

LA CLIENTELE EST UN ACTIF DE L'ENTREPRISE DU CONCESSIONNAIRE

Le passage du statut de distributeur à celui d'agent emporte deux conséquences majeures.

En premier lieu et en principe, l'agent n'a pas le statut de commerçant et n'est pas titulaire d'une clientèle.

Bien que la réalité juridique soit plus nuancée et plus complexe, on pourrait retenir que le travail de prospection du distributeur devenu agent, serait donc désormais entrepris au seul service du constructeur.

En second lieu, la question se pose évidemment du sort de la clientèle existante, telle qu'elle a été constituée par le distributeur avant son adhésion à un contrat d'agent.

Ce distributeur, même devenu agent, pourrait conserver une activité commerciale indépendante, au travers de laquelle il exploiterait et développerait sa clientèle.

Force est de constater que les premières démarches de certains constructeurs tendraient plutôt à le dépouiller purement et simplement de cette clientèle, pour se l'approprier en totalité et de manière définitive.

Cette dépossession semble être envisagée sans contrepartie, dans le cadre d'une adhésion à un contrat d'agent qui est l'unique possibilité laissée aux distributeurs de poursuivre leur activité (disons plutôt, une activité, puisque ce ne sera pas la même).

Bref, pas trop le choix...

Le procédé est parfois accompagné de discours assez simplistes sur la clientèle, dont le niveau n'est pas à la hauteur des enjeux.

La présente note a pour objet de mettre en lumière la nature et les conséquences du processus mis en œuvre, dont il faut d'emblée admettre qu'il n'est pas, ni précisément, ni définitivement, connu à ce stade et sera peut-être finalement proposé dans un modèle différent.

Nous prenons le parti d'envisager le pire, qui est peut-être paradoxalement l'approche la plus sage.

1) Les justifications proposées

a) La clientèle appartiendrait à la marque

L'idée est assez simple : les clients se rendent dans les concessions et achètent un véhicule en considération de sa marque.

La clientèle serait produite par la notoriété de la marque.

On aperçoit très facilement la part de vérité qui se niche dans ce discours.

Mais il est plus difficile d'établir que la notoriété de la marque ait des effets juridiques tels, qu'elle soit génératrice d'un droit sur la clientèle.

Concrètement, la notoriété emporte des effets juridiques en droit de la propriété intellectuelle et permet de conforter le droit du titulaire de la marque, au travers notamment de la sanction de la contrefaçon.

La notoriété de la marque est également prise en compte par le droit de la concurrence déloyale, qui sanctionne l'action parasitaire du tiers qui profite de la notoriété d'une marque qui n'est pas la sienne.

Mais ces dispositifs ne vont pas plus loin et ne permettent pas au constructeur de revendiquer la propriété de la clientèle.

b) La clientèle n'appartiendrait à personne

Une présentation alternative consiste à soutenir que la clientèle serait un concept abstrait, une vue de l'esprit et n'aurait aucune existence concrète.

L'approche est entretenue par des contrats qui oblitèrent systématiquement la question de la détention de la clientèle.

C'est un tabou dans la distribution, parfois éclairé par la prétention selon laquelle une personne ne peut pas être la propriété d'une autre : qui le contesterait ?

Par ailleurs, dans tous les cas où elle a reconnu la valeur patrimoniale de la clientèle, la jurisprudence a constamment veillé à rappeler que les droits du commerçant ne pouvaient pas prévaloir sur la liberté des clients.

Le client va où il veut.

Tout cela est assez clair, mais ne permet pas d'occulter une réalité tout aussi évidente : la clientèle est un objet juridique.

Elle est définie par le droit et des règles existent quant à sa constitution et sa cession, qui n'emportent aucune négation des droits du client lui-même, d'ailleurs précisément codifiés par le Règlement Général sur la Protection des Données.

2) La clientèle a une existence légale

a) Le droit fiscal

Le droit fiscal reconnaît l'existence de la clientèle avec d'autant plus de facilité qu'il y trouve l'opportunité d'une taxe.

L'article 719 du Code général des impôts dispose que :

"Les mutations de propriété à titre onéreux (...) de clientèles sont soumises à un droit d'enregistrement (...)" ;

b) Le droit civil

La jurisprudence bâtie sur l'article 1162 du Code civil, retient que l'on peut valablement céder une clientèle civile, confirmant sa valeur patrimoniale : clientèle de médecin, d'avocat, d'expert-comptable...

Dans le même esprit, cette clientèle est regardée comme un actif soumis à partage, en cas de divorce d'époux mariés sous le régime de la communauté.

c) Le droit commercial

L'article 141-5 du Code de commerce précise que le fonds de commerce est composé cinq éléments : l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la **clientèle** et l'achalandage.

