

L'achalandage : *vis attractiva* de l'entreprise

Éric Labbé

Volume 39, Number 2, 2009

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027073ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027073ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Labbé, É. (2009). L'achalandage : *vis attractiva* de l'entreprise. *Revue générale de droit*, 39(2), 379–412. <https://doi.org/10.7202/1027073ar>

Article abstract

In civil law, achalandage is often confused with clientèle. Both would allow an enterprise to protect the value that represents its relationship with its usual customers. A patrimonial right, therefore, ensures the withholding of customers without regard to the force of attraction of the enterprise, i.e. not only its ability to retain, but also to attract other customers. Yet, the force of attraction of an enterprise is the key element of the legal valorization of efforts done to maintain and develop a market, whether by granting a droit à la clientèle, or protecting, in common law, goodwill. Meaning "to attract customers", the concept of achalandage embodies this *vis attractiva* and allows to protect the privileged relationship of a business with the public beyond its regular customers. Besides, achalandage should not be reduced to its attractive sources, which are the assets and skills of the enterprise. Taking instead the form of a "negative right" on the force of attraction resulting of those sources, achalandage is, despite its accessory and volatile characteristics, a property in itself.

DROIT COMPARÉ

L'achalandage : *vis attractiva* de l'entreprise¹

ÉRIC LABBÉ²

Avocat, chercheur au Centre de recherche en droit privé
et comparé du Québec, Université McGill, Montréal

RÉSUMÉ

En droit civil, l'achalandage est souvent confondu avec la clientèle. L'un et l'autre permettraient à une entreprise de protéger la valeur que représente la relation qu'elle entretient avec ses clients habituels. Un droit patrimonial, donc, assurant la conservation de la clientèle sans égard à la force d'attraction de l'entreprise, c'est-à-dire sa capacité à retenir, mais aussi à attirer d'autres clients. Pourtant, la force d'attraction d'une entreprise constitue l'élément-clé de la valorisation juridique des efforts accomplis pour conserver et

ABSTRACT

In civil law, achalandage is often confused with clientèle. Both would allow an enterprise to protect the value that represents its relationship with its usual customers. A patrimonial right, therefore, ensures the withholding of customers without regard to the force of attraction of the enterprise, i.e. not only its ability to retain, but also to attract other customers. Yet, the force of attraction of an enterprise is the key element of the legal valorization of efforts done to maintain and develop a market, whether by granting a droit à la clientèle, or

1. Le présent texte s'inscrit dans le cadre des travaux lexicographiques du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec devant mener à la publication des *Dictionnaire de droit privé des biens / Private Law Dictionary of Property*.

2. LL.D. (Montréal/Poitiers). L'auteur tient à remercier M. Lionel Smith, directeur du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill, et M^{me} Alexandra Popovici, directrice adjointe (2007-2008) du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill, pour leurs encouragements et la pertinence de leurs commentaires.

développer un marché, que ce soit par l'octroi d'un « droit à la clientèle » ou la protection, en common law, du goodwill. Signifiant « le fait d'attirer la clientèle », le concept d'achalandage incarne cette vis attractiva et permet de protéger la relation privilégiée d'une entreprise avec le public au-delà de sa clientèle régulière.

L'achalandage ne devrait pas, par ailleurs, être réduit à ses différentes sources attractives, que sont les actifs et compétences dont l'entreprise dispose. Prenant au contraire la forme d'un « droit négatif » sur la force d'attraction dégagée par ces sources, l'achalandage constitue, malgré son caractère accessoire et volatile, un bien en soi.

protecting, in common law, goodwill. Meaning "to attract customers", the concept of achalandage embodies this vis attractiva and allows to protect the privileged relationship of a business with the public beyond its regular customers. Besides, achalandage should not be reduced to its attractive sources, which are the assets and skills of the enterprise. Taking instead the form of a "negative right" on the force of attraction resulting of those sources, achalandage is, despite its accessory and volatile characteristics, a property in itself.

Mots-clés : achalandage, clientèle, entreprise, fonds de commerce, bien intangible

Key-words : goodwill, customers, enterprise, stock-in-trade, intangible property

SOMMAIRE

Introduction.....	381
I. Achalandage, goodwill et clientèle: l'attraction comme dénominateur commun.....	389
A. L'achalandage et le désir de commercer.....	389
B. Le privilège mérité du goodwill.....	390

C. La « fidélité » des relations d'affaires: entre clientèle et achalandage	392
II. L'achalandage: un bien accessoire et volatile	397
Conclusion	409

INTRODUCTION

1. Qu'est-ce, en droit civil, que l'achalandage? En langage juridique comme en langage courant, on le confond généralement avec les personnes qui fréquentent un établissement commercial : ses clients³. L'achalandage serait devenu un « synonyme plus ou moins archaïque »⁴ de la clientèle, sans signification ni conséquence juridique particulière⁵. Ayant pour origine l'interprétation d'un texte de loi français du début du 20^e siècle⁶, la confusion terminologique aurait traversé l'Atlantique et pris racine en droit québécois. Selon Perrault, la clientèle et l'achalandage y désigneraient indistinctement « [...] la valeur représentée par les relations du commerçant avec les personnes fréquentant habituellement

3. Voir, par exemple, l'acception première qu'en donne le doyen Cornu : « 1. Élément du fonds de commerce représentatif des relations d'affaires qui existent et seront susceptibles d'exister entre le public et le fonds; généralement syn. de clientèle ». Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 4^e éd., Paris Quadriga/P.U.F., 2003, p. 14. La clientèle est également au cœur de la définition de l'achalandage proposée par Hubert Reid : « [c]lientèle attirée par l'emplacement d'un fonds de commerce et qui constitue un facteur d'appréciation de sa valeur ». Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien. Lexique anglais-français, maxims latines, plus de 9 000 entrées et définitions*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 10. Au sens courant, l'achalandage désigne souvent « [l]ensemble des clients d'un commerçant ». *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, 2008, en ligne : <http://pr2008.bvdep.com>. Voir aussi Louis-Alexandre BÉLISLE, *Dictionnaire général de la langue française au Canada*, Montréal, Bélisle-Sondec, 1974, p. 11.

4. Jean DERRUPPÉ, « 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, à la page 168.

5. *Ibid.*

6. *Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce*, J.O. du 19 mars 1909, p. 2809, où l'expression « clientèle et achalandage » est traitée, selon J. DERRUPPÉ, comme une malheureuse redondance. *Id.*, à la page 168.

son établissement, ayant l'habitude de consentir des opérations avec son propriétaire⁷ ».

2. Pourtant, nombreux sont les auteurs français qui, depuis cette confusion originelle, ont distingué l'achalandage de la clientèle⁸. Parmi eux, le doyen Savatier enseigne que l'achalandage prédispose certains éléments du fonds de commerce, comme la situation d'un local ou la marque d'un produit, à attirer puis retenir des clients⁹. Selon lui, la clientèle désigne plutôt une collectivité concrète de personnes humaines attirée par le fonds de commerce, mais dénuée intrinsèquement de valeur patrimoniale¹⁰. La confusion entre l'achalandage et la clientèle résulterait, sous cet angle, d'un réflexe simplificateur occasionné par le degré d'abstraction qui caractérise le concept d'achalandage : des personnes qui fréquentent un établissement commercial, il faudrait extraire l'idée plus généreuse et explicative d'une force d'attraction de l'entreprise¹¹. La recherche d'un signifié propre à l'achalandage amènerait, en somme, à dissocier le résultat recherché (la clientèle) des moyens utilisés et des efforts accomplis pour y parvenir (l'achalandage)¹².

3. L'idée d'une force d'attraction pour définir l'achalandage est déjà consacrée en droit québécois : la distance qu'elle crée avec la clientèle trouve des fondements juridiques en droit de la concurrence, particulièrement au regard de l'action en commercialisation trompeuse de l'article 1457 C.c.Q. Cette

7. Antonio PERREAULT, *Traité de droit commercial*, t. II, Montréal, Éditions Albert Lévesque, 1934, p. 115, par. 665 bis.

8. Voir notamment : J. DERRUPÉ, *loc. cit.*, note 4, à la page 169 et suiv.; Mario ROTONDI, « La nature juridique de l'achalandage », *Annales de Droit commercial*, 1930, 137; René SAVATIER, « L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français », dans Jacques MAURY, *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Paris, Dalloz, 1960, p. 559.

9. R. SAVATIER, *loc. cit.*, note 8, à la page 573.

10. *Id.*, à la page 574 et suiv.

11. J. DERRUPÉ, *loc. cit.*, note 4, à la page 176.

12. La clientèle ne serait donc que la « résultante ou la conséquence » de l'achalandage. M. ROTONDI, *loc. cit.*, note 8, 137. Dans le même sens, voir Charline BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 22, note infrapaginale 59. *Le Trésor de la langue française informatisé*, 2004, en ligne : <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>, définit l'achalandage comme étant, en droit commercial français, l'« [e]nsemble des moyens propres à retenir ou accroître une clientèle ».

distance résulte cependant moins de l'opinion de la doctrine française sur la notion d'achalandage que de l'influence de la common law en droit commercial québécois. Inspirée du *passing off* anglais¹³, l'action en commercialisation trompeuse vise certes à protéger la clientèle d'une entreprise, mais surtout ce qui l'appâte et la retient : « la réputation et le pouvoir d'attraction qu'exerce un commerce donné sur la clientèle »¹⁴.

4. La source de confusion entre l'achalandage et la clientèle se trouverait donc ailleurs, plus près encore du droit des biens. C'est au regard de la notion moderne de bien, de droit patrimonial, que l'achalandage est souvent dépourvu de son propre signifié. Les biens sont aujourd'hui appréhendés comme des valeurs appropriables et cessibles¹⁵; ce sont des droits qui portent tant sur des choses matérielles qu'immatérielles¹⁶. En tant que droit patrimonial, l'achalandage est presque toujours confondu avec la clientèle¹⁷. Si l'on admet volontiers, à l'instar du doyen Savatier, que les personnes qui composent une clientèle ne peuvent constituer un bien en

13. La jurisprudence québécoise retient les critères de l'action en *passing off* pour établir, en droit civil, la responsabilité extracontractuelle d'une entreprise qui, par ses représentations trompeuses, est confondue par le public avec l'un de ses concurrents. Voir notamment : 9055-6473 *Québec inc. c. Montréal Auto Prix inc.*, 2006 QCCA 627 (CanLII) par. 21; *Demco Manufacturing Inc. c. Foyer d'artisanat Raymond inc.*, 2006 QCCA 52 (CanLII) par. 8 à 12; *Kisber & Co. Ltd. c. Ray Kisber & Associates Inc.*, 1998 QCCA 12807 (CanLII), [1998] R.J.Q. 1342, 1351-1352. Les critères établis par la Cour suprême du Canada sont : « l'existence d'un achalandage, la déception du public due à la représentation trompeuse et des dommages actuels ou possibles pour le demandeur ». *Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, 1992 CSC 33 (CanLII), [1992] 3 R.C.S. 120, 132 et *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik inc.*, 2005 CSC 65 (CanLII), [2005] 3 R.C.S. 302, par. 66. L'action en *passing off* fut pour la première fois articulée dans l'affaire anglaise *Perry c. Truefitt* (1842), 6 Beav. 66, 49 E.R. 749.

14. Selon la définition retenue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, précitée, note 13, 134.

15. René SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *Rev. trim. civ.* 1958.331, 344-346; Jean-Marc MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », dans Adrienne HONORAT, Pierre JULIEN (dir.), *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 277; Yaëll EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 90-91.

