

## CONTRAT - RESPONSABILITE - ASSURANCE

# L'opération de cession de clientèle civile après l'arrêt du 7 novembre 2000 : dorénavant, on fera comme d'habitude

par Yves Serra

Professeur à l'Université de Perpignan

## L'ESSENTIEL

*Les engagements personnels souscrits par le cédant constituent, aujourd'hui comme hier, les éléments essentiels de l'opération de cession de clientèle civile.*

A l'évidence, en jugeant le 7 nov. 2000 (D. 2000, IR p. 290) que « la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, n'est pas illicite... à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient... », la première Chambre civile de la Cour de cassation a voulu rendre un arrêt qui ne passerait pas inaperçu. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer que pour rendre cette décision de rejet, relative à l'annulation d'une convention de cession de clientèle médicale, la Cour de cassation aurait pu se borner à relever que les juges du fond avaient souverainement constaté que, en l'espèce, la liberté de choix des patients n'était pas respectée.

Il convient aussi de rappeler que la question de la patrimonialisation de la clientèle civile a reçu aujourd'hui, pour l'essentiel, des réponses satisfaisantes et que la légitime préoccupation des membres des professions libérales de patrimonialiser leur clientèle a été globalement prise en considération par le droit. Autrement dit, aucun impératif n'appelait de manière pressante l'abandon des solutions prétorienne généralement appliquées en la matière.

Rendu pour être remarqué, l'arrêt du 7 nov. 2000 a atteint son objectif, au moins sur ce point, dans la mesure où de nombreux commentaires ont accompagné la publication de cette décision (V. notamment la riche et lumineuse étude de M. T. Revet à laquelle la présente chronique emprunte beaucoup, RTD civ. 2001, p. 167 ; V., aussi, M.-C. Chemtob, Cession de clientèle médicale : licéité sous réserve du respect de la liberté de choix du patient, Contrats, conc., consom. 2001, chron. n° 7 ; N. Dorandeu, Droit et procédures, 2001, n° 2, p. 100 ; L. Leveneur, Contrats, conc., consom. 2001, n° 2, p. 12 ; J. Mestre et B. Fages, RTD civ. 2001, p. 130 ; J. Rochefeld, JCP éd. E 2001, I, n° 301, n° 16 ; F. Vialla, JCP 2001, II, n° 10452).

Manifestation d'intérêt bien compréhensible car le problème de la patrimonialisation de la clientèle civile concerne le droit des biens dans ce qu'il exprime de plus novateur et le droit des personnes dans ce qu'il a de plus fondamental. Il convient cependant d'observer que si les commentateurs s'accordent pour qualifier cette décision de revirement de jurisprudence, celle-ci, en revanche, a suscité des réactions diverses allant de l'applaudissement à la réserve. On peut estimer surtout que cet arrêt ne modifiera pas fondamentalement l'opération de cession de clientèle civile (I) dont la validité n'est admise que sous condition (II).

I - Beaucoup d'obscurité serait dissipée si l'utilisation du terme clientèle dans le vocabulaire juridique s'accompagnait toujours de l'indication du sens dans lequel il doit être entendu. La clientèle peut, en effet, soit viser les clients, « un peuple d'hommes et de femmes », selon la formule du Doyen R. Savatier, soit désigner le facteur attractif de clientèle, les éléments attractifs de clientèle.

Cette dernière signification se révèle bien évidemment la seule acceptable lorsqu'on envisage la cession de la clientèle et elle est retenue aujourd'hui par la doctrine dominante (V. F. Zenati, RTD civ. 1991, p. 560).

Une telle conception de la notion de clientèle s'harmonise parfaitement avec les principes du droit de la concurrence et, en particulier, avec celui de la liberté de la concurrence et son corollaire, la licéité du dommage concurrentiel. Les entreprises ne peuvent prétendre s'approprier leurs marchés et en interdire ainsi l'accès aux autres concurrents. Comme le rappelle périodiquement la jurisprudence, « une société ne peut se prévaloir d'aucun droit privatif sur ses clients » (CA Paris, 5 mars 1987, D. 1988, Somm. p. 180).

Le droit de la concurrence organise en revanche la protection des éléments attractifs de clientèle isolés ou regroupés dans une universalité. Il ne faut cependant pas se leurrer : si la cession de la clientèle entendue des clients est impossible, c'est quand même le volume des relations d'affaires établies avec ces clients qui détermine la valeur des éléments attractifs de clientèle quels qu'ils soient (fonds de commerce ou droit de présentation dont la valeur est calculée en fonction du chiffre d'affaires représentatif des relations nouées avec les clients). La question centrale en matière de cession de clientèle réside donc dans la possibilité pour les éléments attractifs de clientèle de faire l'objet d'une cession. Tel est généralement le cas des éléments attractifs de la clientèle commerciale qui sont réunis dans le fonds de commerce.

En revanche, pour la clientèle civile, celle-ci est souvent représentée par un élément attractif personnel résidant dans la confiance que les clients placent dans le professionnel libéral, dans les qualités morales et techniques de ce dernier. Or cet élément attractif personnel - la capacité professionnelle au sens large - ne peut, à strictement parler, faire l'objet d'une cession. Pour autant, il est possible de réaliser la patrimonialisation de cet élément attractif personnel par la mise en oeuvre de ce qui est

généralement qualifié de « droit de présentation ». La patrimonialité ne suppose pas nécessairement l'aliénabilité.

