

LE FRANCHISÉ A UNE CLIENTÈLE ET PEUT PRÉTENDRE À LA PROPRIÉTÉ COMMERCIALE

Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, Consorts Trévisan c. Epoux Basquet, arrêt n° 615, pourvoi n° 00-20.732

Catherine PRIETO

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Thème :

Distribution - Réseau de distribution - Franchiseur - Propriétaire de la marque et de l'enseigne - Clientèle au plan national - Franchisé - Clientèle au plan local - Moyens spécifiques mis en oeuvre - Relations contractuelles avec les fournisseurs et prêteurs de deniers - Risques personnellement encourus - Fonds de commerce - Existence (oui) - Droit de vendre des éléments - Droit consenti par le franchiseur - Bail commercial - Indemnité d'éviction (oui).

*

Résumé :

Si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait de moyens mis en oeuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail. Cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteur de deniers, il met en oeuvre à ses risques et périls. Par ailleurs, en l'espèce, le franchiseur reconnaissait au franchisé le droit de disposer des éléments constitutifs de leurs fonds. La Cour d'appel en a déduit exactement que les preneurs étaient en droit de réclamer le paiement d'une indemnité d'éviction.

* *

I. - Les clarifications apportées sur la clientèle du franchisé	3
A - Le temps des doutes.....	3
B - Le temps des clarifications	5
II - Les clarifications attendues sur les autres clientèles	7
A - La clientèle nationale du franchiseur	7
B - Les clientèles imbriquées dans les ensembles commerciaux complexes.....	9
Cass. 3 ^{ème} civ., 27 mars 2002, Consorts Trévisan c/ Epoux Basquet, pourvoi n° 00-20.732, arrêt n° 615	11

1. - La propriété commerciale enfin reconnue, par principe, aux franchisés. L'analyse de la Cour de cassation était attendue pour mettre un terme à une controverse inopportune sur l'attribution de la propriété commerciale aux franchisés. La propriété commerciale, en tant que telle, peut être discutée dans son bien-fondé. Définie comme le droit pour le commerçant locataire d'un immeuble d'être indemnisé en cas de non-renouvellement du bail, la propriété commerciale n'est en définitive qu'un droit de créance ⁽¹⁾. Elle a été introduite par une loi du 30 juin 1936, en réaction à une crise immobilière et sur le constat que le fonds de commerce était devenu une source importante de crédit et nécessitait une certaine stabilité. Le décret n°53-960 du 30 septembre 1953 l'a maintenue. L'indemnité d'éviction est aujourd'hui énoncée dans l'article L.145-14 du Code de commerce. Sa permanence dans les textes ne doit pas être un obstacle aux interrogations sur son opportunité économique ⁽²⁾, sur les alternatives éventuelles ou les correctifs issus d'études de droit comparé ⁽³⁾. Mais, dès lors que la propriété commerciale demeure de droit positif, il faut combattre les discriminations dont seraient victimes certaines catégories de commerçants.

Tel était le sort des franchisés et concessionnaires, écartés du statut protecteur des baux commerciaux au motif qu'ils ne disposaient d'aucune clientèle propre. Il est établi que le fonds de commerce n'existe pas sans une clientèle bien caractérisée : elle doit être commerciale, certaine et autonome ⁽⁴⁾. A qui appartient la clientèle dans le fonctionnement d'un réseau de distribution intégrée : aux distributeurs ou au chef du réseau ? La Cour de cassation opère une distinction entre le plan national et le plan local, qui suscite des interrogations sur l'appréciation de la clientèle nationale des chefs de réseau. Son arrêt a cependant le mérite indéniable d'affirmer clairement que le franchisé a une clientèle et que, dès lors, il peut prétendre à l'indemnité d'éviction en cas de non-renouvellement de son bail.

¹ Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, par L. Vogel, t.1, vol.1, LGDJ 2001, n°599

² Voir déjà, Rapport Rueff-Armand, 1960. Voir, plus récemment, AJDI 2000, n°6, colloque de Lille, Faut-il supprimer le statut des baux commerciaux ?, F. Auque, Propos introductifs, p.478 ; Boccara, Un statut juridique pour quelle raison ?, 493 ; Monéger, Statut ou liberté contractuelle, 484 ; J. Derruppé, rapport de synthèse, p.510. J. Derruppé, L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale, Mélanges Terré 1999, 577. Voir aussi, Ph. de Belot, Propriété commerciale, droit de la consommation et droit de la concurrence, Rev. Administrer 1999, n°313 ; M.P Bagneris, Le statut français des baux commerciaux dans le contexte européen, Gaz. Pal. 1998, 2, doct., p.1457 ; S.-P. Laguette, Y-a-t-il une antinomie entre propriété commerciale et droit européen ?, Act jur DI 1996, 299.

³ L. Rozès, L'exception locative française, AJDI 2000, 480 ; J. Derruppé, Rapport de synthèse, préc. ; J. Derruppé, Rép com Dalloz 1998, v° Fonds de commerce, n°4.

⁴ J. Mestre et M.-E. Pancrazi, Droit commercial, LGDJ 2001, n°552.

