

SEMESTRE 2 – DROIT DES AFFAIRES

Fiche 3 : Fonds de commerce

1) La composition du fonds de commerce

A) Principe

Le **fonds de commerce** est une notion créée afin de réunir dans un même ensemble tous les **éléments** qu'un commerçant affecte à son activité commerciale afin de **développer** sa **clientèle**. Tous ces éléments réunis ont une **valeur** économique très importante. Ce sont eux qui donnent de la valeur à l'activité économique du commerçant.

Important : *Il ne faut pas confondre le **fonds de commerce** avec le **local commercial** dans lequel le fonds de commerce est exploité. Ce local ne fait pas partie du fonds de commerce. Quand on est commerçant et que l'on exploite un fonds de commerce, on peut être soit **propriétaire** soit **locataire** du local dans lequel on exploite son fonds de commerce (dans les deux hypothèses, ce local ne fait pas partie du fonds de commerce). **Le local et le fonds de commerce sont donc deux entités juridiques distinctes.***

Le principal enjeu du fonds de commerce est **économique**. En effet, il sert à pouvoir récupérer de l'argent lors de la **vente** de ce fonds (ce qui n'est pas possible si on n'a pas de fonds de commerce).

Le fonds de commerce se compose d'éléments corporels, mais surtout d'éléments **incorporels**. Par ailleurs, le fonds de commerce est juridiquement un bien **meuble** parce qu'il n'est lui-même composé que de biens meubles.

1. Les éléments corporels

Dans les éléments corporels du fonds de commerce, on retrouve **deux catégories** :

- Le **matériel et outillage** : correspond à l'ensemble des biens **mobiliers** qui servent **durablement** à l'exploitation de l'activité (machines, outils, matériel d'entreposage, véhicules de livraison ou encore le mobilier de bureau). D'un point de vue comptable, ce sont tous les éléments qui constituent le **capital fixe** de l'entreprise, c'est-à-dire les éléments qui ne sont pas destinés à la vente aux clients et qui vont **rester** dans l'entreprise pendant plusieurs années (ils ne sont **pas détruits** au cours d'un cycle d'exploitation).
- Les **marchandises** : ce sont les éléments destinés à la **vente**, avant transformation (*matières premières*) ou après transformation (*produits finis*). Au niveau comptable, ces éléments correspondent au **capital circulant** de l'entreprise, c'est-à-dire qu'ils vont être **détruits** ou vendus au cours du cycle d'exploitation

2. Les éléments incorporels du fonds de commerce

• La clientèle

Elle regroupe l'ensemble des **personnes** qui **s'approvisionnent** habituellement ou occasionnellement auprès du commerçant. La clientèle est une **composante essentielle** du fonds de commerce. Si le commerçant ne justifie pas de l'existence d'une clientèle, le fonds de commerce n'existe pas. Pour être reconnue comme telle, la **clientèle** d'un fonds de commerce doit présenter certaines **caractéristiques** :

- La clientèle doit être **réelle et certaine**. Une clientèle virtuelle ou potentielle ne permet pas d'établir l'existence d'un fonds de commerce. Cette condition est importante car elle permet de **dater l'apparition** et la **disparition** d'un fonds de commerce. Le fonds de commerce commence donc à exister avec le premier client qui contracte avec le commerçant, et il disparaît lorsque plus aucun client ne vient s'approvisionner auprès du commerçant.
- La clientèle doit être **personnelle au fonds de commerce**, c'est-à-dire qu'elle doit être réellement attirée par le fonds de commerce que le commerçant a lui-même développé (*en raison de la **qualité** des marchandises vendues et des services proposés, ou encore en raison de la **notoriété** du commerçant...*).

***Exemple** : La buvette d'un stade de rugby n'est pas un fonds de commerce car les clients n'y viennent que grâce au match qui s'y déroule.*

Au niveau juridique, pour prouver que le fonds de commerce dispose bien d'une clientèle personnelle, le commerçant doit prouver qu'il a mis en place des **moyens spécifiques** qui lui ont permis de **capter** sa clientèle.

