



Université Hassan II Casablanca  
جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء

## **Imane HILANI**

Professeur à la Faculté de Droit de Casablanca

# **Cours**

## **De Droit Commercial**

A l'usage des étudiants de l'ensemble 1  
(Semestre 4)

# CHAPITRE III : LE FONDS DE COMMERCE

Les commerçants pour exercer leurs activités vont acquérir des biens, des droits dans la perspective d'attirer une clientèle. Tous ces droits sont regroupés au sein de la notion abstraite de fonds de commerce.

L'art 79 du code de commerce dispose que: "**le fonds de commerce est un bien meuble incorporel constitué par l'ensemble de biens mobiliers affectés à l'exercice d'une ou plusieurs activités commerciales**".

On peut le définir aussi comme l'ensemble d'éléments corporels et incorporels placés au service de l'activité d'un commerçant.

## SECTION I : LES ELEMENTS DU FONDS DE COMMERCE

Nous examinerons, d'abord, les éléments du F.C., ensuite nous évaluerons les contrats qui portent sur le F.C. pour clore avec les règles destinées à le protéger.

### I- LES ELEMENTS CORPORELS

#### 1- Les marchandises

Ce sont tous les meubles corporels destinés à être vendus. Les marchandises constituent l'élément le moins stable du fonds.

Deux particularités caractérisent le statut des marchandises:

- En cas de cession du fonds, elles font l'objet d'une évaluation distincte.
- En cas de nantissement du fonds, elles en sont toujours exclues.

#### 2- Le matériel et l'outillage

Ce sont des biens qui servent à l'exploitation du fonds et qui ne sont pas destinés à être vendus.

Au point de vue économique et comptable, le matériel entre comme les immeubles dans le capital fixe de l'entreprise.

Mais sur le plan juridique; le matériel entre par sa nature dans la catégorie des meubles. Il n'en est autrement que dans le cas où le matériel devient immeuble par destination.

C'est le cas lorsque l'immeuble et le matériel appartiennent au même propriétaire, et que le matériel est affecté à l'immeuble auquel il suivra le sort de l'immeuble principal, et peut notamment être hypothqué avec lui.

Il faut noter cependant que ces éléments corporels n'ont pas toujours une importance dans un F.C., par conséquent, bien que ces éléments corporels fassent partie du F.C., l'acquéreur du F.C. peut parfaitement se passer du matériel, outillage et mobilier anciens.

Par ailleurs, il existe bien des F.C. qui n'ont pas de marchandises tels que les fonds des courtiers et agents d'affaires.

Il reste que, ce sont les éléments incorporels qui confèrent son importance au F.C.

### II- LES ELEMENTS INCORPORELS

Ce sont les éléments les plus divers du F.C. et les plus importants.

Il s'agit de l'ensemble des éléments non matériels du fonds de commerce prévus par l'article 80 du code, ils comprennent la clientèle et l'achalandage, le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique, de commerce et de service, les dessins et modèles industriels

et tous droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui s'attachent à l'exploitation du fonds. La clientèle et l'achalandage sont des éléments obligatoires. La présence des autres éléments varient selon la nature du fonds.

## A/Les éléments incorporels ordinaires

### 1- Clientèle et achalandage

**La clientèle** est l'élément le plus important du F.C. ; d'ailleurs, en vertu de l'art. 80 du code de commerce, la clientèle est devenue un élément obligatoire du F.C. Ce dernier ne peut exister sans la clientèle.

La clientèle est constituée de l'ensemble des personnes qui fréquentent de manière habituelle le commerce. La fréquentation continue et répétée constitue le fondement de l'existence de la clientèle. Ce qui lui procure par ailleurs une valeur inestimable par rapport aux autres éléments.

**L'achalandage** représente les personnes qui font appel aux services du commerce de manière occasionnelle. Il n'y a pas forcément répétition ou continuité dans la fréquentation. C'est la renommée ou la situation géographique du commerce qui sont généralement déterminantes à ce niveau. C'est le cas par exemple des commerces qui font partie d'une chaîne internationale (*Carrefour, Pizza hut ...*), ou ceux qui bénéficient d'un emplacement stratégique pour l'activité commerciale (*lieux touristiques, proximité des gares...*).

La clientèle en tant qu'élément du fonds est une clientèle commerciale. Autrement dit, la relation entre la personne et le commerçant doit reposer sur l'échange d'un bien dans le cadre d'un rapport de commerce.

La clientèle commerciale doit également fréquenter le commerce en raison de la qualité de son produit ou des qualités personnelles du commerçant. Ce qui n'est pas le cas quand il s'agit par exemple de vendre le produit d'une marque dans le cadre d'une chaîne de distribution.

### 2- Nom commercial

C'est l'appellation sous laquelle le commerçant, personne physique ou morale, exerce son activité. Elle permet de distinguer et de spécifier le commerce. Généralement, il s'agit d'un nom créé qui permet d'attirer la clientèle.