De fait, il paraît irréaliste de nier l'existence d'un fonds de commerce face à l'activité déployée par les distributeurs de réseaux et aux risques de l'exploitation assumés par eux. Il convient de réconcilier l'analyse juridique et l'analyse économique pour la reconnaissance aux franchisés d'un patrimoine professionnel ⁽⁵⁾.

Cet effort de réconciliation sera étudié avec les clarifications apportées sur la clientèle du franchisé (I). Il sera également étudié, dans ses prolongements possibles, avec les clarifications attendues sur d'autres clientèles (II).

I. - LES CLARIFICATIONS APPORTEES SUR LA CLIENTELE DU FRANCHISE

A - Le temps des doutes

2. - Les doutes sur la clientèle propre des franchisés et concessionnaires. Les interrogations sur la clientèle en matière de distribution intégrée sont nées en même temps que son émergence dans la pratique contractuelle. Dès 1962, la Cour d'appel de Montpellier avait refusé la propriété commerciale au bénéficiaire d'une franchise d'enseignement Pigier ⁽⁶⁾. La critique avait été si vive que cet arrêt n'avait pas fait jurisprudence. Une telle analyse, avait-il été dénoncé, ne pouvait aboutir qu'à une "*sorte de fonds de commerce sans titulaire*", "*une chose sans maître*" ⁽⁷⁾. Certes, une suggestion avait été avancée selon laquelle la clientèle n'appartenait ni au concédant, ni au concessionnaire, mais aux deux à la fois : la clientèle serait commune ⁽⁸⁾. D'autres auteurs ont ensuite douté de l'existence d'une clientèle propre au franchisé ⁽⁹⁾, tout au moins lorsqu'il ne vendait pas d'autres produits que ceux du franchiseur ⁽¹⁰⁾. Mais la jurisprudence demeurait insensible à ces doutes ⁽¹¹⁾.

3. - L'hostilité de la Cour d'appel de Paris en 1996 : l'existence d'une clientèle propre ne peut être qu'exceptionnelle pour un franchisé. C'est en 1993 que les doutes ont pris corps dans la jurisprudence. Le Tribunal de grande instance d'Evry a refusé toute clientèle personnelle au franchisé de la marque Avis, au regard des obligations contractuelles très

⁵ C'est une des préoccupations des notaires qui préparent le 98ème Congrès des notaires de France les 22 au 25 septembre prochain sur le thème "Patrimoine professionnel", cf C. Proost et P. Brisard, Clientèle et franchise : le divorce du droit et de l'économie, Petites affiches 11 avril 2002, n°73.

⁶ CA Montpellier, 19 janvier 1962, D. 1963, jur., p.172, F. Givord.

⁷ F. Givord, préc.

⁸ Cl. Champaud, RTDCom 1963, 451, n°33.

⁹ J. Guyénot, Licensing et franchising, Gaz. Pal. 1976, 1, doct., p.155.

¹⁰ G. Guérin, Contrat de franchise et propriété commerciale sont-ils compatibles ?, JCP ed N 1983, prat, p.321 ; Ph. de Belot, Le franchisé a-t-il droit à la propriété commerciale ?, Re. Administrer 1990, n°221, p.2.

¹¹ CA Limoges, 10 juin 1980, D. 1981, jur., p.573, A. Jauffret, censuré sur un autre moyen par Cass. com., 11oct. 1982, Bull. civ. IV, n°256 ; CA Versailles, 24 mars 1988, RTDCom 1988, p. 611, J. Derruppé ; TGI Paris, 18ème ch., 1ère section, 24 nov. 1992, aff. Descamps, D. 1995, somm. 154, L. Rozès.

strictes imposées par le franchiseur ⁽¹²⁾. Puis, le Tribunal de grande instance de Paris est allé dans ce sens en admettant que la clientèle pouvait aussi bien être attribuée à l'une ou l'autre des parties liées par un contrat de franchise, selon les circonstances ⁽¹³⁾. Ces signes d'un affaiblissement de la situation du franchisé ont été accentués par un arrêt remarqué de la Cour d'appel de Paris. Celle-ci confirmait le jugement du Tribunal de grande instance d'Evry, rendu dans l'affaire Avis, en ces termes : *"pour qu'un locataire franchisé ou concessionnaire d'une marque soit considéré comme ayant un fonds de commerce en propre, il faut qu'il apporte la preuve de ce qu'il a une clientèle liée à son activité personnelle indépendamment de son attrait en raison de la marque du franchiseur ou du concédant, ou bien, qu'il démontre que l'élément du fonds qu'il apporte, le droit au bail, attire la clientèle de manière telle qu'il prévaut sur la marque"* ⁽¹⁴⁾. Ainsi, le franchisé ou le concessionnaire ne pouvait prétendre à une clientèle qu'à titre exceptionnel, tant paraissait difficile de rapporter la preuve que l'activité personnelle du franchisé ou son droit au bail l'emportait sur la marque dans l'attrait de la clientèle. De manière évidente, se dégageait des motifs de la Cour d'appel un *a priori* en faveur d'un attrait prépondérant de la marque, sauf cas très particuliers. Cette analyse s'est trouvée confortée dans un jugement ultérieur qui écartait toute clientèle propre au franchisé dès lors qu'il disposait d'une *"marge de manœuvre quasi inexistante, les clauses du contrat s'opposant à toute direction autonome du fonds"* ⁽¹⁵⁾. Un tel constat exagère le contrôle du franchiseur sur son réseau et nie la qualification juridique des franchisés qui, sauf cas pathologique ⁽¹⁶⁾, ne saurait être réduite à un salarié du franchiseur ⁽¹⁷⁾. Il nie aussi la réalité économique de la franchise qui repose sur le risque pris par le franchisé dans ses investissements.

