

Le fonds de commerce

Plan du rapport :

Introduction

I- Identification du fond de commerce :

- 1- Concept clientèle
- 2- Les éléments du fond de commerce
 - a- Eléments corporels.
 - b- Eléments incorporels.

II- L'exploitation du fond de commerce :

- 1- Exploitation personnelle ou indirecte.
- 2- Exploitation par gérant

III- Les opérations relatives au fonds de commerce :

- 1- La vente de fonds de commerce
- 2- L'apport du fonds de commerce
- 3- Le nantissement

IV- Le droit au bail :

- 1- Le renouvellement du bail
- 2- Le loyer commercial

Conclusion

Introduction :

I- Identification du fonds de commerce :

L'identification du fonds de commerce exige d'isoler le concept de clientèle, d'inventorier les éléments du fonds pour apprécier ensuite sa nature juridique.

1- Concept de la clientèle :

La notion de clientèle est difficile à cerner. En effet, pour qu'on puisse parler de clientèle un certain nombre de conditions doit être réuni.

La clientèle doit être :

- commerciale
- personnelle : c'est-à-dire propre au fonds de commerce
- licite : elle est donc liée à la nature de l'activité

La clientèle désigne ainsi les personnes attirées par les qualités personnelles du commerçant.

Cette relation qui existe entre le fonds de commerce et la clientèle implique que tout mouvement du fonds de commerce se traduit par un mouvement de la clientèle. On ne peut parler donc de vente ou d'apport de fond de commerce sans qu'il y ait transfert de la clientèle. La clientèle est l'âme du fonds de commerce. La présence des éléments de fonds (droit au bail, nom commercial, marchandise etc. ...) est insuffisante à constituer le fonds de commerce ; il faut en plus la clientèle. Pour certains auteurs, le fonds est principalement un droit de clientèle et non un élément parmi tant d'autres du fonds de commerce.

Qu'est ce que la clientèle ? L'économiste y voit une valeur, des besoins à satisfaire. Pour le juriste, c'est l'ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles. L'existence d'une clientèle conditionne l'existence de fonds. Par suite, la disparition de la clientèle provoque la disparition du fonds. Si elle est nécessaire au fonds elle doit présenter certaines qualités.

Il importe de faire une distinction essentielle entre la notion de clientèle et d'achalandage.

L'achalandage constitue la partie de la clientèle d'avantage retenue par l'emplacement du fonds de commerce que par la personne ou l'activité de commerçant. En effet, alors que la clientèle est principalement attirée par l'implantation de l'établissement commercial, se livrant à des achats occasionnels.

2- Eléments du fonds de commerce :

A travers le code du commerce marocain, notamment l'article 80, une énumération assez exhaustive des éléments constitutifs du fonds de commerce a été présentée. En effet le fonds de commerce peut être décomposé selon plusieurs critères.

La distinction la plus pratique sur le plan juridico-fonctionnel est celle relative à la nature des éléments :

a- Les éléments incorporels :

La clientèle et l'achalandage :

La clientèle désigne l'ensemble des personnes avec lesquelles le commerçant entretient des relations contractuelles. La notion de clientèle n'est pas définie en droit marocain, aussi illustrerons-nous cette notion importante à travers certaines des nombreuses décisions de la jurisprudence française. Celle-ci considère par exemple que le nombre de clients est indifférent pour constituer une clientèle. Il a été jugé que seize clients suffisent à constituer une clientèle voire un seul. C'est le cas notamment des entreprises de sous-traitance.

A côté de la clientèle fidèle, chaque fonds de commerce dispose d'une capacité d'attirer des clients de passage ou occasionnels, cette capacité est conditionnée généralement par sa situation géographique, c'est ce qu'on appelle l'achalandage.

La clientèle et l'achalandage sont considérés comme les deux piliers indispensables pour un fonds de commerce, en d'autres termes un fonds de commerce n'existe juridiquement que s'il a une clientèle réelle et certaine.

Le nom commercial et l'enseigne :

L'expression nom commercial désigne de façon générale toute appellation sous laquelle un commerçant, personne physique ou morale, exerce son commerce. L'enseigne est un signe extérieur qui permet d'individualiser un établissement et le signaler aux tiers.

Le nom commercial comme l'enseigne sont protégés par l'action en concurrence déloyale. Les faits de concurrence déloyale ne peuvent donner lieu qu'à une action civile en cessation des actes qui la constituent et en dommages et intérêts.

Le droit au bail:

Droit de propriété commerciale ou encore droit au bail est un droit reconnu au commerçant locataire des locaux dans lesquels il exerce le commerce. Ce droit au bail

constitue un élément très important du fonds et parfois même l'élément le plus important. Il peut d'ailleurs le céder contre le gré du propriétaire.

Propriété industrielle :

Les brevets d'invention les marques des fabriques, les dessins et modèles dont un industriel ou un commerçant a la propriété font partie du fonds. Souvent, ils constituent toute la valeur de celui-ci. Chacune de ces propriétés incorporelles est soumise à un régime juridique propre, mais en cas de cession du fonds de commerce le vendeur cède un fonds constitué principalement d'un droit exclusif d'exploitation. La propriété du fonds de commerce est constituée dans ce cas par une clientèle réelle et certaine, voire exclusive.

Le droit de propriété industrielle a pour objet la protection des brevets d'invention, des marques, des dessins et modèles.

Autres éléments incorporels :

En principe les droits personnels appartenant au propriétaire du fonds ne sont pas compris dans la cession du fonds, mais ce principe comporte quelques exceptions.