Il faut encore souligner que la clientèle est un **élément essentiel** du fonds de commerce et que la jurisprudence est ancienne à considérer, qu'à défaut de cet élément essentiel que constitue la clientèle, le fonds de commerce n'existe pas (Com., 23 Mai 1960, n° 192).

Enfin, la jurisprudence précise très clairement, après avoir expressément pris en compte la notoriété de la marque, que la clientèle est la propriété du concessionnaire, dès lors qu'elle est directement produite par son action :

"(...) si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du concédant, la clientèle locale n'existe que par les moyens mis en œuvre par le concessionnaire, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce et l'élément incorporel que constitue le bail ; que, par ailleurs, cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du concessionnaire puisque, même si celui-ci n'est pas propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de concession, **elle est créée par son activité"** (Paris, 1er Mars 2006, 03/16268 ; Paris, 4 Octobre 2000, 1998/26846 ; Cass. Civ. 3ème, 27 Mars 2002, 00-20732).

Voilà pour la clientèle.

d) Le droit de la propriété intellectuelle

Si les données communiquées au constructeur sont extraites de la base de données du distributeur ou de son propre outil CRM, elles bénéficient de la protection spécifiquement réservée aux bases de données par les articles L 341-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

L'article L 342-1 du même Code précise que :

"Le producteur de bases de données a le droit d'interdire (...) l'extraction, par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support (...)".

Le distributeur est fondé à revendiquer le bénéfice de cette protection.

Ce qui explique que parfois, le constructeur soit attentif à la mise en œuvre de dispositifs qui obligent le distributeur (*a fortiori* l'agent) à saisir directement les données sur l'outil mis à sa disposition, en sorte qu'elles intègrent instantanément la base de données du constructeur.

e) Le droit pénal

Le fichier clients, les informations relatives à la clientèle, qu'il faut distinguer

de la clientèle elle-même, font l'objet d'une protection en droit pénal.

En effet, le détournement du fichiers clients par une personne qui ne l'a reçu qu'en dépôt, à charge de le restituer (c'est l'hypothèse de données partagées avec le constructeur aux fins d'exécution du contrat), entre dans la qualification de l'abus de confiance : c'est un délit, prévu et réprimé par l'article L 314-1 du Code pénal.

A cet égard, la jurisprudence pénale a précisé sans ambiguïté, que le fichier clients entrain dans la définition des biens susceptibles d'être détournés, au sens de la loi :

"Vu l'article 314-1 du code pénal ;

Attendu que les dispositions de ce texte s'appliquent à un bien quelconque, susceptible d'appropriation ;

(...) les informations relatives à la clientèle constituent un bien susceptible d'être détourné" (Cass. Crim., 16 Novembre 2011, 10-87866 ; Cass. Crim., 22 Mars 2017, 15-85929).

Ce cadre légal, finalement très divers, est sans aucun doute connu et n'est pas ignoré sans une certaine mauvaise foi.

C'est tellement vrai que la signature du contrat d'agent est parfois accompagnée de la signature d'un protocole transactionnel (qui suppose l'existence ou l'anticipation d'un litige), dans lequel le concessionnaire reconnaît que la clientèle appartient au constructeur, renonçant à tout recours.

Le plus souvent, la dépossession est envisagée hors de toute convention explicite, au travers de stipulations qui engagent le distributeur ou l'agent à transférer toutes ses données, puis à reconnaître indirectement qu'elles lui sont désormais définitivement indisponibles, soit qu'elles revêtent un caractère confidentiel, soit qu'elles ne soient accessibles qu'au titre de l'exécution du contrat.

Pour être complet, il faut sans doute préciser que cette dépossession est envisagée dans les mêmes conditions, qu'il s'agisse de nouveaux contrats de distributeur ou de nouveaux contrats d'agent et que l'on doit évidemment redouter que les contrats de réparateur présentent le même dispositif exactement.

Chacun comprendra que c'est une condition de l'efficacité d'un système, dans lequel la monétisation des données est conditionnée par leur détention exclusive.

3) Pourquoi c'est très fâcheux

La souscription aux termes d'un nouveau contrat ou d'une transaction, risque d'anéantir les bénéfices de la protection qui vient d'être détaillée (et même, dans un complet renversement de situation, de les réserver au constructeur).

Bien sûr, le Juge pourrait être conduit à s'interroger sur la légalité et les effets à attendre de tels accords, compte tenu notamment des circonstances de leur souscription et de l'absence de contrepartie.

