

LA CLIENTELE ELEMENT PREPONDERANT DANS LA COMPOSITION DU FONDS DE COMMERCE

HAMADOUCHE ANIÇA

Maître assistante chargée de cours
Faculté de droit
Université MOULOUD MAMMERI
Tizi-ouzou

Introduction

Le fonds de commerce est un ensemble de biens qualifiés d'universalité, c'est un bien distinct, naît de l'unité de plusieurs éléments en vue d'une exploitation commerciale.

Toutefois aucun texte ne définit le fonds de commerce, c'est une notion délicate et difficile à appréhender, néanmoins en simplifiant, on peut la définir comme un ensemble de biens réunis et complémentaires auxquels s'ajoute une autre composante qui est la clientèle après l'avoir attirée.

Cette notion de fonds de commerce s'est bâtie autour d'une seule idée qui consiste à le considérer comme un tout tourné entièrement vers la création, la conservation et l'augmentation de la clientèle, quant aux autres éléments qu'ils soient de nature corporelle, tels que les marchandises, l'outillage ou de nature incorporelle tel que le droit au bail, le nom commercial, l'enseigne, ils n'ont pour objectif que le renforcement de cet élément incontournable qui est la clientèle, surtout dans un environnement concurrentiel en

permanente évolution car il constitue l'enjeu principal de toute activité commerciale.

Constitué de plusieurs éléments liés les uns aux autres avec une relation dialectique, ils sont aussi hiérarchisés pour former cette unité qui est le fonds de commerce. Si ce dernier est multidimensionnel, il n'en demeure pas moins que la clientèle est considérée comme la dimension la plus importante du fonds, sans laquelle celui-ci ne saurait exister, les autres viennent s'y greffer pour devenir complémentaires afin de former un ensemble cohérent et sans faille. On peut donc dire que le fonds de commerce est un ensemble complexe, composé, dont les éléments sont hiérarchisés, tous indispensables, complémentaires et enfin étroitement liés.

En France, bien que, la composante du fonds de commerce ne soit pas arrêtée par la loi du 17 Mars 1909^{*1}, néanmoins, celle-ci consacre la prédominance des éléments incorporels ; parmi les prédominants, la clientèle est l'élément irréductible du fonds, si non le fonds lui-même. Il est unanimement admis que la clientèle est inséparable du fonds de commerce : « il n'y a pas de fonds de commerce lorsqu'il n'y a plus de clientèle qui s'y trouve attachée. »^{*2}

Partant de ce principe, que la clientèle constitue l'élément déterminant dans de l'activité commerciale

^{*1} – voir loi du 17 mars 1909, dite loi cordelette sur la vente et le nantissement du fonds de commerce, D, P1909, IV, code de commerce ; edd. Dalloz 1993-1994

^{*2} com, 31 mai 1988. Bull. civ. IV, n° 180. voir Jacques Mestre, Emmanuel Putman et Dominique Vidal, les grands arrêts du droit des affaires, Dalloz, 1995, p. 181

et du fonds de commerce, il est donc indispensable avant de faire part des conséquences de cette proposition, de cerner au préalable la notion de cet élément essentiel, de recenser également les principales caractéristiques juridiques qu'elle doit revêtir pour révéler son rôle dans la création et l'existence même du fonds de commerce.

I- Notion de la clientèle commerciale :

La clientèle (C) est considérée par l'ensemble des spécialistes comme le principal fondement du fonds de commerce. Ce principe exige toutefois quelques précisions sur sa nature juridique, qui est une condition nécessaire à la qualification du fonds de commerce (B), et sur sa définition afin de la distinguer d'une catégorie voisine (A).

A/ Définition de la clientèle :

Etant l'élément essentiel du fonds de commerce, la clientèle ^{*3} n'est pas aisée à définir. En effet, aucune

^{*3} – il est utile pour tenter de clarifier la notion de clientèle, de se reporter au mot clientèle dans le « litré » ce qui nous permet de relever ce qui suit :

1- terme d'antiquité romaine, tous les clients d'un patron, la protection que le patron devrait à ses clients, la relation de clients à patron.

2- l'ensemble des personnes usant habituellement des services d'un homme de loi, il a peu de clientèle, grande clientèle.

