

LA CLIENTÈLE : CET OBSCUR OBJET D'APPROPRIATION

Regards croisés France / Québec

Aurore BENADIBA

Volume 114, Number 3, December 2012

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1044746ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1044746ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

BENADIBA, A. (2012). LA CLIENTÈLE : CET OBSCUR OBJET D'APPROPRIATION : regards croisés France / Québec. *Revue du notariat*, 114(3), 379–416.
<https://doi.org/10.7202/1044746ar>

LA CLIENTÈLE : CET OBSCUR OBJET D'APPROPRIATION

Regards croisés France / Québec

Aurore BENADIBA*

INTRODUCTION	381
1. LA NOTION DE CLIENTÈLE : UNE CONCEPTION PLURALE	384
1.1 La conception subjective de la notion de clientèle	384
1.1.1 Les discussions doctrinales	384
1.1.2 Le refus persistant des tribunaux à considérer la clientèle comme une chose dans le commerce	387
1.2 La conception objective de la notion de clientèle	389
1.2.1 La reconnaissance du principe de cession de la clientèle au moyen du droit de présentation et de l'obligation de non-concurrence	390
1.2.2 La patrimonialisation de la clientèle civile ou sa commercialité au moyen de l'émergence du fonds	394
1.2.2.1 L'effet miroir de la cessibilité des clientèles civiles : le traitement des clientèles « commerciales »	395

* LL.D., professeure agrégée, Faculté de droit, Université Laval.

1.2.2.2	Les similitudes ou la confusion avec les clientèles commerciales	400
2.	LES VÉRITABLES CONTOURS DE LA CESSION DE CLIENTÈLE CIVILE OU PROFESSIONNELLE : UNE APPROPRIATION SINGULIÈRE	404
2.1	Une appropriation non exclusive et aléatoire de la clientèle	405
2.1.1	L'utilité et l'appréciation des clauses de non-concurrence et de non-sollicitation	405
2.1.2	Le caractère aléatoire d'une cession de clientèle.	407
2.2	Une appropriation contrôlée de la clientèle	408
2.2.1	L'interdiction des clauses restrictives de soins	409
2.2.2	La liberté de choix du patient : un principe à géométrie variable	411
	CONCLUSION	415

INTRODUCTION

À Rome, la clientèle était constituée d'un ensemble de personnes – paysans, esclaves affranchis, citoyens endettés – qui se mettaient sous la protection d'un citoyen puissant en contrepartie de l'octroi de repas ou de faveurs. La clientèle permettait de contribuer à la bonne réputation du « patron » tout en lui fournissant l'appui politique qu'il recherchait¹. Le clientélisme a ainsi dominé toute la vie sociale à Rome. Les temps ont changé. Les relations qu'entretiennent les professionnels avec leur clientèle sont désormais sous la protection des juges.

Les questions concernant l'appropriation et la cession des clientèles ont connu des développements marquants ces dernières années en France et au Québec. La clientèle peut être rattachée à une personne en raison d'un lien de confiance. Ce sont les qualités professionnelles, techniques, universitaires et même celles qui relèvent de l'ordre de l'émotionnel qui justifieront le choix de la clientèle qui se fera *intuitu personæ*. Les professions que l'on qualifie de libérales, en France et au Québec², mettent en œuvre aussi bien des moyens intellectuels (diplômes, habiletés professionnelles, savoir-faire), intangibles (droit au bail, liste des clients, numéro de téléphone) que matériels (équipements, locaux) afin de créer le rapport de confiance essentiel permettant d'acquérir et de développer une clientèle dite civile en France ou professionnelle au Québec. Par ailleurs, la clientèle attachée à un commerçant est, elle aussi, motivée par les compétences techniques, intellectuelles et matérielles du commerçant, mais le rapport de confiance est moins exclusif que dans le cas d'une profession libérale. Le commerçant pourra davantage compter sur des éléments intangibles et tangibles comme sa réputation, son emplacement géographique et ses équipements. Mais surtout, la recherche d'un profit et l'idée de spéculation le distingueront d'un professionnel qui devra, pour sa part, créer et nourrir le lien fragile de confiance, souvent mutuelle³, qui repose parfois

1. Sylvie FERRÉ-ANDRÉ, « De la patrimonialisation à la commercialisation des clientèles civiles et des professions libérales », *RTDCom* 1995.566.

2. Médecins, avocats, notaires, arpenteurs-géomètres, professionnels issus du milieu médical (dentistes, orthophonistes, infirmières), etc.

3. *Drake Personnel c. Normandin*, [1991] R.J.Q. 1789, 1792 (C.Q.).

exclusivement sur sa propre personne. La rémunération du professionnel sera bien souvent réglementée par un ordre professionnel qui se limitera, en principe, à fixer une compensation pécuniaire adéquate en fonction de l'expérience du professionnel et de la nature du problème. Le professionnel est soumis à des règles strictes, notamment un code de déontologie, qui régissent ses relations avec ses clients et ses confrères et qu'il devra respecter dans sa pratique.

Il est vrai que depuis la réforme de 1994, le *Code civil du Québec* a supprimé la distinction entre « clientèle civile ou professionnelle » et « clientèle commerciale » en englobant les deux notions sous un seul concept extensif⁴, celui d'« exploitation d'une entreprise » prévu à l'alinéa 3 de l'article 1525. Les commentaires du ministre de la Justice sont clairs et visent les activités professionnelles sous le concept d'entreprise afin de permettre « l'évolution du droit en cette matière »⁵. Ainsi, le concept déterminant de « commerçant » utilisé autrefois a été remplacé par celui d'« entreprise » qui vise toute « activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services »⁶. Il est vrai aussi que ce changement répond à l'évolution socio-économique des professions liées, par exemple, au domaine du droit ou de la santé exerçant davantage sous la forme d'entreprise qu'à titre individuel. Le phénomène de la « commercialisation » des clientèles – certains préféreront le terme de « patrimonialisation » – a favorisé cette approche globale. Toutefois, la distinction entre clientèle professionnelle et commerciale demeure tout de même pertinente au Québec puisqu'elle correspond encore à une réalité sociale et qu'elle réfère encore à une réalité judiciaire, même si les litiges concernant les clientèles dites civiles ou professionnelles sont moins abondants que ceux concernant les clientèles dites commerciales au sens strict⁷. Cette distinction permet surtout de

4. Piero IANNUZZI, *L'obligation de non-concurrence dans les sociétés de professionnels*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 7-13 ; Pierre L. LAPOINTE, « Les contrats d'association entre professionnels », dans *Le défi du droit nouveau pour les professionnels. Les Journées Maximilien-Caron 1994*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 17, p. 24 ; Patrice VACHON, « Chronique. L'entreprise du *Code civil du Québec* », (1995) 3 *Repères* 138, 143.

5. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 937.

6. Art. 1525, al. 3 C.c.Q.

7. *Mirarchi c. Lussier*, 2007 QCCA 284, par. 50. L'honorable juge Louise Otis a considéré comme fondamentale la distinction entre vente de sociétés de professionnels et vente d'entreprises commerciales.

comprendre les différentes positions adoptées par les tribunaux québécois au fil des années quant à l'appréhension et le traitement de la notion de clientèle attachée ou non à un professionnel en raison d'un lien *intuitu personæ*.

L'un de nos objectifs est d'identifier les concepts sur lesquels une définition de la notion de clientèle dite civile ou professionnelle peut s'appuyer. Or, notre sujet nous conduira inévitablement à nous référer aux principes développés autour de la notion de clientèle dite commerciale puisque des similitudes de caractère et de traitement existent très clairement entre les deux notions. Par ailleurs, l'évolution des droits positifs français et québécois permet de constater que les difficultés juridiques d'ordre conceptuel liées à la notion de clientèle dite civile ou professionnelle, en dépit du changement terminologique et de l'existence de certaines nuances juridiques entre les deux pays, sont similaires et ne sont toujours pas résolues. Ces difficultés ont notamment eu pour conséquence d'instaurer un contrôle des juges, tant français que québécois, quant à l'effectivité des clauses protégeant les droits des clients ou des patients. En ce qui concerne la véritable question de la propriété du bien-clientèle attaché ou non à une personne par un lien de confiance, elle n'a pas fait l'objet d'un débat devant les tribunaux. Le sort des clientèles civiles ou professionnelles cédées s'est réglé selon l'examen de la légalité des clauses de non-concurrence et de non-sollicitation et des clauses concernant des restrictions de soins de santé. Quant aux cessions des clientèles commerciales, la question de leur appropriation n'est pas abordée aussi facilement et clairement que l'on pourrait le souhaiter par les tribunaux français et québécois. Ainsi, la notion de clientèle, bien incorporel de nature composite, est loin d'être unitaire. Plusieurs conceptions, notamment subjective et objective, perdurent autour de cette notion (1). La jurisprudence révèle un certain malaise à admettre, de manière pure et simple, tant son appropriation que sa cession dans un contexte de vente par un professionnel notamment issu du milieu médical. Le droit au respect des patients, l'obligation et l'accès aux soins, le droit au choix du professionnel, le droit de propriété des informations contenues dans les dossiers des clients, le contenu particulier des obligations de non-concurrence et de non-sollicitation et, enfin, le principe du secret professionnel sont autant de limites imposées, souvent au nom de l'ordre public, lors d'une cession de la clientèle civile ou professionnelle et qui démontrent, à l'évidence, la singularité de son appropriation. Certaines de ces limites, comme les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation, les

clauses restrictives de soins et le principe de la liberté de choix du patient, feront l'objet d'une analyse critique puisque les tribunaux québécois et français contrôlent, dans une certaine mesure, leur effectivité lors de la cession de clientèle civile ou professionnelle (2).

1. LA NOTION DE CLIENTÈLE : UNE CONCEPTION PLURALE

L'appréhension de la notion de clientèle par le droit n'a pas été une chose aisée en raison, notamment, des réticences d'ordre moral qui ont conduit à l'exclure de la catégorie de bien. Les divergences doctrinales à propos de la notion de clientèle, peut-être aussi le manque d'audace ou d'imagination des tribunaux, rendent compte d'une certaine difficulté conceptuelle inhérente à la notion même de clientèle civile ou professionnelle au Québec. Il en résulte différentes conceptions possibles, notamment subjective (1.1) et objective (1.2), qui permettent, par ailleurs, d'expliquer le raisonnement des juges français et québécois sur la question de la cession de la clientèle.

1.1 La conception subjective de la notion de clientèle

Pendant longtemps, en France et au Québec, l'idée de la personnalisation de la clientèle a permis de justifier l'interdiction de sa cession. La clientèle, groupement d'hommes et de femmes, ne pouvait être captive pour faire l'objet de négoce. La conception subjective de la notion de clientèle prévalait au sein de la doctrine tant française que québécoise (1.1.1). La confiance établie entre un professionnel et un client ou, à plus forte raison, avec un patient, ne pouvait faire l'objet d'un acte de commerce. L'argument avancé par les tribunaux martelant le libre choix du client ou du patient permettait aussi de motiver juridiquement une telle prohibition, emprunte de subjectivité (1.1.2).

1.1.1 Les discussions doctrinales

Plusieurs définitions sont proposées par la doctrine française et québécoise, mais aucune ne permet d'arrêter une conception cohérente quant à la qualification de la notion de clientèle. D'après le dictionnaire de Gérard Cornu, la « clientèle » peut être définie comme suit :

Clientèle : ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles qui existent et seront susceptibles d'exister entre le public et un poste professionnel (fonds de commerce, cabinet civil) dont ils consti-

tuent l'élément essentiel et qui généralement trouvent leurs sources dans des facteurs personnels et matériels conjugués.⁸

La clientèle désignerait un ensemble de personnes demandant les produits ou les services d'un professionnel, envisagé comme une force ou un pouvoir d'attraction du professionnel exploitant le fonds⁹. Même si cette idée d'une force attractive est actuellement répandue au sein de la doctrine, elle ne semble pas suffire aux juges pour leur permettre d'autoriser purement et simplement l'appropriation de la clientèle ou de l'achalandage. En effet, la notion d'achalandage est souvent utilisée comme un synonyme du mot « clientèle », même si certains auteurs distinguent nettement ces deux notions voisines¹⁰. L'achalandage serait « l'attrait que certaines choses exercent abstraitement sur les hommes ou sur certaines catégories d'hommes en général, tandis que la clientèle est composée de certains hommes ou de certaines femmes en particulier »¹¹. L'achalandage permettrait à certains éléments du fonds de commerce, comme la situation d'un local ou la marque d'un produit, d'attirer puis de retenir des clients. La clientèle désignerait plutôt une collectivité concrète de personnes humaines attirée par le fonds de commerce, mais qui serait en elle-même dénuée de valeur patrimoniale¹².

8. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, P.U.F., 2011, v^o Clientèle.

9. Notamment Frédéric ZENATI et Thierry REVET, *Les Biens*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 2008 ; Rémy LIBCHABER, *Rép.civ.* Dalloz, v^o Biens n^{os} 72 et s. (2011) ; Éric LABBÉ, « L'achalandage : *vis attractiva* de l'entreprise », (2009) 39 *R.G.D.* 379, 408 (n^{os} 23 et s.).

10. Les deux termes se confondent souvent devant les tribunaux, notamment québécois, même si les auteurs les distinguent nettement ; *Vadeboncoeur c. 2851-2259 Québec inc.*, J.E. 98-139 (C.S.), par. 43 et 44 ; Jean DERUPPÉ, « Clientèle et achalandage », dans Pierre COUV RAT (dir.), *Les orientations sociales du droit contemporain. Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, Paris, P.U.F., 1992, p. 167, p. 168 ; René SAVATIER, « L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français », dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Université de Toulouse, Faculté de droit et des sciences économiques, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 365 ; Sylvio NORMAND, « Les nouveaux biens », (2004) 106 *R. du N.* 177, 192, aux notes 55-57 ; Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, n^o 1292-1303 ; É. LABBÉ, préc., note 9.

11. R. SAVATIER, préc., note 10, p. 567.

12. *Ibid.*, p. 573, 574 et s. ; É. LABBÉ, préc., note 9, 410 (n^{os} 2, 5, 10 et 40) : L'achalandage serait un ensemble de moyens utilisés et d'efforts accomplis pour y parvenir, soit retenir et accroître la clientèle. L'achalandage serait une force attractive de l'entreprise soit « [l']ensemble de facteurs attractifs, liés tant aux éléments qui composent le fonds de commerce qu'à leur gestion ».

La distinction entre *clientèle* et *achalandage* n'emporte pas de conséquence juridique¹³, même si le législateur français fait figurer ces deux notions dans la composition du fonds de commerce (*Code de commerce*, art. L. 141-5, al. 2 et L. 142-2, al. 1 et 3). Si une conception unitaire ressort de certaines de ces discussions doctrinales, elle ne permet, pour certains auteurs, que de mettre fin au clivage existant entre les clientèles civile et commerciale¹⁴. La clientèle est généralement perçue comme l'élément du fonds, que ce soit du fonds de commerce, libéral, artisanal ou agricole¹⁵. Certains auteurs réduisent le fonds à la clientèle, d'autres la définissent comme le but ou la finalité de l'exploitation¹⁶. Le droit québécois a connu un élan juridique comparable. Il a voulu concevoir, sous un concept unique d'entreprise au sens d'activité économique organisée, l'activité commerciale ou non commerciale d'une personne ou d'un groupe de personnes (art. 1525, aliéna 3 C.c.Q.). Est-ce vouloir dire que la clientèle est aussi une notion unique, qu'elle soit attachée ou non *intuitu persona* à un professionnel ? Cela ne semble pas être la position actuelle des tribunaux québécois¹⁷.

De ces tentatives de définition, il ressort que le mot « clientèle » fait partie de cette catégorie juridique trouble qui se situe à mi-chemin entre la personne, la chose hors commerce et le bien eu égard à la valeur patrimoniale qui s'en dégage. Lui donner le statut de bien a été, pendant longtemps, considéré comme inacceptable pour les droits civils français et québécois, car contraire à la morale. Comment admettre qu'un groupe de personnes, constitué de femmes et d'hommes, puisse être monnayé – alors que précisément ces personnes, faites « de chair et de sang », avaient fait confiance à un professionnel souvent issu du milieu médical – et se trouverait alors réduit à une simple marchandise ?

Ainsi, la clientèle, ou l'achalandage, a été pendant longtemps considérée comme attachée de manière personnelle, « *intuitu per-*

13. Gérard CHABOT, « Fonds libéral – Nature juridique », dans *Jurisclasseur Entreprise individuelle*, fasc. 1210, Paris, LexisNexis France, 2004, n° 18.

14. Yvan AUGUET, *Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, Paris, L.G.D.J., 2000, n°s 28 et s. ; G. CHABOT, préc., note 13, n° 13.

15. Thierry REVET, « La cessibilité de la clientèle agricole », *RTD. civ.* 2009.748.

16. G. CHABOT, préc., note 13, n° 17 ; Jean-Yves MAZAN et Rémy SAMSON, « L'activité libérale est devenue un objet de droit », *L.P.A.* 2009.86.38.

17. *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 7.

sonæ » à un professionnel, au point d'être regardée comme une chose hors commerce¹⁸.

1.1.2 Le refus persistant des tribunaux à considérer la clientèle comme une chose dans le commerce

Pendant longtemps, les tribunaux ont prononcé la nullité des cessions directes de clientèles civiles au motif principal selon lequel la clientèle, exclusivement attachée à la personne du praticien libéral, était hors commerce et ne pouvait donc pas faire l'objet d'une convention¹⁹. Le principe de prohibition des cessions de clientèles civiles étant posé, il faisait ainsi échapper la clientèle à la qualification de bien. Traditionnellement, la nullité de ces conventions était fondée soit sur l'illicéité de leur objet²⁰, soit sur le défaut d'objet ou de cause du contrat²¹ portant cession de clientèle civile puisque le contrat aurait eu pour objet la personne humaine²². Cette position des tribunaux paraissait davantage fondée sur une idée de morale traduite par le refus social d'admettre une telle cession²³. Les tribunaux ont fini par justifier cette interdiction par l'atteinte au libre choix du patient ou du client. Les juges français affirmaient que « les malades, jouissant d'une liberté absolue de choix de leur médecin, [la] clientèle attachée exclusivement et de façon toujours précaire à la personne de ce praticien [...] ne peut faire l'objet d'une convention »²⁴.

La jurisprudence québécoise concernant la cession de clientèle lors de convention de vente de sociétés de professionnels de la santé est, certes, moins abondante qu'en France, mais elle s'illustre par sa

18. Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 160, p. 110, à propos d'une clientèle d'avocat ; Cass. civ. 1^{re}, 7 févr. 1990, Rép. Defrénois 1990.18.1018, note Aubert.

19. Les tribunaux s'appuyaient, notamment, sur les articles 1128 et 1598 du Code civil français. Pour un notaire : Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 1993, *Bull. civ. I*, n° 293 ; pour une infirmière : Cass. civ. 1^{re}, 11 avril 1995, *Bull. civ. I*, n° 164 ; pour un avocat : Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 1988, D.1988, inf. rap.169 ; pour un architecte : Cass. civ. 1^{re}, 17 octobre 1951, D.1951, P.145 ; pour un chirurgien-dentiste : Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1954, JCP 1954.II.8249, obs. P. Bellet ; pour un expert-comptable : Pau 4 octobre 1954, JCP 1055.II.8470, obs. J. Savatier ; G. CHABOT, préc., note 13, n° 9.

20. Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1943, JCP 1943.II.2289 ; Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 1988, Gaz. Pal. 1988.2.650, obs. G. Flécheux.

21. Cass. civ. 1^{re}, 7 février 1990, *Bull. civ. I*, n° 38 ; D.1991, somm. 319, obs. J.-L. Aubert ; 7 juin 1995, D.1995.560, obs. B. Bernier.

22. *Ibid.*

23. Judith ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Paris, L.G.D.J., 1999, n° 536.

24. Cass. civ. 1^{re}, 7 février 1990, préc., note 21.

concision et son analyse. Les tribunaux québécois ont, eux aussi, longtemps refusé de reconnaître la validité des clauses de non-concurrence entre médecins, « traçant ainsi une limite claire entre le contexte commercial (domaine de la liberté contractuelle) et le contexte professionnel, où règne l'ordre public »²⁵. Dans un premier jugement rendu en 1958, la Cour supérieure²⁶, en considérant que la clientèle civile constituait un bien hors commerce, a dès lors annulé la clause de non-concurrence au motif qu'elle imposait une limitation illégale du droit d'un patient de choisir librement un professionnel de la santé. En 1978, dans l'affaire *Jeanty c. Labreque*²⁷, la Cour supérieure a décidé qu'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de cession d'une clientèle médicale était invalide puisque contraire à l'ordre public. Dans cette affaire, la Cour a considéré que :

La clientèle d'un professionnel de la santé et les dossiers des patients sont des choses hors commerce. Quant à la clientèle, elle devient acquise au médecin par le libre choix exercé par le patient en raison de la compétence du médecin et de la confiance qu'il inspire. Le patient ne peut être transféré sans son consentement.²⁸

La personnalisation de la clientèle justifiait ainsi de son inces-sibilité juridique. Le patient ou le client avait accordé sa confiance à son médecin ou à son professionnel : un homme de l'art, un homme dont le talent et les habiletés étaient reconnus par un diplôme et une expérience. Cette confiance ne pouvait être marchandée. Puis, les tribunaux ont fini par justifier de cette interdiction par l'atteinte au libre choix du patient ou du client. La notion de clientèle empruntait ainsi une conception subjective. Elle n'était représentée invariablement que par son contenu, comme une somme d'individus²⁹ auxquels on ne pouvait arracher le libre choix et qui devaient être considérés comme « l'objet d'une propriété impossible »³⁰.

25. *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 7, par. 44.

26. *T. c. B.*, [1958] C.S. 587, 593 : la Cour supérieure a fait la distinction entre les clauses de non-concurrence qui interviennent dans le contexte industriel ou commercial et celles qui sont conclues entre des professionnels de la santé.

27. *Jeanty c. Labreque*, [1978] C.S. 463.

28. *Ibid.*, p. 472.

29. François VIALLA, *Rép.civ.* Dalloz, v^o Clientèle n^{os} 9, 14 et s. (2012).

30. Yves SERRA, « La clientèle », *Droit et patrimoine* Juillet-août 1996.64.70 ; Pierre CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966.185.206.

Cette position traditionnelle n'était pas exempte de critiques puisqu'elle empêchait un professionnel de cesser son activité ou de prévoir une nouvelle installation et, ainsi, de s'assurer des moyens de subsistance. De même, les héritiers d'un professionnel ne pouvaient pas profiter des fruits du travail du *de cuius*. Par ailleurs, cette interdiction paraissait illogique au regard de la validité, admise en France, des cessions particulières des officiers publics et ministériels³¹ ou celle des clientèles commerciales. En effet, la validité des cessions des clientèles commerciales n'a pas posé de difficultés aux tribunaux français³² et québécois qui ont presque toujours considéré que la clientèle commerciale était un élément essentiel du fonds de commerce cédé avec lui.

Une autre conception, cette fois objective, finira par émerger en raison d'un mouvement de « dépersonnalisation » de la clientèle des professions libérales à l'image de la clientèle commerciale. La clientèle n'est plus un peuple libre fait d'hommes et de femmes, mais une masse d'individus asservis par des habitudes, des réflexes, des commodités et des contraintes matérielles³³. Cette clientèle est souvent composée, non plus de personnes physiques, mais d'entreprises, d'associations, de sociétés. Cette clientèle est, avant tout, une source de bénéfice. Elle représente une valeur économique et est révélatrice du fonds³⁴.

1.2 La conception objective de la notion de clientèle

En France, le « droit de présentation du successeur » a permis une première avancée, soit la cession indirecte de la clientèle civile (1.2.1). Puis, une seconde étape a pu être réalisée par la reconnaissance du principe de cession directe de la clientèle civile, en France

31. Au moyen d'une présentation du successeur à l'agrément de l'autorité publique (*Loi du 28 avril 1816*, art. 91), les officiers ministériels ou publics ont été reconnus titulaires d'un droit de « propriété mobilière de caractère spécial ou exceptionnel » : Req. 6 janvier 1880, S. 1881.1.49, note Labbé.