4. - Les critiques doctrinales sur le poids prédominant de la marque dans l'attribution de la clientèle. La doctrine quasi-unanime a dénoncé l'impasse à laquelle menait une jurisprudence qui attribue la clientèle au titulaire de la marque, en considérant que celle-ci est, sauf preuve contraire, l'élément prédominant dans l'attrait de la clientèle ⁽¹⁸⁾.

¹² TGI Evry, 9 déc. 1993, aff. Avis, Gaz. Pal. 1994, jur. p.207, Ph.de Belot.

¹³ TGI Paris, 24 nov. 1994, *ibid.*

¹⁴ CA Paris, 16ème ch A, 6 février 1996, aff. Avis, RTDcom 1996, p.238, J. Derruppé ; Defrénois 1996, 36371, P. Le Cannu ; Ph. de Belot, Franchise et droit au renouvellement du bail après l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 février 1996, Gaz. Pal. 1996, 1, doc, p.538, JCP éd G 1997, II, 22818, B. Boccara.

¹⁵ TGI Paris, 30 octobre 1998, aff. Jean-Louis David diffusion, Gaz. Pal. 1999, 1, somm. p.139, J.-B. Barbier, Administrer mai 1999, p.33, B. Boccara.

¹⁶ CA Riom, 4 déc. 1968, JCP éd G., 1969, II, 15825, Meyzonnade.

¹⁷ M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, Les contrats de la distribution, Traité des contrats dir. J. Ghestin, LGDJ 1999, n°407. V. notamment Cass. com., 21 octobre 1970, JCP éd. CI 1971, 10131, P. Level ; CA Agen, 8 nov. 1977, JCP 1979, Djian ; Cass. com., 4 janv. 1982, n°80-12.962.

¹⁸ J. Derruppé, préc. ; P. Le Cannu, préc. ; B. Boccara, préc. ; D. Baschet, La propriété de la clientèle dans le contrat de franchise ou la franchise en danger de mort, Gaz. Pal. 1994, 2, p.1256 ; O. Gasc et M. Lancieux, La propriété commerciale : une nécessaire réforme, Petites affiches, 24 août 1994 ; J.-D. Barbier, Distribution intégrée, fonds de commerce désintégré, Rev. Administrer 1994, n°259 ; D. Baschet, La franchise est en deuil, Gaz. Pal. 31 mai 1996, doct., p.22 ; G. Amédée-Manesme, Quand le contrat de franchise tient la clientèle du réseau en l'état, Gaz. Pal. 10 nov 1996, p.3 ; J. Derruppé, Le franchisé a-t-il encore une clientèle et un fonds de commerce ?, AJPI 1997, p.1002.

Le franchisé ou concessionnaire se voit ainsi privé de la propriété commerciale, faute d'une clientèle propre. Le franchiseur ou le concédant l'est tout autant, même s'il est titulaire de la marque, faute d'un bail à son nom. La distribution par réseau devient très vulnérable, à la merci des bailleurs. Une issue est certes entrevue avec le recours à une technique contractuelle de précaution dans la rédaction du bail : la clause d'extension du statut protecteur des baux commerciaux à un bail qui ne remplit pas les conditions légales ⁽¹⁹⁾ Mais cette planche de salut n'est pas si assurée. Le franchisé peut fort bien se heurter à un refus du propriétaire ⁽²⁰⁾. Or, son consentement doit être exprès et sans ambiguïté au regard des contraintes qu'il accepte. En tout état de cause, il n'y a pas lieu de se satisfaire d'une voie de contournement, alors que l'obstacle juridique ne paraît pas fondé. De plus, les conséquences d'une telle analyse vont au-delà du non-renouvellement du bail.