16. Y. EMERICH, *op. cit.*, p. 58-59.

17. Voir, par exemple : Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3^e éd., 2006, par. 1292 et suiv., concernant l'hypothèque sur « la clientèle et l'achalandage »; Nicole LACASSE, *Droit de l'entreprise*, Québec, Narval, 2002, p. 184; Albert BOHEMIER, Pierre-Paul CÔTÉ, *Droit commercial général*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1979, p. 33.

soi¹⁸, le droit reconnaît néanmoins un « droit à la clientèle »¹⁹, c'est-à-dire une prérogative — cessible²⁰ — permettant à l'entreprise de protéger la valeur patrimoniale que constitue la clientèle²¹. Cette protection s'exerce tant envers les compétiteurs, par le biais de l'action en concurrence déloyale, qu'envers le vendeur du fonds de commerce, sur le fondement de la garantie légale du vendeur²².

5. La difficulté d'évaluer la valeur patrimoniale de la clientèle est vraisemblablement une cause de la confusion terminologique. Puisqu'un client ne peut faire, en soi, l'objet d'un transfert patrimonial²³, la valeur qui lui est accordée reposerait plutôt sur la probabilité qu'il demeure fidèle à l'entreprise²⁴ et, par conséquent, sur la capacité de l'entreprise de le conserver dans son giron²⁵. La valeur de la clientèle serait

18. La Cour d'appel a déjà reconnu que la clientèle ne peut, en soi, faire l'objet d'une propriété dans un système de libre concurrence : « [d]ans notre système économique, la clientèle demeure libre de ses choix. Elle décide où elle se portera. Toute entreprise assume les risques de ses mouvements. Demeurent toujours pertinents ces commentaires du juge en chef Lafontaine dans l'affaire *La Moderne, compagnie d'assurance c. Vanchestein*, (1925) 39 B.R. 294, selon qui la clientèle appartient, en définitive, à elle-même ». *Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie c. Djebbari*, 1992 QCCA 3559 CanLII.

19. Pierre JULIEN, *Rép. civ.*, Dalloz, V^o *Clientèle*, n^o 37-42 (1971); *Rép. com.*, Dalloz, V^o *Fonds de commerce*, n^o 34 à 38 (1973); *J. CL. not. form.*, fasc. 32, n^o 4 (1998).

20. Voir, par exemple, *Valiquette c. Valiquette*, 2003 QCCS 6215 (CanLII) par. 26 : « [e]n général, la clientèle d'une entreprise fait partie de son achalandage et constitue un bien auquel on attribue une valeur au bilan. Elle peut faire l'objet d'une vente et peut être hypothéquée comme bien meuble incorporel, surtout depuis la promulgation du *Code civil du Québec* le 1^{er} janvier 1994 ».

21. *Rép. com.*, Dalloz, V^o *Fonds de commerce*, n^o 35 (1973).

22. « [...] attendu qu'en cas de cession d'un fonds de commerce, la garantie légale d'éviction interdit au vendeur de détourner la clientèle du fonds cédé, et que si le vendeur est une personne morale cette interdiction pèse non seulement sur elle, mais aussi sur son dirigeant ou sur les personnes qu'il pourrait interposer pour échapper à ses obligations ». Com. 24 mai 2005, *Bull. civ. IV*, n^o 112. En droit québécois, l'application de la garantie légale du vendeur est cependant l'objet de discussions. Voir *infra*, par. 33.

23. Voir notamment *Excelsior, compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie*, [1992] R.J.Q. 2666, EYB 1992-56314 (C.A.).

24. *Rép. com.*, Dalloz, V^o *Fonds de commerce*, n^o 34 à 38 (1973).

25. Cette acception se retrouve également en common law, où le terme *good-will* a très tôt été défini par les tribunaux comme « [...] the probability that the old customers will resort to the old place ». *Cruttwell c. Lye*, 17 Ves. Jr. 335, 346, 34 Eng. Rep. 129, 134 (Ch. 1810).

donc forcément incluse dans celle de l'achalandage : « [l]a clientèle provient de l'achalandage; l'achalandage survit à la clientèle²⁶ ».

6. La conservation de la clientèle n'est cependant qu'un aspect de l'achalandage et de la valeur qu'on lui attribue. Si la force d'attraction d'une entreprise est suffisamment forte pour retenir un client, sa vocation est moins frileuse, plus agressive. Elle consiste à étendre sa clientèle, à accaparer de nouvelles parts de marché. Assimilé ainsi à un potentiel²⁷, à une « virtualité de relations d'affaires »²⁸, l'achalandage représente ce que les efforts accomplis permettront en toute probabilité d'obtenir.

7. Défini comme une force d'attraction, l'achalandage demeure un « concept abstrait »²⁹ difficilement saisissable par la notion civiliste de bien, de droit patrimonial³⁰. L'idée d'un droit cessible sur une force d'attraction ne va certainement pas de soi. On pourrait souhaiter décomposer cette force d'attraction en différents droits patrimoniaux à l'origine de l'attraction (tels que le droit à l'emplacement, les informations accumulées sur la clientèle ou encore les droits résultant d'une clause de non-concurrence ou de non-sollicitation) et réduire ainsi l'achalandage à une « appellation pratique »

26. J. DERRUPPÉ, *loc. cit.*, note 4, à la page 176.

27. L'assimilation de l'achalandage à une potentialité est notamment exploitée par J. DERRUPPÉ, *loc. cit.*, note 4.

28. Selon la deuxième acception de la définition d'achalandage de G. CORNU, *op. cit.*, note 3.

29. L'expression est de L. PAYETTE, *op. cit.*, note 17, par. 1294 (son intitulé). L'auteur discute, par ailleurs, de « [...] l'aspect plus abstrait du rapport entre la clientèle ou les personnes qui la composent et l'entreprise » (par. 1293).

30. « [...] les biens dans le Code sont synonymes de droits patrimoniaux. On en trouve des exemples aux articles 614, 899, 908, 1260, 1299, 2644, notamment. C'est le sens dans lequel le projet de Code civil proposait de définir ce terme, sens juridique il nous semble, puisque les biens désignent les droits dont le titulaire peut en principe librement disposer, qui sont transmis à son décès et qui sont saisissables parce qu'ils constituent le gage commun des créanciers ». Madeleine CANTIN CUMYN, Michelle CUMYN, « La notion de biens », dans Sylvio NORMAND, *Mélanges offerts au professeur François Frenette — Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, P.U.L., 2006, p. 127, à la page 142.

recouvrant des droits et des obligations qui favorisent la conservation et l'attraction d'une clientèle³¹.

8. La common law offre, sous le concept juridique de *goodwill*, une réponse intéressante à l'ambiguïté que fait naître, en droit civil, la distinction entre une force d'attraction et ses possibles sources. Bien que l'achalandage et le *goodwill* se traduisent, au Canada, l'un par l'autre³², ils sont en principe appréhendés différemment en fonction du système juridique dont ils sont issus. Selon le droit anglais, le *goodwill* désigne « [...] *the whole advantage, whatever it may be, of the reputation and connection of the firm, which may have been built up by years of honest work or gained by lavish expenditure of money* »³³. Cet avantage, également représenté par une force d'attraction, est composé de plusieurs éléments dont

31. Barry LANDY, « L'achalandage en droit québécois et les obligations implicites les protégeant », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit commercial* (1991), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 155, à la p. 161. Cette perspective est discutée plus loin. Voir *infra*, par. 32 et suiv.

32. BUREAU DE LA TRADUCTION, *Termium Plus*, Ottawa, Gouvernement du Canada, base de données linguistique accessible en ligne : http://www.termium-plus.gc.ca/site/accueil_home_f.html. Dans la mesure où le terme *goodwill* est traduit par celui d'achalandage, il correspond, selon Jacques Picotte, au sens large du terme achalandage, son sens étroit référant plutôt à « [...] l'ensemble des passants qui entrent à l'occasion dans une boutique, tandis que la clientèle [renvoie à] l'ensemble des personnes qui fréquentent un magasin à titre habituel pour y effectuer des achats ». Jacques PICOTTE, *Juridictionnaire*, t. I, Moncton, Centre de traduction et de terminologie juridiques de l'Université de Moncton, 1991, p. 46-47. Achalandage et *goodwill* se traduisent également l'un par l'autre dans les lois fédérales et québécoises. Au fédéral, voir notamment la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, c. E-15, art. 167.1 et 249; la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, c. T-13, art. 20 et 22; la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, c. C-32, art. 68 et 119 et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 30. Au Québec, voir la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., c. T-0.1, art. 75.2 et la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3, art. 105.2.3.

33. *Trego c. Hunt*, [1895-9] All E.R. 804, 813, Lord MacNaghten. Cette définition peut être comparée à celle, similaire, donnée en 1841 par le juge américain Story : « [...] *the advantage or benefit which is acquired by an establishment, beyond the mere value of the capital stock, funds, or property employed therein, in consequence of the general public patronage and encouragement which it receives from constant or habitual customers, on account of its local position, or common celebrity, or reputation for skill or affluence, or punctuality, or from other accidental circumstances, or necessities, or even from ancient partialities or prejudices* ». *Story on Partnership*, 139 (1841).

l'attractivité peut varier selon la nature du commerce exploité³⁴. Mais tel un effet composite, le *goodwill* est considéré comme un tout irréductible à l'une ou plusieurs de ses sources³⁵. La force d'attraction d'une entreprise est conçue, en common law, comme un *intangible personal property*³⁶ qui transcende les différents facteurs attractifs qui le composent³⁷.

9. D'un système juridique à l'autre, la force d'attraction d'une entreprise, sa *vis attractiva*³⁸, constitue une réalité économique dont le droit se fait l'écho. Achalandage et *goodwill*

34. *The Commissioners of Inland Revenue c. Muller & Co.'s Margarine, Limited*, [1901] A.C. 217 (H.L.), Lord MacNaghten. Voir aussi Daphne A. DUKELOW, *Dictionary of Canadian Law*, 3^e éd., Scarborough, Thomson Carswell, 2004, p. 541.

35. À ce titre, le *goodwill* d'une entreprise allemande de fabrication de margarine ne peut, lorsque ses clients sont exclusivement localisés en Allemagne, faire l'objet d'une taxe anglaise portant sur la vente de biens localisés en Angleterre, même si la principale force d'attraction de l'entreprise (ex. : l'habileté personnelle du commerçant) peut en tout temps être délocalisée. En effet, la force d'attraction de l'entreprise doit être localisée là où existait une clientèle au moment de la vente, c'est-à-dire en Allemagne et non en Angleterre. Lord MacNaghten explique ainsi la distinction entre le *goodwill* et ses facteurs attractifs : « [g]oodwill is composed of a variety of elements. It differs in its composition in different trades and in different businesses in the same trade. One element may preponderate here and another element there. To analyze goodwill and split it up into its component parts, to pare it down as the Commissioners desire to do until nothing is left but a dry residuum ingrained in the actual place where the business is carried on while everything else is in the air, seems to me to be as useful for practical purposes as it would be to resolve the human body into the various substances of which it is said to be composed ». *Id.* Ce raisonnement rejoint l'idée selon laquelle cette force d'attraction se mesure par l'interaction positive entre le public et l'entreprise. Voir *infra*, par. 25.

36. Les *intangible personal properties* entrent, selon la classification des biens en common law, dans la catégorie des choses non possessoires (*choses in action*), laquelle comporte tous les *personal properties* qui ne sont ni immobiliers, ni mobiliers corporels. Y. EMERICH, *op. cit.*, note 15, p. 5.

37. « "Goodwill" is a word sometimes used to indicate a ready formed connection of customers whose custom is of value because it is likely to continue. But in its commercial sense the word may connote much more than this. It is, as Lord Macnaghten observed in *Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co.'s Margarine Ltd.*, [1901] A.C. 217, 224, "the attractive force which brings in custom," and it may reside, not only in trade connections, but in many other quarters, such as particular premises, long experience in some specialized sphere, or the good repute associated with a name or mark. It is something generated by effort that adds to the value of the business ». *Ulster Transport Authority c. James Brown & Sons, Ltd.*, [1953] N.I. 79, 109-110, repris par la Cour suprême du Canada dans *Manitoba Fisheries Ltd. c. The Queen*, 1978 SCC 22 (CanLII) par. 50.