3- l'ensemble des malades d'un médecin considéré comme une sorte de patron de ses malades par extension, l'ensemble des pratiques, des chalands, en parlant de ceux qui fréquentent un magasin, une boutique un établissement ouvert au public, une nombreuse clientèle »

Voir en ce sens Jean pierre sterlin, la clientèle du commerçant et les intermédiaires du commerce, thèse doctorat, université de paris, 1966 p9, voir aussi Laurence depambour- tarrid, les origines du fonds de commerce : l'apparition de la clientèle dans les sources parisiennes,

définition n'a été donnée, ni par le législateur algérien, ni même français, ce qui nous oblige à recourir à la position de la doctrine et de la jurisprudence. Il est néanmoins important de préciser que notre législateur, à l'opposé du législateur français, considère la clientèle non pas comme élément essentiel mais obligatoire dans la composition du fonds de commerce.^{*4}

Si la clientèle se définit comme l'ensemble des personnes qui se fournissent chez un commerçant ou qui entretiennent des rapports d'affaires ou d'intérêts ou qui ont recours à ses services^{*5}, l'achalandage quant à lui est constitué de personnes attirées par la situation géographique du local. Ce dernier aspect renvoie donc à une clientèle passagère qui n'offre aucun lien de fidélité au commerçant.

Le chaland n'est donc qu'un client occasionnel contrairement à l'ensemble des personnes que constitue la clientèle et lié au commerçant soit pour des raisons de confiance, d'habitude, de la qualité de son

revue historique de droit français. Extrait du vol 32 1985, sirey, p 332 et suiv.

^{*4} — « ... le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'achalandage... »

Voir article 72 al 2, ordonnance N°75-59 du 26 septembre 1975 portant code de commerce.

^{*5} — voir Pierre collomb, la clientèle du fonds de commerce, RTD com, N°1 janvier — mars 1979.

On ne peut a noté avis se contenter de cette définition bien large, si l'on considère le rôle important et essentiel. Que joue la clientèle dans le fonds de commerce. L'autre motif qui rend difficile la définition de la clientèle, c'est que cette dernière est changeante et ne reste pas identique, elle se renouvelle constamment. Des lors donner une définition à la clientèle, en prenant compte des divers aspects devient une tâche difficile voir même périlleuse, on ne peut donc que se contenter de la définition générale.

accueil ou de son travail^{*6} ou tout autre lien permettant une fidélité.

Enfin, on peut dire que si la clientèle regroupe les personnes attirées par des facteurs personnels déterminants, l'achalandage regroupe quant à lui, les personnes attirées par des facteurs matériels du fonds de commerce^{*7}.

Il est à noter qu'en France, la loi 17 Mars 1909^{*8} rapproche les deux notions que sont la clientèle et l'achalandage, sans toutefois préciser s'il s'agit de synonymes ou bien au contraire il convient de les distinguer. Cependant, une partie de la doctrine^{*9} s'attache à mettre en exergue la distinction entre les deux notions. Ainsi si la clientèle est une réalité, l'achalandage serait une potentialité.

De manière plus précise, la clientèle est constituée par un ensemble de personnes en relation d'affaires avec un commerçant, l'achalandage représente la potentialité de développement du fonds de commerce par un accroissement de sa clientèle^{*10} en conclusion de cette distinction entre ces deux notions est que la clientèle est la résultante de l'achalandage et la réalisation d'une potentialité économique^{*11}.

^{*6} - Voir en ce sens Jean pierre clavier, François Xavier Lucas, Droit commercial, éd Flammarion 2003 pp 134 et 135

^{*7} - Voir Louis Emilia, essai d'une théorie générale de la clientèle, thèse doctorat, Montpellier 1907, p52 et suivi

^{*8} - Voir article 1 al 2 et sut 9, al 1 et 3.

^{*9} - Voir aussi en ce sens Me Malauzat, rapport sur le 60ème congrès des notaires de France, Strasbourg 1962, p24.

^{*10} - Voir M Rotondi, la nature juridique de l'achalandage Annuaire de droit commercial, 1970 p 137.