Privé de clientèle propre, le franchisé ou concessionnaire est privé de la propriété d'un fonds de commerce. Partant, il ne peut ni vendre, ni transmettre, ni nantir un fonds ⁽²¹⁾. Or, il ne saurait être qualifié de mandataire d'intérêt commun du franchiseur ou concédant : en cas de rupture du contrat de distribution, il ne perçoit aucune indemnité de clientèle. Le résultat est d'autant plus absurde que seul le franchisé ou concessionnaire répond de la cessation des paiements, conséquence d'une clientèle insuffisante ⁽²²⁾. En effet, le franchiseur ou concédant n'est atteint par l'ouverture du redressement judiciaire que dans des hypothèses pathologiques où il s'est comporté en dirigeant de fait ⁽²³⁾. Il faut donc en conclure qu'il est erroné de polariser l'attention sur la marque pour déduire l'existence d'une clientèle propre. C'est la diversité des éléments réunis qui concrétise la clientèle et assure ainsi l'existence du fonds de commerce. Il convient de relativiser le poids de la marque : elle n'est "*support de clientèle que si elle au service d'un projet d'entreprise*" ⁽²⁴⁾. En outre, il est permis d'ajouter qu'il n'est pas nécessaire d'être propriétaire d'un élément du fonds pour que celui-ci soit attractif : il suffit d'en avoir la maîtrise juridique. C'est le cas de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds : le droit au bail suffit. Le parallèle peut donc être fait avec la marque : il suffit pour le distributeur d'en avoir la disposition par contrat conclu avec son titulaire ⁽²⁵⁾.

B - Le temps des clarifications

¹⁹ Sur cette clause d'extension, cf J. Dagot, La clause d'extension conventionnelle du statut des baux commerciaux, JCP 1991, ed. N, p.315 ; F. Auque, Les baux commerciaux, Théorie et pratique, LGDJ 1996, n°51.

²⁰ Ph. de Belot, Franchise et droit au renouvellement du bail, Gaz. Pal. 1996, chr., p.3.

²¹ P. Le Cannu, préc. ; P. Le Floch, Propriété commerciale et distribution intégrée, Mélanges Champaud, 1997, p.405.

²² Ainsi, CA Toulouse, 30 juin 1997, Bull. Joly 1998, p.5, Le Cannu.

²³ M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, préc., n° 434. V. notamment Cass. com., 9 nov. 1993, JCP éd. G 1994, II, 22304, G. Virassamy, Rev. sociétés 1994, p.321, Ph. le Tourneau.

²⁴ J. Derruppé, RTDCom. 1996, p.239. En ce sens, Boccara, préc.

²⁵ B. Boccara, Le fonds de commerce, la clientèle et la distribution intégrée, Gaz. Pal. 1994, 2, doct., p.1021 ; B. Boccara, Le renouvellement des concepts (en marge des droits des franchisés), D. 2000, chron., 15 ; J. Derruppé, RTDcom. 2001, p.51.

5. Le revirement de la Cour d'appel de Paris en 2000 : le risque d'entreprise est le critère d'attribution de la clientèle. Il faut souligner l'importance de cette nouvelle analyse à plusieurs titres. D'abord, elle émane de la même 16ème chambre de la Cour d'appel de Paris. Ensuite, elle est portée dans deux arrêts dont les attendus principaux sont rédigés en des termes identiques. Enfin, l'un de ces deux arrêts concerne encore le réseau de concessionnaires Avis, comme dans l'arrêt rendu en 1996. La Cour d'appel de Paris prend le soin de commencer en insistant sur la diversité des éléments du fonds de commerce : "*Le fonds de commerce est un ensemble d'éléments de nature à attirer la clientèle intéressée par le produit vendu ou la prestation offerte en vue de l'enrichissement de celui qui assume le risque d'une telle entreprise, c'est-à-dire celui de la perte des investissements qu'il a faits pour l'acquérir, la maintenir et la développer*"⁽²⁶⁾. Après avoir lié l'existence du fonds de commerce à l'investissement et au risque financier pris pour attirer la clientèle par un ensemble d'éléments, la Cour d'appel poursuit par une analyse spécifique de la distribution intégrée : "*dans le cas d'une exploitation de fonds après signature d'un accord de franchise, il faut observer que la sanction d'une éventuelle perte de clientèle, voire d'un insuccès total, frappe directement le franchisé... tandis que le franchiseur n'est atteint que d'une manière différée et de manière limitée dans le temps ... qu'il faut voir là la preuve que la clientèle attachée au fonds est celle du franchisé, laquelle est autonome par rapport à celle du franchiseur*". La doctrine s'est emparé de ces deux arrêts pour affirmer l'existence d'une clientèle propre au profit du franchisé ou du concessionnaire⁽²⁷⁾.

6. - La consécration par la Cour de cassation : la clientèle propre existe dès la mise en oeuvre par le franchisé, à ses risques et périls, de divers moyens d'attraction. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'Agen d'avoir reconnu le droit aux franchisés à une indemnité d'éviction, à la suite du congé donné par le propriétaire de l'immeuble. De prime abord, les faits n'étaient pourtant pas propices : ce n'est que deux ans avant l'expiration du bail que la société locataire avait conclu un contrat de franchise avec la société Conforama ; les propriétaires avaient pas tardé ensuite à notifier leur refus de renouveler le bail. On pouvait penser que la clientèle existante était plus attachée aux mérites de la marque qu'aux mérites personnels du franchisé. Mais, à rebours, il apparaissait qu'en l'espèce un fonds de commerce pré-existait à la conclusion du contrat de franchise, ce qui atténuait le poids de la marque et de l'enseigne. La Cour de cassation conforte l'appréciation des juges du fond. Mais son approbation n'est pas un retrait derrière l'appréciation souveraine des faits. Par l'expression "*ayant relevé à bon droit... la cour d'appel a pu en déduire exactement ...*", la Cour de cassation exprime la réalité d'un contrôle de droit sur la qualification opérée par les juges du fond et sur ses conséquences⁽²⁸⁾. ***Bien que prononçant un arrêt de rejet, la Cour de cassation se place sur un plan général, en des termes suffisamment détachés de l'espèce, pour énoncer un principe⁽²⁹⁾ visant à relativiser la prépondérance de la propriété de la***