***Exemple** : Une boutique de souvenir dans un musée n'est pas un fonds de commerce à la base, mais si elle justifie qu'elle a mis en place des actions spécifiques pour s'attirer une clientèle (programme de fidélité, horaires d'ouverture différentes du musée, entrée indépendante...), alors elle sera considérée comme un fonds de commerce.*

Pour les **franchises**, on considère que les franchisés disposent d'une **clientèle locale personnelle**, même si cette clientèle est attirée par la **notoriété** de la marque en général (*Sephora, Pitaya...*).

- La clientèle doit être attirée par une **activité licite**, c'est-à-dire une activité conforme aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

L'**exploitant** peut tenter une action en **concurrence déloyale** contre un **concurrent** qui chercherait à **attirer illégalement** ses clients. Cela s'appelle en droit le détournement ou le risque de **détournement de clientèle**.

***Exemple** : Le concurrent dénigre les produits d'un fonds de commerce auprès de ses clients.*

Toujours dans l'idée de protéger la clientèle, le vendeur d'un fonds de commerce ne doit pas chercher à **reprenre la clientèle qu'il a cédé** avec son fonds de commerce. Il est donc interdit pour le vendeur de reprendre un **commerce similaire à proximité** de celui qu'il a vendu pour y attirer son ancienne clientèle. C'est pourquoi il est fortement recommandé à l'acquéreur d'un fonds de commerce d'insérer dans le contrat de cession du fonds de commerce une

clause de non-rétablissement (clause qui interdit au vendeur de se rétablir à proximité pendant une certaine durée), qui doit être limité dans **l'espace** et/ou dans le **temps**.

- Le nom commercial

Le nom commercial est **l'appellation** sous laquelle le commerçant exerce son activité. C'est généralement le **nom de famille** de l'exploitant qui a créé le fonds de commerce, mais cela peut très bien être un pseudonyme, ou une dénomination fantaisiste.

Là encore, le nom commercial est **protégé** par l'action en **concurrence déloyale**, ce qui signifie que si une entreprise utilise le même nom commercial pour exploiter une activité similaire, il est possible de **saisir le juge** pour obtenir réparation du préjudice (s'il est établi que l'utilisation de ce même nom crée un détournement ou un risque de détournement de clientèle vers cette entreprise). Si le nom commercial est un nom fantaisiste, il faut qu'il soit suffisamment **original** pour être protégé par l'action en concurrence déloyale.

Comme c'est un élément du fonds de commerce, le nom commercial est en principe **cedé avec** le fonds de commerce, même s'il s'agit du nom de famille de l'exploitant initial.

- L'enseigne

L'enseigne est un **signe extérieur** qui permet **d'individualiser** l'établissement et/ou le magasin. Parfois, c'est le nom commercial qui sert d'enseigne (apposé sur la devanture), mais cela peut être aussi un dessin, un logo, ou tout autre emblème.

Comme les autres éléments incorporels, l'enseigne est cédée avec le fonds de commerce et protégé par l'action en **concurrence déloyale**. Un concurrent n'a donc pas le droit d'utiliser une enseigne similaire pour créer la **confusion** et détourner la clientèle. Là encore, il faut que l'enseigne soit suffisamment originale

***Exemple :** Si l'enseigne d'une pizzeria est une pizza, l'entreprise ne pourra pas poursuivre en justice une autre entreprise à proximité qui a choisi une enseigne similaire.*

- Les droits de propriété industrielle

La propriété industrielle est l'ensemble des droits destinés à **protéger les créations de nature industrielle**, ou les signes distinctifs à vocation industrielle et commerciale.

Les droits de propriété industrielle vont permettre de protéger principalement des **inventions** (en déposant des brevets d'invention), mais aussi des éléments plus ornementaux, comme les **dessins et modèles**, ou encore les **marques**.

Cette protection est octroyée à condition que l'invention, le dessin, le modèle ou la marque soit **légal** et **conforme** à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Ces droits de propriété industrielle présentent plusieurs **caractéristiques** :

- Ils confèrent à leur titulaire un **monopole d'exploitation**, c'est-à-dire qu'il peut utiliser librement les brevets, modèles, dessins et marques, les vendre, ou autoriser quelqu'un d'autre à les utiliser.

