

PARTIE I : LE FONDS DE COMMERCE

Le fonds de commerce est un bien meuble incorporel, constitué par un ensemble de biens mobiliers (jamais de immobiliers) affectés à l'exercice d'une activité commerciale. Ce fonds a une valeur économique c'est pourquoi il peut faire l'objet d'un nombre d'opérations juridiques notamment la vente, le nantissement, la location et la gérance. Le fonds de commerce est régi par les articles 79 à 158 du code de commerce.

Chapitre 1 : les éléments du fonds de commerce

Le fonds de commerce est constitué de deux catégories d'éléments, des éléments incorporels et des éléments corporels.

Para 1 : les éléments incorporels

Ces éléments sont constitués par la clientèle, le nom commercial, le droit au bail, les droits de propriété intellectuelle, les autorisations administratives et certaines créances et dettes.

A- la clientèle

La clientèle est composée de toutes les personnes qui ont pris l'habitude de se servir en bien ou en service chez le même commerçant et qu'à ce titre, lui témoigne une certaine confiance. Il en résulte que la clientèle se caractérise par la fidélité et la stabilité.

On assimile à la clientèle, l'achalandage (clients de passage) et ce dernier peut être défini comme l'aptitude d'un fonds de commerce à attirer des clients, c'est

une sorte de clientèle potentielle qui dépend généralement de la situation géographique du fonds.

La clientèle et l'achalandage constituent l'élément essentiel sans lequel ne peut y avoir de fonds de commerce. En d'autres termes un fonds de commerce n'existe juridiquement que si il a une clientèle réelle et certaine.

B- le nom commercial

C'est l'appellation sous laquelle un commerçant exploite son commerce.

Pour les personnes physiques, on parle de « raison de commerce », qui est généralement le propre nom du commerçant.

Pour les sociétés, c'est la dénomination sociale qui est librement choisie. Lorsque le nom commercial est inscrit au registre du commerce et publié dans un journal d'annonces légales, il bénéficie d'une protection légale particulière :

1/ il confère à son titulaire le droit exclusif d'utilisation.

2/ le nom entre dans la composition du fonds de commerce et peut être cédé avec lui.

- sur le plan civil, le nom commercial est protégé par l'action en concurrence déloyale. Le titulaire du nom peut obtenir à la fois des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi et la suppression de l'inscription qui aurait été faite par celui qui utilise illégalement un nom déjà existant.

- sur le plan pénal, toute usurpation ou tout usage frauduleux d'un nom commercial est puni d'un emprisonnement de deux à six mois et d'une amende de 50 000 à 500 000 dhs.

C- le droit au bail (propriété commerciale)

Le droit au bail n'est considéré comme élément du fonds de commerce que si le commerçant est « locataire » des lieux du local dans lequel il exploite son commerce. Autrement dit, le droit au bail doit nécessairement résulter des rapports entre un propriétaire et un locataire commerçant. Et il a pour objet la jouissance d'un local à usage commercial.

Lorsqu'un commerçant est propriétaire d'un local dans lequel il exerce son activité, le fonds de commerce ne comprend pas de droit de bail. Le droit au bail est un élément extrêmement important du fond de commerce pour trois raisons essentielles :

1/ dans la plupart des commerces et en particulier dans le commerce de détail, la clientèle est attachée à l'emplacement du fonds, et la valeur du fonds dépend du droit au bail.

2/ le droit au bail permet au locataire commerçant d'occuper les lieux loués (droit de jouissance) sans crainte d'être expulsé par le propriétaire. En effet, le commerçant a droit à l'expiration de son bail d'en demander le renouvellement chaque fois qu'il le désire, le propriétaire ne peut ni mettre fin au bail ni refuser le renouvellement.

3/ le droit au bail permet en cas de vente du fonds de commerce la continuation de l'activité commerciale dans le même local par l'acquéreur contre la volonté du propriétaire. Toute clause contraire est nulle et de nul effet.

La loi a voulu assurer une certaine stabilité aux entreprises commerciales. C'est pourquoi il existe une réglementation particulière des baux commerciaux contenue dans le dahir du 24 mai 1955. Cette réglementation confère au locataire commerçant la propriété commerciale, qui constitue un véritable

démembrement de la propriété au profit du locataire et au détriment du bailleur.