²⁶ CA Paris, 16ème ch. A, 4 octobre 2000, 1ère espèce (aff. Jean-Louis David diffusion) et 2ème espèce (aff. Avis), JCP 2001, p.324, B. Boccara et D. 2001, p.1718, Kenfack et somm 301, D. Ferrier, Petites affiches 2000, n°229, p.11, J. Derruppé, RTDCom 2001, 50, J. Derruppé.

²⁷ B. Boccara, préc., J. Derruppé, préc., D. Ferrier, préc. ; J. Mestre et M.-E. Pancrazi, Droit commercial, LGDJ 2001, n°552 ; Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, par L. Vogel, t.1, vol.1, LGDJ 2001, n°546 ; comp. P. Le Floch, préc.

²⁸ M.-N. Jobard-Bachelier et X. Bachelier, La technique de cassation, Méthodes du droit Dalloz 1989, p.65.

²⁹ *ibid.*, p.21.

marque, et même de la marque elle-même, au regard de l'organisation que met en place le franchisé en vue d'attirer la clientèle.

D'abord, elle suggère de faire la distinction entre propriété de la marque et mise à disposition juridique de celle-ci : "*cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité*". La Cour de cassation semble considérer que la maîtrise juridique ne rend plus nécessaire la propriété de la marque pour se voir reconnaître une clientèle propre. ***En matière d'attraction de la clientèle, la mise à disposition contractuelle de la marque supplante la propriété de la marque, comme le droit au bail supplante la propriété de l'immeuble.***

Ensuite, ***la Cour de cassation déclare de manière explicite que l'activité du franchisé l'emporte sur la notoriété de la marque en matière de création de la clientèle locale.*** Elle le fait en opérant une distinction majeure entre "le plan national" et "le plan local" : "*si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété d'une de la marque du franchiseur, la clientèle locale ... est créée par l'activité (du franchisé)*". Cette activité est rendue possible par la réunion de divers éléments. La Cour de cassation les précise : "*la clientèle locale n'existe que par le fait de moyens mis en oeuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail*". Le bail est le seul élément incorporel mentionné, pour souligner à quel point ce support est indispensable la clientèle dite "*locale*". De la description des moyens nécessaires à l'activité du franchisé, la Cour de cassation passe ensuite à celle des critères de son caractère autonome. Ceux-ci sont ancrés dans le risque pris : "*contractant à titre personnel avec ses fournisseurs et prêteurs de deniers, il met en oeuvre ses moyens à ses risques et périls*". La Cour de cassation ne mentionne que les rapports du franchisé avec d'autres professionnels. Il aurait été judicieux de rappeler aussi ses rapports avec la clientèle elle-même. Or, l'arrêté du 21 février 1991 relatif à l'information du consommateur dans le secteur de la franchise fait obligation au franchisé, en son article 1er, d'informer le consommateur de sa qualité d'entreprise indépendante à l'intérieur et à l'extérieur de son lieu de vente et dans tout document publicitaire. Le consommateur sait, en voie de conséquence, qu'il n'est client que du franchisé. ***A l'égard du consommateur, comme à l'égard des autres professionnels, le franchisé assume seul les conséquences de son activité. Il mérite pleinement de se voir reconnaître une clientèle propre.***

Les critères d'attribution de la clientèle du franchisé sont désormais cernés de manière plus rationnelle au regard de la logique économique. C'est une invitation à progresser sur des terrains voisins.

II - LES CLARIFICATIONS ATTENDUES SUR LES AUTRES CLIENTELES

A - La clientèle nationale du franchiseur

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 2 mai 2002

Citation : Catherine PRIETO, « Le franchisé a une clientèle et peut prétendre à la propriété commerciale », Note sous Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, *Consorts Trévisan c. Epoux Basquet*, arrêt n° 615, pourvoi n° 00-20.732, *Droit 21*, 2002, Chr., AJ 193

Copyright Transactive™ 2000-2002

7. - Est-il opportun de distinguer une clientèle nationale et une clientèle locale ? Le commencement de l'attendu principal semble conduire à une telle distinction. L'expression de "*clientèle locale*" est explicitée dans la suite de cet attendu. Mais la formule liminaire intrigue : "*si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur...*". Une clientèle nationale semble émerger, en parallèle de la clientèle locale. La distinction est-elle parfaite entre le plan national et le plan local ?