L'autorisation administrative, quand elle n'a pas un caractère personnel, peut être cédée avec les fonds. Il en est de même pour les licences de débits de boissons. L'usage des livres de commerce doit être assuré à l'acquéreur pendant dix ans. Les acquéreurs du fonds peuvent se prévaloir de la clause de non rétablissement souscrite par le vendeur du fonds. Le contrat d'assurance que conclue le cédant continue de plein droit au profit de l'acquéreur, sauf son droit de résiliation. Enfin les contrats de travail conclus par les cédants doivent être respectés par le cessionnaire.

b- Les éléments corporels :

Le matériel et l'outillage :

Ces deux mots ont le même sens. Par matériels on vise l'outillage comme les appareils de manutention ou les véhicules. Ce matériel désigne les objets mobiliers servant à l'exploitation. Il a plus d'importance dans l'industrie que dans le commerce. Il peut être compris dans le nantissement par stipulation expresse et il est frappé légalement du privilège du vendeur (l'article 91).

Cependant, lorsque le propriétaire est seulement locataire du matériel considéré ; c'est l'hypothèse du leasing ou crédit bail, le matériel n'est pas un élément du fonds de commerce. Il est utilisé à l'occasion de l'exploitation de ce fonds, mais les créanciers du commerçant ou l'industriel pourraient être abusés sur la surface financière de celui-ci, d'où la mesure utile de publicité mise en place qui prend la forme d'une publication au greffe du tribunal de commerce. A défaut, la société spécialisée qui a loué le matériel ne pourra pas opposer aux tiers sans droit sur le bien.

Les marchandises :

Les marchandises concernent la matière première destinée à la transformation (entreprise industrielle) d'une part, et d'autre part les produits et les marchandises destinés à la vente.

La loi fait porter le privilège du vendeur sur les marchandises (art. 91), mais elle considère le gage comme trop fragile pour l'inclure dans le nantissement (art. 107).

En effet, d'un côté, la propriété du bien fabriqué peut avoir été transférée alors que ce bien est encore dans les locaux du commerçant en attendant que l'acheteur vienne en prendre livraison. D'un autre côté, les matières premières peuvent appartenir encore à leur vendeur si celui-ci a inséré dans le contrat de vente une clause de réserve de propriété. Aux termes de cette clause, le vendeur demeure propriétaire jusqu'à l'entier paiement du prix. En cas de faillite de l'acheteur, le propriétaire pourra récupérer la propriété de ces marchandises, mais à condition que ces marchandises n'aient pas été travaillées et incorporées à d'autres matières et que la clause de réserve ait été convenue et établie par écrit au moment de la livraison.

Il existe des cas où l'entreprise ne dispose pas de marchandises dans son fonds de commerce, c'est notamment le cas des entreprises de services, vu l'intangibilité de ses produits, (ex : agences de voyage, assurance...), mais la clientèle et l'achalandage reste les éléments indispensables pour constituer un fonds de commerce.

II- L'exploitation du fonds de commerce :

L'exploitation du fonds de commerce passe par l'utilisation, dans le but de réaliser un profit, de l'ensemble des éléments constitutifs du fonds selon des procédés commerciaux permettant de développer la clientèle liée à ce fonds de commerce.

On distingue deux principales formes d'exploitation du fonds de commerce :

1- L'exploitation du fonds par le propriétaire

Le propriétaire peut exploiter personnellement son fonds de commerce il prend alors la fonction de gérance en main, dans ce cas il est exploitant, il a à la fois le statut de commerçant et de gérant.

Le propriétaire peut être une personne physique ou morale. En effet il peut s'agir d'une société commerciale et ce sont ses organes de gestion qui assurent la gestion du fonds de commerce en son nom.

Le propriétaire peut aussi faire appel à un gérant pour lui confier la gestion du fonds en contrepartie d'un salaire (contrat de travail), on parle alors de gérant salarié. Le gérant dans ce cas n'a pas le statut de commerçant, il agit au nom et pour le compte du propriétaire du fonds lequel court les risques et recueille les profits de l'activité commerciale. C'est ce que l'on appelle la gérance salariée.

2- La location-gérance ou gérance libre :

a- Notion de gérance libre :

La location gérance est une formule contractuelle selon laquelle le propriétaire d'un fonds de commerce donne ce dernier en location à une autre personne dite locataire gérant ou encore gérant qui l'exploite à ses risques et périls moyennant une redevance. Elle est différente du bail commercial car il porte sur le fonds même et sur l'immeuble où le fonds est exploité. Elle est différente aussi de la gérance salariée.

b- Utilité de cette opération :

Celle-ci permet tout d'abord à un incapable (exemple : un mineur) de conserver la propriété du fonds dont il a hérité mais qu'il ne peut gérer personnellement. Ensuite c'est une solution adaptée pour le commerçant qui voudrait se retirer des affaires tout en garantissant une retraite avec les redevances qu'il peut tirer de la location de son fonds. Enfin c'est une technique de redressement des entreprises en difficulté.

c- Conditions :

La location gérance obéit aux règles de fond et de forme générale à tous les contrats.

Conditions de fond :

Le contrat de gérance peut être passé en principe pour tout fonds de commerce. La location libre est valablement consentie par le propriétaire ou l'exploitant du fonds (art. 152).