- Ce monopole d'exploitation est limité dans le temps : il est de **20 ans** pour un **brevet**, c'est-à-dire qu'après ce délai, celui-ci tombe dans le **domaine public** et tout le monde peut l'exploiter.
- Ces droits portent sur des biens **incorporels** (les marques, dessins et logos n'ont pas d'existence physique ou matérielle)

La propriété industrielle est protégée au niveau national par un organisme appelé INPI (Institut National de la Propriété Industrielle) qui réceptionne les **demandes** et en décide le **sort**.

Il existe deux catégories de droits de propriété industrielle : le **brevet** et la **marque**.

→ **Le brevet**

Le brevet est un **titre** protégeant une **invention à vocation industrielle**. S'il y a concurrence, le titulaire du brevet est celui qui dépose en **premier** le brevet auprès de l'INPI (*règle du premier déposant*).

Trois conditions principales existent pour obtenir un brevet :

- L'invention doit être **nouvelle**, c'est-à-dire que le public doit ne jamais avoir eu accès à cette invention.
- L'invention doit résulter d'une **activité inventive** présentant un véritable **apport** par rapport à l'État actuel des techniques.
Exemple : on ne peut pas déposer un brevet juste pour un changement de couleur.
- L'invention doit être susceptible d'une **application industrielle**, c'est-à-dire qu'elle doit pouvoir être fabriquée ou utilisée de manière concrète.

La durée de la protection à partir de la demande est de 20 ans.

→ **La marque**

La marque est un **signe** pouvant être représenté **graphiquement** et servant à **distinguer** les produits ou services d'une personne de ceux proposés par un concurrent.

Pour déposer une marque valablement, **trois conditions** doivent également être réunies :

- La marque ne doit pas être **déceptive** (de nature à tromper le public, à le décevoir).
- La marque doit être **distinctive**. Cela ne peut pas être une description ou la désignation directe du produit.
- La marque doit être **disponible** dans la limite du principe de **spécialité**, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être utilisée pour un produit ou service similaire.

Exemple : Mont-Blanc est utilisé dans plusieurs domaines, mais distincts.

À compter de son dépôt, la marque a une durée de vie de **10 ans**, mais il est possible de redemander une **nouvelle période** de 10 ans indéfiniment.

Pour tous les droits de propriété industrielle, la procédure d'obtention suit les mêmes étapes :

- Premièrement, dépôt d'un **dossier** auprès de l'INPI
- **Instruction** de la **demande**

- Si la demande est acceptée, publication au **BOPI** (Bulletin Officiel de Propriété Industrielle) et en plus pour les marques au **registre national des marques**.

Les droits de propriété industrielle font l'objet d'une **protection renforcée** puisque toute personne qui porte atteinte à un droit de propriété industrielle commet un délit de **contrefaçon**. Ici, on se retrouve sur le terrain **pénal** (amende et peine de prison). L'action en contrefaçon peut aboutir à une peine de prison de 3 ans et 300 000 € d'amende pour les brevets, modèles et dessins, et de 4 ans d'emprisonnement et 400 000 € d'amende pour les marques.

En plus de cette sanction pénale, le titulaire du droit de propriété industrielle peut obtenir **réparation** pour le préjudice qu'il a subi (action **civile**).

- Les licences et autorisations

Pour l'exercice de **certaines activités** commerciales, il faut disposer d'une **licence** ou d'une **autorisation** (comme pour vendre des boissons alcoolisées notamment, où il faut une licence de débit de boissons). Ces licences et autorisations font **partie du fonds de commerce** et sont donc cédées avec lui.

Si une licence ou une autorisation n'est **plus valable**, le fonds de commerce ne peut plus être exploité et donc il **disparaît**.

- Le droit au bail

Le droit au bail est le droit pour un commerçant qui est **locataire** d'un **local commercial** dans lequel il exploite son fonds de commerce, **d'occuper de façon durable** ce local, notamment en obtenant de la part du propriétaire du local (du bailleur) le **renouvellement automatique** du bail commercial quand il se termine.