Ce qui fait que sur un même local commercial loué, vont se superposer deux propriétés différentes, c'est-à-dire la propriété des murs qui appartient au bailleur et la propriété du fonds de commerce qui appartient au commerçant locataire.

Le fondement de la propriété commerciale réside dans la plus-value qu'acquiert le local loué du fait de l'exploitation de ce local par le commerçant.

La propriété commerciale s'acquiert au bout d'une jouissance consécutive de deux ans si le locataire a un bail écrit, et de quatre ans s'il n'a qu'un bail verbal.

Toutefois, le droit au bail n'est pas un droit absolu :

1/ le bailleur peut toujours récupérer son local en versant au locataire une indemnité d'éviction. Cette indemnité est égale au préjudice subi par le commerçant par suite au défaut de renouvellement de son bail.

Dans la pratique, elle correspond à la valeur du fonds de commerce majorée des frais de déménagement et réinstallation dans un autre local.

2/ le bailleur peut refuser le renouvellement du bail s'il justifie d'un motif grave et légitime à l'encontre du locataire tel que le non paiement des loyers, la modification du local loué sans autorisation, le changement de destination des locaux.

3/ si le local est déclaré insalubre par l'autorité administrative et doit en conséquence être démolé, le bailleur peut le reprendre sans avoir à payer d'indemnité, mais ce locataire aura la priorité pour louer le local s'il est reconstruit ou remis en état.

4/ lorsque le bailleur décide de sa propre initiative de démolir l'immeuble et de le reconstruire, il doit verser au locataire commerçant, une indemnité égale à trois ans de loyer. En outre, le locataire a un droit de priorité pour la location des nouveaux locaux.

5/ le bailleur peut reprendre son local pour l'habiter lui-même ou le faire habiter par sa famille à condition :

Qu'il ne dispose pas d'une habitation personnelle. Dans ce cas, le bailleur doit payer au locataire une indemnité égale à cinq ans de loyer.

D- les droits de propriété intellectuelle

La propriété intellectuelle comprend d'une part la propriété industrielle et d'autre part la propriété littéraire et artistique, des droits sur les créations nouvelles et des droits sur les signes distinctifs.

1- la propriété industrielle

Elle a pour objet la protection des brevets d'invention, des marques, des dessins et modèles. Il s'agit de droits de propriété qui peuvent porter soit sur les créations nouvelles soit sur les signes distinctifs. Ces droits sont régis par la loi n° 17-97 promulguée par le dahir du 15 février 2000 et qui n'est entrée en vigueur que le 18 décembre 2004.

a- les créations nouvelles

Elles sont de deux sortes :

1- les créations de fonds

Qui sont protégées par le « brevet d'invention ». Le brevet d'invention est un certificat qui est délivré par l'OMPIC (l'Office marocain de la propriété industrielle et commerciale au titulaire d'une nouvelle invention susceptible de recevoir une application industrielle.

Ce brevet confère à son titulaire, le monopole d'exploitation commerciale de son invention pendant 20 ans, à l'expiration de laquelle, le brevet tombe dans le domaine public.

2- les créations de forme

Confèrent à un objet, un aspect extérieur nouveau et ornemental, qui sont protégées par la réglementation sur les dessins et les modèles.

Le dessin est un assemblage de lignes ou de couleurs sur une surface plane.

Le modèle est une combinaison des formes, déterminant le relief d'un objet.

Les dessins et modèles, lorsqu'ils sont opposés à l'OMPIC, sont protégés pendant une durée de cinq ans renouvelable deux fois, soit au maximum 15 ans.

b- les signes distinctifs

Qui portent sur les marques. Il existe des marques de fabrique, des marques de commerce, et des marques de services.

1- la marque de fabrique

La marque est un signe distinctif et qui est généralement apposé sur un produit et qui garantit à l'acheteur la provenance ou la qualité de ce produit.

Lorsque la marque est déposée à l'OMPIC, elle bénéficie d'une durée de protection indéfiniment renouvelable contre les imitations et les usurpations pendant une durée de 10 ans.

2- la propriété littéraire et artistique

Ces droits sont régis par la loi n° 2-00 promulguée par le dahir du 10 mars 2000, ils confèrent à leurs titulaires, le droit d'auteur c'est-à-dire le droit exclusif d'exploitation des œuvres littéraires et artistiques, pendant toute la vie de l'auteur et au profit de ses héritiers pendant une durée de 50 ans après le décès.