32. Par ailleurs, la clientèle commerciale, comme artisanale (*Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat*, J.O. 6 juill. 1996, p. 10199, art. 22, *Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole*, J.O. 6 janv. 2006, p. 229, article L. 311-3 du *Code rural*) est considérée par l'article 1 de la loi française du 17 mars 1909, comme un bien dans le commerce : la *Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce*, J.O. 19 mars 1909, p. 2809, incorporée à l'article L. 142-1 et s. du *Code de commerce* (ci-après « C. com. »).

33. René SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTDC* 1958.331.351.

34. Paul ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *RTDC* 1935.294.

et aussi au Québec, et ce, presque à l'image de la cessibilité des clientèles commerciales (1.2.2).

1.2.1 La reconnaissance du principe de cession de la clientèle au moyen du droit de présentation et de l'obligation de non-concurrence

La différence entre les clientèles civiles et commerciales en est seulement une de degré pour paraphraser Savatier³⁵. Les commerçants, les praticiens et les artisans ont donc une clientèle qui ne doit plus être regardée comme une addition d'individus, mais plutôt comme une masse, un pouvoir attractif représentant une valeur patrimoniale. C'est la combinaison d'éléments matériels (le nom, l'enseigne, les moyens matériels de production), intellectuels et intangibles (les droits sur le local, le numéro de téléphone, les fichiers des clients), comprenant aussi la force de travail du professionnel, qui permettra à ce dernier de générer et de maintenir ce flux de clients. Ainsi, une conception objective de la clientèle a pu émerger et permettre d'envisager sereinement son appropriation de même que sa cession. Dans cette vision, la clientèle est considérée comme un système attractif ayant « une valeur représentée par la masse des clients, c'est-à-dire par le chiffre d'affaires qu'elle représente »³⁶.

Progressivement, les tribunaux vont tempérer leur hostilité envers les cessions directes de clientèles civiles ou professionnelles pour adopter cette conception objective propice à une vision économique de la notion de clientèle. En France, la pratique prévoyait, dans les conventions de cessions indirectes, la rémunération de la « présentation d'un successeur » et la stipulation d'une clause de non concurrence, forçant ainsi les juges à évoluer afin d'admettre, par un tel « tour de passe-passe »³⁷, la cession de clientèle civile.

La position traditionnelle de la Cour de cassation devenait de plus en plus périlleuse puisque la loi du 29 novembre 1966 permettait, du fait de la constitution de sociétés civiles professionnelles, qu'une personne morale puisse être propriétaire d'une clientèle civile qu'elle transmette sa clientèle lors de la cession des parts civiles composant son capital ! Le mouvement de patrimonialisation

35. R. SAVATIER, préc., note 33, 352.

36. F. VIALLA, préc., note 29, n° 29.

37. Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil. Les obligations*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007, n° 490.

des clientèles civiles était enclenché et la Cour de cassation devait prendre le train en marche. Face à cette réalité, la Cour de cassation a donc atténué l'interdiction de céder la clientèle en admettant la validité de l'engagement de présenter son successeur à la clientèle civile. Grâce au droit de présentation, les professions libérales pouvaient ainsi céder leurs fichiers clients, leur local et leur matériel et pouvaient même s'engager à s'abstenir de faire concurrence au nouveau praticien³⁸, à condition de respecter la liberté de choix des clients. Dès 1954, la Cour de cassation avait officialisé le contrat de présentation du successeur à la clientèle de professions libérales³⁹ tels les médecins, les radiologues ou les chirurgiens-dentistes. La jurisprudence avait même admis la cession de clientèle, sous la forme de cessions de parts sociales ou d'actions, à condition que la liberté de choix pour les clients ne soit pas entravée⁴⁰. En fait, tout était devenu question de vocabulaire et la pratique s'employait à rédiger des actes de cession de présentation pour contourner l'interdiction des actes de cession directe de clientèle⁴¹. La jurisprudence de la Cour de cassation essuyait, toutefois, régulièrement les assauts de la doctrine la qualifiant franchement d'hypocrite⁴².

En 1993, une autre rupture avec la position d'hostilité traditionnelle s'est produite. La Cour de cassation a admis que

dans le cas de médecins radiologues exerçant conjointement au sein d'un cabinet de groupe, avec partage des honoraires, il n'y a pas eu au décès de l'un d'eux, cession d'une clientèle attachée à la personne du *de cuius*, cette clientèle n'existant pas, mais transmission à cause de

38. Étonnante contradiction jurisprudentielle puisque la clause de non concurrence paraît contrevenir à la liberté de choix des patients ou clients, leur interdisant, de fait, de suivre leur ancien professionnel et les obligeant, du même coup, à fréquenter le nouveau successeur. Voir en ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, *Bull. civ. I*, n° 283 ; Cass. civ. 1^{re}, 2 mai 2001, *Bull. civ. I*, n° 449 ; Corinne GALL, « Cession de clientèle et contrat de présentation : antinomie ou pléonasme ? », *L.P.A.* 1997.36.

39. Cass. civ. 1^{re}, 29 avr. 1954, J.C.P. 1954.II.8249.

40. Cass. civ. 1^{re}, 23 janv. 1968, D. 1969.177, note Savatier ; Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1995, *Bull. civ. I*, n° 145 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1995, D. 1995.560, note Beignier ; Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1993, JCP 1994.II.22279, obs. Mémeteau ; Défrenois ; 7 mars 1956, D. 1956.523, note Percerou.

41. Yvonne MIRTIN-GUILHAUDIS et Jean-Guirec RAFFRAY, « La cession des clientèles civiles : une question réglée ? », *JCP éd. N.* 2003.1483.

42. Frédéric ZENATI, « Propriété et droits réels », *RTD civ.* 1994.639.642 ; R. SAVATIER, préc., note 10, p. 566 ; *Contra* : Grégoire LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000.47 ; Philippe REIGNÉ, « L'avenir d'une fiction juridique : le particularisme des clientèles civiles des professions libérales », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 599.

mort d'une quote-part indivise de la valeur patrimoniale globale du droit de présentation attaché au cabinet de radiologie.⁴³

Dans cette affaire, la Cour avait reconnu l'existence d'une clientèle unique pour cinq praticiens « de telle sorte que ledit cabinet était titulaire d'un droit de présentation, dont la valeur patrimoniale correspondait, pour chacun des 5 médecins, à son pourcentage d'honoraires »⁴⁴. Ainsi, la clientèle civile d'un praticien pouvait, dans la pratique courante des affaires, se faire céder par contrat et sa valeur était un actif à inclure lors d'un partage de communauté⁴⁵ ou lors d'une succession⁴⁶ !

Le phénomène de matérialisation et de dépersonnalisation des clientèles civiles commençait à produire des conséquences juridiques concrètes sur le sort des clientèles civiles. Les mutations économiques et sociales des modes d'activités des professions dites libérales ont eu pour conséquence de dépersonnaliser la prestation et la relation praticien-client⁴⁷. L'acte intellectuel du professionnel solitaire ne suffit plus à lui-même. Les professionnels se voient dotés de moyens matériels et de communication importants et techniquement performants. Cette évolution a participé à la commercialisation des clientèles civiles ou, du moins, à la reconnaissance de leur caractère patrimonial.

Quelques années plus tard, une étape importante a pu être franchie. La Cour de cassation a validé les cessions partielles de clientèles civiles⁴⁸. Ces conventions de cessions dites partielles permettaient d'accueillir un nouveau praticien, souvent jeune, en vue de l'intégrer au sein du cabinet. Longtemps hostiles à de telles pratiques matérialisées parfois par des conventions dites d'intégration,

43. Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1993, préc., note 40, Defrénois 1994, p. 121, obs. Forgeard.

44. Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1993, préc., note 40.

45. Cass. civ., 12 janv. 1994, *Bull. civ.* I, n° 11, D.1994, p. 311, note R. Cabrillac ; Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 1996, Rép. Defrénois 1997.6.430, nos 2 et 3, note Grimaldi : « La clientèle civile créée ou acquise au cours du mariage doit être portée pour sa valeur à l'actif de la communauté : elle ne constitue pas un propre par nature en application de l'article 1404 C. civ. [...] [L]'indivision post-communautaire profite [aussi] des plus-values et des fruits de la clientèle civile, et que l'époux dont l'activité a engendré ces plus-values et ces fruits peut simplement prétendre à la rémunération de son travail. »

46. Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1993, préc., note 43.

47. François VIALLA, *L'introduction du fonds libéral en droit positif français*, Paris, Litec, 1999, p. 13-25.

48. Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1995, 7 octobre 1997, D. 1998.78, obs. Beignier.

les tribunaux ont admis leur validité en scrutant la nature et la consistance des prestations fournies envers le confrère intégré et le respect du libre choix du praticien par le patient ou le client. La Cour avait même considéré que la convention portant droit de présentation emportait aussi un engagement de non-concurrence pour le cessionnaire souhaitant à nouveau céder son droit. L'obligation de non-concurrence, obligation essentielle permettant de croire au report de la confiance des clients vers l'acquéreur, prévoit l'abstention concurrentielle du praticien-cédant. Ainsi, l'obligation de non-concurrence est l'élément-clé validant les conventions de cessions de clientèles civiles.

Au Québec, plus récemment qu'en France, deux jugements de la Cour supérieure sont revenus sur la jurisprudence traditionnelle hostile à la cession de clientèle professionnelle. Remarquons d'emblée que le droit de présentation, moyen contractuel utilisé seulement en France, n'est pas inséré dans les conventions de cessions de clientèle attachée à un professionnel. Dans l'affaire *Lévesque c. Théberge*⁴⁹, c'est l'existence de clauses de non-concurrence et de non-sollicitation qui a permis de valider la cession de clientèle entre dentistes lors de la vente d'une clinique privée. Dans *Valiquette c. Valiquette*⁵⁰, la Cour supérieure a jugé que la clientèle d'une clinique dentaire pouvait être considérée comme un bien susceptible de faire l'objet d'une vente et être hypothéquée comme un bien incorporel. Aucune clause d'interdiction de traiter les patients n'était en cause dans cette affaire. La Cour supérieure a ainsi reconnu la propriété des dossiers des patients au bénéfice du dentiste⁵¹, s'appuyant ainsi sur sa propre jurisprudence rendue⁵² dans le cadre de résiliation de contrats de location et de gestion entre optométristes. Dans une autre affaire qui ne concernait pas directement la cession de la clientèle civile, la Cour s'était, en effet, prononcée clairement sur la propriété des dossiers des patients au profit d'une clinique d'optométrie. Cette position rejoignait celle de la Cour suprême⁵³.

49. *Lévesque c. Théberge*, J.E. 2005-1663 (C.S.), appel rejeté (2007 QCCA 898).

50. *Valiquette c. Valiquette*, [2003] R.R.A. 961, par. 21-23 (C.S.).

51. *Ibid.*, par. 22.

52. *Albert c. Brien*, [2000] R.J.Q. 1430 (C.S.).

53. La Cour suprême a aussi eu à se prononcer sur l'appartenance des dossiers des patients lors de litiges entre professionnels. Le juge La Forest dans l'arrêt *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, par. 146 et 150, a déclaré que « le médecin, l'établissement ou la clinique qui constitue le dossier médical est propriétaire du dossier en tant que support » et que « les renseignements qu'une personne divulgue au sujet d'elle-même au médecin, dans le cadre de sa pratique, continue fondamentalement de lui appartenir ».

En France, il est vrai que le clivage, subtil et souvent d'ordre terminologique, entre, d'une part, l'admission des cessions de clientèle avec droit de présentation combiné avec l'obligation de non-concurrence et, d'autre part, l'interdiction des cessions directes de clientèles civiles, emportait la critique de la doctrine et des praticiens taxant même cette jurisprudence de « jésuitique »⁵⁴. Toutefois, les conditions étaient mises en place pour accueillir le revirement de jurisprudence produit par l'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 2000⁵⁵ qui a clairement affirmé qu'une clientèle médicale pouvait être cédée à l'occasion de la constitution ou de la cession du fonds libéral. Cette décision a donc mis un terme à l'ancienne jurisprudence, séculaire et critiquée, en reconnaissant clairement la cession directe de clientèle civile sous réserve du respect de la liberté de choix du patient et en présence d'un fonds libéral.