^{*11} - Voir Mr Malauzat op. cit. P 24 et Rotondi, article précité p 137. Il est a noté qu'il n'existe aucune distinction entre la clientèle et l'achalandage en droit commercial Algérien, le législateur considère l'achalandage tout comme la clientèle comme deux éléments

B/ Nature juridique de la clientèle :

Sur le plan juridique, un fonds de commerce n'a sa raison d'être que s'il dispose réellement d'une clientèle commerciale. Etant un élément essentiel du fonds, la clientèle se présente sous plusieurs différents aspects, d'où la difficulté de la qualifier juridiquement.

« La notion moderne est essentiellement caractérisée par l'idée d'utilité économique...la clientèle présente indéniablement un tel caractère, car en son absence l'exercice d'une activité commerciale ou libérale ne peut être profitable...mais d'autre part, notre droit consacre le principe de la liberté de concurrence, ce sont ces constatations contradictoires de l'utilité économique, du caractère de richesse de la clientèle et avant tout un ensemble d'individus que l'on ne peut contraindre, ... et qui rendent malaisée la qualification juridique de la clientèle »^{*12}

La loi du 17 Mars 1909 présente la clientèle parmi d'autres éléments du fonds de commerce qui eux sont incontestablement considérés comme des biens mais la clientèle peut-elle aussi être qualifiée de bien ? La réponse est bien évidemment négative.

Il est à noter, que la clientèle d'une personne qui exerce une profession, ne peut être considéré comme un bien que si elle est susceptible de transmission et si,

obligatoires dans la composition du fonds de commerce voir article 78 al 2 du code de commerce.

أنظر كذلك فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الأول، المحل التجاري، عناصره طبيعته القانونية والعمليات الواردة عليه EDik 2001، ص 16.

^{*12} – Yves serra obligation de non concurrence dans le droit des contrats, éd Sirey, 1970. p 121

à ce titre elle a une valeur pécuniaire ^{*13}. S'agissant d'une clientèle organique, c'est dire une clientèle liée par des contrats, celle-ci est transmise avec le fonds. En réalité ce sont ces contrats qui ont une valeur patrimoniale et qui sont cédés avec le fonds de commerce, ce qui n'est pas le cas pour les clientèles habituelles et plus encore la clientèle de passage qui sont dépourvues de cette valeur ^{*14}. Dans ce cas la, qu'est ce qui est transmis?

Prenons à titre d'exemple, le cas de la vente du fonds de commerce, dans cette situation la clientèle n'est pas transmise car ce qui a une valeur patrimoniale c'est uniquement le droit pour l'exploitant du fonds de commerce de se faire payer au cas où il céderait son fonds, aussi le double engagement de ne pas se rétablir pour le concurrencer et de le présenter à son ancienne clientèle en invitant celle-ci à lui conserver sa confiance. C'est ce droit qui est un bien et un élément du patrimoine ^{*15}. Il y a lieu tout de même de rappeler que la clientèle est constituée de personnes, de femmes et d'hommes libres.

Le commerçant ne possède aucun droit afin de recourir à une contrainte pour obliger une clientèle à venir s'approvisionner chez lui ou à recourir à ses services. Des lors que cette clientèle est incessible, elle devient de fait extra patrimoniale et à partir de ce principe, la clientèle ne serait être qualifiée ^{*16}.

^{*13} P Julien les clientèles civiles, remarques sur l'évolution de leur patrimonialité RTD civil n°1, 1963, p 214. voir aussi P Collomb, la clientèle du fond de commerce, op. cit. p 22.

^{*14} – voir P Collomb, la clientèle du fond de commerce, op cit p 22.

^{*15} – voir P Collomb, la clientèle du fonds de commerce .op cit p 28.

^{*16} – Voir R Savatier, avènement et dépassement de la théorie juridique du fonds de commerce, in liber amicorum Baron Frederique 1965 t2 . p 17.

Devant l'impossibilité de qualifier de bien la clientèle, les auteurs ont essayé de l'assimiler à la notion de valeur afin de justifier sa patrimonialisation, mais cette qualification a montré ses insuffisances, aboutissant même à un échec, pour la simple raison que cette notion de « valeur » ne trouve aucune définition ni de place sur le plan juridique^{*17}. La notion de valeur, n'est en fait qu'une sorte d'application de la comptabilité dans le droit des biens.