E- les autorisations administratives

L'exercice de certaines activités est subordonné à l'obtention d'autorisations administratives qu'on appelle licences d'exploitation. Le problème qui se pose est de savoir si la vente du fonds de commerce emporte transfert au profit de l'acquéreur de l'autorisation d'exploitation.

Tout dépend du but recherché par les pouvoirs publics lorsqu'ils accordent une autorisation d'exploitation.

Lorsque celle-ci est accordée en tenant compte des besoins des consommateurs, sans tenir compte de la personnalité du bénéficiaire, elle constitue un élément du fonds et peut être transférée avec lui, c'est le cas lorsqu'il s'agit d'un fonds de commerce d'un moulin, en même temps qu'il cède ses équipements, le propriétaire transfère à l'acquéreur l'autorisation qu'il a reçu du ministère de l'agriculture.

Lorsque ce sont des considérations personnelles qui ont motivé l'autorisation, celles-ci en raison de leur caractère strictement personnel, ne pourront pas être transférées automatiquement avec le fonds. Il faut que l'acquéreur soit agréé par les pouvoirs publics. C'est le cas en matière d'agrément de transport, et également pour les licences de débits de boissons et agents de voyages

F- certaines créances et dettes

Les créances et les dettes du fonds de commerce sont des droits personnels qui sont attachés à la personne même du commerçant. En conséquence, elles ne sont pas comprises dans la vente du fonds de commerce. Autrement dit, l'acquéreur ne succède pas aux droits et aux obligations du vendeur.

Toutefois, certaines dérogations ont été apportées à ce principe et qui permettent de transférer à l'acquéreur certaines créances et dettes du vendeur.

1/ dans l'intérêt du « personnel de l'entreprise », les contrats de travail conclus par le vendeur, sont automatiquement pris en charge par l'acquéreur, ce qui fait que les salariés conservent tous les avantages acquis dans l'entreprise et notamment de l'ancienneté.

2/ l'acquéreur peut être tenu au paiement des impôts qui n'ont pas été payés par le vendeur. C'est pourquoi dans la pratique, l'acquéreur ne verse le prix de vente au vendeur que sur production d'un quitus fiscal.

Para 2 : les éléments corporels

Sont constitués d'une part par le matériel et l'outillage et d'autre part par les marchandises.

A- le matériel et l'outillage

Ce sont des objets mobiliers que le commerçant utilise pour exploiter son entreprise. Le commerçant peut se procurer son matériel de trois manières :

En premier lieu, il peut acheter le matériel au comptant.

En second lieu, il peut l'acheter à crédit, ce crédit peut être consenti soit par le fournisseur soit par un organisme de crédit qui finance l'acquisition. En général, le commerçant donne ce matériel en nantissement soit au profit du vendeur, soit au profit de la banque. Ce nantissement s'appelle nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement, et il est réglementé par les articles 355 et suivants du code de Commerce.

En troisième lieu, il peut se procurer le matériel nécessaire en recourant au leasing ou crédit-bail, il s'agit de la location de biens d'équipement avec possibilité de rachat par le locataire en fin de bail.

B- les marchandises

Les marchandises sont constituées par les matières premières destinées à être transformées et par les produits finis destinés à être vendus.

C'est l'élément le moins stable du fonds de commerce dans la mesure où le stock de marchandises est appelé à varier tous les jours en fonction des achats et des ventes, c'est pourquoi il est très difficile au commerçant de mobiliser ses marchandises pour prendre du crédit. Toutefois, on peut mobiliser par la technique du warrant à condition de déposer au préalable les marchandises dans un magasin général.

Il est possible au commerçant de donner en gage ses marchandises pour obtenir un crédit.

Ceci étant, le fonds de commerce n'est pas constitué nécessairement de tous les éléments incorporels et corporels qui viennent d'être analysés. Tout dépend de l'activité de l'entreprise.

Ainsi, certains fonds de commerce ne comprennent pas de marchandises, c'est le cas des agences d'affaires, des entreprises de transport.

