Il s'ensuit presque invariablement une surévaluation de la potentialité du marché. Cela se traduit dans le contrat de master franchise, par des clauses de quota ou de pénétration de marché, beaucoup trop lourdes et rigoureuses. Il est vrai que le master franchiseur confronté à la réalité n'imposera pas en pratique le plus souvent la réalisation effective de ces clauses, il n'en reste pas moins que leur existence crée une tension le plus souvent, dans les relations entre le master franchiseur et le master franchisé et que en outre, une certaine déception est presque invariablement ressentie par le master franchisé qui n'a pas plus que son franchiseur, prévu qu'un temps, le plus souvent, relativement long d'adaptation de conviction du consommateur serait nécessaire pour obtenir en France un succès comparable à celui que le produit ou le service d'importation connaissait aux Etats-Unis ou en Angleterre par exemple.

Lorsque le master franchisé a payé relativement cher l'achat de sa master franchise, lorsqu'il y a consacré tous ses efforts et tous ses soins, ce sentiment de déception instaure inévitablement une gêne et une friction dans les relations franchiseur-franchisé, même dans le cas d'une réussite évidente de l'opération.

En ce qui concerne les autres problèmes de droit interne français, c'est en fait le master franchisé qui aura la charge de faire rédiger son propre contrat de franchise en conformité avec le droit positif. Il devra notamment s'attacher à respecter la politique des prix, ainsi que le droit de la concurrence.

Je recommande que le contrat de master franchise prévoit pour le master franchiseur un droit de regard sur le futur contrat rédigé par les soins de son master franchisé, afin qu'il puisse s'assurer que les intérêts fondamentaux de la chaîne de franchise concernée et de son image de marque sont bien assurés.

Le problème de la master franchise finalement, c'est celui du choix du partenaire. Ce choix s'avère être le problème crucial de cette technique, puisque c'est de lui que dépendra la réussite ou l'échec des opérations.

De cette réussite ou de cet échec dépendra l'image de marque

d la franchise concernée en France. Il est fréquent que la décision de franchisé en France vienne d'une opportunité, d'une rencontre de hasard, jointes bien sûr à une volonté d'expansion. Pour les franchiseurs étrangers désireux de trouver le partenaire de leur rêve pour une implantation en France, l'opportunité rêvée me semble être le salon de la franchise qui a eu lieu déjà deux années consécutives en France. C'est à ma connaissance le premier salon international de ce type. Le salon 1983 a réuni 260 exposants dont il est vrai, un faible pourcentage de franchiseurs étrangers. C'est à mon avis une manifestation que le franchiseur, désireux d'expansion en France ne doit surtout pas rater. C'est l'endroit idéal pour faire des rencontres et prendre des contacts, se faire connaître, et prendre le vent de ce qui se fait.

Le prochain salon international de la franchise aura lieu à PARIS, en Mars 1984.