Les droits français et québécois ont pu ainsi dépasser l'hostilité traditionnelle à l'égard de la cession de clientèles civiles ou professionnelles au moyen de l'admission d'un droit de présentation (spécificité française) ou simplement de l'insertion de clauses de non-concurrence ou de non-sollicitation. La clientèle civile devient plus clairement un objet possible d'appropriation.

1.2.2 La patrimonialisation de la clientèle civile ou sa commercialité au moyen de l'émergence du fonds

Avant d'examiner le contenu de la décision de la Cour de cassation du 7 novembre 2000⁵⁶, laquelle a aussi eu un impact sur la position des tribunaux québécois, notamment dans l'affaire *Mirarchi c. Lussier*⁵⁷, il est utile de souligner le parallèle existant entre l'admission de la cessibilité des clientèles commerciales et la cessibilité des clientèles civiles (1.2.2.1). En France, il y a eu une volonté de croire en l'émergence du fonds libéral pouvant justifier une telle cession, à l'instar du modèle du fonds de commerce qui permet d'envisager plus facilement la cession des clientèles commerciales (1.2.2.2).

54. R. SAVATIER, préc., note 10, p. 566 ; R. PERRUCHOT-TRIBOULET, « Cession de clientèle », (1935) 55 *Rev. critique* 214, 230 ; Pierre JULIEN, « Les clientèles civiles », *RTDC* 1963.213.

55. Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, *RTDC* 2001.167, obs. T. Revet ; *RTDC* 2001 146, obs. J. Mestre et B. Fajès ; L.P.A., 2001.24, obs. Koleck-Desautel.

56. *Ibid.*

57. Préc., note 7.

1.2.2.1 *L'effet miroir de la cessibilité des clientèles civiles :
le traitement des clientèles « commerciales »*

L'adoption d'une conception objective de la clientèle a permis d'autoriser la cession des clientèles commerciales en France et au Québec. Il a même été admis que la clientèle commerciale d'un concessionnaire automobile était parfaitement cessible ainsi que ses fichiers clients⁵⁸. Dans la même veine, il a été reconnu qu'un franchisé avait le droit de disposer de la clientèle comme élément constitutif de son fonds de commerce⁵⁹. Tout comme la clientèle commerciale d'un franchisé, le VRP (voyageur, représentant et placier, soit un représentant de commerce) peut lui aussi prétendre à un droit sur la valeur de sa clientèle, sous certaines conditions⁶⁰. La Cour de cassation a franchi un pas supplémentaire, de « cession de carte de représentant »⁶¹ à « cession de clientèle »⁶², et en est venue à considérer qu'il s'agit désormais d'une « cession de la valeur de la clientèle »⁶³ du VRP. Il faut toutefois remarquer que, dans ces affaires, la propriété de la clientèle commerciale n'est pas franchement abordée et qu'elle est même soigneusement évitée ; les tribunaux préfèrent rattacher la clientèle au fonds de commerce, évitant ainsi de se prononcer directement sur l'existence d'un droit réel sur

58. Paris, 4 oct. 2002, L.P.A. 2003.3, n° 182, note Bertin, p. 4.

59. Cass. civ. 3^e, 27 mars 2002, L.P.A. 2003.3, n° 25, note Marot :

« Attendu [...] d'une part, que si une clientèle est au plan nationale attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre 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 créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls, d'autre part, que le franchiseur reconnaît aux époux Basquet le droit de disposer des éléments constitutifs de leurs fonds. »

Agen, 12 juill. 2000, L.P.A. 2003.3, n° 25, note Marot ; *Ibid.* ; François AUQUE, « Application du statut des baux commerciaux au franchisé », *J.C.P. éd. N.* 2002.48.1651.

60. Cass. soc., 17 déc. 2002, JCP 2003.II.10157, note Vincente.

61. Cass. soc., 23 avr. 1960, *Bull. civ.* IV, n°s 385 et 386.

62. Cass. soc., 23 mars 1999, pourvoi n° 96-45574, en ligne : <www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007397121&fastReqId=684106045&fastPos=1> (site consulté le 4 mai 2012).

63. Cass. soc., 17 déc. 2002, préc., note 60 : « Un VRP peut être autorisé à céder la valeur de la clientèle qu'il a apportée, créée ou développée pour son entreprise, sous réserve qu'il renonce au bénéfice de l'indemnité de clientèle à laquelle il peut prétendre et que l'employeur ait donné son accord à ladite cession. »

la clientèle⁶⁴. Néanmoins, la cessibilité de la clientèle commerciale a été admise clairement, sans l'emploi de formules alambiquées, contrairement à la cession de clientèle civile qui a toujours prêté à discussion jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 2000⁶⁵.

Il est vrai que la clientèle, entendue au sens commercial, ne peut, en principe⁶⁶, faire l'objet de propriété privative dans le système de libre concurrence érigeant le droit pour tous de solliciter la clientèle du public. Les tribunaux québécois reconnaissent, tout de même, que les rapports entre clientèle et entreprise peuvent donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts pour sanctionner une représentation trompeuse aux yeux du public⁶⁷ ou faire l'objet d'injonc-

64. Les commentateurs partagent cet avis : F. AUQUE, préc., note 59 :

« Par une approche plus économique que juridique du fonds, l'arrêt du 27 mars 2002 estime que la clientèle est nécessairement liée à un support, ce qui fait du propriétaire de l'un des éléments supports, le propriétaire du fonds, sans que l'on ait à s'interroger sur le caractère personnel ou propre de la clientèle.

Cass. soc., 17 déc. 2002, préc., note 60. Plus optimiste, cet auteur reprend l'évolution jurisprudentielle et doctrinale sur la question. Selon ce dernier, jusqu'à la fin des années 1980 :

« Les conséquences ne sont pas très claires en ce qui concerne la propriété de la clientèle par exemple, nous n'avons pas relevés dans les décisions publiées de cas où la juridiction déclare clairement que la clientèle est la propriété de la seule partie qualifiée jusqu'alors de concédant ou de franchiseur. Il semble que la jurisprudence ait quelques scrupules à s'engager dans toutes les conséquences de la déviation qu'elle vient d'établir et qu'elle préfère donc s'en tenir à certaines conséquences qui ne mettent en jeu que les relations des parties au contrat.

En commentant la décision du 27 mars 2002, l'auteur considère clairement que le franchisé est désormais propriétaire de sa clientèle à condition qu'il soit un « vrai chef d'entreprise » ; qu'il agisse réellement comme un « commerçant indépendant mettant en œuvre des moyens et une activité à ses risques et périls » : Cass. civ. 3^e, 27 mars 2002, préc., note 59.

65. Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, préc., note 55.

66. *Excelsior c. Mutuelle du Canada*, [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.), p. 35 : « Dans notre système économique, la clientèle demeure libre de ses choix. Elle décide où elle se portera. Toute entreprise assume les risques de ses mouvements. » ; Dans cette affaire, sous la plume de M. le juge LeBel, la Cour d'appel a aussi repris les propos du juge Lafontaine dans l'affaire *Moderne compagnie d'assurance c. Vanchestein*, [1925] 39 B.R. 294, p.302 : « Le client n'appartient qu'à lui-même. Il est susceptible de compétition de la part de qui que ce soit. » ; *Dufour c. Désilets*, J.E. 99-2147 (C.S.), par. 33 : « Quelle que soit la source de l'obligation de loyauté, elle ne va pas jusqu'à permettre de consolider un droit de propriété sur la clientèle qui demeure, dans notre système de libre concurrence, l'objet de la conquête du marché. »

67. La jurisprudence québécoise retient l'action en commercialisation trompeuse au visa de l'article 1437 du *Code civil du Québec* (responsabilité extracontractuelle), s'inspirant de l'action en *passing-off*, afin de protéger la clientèle commerciale (à suivre...)

tion de cessation ou d'abstention. Aussi, il est fort intéressant de souligner qu'en dépit de la proclamation de tels principes classiques, les tribunaux québécois ont souvent admis la validité des contrats de vente portant sur la clientèle ou l'achalandage d'un commerce. Le terme « achalandage » engloberait « non seulement les gens qui constituent la clientèle, mais aussi la réputation et le pouvoir attractif qu'exerce un commerce »⁶⁸. Les deux vocables, clientèle et achalandage, sont dans la majorité des décisions utilisés indifféremment. Pourtant, certains juges québécois⁶⁹ ou certains auteurs les ont parfois distingués⁷⁰. L'achalandage serait, de manière large, « l'ensemble des avantages, quels qu'ils soient, tirés de la réputation et des relations que l'entreprise s'est forgée par des années de labeur honnête et au prix de dépenses considérables »⁷¹. À l'opposé, un auteur a pu prôner une conception précise et étroite de l'achalandage⁷². Une décision de la Cour supérieure a repris cette analyse, au demeurant un peu trop subtile, pour refuser de considérer l'achalandage comme un bien pris de manière individuelle et transférable à ce titre⁷³. Or, ces deux visions n'empêchent guère les tribu-

(...suite)

d'une entreprise *Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex inc.*, [1992] 3 R.C.S. 120 : Le juge Gonthier a retenu trois critères : 1) l'existence d'un achalandage, 2) la représentation trompeuse induisant le public en erreur et 3) des dommages actuels ou possibles pour le demandeur. Dans le même sens, *Kisber & Co. c. Ray Kisber & Associates inc.*, [1998] R.J.Q. 1342 (C.A.) ; 9055-6473 *Québec inc. c. Montréal Auto Prix inc.*, 2006 QCCA 627, par. 21 ; Alexandra STEELE, « Tromperie commerciale et passing-off : Développements récents », 2003, en ligne, <www.robic.ca/admin/pdf/715/311-AST.pdf> (site consulté le 4 mai 2012).

68. *Kisber & Co. c. Ray Kisber & Associates inc.*, préc., note 67, 1352.

69. *Vadeboncoeur c. 2851-2259 Québec inc.*, préc., note 10, par. 43 et 44.

70. J. DERUPPÉ, préc., note 10, p. 168 ; R. SAVATIER, préc., note 10, p. 573, 574 et s. ; S. NORMAND, préc., note 10, 192, aux notes 55-57 ; L. PAYETTE, préc., note 10, n° 1292-1303 ; É. LABBÉ, préc., note 9, 410 (n° 5, 10 et 40) : « La vis attractiva se traduit par la potentialité économique de l'entreprise, sa rentabilité probable. Elle se conçoit comme l'ensemble de facteurs attractifs, liés tant aux éléments qui composent le fonds de commerce qu'à leur gestion. »

71. Lord Macnaghten dans *Trego c. Hunt*, [1896] A.C. 7, 24, traduction donnée dans *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101 (compensation accordée pour expropriation de clientèle).

72. Barry LANDY, « L'achalandage en droit québécois et les obligations implicites les protégeant », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 155, p. 161 ; l'auteur mentionne le droit à l'emplacement, le droit aux numéros de téléphone, les droits résultant d'une clause de non-concurrence ou de non-sollicitation.

73. *Vadeboncoeur c. 2851-2259 Québec inc.*, préc., note 10, par. 43-50 : « [43] Notre lecture de cette décision n'est pas la même. Dans cette affaire, le vendeur s'était engagé, expressément, à s'efforcer de préserver la clientèle de la (à suivre...)

naux québécois de traiter, de manière fréquente, la clientèle comme un accessoire⁷⁴ de l'entreprise, transférable de plein droit avec

(...suite)

compagnie dont il avait vendu les actions. Le juge fait la nette distinction entre l'obligation du vendeur, qui est de ne rien faire contre l'intérêt de l'acquéreur et l'obligation qu'il a assumée par ailleurs de préserver la clientèle, obligation qui était beaucoup plus vaste.

[44] La thèse à l'effet que la demanderesse devait agir pour livrer l'achalandage appelle des précisions sur la nature juridique de l'achalandage. Des distinctions fort pertinentes ont été faites entre la notion d'achalandage en common law et celle qu'on peut lui donner en droit civil.

[45] Le droit civil ne considère pas l'achalandage comme un bien en soi, même si, du point de vue comptable, on peut lui attribuer une valeur. En fait, il s'agit d'une valeur ajoutée à des biens intangibles ou tangibles, qui peut découler des obligations implicites qui s'attachent à ces biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels. Maître Barry Landy écrit :

L'achalandage constitue plutôt un ensemble de bénéfices intangibles qui augmentent la rentabilité d'une entreprise. Vis-à-vis des individus qui ont une connaissance particulière des affaires d'une entreprise, tel les actionnaires/administrateurs/employés-clefs, ces bénéfices intangibles sont protégés par des obligations implicites reliées par la nature de la relation qui existe entre l'individu et l'entreprise.