Il convient cependant de distinguer selon le mode d'exercice de la profession. L'exercice de l'activité professionnelle libérale dans le cadre d'une société civile professionnelle ou d'une société d'exercice libéral rend aisée la patrimonialisation de la clientèle civile. On sait, par exemple, que la loi du 29 nov. 1966 prévoit la possibilité de réaliser des apports de droits incorporels et que, selon les décrets d'application relatifs aux diverses professions, peut faire l'objet d'un apport à une société civile professionnelle « le droit pour un associé de présenter la société comme successeur à sa clientèle ».

Ainsi, la valeur patrimoniale de la clientèle s'exprime à travers les droits sociaux dont la cession ne soulève pas de difficulté. Lorsque l'exercice de la profession a lieu sous forme individuelle, la patrimonialisation de la clientèle civile, de l'élément attractif personnel, a soulevé plus de difficulté. On connaît à cet égard la jurisprudence traditionnelle qui, considérant que la confiance personnelle n'est pas dans le commerce et que les clients disposent d'une totale liberté, a sanctionné par la nullité les conventions de cession de clientèle civile en application de l'art. 1128 ou de l'art. 1131 c. civ.

Mais on sait aussi que les tribunaux ont admis, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, la possibilité pour un professionnel libéral de monnayer différents engagements pris envers un confrère de le présenter à sa clientèle et de ne pas le concurrencer ; les ordres professionnels proposant des contrats types pour réaliser une telle opération qui est effectuée de manière courante aujourd'hui. C'est par le biais de ce droit de présentation qu'une patrimonialisation a pu être réalisée. Comme l'a indiqué la Cour de cassation « le droit - pour un professionnel - de présenter un confrère à sa clientèle constitue un droit patrimonial... » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 1995, D. 1995, Jur p. 559, note B. Beignier).

Des diverses analyses qui viennent d'être présentées on peut en déduire que l'essentiel de l'apport de l'arrêt du 7 nov. 2000 réside dans l'abandon du principe de l'illicéité de la cession de la clientèle civile et, par là, dans l'affermissement de la patrimonialité de cette clientèle, particulièrement dans l'hypothèse d'exercice individuel de la profession.

Il reste que, techniquement, l'opération de cession de la clientèle civile devrait continuer à se dérouler selon le même processus. Il ne pourra s'agir de l'aliénation de l'élément attractif personnel de la clientèle mais de la souscription d'engagements personnels de faire et de ne pas faire, obligation de présentation et obligation de non-concurrence. Et ce n'est surtout pas la référence faite, maladroitement, par l'arrêt du 7 nov. 2000 à l'existence d'un fonds libéral, envisagé comme une réplique du fonds de commerce, dont la clientèle serait un élément constitutif, qui modifiera la nature de l'opération de cession de la clientèle civile.

Cela étant, si la cession de la clientèle est déclarée en principe licite par l'arrêt du 7 nov. 2000, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix des clients.

II - Cette référence à la liberté de choix des clients était déjà antérieurement exprimée par la jurisprudence pour justifier le

caractère hors du commerce de la clientèle civile entendue des clients. La persistance de cette exigence se comprend mal dans la perspective nouvelle de l'affirmation du principe selon lequel la cession de clientèle civile - des éléments attractifs de clientèle - est désormais licite. On pourrait même redouter que l'accroissement de la sécurité juridique inhérent à la reconnaissance de la licéité de la cession de la clientèle civile soit pour partie entamé par la condition dont la Cour de cassation a assorti ce principe. Condition d'autant plus inquiétante que sa vérification est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Surtout, cette nécessité de la sauvegarde de la liberté de choix des clients apparaît en contradiction avec l'analyse de l'opération de cession de la clientèle dont la finalité principale vise à guider, à influencer et à orienter les clients et donc à limiter la liberté de choix de ces clients dans ce qu'elle a de plus sensible, c'est-à-dire dans la perspective des comportements d'habitude ; liberté de choix qui se trouve déjà restreinte dans l'absolu pour des raisons de contrainte géographique et de défaut de transparence de l'offre.

Le véritable rôle de l'obligation de non-concurrence souscrite par le cédant de la clientèle civile s'avère particulièrement révélateur à cet égard.

Opération par essence aléatoire, la cession de clientèle ne saurait donner naissance à une obligation de garantie dont l'obligation de non-concurrence serait la traduction. En réalité, par cette obligation, l'ancien titulaire de la clientèle ne garantit pas la fidélité des clients, il s'engage seulement à ne plus solliciter cette clientèle.

L'obligation de non-concurrence, en rendant les clients « orphelins » du cédant, tend alors surtout à favoriser activement la probabilité de la continuation de la fréquentation du poste professionnel. Elle s'inscrit ainsi plus dans le cadre de la « délivrance » de la clientèle que dans celui de la garantie. Obligation négative, l'obligation de non-concurrence joue un rôle éminemment positif pour le report de la clientèle.

Cette exigence de sauvegarde de la liberté de choix des clients se révèle enfin peu en harmonie avec diverses réglementations en constant développement qui viennent exclure ou réduire la liberté de choix des clients.

C'est ainsi que, à côté des professions libérales qui bénéficient d'un monopole ou d'un quasi-monopole, se multiplient aujourd'hui des dispositions émanant des pouvoirs publics qui limitent la liberté de choix des clients ; tel est le cas, par exemple, de l'instauration de médecins référents.

Aussi, à la réflexion, ce n'est pas tant la liberté de choix des clients qu'il conviendrait de respecter lors de la cession de la clientèle que la transparence de l'opération pour permettre aux clients d'effectuer un choix certes guidé mais éclairé.

En définitive, bien que qualifié de revirement de jurisprudence, l'arrêt du 7 nov. 2000 ne devrait pas modifier fondamentalement l'économie de l'opération de transfert de la clientèle civile. C'est en ce sens que l'on peut estimer, à cet égard, que, dorénavant, on fera comme d'habitude. ■