L'article 42 du code de commerce cite parmi les mentions à indiquer dans la déclaration d'immatriculation "... *le nom sous lequel il (le commerçant) exerce le commerce et, s'il y a lieu, son surnom ou son pseudonyme...*" *L'inscription du nom commercial dans le registre du commerce vaut protection juridique contre toute usurpation ou concurrence déloyale. Celle-ci a par ailleurs été relevée même si les commerçants opèrent dans des secteurs différents. La Cour d'appel de Casablanca avait déjà en 1984 estimé qu'il y a concurrence déloyale du fait d'utiliser le même nom même si les activités exercées ne sont pas de la même nature".*

Pour les personnes morales, l'utilisation d'une dénomination ou raison sociale est subordonnée à la délivrance d'un certificat négatif de la part des services du registre central.

### 3- Enseigne

L'enseigne est souvent constituée d'une inscription, d'une forme ou d'une image apposée sur l'immeuble et se rapportant à l'activité. C'est en fait un moyen d'individualisation de l'établissement où le fonds est exploité. Généralement, elle prend la forme d'un emblème, ou d'une dénomination de fantaisie.

L'enseigne est différente de la marque. Celle-ci fait partie des droits de la propriété industrielle, ce qui lui procure une protection spéciale aussi bien au niveau national qu'international. L'enseigne permet de spécifier le commerce, alors que la marque concerne plutôt le produit. La marque permet de distinguer et de particulariser un produit. Il peut donc y avoir plusieurs marques dans le même commerce, alors que celui-ci n'aura en principe qu'une seule enseigne.

### 4- Droit au bail

Habituellement, le commerçant n'est pas propriétaire du local ou de l'immeuble où il exerce son activité ou exploite son fonds. Il occupe donc le fonds en exécution d'un contrat de bail. Les conditions pour considérer le droit au bail comme élément du fonds de commerce ont été prévues par la loi n°49-16 relative aux baux d'immeubles ou de locaux à usage commercial industriel et artisanal publié au BO du 11 août 2016.

Le droit au bail est un des éléments les plus importants du fonds. Son importance se situe à deux niveaux:

- la possibilité de continuer à occuper le local : prolonger le contrat de bail et donc pouvoir maintenir la clientèle.

- la possibilité de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce, ou dans le cas où le propriétaire utilise son fonds pour une autre transaction (ex : utilisation du fonds comme apport dans une société).

La loi 49-16 a institué en faveur des commerçants un véritable droit au renouvellement du bail, et à défaut une indemnité d'éviction, pour les protéger contre les prétentions du bailleur.

Deux conditions sont exigées : existence d'un contrat de bail (a), et le locataire doit être propriétaire d'un fonds de commerce, d'industrie ou d'artisanat (b).

### a. L'existence d'un contrat de bail

L'article 3 de la loi 49-16 précise que « les baux d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal doivent être conclus **par écrit ayant date certaine**. Lors de la remise du local, **un état descriptif des lieux** doit être établi, pour servir de preuve entre les parties ».

**Le droit à renouvellement du bail** ne peut être invoqué que lorsque le locataire justifie d'une jouissance consécutive du local d'au moins deux années.

**Le locataire sera dispensé de la condition de durée s'il a payé une somme d'argent en contrepartie du droit au bail.** Ladite somme sera mentionnée soit dans le contrat soit dans un acte distinct.

### b. Exploitation d'un fonds de commerce

Le bénéfice de l'application de cette loi est subordonné à l'exploitation dans les biens loués d'un fonds de commerce. Le statut des baux commerciaux a été institué pour protéger en premier lieu le fonds de commerce, donc la clientèle.

### c. Contenu de la loi 49-16

Le louage est un **contrat synallagmatique** qui fait naître des droits au profit du locataire en lui imposant certaines obligations.

#### ↳ LES DROITS DU LOCATAIRE

**- Droit de jouissance :** le locataire commerçant a le droit de jouir des locaux qui font l'objet du bail. Il s'agit du principal droit que le bail confère au locataire.

Le locataire est tenu de respecter les termes du contrat en utilisant le local pour l'activité prévue. Le propriétaire est avantagé en cas de contestation.

**- Cession du bail :** Il s'agit du contrat par lequel le teneur du bail transmet les droits et les obligations qui y sont attachés à un tiers.

- La cession du bail : est liée à l'acquisition du fonds. Le bailleur peut s'opposer à la cession si le cessionnaire n'acquiert pas le fonds, le cas notamment où il exercerait une activité différente de celle du cédant, la cession régulière du bail transfère au cessionnaire tous les droits et les obligations découlant du contrat de location

**Sous-location** c'est l'acte par lequel le titulaire d'un bail consent à un tiers un bail différent sur tout ou partie des lieux dont il est lui-même locataire. Il s'agit de la superposition d'un second bail au premier (la cession réalise un transfert de contrat).