38. « *Vis attractiva* » est une expression latine signifiant littéralement « force d'attraction ». L'expression est notamment utilisée en droit pour désigner « [...] le droit d'accession dont peut jouir le propriétaire de la chose principale (C.c.Q., art. 948, 954 et suiv.) et du droit qu'il a de reconstituer le droit de propriété morcelé

sont à cet égard des équivalents fonctionnels nécessaires à la valorisation juridique des efforts accomplis par les entreprises pour développer leur marché. Bien que l'usage remplace souvent, en droit québécois, le terme achalandage par celui de clientèle³⁹, il faut convenir que l'un et l'autre ont pour but d'assurer à l'entreprise la protection de la relation qu'elle a bâtie avec le public. Achalandage, *goodwill* et clientèle sont donc les reflets d'une même réalité (I).

10. Assimilée à une force d'attraction, l'achalandage est un phénomène intangible qui ne se livre pas facilement aux catégories juridiques du droit civil. S'agit-il d'un bien ou encore d'une universalité de biens? Qu'obtient-on réellement par l'acquisition d'un achalandage? Force est de constater que la vente d'une entreprise ne saurait être réduite, pour l'acquéreur, aux biens, tangibles ou intangibles, ayant peu ou prou participé à la création d'une relation avec le public. C'est souvent, au contraire, cette relation particulière avec le public qui est principalement convoitée par l'acquéreur et qui gonfle la valeur de l'entreprise vendue, généralement supérieure à celle des actifs identifiables⁴⁰ inscrits au bilan comptable de l'entreprise. En retour de cet écart de valeur, l'achalandage constitue vraisemblablement une contrepartie susceptible de garantir à l'acheteur la préservation de sa nouvelle relation avec le public. Or, la protection d'une force d'attraction par le droit civil n'emprunte pas avec quiétude le chemin de la patrimonialité. On hésite, entre autres, à concevoir

en récupérant les fragments épars de ce droit ». Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 636. L'expression se dit également de la compétence juridictionnelle étendue d'un tribunal en matière de faillite à l'égard de tous les litiges liés à la procédure de faillite (théorie de la *vis attractiva concursus*). Cette compétence constitue souvent une limite importante à l'arbitrabilité de ces litiges. Vesna LAZIC, « Arbitration and Insolvency Proceedings: Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors », (1999) 3-3 *Electronic Journal of Comparative Law*, <http://www.ejcl.org/33/art33-2.txt>.

39. *Goodwill* est d'ailleurs souvent traduit à la fois par achalandage et clientèle. Voir, par exemple, le *West's Law and Commercial Dictionary in Five Languages*, St. Paul, West Publishing Company, 1985, p. 713 et Henry SAINT DAHL, *Dictionnaire juridique Dahl*, 2^e éd., New York, Hein/Dalloz, 2001, p. 495.

40. En comptabilité, les actifs identifiables sont les « [...] éléments d'actifs de l'entreprise acquise qui sont susceptibles de faire l'objet d'une évaluation et d'une présentation séparée au bilan de l'acquéreur ou dans le bilan consolidé ». Fernand SYLVAIN, *Dictionnaire de la comptabilité et des disciplines connexes*, Toronto, L'Institut canadien des comptables agréés, 1982, p. 247.

l'achalandage comme un bien distinct de ses sources attractives, que sont les actifs et compétences dont dispose l'entreprise. Cette hésitation reflète sans doute une méfiance à l'encontre d'un bien dont les traits caractéristiques sont l'accessoire et le volatile (II).

I. ACHALANDAGE, GOODWILL ET CLIENTÈLE : L'ATTRACTION COMME DÉNOMINATEUR COMMUN

11. L'assimilation de l'achalandage à une force d'attraction n'est pas une idée récente. Un regard étymologique sur l'achalandage permet au contraire de constater sa filiation avec l'attraction (A), parenté du reste partagée par son équivalent fonctionnel de common law, le *goodwill* (B), mais aussi par sa notion sœur, la clientèle, dont la signification s'est largement détachée de la personne du client et de son antique « fidélité » (C).

A. L'ACHALANDAGE ET LE DÉSIR DE COMMERCER

12. Le terme *achalandage* est issu du substantif *chaland* et du verbe *chaloir*, dont l'origine latine *calere* signifie « avoir chaud »⁴¹. Celui qui a chaud n'est pas seulement celui qui transpire, mais surtout celui qui « désire » ou qui se « préoccupe ». Avant le XII^e siècle, le *chaland* est donc essentiellement un ami protecteur, un amoureux, qui est *préoccupé* par l'autre, qui « a de l'intérêt » pour lui⁴². Cette acception est très

41. Oscar BLOCH, Walter VON WARTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, 6^e éd., Paris, P.U.F., 2008, p. 118, à « chaland ».

42. *Ibid.* Voir aussi Albert DAUZAT, Jean DUBOIS, Henri MITTERAND, *Nouveau dictionnaire étymologique et historique*, Paris, Librairie Larousse, 1971, p. 150, à « chaland »; O. BLOCH, W. VON WARTBURG, *op. cit.*, note 41. Notons qu'au Québec, le terme « achaler » est également issu de *chaloir*, mais signifie importuner (comme dans l'expression « cessez de m'achaler! »). L'intérêt du chaland devient, avec le verbe achaler, l'agacement de l'importuné. Il s'agit peut-être, comme le suggère Joseph Amable Manseau, d'une corruption du verbe achalander, pris dans un sens ironique! Joseph AMABLE MANSEAU, *Dictionnaire des locutions vicieuses du Canada*, Québec, J.A. Langlais Librairie-Éditeur, 1881, p. 13. D'autres croient plutôt que le mot achaler « [...] a tout simplement été emprunté à la Saintonge, où ce verbe signifie encore aujourd'hui, comme jadis, "Donner trop de chaleurs" ». Sylva CLAPIN, *Dictionnaire canadien-français ou Lexique-glossaire des mots, expressions et locutions ne se trouvant pas dans les dictionnaires courants et dont l'usage appartient surtout aux Canadiens-français*, Montréal, C. Beauchemin, 1894, p. 6.

tôt remplacée par le chaland qui s'intéresse à une toute autre personne : son marchand⁴³. Moins romantique, le chaland d'aujourd'hui est celui qui fréquente un établissement commercial qui, pour une raison ou une autre, lui chaut!

13. D'un point de vue étymologique, le terme achalandage couvre donc plus que la somme des relations d'affaires avec le public. Il désigne « [l]e fait d'attirer la clientèle »⁴⁴ et implique donc les raisons pour lesquelles les clients choisissent une entreprise. À la fin du XVIII^e siècle, on retient d'ailleurs du concept juridique d'achalandage l'« aptitude de la boutique ou du boutiquier à attirer les chalands »⁴⁵. En évitant de faire entrer dans le patrimoine de l'entreprise une collectivité de personnes (la clientèle), on reconnaît cependant la valeur patrimoniale de l'achalandage en tant qu'accessoire naturel du fonds de commerce⁴⁶.

14. L'achalandage traduit ainsi la préférence d'une clientèle pour une entreprise, objet de désirs et de préoccupations. L'intérêt qui lui est accordé n'est pas, cependant, un pur hasard. Les efforts employés pour stimuler les relations d'affaires avec le public, notamment par une bonne réputation, un personnel accueillant, un produit de qualité et une publicité efficace, sont à l'origine de cette attirance. À l'instar du *goodwill* anglais, l'achalandage représente l'obtention par l'entreprise de la faveur du public.

B. LE PRIVILÈGE MÉRITÉ DU *GOODWILL*

15. *Goodwill* est d'abord la bienveillance anglaise. Issu de l'ancien anglais *god* (vertueux) et *willan* (vouloir), il désigne dès le IX^e siècle un sentiment favorable pour une cause, une

43. Alain REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Éditions Le Robert, 1992, p. 382, à « chaland ».

44. « Achalandage », dans *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., tome I (A-Enz), Paris, Imprimerie nationale, 1994, en ligne : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>. Dès le XIV^e siècle, « achalandier » signifie d'ailleurs « fournir de la clientèle ». Voir A. DAUZAT, J. DUBOIS, H. MITTERAND, *op. cit.*, note 42.

45. J. DERRUPPE, *loc. cit.*, note 4, à la page 167.

46. R. SAVATIER, *loc. cit.*, note 8, à la page 561.

personne⁴⁷. Il prendra plus tard une connotation commerciale en traduisant la faveur du public pour une entreprise qui entretient avec lui une relation de confiance et d'agrément. En retour de son expérience et de sa réputation, l'entreprise bénéficie d'un « privilège » dont elle a la « possession » et qu'elle peut céder à un tiers sous la forme d'un bien intangible⁴⁸. Le *goodwill* s'ajoute ainsi aux actifs de l'entreprise et représente la valeur de la connexion préétablie avec les consommateurs (*a ready-formed « connexion » of customers*⁴⁹) grâce à ses investissements et ses choix stratégiques, tels que l'emplacement du commerce et l'utilisation d'un nom commercial accrocheur.

16. Pour l'entreprise, ce lien privilégié avec le public constitue donc une récompense, un avantage acquis par son labeur et ses investissements : « [*i*]t is the whole advantage, whatever it may be, of the reputation and connection of the firm, which may have been built up by years of honest work or gained by lavish expenditure of money »⁵⁰. En revanche, pour ses concurrents, le *goodwill* est assimilé à la position privilégiée que l'entreprise détient sur le marché et qu'ils chercheront, à leur tour, à occuper loyalement⁵¹.

17. Achalandage et *goodwill* recourent donc une même réalité, celle d'un actif intangible reposant sur une attirance ou un sentiment favorable envers une entreprise. Cette équivalence fonctionnelle explique notamment l'inutilité de traduire le *goodwill* par un autre terme, comme celui, plus littéral et moins juridique, de bienveillance⁵². Entre autres points

47. « Goodwill, n.2 », « good, n.2 » et « will, v.1 », *The Oxford English Dictionary*, 2nd ed., 1989. OED Online, Oxford University Press, 4 avril 2000. <<http://dictionary.oed.com/cgi/entry/50096825>>, <<http://dictionary.oed.com/cgi/entry/50096758>>, <<http://dictionary.oed.com/cgi/entry/50285550>>.

48. *Id.*, « goodwill, n.4b ».

49. *Ibid.*

50. *Trego c. Hunt*, précité, note 33.

51. En effet, ce lien privilégié ne sera protégé que dans le cadre d'une concurrence déloyale. John R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, New York, Macmillan Company, 1924, p. 267.

52. Néanmoins, il arrive parfois que l'expression « crédit de bienveillance » soit utilisée pour rendre en français le terme *goodwill*. Il s'agit toutefois d'une malheureuse traduction. Voir, par exemple, le site Web d'Entreprises Canada : « Le lancement d'un restaurant, d'un bar ou d'un café-restaurant », 20 février 2008, http://www.entreprisescanada.ca/servlet/ContentServer?page-name=CBSC_FE%2Fdisplay&lang=fr&cid=1102419631067&c=GuideHowto.

communs, l'attraction propre à l'achalandage et au *goodwill* ne s'épuise pas dans l'existence d'une relation d'affaires établie. Un chaland peut être intéressé par l'offre d'un commerçant, lui reconnaître une certaine réputation, sans pourtant avoir (déjà) contracté avec lui et être devenu l'un de ses clients. Si la préférence du public pour une entreprise suppose forcément l'existence d'une clientèle, elle ne se confond pas avec elle. Cette faveur, qu'on appelle achalandage ou *goodwill*, déborde en effet le cadre plus restrictif de la « fidélité » des relations d'affaires.

