

merce. La doctrine s'est successivement accordée sur trois théories (précis Dalloz Droit commercial, MM. René Rodière et Roger Houin, n° 193 ss.).

**a) La théorie de l'universalité de droit :**

Selon cette thèse, le fonds de commerce est un patrimoine d'affectation avec actif et passif propres et serait même une personne morale à lui seul.

**b) La théorie de l'universalité de fait :**

Le fonds serait la juxtaposition de biens matériels.

**c) La théorie de la propriété incorporelle :**

Le fonds devient ici un droit de clientèle, un monopole d'exploitation, mais avec les précisions suivantes :

- aucune propriété sur la clientèle ne peut être établie car celle-ci va et vient selon la concurrence ;
- l'unité du fonds résulte uniquement des éléments le composant pour attirer la clientèle. Celle-ci devient un but, non un élément du fonds.

Des lors, nous constatons que le fonds ne fait pas disparaître les éléments qui le composent ; si la clientèle disparaît, le fonds peut ne plus exister s'il n'est plus exploité, mais on peut imaginer qu'il ressurgisse des que les clients reviennent dans l'exploitation.

En l'espece étudiée, même si la clientèle est exclusivement attachée à la marque concédée, il n'empêche que la réunion des éléments du fonds (droit au bail, mobilier et matériel, droit sur la marque) permet une exploitation et constitue un fonds de commerce. La clientèle se déplace pour l'un des éléments en jouissance ou en propriété de l'exploitant. En effet, si l'on a refusé la propriété d'un fonds à certains, c'est parce que la clientèle se déplaçait pour une autre exploitation (hippodrome, gare, aéroport ou théâtre), le buffet ou le débit de boissons n'étant qu'un accessoire non attractif en lui-même.

**L'absence de cession du fonds malgré la vente de l'élément attractif de clientèle**

Dans l'espece examinée, le concessionnaire avait cédé, non seulement son contrat de conces-

sion, mais le stock qui s'y rapportait. On peut donc supposer qu'il ne lui restait que la disposition d'un local et de mobilier et matériel antérieurement affectés à l'exploitation. La haute juridiction a tranché dans le sens de la volonté des parties à l'acte qui a été de céder un contrat et non le fonds lui-même.

*«...Qu'à la suite des accords intervenus entre Dulouard et la société Aaa, la clientèle s'était adressée à cette dernière devenue concessionnaire de ladite marque ; qu'en l'état de ces constatations, c'est à bon droit que la Cour d'Appel a retenu que le départ de la clientèle n'impliquait pas que Dulouard ait vendu son fonds de commerce à la société Aaa».*

Ainsi, la Cour consacre la dernière théorie de la propriété incorporelle du fonds déniant toute propriété sur la clientèle elle-même. Celle-ci est partie, mais n'a pas été cédée lors du transfert de la concession. La cession n'a porté que sur un élément, certes essentiel du fonds, mais pas sur le fonds qui n'est donc pas réduit à la clientèle elle-même, celle-ci n'étant pas un élément du fonds de commerce susceptible d'appropriation. Le terme de "départ" de la clientèle est explicite à cet égard.

Le fonds disparaît à la suite de cette opération, par défaut d'exploitation, sauf à présenter des éléments ou réunir à nouveau des éléments propres à attirer une nouvelle clientèle. A défaut d'une telle interprétation, la décision de la Cour de Cassation devient entièrement contradictoire (propriété du fonds implique clientèle propre, et cession de clientèle entraîne cession du fonds).

Les conséquences purement juridiques nous paraissent importantes car, en cas de vente de fonds, la loi exige de nombreuses formalités, des mentions obligatoires dans l'acte de vente, sous peine de prise en charge du passif antérieur par l'acquéreur ou de possibilité d'annulation de l'acte par l'acquéreur notamment. La loi a créé également la possibilité, pour le vendeur, d'inscrire un privilège sur le fonds et d'exercer son action résolutoire en cas de défaut de paiement du prix sous certaines conditions. Tout ceci étant exclu dans le cas de cession de contrat, il apparaît que le gage des créanciers se trouve singulièrement réduit dans les cas de concession

ou de franchise, de même que les droits du vendeur et de l'acquéreur. En revanche, nous trouvons dans cet arrêt la possibilité pour le franchisé de céder son contrat, avec l'accord du franchiseur, sans entraver la vente de son fonds, ce qui nous paraît en faveur de la souplesse du mécanisme de la franchise.

En conclusion sur cet arrêt qui nous paraît fondamental quant à ses applications possibles dans le domaine du droit de la franchise, l'indépendance juridique du franchisé est plus reliée à la notion de fonds de commerce qu'à la notion de clientèle, car il est possible au franchisé de céder son contrat de franchise et donc de voir transférer sa clientèle reliée à la marque à l'acquéreur, sans pour autant avoir à vendre son fonds de commerce.