[46] Ces obligations implicites doivent s'évaluer dans le contexte de chaque situation juridique particulière.

[47] Dans son étude, maître Landy refuse de traiter l'achalandage, en matière de vente, comme pouvant être objet de la garantie contre l'éviction prévue à l'article 1509 C.c.B.C., puisque l'achalandage ne constitue pas un bien en soi. Le recours de l'acquéreur, à défaut d'autre stipulation, doit s'appuyer sur l'article 1024 C.c.B.C., étendant les obligations d'un contrat « à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi. »

[48] L'achalandage, évalué à un moment donné, est une valeur qui s'épuise. L'achalandage peut se recréer au fur et à mesure, mais à défaut de stipulation expresse, le vendeur n'a pas d'obligation de contribuer à cette reconstruction. Il n'a que l'obligation de ne rien faire qui empêcherait l'acquéreur de profiter de l'achalandage acquis.

[49] De même, pour représenter une valeur commerciale ajoutée à l'objet d'une vente, l'achalandage doit pouvoir se dissocier de la personne du vendeur. L'achalandage attaché à la personne et non à l'entreprise ne peut être objet de vente, parce qu'il n'est pas un bien transférable. C'est dans le cadre d'un contrat de travail ou d'association que ce type d'achalandage peut être partagé.

[50] En l'espèce, il faut s'en tenir aux dispositions du contrat de vente des actions de l'intervenante par la demanderesse pour définir les obligations implicites de cette dernière en matière d'achalandage. Comme vendeur, ces obligations sont de ne pas nuire à l'acquéreur de l'entreprise, sous la sanction d'être responsable en dommages. Cette obligation implicite peut être comparée à la garantie légale. La clause de non-concurrence, qui rend explicite cette obligation s'apparenterait ainsi à la garantie conventionnelle. Les obligations de la demanderesse comme employée sont d'une autre nature, même si elles peuvent avoir le même objet. Elles ne peuvent fonder une défense de non-livraison de l'objet de la vente. »

74. *Marque d'or inc. c. Clayman*, [1988] R.J.Q. 706, 713 (C.S.) : « Il s'agit d'un accessoire naturel. »

l'entreprise⁷⁵ ou comme un bien pouvant faire l'objet d'un contrat de vente⁷⁶, de location⁷⁷ ou, encore, comme un bien dont la garantie d'éviction peut être appliquée à la suite de la concurrence déloyale exercée par le vendeur⁷⁸. La clientèle est même perçue comme « un droit aussi digne de protection qu'un droit de propriété portant sur un immeuble ou un meuble »⁷⁹. Ainsi, selon les circonstances, la clientèle sera appréhendée comme un objet de propriété⁸⁰ à condition qu'il existe une clause conventionnelle en ce sens⁸¹ sinon ce

75. *Descôteaux c. Pauzé*, [1987] R.J.Q. 408 (C.S.) ; *Gaudreault c. Verreault*, J.E. 96-1990 (C.S.).

76. *P. Brunet Assurance inc. c. Lamanque*, J.E. 93-1655 (C.S.).

77. *A. Poupart et cie c. Desgroseilliers*, [1964] R.P. 80 (C.S.).

78. Le vendeur aurait une obligation légale implicite de ne pas solliciter la clientèle vendue ; *Vadebonceur c. 2851-2259 Québec inc.*, préc., note 10.

79. *Montréal (Ville) c. Robidoux*, [1979] C.A. 86, 87 (achalandage d'un commerce rendu impossible en raison de travaux publics).

80. S. NORMAND, préc., note 10, 192 ; *F.C. Hume and Co. c. Actaes inc.*, J.E. 90-1581 (C.S.), [1990] n° AZ-9002144 7 (C.S.), p. 27 : « La Compagnie jouit d'un droit sur sa clientèle qu'elle peut protéger. Cet attachement de la clientèle représente un actif fragile. »

81. *Vigneault, Lachance & Associés inc. c. Axa Assurances inc.*, 2008 QCCS 860, par. 77 : « La clientèle ou le portefeuille d'assurances est la propriété du courtier ou un actif lui appartenant. » Le paragraphe 89 prévoit la reconnaissance conventionnelle de la propriété de la clientèle du courtier d'assurance et le paragraphe 85 : « Si l'on excepte les normes contractuelles fixées par les parties, la clientèle, en définitive, appartient à elle-même (*La Moderne, Cie d'assurance c. Vanchestein*, [1925] B.R. 294) » ; *Groupe Commerce, compagnie d'assurances c. Couture & Fortier Assurances inc.*, [1998] R.R.A. 957 (C.A.), [1998] n° AZ-98011719, 25, 29-31 :

« La première caractéristique commune aux clauses litigieuses est de consacrer les « records des affaires » (clause 8 des contrats du Groupe Commerce) et les « affaires » (clause 7 des contrats de la Compagnie d'assurance Missisquoi) comme étant l'actif ou la propriété du courtier. Ces clauses expriment la convention initialement acceptée par les parties quant à la « propriété » de la clientèle. On rejoint ainsi le droit français et le droit américain sur la question :

À la différence de l'agent général, le courtier est propriétaire de sa clientèle. Cette clientèle est, en réalité, un élément du fonds de commerce, puisque le courtier est commerçant ; c'est même l'élément le plus important du fonds.

[...]

Pour qu'elle forme un ensemble intelligible, la clause par laquelle l'assureur reconnaît que les « records des affaires » sont la propriété ou l'actif exclusif du courtier et s'engage « à les garder d'une manière intacte » comporte – par implication nécessaire – un engagement ferme de l'assureur de ne pas utiliser les renseignements dont il dispose et qui émanent initialement du courtier pour affecter l'intangibilité des affaires du courtier.

Plus particulièrement, les contrats liant le Groupe Commerce lui commandent explicitement de « ne pas nuire aux affaires courantes ou aux renouvellements d'icelle » des courtiers. Il est donc interdit à l'assureur de se servir des renseignements dont il dispose (nom de l'assuré, nature de la police, montant de la prime, (à suivre...))

statut lui sera refusé⁸². La question juridique de la propriété de la clientèle commerciale est rarement abordée de manière franche et systématique par les tribunaux québécois. C'est sous couvert d'une action en concurrence déloyale ou pour non-respect de l'obligation de loyauté que les tribunaux auront à sanctionner les atteintes portées à la clientèle d'une entreprise, sans nécessairement se prononcer sur sa propriété⁸³.

1.2.2.2 *Les similitudes ou la confusion avec les clientèles commerciales*

En France, la doctrine a reproché aux juges, lors de la décision de la Cour de cassation du 7 novembre 2000⁸⁴, de ne pas avoir suffisamment su s'écarter de la jurisprudence en matière de fonds de commerce et d'avoir omis de se prononcer sur la nature véritable du fonds libéral⁸⁵. La Cour de cassation a employé l'expression « fonds libéral » à l'appui de sa solution qui a consisté à reconnaître clairement la cession directe de la clientèle civile sous réserve de la liberté

(...suite)

date de la police, date d'expiration de la police, nature du risque, couverture, etc.) et d'instaurer un mécanisme de sollicitation (lettres, téléphones, etc.) pour nuire aux affaires courantes du courtier, s'immiscer dans le renouvellement des polices ou traiter, de sa propre initiative, des affaires avec les assurés. Ces restrictions conventionnelles ont été stipulées, à l'évidence, au profit du courtier. L'assureur reconnaît que les assurés qui ont souscrit une police d'assurance ne sont pas ses clients, mais ceux du courtier. Dans l'exercice de ses fonctions d'expert-conseil, c'est généralement le courtier qui a orienté son client vers un assureur particulier en tenant compte des besoins de l'assuré. Toutefois, lorsque la relation courtier-assureur se termine, la clientèle suivra généralement le courtier. L'assureur ne pourra tenter de la retenir que dans les limites conventionnelles. »

Distribution Ciné télé action inc. c. Stratford, J.E. 2000-853 (C.S.), [2000] n° AZ-00021406, par. 15 et 18 (C.S.) : reconnaissance de la propriété de la clientèle en faveur de la salariée congédiée.

82. *Excelsior, compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie*, préc., note 66.

83. *DIT Équipements inc. c. Conceptions SN Vena inc.*, 2006 QCCS 3711 ; *Rose c. Denis*, [2002] R.J.Q. 797 (C.Q.), par. 54 : « Sans qu'elle ne puisse prétendre à un droit de « propriété » sur ces clientes, il n'en demeure pas moins que cette clientèle a été constituée en grande majorité par les efforts de sollicitation de publicité et les investissements de madame Rose avant l'arrivée de madame Denis » ; *Excelsior, compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie*, préc., note 66.

84. Préc., note 55 et *infra*, note 86.

85. Marie-Ange HOUTMANN, « La fin d'un tabou : la cessibilité de la clientèle civile », *L.P.A.* 2002.15, n° 4.

de choix du patient, ce qui fait planer un nuage gris sur cette mini-révolution. Sans aucun doute et à l'instar d'une doctrine avisée⁸⁶, nous pensons que la clientèle civile, tout comme la clientèle commerciale, en considérant sa force d'attraction, constitue un bien appropriable⁸⁷. Nous pousserons plus loin l'analyse en considérant le droit sur la valeur économique de la clientèle⁸⁸. Toutefois, l'erreur de la Cour de cassation⁸⁹ et de la loi⁹⁰ consiste à avoir attaché la clientèle commerciale et la clientèle civile au fonds de commerce ou au fonds libéral. La clientèle ainsi dépersonnalisée devient un bien qui fait, malheureusement, selon la jurisprudence précitée, partie du fonds et est négociable avec lui⁹¹. Cette dépersonnalisation achevée s'est trompée de rattachement.

De l'opinion d'un auteur⁹², la décision de la Cour de cassation du 7 novembre 2000 n'a pas su « se démarquer suffisamment de la jurisprudence rendue en matière de fonds de commerce » et a ainsi « procéd[é] à un clonage pour créer le fonds libéral »⁹³, il est vrai, sous l'impulsion d'une partie de la doctrine⁹⁴. En effet, des auteurs ont incité la Cour à modifier sa position traditionnelle en ayant recours à une fiction⁹⁵, celle du fonds libéral. Grâce au recours à la technique

86. *Ibid.* ; Cass. civ. 3^e, 27 mars 2002, préc., note 59 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, Rép. Defrénois 2001.6.431, n° 1, note Libchaber ; S. KOLECK-DESAUTEL, préc., note 55 sous Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, JCP 2001, 10452, obs. Vialla ; Thierry REVET, « La cessibilité de la clientèle agricole », *RTD. civ.* 2009.748.

87. *Contra* : F. AUQUE, préc., note 59.

88. Aurore BENADIBA, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels : Propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, Montréal & Paris, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2012, en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/8625/2/BenAdiba_Aurore_2012_these.pdf>.

89. Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, préc., note 86.

90. *Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce*, préc., note 32.

91. M.-A. HOUTMANN, préc., note 85, n° 4.

92. F. VIALLA, préc., note 47, p. 288 et 289.

93. Expression empruntée au professeur Thierry REVET, « Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce », *RTD civ.* 1991.1008, à propos du fonds artisanal créé sur le modèle du fonds de commerce.

94. Pascal JULIEN, « Les clientèles civiles. Remarques sur l'évolution de leur patrimonialité », *RTD civ.* 1963.213 ; Jean-Jacques DAIGRE, « Du fonds libéral en général », dans Aristide LÉVI (dir.), *Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, coll. « Le droit des affaires », Paris, Litec, 1997, p. 191 ; F. VIALLA, préc., note 47.