C. LA « FIDÉLITÉ » DES RELATIONS D'AFFAIRES : ENTRE CLIENTÈLE ET ACHALANDAGE

18. La fidélité serait, sur le plan étymologique du moins, la qualité d'une clientèle. Dans l'antique Rome, le *cliens* est celui qui se place volontairement sous la protection d'un homme plus aisé, son patron, en retour de sa loyauté, de sa *fides*⁵³. *Cliens* signifie alors être en situation de dépendance face au *patronus*, terme issu du latin *pater*, le père⁵⁴.

19. Transposé dans la réalité commerciale, la notion de fidélité de la clientèle apparaît inappropriée. Le client est celui qui, faisant confiance à une autre personne, lui achète ses biens ou ses services⁵⁵. Mais cette confiance n'est pas acquise, puisque le client a le choix de la concurrence et la liberté de contracter⁵⁶. Les relations d'affaires avec la clientèle ne reposent, en principe⁵⁷, sur aucune obligation de fidélité. La bonne foi n'exige pas du client un devoir de loyauté tel qu'il devrait s'astreindre à ne pas contracter avec la concurrence.

20. Aujourd'hui, la relation de dépendance qui caractérisait le *cliens* romain serait plutôt inversée. L'adage commercial veut en effet que la clientèle soit reine, indiquant par là que

53. « *Cliens* » et « *patronus* », dans Jean-Henri MICHEL, *Le vocabulaire latin des institutions romaines, suivi des fragments de la loi des XII Tables*, Bruxelles, ULB/CeDoP, 2001. L'auteur note que, « [a]ux termes de la loi des XII Tables (8, 21), le patron infidèle à l'égard de son client était déclaré sacer, sacrilège » (p. 85).

54. « *Patron* », dans *Dictionnaire de l'Académie française*, op. cit., note 44.

55. *Id.*, « *client* ».

56. L. PAYETTE, op. cit., note 17, par. 1295.

57. Les clauses de non-sollicitation consenties par les clients d'une entreprise font exception à ce principe. *Id.*, par. 1296.

tous les efforts doivent être déployés pour satisfaire les clients et retenir leur attention. Ne définit-on pas le *goodwill* comme un avantage résultant d'un *patronage*, entendu comme le soutien accordé à l'entreprise par une personne d'influence, ici le public⁵⁸? D'ailleurs, le célèbre adage n'est pas sans rappeler la notion de force d'attraction dégagée par l'achalandage et le *goodwill*. L'un et l'autre représentent la capacité d'une entreprise à atteindre ce qui constitue ses principaux objectifs : la recherche et la conservation d'une clientèle⁵⁹.

21. Pourtant, il n'est pas rare d'entendre les commerçants référer à la fidélité de leur clientèle : « nous sommes à l'écoute de notre fidèle clientèle », « en exclusivité pour notre fidèle clientèle », « nous remercions notre fidèle clientèle ». Simples formules de politesse ou rhétorique prête à l'emploi? L'expression n'a certes pas vocation à désigner l'existence d'une obligation de fidélité. Les tribunaux y recourent cependant, constatant par exemple qu'une partie a su se « bâtir une fidèle clientèle »⁶⁰, qu'elle peut « compter sur une clientèle fidèle »⁶¹. On semble suggérer qu'une clientèle puisse être, en retour des efforts commerciaux d'une entreprise, une chose qui lui est acquise, sur laquelle elle a un droit. Ainsi comprise, l'expression apparaît surfaite, tant au regard du caractère a-patrimonial des sujets qui composent une clientèle que d'une fidélité qui, souvent dépendante des aléas de la

58. Voir notamment la définition donnée en 1841 par le juge américain Story : « [...] *the advantage or benefit which is acquired by an establishment, beyond the mere value of the capital stock, funds, or property employed therein, in consequence of the general public patronage and encouragement which it receives from constant or habitual customers, on account of its local position, or common celebrity, or reputation for skill or affluence, or punctuality, or from other accidental circumstances, or necessities, or even from ancient partialities or prejudices* ». (Nous soulignons). *Story on Partnership*, 139 (1841), § 99. Voir aussi les définitions dans Bryan A. GARNER (dir.), *Henry CAMPBELL* (dir.), *Black's Law Dictionary*, 7th ed., St. Paul, West Publishing Company, 1999; William J. STEWART, Robert BURGESS, *Collins Dictionary of Law*, 3rd ed., Glasgow, Harper Collins, 2006; Datinder S. SOHDI, *The Canadian Law Dictionary*, Don Mills, Law and Business Publications, 1980, p. 165.

59. C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 12, p. 22.

60. *Racine & Chamberland Inc. c. Ouellette*, 2001 QCCS 15281 (CanLII); *Dumont c. Régie régionale de la santé et des services sociaux d'Abitibi-Témiscamingue*, 2005 QCCQ 30743 (CanLII).

61. *Racicot c. 2864-0928 Québec Inc.*, 2005 QCCS 24354 (CanLII).

concurrence, est, en définitive, bien fragile⁶². En somme, l'idée d'une clientèle « fidèle » renvoie moins à une relation de loyauté qu'à une accointance où la confiance du client est stimulée et entretenue par l'entreprise. Il apparaît plus juste d'affirmer que l'objet du bien « clientèle » (ou, plus exactement, du « droit à la clientèle »⁶³) est la probabilité que les clients actuels d'une entreprise continueront d'entretenir des relations d'affaires avec elle⁶⁴.

22. Assimiler la clientèle à une probabilité permet de la rapprocher de l'achalandage entendu comme une potentialité de relations d'affaires. Cette caractéristique commune n'a pas été mise en exergue dans les décisions de nos tribunaux, bien que la clientèle et l'achalandage y soient généralement confondus⁶⁵. Cette confusion, qui aurait pour origine un texte de loi français, s'explique également par la transformation des rapports entre les commerçants et les consommateurs⁶⁶. Depuis les débuts de l'industrialisation, les relations des entreprises avec le public ont considérablement été dépersonnalisées, limitant par le fait même la force attractive de la personnalité du commerçant, de ses qualités humaines⁶⁷. Dénué de son caractère personnel, le terme clientèle aurait progressivement remplacé celui d'achalandage pour désigner l'attraction « objective » d'un commerce, c'est-à-dire celle qui

62. « La valeur du fonds de commerce est fragile, parce qu'elle dépend de la fidélité de la clientèle, parfois inconstante; elle est en effet liée à toutes sortes de facteurs : les circonstances économiques générales ou locales, les caprices du goût et des besoins, l'activité et le talent du commerçant ». Philippe MALAURY, Laurent AYNES, *Les biens*, Paris, Defrénois, 2003, p. 63.

63. En effet, ce sont les droits qui sont susceptibles de patrimonialité et non les choses incorporelles sur lesquelles ces droits portent.

64. « [...] [L]a clientèle est la valeur constituée par le courant commercial qu'il est probable ou possible d'espérer ». *Rép. com.*, Dalloz, V^e *Fonds de commerce*, n^o 34 (1973).

65. Comme l'illustre ce passage d'une décision de la Cour d'appel : « [s]i vraiment le demandeur possédait l'achalandage promis, c'est-à-dire une clientèle fidèle et bienveillante, rien de plus facile à prouver que d'ouvrir ses livres ou de mettre l'acheteur en contact personnel et direct avec ses "pratiques", comme on le dit dans le langage du métier ». *Boucher c. Neveu*, 1989 QCCA 1203 (CanLII).

66. R. SAVATIER, *loc. cit.*, note 8, à la page 562.

67. De nos jours, « [...] les rapports de la clientèle avec ses fournisseurs n'apparaissent plus comme ceux d'une personne physique attirée par sa particulière confiance en une autre personne physique ». *Id.*, à la page 562.

se dégage, par exemple, de sa publicité, de son nom commercial ou de la qualité de ses produits⁶⁸.

23. Le terme clientèle peut-il, dans cet ordre d'idées, être assimilé à une véritable force d'attraction de l'entreprise? Compte tenu du glissement terminologique opéré par la dépersonnalisation des rapports commerciaux, il est permis de se demander si la clientèle désigne, en sus du renouvellement des relations d'affaires déjà existantes, la création de nouvelles relations avec le public. La clientèle est-elle une simple force de conservation, liée uniquement à la probabilité que les anciens clients retourneront chez le même commerçant, ou à une force d'attraction, qui recoupe tant la conservation de la clientèle existante que l'attraction probable de nouveaux clients? Cette question n'a pas seulement un intérêt terminologique : en droit français, on ne saurait admettre qu'une personne exploite un fonds de commerce lorsque ce dernier est dépourvu de clients, même si toutes les circonstances indiquent que ses efforts seront tôt ou tard

68. On distingue souvent les actifs attractifs en fonction de leur caractère objectif (tels que l'emplacement du commerce, une marque de commerce) ou subjectif (les qualités personnelles du commerçant, ses compétences). Marc SORBIER, *La clientèle commerciale : cession, location et partage*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 113. Lorsque l'achalandage est lié aux qualités personnelles d'un professionnel ou d'un commerçant (achalandage personnel), on estime généralement qu'il ne peut être transféré d'un patrimoine à un autre. Voir notamment *Vadeboncœur c. 2851-2259 Québec inc.*, REJB 1997-03744 (C.S.), par. 49; M. ROTONDI, *loc. cit.*, note 8 et R. SAVATIER, note 8, à la page 561; Dany BRISSON, « Comment déterminer la valeur marchande d'une étude de notaire », dans *Cours de perfectionnement du notariat, Chambres des notaires du Québec*, 2007, EYB2007CPN36 (concernant les études de notaire qui sont exploitées par un seul individu). D'autres estiment qu'il n'y a pas lieu de sérier les facteurs d'attraction et d'exclure ainsi l'achalandage ou la clientèle personnel. En effet, l'ensemble des facteurs participent à l'attraction du fonds de commerce et donc à l'obtention d'une clientèle. J. DERRUPPE, *loc. cit.*, note 4, à la page 176. Le droit français reconnaît désormais la possibilité de céder une clientèle civile, liée à la personne d'un professionnel, dans la mesure où la cession est liée à celle du fonds libéral, comportant la clientèle, le matériel et le droit au bail du local où s'exerce la profession. P. MALAURY, L. AYNES, *op. cit.*, note 62, p. 63. La situation n'est guère différente au Québec, dans la mesure où il est possible de passer une convention interdisant au vendeur de solliciter à nouveau les clients dont les dossiers ou la liste a été transférée à l'acheteur. Cette possibilité ne pourrait, cependant, aller à l'encontre de la liberté du patient (d'un médecin, d'un dentiste) de choisir le professionnel de son choix. L'obligation de non-sollicitation incombe au vendeur et non au patient. *Théberge c. Lévesque*, 2007 QCCA 898 (CanLII), par. 45 et suiv.; *Mirarchi c. Lussier*, 2007 QCCA 284 (CanLII).

récompensés par le public⁶⁹. La clientèle, élément essentiel du fonds de commerce français, est ainsi distinguée de l'achalandage⁷⁰, que la Cour de cassation relègue à une pure potentialité de clients⁷¹.

24. Au contraire, la possibilité d'une exploitation commerciale permet vraisemblablement de conclure à l'existence d'une entreprise québécoise⁷². L'intention commerciale de l'entrepreneur et l'accessibilité du fonds au public suffisent en principe pour soustraire l'entreprise du droit commun⁷³. En comparaison avec le droit français, cette ouverture sur la virtualité des relations d'affaires alimente considérablement la confusion entre la clientèle et l'achalandage⁷⁴. La clientèle renouvelable et la clientèle potentielle s'y côtoieraient pour déterminer la naissance et la fin d'un fonds de commerce⁷⁵. L'une et l'autre ne sont-elles pas, du reste, la manifestation d'une force d'attraction commerciale, véritable accessoire de l'entreprise?