Nous concluons, sur la nature juridique de la clientèle, par dire que si cette dernière est rebelle à toute qualification, de bien ou même de valeur, il reste donc à préciser ce qu'elle représente réellement « la clientèle est un fait économique, dont les avantages sont à celui qui possède les supports pour sa cohésion^{*18} » par conséquent il est normal que sa constatation relève du pouvoir souverain du juge du fonds.^{*19}

C/ La clientèle élément nécessaire au fonds de commerce :

La clientèle est plus qu'un simple élément du fonds de commerce, elle en est même sa condition d'existence^{*20} ou sa raison. Dans la législation, elle est considérée comme un élément du fonds de commerce, au même titre que les autres éléments le composant, tels que le nom commercial, l'enseigne ou même le bail. En revanche, dans la jurisprudence, elle est depuis

^{*17} – Voir Y. Serra op. cit, p 118. la notion de valeur est une notion économique et non juridique.

^{*18} – P- Leclercq, les clientèles attachées à la personne. thèse doctorat, 1965. p119.

^{*19} – Voir p. Collomb op.cit p 29.

^{*20} – le fonds de commerce ne peut exister sans la clientèle, c'est ce qui a été jugé : cass, Ass plén 24 avril, 1970, Voir Jean pierre Clavier, François Xavier Lucas, Op .cit. p 135.

longtemps l'élément le plus important, celui sans lequel le fonds ne saurait exister. Ainsi, la présence seule de cet élément suffit à le constituer. La cour de cassation n'hésite pas à promouvoir la clientèle au rang d'élément essentiel du fonds de commerce^{*21}.

Quand a la position de la doctrine, cette dernière à exalter la clientèle, la portant à un rang très haut pour être plus qu'un élément essentiel, mais le but même du fonds de commerce^{*22}. Par son caractère indispensable, il en résulte de cet élément, que sa disparition entraîne obligatoirement « la mise à mort » du fonds, de même, il n'y a pas de vente ou d'apport en société ou de location d'un fonds de commerce, si la clientèle n'est pas cédée. Cependant, si sa cession est essentielle pour qu'il y ait cession du fonds de commerce, il n'est pas nécessairement obligatoire que l'acte de vente du fonds cite expressément la clientèle, il suffit que cet élément soit implicitement compris dans le contrat^{*23}.

Il est tout de même important de signaler que si la clientèle est véritablement le critère fondamental du fonds de commerce, on ne pourrait donc parler du fonds qu'à partir de l'instant où cette clientèle est

^{*21} – Requ , 15 Février, 1937, D 1938, 13. note Cordonnier, com 29 mai 1953, JCP, 1953.11.7720, observe Cohen. voir Jacque Mestre, Emmanuel Putman et Dominique Vidal op.cit p 181, Voir aussi Paul Didier, A quoi sert le concept de la clientèle 2004. p.339 in liber amicorum de Jean Calais Aulay.

^{*22} – A noter que la grande majorité de la doctrine s'est rangée à ce courant de pensée Thaller est le 1^{er} à avoir affirmé la clientèle du fonds de commerce comme l'élément prépondérant, aussi comme unique élément. Voir J Pierre Stérin. Op. cit. p71.

^{*23} – Com , 26 Janvier 1976 , D 1976 Somm, 3ce , voir RTD Com, n° 2 Avril –Juin, 29 année 1976. p34. Voir aussi jugement du tribunal de la Seine du 23 décembre 1957 et l'arrêt de la cour de Paris du 4 Novembre 1963, Voir R.T.D com n° 3 Juillet, Septembre 24eme année 1971. p. 651.

constituée. A ce titre, cela suppose que l'on devrait attendre plusieurs mois, à savoir le temps nécessaire pour que le commerçant puisse réellement prétendre à l'existence d'un fonds, de son fond de commerce.

Néanmoins, l'opinion dominante estime que le fonds existe ou apparaît dès le début de l'activité commerciale par l'ouverture du magasin. Ainsi, peut-on s'en tenir à l'ouverture ou la fermeture du magasin pour conclure à l'apparition ou à la disparition du fonds. Il est important, tout de même, de signaler que l'ouverture du magasin au public constitue le premier signe du commencement de l'exploitation « même avant les premiers rapports avec les clients, il y a clientèle, c'est-à-dire possibilité de rapport »^{*24}

Etant reconnu comme l'élément essentiel du fond s de commerce, l'élément sans lequel le fonds ne saurait exister, par conséquent une question s'impose, la clientèle suffit-elle à elle seule pour garantir la création d'un fonds de commerce ? En réalité, si la clientèle ne peut suffire à elle seule pour caractériser le fonds de commerce, c'est parce qu'elle ne peut être l'élément unique. Celle-ci ne peut se concevoir sans un support^{*25}.