Dans d'autres cas, le droit au bail n'existe pas, lorsque le commerçant est propriétaire du local dans lequel il exerce son activité. Par ailleurs, la plupart des entreprises commerciales n'exploitent pas des droits de propriété intellectuelle.

Mais il faut considérer que la clientèle est un élément indispensable d'un fonds de commerce, il n'y a pas de fonds de commerce sans clientèle mais cette clientèle n'est pas à elle seule suffisante, il faut qu'elle soit attirée par d'autres éléments, ces éléments doivent constituer le support de la clientèle.

Il suffit simplement de la réunion de certains éléments (parmi les huit), pour constituer un fonds de commerce à condition que la clientèle existe, il n'y a pas de fonds de commerce sans clientèle, mais cette clientèle n'est pas à elle seule suffisante, il faut qu'elle soit rattachée à d'autres éléments. Il s'ensuit que le fonds de commerce est une entité juridique constituée d'un ensemble d'éléments à contenu variable

Chapitre 2 : les opérations juridiques portant sur le fonds de commerce

Le fonds de commerce constitue une entité distincte des différents éléments qui le composent, et à ce titre, il a une valeur économique et peut donc faire l'objet d'opérations juridiques. Certaines de ces opérations sont des actes de disposition, il s'agit de la vente, de l'apport en société et du nantissement.

D'autres opérations ne constituent que des actes de gestion (ou d'administration), c'est le cas de la gérance salariée et la gérance libre qui est la location d'un fonds de commerce.

Section 1 : la vente du fonds de commerce

La vente du fonds de commerce comme toute vente, est soumise en principe aux règles du droit commun. Toutefois, la loi a apporté un certain nombre de dérogations au droit commun soit dans l'intérêt des créanciers du vendeur pour préserver leur gage sur le fonds de commerce, soit dans l'intérêt du vendeur pour le protéger contre l'insolvabilité de l'acquéreur.

Para 1 : les conditions de la vente du fonds de commerce

On distingue des conditions de forme et des conditions de fond mais il faut ajouter les conditions de publicité.

A- conditions de forme

Toute vente de fonds de commerce doit être constatée par un acte écrit qui peut être notarié ou sous seing privé, cet acte doit comporter les mentions obligatoires suivantes :

1/ le nom du vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition (quand et comment il a acheté), le prix d'acquisition qui doit spécifier distinctement le prix des éléments incorporels, le prix du matériel et le prix des marchandises.

2/ la liste des inscriptions des privilèges et des nantissements qui sont pris sur le fonds de commerce.

3/ s'il y a lieu, le bail (ne pas en tenir compte s'il est propriétaire), sa date, sa durée, le montant du loyer actuel, le nom et l'adresse du bailleur.

4/ l'origine de la propriété du fonds de commerce.

Ce dispositif a été institué au profit de l'acquéreur pour lui permettre d'agir en toute connaissance de cause.

A défaut de l'une de ces mentions, l'acquéreur est en droit de demander l'annulation de la vente s'il justifie d'un préjudice résultant de l'absence de cette mention.

En cas d'inexactitude dans les mentions, l'acquéreur a le choix entre l'annulation de la vente et la réduction du prix de vente, si cette inexactitude lui a porté préjudice.

Dans les deux cas, l'action doit être intentée par l'acquéreur (annulation ou réduction du prix) dans un délai maximum d'un an à partir de la date de l'acte de vente (du contrat).

B- conditions de fonds

Ces conditions obéissent aux règles du droit commun de la vente sous réserve des précisions suivantes concernant l'objet et le prix.

1- l'objet

La loi exige que soient énumérés dans l'acte de vente, les différents éléments qui composent le fonds vendu, à savoir les éléments incorporels (voir plus haut), le matériel et les marchandises (éléments corporels).

2- le prix

Le prix doit être réel et sérieux. Un prix dérisoire dissimule généralement soit une atteinte aux droits des créanciers soit une fraude fiscale pour éviter de payer les droits de mutation.

Pour contrecarrer la simulation, la loi a prévu les mesures suivantes :

En premier lieu, elle permet aux créanciers qui ont fait opposition, de faire une surenchère de 1/6 et aux créanciers inscrits (nantis), de faire une surenchère de 1/10.