Mais l'accueil réservé par les tribunaux aux actions des concessionnaires, lorsqu'elles sont dirigées contre les constructeurs, oblige à la prudence.

Et comment construire une relation commerciale sur la perspective (ou le deuil) d'un contentieux ?

a) Effet immédiat

L'acceptation d'une dépossession sans contrepartie emporte une dépréciation instantanée de la valeur de l'entreprise, puisqu'elle s'est engagée dans un procédé qui s'apparente à une cession à titre gratuit de sa clientèle.

Cette dépréciation devra sans doute être traduite dans les comptes de la société, après que les explications nécessaires auront été fournies au Commissaire aux comptes.

Il serait intéressant de connaître la traduction comptable de l'opération dans les livres des constructeurs concernés.

Le transfert de clientèle envisagé par certains constructeurs de manière occulte, sans respect d'aucun formalisme, emporte également un risque fiscal qu'il ne faut pas négliger.

b) Effet futur

L'effet futur de cette dépossession est probablement sous-estimé, les distributeurs considérant que, tout en communiquant les données au constructeur, ils conserveront la faculté d'enregistrer pour leur compte les coordonnées de clients qu'ils considèrent comme les leurs, du seul fait qu'ils fréquentent leur établissement ou qu'ils ont été sollicités à leur initiative.

A cet égard, on doit au contraire considérer que dans le système auquel ils vont adhérer, la clientèle est devenue celle du constructeur, qui est en mesure d'engager les actions et recours qui viennent d'être décrits.

Il doit être bien clair, et c'est probablement l'un des objectifs poursuivis, que la clientèle cédée est en général **définitivement indisponible**, qu'il s'agisse de son exploitation dans le cadre de la commercialisation de véhicules neufs ou dans le cadre d'activités accessoires - le véhicule d'occasion, le financement, la location, par exemple - qui ont d'ailleurs vocation à entrer dans le périmètre du contrat.

Le distributeur / l'agent ne pourra pas exploiter les données qui constituaient son fichier client, ne pourra pas engager de recours utile quant à leur utilisation et ne pourra que très difficilement se défendre des recours que le constructeur engagerait contre lui.

Au risque de paraître cruel, la clientèle qui aura été cédée à titre gratuit, et qui sera développée par un travail de prospection opéré pour le compte du constructeur à titre gratuit également, ne sera disponible au distributeur / à l'agent, dans les limites de l'objet du contrat, que contre paiement de l'abonnement à l'outil CRM du constructeur et paiement des *leads* descendus par le constructeur, quand bien même s'agirait-il de clients que le distributeur a fidélisés depuis des années.

Un consensus serait aisément accessible sur un partage des données pendant la durée du contrat, qui trouverait sa justification dans l'optimisation de l'effort commercial du concessionnaire, mais il semble que l'objectif du constructeur soit plus ambitieux et déborde le seul domaine de la commercialisation de ses véhicules.

c) Responsabilité du signataire

Le signataire d'un contrat ou d'un protocole qui emporte l'aliénation sans contrepartie d'un actif de la société et lui interdit dans l'avenir d'exploiter une clientèle qui n'est plus la sienne, assume une responsabilité qu'il sera certainement judicieux d'appuyer sur une décision collective du Conseil d'administration ou de l'Assemblée générale.

Si l'avenir de l'entreprise devait s'assombrir, au point de l'exposer aux rigueurs d'une procédure collective, le dirigeant pourrait être exposé aux sanctions prévues par le droit des faillites.

D'autant plus que la cession judiciaire de l'entreprise, qui permet souvent la poursuite de l'activité et la sauvegarde des emplois, sera évidemment compliquée par l'absence de clientèle.

L'article L 651-2 du Code de commerce prévoit qu'en cas de faute de gestion, le dirigeant peut être personnellement condamné au comblement du passif :

"Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion (...)".

La question reste de savoir si la cession à titre gratuit d'un actif essentiel permet de caractériser la faute de gestion.

Un indice pourrait résider dans la rédaction de l'article L 632-1 du même Code, qui prévoit l'annulation des actes passés pendant la période suspecte, au premier rang desquels :

"Tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière (...)".

Nous n'en sommes évidemment pas là.

Mais il faut certainement prendre conscience du fait que le processus à l'œuvre actuellement, ne paraît envisagé que dans sa dimension commerciale, alors qu'il est de nature à heurter les règles qui gouvernent l'activité des entreprises et peut emporter des conséquences graves.

Et puis d'une manière générale, une question s'impose : où sera désormais la limite aux exigences formées à l'égard des concessionnaires ?

Fait à Paris, le 5 Novembre 2022.