La clientèle n'existe que par rapport à un objet fourni ou un service rendu^{*26}, ce qui nous amène à dire que le fonds de commerce n'existe en tant que bien

^{*24} — Jean Derrupe, Fonds de commerce et clientèle, études offertes à Alfred Jauffret .Faculté de droit et sciences politiques d'aix .Marseille .décembre 1973 p 235, certains auteurs vont plus loin et voient que les rapports futurs sont suffisants. Dans ce cas, pas besoin d'exiger l'ouverture au public, Voir en ce sens aussi Paul Didier, droit commercial T 1, 1970 p 653.

^{*25} — ce support peut être matériel tels que l'outillage ou incorporel tel que, la marque, l'enseigne

^{*26} — Voir en ce sens Jean Derrupé, op. cit p 242 et 243.

susceptible d'appropriation ou de cession que si l'élément essentiel qui le constitue est maintenu par un ou plusieurs éléments corporels ou incorporels^{*27}.

En réalité, ces éléments, constitutifs du support de la clientèle, sont variables d'un fond à un autre, selon l'activité exercée par le commerçant^{*28}.

Par conséquent, il paraît donc impossible de dégager un support nécessaire et commun à tous les fonds de commerce.

Il est important de constater que dans certains fonds de commerce un lien étroit s'établit entre la clientèle et l'élément du support d'où la tentation de le considérer à lui seul comme l'élément essentiel du fonds et non la clientèle.

II- Les conditions d'existence d'une clientèle commerciale :

Partant de l'idée que la clientèle est l'élément essentiel du fonds de commerce, il faut cependant pour que celle-ci constitue son élément déterminant et qu'elle présente les caractéristiques essentielles d'une clientèle commerciale.

^{*27} – c'est ce qui ressort à la lecture de l'article 78, al 3 du code de commerce, op. cit « ...il comprend aussi sauf disposition contraire, tout autre bien nécessaire à l'exploitation du fond tels que l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, le matériel, l'outillage, les marchandises, le droit à la propriété industrielle et commerciale.

^{*28} – il est important de noter que dans beaucoup de fonds de commerce, l'emplacement du local est primordial, pour d'autre, la clientèle provient de la marque créée par le commerçant, ainsi la clientèle est attachée aux éléments du fonds de commerce qui en constituent les signes de ralliement, voir en ce sens, Michel Riou, le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux, thèse doctorat, Paris 12 juin 1952, p 393 et 394.

La clientèle doit être réelle et certaine (A) mais aussi personnelle au commerçant (B), enfin elle doit être de nature commerciale pour la différencier des clientèles civiles (C).

A/ Le caractère réel et certain de la clientèle :

C'est le premier caractère exigé par la jurisprudence. Il ne peut y avoir de fonds de commerce, que si la clientèle est réelle et certaine^{*29} autrement dit une clientèle qui serait potentielle ou virtuelle, et qui se réduirait qu'à un simple achalandage ne suffirait à elle seule à caractériser l'existence d'un fonds de commerce. Pour la considérer comme telle, la clientèle doit exister, pour être le support du fonds de commerce. Pour la cour de cassation^{*30}, c'est l'existence d'une clientèle réelle, qui constitue le critère déterminant de la date de création du fonds^{*31}. Par ailleurs, il est quasiment impossible de donner un fonds de commerce en location-gérance, si la clientèle ne préexiste pas au commencement de l'exploitation, car le fonds n'existe pas encore au moment de son ouverture^{*32}. Cette condition est indispensable car si elle existe des les premiers jours de l'ouverture, le fonds existe, sinon il n'est réputé être créé que le jour où la clientèle fait son apparition et se manifeste

^{*29} – com , 27 Février 1973, D, 1974,283,note Derruppé.Voir Jaques Mestre,Emmanuel Putmman,Dominique Vidal,les grands arrêts du droit des affaires, Op. cit, P 183.

^{*30} Voir Françoise Dekever – Deffossez Droit commercial 8^{ème} édition Montchrestien .p. 252 n° 297

^{*31} – Jean – Pierre Clavier, françois – Xavier lucas, op. .cit p. 135.

