

Le fichier clients du franchisé

Gaël CHANTEPIE

Professeur à l'université de Lille

CRDP – Demogue

Résumé

Le « fichier clients » du franchisé est un enjeu majeur des contrats de franchise contemporains, aux stades de leur formation, de leur exécution et de leur extinction. Il permet d'apprécier les rapports de force économiques et juridiques entre franchiseur et franchisé.

Mots-clés

Clientèle – Base de données – Données personnelles – Investissement – Usage – Transmission – Restitution.

Abstract

The franchisee's “customer file” is a major issue in modern franchise contracts, during their formation, performance and termination. It allows us to assess the economic and legal balance of power between franchisor and franchisee.

Keywords

Customer base – Database – Personal data – Investment – Use – Transmission – Return.

Mode de citation :

Guy CHANTEPIE, « Le fichier clients du franchisé », *R.J.O.I.* 2025 (n° 35) – Actes de la journée d'études Le droit de la franchise à La Réunion (25 octobre 2024) – pp. 301-313.

Clientèle. La clientèle du franchisé a suscité une intense controverse doctrinale et jurisprudentielle, jamais vraiment éteinte en dépit de l'arrêt *Trevisan*¹. Depuis lors, l'enjeu pratique de la clientèle s'est renouvelé à la faveur de l'exploitation massive des données personnelles à des fins commerciales. Le terme « données » est d'ailleurs trompeur puisque, si elles sont effectivement cédées gratuitement par le consommateur, moyennant quelque hypothétique avantage commercial, elles sont chèrement acquises par les entreprises, et valorisées en conséquence. Et bien qu'on annonce déjà la fin de l'âge d'or des données, avec l'utilisation croissante de « données synthétiques », simulations créées à partir de jeux de données préexistants², elles demeurent actuellement un enjeu déterminant.

Les données personnelles peuvent en effet servir à caractériser une personne en fonction de critères divers et à prédire le comportement futur d'un consommateur par référence à ses décisions passées³. Évidemment, le conflit latent qui existe entre franchiseur et franchisé au sujet de la clientèle rejaillit dans le partage de l'usage et de la monétisation de ces données clients.

Fichier. Plus que les données personnelles, envisagées d'une manière générale et abstraite, c'est le fichier clients qui constitue le point névralgique de la négociation entre franchiseur et franchisés, le consentement des clients, pourtant déterminant, n'étant guère discuté. Le fichier clients aspire à la qualification de bien et présente assurément une valeur permettant d'en garantir au moins une protection indirecte⁴.

Fidèle à sa racine latine, *figere*, fixer, le fichier retient un nombre d'informations valorisables, soit dans l'exploitation d'un fonds de commerce, soit dans le cadre d'une cession. Aux termes de l'article 4,6 du RGPD, est un fichier « *tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique* »⁵. Cette définition technique rend cependant assez mal compte de l'enjeu du partage et du transfert des fichiers dans la relation de franchise.

¹ Civ. 3^e, 27 mars 2002, n° 00-20.732, *Bull. civ.* III, n° 77 ; *JCP G* 2002, II, 10112, note F. AUQUE.

² Sur lesquelles, v. not., B. CASSAR, « La génération de données synthétiques par des systèmes d'intelligence artificielle, une nouvelle méthode de protection et de valorisation des données », *Dalloz IP/IT* 2024, p. 282.

³ V. ainsi, L. ARCELIN et J.-L. FOURGOUX, *Droit du marché numérique*, LGDJ, 2021, n° 144.

⁴ V. sur ce point, J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277.

⁵ Règlement UE n° 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Fichier clients du franchisé. Le fichier clients est-il seulement, en effet, celui du franchisé ? Le contentieux croissant en la matière témoigne au moins du fait que les franchiseurs ne tiennent pas pour acquise une telle qualification. Dans le contrat d'adhésion qu'est le contrat de franchise⁶, les clauses relatives au fichier clients ne sont pas toujours les mieux comprises par les franchisés, surtout lorsqu'elles figurent au détour d'un paragraphe consacré au programme de fidélité ou aux données personnelles. Et elles ne figurent pas au nombre de celles que l'on pourrait négocier.

Dans ce contexte de contenu prédéterminé par le franchiseur, peut-on laisser aux seules parties le soin de déterminer la titularité, l'exploitation et le sort du fichier clients ?