Le locataire peut sous louer au tiers tout ou une partie du local, sauf stipulation contraire, et relation demeure alors entre le bailleur et le locataire principal.

Cette sous location ne produira aucun effet envers le bailleur :

- qu'à partir de la date de la notification.
- le locataire principal et le sous locataire demeurent solidaires envers le bailleur dans toutes les obligations stipulées dans le bail principal.
- Lorsque la valeur de la sous location dépasse celle du bail principal, le bailleur a droit à la révision du loyer à l'amiable ou par voie judiciaire.

**- Droit au renouvellement du bail :** A l'expiration du bail, le locataire a droit, soit au renouvellement de celui-ci, soit à une indemnité<sup>1</sup> représentant le dommage qu'il a subi. Le commerçant a de ce fait la possibilité de monnayer son départ.

Le droit à renouvellement ne peut être invoqué que par les locataires, leurs cessionnaires ou ayant-droits qui justifient d'une exploitation personnelle ou par l'intermédiaire de leur préposé d'une jouissance consécutive de deux années en vertu d'un ou plusieurs baux écrits successifs.

**Une indemnité d'éviction** est octroyée au locataire en cas de refus de renouvellement du bail commercial et est fixée soigneusement par le législateur, la dite indemnité doit être égale au préjudice subi par le locataire du fait de l'éviction.

L'indemnité comprend la valeur du fonds de commerce estimée sur la base des déclarations fiscales au titre des quatre derniers exercices, en sus des dépenses occasionnées par les travaux de rénovation et de restauration ainsi que des éléments du FC perdus par le locataire, elle comprend également les frais de déménagement. Mais le bailleur ne sera pas tenu à payer cette indemnité d'éviction dans les cas énumérés par l'article 8 de loi 49-16 (défaut du paiement du loyer, etc....)<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> L'art 26 de la loi 49-16 relative aux baux commerciaux dispose que : **Le bailleur qui entend mettre fin au bail, doit adresser au locataire un congé exposant obligatoirement le motif et lui accorder un délai d'éviction qui court à partir de la date de réception.** Ledit délai est fixé à : quinze (15) jours lorsque la requête est basée sur le défaut de paiement des loyers ou sur le fait que le local est menaçant ruine ; trois (3) mois lorsque la requête est basée sur une volonté de reprendre le local pour usage personnel, pour démolition et reconstruction, pour extension ou surélévation ou pour un motif sérieux relatif à l'inobservation par le locataire des clauses du bail. Lorsque le locataire n'a pas donné suite au congé qui lui a été adressé, le bailleur peut recourir à l'instance judiciaire compétente pour sa validation, et ce à partir de la date de l'expiration du délai prescrit.

<sup>2</sup> L'article 8 de la loi 49-16 dispose que : "Le bailleur n'est tenu au paiement d'aucune indemnité au locataire pour éviction dans les cas suivants :

- lorsque le locataire n'a pas payé de loyer dans un délai de quinze (15) jours après réception de la mise en demeure, et que le montant du loyer dû équivaut au moins à trois mois ;
- lorsque le locataire introduit, sans consentement du bailleur, une transformation dans le local de nature à porter préjudice au bâtiment et à sa sécurité ;
- lorsque le locataire change l'activité de son fonds de commerce sans consentement du propriétaire, à moins que le locataire fasse connaître son intention de la remettre à l'état initial dans les trois mois ; - lorsque le local menace ruine, à moins que le locataire prouve la responsabilité du bailleur de ne pas avoir entrepris les travaux d'entretien dont il est chargé par un commun accord ou en vertu de la loi, en dépit de sa mise en demeure ;
- lorsque le local objet du bail est tombé en ruine du fait du locataire, d'une force majeure ou d'un cas fortuit ; - si le locataire procède à la sous-location du local en infraction du contrat de bail;
- lorsque le fonds de commerce perd sa clientèle et son achalandage suite à la fermeture du local pendant deux années au moins ".

## **Droit de reprise - droit de priorité**

Afin de garantir au locataire son droit de retour, la loi a organisé les différents cas et modalités d'exercice du droit de reprise :

Parmi ces cas on peut citer : la démolition et la reconstruction, La rénovation des locaux menaçant de ruine ; l'extension ou surélévation du local etc.....

Si le renouvellement du bail est refusé pour cause de démolition ou de construction, le locataire évincé a un droit de priorité sur l'immeuble nouvellement construit

Lorsque l'immeuble reconstruit ne permet pas la réinstallation à tous les locataires, le droit de priorité est accordé au locataire le plus ancien ayant exprimé son intention de renouvellement.

## **↳ LES OBLIGATIONS DU LOCATAIRE**

**-Paiement des loyers :** le loyer est librement fixé par les parties, les dispositions de la loi 07-03 relative à la révision du montant du loyer des locaux à usage d'habitation ou à usage professionnel, commercial, industriel ou artisanal s'appliquent à défaut de stipulations contractuelles.

