

Propriété commerciale

# FACE A FACE

*Les franchisés sont-ils propriétaires de leur clientèle et de leur fonds de commerce ?*

*Ces notions sont-elles au contraire d'un autre âge ?*

*Y-a-t-il, après l'arrêt Avis sur ce sujet, danger de mort pour la franchise ?*

*Débat avec Maîtres Olivier Gast et Serge Meresse.*

*Chéda*  
2

**F**ranchise Magazine - *Après le jugement de la Cour d'Appel de Paris, le 6 février dernier dans l'affaire Avis, certaines inquiétudes se sont exprimées. Maître Monique Ben Soussen estime ainsi que les franchisés sont désormais dans une "insécurité juridique totale" tandis que pour Maître Dominique Baschet, "il s'agit d'une question de vie ou de mort" pour la franchise. Partagez-vous l'opinion de vos confrères ?*

**Olivier Gast** - Il ne faut pas être alarmiste. Ce n'est pas parce qu'un jugement de Cour d'Appel, dans un cas spécifique, a refusé le droit au renouvellement du bail d'un franchisé que cela va faire systématiquement jurisprudence. Ce n'est pas la Cour de Cassation qui s'est exprimée et les circonstances de cette affaire sont particulières.

**Serge Meresse** - Je crois quant à moi qu'un risque objectif existe. D'abord parce que la décision est là, ensuite parce que les bailleurs - et certains franchiseurs - peuvent chercher en effet à contester la propriété de la clientèle aux franchisés. Je connais des franchiseurs qui ont avancé - sur la pointe des pieds - cette thèse-là. Ce type de décision va dans cette logique, avec laquelle je ne suis bien sûr pas du tout d'accord.

**Franchise Magazine** - *Parmi les éléments invoqués pour justifier leur décision, les Tribunaux ont cité d'abord le fait que "le franchisé bénéficiait d'une marque appartenant au franchiseur", de même, ils ont souligné qu'il devait "respecter les normes Avis "presqu'en tout (locaux, parc auto, prix plafonds, publicité). En conséquence de quoi il ne pouvait prétendre à la propriété de la clientèle, puisqu'il la devait à son franchiseur. La situation de ce franchisé est-elle si spécifique ?*

**Serge Meresse** - *Avis* est un loueur de voitures et dans ce type de contrat, on constate souvent une intégration extrêmement forte, ce qui peut expliquer l'interprétation de la Cour. Ceci étant, il faut se méfier, car comme tous les cas spécifiques, il peut servir de point d'appui à ceux qui souhaitent déplacer la discussion.

**Olivier Gast** - Au-delà du cas *Avis*, ce jugement soulève selon moi un problème de principe de plus en plus actuel : qu'est-ce que le droit à la clientèle, en fait ? Et même, ce droit est-il encore concevable ?

La clientèle est aujourd'hui en effet du domaine du virtuel. Elle n'est pas captée par un seul, mais par un ensemble de facteurs. Le consommateur "zappe", il est difficile de le fidéliser. Prenez certains franchiseurs dans le textile, comme *Kookai* ou d'autres, il est évident que la clientèle est attachée à la marque. Si vous enlevez la marque, le franchisé n'a plus rien. Mais c'est vrai aussi ailleurs, chez *McDonald's*, chez *Yves Rocher*. Dès que l'on est en présence d'un réseau extrêmement intégré, ficelé, puissant et qui "marche bien", la clientèle appartient principalement à la marque, au concept, un peu au point de vente aussi et aux talents personnels du franchisé, en tout cas pas à un seul élément, mais à un ensemble. C'est pourquoi je pense que sur ce plan, la loi française doit forcément évoluer pour s'adapter aux autres lois, notamment anglo-saxonnes dans lesquelles la notion d'indépendance juridique du commerçant n'est pas liée à la clientèle. Le décret de 1953 devrait être, ainsi que la législation sur le fonds de commerce qui date de 1909, remis au goût du jour.

**Serge Meresse** - Restons dans le concret. Un commerçant qui investit dans un emplacement, des agencements, des stocks, du matériel ne peut pas perdre ses capitaux sur une disqualification ou une spoliation de sa clientèle.