En second lieu, le code de l'enregistrement sanctionne toute dissimulation de prix par une forte amende. Il déclare par ailleurs : « est nulle et de nul effet toute convention ayant pour but de dissimuler une partie du prix de vente ».

Dans tous les cas, le prix doit être déposé auprès d'une instance dûment habilitée à conserver les dépôts, il s'agit notamment des banques, des notaires et de la caisse du tribunal.

C- les conditions de publicité

Le fonds de commerce constitue souvent le seul bien du commerçant et il est à craindre que la vente de ce fonds fasse courir aux créanciers le risque de ne pas être payés.

Pour protéger les créanciers du vendeur, la loi exige que la vente du fonds de commerce fasse l'objet d'une publicité pour permettre à ses créanciers d'être au courant de la vente et de faire valoir leurs droits.

1- modalités de la publicité

L'acte de vente doit être déposé dans les 15 jours de sa date au secrétariat du tribunal dans le ressort duquel le fonds est situé.

Un extrait de l'acte de vente doit être inscrit au registre du commerce et publié au bulletin officiel et dans un journal d'annonces légales.

Cette double publication doit être renouvelée entre le 8e et le 15e jour après la première insertion.

2- sanctions du défaut de publicité

Il faut distinguer deux cas selon que la publicité est inexistante ou qu'elle est simplement incomplète ou irrégulière :

Dans le premier cas, la vente est inopposable aux tiers, il en résulte que les créanciers du vendeur peuvent, si le prix de vente a été payé à l'acquéreur, réclamer à ce dernier le montant de leurs créances à concurrence du prix de vente. Autrement dit, l'acquéreur risque de payer une deuxième fois le prix de vente.

Dans le deuxième cas, le tribunal apprécie si l'irrégularité de la publicité a causé un préjudice aux créanciers du vendeur. Dans l'affirmative, le tribunal peut obliger l'acquéreur, s'il a déjà payé le prix de vente, de désintéresser les créanciers en payant une seconde fois le prix de vente.

3- but de la publicité

La publicité est faite dans l'intérêt des créanciers du vendeur, on distingue à cet égard deux catégories de créanciers :

En premier lieu, les créanciers nantis c'est-à-dire ceux qui bénéficient d'un nantissement inscrit sur le fonds de commerce, ces derniers n'ont rien à craindre parce que du fait de l'inscription de leur gage, la vente ne peut pas se faire sans eux.

En second lieu, les créanciers chirographaires c'est-à-dire qui n'ont pas de garantie particulière, ils sont inconnus de l'acquéreur, ce qui fait que le commerçant peut vendre son fonds, toucher le prix sans qu'ils puissent prétendre au paiement de leurs dettes.

C'est principalement pour ses créanciers chirographaires que la publicité a été organisée, elle leur permet d'une part de faire opposition sur le prix de vente, d'autre part, ils peuvent faire une surenchère.

a- l'opposition

Dans les 15 jours qui suivent la deuxième insertion, les créanciers chirographaires ont la possibilité de faire opposition sur le prix de vente, c'est-à-dire s'opposer au versement du prix au vendeur.

Cette opposition peut se faire soit par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception au secrétariat greffe du tribunal où l'acte de vente a été déposé, soit par le dépôt de l'opposition au greffe contre récépissé.

L'opposition doit indiquer à peine de nullité, le montant et les causes de la créance, elle doit contenir une élection de domicile dans le ressort du tribunal.

Tous les créanciers chirographaires du vendeur peuvent faire opposition sans tenir compte de la nature de leurs créances (civile ou commerciale), ou de son exigibilité.

Si l'opposition est régulière, elle a pour effet de bloquer le prix de vente et d'empêcher le vendeur de percevoir valablement le prix. Tout paiement partiel ou total du prix avant que les créanciers opposants ne soient désintéressés, ne leur sera pas opposable.

Cette protection des créanciers peut présenter parfois quelques inconvénients pour le vendeur :

En premier lieu, un prix de vente important peut-être bloqué par une créance dérisoire, c'est pourquoi le vendeur peut demander au président du tribunal de percevoir le prix de vente en consignation dans la caisse du tribunal, le montant des créances déclarées. Cette procédure s'appelle « le cantonnement de l'opposition ».