Conditions de forme :

- Le propriétaire du fonds doit être commerçant pendant 7 ans au moins, ou avoir exercé pendant la même durée les fonctions de gérant salarié ou de directeur commercial ou technique. En plus il doit avoir exploité le fonds de commerce mis en gérance pendant 2 ans.
- Le locataire doit avoir la capacité commerciale.
- La gérance libre doit être constatée par un écrit (contrat)
- Mesures de publicité : tout contrat de gérance libre doit être publié dans la quinzaine qui suit sa date sous forme d'extrait du bulletin officiel et dans un journal d'annonces légales.
- La fin de la location doit également être publiée.

Sanction en cas de violation des conditions légales : nullité du contrat d'une nullité absolue.

d- Les effets entre les parties :

Les conséquences sur la tête du gérant :

- Le gérant a la qualité de commerçant et il est soumis à toutes les obligations qui en découlent.
- Tous les biens composant le fonds doivent être laissés à la disposition du gérant
- Le gérant doit verser au propriétaire un loyer ou une redevance
- Le gérant est tenu de continuer les contrats de travail qui avaient été conclus par le bailleur

Les conséquences sur la tête du bailleur de fonds :

- Il doit délivrer au gérant la jouissance de tous les éléments du fonds dont il est titulaire.
- Il est tenu soit de se faire radier du registre de commerce soit de faire modifier son inscription personnelle avec la mention expresse de la mise en gérance libre
- Il ne doit pas troubler le gérant dans sa jouissance et en particulier ne pas enfreindre la clause de non rétablissement.

e- Protection des créanciers :

La location-gérance fait courir un grave danger à ceux qui du fait de l'exploitation du fonds, deviennent créanciers de locataire gérant. Ces personnes peuvent croire, en toute bonne foi, que le débiteur est propriétaire du fonds et se fier à une solvabilité trompeuse.

A cet effet, quatre mesures protectrices ont été décidées par le législateur :

- Sous peine d'une amende de 2000 à 10000 dhs, le locataire gérant est tenu d'indiquer sur tous les documents relatifs à son activité commerciale, son numéro d'immatriculation au registre de commerce et le siège de tribunal où il est immatriculé et sa qualité de gérant
- Au moment de la location-gérance, les dettes de loueur de fonds afférentes à l'exploitation de fonds peuvent être déclarées immédiatement exigibles par le tribunal de commerce.
- Jusqu'à la publication du contrat de location gérance et pendant un délai de six mois à compter de cette publication, le loueur de fonds est solidairement responsable avec le gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation de fonds.
- La location-gérance peut prendre fin notamment par l'arrivée du terme contractuellement fixé ou à la suite de jeu d'une clause résolutoire ou d'une demande de résiliation judiciaire pour inexécution des obligations ou encore à la suite de décès de gérant.

III- Les opérations sur le fonds de commerce

En dehors de la location du fonds, qui vient d'être exposée, le fonds de commerce peut être l'objet d'autres opérations : la vente ; l'apport en société et le nantissement.

La vente est le dernier acte de la vie commerciale de son exploitant, son dernier acte de commerce ; c'est une cession de la clientèle manifestée par le transfert des éléments du fonds.

L'apport en société d'un fonds de commerce est une opération permettant de réaliser une mutation juridique et économique, qui pourrait devenir fréquente dans l'avenir.

Le nantissement est au fonds de commerce ce qu'est l'hypothèque à l'immeuble. Cette opération manifeste que le fonds de commerce est un moyen de crédit.

1- La vente du fonds de commerce :

La vente est le contrat par lequel une personne (le vendeur) transfère ou s'engage à transférer un bien à une autre personne (l'acheteur) qui a l'obligation d'en verser le prix en argent.

a- Condition de formation du contrat :

Conditions de forme :

Vu le particularisme du contrat de vente du fonds de commerce, le législateur impose l'écrit pour la preuve du contrat.

Cet écrit doit être rédigé pour permettre la publicité et l'inscription du privilège du vendeur, si le prix n'est pas payé au comptant.

En effet l'article 81 impose l'insertion dans l'acte de vente certaines mentions obligatoires qui sont :

- La date de l'acte.
- Les noms, prénoms et domiciles du vendeur et de l'acheteur.
- Le prix distinctivement déterminé pour les éléments incorporels, le matériel et les marchandises.
- L'état des inscriptions des privilèges et nantissements pris sur le fonds.
- S'il y a lieu, le bail, sa date, sa durée, le nom du bailleur et du cèdeur, le chiffre d'affaire, les bénéfices commerciaux.
- L'origine de la propriété du fonds de commerce, où on doit énoncer le nom du précédant vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel. Cette prescription est bien entendu inopérante si le vendeur du fonds a créé celui-ci, dans ce cas il lui suffit alors de l'indiquer.

Finalement cette disposition n'est pas sanctionnée par la nullité absolue qui est la sanction d'une règle de forme. C'est une nullité relative car elle ne peut être

demandée que par l'acquéreur et dans le délai relativement d'une année à compter de la date de l'acte.

Conditions de fond :

La vente est une convention transférant un droit réel. C'est un contrat qui, en dépit de son caractère particulier, répond aux conditions de fond des contrats au sens global du terme ; à savoir le consentement, l'objet la cause et la capacité. A ces conditions on ajoute une condition concernant le prix de vente du fond.