69. « Le fonds n'accède à la vie juridique que s'il dispose d'une "clientèle réelle et certaine" (Cass. 3^e civ., 18 mai 1978 : *Bull. civ.* 1978, III, n^o 205). À défaut, il demeure à l'état de projet. Par conséquent, c'est la venue du premier client, manifestation tangible du pouvoir attractif des éléments le structurant, qui donne une réalité au fonds de commerce ». Éric GARAUD, *J.-CL. Com.*, fasc. 201, n^o 51.

70. Sous cet angle, l'achalandage « correspond au chiffre d'affaires que permet d'espérer l'implantation » de l'entreprise. Olivier BARRET, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, Paris, LGDJ, 2001, par. 12.

71. Com. 31 mai 1988, *Bull. civ.* IV, p. 126, Civ. 3^e, 13 mars 1962, *Bull. civ.* III, p. 130 et Civ. 3^e, 18 mai 1978, *Bull. civ.* III, p. 159. L'achalandage serait, en droit français, une puissance attractive, mais seulement potentielle, éventuelle. François VIALLA, *Rép. civ.* Dalloz, V^o Clientèle, n^o 5 (2003). Voir aussi la décision de la Cour d'appel de Paris, selon laquelle « [...] la clientèle est un élément essentiel du fonds de commerce que l'achalandage ne peut suppléer », confirmée par Com. 12 décembre 1990, *Gaz. Pal.* 1990, 2, p. 413.

72. C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 12, p. 22.

73. *Id.*, p. 22-23.

74. Il est intéressant de noter que le législateur québécois joint parfois le terme clientèle au terme anglo-saxon *goodwill*, mis en parenthèse. Voir, par exemple, la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38, art. 98 (3) (g) (la « clientèle (*goodwill*) » comme élément de l'actif et du passif devant être dressé au bilan présenté à une assemblée annuelle des actionnaires).

75. S'interrogeant sur les éléments caractéristiques permettant d'identifier une entreprise, le juge Dalphond mentionne, par exemple, l'importance de retrouver des « [...] intervenants économiques réceptifs aux biens ou services offerts par l'entreprise, généralement définis comme la clientèle, l'achalandage ou le marché ». Pierre J. DALPHOND, « Entreprise et vente d'entreprise en droit civil québécois », (1994) 54 *R. du B.* 35, 52-53. (Nous soulignons).

II. L'ACHALANDAGE : UN BIEN ACCESSOIRE ET VOLATILE

25. En physique, la gravitation est généralement entendue comme l'attraction réciproque des corps entre eux, sous l'effet de leur masse⁷⁶. Il s'agirait d'un phénomène d'interaction dont l'origine ne s'épuise pas dans la force dégagée par un seul corps. Transposée dans l'univers commercial, la gravitation peut être appréhendée d'une manière analogue et comparée à l'achalandage⁷⁷. L'attraction entre une entreprise et le public se comprend par les efforts stratégiques de l'entreprise qui s'adressent aux comportements et à la psyché de ses éventuels clients, mais aussi par une réponse favorable de la clientèle cible, dénotant une attirance pour l'entreprise⁷⁸. Cette réaction positive de la part du public est fondamentale. Sans elle, il n'existerait aucune attraction et les stratégies les plus coûteuses n'ajouteraient aucune valeur à l'entreprise. En tant que force d'attraction, l'achalandage serait donc la mesure de l'interaction positive entre le public et l'entreprise.

26. Si l'origine de la force gravitationnelle fait encore l'objet, en physique, de recherches fondamentales et d'hypothèses diverses⁷⁹, l'origine de l'achalandage pose, quant à elle, moins de difficultés théoriques. On admet généralement que l'attirance pour un commerce s'explique par l'utilisation habile des différents actifs et compétences dont le commerçant dispose : produits et services, propriétés intellectuelles (marques de

76. « Gravitation », dans OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le Grand dictionnaire terminologique*, http://w3.granddictionnaire.com/btml/fra/r_motclef/index800_1.asp.

77. L'analogie n'est pas nouvelle! On a très tôt cherché à déterminer la force d'attraction d'un commerce, notamment en fonction de la distance physique qui le sépare de ses éventuels consommateurs. Voir notamment : David L. HUFF, « Defining and Estimating a Trading Area », (1964) 28-3 *Journal of Marketing* 34; William J. REILLY, *The Law of Retail Gravitation*, New York, Pilsbury, 1931. Pour une critique de ce type de modèle d'analyse, voir Jérôme BARAY, Gérard CLIQUET, « Delineating Store Trade Areas Through Morphological Analysis », (2006) 182-2 *European Journal of Operational Research* 886.

78. Nous touchons ici au domaine du marketing, qui peut se définir comme « [l']effort d'adaptation des organisations à des marchés concurrentiels, pour influencer en leur faveur le comportement de leurs publics, par une offre dont la valeur perçue est durablement supérieure à celle des concurrents ». Jacques LENDREVIE, Julien LEVY, Denis LINDON, *Mercator : Théorie et pratique du marketing*, 8^e éd., Paris, Dunod, 2006.

79. La théorie dite des « supercordes » serait de nos jours l'explication la plus développée.

commerce, œuvres, brevets), droit au bail, nom de commerce, stratégies marketing, service à la clientèle, etc.⁸⁰. Cette explication multifactorielle se retrouve également en common law. Dès le début du XIX^e siècle, on attribue l'avantage mérité du *goodwill* à plusieurs facteurs, dont l'emplacement du commerce, sa célébrité, sa réputation pour ses habiletés, sa ponctualité⁸¹. On considère même que certaines conséquences accidentelles, tels que les préjugés du public, peuvent contribuer au *goodwill*, sous-entendant déjà que l'attraction pour une entreprise ne dépend pas exclusivement de ses efforts⁸².

27. Sous l'impulsion de l'industrialisation et de la transformation des méthodes de vente, l'arrivée du commerce moderne permet plus tard d'identifier de nouveaux facteurs susceptibles de stimuler l'attraction de l'entreprise⁸³. Le développement de nouveaux genres de propriétés intellectuelles, tels que le savoir-faire, le secret commercial et le logiciel, concourt à définir d'autres éléments attrayants et constitue, à l'ère de l'économie du savoir, une source importante de la force attractive des entreprises⁸⁴.

28. L'origine de l'attraction d'une entreprise est devenue une question complexe, de plus en plus liée à la richesse de ses avoirs immatériels et à leur éventuelle productivité. L'écart souvent spectaculaire entre la valeur marchande et la valeur comptable des entreprises de la nouvelle économie exhorte, par exemple, à repérer les différents capitaux intangibles susceptibles d'être valorisés et présentés au bilan financier : capital intellectuel (compétence de la main-d'œuvre, expérience, savoir tacite, valeurs, degré de confiance, culture, capacité d'adaptation); capital organisationnel (réseau interne, culture d'entreprise, routine d'innovation, systèmes

80. Voir notamment : R. SAVATIER, *loc. cit.*, note 8, aux pages 569 et 575.

81. Voir la définition de *goodwill* du juge américain Story, *supra*, note 33 ou 58.

82. *Ibid.*

83. R. SAVATIER, *loc. cit.*, note 8, aux pages 562 et 563.

84. On regrette cependant que la propriété intellectuelle ne soit pas encore « [...] pleinement prise en compte lorsqu'il s'agit de prendre des décisions de gestion, d'attirer les investisseurs ou d'acquérir des parts de marché ». ROYA GHAFLE, « Comptabiliser la propriété intellectuelle », *Organisation mondiale de la propriété intellectuelle*, en ligne : http://www.wipo.int/sme/fr/documents/ip_accounting.htm.

administratifs, capacité d'adaptation de l'entreprise); capital institutionnel (relation avec les clients, marque de commerce, réputation (image de marque), connaissance des marchés, réseaux de fournisseurs, relations d'affaires)⁸⁵.

29. Pourtant, certaines acceptions plus restrictives de l'achalandage limitent toujours son origine à certains actifs spécifiques de l'entreprise. Encore aujourd'hui, la notion juridique d'achalandage est souvent associée exclusivement à l'emplacement de l'établissement⁸⁶. L'achalandage est ainsi confondu avec la localisation du commerce, qui prend souvent la forme d'un droit au bail⁸⁷, et la valeur qu'elle représente pour

85. Marc-André GAGNON, « Nouvelle économie et actifs intangibles; les défis de la dimension immatérielle de la création de valeur », (mars 2004) *Cahier de recherche du CEIM*, http://www.er.uqam.ca/nobel/ieim/IMG/pdf/Cahier_0403_Gagnon.pdf. Voir aussi : Pierre-Majorique LÉGER, « Évaluation du capital relationnel lié aux fournisseurs : importance relative de l'information financière concernant les interactions électroniques », (2004) 04-09 *Cahiers du GReSI*, en ligne : <http://gresi.hec.ca/SHAPS/cp/gescah/formajout/ajout/test/uploaded/cahier0409.pdf>.

86. La définition suivante d'achalandage en fournit une illustration typique : « [c]lientèle attirée par l'emplacement d'un fonds de commerce et qui constitue un facteur d'appréciation de sa valeur ». H. REID, *op. cit.*, note 3. On peut toutefois critiquer le fait de considérer l'emplacement comme principal critère de l'achalandage, dans la mesure où la fréquentation d'un commerce ne peut s'expliquer que pour cette seule raison. D'ailleurs, certains commerces ne disposent pas de locaux ouverts au public, tels que les marchands itinérants. Sous cet angle, il n'y aurait pas lieu de distinguer la clientèle attirée par un fonds de commerce de la clientèle attirée par son emplacement. Voir René ROBLOT, Georges RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 10^e éd., t. 1 Paris, L.G.D.J., 1980, p. 381, par. 539. En common law, une acception restrictive du *goodwill*, liée à la localisation du commerce, a très tôt été proposée par les tribunaux anglais, notamment sous la plume de Lord Eldon, pour lequel le *goodwill* « [...] is nothing more than the probability that the old customers will resort to the old place ». *Cruttwell c. Lye*, précité, note 25. Cette acception a cependant été considérée comme trop étroite pour définir la réalité, plus complexe, du *goodwill*, comme l'illustre la définition de Lord MacNaghten dans *Trego c. Hunt*, précité, note 33. Voir également, en droit américain, la décision *Rowell v. Rowell*, 12 2 Wis. 1, 17 (1904).

87. La perte de jouissance du bien loué peut ainsi entraîner une compensation pour la perte de l'achalandage. Voir notamment Patrick CHOQUETTE, « Les affaires A.D.M. et Historia — L'obligation de fournir la jouissance payable de 1854 C.c.Q. : obligation de résultat et garantie de profit du locataire? », dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE, Barreau du Québec, *Développements récents en droit immobilier et commercial* (2006), EYB2006DEV1217. Par ailleurs, l'existence d'un achalandage lié à la situation du bien loué peut être considérée comme une condition implicite du bail au bénéfice du locataire. Le bail peut donc être résilié et des dommages-intérêts peuvent être accordés si, par le fait du locateur, l'emplacement perd sa force d'attraction. Voir notamment *Aéroports de Montréal c. Hôtel de l'Aéroport de Mirabel Inc.*, 2003 QCCA 22050 (CanLII).

l'entreprise en tant que source d'attraction de la clientèle⁸⁸. L'expropriation des lieux par l'État doit, dans cette perspective, être compensée par une juste indemnisation, proportionnelle à la perte de revenus occasionnée⁸⁹.