En second lieu, l'opposition peut être faite à la légère c'est-à-dire qu'elle ne se fonde ni sur un titre ni sur une cause réelle, elle peut aussi être nulle en la forme faute d'avoir respecté les exigences légales. Dans ce cas, le vendeur peut demander au président du tribunal, l'autorisation de toucher le prix malgré l'opposition. Cette procédure s'appelle « main levée de l'opposition ».

b- la surenchère

Les créanciers opposants, s'ils estiment qu'une partie du prix a été dissimulée, peuvent demander au tribunal de faire vendre le fonds de commerce aux enchères publiques, en se portant eux-mêmes acquéreurs de ce fonds et en offrant de payer le prix des éléments incorporels augmenté du 1/6 (la surenchère du sixième).

Cette possibilité de surenchère suppose la réunion de trois conditions :

1/ il faut que le prix de vente déclaré ne suffise pas à désintéresser tous les créanciers.

2/ la surenchère doit être faite dans les 30 jours qui suivent la 2ème insertion.

3/ il doit s'agir d'une vente ordinaire. La surenchère n'est pas admise après la vente judiciaire d'un fonds de commerce.

Para 2 : les effets de la vente

La vente fait naître à la charge des deux parties des obligations précises :

A- obligations du vendeur

Elles sont au nombre de deux :

1- le transfert de propriété (obligation de délivrance)

Le vendeur doit transférer à l'acquéreur la propriété du fonds, ce transfert se réalise par le seul effet du consentement.

Mais à l'égard des tiers, le transfert ne leur sera opposable que si la propriété des différents éléments du fonds a été transférée selon les règles qui leur sont propres.

Ainsi, pour le matériel et les marchandises, il faut la mise en possession de l'acquéreur.

Pour le droit au bail, il faut que la vente soit notifiée au bailleur.

Pour les droits de propriété industrielle, il faut opérer une inscription à l'O.M.P.I.C.

2- l'obligation de garantie

En matière de vente de fonds de commerce, le contrat contient une clause de non rétablissement, qui s'analyse comme une obligation de non concurrence. Il s'agit d'interdire au vendeur de s'installer à proximité du fonds vendu, pour détourner à son profit la clientèle qu'il a cédée.

Cette clause est toujours sous-entendue dans un contrat de vente de fonds de commerce, c'est-à-dire qu'elle joue même si elle n'a pas été expressément stipulée. Cependant, cette interdiction ne doit pas être absolue sinon, elle serait contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Elle doit être limitée dans le temps et dans l'espace et concerner l'activité exercée par le fonds (Ne peut être appliquée que si c'est la même activité).

B- obligation de l'acquéreur

Cette obligation réside dans le paiement du prix. Ce prix doit être payé au comptant ou à crédit. Dans ce dernier cas, la loi a prévu des dispositions pour garantir le vendeur en ce qui concerne le paiement du prix, et ce en prévoyant deux mécanismes : le privilège du vendeur et l'action résolutoire.

1- le privilège du vendeur

Le vendeur qui veut garantir le paiement du prix, a la possibilité de faire inscrire un privilège au registre du commerce. Ce privilège doit être mentionné dans l'acte de vente et il confère à son titulaire deux prérogatives, un droit de préférence et un droit de suite.

Le droit de préférence permet au vendeur impayé de faire vendre le fonds de commerce aux enchères publiques et se faire payer en priorité sur le produit de la vente.

Le droit de suite lui permet de saisir le fonds de commerce entre les mains de toute personne lorsque le fond ne se trouve plus dans le patrimoine de l'acquéreur par exemple : par suite d'une revente.

2- l'action résolutoire

Le vendeur impayé peut demander la résolution de la vente. Cette résolution a pour conséquence d'anéantir le contrat de vente avec effet rétroactif.

L'action résolutoire permet au vendeur de reprendre son fonds de commerce. L'action résolutoire ne peut aboutir que si elle remplit trois conditions :

1/ elle doit être expressément mentionnée dans l'inscription du privilège.

2/ le vendeur qui exerce l'action résolutoire doit notifier au créancier nanti. Le jugement qui prononce la résolution ne peut intervenir que 30 jours après cette notification.

Les créanciers ainsi avertis pourront (s'ils le veulent), éviter la résolution en désintéressant le vendeur impayé.

3/ l'action résolutoire est limitée aux seuls éléments qui font partie de la vente.