- **La capacité :** L'acquéreur du fonds va avoir le statut de commerçant, de ce fait, toute personne n'ayant pas la capacité d'exercer le commerce ne peut donc acquérir un fonds sauf dans les conditions posées par l'article qui 14 du code de commerce.
- **L'objet :** On rappelle que l'objet du contrat est ce sur quoi il porte. Dans ce cas de figure il s'agit de deux éléments à savoir le fonds et le prix. La loi n'indique pas quels sont les éléments nécessairement compris dans la vente, mais lorsqu'ils existent, ils doivent être mentionnés avec leurs prix d'acquisition, cependant cette liberté ne va pas jusqu'à admettre qu'il y a vente de fonds de commerce si en sont exclus des éléments essentiels tels que la clientèle elle-même ou le droit au bail dans certains types de fonds de commerce (exemple), on peut dire qu'en règle générale on ne peut prétendre vendre un fond de commerce si on en exclut l'élément principal qui retient la clientèle.
- **La cause :** La cause est la réponse à la question « pourquoi ? ». C'est le motif de la vente. Ce motif doit être conforme à l'ordre public. Par exemple il est interdit d'acheter un fond de commerce pour y vendre des logiciels piratés.
- **Le consentement :** Le consentement est la manifestation de la volonté de contracter. C'est l'élément primordial des contrats de ventes des fonds de commerce. En plus de son existence, le consentement ne doit être altéré par aucun vice le rendant inefficace. Ces derniers peuvent résulter de l'erreur, du dol, ou de la violence. Puisque le fonds de commerce est une propriété incorporelle, son évaluation est de plus en plus difficile à cause de l'élément clientèle et achalandage, ainsi l'erreur sur la valeur du fonds est compensée de la part du législateur par une réduction du prix de vente. En cas de dol ou de violence, l'acquéreur peut demander la nullité de la vente.
- **le prix de vente :** Il résulte de la négociation entre les parties il doit être réel et correspondre à la valeur réelle du fonds de commerce. En général on doit fixer un prix pour les éléments incorporels, un prix pour le matériel et outillage et un troisième pour les marchandises.

La dissimulation d'une partie du prix est souvent pratiquée dans la vente des fonds de commerce tant pour diminuer le montant des droits de mutation (transfert de propriété) que pour soustraire une partie du prix aux créanciers du vendeur insolvable.

Dans ce cas, la dissimulation du prix réel rend la contre lettre inopposable aux tiers. Ainsi le vendeur ne pourra pas demander le complément du prix et l'acquéreur qui a payé une partie du prix dissimulée ne peut se le faire restituer.

b- Exécution du contrat :

Obligations de l'acquéreur :

D'abord c'est bien entendu de payer le prix et les frais de la vente.

- **Si le montant a été payé comptant :**

Dans ce cas l'acquéreur doit attendre l'expiration du délai de 15 jours avant de lui verser l'argent. Ceci afin de donner aux créanciers du vendeur l'occasion de former opposition.

(Article 89) (Cette mesure est prise pour la protection des créanciers)

- **Si le prix est payé à terme :**

L'acquéreur peut régler le prix en signant des billets de fonds à échéances successives.

Le privilège du vendeur : C'est la sûreté du paiement de sa créance, ce privilège confère au vendeur un droit de préférence : c'est celui de demander la vente du fonds de commerce aux enchères publiques et être payé en premier avant les autres créanciers, ceci quand le fonds de commerce est toujours entre les mains de l'acquéreur, et un droit de suite : c'est le fait de suivre le fonds de commerce chez n'importe quel acheteur et y exercer le droit de privilège, quand le fonds de commerce passe entre les mains d'un tiers acquéreur.

Il est à noter que bénéficiaire du privilège sur le fonds de commerce suppose son inscription dans les 15 jours de la vente (article 92), en plus ce privilège ne porte pas indifféremment sur tous les éléments du fonds de commerce, l'article 91 du code de commerce organise ce privilège de telle façon qu'il couvre successivement la partie du prix représentative des marchandises, en second lieu sur le matériel et enfin sur les éléments incorporels.

L'extinction du privilège s'opère de deux manières :

- Etant une garantie accessoire à une créance principale, l'extinction de celle-ci par voie de paiement ou autre entraînera l'extinction de la garantie accessoire.

- Le privilège cesse de garantir la créance si l'inscription n'a pas été renouvelée avant l'expiration du délai de 5ans, il est procédé à sa radiation d'office par le greffier.

Remarque : signalons que l'extinction du privilège du vendeur entraînera l'extinction de l'action résolutoire qui ne pourra plus alors être exercée au préjudice des tiers.

L'action résolutoire : L'exercice du privilège par le vendeur aboutit à ce que le fonds soit mis en vente forcée, le vendeur peut donc préférer l'action résolutoire pour redevenir propriétaire du fonds.

L'action résolutoire quand elle aboutit a ses inconvénients. En ce sens que le vendeur sera astreint à redémarrer son fonds de commerce.

C'est pour cela que le vendeur à crédit exige d'autres sûretés tel un cautionnement bancaire ou une hypothèque sur un immeuble appartenant à l'acquéreur.

➤ **Ses conditions :**

- L'action résolutoire doit être mentionnée dans l'inscription du privilège.
- Le vendeur qui entend exercer l'action résolutoire doit le notifier aux autres créanciers inscrits sur le fonds.
- Le tribunal ne peut prononcer la résolution que 30 jours après la notification.

➤ **Ses effets :**

L'effet principal est l'anéantissement rétroactif de la cession. Ce qui implique que le vendeur reprendra la propriété de tous les éléments compris dans la vente résolue.