Peut-on penser que cette distinction géographique de la clientèle renvoie au concept de "*clientèle commune*" ? Cela ne semble pas être le cas, au regard du résultat auquel aboutit la Cour de cassation : les droits du franchisé ne sont pas partagés avec le franchiseur. A la distinction opérée sur le plan géographique correspond une dissociation des droits. Or Claude Champaud, auteur de l'expression "*clientèle commune*" en 1963, proposait d'en conclure que franchiseur et franchisé étaient copropriétaires de la clientèle et copropriétaires du fonds⁽³⁰⁾. La solution de la Cour de cassation est radicalement différente : le franchisé est seul propriétaire du fonds. A une exploitation localisée correspond une clientèle locale. C'est un parti pris qui permet d'échapper aux faiblesses du concept, sur un plan pratique. La "*clientèle commune*" reflète la réalité de la collaboration sur laquelle repose tout réseau de distribution. Mais la mise en oeuvre de la copropriété paraît trop lourde et susceptible d'engendrer des contentieux. En effet, le concept ouvre la porte à des appréciations très délicates, au cas par cas, sur la détermination de la part qui revient au franchiseur et au franchisé. Du point de vue de la sécurité juridique, elle est très hasardeuse. De plus, elle affaiblirait la position du franchisé en amputant son indemnisation. La Cour de cassation n'est pas allée en ce sens : le franchisé ne partage aucunement l'indemnité d'éviction avec le franchiseur. Elle a rappelé qu'il assumait seul les risques de son exploitation. La clientèle, sur le plan national, appelle ainsi une appréciation purement autonome.

Pour autant, l'expression "*clientèle nationale*" est-elle opportune ? La Cour de cassation ne l'emploie pas, alors qu'elle emploie expressément "*clientèle locale*". Cela incite à être réservé du point de vue de la terminologie juridique. Cette attraction sur le plan national est-elle suffisamment effective pour mériter la qualification de "*clientèle*" ? L'interrogation est renforcée par des considérations très pratiques. Comment serait évaluée cette "*clientèle nationale*" ? Elle ne saurait être la juxtaposition de toutes les clientèles locales, puisque celles-ci sont constitutives des fonds de commerce propres aux franchisés.

8. - L'attraction de la clientèle, sur le plan national, n'est qu'un potentiel : elle devrait être distinguée de la clientèle, concept désignant une réalité. Des réflexions doctrinales relatives à l'attrait qu'exercent la marque et l'enseigne sur le plan national conduisent à cette clarification. Jean Derruppé considérait que cet attrait n'était que potentiel et que seule l'activité du franchiseur permettait de le concrétiser. **Le caractère potentiel de l'attrait l'a donc amené à proposer la qualification d'achalandage**⁽³¹⁾. Le terme était réservé jusque là à un attrait potentiel issu d'une configuration géographique particulièrement favorable⁽³²⁾. Mais il peut être étendu à tout élément qui exercerait un attrait seulement potentiel sur la clientèle. Ce caractère potentiel, spécifique à la nature de l'achalandage, relativise son poids par rapport à la clientèle qui, elle, est bien réelle. La distinction opérée par la Cour de

³⁰ C. Champaud, La concession commerciale, RTDCom 1963, p.451.

³¹ J. Derruppé, Clientèle et achalandage, Ecrits en l'honneur de J. Savatier, PUF 1992, p.167 ; RTDCom 1996, p.239 ; Rép. com. Dalloz, V. Fonds de commerce, 1998, n°110 ; RTDCom. 2001, p.51.

³² J. Derruppé, Fonds de commerce, Rép. com. Dalloz, sept. 1998, n°28.

cassation entre le plan national et le plan local se justifie pleinement, à condition d'attacher à l'attrait national un caractère purement virtuel, au sens de l'achalandage. Il est opportun de faire le départ entre la valeur d'un attrait potentiel de clientèle et celle de la réalité de la clientèle.

9. - La clientèle nationale du franchiseur : les franchisés, et non les consommateurs. De fait, le propriétaire de la marque n'est pas en mesure, par ses seuls moyens, de rendre accessible au consommateur le produit ou le service. Il n'a pas la surface financière pour créer des succursales ou constituer des filiales. Le projet d'entreprise du franchisé consiste précisément à mettre sur pied une organisation que ne peut pas mettre en oeuvre le propriétaire de la marque. Le résultat est tangible : seul le franchisé est en mesure de contracter avec le consommateur. C'est pourquoi Jean Derruppé proposait de reconnaître au franchisé et au franchiseur une clientèle bien différenciée : le franchisé aurait pour clientèle les consommateurs, tandis que le franchiseur aurait pour clientèle ... les franchisés qui sont l'objectif essentiel de son propre projet d'entreprise de mise en réseau ⁽³³⁾. Tout en étant complémentaires, les deux projets d'entreprise sont distincts et il est logique qu'ils aboutissent à des clientèles distinctes. *L'attrait de la marque sur le plan national conduit le franchiseur à créer une clientèle effective : ses franchisés. Ce même attrait ne suffit pas pour que le franchisé, quant à lui, constitue une clientèle effective : en cela il n'est qu'achalandage.* Le mérite du franchiseur est d'allier à cet attrait d'autres éléments, constitutifs d'une activité autonome. La distinction entre clientèle et achalandage, du point de vue du franchisé, sert les intérêts du franchiseur par son effet clarificateur. Il n'y a pas lieu de créer une rivalité d'appréciation de clientèle entre franchiseur et franchisé. Seule compte pour le franchiseur la pérennité géographique de son réseau et, partant, la consolidation des droits de ses franchisés. L'existence d'une clientèle propre au franchisé sert les intérêts du franchiseur. Les qualifications juridiques doivent non seulement refléter la réalité économique dans la diversité et la complémentarité des intérêts, mais aussi assurer une pleine sécurité juridique.