**Une révision légale du loyer** n'est pas automatique et doit être demandée par le locataire ou le bailleur.

L'art 2 de la loi 07-03 relative à la révision du loyer dispose expressément que : « Il ne peut être connue d'augmenter le montant du loyer pendant une période inférieure à **trois ans** courant à compter de la date de conclusion du contrat de bail ou de la date de la dernière révision judiciale ou conventionnelle, ni de convenir d'une augmentation supérieure aux taux fixés par la présente loi.

L'art 3 de cette même loi rajoute que le taux d'augmentation du montant du loyer est fixé ainsi :

**8% pour locaux à usage d'habitation**

**10% pour les autres locaux**

**-Le pas-de-porte :** au moment de la conclusion du bail, le propriétaire exige souvent le paiement immédiat d'une somme appelée « pas-de-porte » considérée comme une compensation pour le renouvellement du bail.

## **B/ Les éléments incorporels extraordinaire**

Aux éléments incorporels ordinaires viennent parfois s'ajouter d'autres éléments satellites qui donnent à leur titulaire des droits exclusifs qui sont des monopoles d'exploitation.

### **1) Le droit de propriété littéraire et artistique**

L'auteur d'une œuvre a un droit de propriété sur ce qu'il crée du simple fait de sa création. On distingue :

- Droit moral : possibilité de disposer de l'œuvre (ex. retrait)

- Droits pécuniaires : ils reviennent de droit à l'auteur et s'étendent aux héritiers pour une période de 50 ans avant de tomber dans le domaine public.

### **2) Le droit de propriété industrielle**

Ce sont des biens qui procurent à leur propriétaire un monopole d'exploitation ou d'utilisation : brevets, marques, dessins et modèles. Grâce à ces monopoles le commerçant attire et retient la clientèle Ces droits deviennent des éléments du fonds de commerce mais ils peuvent en être détachés.

#### **➤ La marque**

Une marque est un signe distinctif qui indique que des produits ou services sont produits ou fournis par une certaine personne physique ou morale. Elle peut être une marque de fabrique<sup>3</sup>, de commerce<sup>4</sup> ou de service<sup>5</sup>. Elle est protégée pour une durée de 10 ans indéfiniment renouvelable.

La marque peut prendre les formes les plus variées: nom patronymique ou nom de fantaisie, chiffres, lettres, dessin ou combinaison de couleurs. Elle doit obligatoirement être associée à des produits ou services à désigner explicitement dans le dépôt.

Le droit à la marque s'acquiert par l'enregistrement à l'OMPIC qui délivre un certificat d'enregistrement de marque de fabrique de commerce et de service. La marque offre une **protection** à son propriétaire, en lui donnant le **droit exclusif** d'utiliser la marque pour désigner des produits ou des services ou d'autoriser un tiers à le faire.

### ➤ **Le brevet**

Une invention est **une idée nouvelle** qui permet dans la pratique de résoudre un problème précis d'ordre **technique**. Elle peut se rapporter à un produit, un dispositif ou un procédé.

Le brevet d'invention peut être défini comme étant un titre de propriété industrielle qui confère à son titulaire **un droit exclusif temporaire d'exploitation de l'invention dont il est l'objet**. Cette exclusivité d'exploitation est assurée à l'inventeur pendant une période limitée à 20 ans. Toutefois la contrepartie de ce monopole accordé par le législateur à l'inventeur est l'obligation pour ce dernier de divulguer son invention. Le terme "brevet" désigne également le document technique dans lequel l'invention est décrite.

Pour obtenir un brevet, il faut en faire la demande auprès de l'Office marocain de la propriété industrielle et commerciale de Casablanca qui le délivre avec un numéro et une date inscrits au registre national des brevets. L'OMPIC procède à la publication d'un catalogue officiel des brevets d'invention délivrés.

### ➤ **Les dessins / modèles industriels**

**Le dessin industriel** est tout assemblage de lignes ou de couleurs

**Le modèle industriel** est toute forme plastique associée ou non à des lignes ou des couleurs, pourvu que cette assemblage ou cette forme donne une apparence spéciale à un produit industriel ou artisanal.

Le dessin et modèle industriel s'applique aux produits les plus divers de l'industrie et de l'artisanat: montres, bijoux, objets ménagers, appareils électriques, véhicules, motifs textiles, etc.

Les dessins et modèles sont protégés selon, cette loi. Pendant 5 ans renouvelables deux fois.

## 3) **Les licences**

L'art. 80 parle des licences, mais il s'agit aussi des autorisations et des agréments. Elles sont accordées par les autorités administratives concernées pour l'exploitation de certains F.C., suivant le domaine d'activité : tourisme, transport, hôtellerie, restauration, cinéma, vidéo, boissons alcooliques...

# C/ LES ELEMENTS EXCLUS DU FONDS DE COMMERCE

## 1. Les créances et les dettes

<sup>3</sup>La marque de fabrique est apposée par un fabricant aussi bien sur un produit intermédiaire que sur un produit fini.