Obligations du vendeur :

La protection du vendeur des éventuels problèmes liés au paiement, n'exclut cependant pas des obligations du cédant à l'égard de l'acheteur. Tout d'abord la délivrance du fonds

- **Délivrance du fonds :**

Dès la publicité des mutations, le transfert des éléments du fonds à l'acheteur devient une obligation. Le refus de délivrer le fonds autoriserait l'acheteur à agir en justice contre le vendeur pour le contraindre à s'exécuter (par exemple en réclamant l'expulsion du vendeur) ou obtenir la résolution de la vente.

- **Les garanties :**

- ***De l'exactitude des mentions obligatoires :*** Le vendeur est garant envers l'acheteur de l'exactitude des mentions obligatoires portées sur l'acte de vente. Cette garantie ne peut être restreinte ou écartée par une clause du contrat. L'omission des mentions obligatoires peut entraîner la nullité de la vente. La juridiction saisie apprécie librement si l'omission est suffisamment grave pour avoir induit en erreur l'acheteur au moment de la vente, et lui causer ainsi un préjudice. Le cas échéant, il est possible d'engager la responsabilité du conseil juridique (avocat, notaire, etc.) qui a rédigé l'acte de vente.

- ***La garantie d'éviction :*** Elle oblige le vendeur à garantir la jouissance de

l'acheteur contre l'intervention d'un tiers faisant valoir un droit sur le fonds ou un de ses éléments. Dans la cas contraire le vendeur serait amené à payer des indemnités pour le préjudice éventuellement subi par l'acheteur (perte de temps, nécessiter de remonter une affaire...). Si l'acquéreur n'était évincé que de certains éléments du fonds, une simple réduction du prix pourrait être préférée à la résolution totale de la vente selon la gravité de cette éviction partielle.

- **La garantie du fait personnel** : La règle générale oblige le vendeur à ne rien faire qui puisse troubler la jouissance de l'acquéreur en se rétablissant dans des conditions qui risqueraient de détourner une partie de la clientèle par lui cédée.

Pour ce fait les deux parties insèrent souvent une clause de non rétablissement. Cependant cette clause ne peut interdire au vendeur l'exercice de tout autre commerce ce qui serait contraire à la liberté de commerce et d'industrie, mais elle peut limiter cet exercice dans le temps (3ans par exemple) ou dans l'espace (dans un rayon de x kilomètres), voire même interdire l'exercice d'un commerce identique ou similaire. (Référence le Dahir des obligations des contrats).

- **La garantie des vices cachés** : C'est le cas lorsqu'un élément inconnu de l'acheteur lors de la vente se révèle après coup et diminue l'utilité du fonds (le vice caché est de nature à diminuer la clientèle). Par exemple l'existence d'interdictions administratives cachée à l'acheteur et qui rendrait impossible ou difficile l'exploitation du fonds. Ainsi le prix serait réduit ou la vente résolue. (Exemple de la route construite et qui a pour effet la diminution de la clientèle...)

- **Protection des tiers :**

- **Conditions de publicité** : la vente intervient alors que les créanciers du vendeur ont des droits sur le fonds de commerce en garantie du paiement de leur créance. Il en est ainsi du vendeur précédant non encore payé et qui a fait inscrire son privilège, du banquier qui a un nantissement sur le fonds de commerce pour garantie du prêt consenti au vendeur, de la société de crédit bail, etc.

Tous ces créanciers ont avantage à être informés de la cession. Ainsi, la publicité de la vente du fonds de commerce est imposée par la loi pour protéger les créanciers du vendeur, notamment ceux qui ne disposent d'aucune garantie de leur créance, en leur permettant de faire opposition pour empêcher le vendeur de toucher le prix.

- L'acte de vente doit d'abord être enregistré pour avoir date certaine ;
- Il doit ensuite être déposé dans les 15 jours de sa date au Secrétariat-greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé le fonds de commerce.

- L'acte est inscrit sous forme d'extrait au Registre du commerce par le secrétariat-greffe. L'extrait contient la date de l'acte, les noms, les prénoms et domicile de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, le prix stipulé, l'indication du délai pour les oppositions et une élection de domicile dans le ressort du tribunal.
- L'extrait est publié en entier et sans délai par le secrétaire-greffier, aux frais des parties au bulletin officiel et dans un journal d'annonces légales; une seconde insertion a lieu, à la diligence de l'acquéreur, entre le 8ème et 15ème jour après insertion (art. 83)

L'absence ou l'irrégularité de la publicité n'a pas d'influence sur la validité de la vente et le transfert de propriété. Mais elle comporte une sanction très efficace édictée par l'article 89.

En effet, l'acquéreur qui paie son vendeur sans avoir effectué les publications prescrites, ou avant l'expiration du délai de 15 jours ouvert aux créanciers pour faire opposition, n'est pas libéré à l'égard des tiers. Il sera donc obligé de verser une seconde fois le prix de vente.

- **L'opposition :** A la vente d'un fonds de commerce, tout créancier du vendeur peut demander le non versement du produit de la vente au vendeur tant que cette créance n'est pas payé : on dit qu'il forme opposition au paiement du prix.

Cette opposition doit être formée, 15 jours au plus tard après la seconde publication de l'acte de vente.

- **Le droit de surenchères :** Ce droit permet au créancier, ayant fait opposition, de demander la vente publique du fonds avec une remise à prix supérieur de 1/6 du prix de la vente initiale. Le matériel et les marchandises ne sont pas compris. La surenchère se calcule donc, uniquement sur la valeur des éléments incorporels. (art. 94)

Ce droit protège les créanciers contre le concert frauduleux de l'acheteur et du vendeur s'accordant sur un prix très bas, dont le montant est insuffisant pour satisfaire les créanciers.