I. La titularité du fichier clients

La titularité du fichier clients ne recoupe pas parfaitement celle de la clientèle ou du fonds de commerce⁷ ; elle ne se confond pas non plus avec les droits dont bénéficie le producteur d'une base de données⁸.

A. Fichier clients et clientèle

La clientèle est généralement assimilée à la « *valeur représentée par le maintien escompté des relations d'affaires entretenues avec l'ensemble des clients du commerçant* »⁹. Elle ne coïncide donc pas exactement avec le fichier clients, qui réalise un traitement de données, c'est-à-dire une opération ou ensemble d'opérations portant sur des données personnelles, quel que soit le procédé utilisé, et poursuivant un objectif, une finalité déterminée¹⁰.

La matérialité du fichier de clients s'oppose néanmoins au caractère évanescence de la capacité d'attraction de la clientèle, si bien qu'il est tentant de les assimiler, par exemple en cas de doute sur la consistance de la clientèle¹¹. Or, en matière de franchise, « *la clientèle locale [du franchisé] n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels*

⁶ Paris, 14 juin 2023, n° 21/09467.

⁷ V. not., S. REGNAULT, « Le sort des données dans la franchise », *AJ Contrat* 2016, p. 191.

⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS et J.-B. GOUACHE, *J.-Cl. Com.*, fasc. 316-3, n° 119.

⁹ D. HOUTCIEFF, *Droit commercial*, 5^e éd., Sirey, 2022, n° 464. Rappr., F.-X. LUCAS et D. PORACCHIA, *Manuel de droit commercial*, 3^e éd., PUF, 2023, n° 160.

¹⁰ Définition disponible sur le site de la CNIL : <https://www.cnil.fr/fr/definition/traitement-de donnees-personnelles> [consulté le 9 décembre 2024]

¹¹ V. sur ce point, F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ – E. BLARY-CLÉMENT – C. LE GOFFIC, *Droit commercial*, 13^e éd., LGDJ, 2023, p. 331 s.

de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail »¹². Le fichier clients ne figurait pas dans la formule de l'arrêt *Trevisan*, mais il constitue sans aucun doute un « *moyen mis en œuvre* » pour conserver et développer la clientèle locale du franchisé.

Néanmoins, ce qui distingue la clientèle du fichier de clientèle ne relève pas un rapport de contenu à contenant. La clientèle n'est pas *inclusa* dans le fichier, lequel comprend seulement diverses informations qui permettent d'espérer préserver les relations d'affaires. Le fichier clients est seulement un moyen de maintenir et développer une clientèle¹³. Il en résulte que la simple cession du fichier clients ne devrait pas emporter cession de la clientèle¹⁴ et que, corrélativement, la cession du fonds pourrait être admise sans que soit simultanément cédé le fichier du franchisé¹⁵, ou sans que le franchiseur cesse d'en être le titulaire¹⁶.

Cette dissociation entre clientèle et fichier justifie de déplacer l'analyse vers la protection des bases de données.

B. Fichier clients et base de données

Le fichier clients relève de la qualification de base de données¹⁷, qui confère un droit *sui generis* à son producteur. Aux termes de l'article L. 341-1 du code de la propriété intellectuelle, est producteur celui « *qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants* ». La personne protégée n'est donc pas nécessairement celle qui a eu *l'idée de la création* d'une base de données, mais bien celle qui supporte les *risques de l'investissement* « *financier, matériel ou*

¹² Civ. 3^e, 27 mars 2002, préc.

¹³ V. not., M. PÉDAMON – H. KENFACK – S. RINGLER, *Droit commercial*, 5^e éd., Dalloz, 2023, n°276.

¹⁴ Comp., Com., 31 mai 1988, n° 86-13.486, *Bull. civ.* IV, n° 180. En l'espèce, l'arrêt avait écarté la cession du fonds de commerce dans la mesure où le fichier clients avait déjà été cédé, car la clientèle ne pouvait être de nouveau cédée. Mais en l'espèce, l'acte de cession écartait expressément la cession de clientèle, en mentionnant : « *observation étant faite que la clientèle, qui a déjà fait l'objet d'une cession, est exclue de la présente vente* ».