<sup>4</sup> La marque de commerce est celle qu'un commerçant appose sur des produits qu'il met en vente

<sup>5</sup> La marque de service est utilisée pour désigner des services qu'offre l'entreprise (hôtelier, traiteur, transporteur)

Elles ne deviennent pas nécessairement un élément du fonds. Elles obligent celui qui a contracté et non le fonds (entités juridiques distinctes).

## 2. Les livres de commerce et autres documents comptables

Ils sont la propriété du vendeur qui doit les conserver pendant 10 ans, ainsi que les pièces justificatives. L'acquéreur du fonds peut néanmoins y avoir accès pour les informations des 3 dernières années.

## 3. Les contrats et marchés

Il s'agit des contrats conclus avec les fournisseurs ou avec les clients. En principe, ils ne sont pas cédés avec le fonds, sauf si une convention ou une clause a prévu le contraire. L'acquéreur du fonds est néanmoins lié par les contrats de travail conclus par le cédant. C'est également le cas pour les contrats d'assurance qui suivent la chose assurée.

## 4. Les immeubles

La spécificité du fonds de commerce en tant que **bien meuble** exclut l'immeuble.

# SECTION 2 : LES OPERATIONS RELATIVES AU FONDS DE COMMERCE

Le fonds de commerce est un bien. Comme tout élément actif du patrimoine il peut faire l'objet de nombreuses opérations.

Nous retiendrons parmi elles, les plus spécifiques et les plus courantes : **la vente (§I), l'apport en société (§II), le nantissement (§III), et la location gérance (§IV)**.

## I) LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE

La vente du fonds de commerce n'est pas une opération évidente, comparée à celle portant sur une chose corporelle immobilière ou mobilière. La nature des éléments le composant et plus particulièrement la clientèle, rend l'initiative assez complexe.

### A) Les conditions de validité de la vente du fonds

La vente du fonds est soumise à des conditions de fond, de forme et de publicité.

#### a) Conditions de fond

La vente de fonds de commerce est soumise aux conditions générales de validité des contrats et aux exigences propres au contrat de vente. En conséquence:

- **Le consentement** doit être existant et non vicié par la violence, le dol ou l'erreur.

- Les parties doivent avoir **la capacité commerciale**.

- **L'objet** de la vente doit obligatoirement porter sur les éléments incorporels susceptibles d'attirer la clientèle. Facultativement, la cession peut porter sur tout ou partie des éléments corporels ou incorporels.

- **La cause** doit exister et être licite.

**Enfin le prix** : Le prix est la contrepartie de la cession. Ce prix doit être réel et sérieux. Un prix dérisoire dissimule généralement soit une atteinte au droit des créanciers, soit une fraude fiscale pour éviter les droits de mutation.

#### b) Les conditions de forme

##### 1. Les exigences formelles

Quant aux conditions de forme, et afin de protéger l'acquéreur, l'article 81 du code de commerce impose **la rédaction d'un écrit**

**Mais l'écrit ne doit pas prendre obligatoirement la forme authentique, il peut être seulement sous seing privé.**

En outre l'acte constatant la cession du fonds doit contenir un certain nombre de mentions obligatoires:

- Le nom du vendeur.
- La date et la nature de son acte d'acquisition.
- Le prix de l'acquisition en spécifiant distinctement les prix des éléments incorporels, des marchandises et du matériel.
- L'état des inscriptions des priviléges et nantissement grevant les fonds.
- S'il y a lieu, le bail, sa date, sa durée, le montant du loyer actuel, le nom et adresse du bailleur.
- L'origine de la propriété du fonds.

## **2-Les sanctions des exigences formelles**

- Lorsque l'une des mentions prescrites par la loi ne figure pas dans l'acte de vente, l'acquéreur peut demander l'annulation du contrat si l'absence de cette mention lui a porté préjudice.

- Lorsque les mentions figurant à l'acte sont inexactes, l'acheteur peut demander l'annulation du contrat ou la réduction du prix si cette inexactitude lui a porté préjudice.

Dans les deux cas, l'action doit être intentée dans un délai maximum d'un an à compter de la date de l'acte de vente.

## **3- Conditions de publicité**

Les conditions de publicité visent principalement à renseigner les créanciers du cédant. après enregistrement, une expédition de l'acte doit être, dans les quinze jours de sa date, déposée au secrétariat-greffier du tribunal dans le ressort duquel est exploité le fonds ou le principal établissement si la vente comprend des succursales.

L'acte est inscrit sous forme d'extrait au RC. Celui-ci doit contenir certains renseignements sur les contractants, le prix de la vente et la nature et le siège du fonds.

Le secrétaire-greffier est tenu de publier l'extrait inscrit au RC en entier, sans délai et aux frais des parties au bulletin officiel et dans un journal d'annonces légales. « *Cette publication est renouvelée à la diligence de l'acquéreur entre le huitième et le quinzième jours après la première insertion* ».