Ce droit au bail est **compris** dans le fonds de commerce. Lorsqu'un commerçant décide de vendre son fonds de commerce, l'acquéreur acquiert également ce droit au bail.

B) Le bail commercial

Le commerçant qui exploite un fonds de commerce peut être **propriétaire ou non** du **local** dans lequel il exploite son activité commerciale. S'il n'est pas propriétaire, il doit donc louer le local dans le cadre d'un bail particulier, appelé **bail commercial**.

Le bail commercial est un **contrat de location immobilière** par lequel le propriétaire appelé bailleur loue à un tiers que l'on appelle le locataire ou le preneur un bien immobilier affecté à une activité commerciale ou artisanale.

L'emplacement du fonds de commerce étant bien souvent un élément déterminant pour attirer et conserver une clientèle, il est nécessaire de protéger le commerçant locataire contre une **éviction** (rupture brutale du contrat) **non justifiée** par le propriétaire. C'est la raison pour laquelle le régime des baux commerciaux est particulièrement **protecteur**.

Le régime juridique du bail commercial est spécifique. Il s'applique à l'**immeuble** dans lequel l'activité commerciale ou artisanale est exploitée, mais aussi aux **immeubles accessoires** à l'immeuble principal nécessaires à l'exploitation de fonds de commerce.

La première spécificité du bail commercial est qu'il a une **durée minimale de 9 ans**, avec ce que l'on appelle une **reproduction tacite** (c'est-à-dire que le contrat se renouvelle automatiquement).

Le commerçant **locataire** peut mettre fin au bail commercial tous les **trois ans**, en respectant néanmoins un préavis de 6 mois, et à tout moment, s'il prend sa retraite ou s'il est déclaré invalide. Pour cela, le commerçant locataire doit soit envoyer une **lettre recommandée** avec avis de réception soit faire avec un acte d'huissier (sans avoir besoin de justifier sa décision).

Le propriétaire, quant à lui, doit attendre la fin de la durée minimale du bail commercial (9 ans) pour pouvoir le rompre, en respectant les mêmes formes et délais de préavis, et en versant au locataire une **indemnité d'éviction**.

Concernant le loyer, il est fixé (négocié) entre les parties. Il est possible de **réviser le montant du loyer** selon une périodicité fixée par les parties, ou à défaut, tous les trois ans. La révision du loyer est **plafonnée** et se fait par référence à un indice calculé par l'INSEE.

Il existe également des spécificités concernant les droits et obligations du locataire et propriétaire.

→ **Le locataire**

• **Obligations**

- Conserver la chose **en l'état** (il doit effectuer les réparations locatives sur tout ce qui relève de l'usure normale du locataire).
- **Payer le loyer et les charges** fixés dans le contrat.

• **Droits**

- Le **droit de préférence** : si le propriétaire vend ce local commercial, le commerçant locataire est **prioritaire** pour l'achat (le propriétaire doit informer en premier lieu le locataire et ce dernier a un mois pour dire s'il achète ou non).
- Le **droit de déspécialisation**, qui se décline en deux cas de figure, peut concerner :
 - Une déspécialisation **partielle**, qui intervient lorsque le commerçant locataire ajoute une **activité complémentaire** à l'activité initiale. Le bailleur ne peut pas s'y opposer, sauf s'il conteste le fait que les activités ajoutées ne sont pas complémentaires à l'activité initiale.
 - Une déspécialisation **totale**, lorsque le commerçant développe une activité commerciale **totale et différente** de l'activité initiale prévue dans le bail commercial. Cette déspécialisation totale doit être justifiée par le **contexte économique** global, ou par le contexte propre au **secteur d'activité** (*ex* : *je vendais des téléphones fixes et je ne parviens plus à en vendre*). De plus, cette déspécialisation totale ne doit pas être **compatible avec les locaux**. S'il y a déspécialisation totale, le bailleur peut s'y **opposer** : soit en contestant la

situation économique, soit en argumentant le fait que cette déspecialisation est incompatible avec les locaux, soit pour un motif grave et légitime.