L'implication directe de cette affirmation de la Cour de Cassation, outre qu'elle rejette la théorie de l'universalité du fonds de commerce et évite les formalités obligatoires liées à la vente d'un fonds, permet de clarifier le lien entre indépendance juridique du franchisé, propriété du fonds de commerce du franchisé et clientèle.

De plus, nous pouvons affirmer, contrairement à certains auteurs, que la clause de non-concurrence incluse dans le contrat de franchise, même si elle empêche le franchisé d'exploiter la clientèle attachée à la marque en cause, ne permet pas de disqualifier le contrat de franchise en convention d'agent commercial donnant droit à une indemnité de clientèle. Que si cette clause de non-concurrence fait perdre au franchisé sa clientèle, les termes de l'arrêt de la Cour de Cassation semblent pouvoir permettre de conclure que celle-ci ne nuit pas au respect de l'indépendance juridique du franchisé. Ce dernier, à l'issue du contrat, a le choix entre cesser toute activité et poursuivre une autre activité.

Des lors, la consécration de la théorie de la mise hors commerce de la clientèle du fonds de commerce est tout à fait favorable à l'évolution de la franchise en Droit français, car elle préserve l'identité du patrimoine du franchisé par rapport au patrimoine du franchiseur, nonobstant le rattachement de la clientèle à la marque.

M<sup>e</sup> Olivier GAST

Cabinet GAST & JOUET ●

## Le franchisé, sa clientèle, son fonds de commerce et son indépendance juridique

**N**ous savons que le principe du contrat de franchise est la concession d'une marque, la transmission d'un savoir-faire pendant une certaine durée à un réseau de commerçants ou prestataires indépendants. En cas de cessation des relations contractuelles, nous constatons de nombreuses difficultés tenant à la reprise de l'activité dans la zone par le nouveau franchisé ou par le franchiseur lui-même.

La principale difficulté tient au sort de la clientèle exploitée dans l'activité franchisée. En effet, bien souvent à l'expiration du contrat, l'ancien franchisé sera astreint, par une clause de non-concurrence, à ne pas divulguer le savoir-faire transmis (par une clause de secret).

Ainsi, on a pu se demander si la rupture, la cession ou la cessation du contrat de franchise n'entraînait pas cession du fonds de commerce de l'ancien franchisé et même si le franchisé était réellement un commerçant indépendant. A cette question, il nous paraît que l'arrêt de la Cour de Cassation en date du 3 juin 1982 (Jcp Cl 1984 - 14138) apporte une réponse définitive et satisfaisante pour l'économie même du contrat de franchise.

Cet arrêt considère dans le cas d'une concession de marque Honda Cycles et Motos que la cession du contrat à un autre concessionnaire n'entraînait pas la cession du fonds de commerce de celui-ci, alors même qu'il était constaté que la clientèle ne s'adressait au concessionnaire qu'en raison de sa qualité de concessionnaire de ladite marque et que cette clientèle se serait, par la suite, adressée au nouveau concessionnaire.

Nous sommes donc enclins à voir dans cette position claire de la Cour Suprême l'affirmation nette de l'existence d'un fonds de commerce appartenant au conces-

sionnaire (1) et de l'absence de cession du fonds malgré la vente de l'élément attractif de clientèle (2).

### L'existence d'un fonds de commerce chez le concessionnaire ou le franchisé

Dans l'espèce analysée, le concessionnaire Honda avait cédé son contrat de concession après sept mois d'exploitation à son successeur, avec l'agrément du concédant, contre reprise du passif accumulé et avait été embauché comme salarié du nouveau concessionnaire. Un an après, licencié par ce dernier, il réclamait le versement d'un prix pour cession de son fonds de commerce. En dépit des constatations de la Cour concernant la faible durée d'exploitation, l'existence d'un

passif et le caractère exclusif de l'attachement de la clientèle à la marque Honda, la Cour reconnaît au concessionnaire la qualité de propriétaire d'un fonds de commerce.

*«Attendu en second lieu que la Cour d'Appel a constaté que l'activité commerciale de Dulouard, propriétaire d'un fonds de commerce, provenait du fait qu'il était concessionnaire de la marque Honda et que la clientèle ne s'adressait à lui qu'en raison de cette qualité...».*

Les conséquences de cette affirmation, dans le domaine de la franchise, sont essentielles. En effet, beaucoup d'auteurs considéraient que la clientèle est l'élément essentiel du fonds ou même le fonds lui-même, ce qui a entraîné des prises de position douteuses quant à la propriété du fonds de commerce en franchise et à l'indépendance juridique du franchisé, sans parler des implications relatives au droit au bail (son droit de renouvellement), l'absence de droit sur la clientèle entraînant le défaut de propriété sur le fonds. Pour bien comprendre la position de la haute juridiction, il est utile de rappeler la notion même de fonds de com-