# **A- LES EFFETS DE LA VENTE**

## **a / LES EFFETS DE LA VENTE A L'EGARD DES PARTIES**

### **1. LES OBLIGATIONS DU VENDEUR**

Le vendeur a d'une part, une obligation de délivrance et d'autre part, une obligation de garantie.

#### **1.1 - Obligation de délivrance**

L'obligation de délivrance consiste pour le vendeur à mettre en possession de l'acquéreur tous les éléments du fonds énumérés dans le contrat.

Les modalités de la délivrance varient selon la nature des éléments du fonds. En ce qui concerne la clientèle, il est généralement prévu dans le contrat que le vendeur facilitera les rapports de son successeur avec elle, en la lui présentant et en l'assistant techniquement durant une phase de transition.

#### **1.2 - Obligation de garantie**

La seconde obligation concerne la garantie contre les vices cachés et du fait personnel. Cette dernière obligation est source de plus de difficultés. Elle prend la forme d'une obligation d'assurer à l'acquéreur la jouissance et l'exploitation paisible du fonds. En ce sens, le vendeur est tenu d'une **obligation de non-concurrence** dans la mesure où la vente n'aurait aucun intérêt pour l'acquéreur si le cédant ouvre un nouveau

fonds à proximité du premier et reprend sa clientèle. Généralement, l'acte de vente comprend une clause de non-concurrence ou de **non-rétablissement** en précisant son étendue. La clause est valable à condition qu'elle soit limitée dans le temps et l'espace pour ne pas enfreindre le principe de la liberté du commerce.

## 2. LES OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR

Pour l'acquéreur, l'obligation principale est de payer le prix et les frais accessoires (droit d'enregistrement, droit de timbre des actes, frais de publication légale). Il est également tenu de continuer les contrats de travail du personnel employé.

## b/ LES REGLES PARTICULIERES PROTECTRICES DES PARTIES EN PRESENCE

### 1. LES REGLES PROTECTRICES DES DROITS DU VENDEUR

Afin de prémunir le vendeur contre le risque de non-paiement, le législateur a créé à son profit **un privilège et une action résolutoire**.

#### 1.1 Le privilège du vendeur

Le privilège du vendeur est soumis à **l'inscription au registre national électronique des sûretés mobilières**. Ladite inscription n'est pas soumise à la publication dans les journaux.

La première protection du vendeur est un privilège. Tant qu'il n'a pas été payé, le vendeur dispose d'un droit qui lui permettra de se faire payer par priorité sur le prix du fonds en cas de revente, pour bénéficier de ce privilège celui-ci doit avoir été inscrit au RC<sup>6</sup> le privilège du vendeur lui confère un droit de préférence et un droit de suite.

**Le droit de préférence** : ce droit permet au vendeur impayé de saisir le fonds, de le faire vendre aux enchères publiques, et de se faire payer en priorité sur le prix de vente.

**Le droit de suite** : en cas de reventes successives, le vendeur peut suivre le fonds de main en main, le saisir et le faire vendre aux enchères publiques pour se faire payer.

#### 1.2- L'action résolutoire

Le vendeur non payé peut demander la résolution de la vente, c'est-à-dire l'anéantissement avec effet rétroactif du contrat de vente. Une telle action va permettre au vendeur de reprendre le fonds qu'il a vendu. L'action résolutoire pour défaut de paiement du prix doit, pour produire effet, être mentionnée expressément dans l'inscription du privilège du vendeur.

## 2/ LES REGLES PROTECTRICES DES DROITS DE L'ACHETEUR

La protection de l'acheteur s'effectue par le biais des obligations incombant au vendeur et qui sont le **transfert de la propriété du FC** et la garantie contre le fait personnel. Cette dernière consiste à interdire au vendeur de détourner à son profit la clientèle en exerçant une activité similaire ou concurrente à celle exercée dans le cadre du fonds de commerce vendu. C'est ce qui se concrétise par les clauses de non rétablissement ou de non concurrence au profit de l'acquéreur.

## 3/ LES REGLES PROTECTRICES DES DROITS DES CREANCIERS DU VENDEUR

Un commerçant doit normalement préalablement à la vente de son FC, procéder à l'apurement de sa situation vis- à- vis de ses créanciers ; ce qui n'est pas toujours le cas. C'est en prévision de certaines pratiques malhonnêtes que le législateur a instauré des règles pour protéger ces créanciers.

---

<sup>6</sup> Art 92 du code de commerce.

Dans ce but, trois mécanismes complémentaires sont mis au point par le législateur :

### **3.1- La publicité de la vente**

Toute session de fonds de commerce doit faire l'objet d'une inscription au RC, et d'une publication au bulletin officiel, et ce, dans les 15 jours de la date de l'acte de la vente<sup>7</sup>.

Cette publication est renouvelée à la diligence de l'acquéreur entre le 8<sup>e</sup> et le 15<sup>e</sup> jour après la première insertion<sup>8</sup>.