- Le troisième droit pour le locataire est le **droit au renouvellement du bail** (également appelé droit au bail). Ce droit indique de le locataire a le droit au renouvellement automatique du bail commercial à l'échéance de celui-ci, à **deux conditions** : le commerçant qui exploite le fonds de commerce doit être immatriculé au **RCS** au jour du renouvellement, et il doit pouvoir justifier d'avoir exploité ce fonds de commerce pendant les **trois années** précédant la date de renouvellement du bail. Si le propriétaire ne respecte pas ce droit au renouvellement, il devra verser une **indemnité d'éviction** qui sera calculée en fonction de la **valeur marchande** du fonds de commerce exploité et des **frais de déménagement** et de réinstallation dans un autre local (ce qui dissuade le propriétaire).

→ **Le propriétaire**

• **Obligations**

- Délivrer la chose **louée** en lui remettant les **clés** et en lui donnant toutes les **dispositions nécessaires** pour s'y installer et entretenir le local.
- **Entretien** la chose louée, c'est-à-dire qu'il devra prendre en charge les **grosses réparations** du local qui ne relèvent pas de l'usure liée à la location.
- Ne pas faire **concurrence** au locataire. Il ne peut donc pas s'installer à proximité en développant une activité similaire.

• **Droits**

- Il peut décider de ne **pas renouveler** le bail commercial, en versant une **indemnité d'éviction**. Toutefois, à ce moment-là, il dispose d'un **droit de repentir**, qui correspond au droit pour le bailleur de **revenir sur sa décision** de ne pas renouveler le bail commercial, tant que le locataire est toujours dans le local et qu'il n'a pas contracté un autre contrat de bail commercial.
- Il a le droit de **refuser le renouvellement** du bail commercial sans indemnité d'éviction dans trois cas de figure :
 - **L'immeuble** est déclaré **insalubre** par l'administration (sans que ce soit la faute du propriétaire).
 - Le propriétaire souhaite **reprendre les locaux d'habitation accessoires** au bail commercial pour lui ou ses proches.
 - Il y a un motif **grave et légitime** contre le **locataire** : non-paiement des loyers, ou encore déspecialisation totale sans en avoir informé le propriétaire bailleur.

2) Les principaux contrats relatifs au fonds de commerce

Le fonds de commerce représente une **valeur économique** très importante. C'est pourquoi les différents contrats qui ont pour objet le fonds de commerce connaissent un **encadrement juridique** particulier.

Quand on est propriétaire d'un fonds de commerce, on peut choisir de **vendre** ce fonds de commerce, de le **louer**, ou de le donner en **garantie**.

Ces trois opérations donnent lieu à trois contrats différents : pour la vente du fonds, on appelle ça un contrat de **cession** du fonds de commerce ; la location donne lieu à un contrat de **location-gérance** ; lorsque le fonds est donné en garantie, le contrat prend la forme d'un **nantissement**.

A) Le contrat de cession du fonds de commerce

1. Les conditions de cession

- Conditions de fonds

Comme c'est un contrat, il faut avoir la **capacité contractuelle** de vendre et d'acheter un fonds de commerce. Le mineur émancipé a le droit d'acheter ou vendre un fonds de commerce. C'est néanmoins plus difficile pour les majeurs protégés : le majeur sous tutelle n'a pas le droit d'acheter un fonds de commerce.

La deuxième condition est le **consentement**, il doit exister et ne doit pas être affecté de vices du consentement.

Le **prix** du fonds est **libre**. Au moment de la cession, il doit être déterminé ou déterminable. Il doit par ailleurs être suffisamment **substantiel** (non dérisoire).

Enfin, le fonds de commerce vendu doit être **consistant**, c'est-à-dire qu'il doit contenir les éléments corporels et incorporels nécessaires pour attirer et conserver la **clientèle** (il faut qu'il y ait transmission de cette clientèle).

- Conditions de forme et de publicité de la cession

L'**écrit** n'est pas exigé mais il est fortement **recommandé** (acte sous signature privée ou acte authentique), ainsi que certaines **mentions obligatoires**, notamment le nom des parties. Il existe également des formalités de **publicité** : l'acte de cession doit être transmis à l'**administration fiscale** et l'information de la cession doit être publiée au **BODACC** (au niveau national) et dans ce que l'on appelle un **journal d'annonces légales** (au niveau local).