¹⁵ Douai, 23 juin 2016, n° 14/07614 : « *En revendiquant la délivrance du 'fichier client' au motif que la clientèle a été cédée et que l'omission de transmettre tout ou partie de cette clientèle constitue une inexécution de l'obligation de délivrance du vendeur, la société Financière Rev opère une confusion entre la clientèle, élément incorporel du fonds cédé, et l'élément matériel que constitue le fichier clientèle* ».

¹⁶ Rappr., Agen, 13 juin 2018, n° 15/01348, qui admet la possibilité d'exploiter un fichier clients au franchiseur lorsque les clients étaient attachés à la franchise, et non au fonds de commerce, considérant que les « *abonnements inscrits dans ce fichier, liés à la franchise n'ont pas été transmis [au cessionnaire du fonds] lors de la cession* ».

¹⁷ CPI, art. L. 112-3.

humain substantiel »¹⁸. Cet investissement se décline aux différentes étapes de l'obtention, de la vérification et de la présentation du contenu de la base de données¹⁹. Dans le contexte de la franchise, l'investissement peut être consenti tant par le franchisé que par le franchiseur²⁰.

Investissement consenti par le franchisé. Le franchisé semble le plus directement impliqué dans « *l'obtention du contenu de la base de données* »²¹. C'est lui qui, généralement, réalise l'investissement « *substantiel* » de travail de collecte des informations et qui en assume les différents coûts²² : temps de travail consacré par le personnel ; coût du logiciel et des équipements, et ce même s'ils sont fournis par le franchiseur, dans la mesure où le contrat de franchise fait reposer leur charge financière sur le franchisé. Par conséquent, il apparaît comme « *le titulaire naturel des droits sur les bases de données collectées au cours de l'exécution du contrat de franchise* »²³.

Ce constat devrait entraîner une forme de méfiance lorsque, à la faveur d'un changement de logiciel, le franchiseur prétend accéder au fichier qui était jusqu'alors entre les mains du seul franchisé. Loin d'être purement technique, un tel changement modifiera l'économie du contrat²⁴. Il en va de même de « *la faculté pour le franchiseur d'ordonner au prestataire la désactivation des franchisés [qui] constitue une modification substantielle des conditions d'exercice de la franchise* »²⁵.

Investissement consenti par le franchiseur. L'analyse de la situation apparaît toutefois moins nette dès lors que la constitution de la base de données s'inscrit dans un programme national mis en œuvre par le franchiseur. Dans une telle hypothèse, en effet, on peut envisager que l'investissement substantiel soit en réalité assumé par le franchiseur, même si pour la tenue de son fichier, il exploiterait en partie l'activité du franchisé²⁶. Le franchiseur met alors à la disposition de son franchisé le matériel informatique, un logiciel dédié et une

¹⁸ CPI, art. L. 341-1. Sur cette question, v. C. ZUKER – F. HOLLANDE, « La commercialisation des fichiers d'adresses ou de clientèle au regard de la protection des investissements », CCE 2000, prat. 6.

¹⁹ Civ. 1^{re}, 5 oct. 2022, n° 21-16.307 P.

²⁰ Sur la dimension casuistique en cette matière, v. M. BEHAR-TOUCHAIS – J.-B. GOUACHE, art. préc., n° 120.

²¹ Civ. 1^{re}, 5 oct. 2022, n° 21-16.307 P.

²² N. DISSAUX – Ch. BELLET, *Le guide de la franchise*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 322.13.

²³ S. REGNAULT, « Le sort des données dans la franchise », article préc.

²⁴ V. not., Paris, 29 avr. 2014, n° 13/04676 et n° 13/04683.

²⁵ Paris, 10 mai 2017, n° 14/20469, AJ Contrat 2017, p. 341, obs. S. REGNAULT.

²⁶ V. not., D. FERRIER – N. FERRIER, *Droit de la distribution*, 10^e éd., LexisNexis, 2023, n° 800.

solution *cloud*²⁷. La situation ressemble à s'y méprendre à l'hypothèse précédente, à ceci près que le contrat de franchise attribue alors les droits de la base de données au franchiseur.

La difficulté a déjà été soulevée au sujet de clients ayant souscrit à un programme de fidélisation national, attachés à la marque. Considérant que les distributeurs auraient dû « *constituer leur propre fichier clientèle au fur et à mesure des achats de leurs clients* », ils ne pouvaient plus accéder au fichier global à l'issue du contrat, faute d'en être devenus titulaires²⁸.