La notion de clientèle ne peut être réduite à celle de marque. Ce n'est pas parce qu'un commerçant arbore une enseigne que la propriété de la clientèle se retrouve automatiquement transférée vers le propriétaire de cette marque. N'oublions pas d'ailleurs que, dans le cas de la franchise notamment, le commerçant achète – ou loue – cette marque. C'est un élément commercial dont il prend possession par l'intermédiaire d'un contrat, en échange du paiement d'un droit d'entrée, de redevances ou d'un certain nombre d'obligations. C'est un outil de travail dont il se sert pour développer sa propre clientèle.

Il faut se méfier par ailleurs de l'amalgame qui consiste à attribuer la propriété du client final au franchiseur. Non ! Le franchiseur n'est pas propriétaire du client final dans les boutiques de ses franchisés. Il l'est seulement dans ses succursales. La clientèle du franchiseur, c'est le réseau, et c'est différent.

Ce jugement de la Cour d'Appel de Paris aura peut-être un mérite, toutefois : celui de servir de leçon aux franchiseurs. A vouloir trop intégrer, à vouloir trop s'immiscer dans la gestion de leurs franchisés en effet, ils risquent d'en subir les conséquences. Dans un réseau comme *Avis* par exemple, où tout le fichier est complètement centralisé, où le fichier-client est géré par la centrale *Avis*, où 90 % des réservations viennent effectivement du fichier central, cette très forte intégration conduit à s'interroger : la clientèle est-elle celle du point de vente ou bien celle de la structure nationale qui l'alimente ? Mais dans ce cas, le franchiseur doit assumer tous les risques de l'exploitation !

**Olivier Gast** - Vous oubliez que le commerce a évolué ! Aujourd'hui, les systèmes sont complexes. Plus un réseau devient intégré, du type *McDonald's*, plus la marque est puissante, plus c'est elle qui génère les flux de clientèle. Dans d'autres franchises, où le mode d'affiliation est beaucoup plus souple, le rôle du franchisé est sans doute plus important. Et en allant jusqu'au bout du raisonnement, dans le commerce traditionnel, là où le commerçant se bat seul, il est effectivement propriétaire de sa clientèle, puisqu'il ne bénéficie pas du marketing, du merchandising, du plan de communication d'une marque puissante.

**Serge Meresse** - Le franchisé ne serait-il donc pour vous qu'un "bon employé" ?

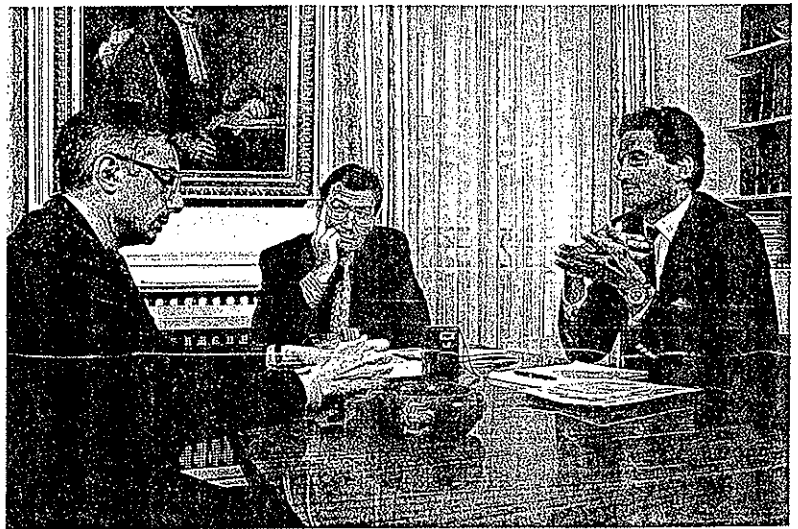
**Olivier Gast** - Non, bien sûr. Le franchisé est un entrepreneur, il anime sa boutique, son entreprise. Mais son objectif n'est pas de savoir s'il est propriétaire de sa clientèle ou pas, ce qu'il veut, c'est à la fois gagner sa vie et obtenir un retour sur investissement – capitalistiquement parlant – grâce au concept qu'il a rejoint.

**Franchise Magazine** - Que peuvent faire concrètement des candidats à la franchise

*aujourd'hui pour ne pas se retrouver demain dans le cas du franchisé Avis ?*

**Olivier Gast** - Il y a une solution technique simple. Il suffit d'inclure dans le bail une clause précisant que le preneur est bien propriétaire de sa clientèle. Le décret de 1953 nous le permet – il est destiné à protéger le preneur – et cela résout les problèmes qui pourraient venir ultérieurement du bailleur.