^{*32} – Com, 27 Avril 1976, D 1976, IR 208, par cette décision de la cour de cassation rejoint Ripert qui, affirmant que le fonds de commerce n'est rien d'autre que le droit à la clientèle, Voir Françoise Dekever – Deffossez op. cit. .p. 252 n° 297

clairement par des actes commerciaux ou de transactions.

La quantité ne constitue pas un critère, la clientèle peut exister même composée d'un nombre réduit de clients. L'exploitation d'un fonds de commerce ne se détermine pas par un nombre avec un seuil, un seul client peut suffire^{*33}.

Le principe, selon lequel la clientèle doit être réelle et certaine, et non potentielle ou virtuelle est affirmé avec force, par certain auteurs, le rejet d'une clientèle potentielle ou virtuelle découle du même principe qui rejette hors champs d'application de la loi du 17 mars 1909 le fonds de commerce futur^{*34}.

Néanmoins, une exception a été faite en jurisprudence, pour admettre qu'une clientèle puisse préexister à l'ouverture du fonds de commerce au public. Cette solution a été adoptée à propos de l'exploitation des stations services^{*35}.

De même la disparition de la clientèle, causée par l'arrêt de l'exploitation entraîne la disparition du fonds, ce qui implique qu'un fonds qui n'est pas

^{*33} - Cass., Com, 7 Décembre 1965, Bull, Civ., III, n° 630. Cass, Com, 10 Juin, 1986, Bull Civ IV, N° 121

Voir F. Lemeunier, le Fonds de commerce, 16 édition Delmas, 2004, p 14.

^{*34} - alors que le droit Civil permet ou admet qu'une chose future puisse être l'objet d'une obligation.

^{*35} - Voir, Com 27 Février 1973, D 1974, P 283 note Derruppe, Com, 1 Février 1984, Bull Civ. IV n° 52 p 43.

La cour de cassation a retenu la position, des compagnies pétrolières qui considéraient qu'elles confiaient la location gérance d'un fonds de commerce car la clientèle était déjà existante attachée au renom de la marque et la qualité des installations mises en place, les gérants des stations services ne créeraient par leur clientèle, ils exploiteraient celle des compagnies pétrolières, Voir en ce sens Arnaud Lecourt Droit des affaires ddi, Ellipses, 2006 p 105.

exploité pendant un certain temps et qui se reconstitue, quelques temps après ne peut être considéré que comme un nouveau fonds de commerce^{*36}.

Aussi, le changement d'activité, est assimilé à la disparition du fonds de commerce, dans le cas où un tel changement a pour effet de substituer une nouvelle clientèle à la clientèle originaire^{*37}.

En conclusion l'existence de la clientèle du fonds de commerce est une question de fait soumise à l'appréciation souveraine des juges de fonds^{*38}.

B/Le caractère autonome et personnel de la clientèle :

S'il est unanimement admis que la clientèle est un élément essentiel du fonds de commerce, il est cependant exigé de celle-ci qu'elle soit personnelle, autrement dit, elle doit appartenir à l'exploitant juridique du fonds de commerce^{*39}.

Pour qu'elle soit personnelle au commerçant, il est indispensable qu'elle résulte de la mise en œuvre des éléments de son fonds ou de son entreprise^{*40}.

Aussi pour qu'un commerçant soit considéré comme propriétaire d'un fonds de commerce qu'il exploite, il ne suffit pas qu'il ait la jouissance de la

^{*36} – Sauf si les événements particuliers permettent de conclure la permanence de l'ancien fonds, durant ce délai comme dans le cas de la guerre, le cas de la refaction des bâtiments d'un hôtel.

^{*37} – Voir Olivier Barret, les contrats portants sur le fonds de commerce, LGDJ, p17.

^{*38} – Cass., 3^{ème} Civ., 22 Mai 1968, Demoiselle Desplanques C/Epx Lambron : Bull. Civ. III N° 230, Voir Jean Pierre Clavier, François – Xavier Lucas. op. cit. p. 1363.

^{*39} – Civ., 29 Juillet 1952, D 1952, P 737, Voir Jean Lagadec, Droit commercial et des affaires, wibert 2007, n° 200.