Il en va de même lorsque le contrat prévoyait que « *le concept de système de fidélisation est la propriété [de l'enseigne], que [le franchisé] ne dispose d'aucun droit sur ces données sur lesquelles il n'intervient qu'en tant que collecteur* », de sorte que le franchisé « *n'est pas propriétaire du fichier des cartes de fidélité détenues par les clients de son magasin* »²⁹. La distinction recouperait largement celle posée par l'arrêt *Trevisan* entre clientèle locale et clientèle nationale. Encore faut-il toutefois s'assurer de la réalité du travail fourni, au-delà des clauses du contrat. La question n'est plus toujours celle du droit du producteur de base de données, mais celle de la possibilité laissée au franchiseur d'exploiter le fichier clients, fût-il créé sous une forme non protégée par le droit de la propriété intellectuelle.

II. L'exploitation du fichier clients

La question de l'exploitation du fichier clients se dédouble car au droit d'usage du fichier, s'ajoute désormais la responsabilité de son traitement, sans que les deux questions ne se recoupent parfaitement.

A. Droit d'usage du fichier clients

L'exploitation du fichier clients en cours de contrat présente un intérêt tant pour le franchiseur que pour le franchisé, afin d'organiser leurs offres commerciales et analyses marketing au niveau local ou national. En principe, le contrat est censé régler la situation, dans l'hypothèse où ne coexistent pas une pluralité de fichiers.

²⁷ V. sur ce point, N. ÉRÉSÉO, « Données clients et réseaux de distribution », in *Mélanges D. Ferrier*, LexisNexis, 2019, p. 233, n° 14.

²⁸ Paris, 3 avr. 2019, n° 17/12787 (dans un contrat de concession).

²⁹ Chambéry, 2 oct. 2007, n° 06/01561. Le même raisonnement a été transposé à l'exploitation des pages de réseaux sociaux. Faute pour le franchisé de les avoir créées et exploitées, leur propriétaire serait alors le franchiseur (Montpellier, 30 avr. 2024, n° 22/03994, n° 22/03996, n° 22/03998 et n° 22/03999).

Il est assez courant que le contrat accorde au franchisé, pour l'exploitation de son activité, un droit d'usage du fichier clients du franchiseur, par exemple l'accès au programme de fidélité. Le contrat, après avoir affirmé la titularité de la base de données au franchiseur, prévoit les modalités de concession d'un usage au franchisé.

Inversement, l'usage du fichier du franchisé peut également être octroyé au franchiseur. Dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 27 septembre 2023, une société de prêt-à-porter avait conclu un contrat de franchise aux termes duquel le franchisé devait constituer un fichier clients, dont le franchiseur assurait la gestion active grâce à un droit d'usage et de jouissance qui lui était concédé par le franchisé, lequel en demeurait propriétaire³⁰. Le modèle ainsi conçu visait à permettre au franchiseur d'exploiter le fichier à des fins commerciales tout au long de la relation³¹.

L'enjeu est évidemment important, particulièrement s'agissant d'un secteur où la vente directe sur internet par l'enseigne concurrence les ventes réalisées en boutique par le franchisé³². Certains franchisés contestent ainsi la mise en place d'un fichier clients informatisé, craignant que le fournisseur privilégie le e-commerce au détriment de ses distributeurs³³. Le fait que cet usage ait été prévu par contrat ne résout rien, car qui dit contractuel ne dit pas toujours juste. Il faut alors s'interroger sur les raisons qui pourraient justifier l'usage et l'exploitation du fichier clients du franchisé sans risquer la sanction d'un déséquilibre significatif.

La cour d'appel de Paris a déjà rejeté une telle action en 2019, considérant que le contrat procurait effectivement un avantage au franchisé, qui résidait dans « *l'exploitation des coordonnées des clients, soit à des fins de fidélisation, soit à des fins marketing, pour accroître le volume de vente des membres du réseau* »³⁴. En somme, en moulinant les données au niveau national, le franchiseur améliorerait la performance du réseau, ce qui rejoignait nécessairement sur les franchisés. Et pour écarter le déséquilibre significatif, la cour ajoutait notamment que le chiffre d'affaires réalisé en ligne par le franchiseur était resté faible et constant après la mise en place de cet accès au fichier. Les faits reprochés

³⁰ Com., 27 sept. 2023, n° 22-19.436, CCC 2024, comm. 7, obs. N. MATHEY.