### **3.2- L'opposition des créanciers**

L'opposition : dans les 15 jours qui suivent la 2<sup>ème</sup> insertion, les créanciers ont la possibilité de faire opposition au paiement du prix (ex : bailleur pour les loyers échus, fournisseurs non payés etc.) par dépôt de l'opposition auprès du secrétariat greffe du tribunal qui a reçu l'acte de vente. Pendant les délais d'opposition et après une opposition, le prix ne peut plus être valablement versé au vendeur.

### **3.3- Le droit de surenchère**

Si les créanciers estiment que le prix de vente est insuffisant, ils peuvent demander au tribunal la vente du fonds aux enchères publiques, en offrant de payer le prix augmenté du 1/6 du prix de vente initial.

## **(§II)- L'APPORT EN SOCIETE DU FONDS DE COMMERCE**

L'apport en société du fonds de commerce ressemble beaucoup à celui de la vente. En effet, dans les deux cas la propriété du fonds est transmise à titre onéreux.

Toutefois une différence persiste entre les deux opérations. Elle concerne le mode de paiement. En effet, l'équivalent fourni à l'apporteur n'est pas ici une somme d'argent, mais des parts sociales ou des actions. Cette différence entraîne quelques modifications dans la situation des créanciers.

### **A/ LA PUBLICITE LEGALE**

La publicité de l'apport du FC en société est semblable à celle de la vente : dépôt de l'acte au tribunal, inscription d'un extrait au RC et sa première publication au BO et dans un journal d'annonces légales par les soins du greffier, ensuite une deuxième publication par la société, comme pour l'acquéreur en cas de vente.

Elle diffère quant à la procédure spéciale accordée aux créanciers de l'apporteur et quant aux mesures de protection de leurs droits.

### **B/ La procédure de déclaration des créances**

En contrepartie de son apport en société, le propriétaire du fonds perçoit une part du capital, sous forme de parts sociales ou d'actions par exemple, qui ne peut en principe faire l'objet ni d'une opposition de la part de ses créanciers comme s'il s'agissait du prix payé en espèce, ni d'une procédure de surenchère du sixième.

En prenant en considération cette situation, le législateur a institué une procédure spéciale en vue d'assurer la protection des intérêts des créanciers de l'apporteur appelée « *procédure de déclaration de créances* ».

---

<sup>7</sup> Article 83, al. 4 du code de commerce.

<sup>8</sup> Art. 83, al. 5 du code de commerce.

En effet, dans les 15 jours après la deuxième publication, ces créanciers doivent faire une déclaration au secrétariat-greffe du tribunal qui a reçu l'acte pour faire connaître les sommes qui leur sont dues et un récépissé de la déclaration leur sera délivré par le greffier.

Cette déclaration a pour objectif de porter à la connaissance des coassociés de l'apporteur le passif qui grève le fonds objet de l'apport.

## C/ L'option des associés

Les associés peuvent accepter ou refuser la reprise du passif déclaré

L'art. 105 prévoit deux hypothèses :

\* ou bien les coassociés ou l'un d'entre eux forme une demande au tribunal :

- *soit en annulation de la société* : dans ce cas, il faut entendre que la société est dans le stade de sa constitution, auquel cas elle ne peut être valablement constituée faute d'apport et le juge doit en prononcer l'annulation ;

- *soit en annulation de l'apport* : dans ce cas, la société est supposée déjà constituée et continuera d'exister en dépit de l'annulation de l'apport par le juge.

\* ou bien, à défaut de cette demande en annulation, ou alors tout en étant faite, l'annulation n'a pas été prononcée par le juge « *la société est tenue solidairement avec le débiteur principal au paiement du passif déclaré et dûment justifié* »

## III- LE NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE

Le fonds de commerce a généralement une valeur considérable qui peut constituer un gage sérieux. Il s'agit d'une valeur propre en mesure de constituer un élément de crédit pour le commerçant.

Dans le cadre d'un nantissement du fonds de commerce, le commerçant demeure à la tête de son fonds. Il l'exploitera librement. Le nantissement du fonds se présente comme une forme de gage sans dépossession, dans la mesure où le propriétaire poursuit son activité avec comme objectif premier l'acquittement de la dette.

Le nantissement peut être conventionnel, c'est la forme la plus courante, comme il peut être judiciaire.

### 1. LE NANTISSEMENT CONVENTIONNEL

Il est le résultat d'un accord entre le prêteur et le commerçant emprunteur. Généralement, il constitue un dernier recours pour avoir un crédit. Ceci dit, certains éléments ne peuvent toutefois faire l'objet d'un nantissement.

#### a-Eléments susceptibles d'être compris dans le nantissement

En vertu de l'article 107 du code de commerce, les différents éléments énumérés à l'article 80 sont susceptibles de faire l'objet d'un nantissement, à l'exclusion des marchandises.

Il s'agit du nom commercial, l'enseigne, la clientèle, l'achalandage, le droit au bail, le mobilier commercial, le matériel et l'outillage...