30. La protection juridique des marques de commerce offre une autre illustration du caractère parfois exclusif des sources de l'achalandage. Visant à garantir un monopole d'utilisation d'un signe distinctif associé à des marchandises ou à des services, la loi canadienne prohibe notamment l'emploi d'une marque de commerce par un tiers « [...] d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à cette marque de commerce »⁹⁰. L'application de cette protection suppose d'exclure la part de la force d'attraction d'une entreprise attribuable à d'autres facteurs et donc, de se limiter à l'achalandage résultant uniquement de la marque de commerce dont l'entreprise est la titulaire⁹¹. Dans la mesure où l'on considère que cette force d'attraction est l'aboutissement d'une synergie entre différents actifs et compétences de l'entreprise, cette opération

88. C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 12, p. 20.

89. Au regard de la notion de *goodwill*, l'arrêt de principe est *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, précité, note 37. Au Québec, la perte d'un achalandage peut également être indemnisée pour cause d'expropriation. Voir, par exemple : *Ministre de la Justice c. Adler*, [1968] B.R. 957, 964; *Compagnie les services urbains de la Mauricie Inc. c. Corporation Intermunicipale de Transport des Forges*, 1987 QCCA 1184 (CanLII); *Shawinigan (Ville) c. Duquette*, 1998 QCCA 12789 (CanLII).

90. *Loi sur les marques de commerce*, précitée, note 32, art. 22.

91. « [L]achalandage afférent à une marque de commerce est, à mon sens, la partie de l'achalandage de l'entreprise de son propriétaire qui correspond à l'avantage que représentent la réputation et les relations que le propriétaire a pu créer au cours des années grâce à ses efforts soutenus ou aux dépenses importantes qu'il a faites et qui peut être attribué aux marchandises distribuées par le propriétaire en liaison avec la marque de commerce ». (Nous soulignons). *Clairol International Corp. c. Thomas Supply & Equipment Co.*, [1968] 2 R.C. de l'É. 552, 573 (traduction tirée de *Vuepoint International, Inc. c. On Par Enterprises Inc.* (1^{re} inst.)), 2001 CFPI 629, [2001] 4 C.F. 113. Voir aussi : *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik inc.*, précité, note 13, par. 52 et suiv. En France, une protection similaire est accordée aux marques dites « notoires », ces marques de commerce étant dotées d'un « [...] pouvoir d'attraction propre, indépendant des produits ou services qu'elles désignent ». Paris, 17 janvier 1996, PIBD 1996, n° 607. III. 155.

peut apparaître difficile⁹². La jurisprudence propose d'ailleurs une approche multifactorielle d'évaluation de l'achalandage associé à la marque de commerce⁹³ et reconnaît la difficulté de prouver la diminution de sa valeur⁹⁴.

31. L'évocation du droit des marques permet de soulever une difficulté particulière concernant le contenu spécifique de l'achalandage. Dans le cas des marques de commerce, il y a lieu de distinguer la force d'attraction de sa source : l'achalandage d'un commerce est susceptible de diminuer lorsqu'une tierce personne utilise sa marque de commerce⁹⁵. Cette distinction apparaît évidente en matière de propriété intellectuelle. Qu'il s'agisse d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, d'un brevet ou encore d'un autre type de monopole intellectuel (comme le secret commercial), l'attraction du public pour un bien intellectuel peut s'expliquer de différentes manières, mais ne peut être aisément confondue avec le bien lui-même. Certes, l'engouement pour un bien permet d'en fixer la valeur marchande. Faut-il pour autant que

92. Il apparaît difficile, en outre, de déterminer, d'un point de vue comptable, la productivité de certains actifs intangibles, comme le capital humain ou le capital organisationnel : « [c]es actifs n'ont pas de productivité intrinsèque et ne peuvent donc être échangés sur le marché selon une valeur correspondant à leur productivité. Les actifs intangibles sont les capacités différentielles pour une firme d'accaparer plus de profits même si elle possède les mêmes actifs tangibles qu'une autre firme. La productivité n'est pas intrinsèque aux actifs eux-mêmes mais dépend plutôt de la manière dont ils s'articulent entre eux mais aussi avec l'environnement de la firme. Une logique microéconomique afin de déterminer la productivité d'une unité de capital est impossible avec de tels types d'actifs ». M.-A. GAGNON, *loc. cit.*, note 85.

93. « [L]e tribunal appelé à déterminer s'il existe un achalandage susceptible d'être déprécié par un emploi qui ne crée pas de confusion (comme en l'espèce) tiendra compte de cet élément, comme de facteurs plus généraux tels le degré de reconnaissance de la marque par les consommateurs de la population de référence, le volume des ventes et le degré de pénétration du marché des produits associés à la marque de la demanderesse, l'étendue et la durée de la publicité accordée à la marque de la demanderesse, sa portée géographique, l'importance de son caractère distinctif inhérent ou acquis, le fait que les produits associés à la marque de la demanderesse soient confinés à une voie de commercialisation restreinte ou spécialisée ou qu'ils empruntent des voies multiples, ainsi que la mesure dans laquelle les marques sont perçues comme un gage de qualité ». *Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée*, 2006 CSC 23, [2006] 1 R.C.S. 824, par. 56.

94. *Tommy Hilfiger Licensing Inc. c. Produits de Qualité I.M.D. Inc.*, 2005 CF 10 (CanLII) par. 132. Voir aussi : *Lampe Berger Canada inc. c. Pot Pourri Accent inc.*, EYB 2005-97853 (C.A.), par. 4.

95. *Loi sur les marques de commerce*, précitée, note 32, art. 22.

l'achalandage soit réduit à l'ensemble des biens qui contribuent à la faveur que le public accorde à une entreprise?

32. Sous cet angle, l'achalandage serait une universalité de biens corporels et incorporels pouvant être traitée comme un bien, objet de contrats⁹⁶. Il comporterait, selon Barry Landy, des « droits et obligations formant un ensemble de bénéfices intangibles », tels que : le droit à l'emplacement, le droit aux numéros de téléphone des clients, ainsi que les droits résultant d'une clause de non-concurrence ou de non-sollicitation⁹⁷. En cas de vente de l'entreprise, cet ensemble serait complété, sur le fondement de l'article 1434 C.c.Q., par « [l']obligation implicite du vendeur d'actions ou d'intérêts dans une entreprise, lui incombant de ne pas solliciter les anciens clients de l'entreprise qu'il a vendue » (nous soulignons). L'idée selon laquelle l'achalandage représente une force d'attraction s'avérerait donc inexacte, puisque l'achalandage se confondrait alors avec des éléments à l'origine de cette attraction, en autant qu'ils constituent eux-mêmes des biens⁹⁸.

33. L'assimilation de l'achalandage à une universalité aurait pour principal avantage d'éviter une application fâcheuse de la garantie légale du fait personnel de l'article 1732 C.c.Q. Dans la mesure où l'on considère l'achalandage comme le bien accessoire d'un contrat de vente d'entreprise, le vendeur ne pourrait jamais, sauf déclaration expresse à cet effet lors de la vente⁹⁹, solliciter son ancienne clientèle et retenir ainsi

96. L. PAYETTE, *op. cit.*, note 17.

97. B. LANDY, *loc. cit.*, note 31, aux pages 162 et 163.

98. Selon un jugement de la Cour supérieure reprenant l'analyse de B. Landy, l'achalandage ne serait donc qu'« [...] 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 ». *Vadeboncoeur c. 2851-2259 Québec inc.*, précité, note 68, par. 45.

99. En effet, rien n'interdit au vendeur d'exclure préalablement de la vente une part de l'achalandage en s'octroyant le droit de solliciter à nouveau sa clientèle. Comme l'indiquait le juge Gonthier à l'égard de l'achalandage relatif à une vente d'actions, « [l']achalandage est une des considérations principales pour établir la valeur des actions. Il s'agit d'un accessoire naturel qui ne saurait être exclu à moins d'une volonté claire des parties à cet égard ». (Nous soulignons). *Marque d'Or inc. c. Clayman*, [1988] R.J.Q. 706, 713. Dans le même sens, B. LANDY, *loc. cit.*, note 31, aux pages 164 et 165. En outre, l'article 1724 C.c.Q. permet au vendeur d'exercer un empiètement sur le bien vendu, dans la mesure où cet empiètement a fait l'objet d'une déclaration lors de la vente.

une partie de l'achalandage cédée à l'acheteur¹⁰⁰. Le caractère d'ordre public de la garantie du fait personnel constituerait, selon cet argument, une limite injustifiée à la libre concurrence et à la liberté contractuelle des parties¹⁰¹. En toute déférence pour les tenants de cette position, il nous apparaît improbable que l'acheteur ne puisse, suite à l'acquisition du droit à la garantie légale, y renoncer au profit du vendeur qui aurait négligé d'exclure préalablement de la vente le droit de solliciter la clientèle de l'entreprise vendue. En effet, l'article 1732 C.c.Q. vise la protection des intérêts de l'acheteur et doit donc être assimilé à un ordre public de protection, dont la sanction est la nullité relative¹⁰². Or, il est désormais reconnu qu'une renonciation à une telle protection est possible si elle est consentie après l'acquisition du droit¹⁰³. Sous cet angle, l'assimilation de l'achalandage à un bien ne constitue en aucun cas une limite déraisonnable à la liberté contractuelle et permet de protéger l'achalandage acquis par l'acheteur sans qu'il soit nécessaire de faire valoir une obligation implicite du vendeur à cet égard (art. 1434 C.c.Q.).

34. En outre, l'idée d'une universalité de biens présente une vision réductrice de l'achalandage, compte tenu de la variété des éléments pouvant contribuer à la force attractive d'une entreprise et qui ne constituent pas nécessairement un bien au sens du droit civil (compétences, connaissances, qualité du service, etc.). Si l'achalandage se veut l'écho de la valeur ajoutée d'une entreprise, de sa potentialité économique, il ne peut être représenté par un ensemble limité de facteurs attractifs

100. B. LANDY, *loc. cit.*, note 31, aux pages 165 et 166.

101. *Ibid.*

102. Charlaïne BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, 2^e éd., t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, EYB2007DPE6.

103. « [...] la renonciation à une protection légale d'ordre public ne peut se concevoir que pour des droits acquis. La loi n'impose pas de droits aux individus, mais leur permet de les acquérir; elle n'interdit que la renonciation à un droit qui n'est pas encore né; la seule condition de validité de la renonciation à ces droits est l'accomplissement de leurs conditions d'acquisition ». Maurice GEGOUT, *J.-Cl. Civ.*, fasc. 1, p. 10, extrait cité par la Cour suprême du Canada dans *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992], 2 R.C.S. 499, EYB 1992-67804 (C.S.C.), par. 52.

attachés à la notion de bien. Sous cet angle, la cession d'un achalandage ne porte pas sur les biens ou les compétences de l'entreprise, mais sur la force attractive qui s'en dégage.

35. En tant que force d'attraction résultant de l'utilisation habile des différents actifs et compétences dont le commerçant dispose, l'achalandage contribue à la rentabilité effective de l'entreprise. Toutefois, il ne se confond pas avec elle. La vente d'un achalandage ne garantit pas à l'acheteur un seuil minimal de profits, mais plutôt la probabilité d'une certaine rentabilité en considération des actifs de l'entreprise, parfois des compétences¹⁰⁴, acquis lors de la vente¹⁰⁵. L'achalandage est donc un « accessoire naturel »¹⁰⁶ du fonds de commerce dont la teneur future dépend en grande partie de la gestion des éléments transférés.

36. Les tribunaux ont notamment admis l'existence d'une hypothèque sur un achalandage lorsque la sûreté consentie porte sur des dossiers-clients de l'entreprise¹⁰⁷. Ces dossiers contribuent en général à préserver les relations du commerçant avec les personnes fréquentant habituellement son établissement et constituent, en ce sens, un élément d'actif attractif. Pourtant, ces dossiers se distinguent de l'achalandage, qui est un bien accessoire, intangible et,

104. Voir *infra*, note 112.

105. « La vente des éléments d'actif d'une entreprise inclut parfois un achalandage. Cet achalandage, élément d'actif intangible, représente généralement la valeur attribuée à la capacité de l'entreprise de générer des profits dans l'avenir ». Daniel PICOTTE, « La cession d'entreprise », Collection de droit 2007-2008, École du Barreau du Québec, vol. 9, *Entreprises, sociétés et compagnies*, EYB2007CDD216. On retrouve, dans une décision de la Cour suprême des États-Unis, une définition similaire fondée sur la notion d'expectative : « *although the definition of goodwill has taken different forms over the years, the short hand description of goodwill as "the expectancy of continued patronage"*, *Boe v. Commissioner*, 307 F. 2d 339, 343 (CA9 1962), provides a useful label with which to identify the total of all the imponderable qualities that attract customers to the business ». *Newark Morning Ledger Co. v. United States*, (1993) 507 U.S. 546, 555-556.