³¹ V. aussi, Montpellier 30 avr. 2024, préc., le contrat précisant « *que le franchisé est propriétaire du fichier client qu'il a constitué et qu'à des fins commerciales, le franchiseur et le franchisé pourront utiliser ledit fichier sans que cela ne constitue une atteinte à la propriété du franchisé sur son fonds de commerce et ce, durant l'exécution du contrat ou postérieurement à sa rupture*

³² N. DISSAUX, « Les franchisés, vitrines de la mode », D. 2021. 1295.

³³ V. par ex., Paris, 7 oct. 2018, n° 16/09159.

³⁴ Paris, 22 mai 2019, n° 17/05279.

remontaient toutefois à 2015 et le risque s'est depuis accru, d'une « captation » des données par le franchiseur au profit de son site internet³⁵.

À cet égard, dans le prolongement d'un avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales, les franchisés pourraient faire valoir une absence de réciprocité entre, d'une part, « *le travail de grande ampleur* » qu'ils réalisent, lequel est à l'origine de la valeur économique du fichier et, d'autre part, la clause qui conduit à en céder l'usage, voire la propriété au terme du contrat, au franchiseur³⁶. Car si l'absence de réciprocité « clause à clause » ne suffit pas à caractériser un déséquilibre significatif³⁷, elle n'en demeure pas moins un indice pertinent.

Et le raisonnement pourrait être transposé à l'avantage sans contrepartie, en tâchant de montrer que la cession de l'usage du fichier clients n'est compensé par aucun avantage susceptible de constituer une contrepartie sérieuse et vérifiable, à la différence des multiples sommes d'argent versées par le franchisé (droit d'entrée, redevance de marque, redevance de savoir-faire, redevance marketing).

B. Responsabilité du traitement des données personnelles

L'exploitation du fichier emporte une responsabilité spécifique, à l'occasion du traitement des données personnelles. Dans la franchise, une décision remarquée de la CNIL avait sanctionné un franchiseur pour l'ajout, par des franchisés, de commentaires insultants dans le fichier clients. La responsabilité incombait donc à la tête de réseau en tant que responsable de traitement³⁸. Cette question a pris depuis une ampleur considérable avec l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données.

Le fichier clients repose sur un traitement de données personnelles, puisqu'il implique nécessairement plusieurs tâches parmi « *la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la*

³⁵ Ch. BELLET, « Pour une franchise équitable », RLDA 2023, 7743, qui évoque le risque d'une « captation de la clientèle du franchisé ».

³⁶ CEPC, avis n° 18-4 relatif à une demande d'avis sur la conformité au droit de stipulations contenues dans les contrats de concession exclusive dans le secteur du matériel agricole, 12 avr. 2018. V. aussi, suggérant un raisonnement inspiré du règlement DMA, N. ÉRÉSÉO, article préc., n° 16.

³⁷ Com., 28 févr. 2024, n° 22-10.314 P.

³⁸ CNIL, Délibération 2011-205, 6 oct. 2011. V. aussi, confirmant cette délibération, CE 12 mars 2014, n° 354629.

*destruction »*³⁹. Par conséquent, la gestion du fichier suppose que soit identifié un responsable du traitement, « *celui qui détermine la finalité (le pourquoi) du traitement et ses moyens (le comment)* »⁴⁰.

Or, le contrat de franchise ne suffit pas à caractériser le responsable du traitement, il faut tenir compte d'éléments objectifs⁴¹. La situation s'avère complexe en présence d'une pluralité d'acteurs, par exemple en cas de filiale et de société-mère⁴², ou de franchisé et de franchiseur. En principe, « *lorsque la finalité et les moyens ne sont pas déterminés par la même entité [...] la qualité de responsable de traitement doit être systématiquement attribuée à celui qui détermine la finalité. Quant à celui qui détermine les moyens, il doit revêtir la qualité de responsable de traitement seulement si les moyens concernent des aspects essentiels* »⁴³. Cela conduit à distinguer trois séries d'hypothèses.