Si l'acte qui le constitue ne désigne pas expressément les éléments compris dans le nantissement, celui-ci comprendra alors le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

Le nantissement peut également comprendre les succursales du fonds de commerce. Dans ce cas, il est indispensable de les désigner par l'indication précise de leur siège.

## **b-Eléments exclus**

### **\*Les marchandises**

Elles sont expressément exclues par l'article 80 car les marchandises sont en principe prévues pour la vente, les inclure dans le nantissement serait incompatible avec ce but. De même, les intégrer dans la garantie risque de mettre en péril les intérêts de l'entreprise dans la mesure où elles sont intimement liées à la vente.

### **\*\* Crédances et contrats**

Ils peuvent toutefois faire partie du nantissement si les intéressés décident, par voie contractuelle, de les inclure. Ils seront alors régis par les règles de droit commun.

### **\*\*\* Les livres de commerce et la correspondance**

En principe, ils ne font pas partie du fonds. L'alinea 2 de l'article 22 de la loi n°88 relative aux obligations comptables des commerçants dispose que "les documents comptables et les pièces justificatives sont conservés pendant dix ans".

### **\*\*\*\* Le mobilier personnel de l'habitation du débiteur**

L'article 80 du code de commerce cite parmi les éléments du fonds uniquement le mobilier commercial. Ce qui exclut le mobilier personnel.

### **\*\*\*\*\*L'immeuble où le fonds de commerce est exploité**

Il est soumis au droit foncier. "Les droits qui le concernent doivent donc obligatoirement être inscrit sur le livre foncier pour qu'ils puissent produire valablement leurs effets ". Si l'exploitant du fonds est en même temps le propriétaire de l'immeuble, deux sûretés réelles différentes doivent être prévues pour l'obtention d'un crédit: celle relative à l'immeuble qui est en réalité une hypothèque immobilière, et celle concernant le fonds de commerce qui est un nantissement soumis au code de commerce.

## **C. Conditions de forme et de publicité**

Le contrat de nantissement est constaté par écrit acte authentique ou sous-seing privé. L'écrit est à considérer comme une condition de validité de l'acte, et non à titre de simple preuve.

Après enregistrement, l'acte doit être, dans les quinze jours, déposé au secrétariat-greffe du tribunal dont le ressort duquel est exploité le fonds ou le principal établissement du fonds.

### **\* Droit de préférence**

Il s'agit d'un droit au profit du créancier nanti inscrit sur le RC et qui lui permet de se faire payer sur le prix du fonds avant les créanciers bénéficiaires d'un nantissement postérieur.

### **\*\* Droit de suite**

C'est un droit qui permet au créancier nanti de suivre le fonds en quelques mains qu'il se trouve, peu importe qu'il soit entre les mains du débiteur, du propriétaire de l'immeuble, d'un acquéreur ou d'un sous-acquéreur du débiteur, et peu importe que l'actuel propriétaire l'ait reçu par achat, par donation ou par héritage.

## **d. La surenchère du dixième**

Si les créanciers nantis ne sont pas satisfaits par l'offre du prix, ils sont en mesure d'intervenir pour protéger leurs créances.<sup>9</sup>

Le créancier qui se déclare surenchérisseur doit donc offrir un prix au moins égal à celui déjà proposé par un précédent acquéreur majoré de **10%** sur la valeur des éléments incorporels.

## 2. LE NANTISSEMENT JUDICIAIRE

Il s'agit d'une mesure conservatoire demandée par un créancier qui cherche à assurer sa créance. Le nantissement judiciaire permet de garantir les créanciers contre l'insolvabilité du commerçant débiteur.

Par voie de requête, le créancier peut demander en justice un nantissement conservatoire et c'est au juge d'apprécier les différents éléments de la situation.

## IV- LA LOCATION GERANCE DU FONDS DE COMMERCE (LA GERANCE LIBRE)

La gérance libre (ou gérance location) permet au propriétaire de donner la gérance du fonds à une personne en vertu d'un contrat de location moyennant un loyer. Dans ce cas, le gérant locataire bénéficie de la qualité de commerçant et assume seul les risques de l'exploitation.

Ayant la qualité de commerçant, le gérant libre doit se faire immatriculer au RC. Mais la publicité dont il est question ici a pour objectif de faire connaître aux tiers que la propriété du fonds n'appartient pas au gérant.

Pour ce faire, un extrait du contrat de gérance libre doit être publié dans les 15 jours de sa date au BO et dans un journal d'annonces légales, ensuite procéder aux formalités relatives au RC.

---

<sup>9</sup> L'article 123 du code de commerce précise que : « tout créancier inscrit sur un fonds de commerce peut, lorsque l'article 121 n'est pas applicable, requérir la mise aux enchères publiques ont offrant de porter le prix principal, non compris le matériel et les marchandises, un dixième en sus et de donner caution pour le paiement des prix et charges ou de justifier d'une solvabilité suffisante".