106. « Il nous semble qu'il n'était pas nécessaire de mentionner spécifiquement l'achalandage au contrat de vente pour qu'il en fasse partie ». *Gaudreault c. Verreault*, EYB 1996-65031 (C.S.), par. 15; *Marque D'Or Inc. c. Clayman*, précité, note 99.

107. *Valiquette c. Valiquette*, précité, note 20; *Lac Express inc. c. Caisse populaire de Berthier « Des Îles »*, EYB 2004-54817 (C.S.) (la Cour arrive cependant à la conclusion que l'achalandage est, en l'espèce, inexistant).

contrairement à ces dossiers, indubitablement volatile¹⁰⁸. L'achalandage peut être évalué pécuniairement, mais sa teneur — la clientèle effectivement attirée par l'entreprise — n'est en soi jamais garantie. La volatilité caractéristique de l'achalandage représente ainsi un risque pour l'acheteur ou le créancier hypothécaire¹⁰⁹. Sous cet angle, il apparaît logique de ne pas imposer au vendeur l'obligation de contribuer à la reconstruction d'un achalandage advenant une baisse de rentabilité suite à la vente de son entreprise¹¹⁰. En revanche, le vendeur ne peut sans autorisation empiéter sur l'achalandage cédé en reprenant au détriment de l'acquéreur les actifs (liste de clients, propriété intellectuelle, relation déterminante avec un fournisseur, secret commercial, etc.)¹¹¹, éventuellement les compétences¹¹², transmis lors de la vente.

108. R. SAVATIER, *loc. cit.*, note 8, à la page 575 (l'achalandage est « éphémère » et « temporaire »). On reconnaît d'ailleurs le « caractère volatil sinon aléatoire » d'une sûreté portant sur les dossiers-clients, compte tenu de la liberté de choisir de la clientèle. *Valiquette c. Valiquette*, précité, note 20, par. 26. Voir aussi, en common law, J. R. COMMONS, *op. cit.*, note 51, p. 273 : « [t]hus goodwill is an asset, but an extraordinarily evanescent asset. It is held only on good behavior. Of all kinds of property it most of all demands watchfulness. Good reputation slips away with a few little mistakes left uncorrected ».

109. Cette volatilité serait d'autant plus forte lorsque l'attraction relève principalement des qualités personnelles d'un professionnel ou d'un commerçant. Voir *supra*, note 68. On reconnaît, par ailleurs, la difficulté de quantifier la perte d'un achalandage occasionnée par un concurrent ou, dans le contexte d'un contrat de franchise, par un franchisé récalcitrant. Cette difficulté permet souvent de conclure à un préjudice irréparable et d'autoriser une demande d'injonction interlocutoire. Voir : 9045-6740 *Québec Inc. c. 9049-6902 Québec Inc.*, 2004 QCCA 31403 (CanLII), par. 16; *H. & R. Block Canada inc. c. Truchon*, J.E. 2000-1608 (C.A.), par. 12; *Gestion R. & R. Gauthier Ltée c. Vidéoflex*, [1993] R.D.J. 480 (C.A.).

110. *Vadeboncœur c. 2851-2259 Québec inc.*, précité, note 68, par. 48.

111. « 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 ». *Id.* Le raisonnement de la Cour est cependant fondé sur la théorie des obligations implicites, puisqu'elle dénie à l'achalandage la qualité de bien, reprenant ainsi la thèse de B. LANDY, *loc. cit.*, note 31 (voir le par. 44 et suiv. de la décision). La Cour indique toutefois que l'obligation implicite de ne pas nuire à l'acquéreur peut être comparée à la garantie légale du vendeur... (par. 50).

112. La présence du vendeur pendant une période transitoire peut, par l'intermédiaire d'un contrat d'emploi, permettre de « [...] conférer un caractère de "transférabilité" à l'achalandage [personnel du vendeur, lié à ses qualités personnelles] ». Voir, à ce sujet, *C.F.D. Gaz Naturel inc. c. Sylvain Lamy Plomberie Chauffage Gaz Naturel inc.*, REJB 2000-19186 (C.S.), par. 67 et *Jacques c. Tardif*, 2005 QCCQ 44430

Consacré à l'article 1732 C.c.Q., l'adage selon lequel *donner et retenir ne vaut* prend ici toute son importance¹¹³.

37. En tant qu'accessoire des différents actifs transférés lors de la vente d'une entreprise, l'achalandage ne peut aisément être cédé séparément de ses actifs¹¹⁴. Il apparaît cependant

(CanLII), par. 21 à 23. Les compétences d'un ancien propriétaire peuvent également, en common law, contribuer au *goodwill* d'une entreprise : « *"Goodwill" is chiefly the customer list and the benefit that a business has in its connection with its customers, as well as the firm name, and the right of the new owner to represent itself as the successor of the old firm. Whether or not the original owner stays on is only incidental to the notion of goodwill. The "muscle" of goodwill is in the customers and the Company name and in this case I would add, the craftsmanship of the employees* ». *Anza c. Royal Shirt Company Ltd.*, 2003 ONSC 41458 (CanLII), par. 98 (nous soulignons).

113. « La garantie légale du fait personnel couvre d'abord les troubles de fait (actes matériels). Le vendeur doit s'abstenir de troubler indûment l'acheteur dans la jouissance du bien vendu. [...] Même en l'absence de stipulation expresse, le vendeur d'une entreprise ne peut drainer la clientèle en exploitant derechef une entreprise de même type à proximité de l'autre. Une clause de non-concurrence viendra généralement circonscrire cette obligation du vendeur (limite spatio-temporelle ayant un caractère raisonnable) ». Denys-Claude LAMONTAGNE, *Droit de la vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, par. 179. Rappelons que, selon la Cour de cassation française, la garantie légale d'éviction du vendeur oblige ce dernier à ne pas solliciter la clientèle du fonds cédé (*supra*, note 22). Une protection équivalente est octroyée, en common law, à l'égard du *goodwill* acquis par l'acheteur. Le vendeur peut concurrencer l'acheteur, mais il ne peut solliciter directement les clients de l'entreprise cédée : « *[w]here the goodwill of a business is sold (without further provision), the vendor may set up a rival business, but he is not entitled to canvass the customers of the old firm, and may be restrained by injunction from soliciting any person who was a customer of the old firm prior to the sale to continue to deal with the vendor, or not to deal with the purchaser* ». *Trego c. Hunt*, précité, note 33.

114. « [...] lorsqu'on vend un achalandage, on doit vendre également les éléments qui font en sorte que l'achalandage est conservé. Et si, d'autre part, on vend un fonds de commerce avec une clientèle et qu'on laisse aller les personnes, les vendeurs ou les autres personnes qui vont aller détourner cette clientèle, on ne peut pas dire que la vente d'un fonds de commerce comprend l'achalandage en bloc ». Claudette BELLEMARE, « Les clauses de non-concurrence et non-sollicitation dans le cadre de la vente des actions ou de l'actif d'une entreprise : analyse de la jurisprudence récente au Québec », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial* (1996), EYB1996DEV52. Le droit français offre une perspective analogue à l'égard de la cession d'une clientèle : « [...] la dispersion des éléments permettant de retenir la clientèle entraînerait la dislocation du fonds lui-même (V. *infra* n° 64). En ce sens doit être comprise la formule de la Cour de cassation selon laquelle le fonds de commerce est "insusceptible de cession partielle" (Cass. com., 12 nov. 1992 : Defrénois 1993, art. 35531, p. 502, obs. P. Le Cannu). Ne mérite donc pas la qualification de cession d'un fonds de commerce l'acte visant à transférer une clientèle sans les supports indispensables pour la garder à soi ». É. GARAUD, *loc. cit.*, note 69, n° 11.

improbable qu'une référence contractuelle à l'achalandage (l'accessoire)¹¹⁵ implique l'ensemble des éléments d'actifs attractifs (le principal). Il s'agit là de l'indétermination récurrente du concept juridique d'achalandage, que ce terme soit défini comme une force d'attraction distincte de ses sources ou une « universalité de biens »¹¹⁶. Au regard de l'une ou l'autre de ces définitions, la prudence suggère de préciser l'ensemble des éléments attractifs qui seront effectivement transmis lors de la vente ou grevés d'une hypothèque.

38. La cession d'un achalandage, d'une *vis attractiva*, vise donc le transfert de la probabilité d'une certaine rentabilité de l'entreprise (bien volatile), mais n'a d'intérêt pour l'acquéreur que si elle est accompagnée de l'un ou de plusieurs actifs attractifs de l'entreprise (bien accessoire). À l'aune de ces constats, on peut s'interroger sur l'intérêt de considérer l'achalandage comme un bien en soi. La volatilité de l'achalandage et son caractère accessoire l'empêchent-ils de constituer une valeur susceptible de circulation juridique¹¹⁷? Tant

115. Se référant à la doctrine française, Payette invite également à une analyse fondée sur la clientèle/achalandage en tant qu'accessoire : « [...] la transmission de la clientèle ne pourrait se faire qu'indirectement, par le transfert des moyens permettant d'y accéder, c'est-à-dire la cession des "éléments attractifs" de clientèle contenus dans le fonds de commerce (v.g. : le nom commercial, les marques, le droit au bail) [...] ». L. PAYETTE, *op. cit.*, note 17, par. 1293.

116. *Contra* : *id.*, par. 1305 : « [i]l nous semble aussi qu'une hypothèque créée par simple référence à l'achalandage et à la "clientèle" greève l'ensemble des biens et droits, corporels et incorporels qui la compose, compte tenu de la reconnaissance judiciaire qu'en ont fait les tribunaux et du concept de clientèle-propriété intellectuelle dont le nouveau Code favorise l'émergence ». Cette proposition laisse, à notre sens, une place importante à l'indétermination, dans la mesure où l'identification des sources attractives repose sur ce que les tribunaux seront susceptibles de reconnaître à titre de composantes d'une « universalité de biens ».

117. Il est intéressant de noter que le droit italien comporte un concept similaire à celui d'achalandage, entendu comme une force d'attraction. L'*avviamento* italien est en effet considéré comme une valeur qui représente la possibilité de profits futurs de l'entreprise en considération de ses éléments objectifs et subjectifs (gestion de l'entreprise). L'*avviamento* n'est cependant pas considéré comme un bien en raison de son caractère accessoire, non autonome. Pour le droit italien, une chose immatérielle ne peut être un bien si sa disposition ou son exploitation dépend d'une chose matérielle (contrairement, par exemple, au droit d'auteur, dont la cession n'implique pas le support matériel de l'œuvre). Voir : Mario ROTONDI, « Unfair Competition in Europe: Its Present Theory and Unfair Trade Practice », (1958) 7-3 *The American Journal of Comparative Law* 327, 332. Le droit français ne comporte pas une telle limite à la notion de bien, puisqu'il reconnaît le droit à la clientèle, bien accessoire et indissociable du fonds de commerce. Voir *supra*, note 19.

sur le plan terminologique que sur le plan fonctionnel, il semble justifié de répondre par la négative et d'assimiler l'achalandage à un bien.