La première hypothèse est celle d'une pluralité de fichiers, appartenant respectivement au franchiseur et au franchisé. Leur gestion autonome devrait conduire à les qualifier, l'un et l'autre, de responsables de traitement à l'égard de leur propre fichier, sans qu'ils soient autorisés ou obligés d'intervenir dans celui de l'autre. La situation serait alors claire, mais peu propice au développement d'interactions. Car dès lors que le fichier clients du franchiseur n'est plus alimenté par son seul site internet, mais aussi par celui du franchisé, à l'occasion de son activité, ou que le franchiseur dispose d'un accès au fichier clients du franchisé, une pluralité de personnes interviennent effectivement sur un même fichier. Dans ce cas, il restera encore à déterminer quel statut leur accorder dans l'exercice de cette activité.

D'où une deuxième hypothèse, celle où le fichier est traité à la fois par un responsable et un sous-traitant, qui agit « *pour le compte du responsable du traitement* »⁴⁴. Pour que cette qualification soit admise, il faut caractériser une intervention subordonnée du sous-traitant, qui respecte « *les instructions du responsable de traitement et opère le traitement dans l'intérêt de celui-ci* »⁴⁵, sans toutefois « *définir ni les finalités ni les moyens, sans être requalifié de responsable de traitement (RGPD, art. 28,10°)* »⁴⁶. Il en résulte que la sous-

³⁹ RGPD, art. 4, 2).

⁴⁰ S. LEQUETTE, *Droit du numérique*, LGDJ, 2024, n° 1266.

⁴¹ V. ainsi, soulignant que « *l'attribution 'formelle' de la qualité de responsable du traitement à une personne déterminée est indifférente* », T. DOUVILLE, *Droit des données à caractère personnel*, LGDJ, 2023, n° 382 et 386.

⁴² T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 381.

⁴³ S. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1266.

⁴⁴ RGPD, art. 4, 8.

⁴⁵ S. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1268.

⁴⁶ N. METALLINOS, « Les critères de qualification des acteurs (responsables de traitement, responsables de traitement conjoints, sous-traitants) », *CCE* 2018/04, dossier 8. Pour une application récente, CNIL 15 avr. 2022, *RTD com.* 2022, p. 302, obs. T. DOUVILLE.

traitance repose sur deux critères cumulatifs : une entité juridique distincte du responsable du traitement ; une entité qui traite les données à caractère personnel pour le compte de ce dernier⁴⁷. La sous-traitance repose sur un contrat⁴⁸ qui peut parfaitement s'intégrer au sein du contrat de franchise, même s'il présente à son égard une forme d'autonomie⁴⁹.

Cette hypothèse se dédouble elle-même dans le cas de la franchise. On peut envisager, d'une part, que le franchiseur soit, pour la durée du contrat, le sous-traitant du franchisé dans le traitement des données personnelles contenues dans le fichier clients. Ce sera le cas lorsqu'il obtient l'accès à ce fichier pour des opérations commerciales ou de communication, même à l'échelle nationale.

Toutefois, l'hypothèse la plus courante est plutôt celle d'un franchiseur mettant à la disposition du franchisé l'ensemble des outils et services nécessaires à la constitution et l'exploitation du fichier clients, en incluant donc les finalités du traitement et les responsabilités y afférentes⁵⁰. Titulaire de son fichier clients constitué en vue de la fidélisation de sa clientèle, il en détermine seul les finalités, même s'il laisse le franchisé en assurer la gestion courante, notamment son alimentation par de nouveaux clients⁵¹. Il est ainsi fréquent que le franchisé conserve une autonomie dans le traitement des données, tout en laissant leur exploitation entre les mains du franchiseur. L'hypothèse d'une cotraitance, d'une responsabilité conjointe, doit alors être envisagée.

Troisième hypothèse, celle de deux responsables de traitement qui « *interviennent de concert pour décider d'une même opération de traitement à des fins qui leur sont propres* »⁵². Les deux coresponsables doivent influer de

⁴⁷ Avis G29, avis 1/2010 WP 169, 16 févr. 2010.

⁴⁸ RGPD, art. 28, 3) : « *Le traitement par un sous-traitant est régi par un contrat ou un autre acte [...] qui lie le sous-traitant à l'égard du responsable du traitement, définit l'objet et la durée du traitement, la nature et la finalité du traitement, le type de données à caractère personnel et les catégories de personnes concernées, et les obligations et les droits du responsable du traitement* ». V. N. MARTIAL-BRAZ, « Le contrat entre responsable de traitement et sous-traitant », *Dalloz IP/IT* 2021, p. 181.