95. L'artifice de l'attachement de la clientèle au cabinet est trop évident et masque la seule source réelle de la clientèle qui se trouve être la force de travail : T. REVET, *La force de travail (Étude juridique)*, Paris, Litec, 1992, nos 487 et 488, p. 539-541.

du fonds libéral qui remplacerait le « droit de présentation du successeur », la Cour permet de sauver les apparences et autorise à « manipuler la clientèle sans le dire expressément »⁹⁶. Cette décision jurisprudentielle relève donc du paradoxe : elle admet la cession pure et simple d'une clientèle civile à condition qu'elle se réalise à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral. Malgré les termes employés par les tribunaux, qui ont fait preuve d'un « verbalisme pudique »⁹⁷, les clientèles civiles sont des biens⁹⁸ immatériels susceptibles d'appropriation comme de cession, voire d'un nantissement (en droit français) ou d'une hypothèque (en droit québécois). Toutefois, il serait plus juste de libérer l'emprise du fonds sur le bien-clientèle qui est un objet de propriété à part entière ; prévoir ainsi sa cession et sa prise en garantie. À cet égard, il serait souhaitable de concevoir la clientèle non pas comme une masse d'individus, mais plutôt comme un « système d'attraction »⁹⁹, une force d'attraction ou un « pouvoir attractif de clients »¹⁰⁰, voire une

96. Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, préc., note 86, n° 2.

97. R. SAVATIER, préc., note 10, p. 566, à propos de l'ancienne jurisprudence sur le droit de présentation.

98. De cet avis, Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, préc., note 86, n° 1 :

« Certains auteurs demeuraient attachés à l'orthodoxie de la patrimonialité limitée, quand d'autres désiraient rompre avec l'hypocrisie en vigueur pour admettre en droit les réalités socio-économiques. Parmi ces derniers, deux tendances se dessinaient. La première, faisait fond sur l'unité foncière de la notion de clientèle, demandait sa prise en compte propre, débarrassée de tout vêtement d'accompagnement : une clientèle pouvant être considérée comme un bien, certes incorporel, il importe de la reconnaître comme telle pour a soumettre aux opérations qui gouvernent normalement des biens. »

Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, préc., note 86 : « Ainsi, l'arrêt du 7 novembre 2000, appréhende le facteur personnel d'attraction des clients civils sous une terminologie qui manifeste clairement que le principe est, désormais, sa qualité de bien » ; S. KOLECK-DESAUTEL, préc., note 55 :

« La clientèle est dès lors susceptible d'appropriation ; elle est un objet de droit parce qu'elle est une valeur. Or, à partir du moment où une production de l'activité humaine est profitable, cette production constitue une chose susceptible d'appropriation. La clientèle constitue un bien qui peut donc s'insérer dans le droit de la vente. »

M.-A. HOUTMANN, préc., note 85 ; *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A, n° 31, p. 25, § 58, n° 63, cité par Pierre BERLIOZ, *La notion de bien*, Paris, L.G.D.J., 2007, n° 357 ; p. 107 ; Cass. civ., 30 juin 2004, *Bull. civ. I*, nos 195 et 368 ; *Contra* : F. AUQUE, préc., note 59.

99. F. VIALLA, préc., note 29, n° 108.

100. Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, préc., note 86 ; P. BERLIOZ, préc., note 98, nos 363 et 368, p. 107.

force de travail libéral¹⁰¹, afin de voir enfin consacré le droit sur la valeur économique de cet actif incorporel.

Au Québec, l'idée de fonds libéral n'a pas été l'alibi pour justifier la cession de clientèle. Toutefois, la jurisprudence française a certainement eu une influence sur les juges québécois lors de l'admission du principe d'une cession directe de clientèle professionnelle. En outre, les tribunaux québécois ont souligné les similitudes de la cession de clientèle professionnelle avec la cession de clientèle commerciale. Dans l'affaire *Lévesque c. Théberge*¹⁰², même si la clause de restriction des soins a été jugée illégale car contraire à l'ordre public, les juges ont admis le principe de la cession de clientèle professionnelle. Le juge a assimilé clairement la cession de la clientèle dentaire à une vente d'entreprise. Il a souligné la ressemblance des modes de gestion des clientèles des professions libérales et des clientèles commerciales¹⁰³.

Les juges français et québécois ont donc pris acte du mouvement de patrimonialisation des clientèles civiles ou appelées professionnelles au Québec. Cependant, ils ont admis le principe de leur cessibilité directe avec une variante importante : le respect du choix

101. T. REVET, préc., note 95.

102. *Théberge c. Lévesque*, 2007 QCCA 898, par. 48-51, [2007] R.J.Q. 1482.

103. *Ibid.* :

« [48] La présente affaire illustre bien qu'une clinique dentaire s'apparente à une véritable entreprise commerciale. Même l'exercice des « professions libérales », suivant l'expression un peu surannée, suit la même tendance. On y discute de rendement sur le capital, de développement des affaires, de financement à court et à long terme, d'acquisition, de fusion, de vente d'entreprises, etc.

[49] D'où l'importance de l'arrêt *Mirarchi* qui rappelle les limites du business dans le domaine de la santé. Les patients sont plus que de simples clients. Les professionnels qui les traitent doivent s'en soucier dans leurs transactions d'affaires et les interdits de concurrence lorsqu'ils vendent leur entreprise doivent respecter le droit du patient au libre choix de son médecin, de son dentiste, etc.

[50] Dans cet arrêt la Cour accepte les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation ainsi que la clause pénale qui les sanctionne. Mais elle y retranche l'interdiction *sans réserve* « d'accepter de traiter [la] clientèle cédée » [...]

[51] L'interdiction *sans réserve* est jugée contraire à l'ordre public parce que :

[43] [...] elle crée un étai sur le praticien débiteur de l'engagement contractuel » [...]

du patient¹⁰⁴. Dans l'affaire *Mirarchi c. Lussier*¹⁰⁵, la Cour d'appel du Québec – au terme d'un arrêt fort motivé et documenté, notamment sur le droit positif français – a procédé à l'examen de la légalité de la clause de non-concurrence et notamment celle concernant l'interdiction de soins aux patients. La Cour a finalement admis la cession de la clientèle professionnelle tout en refusant l'engagement du cessionnaire de s'abstenir de traiter les patients cédés.

Actuellement, le traitement de la clientèle, par les tribunaux français et québécois, fait appel à une conception à mi-chemin entre subjective et objective, que l'on qualifierait de « patrimonialisante » puisque le respect du choix des clients reste le critère décisif pour rendre valide une telle opération de cession. Ainsi, la cession de la clientèle civile ou professionnelle n'induit pas l'effet attendu ; l'appropriation de l'objet clientèle est loin d'emporter un rapport d'exclusivité entre le titulaire et son objet. De plus, cette opération est placée sous haute surveillance, celle des juges, qui en examinent les effets eu égard, notamment, à la liberté du patient et à l'accès aux soins.

2. LES VÉRITABLES CONTOURS DE LA CESSION DE CLIENTÈLE CIVILE OU PROFESSIONNELLE : UNE APPROPRIATION SINGULIÈRE

Dépourvue de *corpus*, la clientèle est difficile à appréhender. La clientèle est alors considérée comme une entité, une masse de personnes attirées par un certain nombre d'éléments matériels et intellectuels ou intangibles, ce qui permet de la transmettre implicitement en cédant les différents éléments qui la retiennent. Toutefois, ce détour technique n'est pas suffisant pour la clientèle civile, attachée à un professionnel, qui doit reporter sa confiance envers le

104. *Théberge c. Lévesque*, préc., note 102, par. 44-49 :

« [47] Outre les moyens invoqués par l'appelant, se pose la question de savoir si les clauses d'interdiction du contrat respectent vraiment le libre choix du patient. Interrogées à l'audience sur ce point, les parties ont peu élaboré. À leur décharge, l'arrêt de la Cour dans *Mirarchi c. Lussier*, 2007, QCCA 284, n'était pas encore rendu.

[49] D'où l'importance de l'arrêt *Mirarchi* qui rappelle les limites du business dans le domaine de la santé. Les patients sont plus que de simples clients. Les professionnels qui les traitent doivent s'en soucier dans leurs transactions d'affaires et les interdits de concurrence lorsqu'ils vendent leur entreprise doivent respecter le droit du patient au libre choix de son médecin, de son dentiste, etc. »

105. *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 7.

cessionnaire¹⁰⁶. Cette transmission de la confiance accordée justifie l'insertion de clauses de non-concurrence et de non-sollicitation ainsi que, dans une certaine mesure, l'interdiction de clauses de restrictions de soins. Cet objet-clientèle est donc particulier et met en place un rapport d'appropriation non exclusif et aléatoire (2.1). Par ailleurs, cette appropriation est contrôlée par les juges qui veillent au contenu des clauses insérées dans le contrat de cession de clientèle civile ou professionnelle en érigeant des principes d'ordre public comme la liberté de choix du patient, l'obligation de soins ou le devoir de conduite responsable du professionnel (2.2).

2.1 Une appropriation non exclusive et aléatoire de la clientèle

Les cessions de clientèles attachées aux professionnels (notaires, avocats, médecins, dentistes, etc.) sont désormais admises par les tribunaux français et québécois. Toutefois, les contrats de vente ou de cession comportent certaines clauses contractuelles comme les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation. Des limites temporelles et géographiques entourent les conditions de la cession. L'appropriation de la clientèle est donc encadrée dans le temps et l'espace et elle demeure aléatoire.

2.1.1 L'utilité et l'appréciation des clauses de non-concurrence et de non-sollicitation

Les contrats de société entre professionnels s'apparentent aux contrats de vente d'entreprise. Des clauses de non-concurrence et de non-sollicitation insérées dans de tels contrats de société sont couramment utilisées pour protéger tant les intérêts de chacun des associés et que les associés représentés collectivement¹⁰⁷. En France et au Québec, ces clauses se retrouvent ainsi dans la majorité des contrats de société entre professionnels exerçant une activité libérale comme les notaires, les avocats, les dentistes, les ingénieurs, les comptables et les architectes¹⁰⁸. L'ancien titulaire de

106. R. LIBCHABER, préc., note 9, n° 73.

107. P. IANNUZZI, préc., note 4, p. 56-99.

108. *Fortin c. Clarkson*, [1992] R.J.Q. 1301 (C.S.) ; *Bertrand c. Mercure*, [1990] R.L. 585 (C.A.) ; Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 1996, JCP N 1998, n° 6, p. 202, obs. C. Yeougo : Même si le contrat de présentation de clientèle ne le prévoyait pas, le cessionnaire devenait automatiquement titulaire du bénéfice de l'engagement de non concurrence souscrit par le premier cédant, Yvonne MIRTIN-GUILHAUDIS et Jean Guirec RAFFRAY, « La cession des clientèles libérales : (à suivre...)

la clientèle ne garantit pas la fidélité des clients, mais il s'engage à ne plus solliciter cette clientèle. Cela favorisera, en principe, le report de confiance des clients envers le nouveau praticien. L'obligation de non-concurrence, négative par essence, joue aussi un rôle important pour augmenter les probabilités de fréquentation de la clientèle envers le nouveau titulaire. Tout est une question de nuance : le cédant ne peut refuser de traiter son ancien client, mais il doit s'abstenir de le solliciter¹⁰⁹.

Les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation, initialement prévues par l'article 2089 du *Code civil du Québec* pour limiter la liberté contractuelle dans les contrats d'emploi, sont aussi sujettes à l'interprétation des juges en ce qui concerne les limitations dans le temps et dans l'espace qu'elles prescrivent pour les professionnels quittant leur société. En France et au Québec, les critères de territorialité et de temporalité sont appréciés eu égard à la nature particulière du contrat de société conclu entre professionnels qui est notamment régi par des règles de droit civil et qui obéit aussi à des règles déontologiques d'ordre public¹¹⁰. Par exemple, le nombre de kilomètres et le choix du territoire géographique précis à l'intérieur duquel l'activité visée est interdite sont autant d'éléments restreignant la liberté de concurrence¹¹¹.

Des clauses restrictives de commerce, comme le versement différé de capital dans le compte d'un associé, sont aussi assimilées à des clauses de non-concurrence et permises dans le cadre d'une société de professionnels regroupant des avocats ou des syndics de faillite¹¹², à condition d'avoir été négociées et discutées entre les parties¹¹³. La Cour supérieure a eu l'occasion d'examiner, par exemple, si ces clauses contrevenaient à l'ordre public et, notamment, à la

(...suite)

une question réglée ? », JCPN 2003.1483 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, JCP 2001.10452, obs. Violla ; Y. SERRA, « L'opération de cession de clientèle civile après l'arrêt du 7 novembre 2000 : dorénavant, on fera comme d'habitude », D. 2001.2295.