**Serge Meresse** - Certes, cela résout la question du bail, mais pas la question de fond mise en lumière par cette affaire. Trop de franchiseurs font encore aujourd'hui de leur réseau un marché captif. Trop de contrats, mis au point par d'éminents confrères, enferment les relations franchiseurs/franchisés dans des rigidités excessives, dans des carcans juridiques et économiques disproportionnés en regard des objectifs poursuivis.



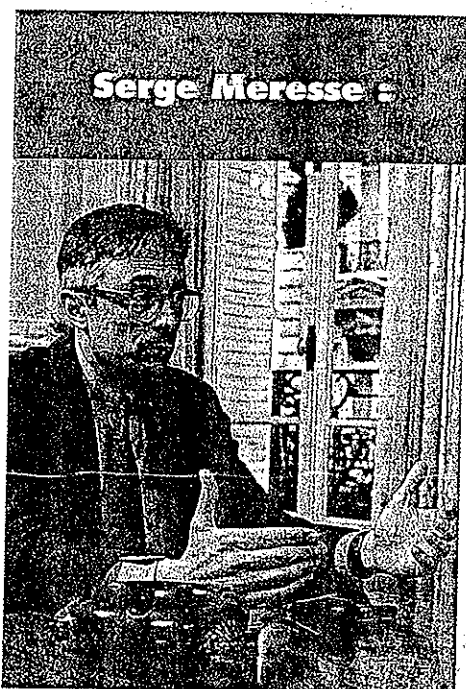
On risque par cet excès d'amener effectivement certains esprits à juger qu'en étant complètement dépossédé de tous les attributs de la commercialité, le franchisé n'est plus commerçant. Selon moi, on ne doit pas ainsi stériliser la franchise. On ne doit pas couper au franchisé/commerçant ses capacités d'achat, de vente, ses initiatives commerciales et ne lui demander que d'absorber des volumes de marchandises incontrôlés, de payer ses royalties et de se taire.

**Olivier Gast** - Vous parlez là des perversions de la franchise. A ne pas confondre avec la véritable formule. Mais nous sommes, je crois, au cœur de la polémique. Pour réussir dans le commerce d'aujourd'hui, les plus grands franchiseurs, les *Afflelou*, *Yves Rocher*, *McDonald's* et des dizaines d'autres, ont compris bien sûr la nécessité d'appuyer leur développement sur une collaboration avec des indépendants, mais aussi celle d'utiliser des moyens modernes autour d'une marque, afin de capter et de fidéliser une clientèle nationale et internationale. D'où des impératifs quasi-industriels de stan-

**Serge Meresse**, à gauche et **Olivier Gast**, à droite : plus que deux appréciations divergentes de l'affaire *Avis*, ce sont deux conceptions de la franchise qui s'affrontent.

dardisation et d'uniformisation. Impératifs qui permettent la satisfaction des consommateurs et l'expansion des chiffres d'affaires. Mais qui entraînent aussi bien sûr des contraintes, des tableaux de bord, des contrôles. La franchise, c'est le partenariat pour le profit. Le franchiseur met tout en œuvre pour que le franchisé réussisse et celui-ci doit respecter les règles. Et la question n'est pas de savoir si tel ou tel est propriétaire de la clientèle, mais si les affaires marchent. La clientèle appartient au concept qui arrive au bon moment au bon endroit et qui permet de dégager du profit pour tous les partenaires.

*Franchise Magazine - Après l'arrêt Avis, peut-on dire que l'intégration, mode ordinaire de fonctionnement de la franchise, présente des dangers pour les franchisés ?*



**Serge Meresse :**

*"Le franchisé est et demeure propriétaire de son fonds de commerce."*

**Olivier Gast** - C'est une question d'ingénierie juridique. On sait aujourd'hui jusqu'où il est possible d'aller et comment trouver l'équilibre entre les nécessités d'uniformisation du franchiseur pour développer son réseau — reconnues par la jurisprudence — et les soucis d'indépendance du franchisé qui ne doit pas être transformé en salarié. Mais quand un franchisé entre en franchise, il entre volontairement dans un moule. Il sait qu'il prend ainsi moins de risques que s'il se lançait seul. Il recherche cet accompagnement. Il sait aussi que si l'on sort du moule, il n'y a plus de levier.