⁴⁹ Qualification confortée par la possibilité de recourir à des clauses contractuelles types (RGPD, art. 28, 6).

⁵⁰ N. ÉRÉSÉO, article préc., n° 14.

⁵¹ Certaines clauses rappellent ainsi l'autonomie des politiques de traitement des données, le franchisé agissant à la fois en tant que sous-traitant, mais aussi en tant que responsable de traitement de son propre fichier (« *Il est rappelé que certain de nos restaurants sont exploitées en franchise c'est-à-dire par des franchisés indépendants. La présente Politique ne s'applique pas aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre par nos franchisés. Nous vous invitons à consulter leur politique de confidentialité et de protection des données personnelles* », Politique de protection des données personnelles Burger King, art. 11 [consulté le 9 déc. 2024])

⁵² RGPD, art. 26. Sur cette question, v. T. DOUVILLE, « Le contrat en matière de responsabilité conjointe de traitement des données », *Dalloz IP/IT* 2021, p. 189.

manière déterminante sur le traitement des données, en participant à la détermination des finalités et des moyens du traitement⁵³, par le biais de « *décisions communes ou de décisions convergentes et complémentaires* »⁵⁴. Cette hypothèse ne requiert toutefois pas un équilibre dans l'exercice du pouvoir de détermination, les opérateurs pouvant « *être impliqués à différents stades de ce traitement et selon différents degrés* »⁵⁵. La solution se comprend par la finalité même de la réglementation, tournée vers la protection des personnes concernées par le traitement⁵⁶. Elle est donc compatible avec la pratique d'un accès conjoint lorsque le franchiseur peut accéder au fichier, notamment pour des hypothèses de rappels de produits⁵⁷, ou même pour des opérations commerciales.

En résumé, titularité et exploitation du fichier ne désignent pas nécessairement les mêmes personnes. La qualification de sous-traitant présente, par exemple, une forme d'autonomie au regard de l'exploitation du fichier, mais aussi de sa titularité. La responsabilité du traitement emporte pourtant une charge économique qui ne peut être ignorée au stade de la négociation du contrat.

III – Le sort du fichier clients à l'issue du contrat

À l'issue du contrat, le fichier clients crée des tensions, dès lors que sa titularité était contestée ou son usage partagé. Le conflit se prolonge au moment de l'usage ou de la transmission du fichier.

A. Usage des données du fichier clients

Usage licite. Lorsque le contrat l'aura prévu, le fichier clients pourra continuer à être exploité, notamment dans le cadre d'informations relatives aux produits, au programme de fidélisation, voire d'une communication commerciale⁵⁸. Une telle utilisation devrait assurément être assortie d'une

⁵³ CJUE, 10 juill. 2018, aff. C-25/17, *Tietosuojavaltuutettu, Jehovan todistajat – uskonnollinen yhdyskunta*, pt 68.

⁵⁴ L. GRYNBAUM – C. LE GOFFIC – L. PAILLER, *Droit des activités numériques*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 1119.

⁵⁵ CJUE, 5 juin 2018, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c/ Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, C-210/16, pt 43.

⁵⁶ V. en ce sens, T. DOUVILLE, *Droit des données à caractère personnel*, LGDJ, 2023, n° 393.

⁵⁷ N. ERÉSÉO, article préc., n° 15.

⁵⁸ V. ainsi, dans l'hypothèse du prolongement d'une action entreprise alors que le franchisé était encore sous contrat, Paris, 8 févr. 2023, n° 21/07084.

contrepartie⁵⁹. La tentation serait de poursuivre une exploitation discrète, quoiqu'illicite, du fichier clients.

Usage illicite. Néanmoins, continuer à accéder ou à exploiter le fichier sur lequel les droits ont disparu au terme du contrat, ou réaliser une copie à cette fin, expose son auteur à des sanctions pénales, tant par l'infraction spéciale visant le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé, d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre, de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient⁶⁰, que par la voie de l'abus de confiance⁶¹. Sur le plan civil, les sanctions relèveront pour l'essentiel de la responsabilité civile encourue pour concurrence déloyale. Plusieurs décisions ont déjà sanctionné des utilisations du fichier clients postérieurement à l'extinction des relations, notamment lorsque l'utilisation du fichier clients, pourtant prévue par les stipulations post-contractuelles, a dépassé le cadre prévu⁶².