^{*40} – voir Bernard Saintourens, Droit des affaires, edd Pug 1997, p. 122.

clientèle qu'il exploite, que cette clientèle soit aussi autonome au fonds considéré^{*41}.

C'est la aussi, un caractère très difficile à déterminer. Ce caractère peut faire défaut, chaque fois que l'exploitation est dépendante d'une autre entreprise, seule titulaire de la clientèle considère. L'intéressé se retrouve dans ce cas la, à exploiter la clientèle d'autrui.

Le problème peut se poser dans divers situations d'exercices de commerce, plus précisément deux hypothèses peuvent être distinguées : la dépendance est matérielle lorsque l'activité est exercée au sein d'un autre établissement, c'est ainsi que la jurisprudence dominante dénie aux buffets de la gare, la qualité de fonds de commerce, parce que la clientèle appartient en réalité à la société de transport ferroviaire, il est de même pour les buvettes des hippodromes^{*42}, des stades, ou les bars installés dans les théâtres.

La dépendance est juridique, lorsqu'elle est organisée par un accord de distribution intégrée, comme c'est le cas dans les contrats de concession ou de franchise, dans cette hypothèse, le franchiseur fixe les modalités d'exercice du commerce et garantie l'attrait de la clientèle par la notoriété de sa marque ou l'enseigne de son réseau, des lors, le franchisé a-t-il une clientèle personnelle ou bien profite-il de la clientèle du réseau de distribution autrement dit du

^{*41} —voir Aristid Levi, Fonds de commerce, Lamy droit commercial edd, 2008, p. 117.

^{*42} — Voir arrêt de la cour, du 25 Oct. 1948, une même solution avait été donnée par le conseil d'état dans son arrêt du 28 Avril 1965 in RTD Com N° 3 et ce Juillet – Décembre P 674, Voir aussi Cass. ass, plen 24 avril 1970, D, 1970 p 381, JC P : 1970, p, 381, JCP, 1970, II, 16489, notre Boccara a propos d'un commerce dans l'enceinte d'un supermarché, Voir Bernard Saintouren . op. , cit p 122.

franchiseur^{*43}. La jurisprudence est favorable aux concessionnaires et aux franchisés^{*44} et leur reconnaît une clientèle personnelle.

Une solution diamétralement opposée a été adoptée par la cour d'appel de Paris^{*45} en exigeant du locataire franchisé ou concessionnaire d'apporter la preuve qu'il détient une clientèle propre, liée à son activité en raison de la marque du franchiseur ou du concédant pour lui reconnaître un fonds de commerce propre.

Dans ces différentes hypothèses, il a refusé au commerçant sa revendication de disposer d'une clientèle propre à lui, et qu'il ne faisait que profiter de la clientèle appartenant à un autre commerçant, le franchiseur, le concédant, le loueur de station service, la galerie marchande etc....

Quant à la question de savoir si le concédant ou le franchisé est titulaire d'une clientèle propre, l'incertitude a été dissipée par un arrêt de la cour d'appel de Paris^{*46}, qui a fini par reconnaître au franchisé une clientèle autonome et distincte de celle

^{*43} – Voir annie Chamoulaud – Trapiers, Droit des affaires 2^{ème} édition Breal p 104 et 105.

Cette question a été soulevée pour savoir si les franchises bénéficient du statut des baux commerciaux.

^{*44} – Jean Pierre Clavier- François – Xavier Lucas Op cit p 136.

^{*45} – arrêt de la cour d'appel de Paris du 06 Février 1996, Sté Paris, Sud location C/Dame Agopyan, Defrenois 1996, P 926, Voir en ce sens Arnaud Lecourt, op.cit p 107.

^{*46} – Cour d'appel de Paris, 16^{ème} Ch. A, 04 Octobre 2000, Nicogi C/sa le Gran Vie, JCP, 2000, II, 104 67 note Boccara., voir Bernard saintourens. op.cit p128

du franchiseur, et de ce fait il pouvait bénéficier du statut des baux commerciaux^{*47}.

- C/ Le caractère commercial de la clientèle :

Afin de constituer le support fondamental d'un fonds de commerce, la clientèle doit présenter un caractère commercial. Aussi elle doit être attachée à une personne ayant la qualité de commerçant et provenant d'une activité commerciale^{*48}.