**Serge Meresse** - Une intégration trop forte est dangereuse. Le franchiseur ne peut revendiquer seul le droit de piloter l'avion. Il n'a pas le monopole absolu de la compétence et de la connaissance. C'est un

initiateur dominant, certes et les indépendants qui l'ont rejoint sont prêts à accepter un certain nombre de directives, mais ils veulent aussi pouvoir collaborer au développement du réseau. Le réseau est la copropriété de ses membres. Il y a entre franchiseur et franchisé une communauté, une complémentarité d'intérêts financiers qui justifie que la direction du réseau soit assumée de façon paritaire et collective, afin de préserver la pérennité des capitaux engagés par chacun.

**Olivier Gast** - Alors là, ce n'est plus de franchise, mais de coopérative que vous parlez !

*Franchise Magazine - Pour les franchisés en place, la décision Avis ne représente-t-elle pas un danger bien réel ?*

**Serge Meresse** - Sans aucun doute. Mon confrère oublie en effet un aspect important. Le franchisé a investi des capitaux avec notamment l'objectif d'en récupérer une partie en fin de parcours, en réalisant son actif commercial. Et de ce point de vue, il n'est pas indifférent à un franchisé de savoir si on le considère - ou non - comme propriétaire de sa clientèle !

Il est vrai qu'aujourd'hui, à cause de clauses de non-concurrence invraisemblables, de droit de préemption, de clauses d'agrément, cette possibilité de négocier librement son patrimoine lui est en fait refusée dans nombre de réseaux. Ce qui n'est pas justifié.

**Olivier Gast** - Si ce n'est pas justifié, s'il n'y a pas réellement de savoir-faire à protéger, si le franchiseur ne fait pas son métier, ne fait pas évoluer son concept, il y a des procédures judiciaires et des tribunaux ! Rien n'empêche un franchisé qui s'estime lésé de rompre son contrat, de se battre et de récupérer sa liberté, quitte à payer 200 ou 300 kF de dommages et intérêts pour rupture abusive s'il perd son procès ! Par ailleurs, dans les franchises qui marchent bien, le franchisé aujourd'hui n'a pas de problème pour revendre son fonds à un successeur agréé par le franchiseur ou au franchiseur lui-même.

**Serge Meresse** - Prenons le cas des galeries marchandes ou des centres commerciaux : il suffit de coupler le contrat de franchise avec l'objet du bail, qui très souvent fixe l'activité avec l'enseigne, pour se retrouver dans un système où la notion d'indépendance est totalement absente !

**Olivier Gast** - Mais dans un centre commercial, à qui appartient la clientèle ? Au centre commercial ! Il faut oublier la notion de clientèle, au sens juridique du terme. Il n'y a plus de clients, mais des consommateurs.

**Serge Meresse** - S'il n'y a plus de clientèle, le franchisé est réduit au rôle de prescripteur des produits ou de services du franchiseur !

**Olivier Gast** - Oui, à l'anglo-saxonne.

**Serge Meresse** - Mais nous ne sommes pas dans ce type de législation ! Et si le client final n'est évidemment pas dépendant juridiquement d'un point de vente, il entre, par son acte d'achat, dans le patrimoine de l'entreprise qui exploite le commerce considéré. C'est ce client ou ce consommateur, appelez-le comme vous voudrez, qui contribue à la réalisation du chiffre d'affaires. Alors, que ce commerçant décide d'exploiter son fonds de commerce, au besoin à l'aide de matériaux comme une enseigne ou un contrat de franchise, c'est son choix. Mais il reste bien propriétaire de son fonds. Vous avez une vision un peu trop monolithique du système.

**Franchise Magazine - Que proposez-vous l'un et l'autre face aux problèmes soulevés par cette jurisprudence ?**

**Olivier Gast** - Je dis qu'il faut revoir toute la législation sur la propriété commerciale, ne serait-ce que par souci d'harmonisation européenne, mais aussi pour être en phase avec la réalité d'aujourd'hui. Ce qui ne veut pas dire porter atteinte à l'indépendance ou au patrimoine du commerçant !