109. Cass. civ. 1^{re}, 7 février 1990, *Bull. civ.* I, n° 38 ; Defrénois 1990, art. 34387.

110. *Fortin c. Clarkson*, [1992] R.J.Q. 1301, 1308 (C.S.).

111. Nathalie-Anne BELIVEAU et Sébastien LEBEL, « Les clauses de non-concurrence en matière d'emploi et en matière de vente d'entreprise : du pareil au même ? », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 338, *Développements récents en droit de la non-concurrence*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 113, aux p. 159 à 192.

112. *Fortin c. Clarkson*, préc., note 110 ; *Bertrand c. Mercure*, préc., note 108.

113. *Belley c. Cécyle*, J.E. 2004-1053 (C.S.).

pratique du droit et au droit pour le public de choisir son avocat¹¹⁴. Dans les causes concernant des professionnels de la santé, les tribunaux attachent une importance plus grande au respect du bien-être public. La relation professionnel-patient est davantage scrutée par les juges, plaçant cette relation de confiance *intuitu personæ* sous la protection de l'ordre public¹¹⁵.

Nous verrons toutefois que les obligations de non-concurrence et de non-sollicitation doivent se concilier, en quelque sorte, avec d'autres principes considérés fondamentaux, comme le libre choix du client de choisir son professionnel. On ne peut interdire à l'ancien professionnel de prodiguer des soins aux patients actuels si telle est la volonté de ces derniers. Le lien avec le cédant est parfois difficilement rompu par les clients, ce qui rend la cession aléatoire.

2.1.2 Le caractère aléatoire d'une cession de clientèle

Le report de confiance traduit par l'engagement de non-concurrence et de non-sollicitation ne permet pas de garantir pleinement le transfert de la clientèle au nouvel acquéreur. Les clauses techniques visent un résultat espéré et allègrement monnayé. Une part d'aléa demeure dans ce type de contrats que la pratique désigne, en France, sous les vocables de « convention de présentation », de « convention d'intégration » ou de « convention de pied à l'étrier » (selon que la cession envisagée est totale ou partielle) ou tout simplement, en France comme au Québec, de « convention de cession » ou de « convention de vente ». En principe, les clients n'appartiennent qu'à eux-mêmes. Ils ne peuvent être contraints de renoncer à leur liberté.

En admettant la cession directe de la clientèle lors de la constitution ou lors de la cession du fonds libéral, la Cour de cassation, dans sa décision de 7 novembre 2000¹¹⁶, n'a fondamentalement pas modifié la réalité des opérations de cessions de clientèles civiles, ni d'ailleurs les pratiques actuelles. Le contrat de cession reste tout de même aléatoire puisque les parties ne peuvent imposer de force le nouveau successeur. Le contenu des dossiers clients reste couvert par le secret professionnel et le nouveau praticien y a accès avec le

114. *Fortin c. Clarkson*, préc., note 110 ; *Bertrand c. Mercure*, préc., note 108 ; *Belley c. Cécyre*, préc., note 113.

115. *T. c. B.*, préc., note 26 ; *Jeanty c. Labrecque*, préc., note 27.

116. Préc., notes 55 et 86.

consentement des patients. Par ailleurs, dans les décisions postérieures à l'arrêt du 7 novembre 2000, les juges omettent souvent toute référence au fonds d'exercice libéral et valident des « conventions de cession de présentation » ou des « conventions de cession partielle »¹¹⁷.

Dans *Mirarchi c. Lussier*¹¹⁸, la Cour d'appel du Québec a examiné la légalité de la clause de non-concurrence et, notamment, celle concernant l'interdiction de soins aux patients. La Cour a finalement admis la cession de la clientèle civile tout en refusant l'engagement, inséré dans le contrat de cession, d'arrêter de traiter les patients cédés. Dans cette affaire, la juge a rappelé le caractère aléatoire d'une telle cession :

Inévitablement, la transmission de la clientèle, constituée de patients, est source de difficultés, puisqu'il est difficile de caractériser l'objet précis de la cession. Il est indéniable que les patients eux-mêmes, en tant que personnes, sont incessibles, et il en est de même de leur fidélisation, dont on ne peut garantir l'indéfectibilité. Des auteurs français ont tendance à voir la clientèle comme un but, plutôt qu'un objet, et l'estiment donc incessible.¹¹⁹

Le caractère aléatoire de la cession de clientèle attachée à un professionnel renvoie inévitablement à la question de la nature particulière du bien-clientèle ; bien incorporel dont l'appropriation ne peut être absolue. Ce constat n'empêche pas sa qualification en bien, objet susceptible d'appropriation et ayant une valeur économique¹²⁰, si on s'accorde à considérer les différents éléments attractifs de la clientèle qui lui permettent d'exister en tant qu'objet de droit. Ces éléments structurants, qui agissent comme des éléments fédérateurs, sont le plus souvent détachables de la personne du professionnel et permettent précisément de la rendre cessible.

2.2 Une appropriation contrôlée de la clientèle

Les juges français et québécois examinent avec grand soin les clauses contractuelles permettant la cession de clientèle profession-

117. Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004, D. 2005.somm.405, obs. Penneau ; Cass. civ. 1^{re}, 20 janvier 2004, Défrenois 2004.37902.29, obs. J.-L. Aubert ; Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008, RGDA 2009.04.1249, obs. Gachi.

118. *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 7.

119. *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 7, par. 39. Les juges indiquent, en note de bas de page, que « [l]orsqu'elle s'inscrit dans la sphère commerciale de la santé, la clientèle est nommée, par des auteurs français, la patientèle. »

120. A. BENADIBA, préc. note, 88.

nelle en érigeant l'ordre public comme une mesure protectrice encadrant l'obligation de soins (2.2.1) et la liberté de choix du patient (2.2.2).

2.2.1 L'interdiction des clauses restrictives de soins

Les tribunaux français sont clairs lors de l'admission des cessions de clientèles dites civiles : même si le professionnel ne peut plus solliciter son ancienne clientèle, ni effectuer des actes de concurrence pendant un certain temps et sur un territoire donné envers le cessionnaire, il ne peut s'abstenir de prodiguer des soins ou des services aux clients qui le désirent. S'agissant des professions médicales ou paramédicales, cela contreviendrait au *Code de la santé publique*, aux textes réglementaires spécifiques et au code de déontologie du professionnel concerné.

Le principe du libre choix du client ou du patient est de source ancienne, souvent réglementaire ou déontologique¹²¹. Ce principe permet d'interdire les clauses restrictives de soins. L'ancien titulaire ne peut, au nom des clients, qui sont des tiers à la convention de cession, s'engager à ne plus les traiter sans leur consentement. Cela revient à porter atteinte au devoir général de conduite responsable du professionnel de la santé. Dans l'affaire *Mirarchi c. Lussier*¹²², la Cour d'appel du Québec a considéré, compte tenu du contexte et de la finalité de la clause restrictive de soins, que celle-ci était illégale et devait être retranchée du contrat de vente. Le « contexte de la clause eu égard à la professionnalisation des services de santé et sa finalité eu égard à la marchandisation de la clientèle »¹²³ ont permis aux juges d'apprécier l'atteinte ou non à l'ordre public en matière de soins de santé. Les juges se sont aussi assurés que les clauses restrictives de commerce ne touchaient pas le droit des personnes de bénéficier de la continuité des soins au regard de l'article 9 du *Code civil du Québec* et de la législation québécoise en vigueur dans le domaine de la santé¹²⁴. Par ailleurs, les juges d'appel, sous la plume

121. Gérard CHABOT, « Fonds libéral – Cession », dans *Jurisclasseur Entreprise individuelle*, fasc. 3360, Paris, LexisNexis France, 2005, n° 57 ; *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 7.

122. *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 7.

123. *Ibid.*, par. 27.

124. *Ibid.*, par. 29-30 :

« [29] Cependant, les conventions de vente qui interviennent entre des sociétés de professionnels et, en particulier, des sociétés œuvrant dans le domaine de la santé, posent des contraintes qui font obstacle à l'application illimitée des (à suivre...)

de l'honorable Louise Otis, ont rappelé la position de la jurisprudence française et la décision de la Cour de cassation du 7 novembre 2000¹²⁵. La Cour d'appel du Québec a finalement admis la cession de la clientèle civile tout en refusant l'engagement, inséré dans le contrat de cession, d'arrêter de traiter les patients cédés. Cette clause commerciale aurait une incidence directe, selon l'honorable juge Otis, sur

l'exercice du libre choix du patient et compromet[trait], par anticipation, le devoir de conduite responsable du professionnel de la santé qui ne [pourrait] plus, désormais, décider de continuer un traitement. Cette obligation contractuelle, prise au nom de tiers qui n'y ont pas consenti, ne peut [...] être incorporée dans un contrat de vente d'entreprise dans le secteur de la santé.¹²⁶

Ainsi, la liberté de choix du patient et le droit aux soins sont des principes scrupuleusement examinés par les juges québécois validant ainsi les cessions de clientèles professionnelles au Québec. En quelque sorte, le respect de la déontologie l'emporte sur le droit de la vente¹²⁷.

(...suite)

règles régissant la vente d'entreprises commerciales. Dans le contexte spécifique des soins de santé, le cadre législatif, qui confère des droits aux patients et impose des obligations aux professionnels, vient restreindre sérieusement la marchandisation de la clientèle, constituée essentiellement de patients. Les questions de temporalité, de territorialité et d'effets sur le débiteur de l'obligation ne constituent, lors de l'examen des conventions de vente entre professionnels de la santé, qu'une partie du test de légalité. Il faut aussi s'assurer que les clauses restrictives de commerce n'affectent pas le droit des personnes de bénéficier de la continuité des soins. Ces droits étant d'ordre public, la clause de non-concurrence qui les transige doit être interprétée strictement, en conformité avec l'article 9 du *Code civil du Québec* » :

9. Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté ; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public.

« [30] L'examen de la législation québécoise, dans le domaine de la santé, établit les devoirs et obligations des professionnels de la santé envers les personnes assujetties à leurs soins. Un trait commun se dégage de l'analyse : l'intérêt des patients transcende généralement celui des professionnels. Cette proposition ressort d'abord des lois-cadres que sont la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* [L.R.Q., c. S-4.2] et la *Loi sur l'assurance maladie* [L.R.Q., c. A-29] qui ne visent pas, au premier chef, les cliniques dentaires privées mais permettent néanmoins d'éclairer les normes déontologiques des professionnels de la santé. »

125. *Ibid.*, par. 40-43.

126. *Ibid.*, par. 43

127. Y. MIRTIN-GUILHAUDIS et J. G. RAFFRAY, préc., note 108.

2.2.2 La liberté de choix du patient : un principe à géométrie variable

En France, comme il a été évoqué précédemment, l'une des réserves formulées par la Cour de cassation quant à la cession directe de la clientèle civile concerne la liberté de choix du patient. Or, le respect de cette règle légale (notamment article L. 1110-8, 1^{er} alinéa du *Code de la santé publique*) d'origine déontologique érigée en principe d'ordre public par la Cour de cassation devra être apprécié par les juges du fond, ce qui laisse augurer quelques incertitudes sur son étendue. Par exemple, portent ainsi atteinte au libre choix du patient, le partage alphabétique du fichier clients de même que la demande faite par le praticien de suivre ses patients par un de ses collègues en raison de rendez-vous trop rapprochés¹²⁸. Néanmoins, dans une décision, la Cour de cassation¹²⁹ a validé une convention singulière par laquelle une maison de retraite concédait, à titre onéreux, l'exercice privilégié, dans ses locaux, des actes infirmiers sur ses pensionnaires. La clause, prévoyant expressément la possibilité d'un choix contraire des pensionnaires quant aux recours aux infirmiers, est apparue suffisante aux yeux des juges alors qu'elle semble être, eu égard à la situation, une clause formelle¹³⁰ puisque son effectivité paraissait compromise compte tenu des circonstances factuelles. À l'instar d'un auteur, nous pensons que les pensionnaires d'une maison de retraite vraisemblablement âgés, isolés et, semble-t-il, pas suffisamment informés, pouvaient difficilement se prévaloir de leur liberté de choisir d'autres professionnels¹³¹. Cette exigence de sauvegarde de la liberté de choix des patients peut se révéler illusoire dans certains cas de pratiques quasi-monopolistiques ou de pratiques très spécialisées¹³², ou encore lors de l'instauration de médecins référents.