B - Les clientèles imbriquées dans les ensembles commerciaux complexes

10. - Evolution souhaitable : l'abandon d'une analyse trop rigoureuse sur l'exigence de clientèle autonome. Cette exigence ne doit pas être remise en cause en tant que telle. Pour autant, elle ne doit pas conduire à des appréciations trop rigoureuses et déconnectées des évolutions économiques qui, le plus souvent, reposent sur la complémentarité et l'imbrication des efforts. En d'autres termes, la complémentarité et l'imbrication ne doivent pas occulter le mérite personnel. Avec le présent arrêt, la Cour de cassation a fait un pas important vers cette souplesse d'analyse en matière de distribution intégrée. Ceci devrait inciter à une évolution parallèle en matière d'ensembles commerciaux complexes.

11. - Le soupçon d'exploitation parasitaire de clientèle, dans les centres commerciaux et les galeries marchandes, paraît désormais excessif pour dénier une clientèle propre aux commerçants inclus dans ces espaces. Le regroupement des commerçants a, de tous temps, été perçu comme un levier d'enrichissement mutuel par la voie d'un attrait renforcé de la clientèle. Il n'en demeure pas moins qu'il faut reconnaître à chacun ses mérites propres. C'est pourquoi Jean Derruppé dénonçait sur ce terrain, comme pour la distribution intégrée, une

³³ Derruppé, préc, n°114 ; en ce sens B. Boccara, Gaz. Pal. 1994, préc. et D. 2000, préc.

"*présomption de dépendance*"⁽³⁴⁾. Les distinctions sont trop subtiles, au regard de distances souvent insignifiantes, entre le commerçant installé à l'extérieur de l'ensemble commercial, et celui qui est à l'intérieur. Celui installé à sa périphérie pourra prétendre avoir une clientèle autonome⁽³⁵⁾, alors que l'autre est privé de clientèle propre, car elle est présumée être constituée de manière prédominante par le supermarché ou l'hôtel⁽³⁶⁾. Pour infléchir l'analyse, il faut caractériser une autonomie de gestion, notamment par l'absence de contrainte d'horaires⁽³⁷⁾. Ce type de caractérisation paraît bien faible, alors que le financement de la gestion des grands ensembles est assumé par tous. L'imbrication géographique, avec l'organisation globale qui la sous-tend, ne doit pas être une source de discrimination dans la reconnaissance des fonds de commerce. L'institution juridique qu'est le fonds de commerce n'aura un avenir que si des adaptations en assurent l'utilité économique⁽³⁸⁾.

³⁴ Derruppé, Rép. com. Dalloz, 1998, n°178.

³⁵ Civ. 1er déc. 1976, Bull. III, n°436, V. cependant contra Civ. 3 27 nov. 1991, Bull civ. III, n°289

³⁶ Civ. 3, 24 février 1976, JCP éd G 1976, II, n°14427, B. Boccara ; Civ.3, 9 juillet 1979, RTDCom 1980, p.13, J. Derruppé ; Civ. 3 28 sept. 1982, Gaz. Pal. 1983, 1, p.51, J. Dupichot ; Civ. 3, 4 nov. 1992, Gaz. Pal. 1993, 2, jur., p.308, J.-D. Barbier ; Cass., civ.35 avril 1995, BRDA 1995, n°8

³⁷ Civ.3, 24 janv. 1996, Bull. civ III, n°22, CA Versailles, 10 avril 1996, D. 1996, jur., p.141

³⁸ J. Derruppé, L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale, Mélanges Terré, 1999, p.577.

**Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, Consorts Trévisan c/ Epoux Basquet,
pourvoi n° 00-20.732, arrêt n° 615**

La Cour. – Sur le premier moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Agen, 12 juillet 2000), que les consorts Trévisan, propriétaires de locaux à usage commercial donnés à bail à la société Climatex, ont renouvelé le contrat de location le 19 août 1979 au profit de la société Confort Service qui, le 16 septembre 1986, a souscrit un contrat de franchise avec la société Conforama ; que le 29 mai 1987, les consorts Trévisan ont notifié à la société Confort service, aux droits de laquelle viennent désormais les époux Basquet, un congé avec refus de renouvellement et offre d'une indemnité d'éviction ; que les locataires ont assigné leur bailleur pour avoir paiement de l'indemnité d'éviction ;