Cependant l'évolution de la jurisprudence au sujet des clientèles civiles a considérablement modifié cette perspective depuis que la cour de cassation a reconnu l'existence et la possibilité de cession des clientèles civiles^{*49}. Depuis, il n'est plus possible de réduire la clientèle à une unique nature commerciale. La notion de clientèle est donc reconnue comme le constituant du fonds artisanal, et les membres des professions libérales sont eux aussi titulaires sur leur clientèle, d'un droit patrimonial et propriétaires d'un fonds libéral qui apparaît au moins à certains égards, comme l'équivalent du fonds de commerce^{*50}.

^{*47} – cette décision a apaisé les inquiétudes que l'arrêt du 06 Février 1996 n'avait pas manqué de faire naître chez les concessionnaires et les franchisés.

^{*48} – Voir J Derruppé, op. Cit n° 19 cour d'appel de Pau, 30 Mars 1960, Gaz, pal tables 1960- 1965 .voir Renaud SALamon Précis de droit commercial éd PUf année 2005 p 85.

^{*49} – Cass., Civ. 1^{ère} 7 Novembre 2000, D, 2001, P 2400, note Auguet JCP 2D e 2001 ? p 419 ? note loiseau , Dfrenois, 2001, P 431 , note libchaber , 19 Nov 2002, D 2003, IR, P 43, Voir Arnaud lecourt op, cit, p. 106.

^{*50} – Voir Bruno Pelit, Droit commercial , 3^{ème} édition Litec2005, p 65.

Conclusion :

Les notions de fonds de commerce et de ses éléments constitutifs, notamment la clientèle, sont complexes et difficile à déterminer exactement la place et l'importance de chacun. Toutefois la primauté du client dans toute transaction ne fait aucun doute.

Ainsi déterminer la place de la clientèle dans le fonds de commerce et préciser le rôle qu'elle joue dans sa création est le but de cette étude.

Que la clientèle soit un élément indispensable à la création du fonds de commerce est une question indiscutable, la jurisprudence n'a pas hésité à promouvoir la clientèle au rang d'élément essentiel du fonds, élément sans lequel le fonds ne saurait exister. La grande majorité des doctrines s'est rangée du côté de ce courant de pensée. Il en résulte de cela que la disparition de la clientèle entraîne nécessairement celle du fonds, la clientèle est attachée au fonds lui-même et non au matériel, dont la cession ne peut entraîner cession de la clientèle.

Cependant une clientèle potentielle ne suffit pas à caractériser un fonds de commerce, en revanche le nombre de client est totalement indifférent.

Une clientèle embryonnaire constitue un élément indispensable du fonds mais pour cela, elle doit être réelle et certaine, ce qui implique finalement un début d'une exploitation.

Aussi, si la clientèle est un élément essentiel du fonds de commerce, cependant elle ne peut se concevoir de manière totalement isolée, il est inconcevable d'ignorer ou ne pas prendre en considération les autres éléments qui permettent la recherche, le maintien et surtout l'accroissement de cette clientèle ce qui explique que certains fonds de commerce sont très différents les uns

des autres, aussi cela implique la prépondérance de tel élément dans tel fonds de commerce n'aura qu'une importance relative dans un autre fonds de commerce.

Il est donc objectif de considérer la clientèle comme l'âme du fonds et jouant un rôle prépondérant dans sa vie économique, du fait que c'est cette même clientèle qui alimente les bénéfices du titulaire du fonds.

Par ailleurs, si la clientèle fait vivre le fonds de commerce, cependant elle n'a, en fait, pas la valeur, car comme nous l'avons cité précédemment, la clientèle est mouvante et trop liée aux qualités du commerçant pour que l'on puisse parvenir à une appréciation suffisante de la prospérité du fonds et sa valeur vénale.

Nous terminons par affirmer que malgré son importance, la clientèle ne détermine que la valeur professionnelle du commerçant.

Par contre, l'achalandage peut servir de base pour apprécier la valeur d'un fonds de commerce. En effet, il ne comprend que les éléments stables de la clientèle qui vient au fonds soit en raison de sa renommée soit en raison de son confort.

Pour ces raisons et pour d'autres que nous ne saurions énumérer, ce fonds est assuré de maintenir, de conserver cette partie fidèle de sa clientèle.