Section 2 : le nantissement du fonds de commerce

Le nantissement a pour but de permettre au commerçant d'obtenir crédit en donnant en gage son fonds de commerce.

C'est une garantie qui est donnée au prêteur pour lui assurer le remboursement de son prix.

Para 1 : les conditions de constitution du nantissement

A- conditions de forme

Le nantissement doit être constaté par un écrit notarié ou sous seing privé, soumis à la formalité de l'enregistrement.

B- conditions de fond

Le nantissement peut porter sur tous les éléments du fonds à l'exclusion des marchandises.

C- conditions de publicité

L'acte de nantissement doit être déposé au greffe du tribunal dans les 15 jours de sa date, et inscrit dans le même délai au registre du commerce.

Cette inscription conserve le nantissement pendant une période de cinq ans, à l'expiration de ce délai, le nantissement est périmé sauf la possibilité qui est

donnée au créancier de procéder à son renouvellement pour une seule et même période de cinq ans.

Para 2 : les effets

Le nantissement confère à son titulaire le droit de préférence et le droit de suite.

A- le droit de préférence

Le créancier nanti qui veut poursuivre la réalisation du nantissement doit adresser au propriétaire du fonds, une mise en demeure d'avoir à acquitter sa dette en lui indiquant que faute de paiement, il s'exposerait à la vente de son fonds.

Cette vente est faite aux enchères publiques, le créancier nanti a une place privilégiée pour recouvrer sa créance avant les créanciers chirographaires.

B- le droit de suite

Ce droit permet au créancier nanti de suivre le fonds en quelles que mains qu'il se trouve pour le saisir et le faire vendre aux enchères publiques.

Malgré l'existence du nantissement, le commerçant peut transférer le siège de son activité dans un autre lieu mais à condition d'obtenir l'accord du créancier nanti.

Section 3 : la gérance du fonds de commerce

Le propriétaire d'un fonds de commerce peut l'exploiter lui-même c'est le cas le plus fréquent dans la pratique, mais il peut arriver que le propriétaire confie

l'exploitation ou la gérance à une autre personne soit dans le cadre d'une gérance salariée, soit dans le cadre d'une gérance libre.

Para 1 : la gérance salariée

Le propriétaire du fonds peut confier à un gérant salarié l'exploitation de son fonds. Ce gérant est lié au propriétaire par un contrat de travail (c'est pourquoi on parle de gérance salariée).

Il exploite le fonds au nom et pour le compte du propriétaire et sous le contrôle de ce dernier. Il n'a pas la qualité de commerçant, cette qualité reste attachée à la personne du propriétaire. C'est ce dernier qui conserve les risques de l'exploitation (soit des bénéfices soit des pertes).

Le gérant perçoit un salaire qui comporte généralement une partie fixe et un intéressement sur les résultats du fonds.

Para 2 : la gérance libre

Elle consiste de la part d'un propriétaire, à donner son fonds de commerce en location. Cette technique s'appelle également la location-gérance ou gérance libre du fonds de commerce.

Le gérant libre exploite le fonds en son nom, pour son propre compte et à ses risques et périls, il y a donc une séparation très nette entre la propriété et l'exploitation du fonds.

A- conditions de la gérance libre

1/ le gérant a la qualité de commerçant et il est soumis à toutes les obligations qui en découlent.

Le bailleur perd la qualité de commerçant et doit se faire radier du registre de commerce.

2/ un extrait du contrat de gérance doit être publié dans la quinzaine de sa date au bulletin officiel et dans un journal d'annonces légales. La même publicité est exigée à la fin de la gérance libre.

3/ le gérant libre doit indiquer sa qualité (de gérant libre) sur tous ses documents sous peine d'une amende de 2000 à 10 000 dirhams.

B- les effets

La gérance libre produit trois séries d'effets :

1- effets à l'égard des créanciers du bailleur
(propriétaire)

Lorsque la gérance libre est de nature à porter préjudice aux créanciers du bailleur du fonds, ces derniers peuvent demander au tribunal dans un délai de trois mois à compter de la publication du contrat de gérance libre, de déclarer exigibles les créances antérieures ayant pour cause l'exploitation du fonds.