2. Les effets de la cession du fonds de commerce

La cession du fonds de commerce entraîne des **obligations** pour le vendeur et pour l'acheteur.

Le vendeur a une obligation de **délivrance**, c'est-à-dire qu'il doit mettre le fonds de commerce à disposition de l'acquéreur, et notamment en s'engageant à présenter l'acquéreur à la clientèle pour qu'il y ait **transmission** de la clientèle. Il faut par ailleurs transmettre les **obligations comptables** essentielles à l'acquéreur. Le vendeur doit également garantir les **vices cachés**, c'est-à-dire les défauts qui rendent le fonds de commerce impropre à son usage et que les parties ignoraient. Enfin, la **garantie contre l'éviction** : cela correspond au fait pour le vendeur de ne **pas faire concurrence** à l'acquéreur.

L'acquéreur devient quant à lui **propriétaire**. Il doit ainsi prendre possession du fonds de commerce et **payer** le prix de la cession.

B) Le contrat de location-gérance

En ce qui concerne la **formation du contrat**, des conditions de fonds et de forme sont à respecter :

- **Conditions de fond** : le locataire gérant doit avoir la **capacité** à être commerçant, puisqu'il va exploiter le fonds de commerce en son nom propre et en assumer tous les risques. Le **propriétaire** du fonds de commerce doit avoir **exploité** le fonds de commerce au minimum deux ans avant de pouvoir le donner en location-gérance, sauf s'il est mineur ou retraité. Enfin, le fonds de commerce doit **exister** et doit posséder une **clientèle**.
- **Conditions de forme** : l'information du contrat de location-gérance doit être publié au **BODACC** et dans un **journal d'annonces légales**, et le locataire doit s'immatriculer au **RCS** en précisant qu'il est locataire-gérant.

Les **effets** du contrat :

- **Pendant** l'exécution du contrat : le propriétaire du fonds de commerce a l'obligation de **délivrer** le fonds de commerce et de ne **pas faire concurrence** au locataire gérant. Le locataire-gérant doit **payer** le loyer et **exploiter** le fonds de commerce conformément à ce qui est prévu dans le contrat de location-gérance.
- **À l'expiration** du contrat : le locataire-gérant n'a aucun droit au **renouvellement automatique** du contrat de location gérance, ni à aucune **indemnité**.

C) Le contrat de nantissement

1. Les conditions du nantissement

Le **nantissement** porte sur les **principaux éléments** du fonds de commerce, c'est-à-dire la clientèle, l'enseigne, le nom commercial et le droit au bail (il peut inclure exceptionnellement les droits de propriété industrielle et le matériel, mais jamais les marchandises).

La deuxième condition de fond est que le **débiteur** (c'est-à-dire le commerçant qui a mis en garantie son fonds de commerce) **continue d'exploiter** son fonds de commerce.

Concernant les conditions de forme, le contrat de nantissement se fait par **écrit** et doit être enregistré au **greffe du tribunal de commerce**.

2. Les effets du nantissement pour le créancier nanti

Le créancier nanti possède un **droit de suite** (droit de faire saisir le fonds de commerce et de se faire payer dessus même si celui-ci a été vendu ou cédé à un tiers) et un **droit de préférence** (priorité s'il y a plusieurs créanciers pour faire saisir le fonds de commerce et se faire payer dessus).

Les créanciers nantis font l'objet de **protections particulières** :

- En cas de **déplacement** du fonds de commerce : si le débiteur, le propriétaire du fonds de commerce déplace ce fonds (dans un autre local), le créancier nanti doit en être informé 15 jours avant le changement, ce qui lui permet de demander au tribunal de commerce de rendre ses **créances** immédiatement **exigibles** s'il justifie que le déplacement crée un risque de **perte de valeur** au fonds de commerce.
- En cas de **déspécialisation** du fonds de commerce : le créancier nanti doit alors en être **informé** et peut exiger de la part du débiteur des **garanties supplémentaires**.