**Serge Meresse** - Ce que je ne comprends pas dans votre système, c'est que vous remplacez une contrainte par une autre. Si vous dépossédez le commerçant franchisé de la propriété de sa clientèle et de son fonds de commerce, vous le placez dans un état de dépendance encore plus fort vis à vis du système dans lequel il est déjà très fortement intégré. Avec l'emplacement qu'il a acquis le commerçant assure en effet sa liberté, son indépendance. Grâce à cet emplacement, qui constitue comme chacun sait l'élément primordial d'un commerce, il possède un capital qu'il peut négocier, qu'il peut décider de faire travailler avec un franchiseur aujourd'hui, un autre demain, seul après-demain etc. Sans ce levier économique, il est pieds et poings liés par le contrat de franchise. Et si ce système contractuel s'effondre, il se retrouve dépossédé de tout !

**Olivier Gast** - Trouvez-vous normal de payer aujourd'hui en centre-ville des pas-de-porte 2 ou 3 millions de francs ? C'est cela qui tue le commerce, qui tue l'entreprise, qui contribue au chômage. Il faut revoir tout ce système ! Pourquoi un franchiseur comme *Jean-Claude Biguine* ne se développe que par des loyers "à l'américaine" ? Il préfère voir ses franchisés fonctionner avec un loyer très élevé plutôt qu'avec de très lourds frais financiers et un capital immobilisé. Si l'exploitation est saine, il n'y a pas de problème. Si elle n'est pas saine, le franchisé peut s'en aller. Le prix des fonds de commerce, des droit au bail ou des pas de porte est un frein au développement des réseaux.

**Serge Meresse** - En continuant dans cette voie, c'est le système même de la franchise que vous remettez en cause : les franchiseurs n'auraient plus besoin de capitaux extérieurs pour financer leur développement et il suffirait qu'ils exploitent leur système en succursalisme.

**Olivier Gast** - Faux. Aux États-Unis, le grand slogan pour les franchisés, c'est "Be your own boss !", soyez votre propre patron : même si votre mise est faible, vous aurez un gros retour sur capital, et vous ne serez pas un simple salarié, syndiqué etc. C'est cela qui fait toute la force de la franchise !

**Serge Meresse** - Nous ne sommes pas aux États-Unis...

**Olivier Gast** - Mais ce sont eux qui ont inventé le système de la franchise, qui existe maintenant dans le monde entier.

**Franchise Magazine - Que doivent faire pratiquement les 25 000 franchisés français aujourd'hui, concernant la propriété commerciale ?**

**Olivier Gast** - Il ne faut pas dramatiser. D'autres jurisprudences donnent des réponses inverses à celles de l'arrêt *Avis*. Il faut attendre pour savoir comment cette question va être traitée par la Cour de Cassation. Mais je ne vois pas les juges mettre un terme à une formule qui a autant d'impact auprès du consommateur et permet à des PME de se développer. Je ne les vois pas prendre une décision qui aurait pour conséquence la mort de la franchise, alors même que tous secteurs confondus, nous assistons plutôt aujourd'hui à la disparition des commerçants indépendants traditionnels au profit des chaînes et des groupes, justement.

**Serge Meresse** - Je pense qu'il y a, pour les franchisés, un risque objectif. Cette décision n'est pas isolée. Elle s'inscrit dans tout un mouvement d'idées. De plus en plus d'articles de doctrine, initiés souvent par les bailleurs, vont dans la même direction. Cela peut s'exprimer d'ailleurs à travers la demande d'une refonte du décret de 1953. Et nul ne peut savoir quelle sera la décision de la Cour de Cassation.

Cette situation est à mon avis la conséquence des excès du système de la franchise et la responsabilité en incombe aux franchiseurs qui ont voulu trop contrôler, maîtriser, gérer et s'approprier le patrimoine du commerçant, sans lequel un système de franchise ne peut pas se développer.

Pour leur part, les franchisés ont à revendiquer leur place au sein des réseaux. Il faudrait qu'ils passent sur ce plan de l'adolescence au stade adulte. A eux de créer, entre eux et avec leur franchiseur, des liens tels que le réseau devienne une structure dotée de sa propre autonomie économique et juridique, à l'égard de laquelle tout le monde sera redevable, franchiseur comme franchisés. C'est cela qui permettra de dépasser, selon moi, les questions posées à travers l'affaire *Avis*.