39. D'un point de vue terminologique d'abord, il faut constater que l'achalandage ou, plus exactement, le droit sur l'achalandage¹¹⁸, constitue une prérogative cessible¹¹⁹ qui fait couramment l'objet d'une évaluation pécuniaire. L'achalandage comptable, désigné également par les termes *goodwill*, survaleur ou fonds commercial, correspond en effet à la valeur ajoutée de l'entreprise cédée et donc à l'expectative d'une certaine rentabilité¹²⁰. Le fait de considérer cette valeur ajoutée dans un bilan financier, particulièrement au moment de l'acquisition d'une entreprise, n'est pas étonnant : la capacité de l'entreprise d'attirer et de conserver des clients représente une rareté et une utilité que l'on peut souhaiter acquérir et exploiter. Dans la mesure où l'achalandage représente une valeur appropriable et cessible, rien ne s'oppose donc à ce qu'il constitue, en soi, un bien au sens du droit civil¹²¹.

40. D'un point de vue plus fonctionnel, il apparaît opportun de concilier la définition d'achalandage avec l'acception retenue par le droit de la concurrence, où l'on considère que la

118. En effet, ce sont les droits qui sont susceptibles de patrimonialité et non les choses incorporelles sur lesquelles ces droits portent.

119. Notons, par ailleurs, que l'article 30 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, précitée, note 32, permet au syndic de « [...] vendre ou autrement aliéner, à tel prix ou moyennant telle autre contrepartie que peuvent approuver les inspecteurs, tous les biens ou une partie des biens du failli, y compris l'achalandage, s'il en est [...] » (nous soulignons).

120. Dans le domaine de la comptabilité, le *goodwill* peut être défini comme l'« [é]lément d'actif incorporel qui tire sa source des bonnes relations de l'entreprise avec ses clients, de ses ressources humaines, d'un emplacement favorable, de sa réputation et de nombreux autres facteurs qui permettent à l'entreprise de réaliser des bénéfices supérieurs à la normale » (nous soulignons). F. SYLVAIN, *op. cit.*, note 40, p. 234. Au Canada, le terme *goodwill* est généralement traduit, en comptabilité, par celui d'achalandage, bien qu'on recommande l'emploi de l'expression « fonds commercial », déjà employée en France. Selon le Comité de terminologie française de l'Ordre des comptables agréés du Québec, le terme achalandage, tel que défini par les dictionnaires français de comptabilité, serait trop réducteur en ce qu'il est limité à la localisation d'un commerce et à sa clientèle occasionnelle. Voir : COMITÉ DE TERMINOLOGIE FRANÇAISE DE L'ORDRE DES COMPTABLES AGRÉÉS DU QUÉBEC, « Peut-on traduire goodwill par achalandage? », (1988) 22-2 *Terminologie comptable*, en ligne : http://ocq.qc.ca/terminologie/bulletin/volume_2/versionpdf/2-22-1.pdf.

121. Sur la notion civiliste de bien, voir *supra*, notes 15 et 16.

force d'attraction d'une entreprise (isolée de ses sources) est une « propriété » qui doit être protégée contre les comportements déloyaux des entreprises concurrentes¹²². L'existence d'un achalandage confère donc à l'entreprise un droit opposable *erga omnes*, et constitue, à l'exemple d'un droit de propriété intellectuelle, un droit patrimonial mixte¹²³. Comment alors justifier que cette « propriété » ne puisse être cédée à un tiers sous prétexte que son objet est un accessoire volatile? Ne revient-il pas aux parties de déterminer, en considération des caractéristiques particulières du bien vendu, sa valeur et ainsi d'apprécier le risque économique de leur entente?

CONCLUSION

41. Le bien « achalandage » est un droit sur une chose immatérielle : une force d'attraction. En cela, il n'est pas différent du *goodwill* de common law. Le bijuridisme québécois contribue sans doute à cette proximité, principalement au regard de l'action en commercialisation trompeuse, où *goodwill* et achalandage reçoivent une seule et même acception. Il serait toutefois audacieux d'assimiler l'un à l'autre en toutes circonstances. La cession d'un achalandage n'engendre pas forcément les mêmes conséquences juridiques que la transmission, en common law, du *goodwill* d'une entreprise. Si la

122. Voir notamment, sur le fondement d'une action en commercialisation trompeuse (art. 1457 C.c.Q.), *Conceptions S.N. Vena inc. c. D.I.T. Équipements inc.*, REJB 2002-30919 (C.S.) : « [l]e recours à l'injonction permet de faire cesser une violation de son droit de propriété sur l'achalandage, et le recours en dommages-intérêts recherche la réparation du préjudice subi par "l'usurpation" du produit de son travail, i.e. son achalandage » (par. 34). On retrouve une idée similaire en droit civil français, où l'action en concurrence déloyale vise, selon le doyen Ripert, à « [...] protéger le droit qu'a le commerçant sur la clientèle, c'est-à-dire le fonds de commerce, véritable droit de propriété opposable à tous ». Georges RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., Paris, L.G.D.G., 1951, par. 86. Notons toutefois que le droit de la concurrence ne vise pas seulement à protéger les intérêts des concurrents, mais également à assurer, tant en droit français que québécois, la protection des intérêts des consommateurs et de l'ordre public. Yves SERRA, *Rép. com.*, Dalloz, V^e concurrence déloyale, n^o 36 à 38 (1989); C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 12, p. 228, 230 et 233.

123. « Le droit mixte implique à la base un droit personnel, mais qui comporte certains attributs se rapprochant beaucoup de ceux du droit réel. Il est parfois qualifié de *jus ad rem trans personam* ». Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 178, par. 461.

vente d'une force d'attraction a pour effet de transférer une prérogative opposable à tous, elle n'emporte pas nécessairement, d'un système à l'autre, la cession de l'une ou plusieurs de ses sources¹²⁴. L'emphase mise sur le caractère éminemment accessoire de l'achalandage ne milite pas, à cet égard, en faveur d'un effet composite aussi englobant que celui du *goodwill*.

42. L'achalandage se distingue aussi de la clientèle, du moins sous l'acception qu'en donne le droit français. Si la clientèle française se limite à la clientèle réelle et certaine d'une entreprise, la clientèle québécoise semble pouvoir trouver un véritable synonyme en l'achalandage, qui englobe également les relations virtuelles mais vraisemblables, le potentiel de l'entreprise. La clientèle québécoise serait, à l'instar de l'achalandage, la *vis attractiva* de l'entreprise¹²⁵.

43. Cette *vis attractiva* se traduit par la potentialité économique de l'entreprise, sa rentabilité probable. Elle se conçoit comme le résultat d'un ensemble de facteurs attractifs, liés tant aux éléments qui composent le fonds de commerce qu'à leur gestion. L'achalandage constitue ainsi une rareté dont la

124. Par exemple, en common law, la cession du *goodwill* comprendrait l'utilisation du nom commercial de l'entreprise, sauf s'il s'agit du nom personnel du vendeur. *Churton c. Douglas*, 2 M. D. & D. 294 (1859); *Levy c. Walker*, 10 Ch. D. 447. Voir aussi: Stewart RAPALJE, Robert L. LAWRENCE, *A Dictionary of American and English Law* (1883), vol. I, Union (NJ), Lawbook Exchange, 1997, p. 573. Dans une perspective analogue, un vendeur ne pourrait, en droit américain, retenir une marque de commerce de la vente de son entreprise que s'il retient une part du *goodwill* lié à l'entreprise. *Berni c. International Gourmet Restaurants*, 838 F.2d 642 (2nd Cir. 1988). Cette logique ne semble pas trouver application au Canada, dans la mesure où l'article 48 de la *Loi sur les marques de commerce*, précitée, note 32, permet la cession d'une marque de commerce « au brut ». Le transfert d'une marque de commerce est en effet autorisé « [...] soit à l'égard de l'achalandage de l'entreprise, soit isolément [...] » (nous soulignons). Précisons toutefois que la cession d'une marque de commerce sans son achalandage propre risque naturellement de diluer le caractère distinctif de cette marque et, en conséquence, de conduire à la perte de la protection accordée par la loi aux marques de commerce. *Wilkinson Sword (Canada) Limited c. Arthur Juda*, [1968] 2 R.C.E. 137; *Breck's Sporting Goods Co. Ltd. c. Jesse Magder et al.*, [1976] 1 R.C.S. 527.

125. Notons que, dans son acception française la plus récente, la clientèle est parfois comparée à un droit sur une force attractive, sur un « véritable système attractif »: « [l]orsqu'on envisage la clientèle comme une chose, il ne s'agit pas du peuple d'hommes et de femmes, mais du système qui les attire ». F. VIALLA, *loc. cit.*, note 71, n° 31. Malgré cette acception, la clientèle française se distingue toujours de l'achalandage, puisqu'elle demeure liée « [...] au nombre de personnes physiques et morales attirées, fidélisées, dont la masse représente la valeur » (n° 32).

valeur peut être, en partie¹²⁶ ou en totalité, cédée en tant qu'accessoire d'une entreprise. Par l'effet de la vente, l'acquéreur se voit accordé un droit sur l'achalandage qu'il peut opposer au vendeur, mais aussi à ses concurrents.

44. Le droit sur l'achalandage constitue donc, à l'instar des biens intellectuels comme le droit d'auteur et les brevets, un « droit négatif »¹²⁷, c'est-à-dire un droit dont l'exercice ne peut être entravé par autrui (droit d'interdire), mais qui ne permet pas de contraindre une autre personne à l'exécution d'une obligation positive (droit d'exiger). En effet, la volatilité caractéristique de l'achalandage ne permet pas à l'acquéreur de réclamer du vendeur une rentabilité effective de l'entreprise, un résultat spécifique; le cessionnaire peut tout au plus empêcher le cédant d'empiéter sur ce qu'il lui a cédé. L'acquéreur bénéficie, en outre, de la faculté d'interdire, sur le fondement de la concurrence déloyale, le détournement de sa force d'attraction par ses concurrents. Aucune règle du droit objectif ne lui garantit, en revanche, un seuil déterminé de rentabilité, un droit positif « à une clientèle »¹²⁸.

45. L'achalandage apparaît, au regard de cette parenté avec les biens intellectuels, comme la moins saisissable des choses immatérielles. Contrairement aux œuvres de l'esprit qui s'expriment par la matérialité d'un support ou d'un objet, la force d'attraction d'une entreprise ne peut être capturée, fixée ou matérialisée; elle ne s'exprime que dans les relations existantes avec le public et la psyché des futurs clients. L'achalandage est donc une propriété intellectuelle d'un genre particulier : dépendante des éléments attractifs du fonds de commerce et des habiletés de son gestionnaire, son existence et sa valeur peuvent être annihilées par un concours de circonstances, une mauvaise administration, bref, un déclin de l'interaction positive entre l'entreprise et le public. Nul besoin, d'ailleurs, de limiter la durée d'un droit dont

126. Dans le cas où, par exemple, certains éléments attractifs ne seraient pas cédés lors de la vente, comme c'est généralement le cas en ce qui concerne les habiletés du commerçant vendeur. Sur ce point, voir *supra*, notes 68 et 112.

127. On retrouve notamment cette caractéristique en common law : « *[g]ood-will is not a positive right, like the right to have a debt paid. It is a "negative" right, the right of avoidance against third parties* ». J. R. COMMONS, *op. cit.*, note 51, p. 271.

128. En ce sens, il est plus juste de parler d'un « droit de clientèle » plutôt que d'un « droit à la clientèle ». P. JULIEN, *loc. cit.*, note 19, n° 35.

l'existence dépend d'efforts continuellement renouvelés.
L'achalandage est, en définitive, un bien qui se cultive.

Éric Labbé
Université McGill
Centre de recherche en droit privé
et comparé du Québec
3690, rue Peel
Montréal (Québec) H3A 1W9
Tél. : 514 398-6639
Télec. : 514 398-7145
eric.labbe@mcgill.ca