B. Transmission du fichier clients

Cession. Le fichier clients peut évidemment être cédé à titre onéreux, soit à l'occasion de la cession du fonds par le franchisé, soit de manière autonome. La licéité de l'opération de cession au regard de l'article 1162 du code civil requiert cependant que les principes du droit des données personnelles soient respectés⁶³. La cour d'appel d'Orléans a également souligné que, même si les clients sont des tiers à la cession, leur consentement « est nécessaire pour que les fichiers de données à caractère personnel puissent devenir objet du contrat »⁶⁴. C'est le moment, si cela n'était déjà fait, de nettoyer le fichier, puisque seuls les clients actifs et qui ont donné leur accord à la cession de leurs données personnelles devraient figurer dans le fichier.

Restitution. Le plus souvent, cependant, le contrat de franchise met en œuvre un mécanisme de restitution du fichier. Il est assez logique que la résolution du contrat, ou son extinction par la survenance du terme, conduise à la mise en œuvre des restitutions. La restitution ne doit pas être tardive, à peine pour le franchiseur d'être tenu de réparer le préjudice en découlant⁶⁵.

⁵⁹ V. en ce sens, N. DISSAUX – C. BELLET, *Le guide de la franchise*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 322.13.

⁶⁰ C. pén., art. 323-3.

⁶¹ Crim., 6 nov. 2011, n° 10-87.866, *Bull. crim.*, n° 233 : « les informations relatives à la clientèle constituent un bien susceptible d'être détourné ».

⁶² V. not., Douai, 11 sept. 2008, n° 07/04112 : utilisation pour inviter des clients à des « ventes privées », alors que l'utilisation était limitée à la vente à distance.

⁶³ Com., 25 juin 2013, n° 12-17.037 P.

⁶⁴ Orléans, 11 mars 2021, n° 19/01901, *Gaz. Pal.* 25 oct. 2021, p. 70, note C. MANIER CALAS.

⁶⁵ Paris, 30 mars 2022, n° 20/08551.

De manière plus radicale, c'est parfois une destruction du fichier qui est prévue. Dans le contrat de franchise, le contrat détermine souvent les modalités de cessation du droit d'usage de signes distinctifs, en précisant ses contours exacts⁶⁶. S'il était sous-traitant, le franchisé doit supprimer les données ou les renvoyer et détruire les copies⁶⁷. Cela suscite une difficulté lorsque le franchisé, sous-traitant, était malgré tout titulaire du fichier clients. D'où l'intérêt d'anticiper la situation par une clause du contrat permettant au franchisé de recueillir des informations destinées à son propre fichier⁶⁸. La dualité de fichiers clients permettra la destruction/restitution du fichier clients du franchiseur, et la conservation de son propre fichier clients par le franchisé.

En matière de fichier clients, la difficulté résidera souvent dans l'interprétation du contrat de franchise. Par exemple, dans plusieurs arrêts d'appel relatifs à une entreprise d'enseignement de langue, une contradiction existait entre le contrat, prévoyant que les clients étaient attachés à la marque nationale, et donc au franchiseur, et l'avenant énonçant que le franchisé était propriétaire de sa clientèle locale⁶⁹. Il n'est pas nécessaire d'insister sur l'importance de la rédaction du contrat ou de sa mise à jour lorsque la règle légale évolue⁷⁰.

Précisément, les divergences d'intérêts entre franchiseurs et franchisés étant particulièrement vives sur ce point, la clause du fichier clients devrait tendre à assurer un équilibre dans la titularité et l'exploitation du fichier clients, dans l'intérêt commun des parties, sans interdire par avance toute exploitation ultérieure par le franchisé en cas de cessation de la relation.

⁶⁶ Par exemple, il sera mentionné que le franchisé « s'engage à ne plus utiliser les couleurs bleu et blanc de la franchise et à faire repeindre son centre dans d'autres couleurs que le bleu dans les six mois de la cessation du contrat » (Com., 20 mai 2014, n° 13-17.488).

⁶⁷ RGPD, art. 28, 3, g).

⁶⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS – J.-B. GOUACHE, *JCl. Com.*, fasc. 316-6, n° 53.

⁶⁹ Paris, 22 sept. 2021, n° 16/24042 ; Paris, 7 juin 2017, n° 15/24846.

⁷⁰ Sur cette question, v. not., S. REGNAULT, article préc.