2- effets à l'égard du bailleur

En premier lieu, le bailleur est solidairement responsable avec le gérant libre des dettes contractées par ce dernier à l'occasion de l'exploitation du fonds, et ce jusqu'à la publication du contrat de gérance, et pendant les six mois qui suivent la date de cette publication.

En second lieu, le bailleur reste solidairement responsable des dettes de son locataire tant qu'il ne s'est pas fait radier du registre du commerce.

En troisième lieu, le bailleur est solidairement responsable du paiement des impôts dus à raison de l'exploitation du fonds.

3- effets à l'égard des créanciers du gérant libre

La fin de la gérance libre rend immédiatement exigibles, les dettes afférentes à l'exploitation du fonds, contractées par le gérant libre pendant la durée de la gérance.

Nature juridique du contrat

Introduction :

La société est définie par l'article 982 comme étant un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en communs leur bien ou leur travail ou les deux à la fois en vue de partager des bénéfices qui pourraient en résulter.

La question est de savoir si la société est une institution ou un contrat, c'est aujourd'hui une question classique qui a souvent animé les débats entre juristes qui divergent sur les 2 conceptions. Par ailleurs la société d'hier n'est pas la société de demain. Le libéralisme économique du 19^{ème} siècle ou la société s'est reconnue fortement contractuelle jusqu'au dirigisme du 20^{ème} siècle faisant bénéficier la société d'une nature institutionnelle. Aussi parmi les formes de sociétés les plus réglementées nous avons la SA. Ainsi à partir de ce que nous venons de traiter se pose alors la question de déterminer la nature juridique de la société, s'agit-il d'un contrat ou d'une institution ou les deux à la fois.

Dans un premier temps, nous allons aborder la combinaison de l'aspect contractuel et l'aspect institutionnel. Puis dans un 2^{ème} temps, nous allons traiter la prédominance de l'aspect institutionnel.

I. Combinaison de l'aspect contractuel et de l'aspect institutionnel :

(Les 2 aspects existent pendant tout le long de ma vie de ma société)

A. L'image de l'aspect contractuel :

Dans une certaine mesure nous pouvons dire que l'aspect contractuel est prédominant dans la société. Hormis le fait que la société créée par la volonté des associés ... nous pouvons rajouter aussi que la signature des statuts demeure valable indépendamment de l'immatriculation de la société au registre du commerce. L'acte créateur de la société permet d'établir des rapports entre associés. IL permet aussi aux cocontractants de modifier les règles légales sous certaines réserves toutefois.

B. L'image de l'aspect institutionnel :

Néanmoins nous pouvons affirmer que la société est plus qu'un contrat. Ainsi à partir de l'immatriculation au registre du commerce, il y'a création d'une personne morale qui est distincte de la personne des associés.

Cette personne morale permet à la société de mener une existence. Indépendant en ayant une vie juridique propre. De plus elle est minutieusement réglementée par un cadre rigide, la loi.

II. Prédominance de l'aspect institutionnel

(Exemple loi qui oblige des formes de sociétés pour certaines activités comme la banque)

A. Au niveau de la constitution

Bien que la société soit créée par un contrat, la volonté individuelle reste cernée dès la création de la nouvelle personne morale. Et aussi les associés ne peuvent constituer une société que s'il possède les conditions requises par la loi et ceux au niveau du capital et au niveau du nombre minimum d'associés exigés dans chaque forme de société par la loi. De plus les associés sont tenus d'établir des statuts qui doivent contenir des mentions obligatoires sous peine de nullité (de sanctions).

Aussi les associés sont tenus de respecter les formalités de dépôts et de publicité sous peine de nullité.

B. Au niveau du fonctionnement :

Nous savons que la société est créée par un acte constitutif qui est nécessaire pour la société acquiert la personnalité morale. Mais les conditions de

fonctionnement de cette personne morale se retrouvent largement déterminées par la loi.

Puisque c'est la loi qui décide des organes qui font vivre la société et arrête leurs pouvoirs l'égard des tiers. Et enfin nous pouvons rajouter que c'est la loi qui décide du moment où la société doit arrêter son fonctionnement. Par ailleurs les associés ont la possibilité de recourir à des conventions extrastatutaires pour fuir de certaines règles à codifier de ne pas empiéter sur des règles d'ordre public. Par conséquent nous constatons que l'aspect institutionnel intervient toujours en tant que régulateur.