2- Apport en société d'un fonds de commerce :

Il arrive souvent qu'un fonds de commerce soit apporté en société afin d'assurer le développement de son affaire et limiter sa responsabilité. Il faut signaler que dans la vente et l'apport en société, la propriété est transmise en titre onéreux, cependant

il existe des différences portant sur le mode de rémunération : en effet, la vente suppose le paiement d'un prix alors qu'un apport est rémunéré par l'attribution de parts sociales ou d'actions au profit de l'apporteur.

a- Types d'apport :

Dans tout apport en nature le fonds de commerce peut être porté soit en pleine propriété soit en jouissance.

L'apport en pleine propriété obéira aux règles juridiques qui régissent l'opération de vente du fonds de commerce. Ainsi le droit de propriété et les risques d'exploitation seront transférés à la société et dans le même sens l'apporteur sera tenu de la garantie d'éviction et des vices cachés auxquels la société sera tenue de rémunérer l'opération non par le versement d'une somme d'argent mais par la mise à l'apporteur de titre sociaux qui lui donnent la qualité d'associé.

L'apport en jouissance du fonds de commerce sera soumis à la réglementation de la location-gérance dans ces hypothèses l'associé apporteur recevra du titres sociaux à la place d'un sous forme d'une somme d'argent.

b- L'évaluation de l'apport :

Pour pouvoir attribuer à l'apporteur des parts sociales, le fonds de commerce doit pouvoir être susceptible d'une évaluation pécuniaire. Cela pour éviter aussi toute surévaluation qui léserait les apporteurs en argent. Cette évaluation exige l'intervention de commissaires aux apports qui examinent sous leur responsabilité la valeur des apports en nature effectués par un associé.

Ces commissaires aux apports sont en principe désignés par les associés à l'unanimité dans la S.A.R.L et par le président du tribunal de commerce dans les autres cas. Cette évaluation effectuée par le commissaire est facultative dans la SARL et obligatoire dans la S.A.

Dans tous les cas, l'apport exige l'examen de l'élément déterminant du fond. Ainsi si c'est le droit au bail qui est l'élément essentiel du fonds de commerce deux cas sont possibles :

- Le propriétaire du fonds de commerce est le propriétaire du local alors dans ce cas, il fait deux apports : l'apport du fonds de commerce et l'apport d'un bail concédé à la société.

- Le propriétaire n'est pas propriétaire du local alors l'apport est déjà constitué avec un droit au bail, bien entendu s'il existe juridiquement.

c- Les conditions juridiques :

La publicité légale :

L'acte qui constate l'apport doit contenir les mêmes mentions que l'acte de vente (Art. 81), pour protéger les autres associés. Les sanctions sont identiques à celles qui frappent les ventes irrégulières de fonds de commerce (Art. 82). Ainsi, toutes les règles édictées en faveur des acheteurs de fonds de commerce sont applicables ici.

L'apport d'un fonds de commerce à une société doit être publié dans les conditions de la vente (Art. 83).

L'extrait de l'acte doit être publié au Bulletin Officiel et dans un journal d'annonces légales, publicité qui doit être renouvelée par l'acquéreur entre le huitième et le quinzième jour de la première insertion.

L'option des associés :

Les associés ont une option en application de l'Article 105. Ils peuvent accepter ou refuser la reprise du passif déclaré. Ils ont trente jours pour se prononcer. S'ils ne disent rien, la société sera tenue solidairement avec l'apporteur pour les créances civiles et commerciales.

Aussi les associés peuvent former dans le délai des trente jours qui suivent la seconde insertion, une demande d'annulation de l'apport (s'il a été fait à une société déjà constituée) ou de la société (si le fonds est apporté à une société qui se constitue).

Si la satisfaction leur est donnée, la dette demeure alors personnelle au propriétaire du fonds de commerce. Mais dans le cas de la société qui se constitue par l'apport l'annulation est difficile à obtenir car la société devient débiteur solidaire d'où il conviendrait de désintéresser les créanciers avant de constituer la société, surtout lorsqu'il n'y a pas de commissaire aux apports.

Dans le cas d'un apport à une société unipersonnelle, il y a moins de danger pour le créancier de l'apporteur. Tout créancier non inscrit de l'apporteur peut déclarer sa créance pendant les quinze jours après la seconde publicité faite par le commerçant acquéreur, la société est donc tenue nécessairement et de manière solidaire du passif qui a été déclaré.

3- Nantissement du fonds de commerce :

Le nantissement d'un fonds de commerce accorde au créancier inscrit au rang préférentiel par rapport aux autres créanciers sur la valeur du bien nanti lors de sa mise en vente au titre des créances gratuites

L'acte de nantissement confère donc un privilège au créancier gagiste sans pour autant que ce droit n'emporte une dépossession du débiteur du fonds en question.

Le débiteur continue d'exploiter le fonds de commerce, le créancier dispose d'un droit de préférence et d'un droit de suite d'où l'obligation de l'informer des changements juridiques affectant le fonds.

Les éléments susceptibles d'être compris dans le nantissement sont :

- Le nom commercial
- L'enseigne
- Le droit au bail
- Le mobilier commercial
- Le matériel et outillage
- Les brevets d'invention
- Les licences
- Les marques de fabrique, de commerce et de service
- Les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés

A défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue que le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

a- Publicité :

Le nantissement doit être constitué par un acte écrit, cet acte peut être authentique ou sous seing privé

L'acte doit être inscrit dans les 15 jours de sa date au registre de commerce. Cette inscription doit être prise à la diligence du créancier gagiste. Cette inscription n'est pas soumise à une publication dans les journaux.