Il est important d'inscrire le principe de la liberté de choix du patient dans le contexte législatif et politique actuel, même si cela dépasse quelque peu le cadre de notre analyse portant sur la cession

128. Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1995, D. 1995.560, note Beignier ; Limoges, 10 mai 1993, D. 1994.161, obs. Beignier.

129. Cass. civ. 1^{re}, 16 janv. 2007, *Bull. civ.* I, n° 24.

130. Thierry REVET, « Le développement progressif de la commercialité de la clientèle civile », *RTD civ.* 2008.123.

131. Soraya AMRANI-MEKKI, « Droit des contrats », D. 2007.2966.

132. Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004, préc., note 117 : « la pathologie des malades concernés, en ce qu'elle requérait des soins réguliers de dialyse avec appareillage, faisait obstacle à la liberté de choix de médecin traitant comme de lieu d'exécution ».

des clientèles civiles. La liberté du patient est un principe impératif ayant une valeur législative¹³³, mais elle a fait l'objet de nombreuses critiques en France : elle serait un facteur important d'inflation des dépenses en raison de la multiplication des consommations par les patients enclins à consulter différents médecins¹³⁴. Cet argument est désormais atténué par le dispositif mis en place par la *Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires* (dite Loi Bachelot « HPST ») qui encourage plutôt un système d'inspiration anglaise où le patient, s'il veut bénéficier de la gratuité des soins, s'intègre à une filière de soins gérée par un médecin généraliste. Dans le même ordre d'idées, la liberté du patient serait aussi contraire à la nécessité de coordination des soins qui est une condition de la qualité des traitements¹³⁵.

Le cadre législatif français actuel, qui prône à la fois un meilleur accès aux soins, une lutte contre les déserts médicaux et une nouvelle gouvernance hospitalière, limite aussi, dans une certaine mesure, la liberté de choix du patient. Par exemple, la Loi Bachelot « HPST » du 21 juillet 2009, qui institue le « médecin généraliste de premier recours » au détriment des spécialistes, et le projet de loi Le Roux du mois de novembre 2012, qui vise à autoriser les mutuelles à créer des réseaux de soins afin d'appliquer des tarifs différenciés de remboursement pour les actes des chirurgiens-dentistes, portent clairement atteinte au libre choix du patient¹³⁶. Également, les

133. La Cour de cassation confère ainsi au principe de liberté de choix du patient le caractère d'un « principe fondamental de la législation sanitaire » (Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2003, n° 01-03.259, *Bull. civ. I*, n° 109) et attache à la règle énoncée à l'article L. 1110-8 du *Code de la santé publique* le caractère d'un « principe impératif » (Cass. civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, n° 05-20.564, *Bull. civ. I*, n° 292) ; Xavier PRÉTOT, « Une mutuelle peut-elle procéder à des remboursements distincts selon que ses adhérents recourent ou non à un praticien conventionné auprès d'elle ? », *Rev. dr. sanit. et soc.* 2010.552, commentaire sous Cass. civ. 2^e, 18 mars 2010, *M. Pierre-Claude Becq c/ Mutuelle générale de l'éducation nationale (MGEN)*, n° 09-10.241.

134. Jacques MOREAU et Didier TRUCHET, *Droit de la santé publique*, 6^e éd., coll. « Mémentos » Paris, Dalloz, 2004, p. 199.

135. Pierre-Louis BRAS, « Le médecin traitant : raisons et déraison d'une politique publique », *Dr. soc.* 2006.61.

136. ORDRE NATIONAL DES CHIRURGIENS-DENTISTES, *La liberté de choix menacée*, en ligne : <www.ordre-chirurgiens-dentistes.fr/actualites/annee-encours/actualites.html?tx_ttnews%5Btt_news%5D=373&tx_ttnews%5BbackPid%5D=4&cHash=72c298d383> ; Vincent MESSAGE, *La liberté de choix du patient*, mémoire de maîtrise, Montpellier, Université de Montpellier I, 2009, en ligne : <<http://static.iquest.com/fichiers/theses/Droit/liberte-choix-patient-vincent-message.pdf>>.

malades n'ont parfois pas d'autres choix que de se rendre au cabinet médical en raison de la proximité géographique des services offerts ou de la rareté relative des compétences recherchées¹³⁷. En effet, l'organisation générale des services sur le plan national ou local peut porter atteinte à l'effectivité du libre choix du patient. L'accès aux soins n'est pas pleinement satisfaisant en France pour différentes raisons : la dispersion des équipements hospitaliers sur le territoire, l'éloignement des régions, l'allocation des ressources budgétaires aux établissements, le dépassement des honoraires¹³⁸. Par exemple, la couverture à 100 % des soins accordée à un patient au titre d'une affection de longue durée (dont souffrent 9,7 millions de personnes en France) ou d'un accouchement, n'est plus synonyme de gratuité¹³⁹. En France, la grande majorité des chirurgiens, des oto-rhino-laryngologistes (ORL), des gynécologues et des ophtalmologistes pratiquent des taux de dépassements d'honoraires excessifs, ce qui creuse l'écart avec les tarifs pratiqués par les médecins généralistes et porte surtout atteinte au principe de l'accès aux soins¹⁴⁰. Le coût final pèse souvent sur le patient dont l'assurance complémentaire ne couvre pas l'intégralité du dépassement pratiqué. Ainsi, selon la professeure Brigitte Feuillet :

le système social mis en place, les faibles revenus d'une grande partie de la population constituent une autre source d'altération du principe d'égalité. D'une manière générale, les différences de conventions entre les caisses d'assurance maladie et les médecins (suivant qu'ils sont généralistes ou spécialistes), les différences tarifaires entre les établissements d'hospitalisation [...] ou, surtout, les dépassements tarifaires des médecins, de plus en plus répandus [...], créent des inégalités financières. Ces pratiques posent des problèmes de prise en charge pour les plus pauvres. De plus, si santé et protection sociale sont aujourd'hui liées pour permettre à toute personne d'accéder aux soins, le système mis en place repose sur des seuils [...]. En effet, la loi [n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle], qui vise les personnes démunies, a prévu une complémentaire qui n'est attribuée qu'aux personnes ayant des revenus minimums. Ainsi, les individus qui ont des ressources faibles mais d'un montant légèrement supérieur à ces seuils sont contraints de renoncer à des soins [...]. Un égal accès aux soins ne pourrait passer

137. G. CHABOT, préc., note 121, n° 57.

138. Romain MARIÉ, « Dépassements d'honoraires et accès aux soins », *R.D.S.S.* 2010.511.

139. *Ibid.*

140. *Ibid.*

que par un système d'aide personnalisée aux personnes en situation précaire.¹⁴¹

Dans ces conditions, la liberté de choix du patient, même si elle est brandie par la Cour de cassation comme une limite évidente et d'ordre public à la libre cessibilité des clientèles attachées à un professionnel, paraît quelque peu chahutée eu égard à la législation et à la réalité sanitaire en France.

Au Québec, le choix du médecin, de type médecine familiale, est difficile compte tenu de la pénurie du nombre des médecins dans la province. La difficulté est de trouver un médecin qui accepte de nouveaux patients et non d'hésiter sur quel médecin choisir. Dans ces situations, la clause préservant le choix des patients est, en réalité, totalement illusoire. Les patients sont captifs. On peut dès lors s'interroger sur l'effectivité du droit au libre choix du patient compte tenu de sa relation, parfois distante ou très encadrée, avec le milieu médical, tant avec le médecin qu'avec les établissements de soins. Les contraintes économiques et matérielles actuelles qui pèsent sur le système de santé québécois, lequel fait face à une pénurie de personnel, sont autant d'obstacles au respect du libre choix tant du médecin traitant que de l'établissement de santé. Le patient a, en réalité, une marge de manœuvre réduite. L'affaire très médiatisée *Chaoulli* est un exemple illustrant les limites du système de santé québécois : les délais d'attente déraisonnables pour l'accès à certains services de santé ont été jugés contraires à l'article premier de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁴².

Dans ces circonstances, le juge devra plutôt vérifier la transparence des conditions entourant l'opération de cession de clientèle professionnelle ou civile et l'accès à la bonne information des patients. Il est cependant vrai que, dans certains cas, leur choix paraît non plus guidé, mais fortement imposé du fait des circonstances particulières¹⁴³. Ce principe du respect du choix du patient fera

141. Brigitte FEUILLET, « L'accès aux soins, entre promesse et réalité », *R.D.S.S.* 2008.713.

142. *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, [2005] 1 R.C.S. 791 ; Marie-Claude PRÉMONT, « La garantie d'accès aux services de santé : analyse de la proposition québécoise », (2006) 47 *C. de D.* 539.

143. Pour une situation inédite mettant en place une relation patient/compagnie d'assurance/médecin : les juges, en dépit de l'absence de relation de confiance directe avec le médecin choisi par la compagnie d'assurance et les patients, ont considéré que la liberté de choix était sauvegardée puisqu'elle devait être (à suivre...)

sûrement et prochainement l'objet de quelques précisions apportées par les juges français et québécois, à moins qu'ils traduisent ce principe en une simple formalité devenant même une clause de style à insérer dans les contrats de cession de clientèle civile. En tout état de cause, la sauvegarde de la liberté du patient est une condition à géométrie variable appréciée par les juges. Son défaut devrait toujours constituer un obstacle à la licéité du transfert de clientèle civile¹⁴⁴.

CONCLUSION

La notion de clientèle civile s'est rapprochée de celle de clientèle dite commerciale en raison de l'évolution économique et sociale qui a transformé les pratiques des professionnels. Des moyens matériels et logistiques ainsi que des modes de gestion simplifiés et performants ont rendu impossible le travail intellectuel des professionnels effectué dans des conditions minimalistes et solitaires. La commercialité des professions dites libérales est avérée. Toutefois, en dépit de ce rapprochement, le sort des clientèles civiles ou professionnelles n'est pas scellé et se définit par une certaine singularité. La relation entre professionnels et clients ou patients est caractérisée par la confiance, la loyauté et le devoir de conseil. Elle ne peut être « réduite à une simple marchandisation »¹⁴⁵. Les juges français et québécois ont eu à se prononcer sur la validité des contrats de cession des clientèles civiles ou professionnelles à l'occasion de l'examen des clauses de non-concurrence et de non-sollicitation ainsi que des clauses de restrictions de soins. Ils ont évité le débat conceptuel à propos de la qualification du bien-objet de clientèle et sa possible appropriation. Les difficultés d'appréhension de ce bien incorporel d'une nature particulière ont contraint les juges à reconnaître la pratique des conventions de présentation ou des ventes appelées aussi cessions de clientèle civile. La clientèle est désormais regardée comme un groupement de personnes attirées par des éléments matériels et immatériels. Nous croyons à l'émergence d'un

(...suite)

appréciée eu égard au libre choix de la compagnie d'assurance. La compagnie d'assurance « n'étant en aucun cas liée au successeur présenté, pas plus qu'elle ne l'était avec son médecin expert, et qu'elle pouvait à tout moment, sans motif, cesser toute relation avec lui, la liberté de choix du client était parfaitement respectée et préservée. » Cette solution est critiquable, car elle applique de manière erronée le critère du libre choix du patient : Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008, RGDA 2009.04.1249, obs. Gachi.

144. M.-A. HOUTMANN, préc., note 85, n° 4.

145. *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 7, par. 50.

droit sur la valeur économique de cette force de travail – produit de la combinaison des éléments matériels et intellectuels – qui permet une réelle appropriation, il est vrai, originale. Ce droit sur la valeur existe en dehors de la reconnaissance d'un fonds libéral. Toutefois, les juges ont souhaité prévoir une condition supplémentaire particulière, lors des cessions de clientèle civile, qui réside dans le principe de sauvegarde de la liberté de choix du patient. Or, le contrôle judiciaire pourrait s'annoncer de plus en plus étroit compte tenu des spécificités de certaines pratiques professionnelles ainsi que des mutations économiques et futures possibles des professionnels. Ce critère de la liberté de choix du patient pourrait s'avérer, dans l'avenir, fragile ou illusoire et constituer une source d'insécurité juridique.