Attendu que les consorts Trévisan font grief à l'arrêt de rejeter l'exception tirée de la péremption d'instance, alors, selon le moyen, *que la constitution d'avocat par le demandeur à l'instance n'est soumise à aucune forme particulière ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a expressément constaté qu'un avocat, M. Gonelle, avait, après le décès du conseil des époux Basquet, continué d'assister ces derniers au cours des opérations d'expertise, c'est-à-dire qu'il avait eu des relations suivies avec les avocats des parties adverses, avec l'expert, avec le juge de la mise en état, devait en déduire que M. Gonelle s'était substitué à l'avocat décédé aux yeux des autres parties et de la juridiction saisie, ce d'autant plus qu'au décès de son prédécesseur aucun suppléant n'avait été désigné ; qu'en omettant de tirer les conséquences de ses propres constatations, la cour d'appel a violé les articles 751 et 814 du nouveau Code de procédure civile* ;

Mais attendu qu'ayant relevé, à bon droit, que l'interruption d'instance, causée par le décès de l'avocat des époux Basquet, n'avait cessé que lorsque l'instance avait été reprise, ce qui ne pouvait être fait que par une constitution d'avocat, ou des conclusions contenant constitution d'avocat, notifiées à l'autre partie et remises au greffe de la juridiction, la cour d'appel en a exactement déduit que seules les conclusions de reprise d'instance notifiées à l'adversaire et déposées au greffe du tribunal au mois de juillet 1996 avaient été de nature à faire courir un nouveau délai de péremption de deux ans, de sorte que le moyen d'irrecevabilité soulevé par les consorts Trévisan ne pouvait prospérer ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que les consorts Trévisan font grief à l'arrêt de faire droit à la demande d'indemnité d'éviction des époux Basquet, alors, selon le moyen :

1°) que, pour qu'un locataire franchisé ait un fonds de commerce en propre, il faut qu'il justifie soit qu'il a une clientèle liée à son activité personnelle indépendamment de son attrait

en raison de la marque du franchiseur, soit que l'élément du fonds qu'il apporte, le droit au bail, attire la clientèle de manière telle qu'il prévaut sur la marque ; qu'en se bornant à retenir de manière générale que la société franchisée, aux droits de laquelle viennent aujourd'hui les époux Basquet, disposait sur les éléments constitutifs de son fonds de l'"abusus", ce même si l'intuitu personae nécessaire à l'exécution du contrat de franchise avait conduit les parties à stipuler au profit du franchiseur un droit d'agrément ou de préemption en cas de cession de capitaux de nature à modifier le poids des associés sans rechercher ni apprécier en quoi le franchisé avait une clientèle liée à son activité personnelle, indépendamment de son attrait en raison de la marque du franchiseur, ou en quoi l'élément du fonds qu'il avait apporté, le droit au bail, attirait la clientèle de manière telle qu'il prévalait sur la marque, la cour d'appel a violé l'article 1er du décret du 30 septembre 1953 ;

2°) que si les parties ont la faculté de soumettre leurs rapports au statut des baux commerciaux même si le bail ne présente pas de caractère, encore faut-il que cette volonté soit clairement exprimée ; qu'en retenant, pour considérer que les époux Basquet pouvaient réclamer le paiement d'une indemnité d'éviction, que les bailleurs savaient lorsqu'ils ont délivré le congé avec offre de payer une indemnité d'éviction le 29 mai 1987 que la société locataire qui exploitait son fonds à l'enseigne Conforama était liée par un contrat de franchise souscrit au mois de septembre 1986, qu'ils ont, nonobstant ce changement dans la situation de leur locataire, continué de reconnaître à celui-ci le bénéfice du statut du décret du 30 septembre 1953 auquel s'étaient référés tous les actes antérieurs et renouvellement du bail et qu'un accord s'est par conséquent formé entre les parties, sans caractériser de manière précise et détaillée la volonté non équivoque des consorts Trévisan de soumettre le bail litigieux au statut des baux commerciaux, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1er du décret du 30 septembre 1953 ;

Mais attendu qu'ayant relevé, à bon droit, d'une part, que si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en oeuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en oeuvre à ses risques et périls, d'autre part, que le franchiseur reconnaissait aux époux Basquet le droit de disposer des éléments constitutifs de leur fonds, la cour d'appel en a déduit exactement que les preneurs étaient en droit de réclamer le paiement d'une indemnité d'éviction et a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la cour d'appel a légalement justifié sa décision de ce chef en retenant, sans dénaturation, que les époux Basquet pouvaient prétendre au remboursement des travaux d'agrandissement nécessaires au remplacement des locaux de stockage perdus, chiffrés par l'expert avec l'aide d'un sapiteur à 1 473 000 francs, et au remboursement des frais de déménagement qui se sont élevés à 106 140 francs selon le devis auquel se réfère l'expert ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi.

Président : M. Weber Rapporteur : M. Betoulle, conseiller référendaire ; Avocat général : M. Cédras ; Avocats : SCP Vier et Barthélémy, SCP Baraduc et Duhamel.