En cas de déplacement de fonds, l'article 111 du code de commerce dispose que les créances inscrites deviendront de plein droit exigibles, si le propriétaire du fonds de commerce n'a pas fait connaître aux créanciers inscrits 15 jours au moins à l'avance, son intention de déplacer le fonds et le nouveau siège qu'il entend lui donner

Le vendeur ou le créancier gagiste doit, dans les 15 jours qui suivent la notification du déplacement du fonds de commerce, faire mentionner en marge de l'inscription existante, le nouveau siège du fonds et, si le fonds a été transféré dans un autre ressort, faire reporter à sa date l'inscription primitive avec l'indication du nouveau siège sur le registre du tribunal de ce ressort.

Remarque :

- En cas d'omission de ces formalités, les créanciers peuvent être déchus de leur privilège s'il est établi que par leur négligence un préjudice en a résulté pour les tiers.

- Le déplacement du fonds de commerce sans le consentement du vendeur ou du créancier gagiste peut, s'il en résulte une dépréciation du fonds, rendre leurs créances exigibles.

b- Résiliation du bail :

Le propriétaire qui poursuit la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel est exploité un fonds de commerce grevé d'inscriptions, doit notifier sa demande aux créanciers antérieurement inscrits au domicile par eux élu dans leurs inscriptions.

Le jugement ne peut intervenir que 30 jours après la notification

La résiliation amiable de bail ne devient définitive que 30 jours après la date de la notification qui en a été faite aux créanciers inscrits au domicile élu

A défaut de notification, les créanciers peuvent agir en dommages et intérêts contre le bailleur et faire tierce opposition contre la décision ordonnant la résiliation du bail

c- Droit des créanciers :

Droit de préférence :

C'est le droit pour les créanciers gagistes, d'être payé, chacun selon son rang par préférence, et avant les créanciers chirographaires, c'est-à-dire ceux ne disposant d'aucune sûreté réelle.

Cependant le créancier nanti qui met en vente le fond grevé, pour défaut de paiement de la créance doit retenir compte de toutes les créances inscrites sur le fonds

Droit de suite :

C'est le droit pour le créancier gagiste de saisir le bien grevé alors même qu'il a été vendu et appartient à une autre personne que le débiteur; les créanciers ont donc la possibilité de faire vendre le fonds saisi judiciairement pour se payer le prix.

d- La vente forcée du fonds en nantissement :

Le vendeur et le créancier gagiste inscrits sur un fonds de commerce peuvent également faire ordonner la vente du fonds qui constitue leur gage, huit jours après sommation de payer, faite au débiteur et au tiers détenteur, s'il y a lieu, demeurée infructueuse.

La demande est portée devant le tribunal dans le ressort duquel est exploité ledit fonds. Le tribunal statue conformément aux dispositions des deux derniers alinéas de l'article précédent.

Dès que le tribunal a rendu son jugement ou, en cas d'appel, dès que la cour a statué, la décision ordonnant la vente est notifiée par le secrétaire greffier à la partie contre laquelle cette décision a été prise, et en outre par le poursuivant, aux précédents vendeurs .

Cette décision est notifiée dans les conditions fixées par le code de procédure civile.

Le secrétaire greffier procède en même temps à la publicité légale et ce, aux frais avancés du poursuivant.

L'avis de la mise en enchère indique la date d'ouverture et la durée des enchères, le dépôt des pièces au secrétariat greffe et énonce les conditions de vente.

L'avis de la mise aux enchères est placardé à la porte principale de l'immeuble où le fonds de commerce est situé.

Cet avis est en outre inséré dans un journal d'annonce légale.

IV- Le droit au bail :

Il arrive que le commerçant loue un local pour exercer son commerce il passe un contrat de location ou contrat de bail avec le propriétaire d'un immeuble.

Dans la pratique le droit au bail est connu sous le nom de « pas de porte ».

On désigne parfois l'ensemble de droits du locataire commerçant sous le nom de « propriété commerciale ». Mais cette dénomination est impropre : le commerçant n'a en effet aucun droit réel qui corresponde à une propriété ; il n'y a que des droits résultant d'un contrat en raison du caractère commercial de ce contrat.

Le bail ouvrant droit à la propriété commerciale est le bail d'exploitation d'un fonds de commerce, encore faut-il que cette exploitation soit effective.

Ainsi l'attribution de la propriété commerciale ne saurait s'induire d'un simple maintien d'une inscription au registre de commerce, sauf cas exceptionnel comme par exemple l'arrêt de l'exploitation dû à des travaux d'entretien ou de modernisation des locaux.

Le droit au bail porte sur les immeubles ou les locaux dans lesquels un fonds de commerce est exploité.

Est exclu du contrat de bail commercial :

- Les conventions de longues durées, c'est le cas notamment des baux emphytéotiques qui sont contractés pour une durée supérieure à 18ans est pouvant atteindre 99 ans.
- Les conventions de courtes durées (inférieures à deux ans).
- Le crédit bail immobilier qui assimilé à une opération de crédit.
- Les conventions portant sur les terrains nus
- Les baux contractés sur des locaux accessoires, à usage d'entrepôt ou de garage.

Remarque : il en va différemment pour :

- Les terrains nus sur lesquels des constructions à usage industriel, commercial ou artisanal ont été édifiés et ce avec le consentement du propriétaire
- Les locaux accessoires indispensables à l'exploitation du fonds
- Les immeubles ou locaux occupés par des établissements d'enseignement privés ou publics. L'exercice de droit de propriété commerciale (le renouvellement du bail) :
- Le renouvellement du droit au bail ne s'opère pas du plein droit. Une demande doit être formulée et il faut que l'une des parties prenne l'initiative de provoquer l'expiration du contrat. Cette initiative peut être le fait du :
- Locataire désire avoir un nouveau bail écrit : il doit alors faire une demande de renouvellement soit dans les 6 mois avant l'expiration du contrat, soit à tout moment après l'expiration du contrat
- Propriétaire qui entend mettre fin au bail en précisant les motifs pour lesquels il est donné.

Remarque :

Si aucune partie ne se manifeste pour provoquer l'expiration du bail, soit le bailleur en donnant congé, soit le locataire en formulant une demande de renouvellement du bail, le bail se poursuit au-delà du terme pour une durée indéterminée.

1- Le renouvellement du bail

Deux cas alors se présentent suite à l'engagement de la procédure de renouvellement, le bailleur peut accepter de renouveler le droit au bail comme il peut bien refuser.

a- Acceptation du renouvellement :

Si dans un délai de 3 mois de la notification de la demande de renouvellement du locataire, le bailleur ne fait pas connaître au locataire son refus ou les causes de ce

refus, il est censé avoir accepté le principe du renouvellement aux clauses et conditions du bail précédent.

Le bailleur peut également accepter le renouvellement de son plein gré mais poser de nouvelles conditions que le locataire serait amené à contester. Si les parties ne se mettent pas d'accord sur les conditions du nouveau bail, le locataire doit porter sa contestation devant le tribunal de la situation de l'immeuble dans les 30 jours à compter de la réception de la réponse du propriétaire.

Remarque : pendant la durée de l'instance, le locataire paie les loyers au prix ancien ou à un prix fixé par le juge.

La décision du juge oblige les parties à passer un nouveau bail aux conditions fixées judiciairement dans le délai de 30 jours qui suit la notification de la décision, à moins que le locataire ne renonce au renouvellement ou que le bailleur n'oppose au renouvellement un refus.

La durée du nouveau bail est égale à celle prévue dans le contrat expiré sans pouvoir être supérieure à cinq années, sauf si les parties s'accordent sur durée plus longue.

Dans le cas d'un bail à durée indéterminée, la durée du nouveau bail ne peut être supérieur à trois années.

Si le désaccord entre les deux parties porte sur le montant du loyer renouvelé, ce loyer devrait correspondre à la valeur locative équitable qui est déterminée par le juge

b- Refus de renouvellement :

Le refus de renouvellement peut être communiqué au locataire suite à la demande de renouvellement qu'il a formulé ou bien même être contenu dans le congé que le bailleur délivre au locataire.

L'acte de refus doit comprendre les motifs qui ont poussés le bailleur a refusé le renouvellement du bail. Le défaut de la communication de ces motifs empêcherait le bailleur d'opposer à son locataire la forclusion. En effet le bailleur ne pourra plus échapper au paiement de l'indemnité d'éviction

Ainsi le droit au renouvellement qui est le fondement de la notion de propriété commerciale n'est que le droit d'être indemnisé au cas ou le refus n'est pas motivé par le bailleur.

Le locataire qui conteste les motifs avancés par le bailleur de son refus de renouvellement ou les locataires qui réclament le paiement de l'indemnité d'éviction

doit saisir le président du tribunal de première instance au lieu de l'immeuble statuant en référé, dans un délai de 30 jours à compter de la réception du congé ou du refus de renouvellement

L'indemnité d'éviction devrait être fixée en tenant compte de la perte que le locataire aura à subir ou du manque à gagner qu'il va supporter au non renouvellement du bail.

Remarque : le locataire n'est obligé de quitter les lieux tant qu'il n'a pas reçu le montant correspondant à l'indemnité d'éviction.

Le bailleur serait dans la possibilité de refuser le renouvellement du bail sans qu'il verse une indemnité d'éviction et ce pour les causes suivantes :

- L'existence d'un motif grave ou légitime (exemple : dispute violente, défaut d'exploitation du fonds, transformation des lieux sans autorisation du bailleur)
- L'insalubrité de l'immeuble : nécessitant des travaux de démolition totale ou partielle et qui ne peut être occupé sans danger
- La reprise des locaux pour reconstruire l'immeuble
- La reprise en vue de l'habitation personnelle.

2- Le loyer commercial

a- Fixation du loyer initiale :

Au moment de la conclusion du contrat de bail ; les parties contractantes sont libres de fixer de montant du loyer lequel ils sont d'accord.

La révision du loyer peut se faire pendant l'exécution du bail commercial cette révision peut être légale ou conventionnelle :

b- Révision légale :

Cette révision ne peut intervenir que tous les trois ans et sauf accord des parties c'est au président du tribunal instance que revient de fixer le loyer révisé.

Le calcul du loyer révisé tient compte de nombreux éléments :

- Les caractéristiques du local : (superficie, état des locaux)
- La surface des locaux annexes
- L'emplacement du local
- La nature de l'exploitation

c- Révision conventionnelle :

Les parties peuvent, par une clause dans le contrat de bail ; prévoir le loyer commercial

Conclusion