

VENTE DU FONDS DE COMMERCE

INTRODUCTION:

Le fonds de commerce est par définition un bien meuble incorporel. Selon l'article 135 de l'Acte Uniforme OHADA portant droit commercial général, c'est un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver la clientèle constituant ainsi, son élément principal. Il comporte des éléments corporels et incorporels et peut faire l'objet de vente.

La cession du fonds de commerce comme toute vente, est soumise en principe aux règles du droit commun. Mais, aussi simple qu'elle puisse paraître, cette opération nécessite la maîtrise de certains concepts juridiques propres au droit commercial. Toutefois, l'AUDCG a apporté nombre de dérogations ces principes, 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. Alors quels sont ces aménagements et quelles en sont les particularités ? Quels sont les éléments du fonds de commerce susceptibles de faire l'objet de renoncement ? Quels sont les effets de la cession du fonds de commerce ?

Ainsi, il est important de nous pencher d'abord sur les conditions de cession du fonds de commerce (I), ensuite, nous appesantir sur ses effets, qui indubitablement nous amèneront à apprécier l'opportunité de cet acte commercial (II).

I – LES CONDITIONS DE LA CESSION DU FONDS DE COMMERCE

Comme nous l'avons tantôt dit, la vente du fonds de commerce respecte les règles du droit commun nonobstant quelques spécificités propres au droit commercial. On distingue donc des conditions de fond (A) et des conditions de forme (B), des quelles nous rappellerons les sanctions (C).

A – Les conditions de fond

Les conditions de fond sont celles dont la lésion entraîne la nullité de l'acte de vente elles obéissent grosso modo aux règles du droit commun de la vente sous réserve des dispositions particulières au droit commercial notamment : la capacité, Le consentement, l'objet et le prix.

1- La capacité

La capacité est celle relative à l'exercice du commerce telle que prescrite par l'acte uniforme portant droit commercial général en son chapitre II et qui sont l'âge, l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, la non incompatibilité, la non interdiction.

En effet, en plus de la condition d'âge tels qui est de 21 ans au moins ou

l'émancipation tel que prévu par les règles du droit commun, l'acquéreur et le vendeur du fonds de commerce doivent être immatriculés au Registre du Commerce (article 150 de l'AUDCG alinéa 3), ne pas être déchu par une juridiction pénale, ni incompatible (fonctionnaires, personnels des collectivités publiques, auxiliaires de justice etc).

2- Le consentement

Les règles ordinaires de formation du contrat s'appliquent. Le consentement en est l'un des éléments fondateur. C'est pourquoi le législateur OHADA insiste que la cession du fonds de commerce soit faite par un acte authentique ou un acte sous seing privé pour effectivement laisser traces de ce consentement. Ainsi l'acte de vente est nul en cas de vice de consentement

3- L'objet

La loi exige que soient énumérés dans l'acte de vente, les différents éléments qui composant le fonds vendu, à savoir les éléments incorporels (voir plus haut), le matériel et les marchandises (éléments corporels). L'acte de vente peut porter sur tout le fonds de commerce et surtout la clientèle, l'enseigne et le nom commercial (article 136 AUDCG). La vente des autres éléments corporels ou incorporels (les installations, les aménagements et agencements, le matériel, le mobilier, les marchandises, les brevets etc ...) est possible mais n'emporte pas cession. Ainsi, en cas de non inclusion de la clientèle, et / ou du nom commercial et de l'enseigne tels que précités par l'article 136 de l'AUDCG, la vente est impossible quelque soit les dispositions contenues dans le contrat. Il faut toutefois noter que la vente ne doit pas porter sur un objet illicite.

4- Le prix

Le prix doit être réel, sérieux et sincère. Un prix dérisoire ou fictif dissimule généralement soit une atteinte aux droits des créanciers soit une fraude fiscale pour éviter de payer les droits de mutation. Sinon, les services fiscaux peuvent le redresser en provoquant au besoin une expertise.

En premier lieu, il permet aux créanciers inscrits ou nantis qui font opposition, de faire une surenchère de 1/6.

En second lieu, le code de l'enregistrement sanctionne toute dissimulation de prix par une forte amende. Ainsi, 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 du tribunal.

B – Les conditions de forme

1- L'écrit et la preuve :

Dans l'optique de la liberté de preuve en droit commercial, la vente n'est pas subordonnée à un écrit. Mais en pratique, un écrit est réalisé pour les besoins de publicité et d'immatriculation. Dans l'article 149 de l'AUDG, Il peut se faire par acte sous seing privé ou par acte authentique en comportant certaines mentions obligatoires

telles que l'état civil complet des parties au contrat de vente pour les personnes physiques, dénomination sociale, forme juridique, adresse du siège social etc ... pour les personnes morales et ne l'oublions pas le prix convenu et une copie certifiée conforme en est enregistrée par l'une des parties .

Dans un délai d'un an, une action en nullité relative peut sanctionner le vendeur au profit du seul acquéreur en cas d'omission ou d'inexactitude de ces mentions.

2- Les mesures de publicité :

Du dépôt de l'acte de vente en deux copies certifiées conformes par le vendeur ou l'acquéreur au RCCM (article 152 AUDCG) et La publication de l'acte de vente du fonds de commerce dans un journal légal est prescrite dans un délai de quinze jours au lieu d'enregistrement du vendeur dépendent l'opposabilité au tiers. Le défaut n'empêche toutefois pas la vente d'être valable. Toutefois, elle permet d'informer les créanciers du vendeur.

C - Les sanctions

L'absence d'une condition de validité d'un acte juridique est sanctionnée par la nullité. La nullité sanctionne un vice de formation. Comme en droit commun, on distingue dans la cession du fonds de commerce aussi, la traditionnelle division nullité relative et nullité absolue.

1- La nullité relative

Elle sanctionne l'inobservation des conditions de forme du contrat de vente. Ses délais sont courts et prévues dans l'AUDCG. Seuls les parties intéressées peuvent l'invoquer de plein droit.

2- La nullité absolue

La nullité absolue quant à elle sanctionne les vices des conditions de fonds pendant la formation de la vente. Ses délais sont long parce qu'elle est d'ordre publics et tout le monde peut l'invoquer.

Il est par ailleurs important de noter que la nullité diffère et l'action résolutoire, que allons étudier, bien que produisant les mêmes effets. La première sanctionne les vices de formation du contrat de vente alors que la seconde sanctionne un défaut lié à l'exécution de la vente, le non paiement eu terme de l'échéance conclue par exemple.

II-LES EFFETS DE LA CESSIION DU FONDS DE COMMERCE

La vente ne fait pas seulement naître des obligations à la charge des deux parties c'est-à-dire le vendeur (A) et l'acheteur (B), elle a certains effets à l'égard des tiers créanciers (C).

A- Les obligations du vendeur

Elles sont au nombre de deux : le transfert de propriété et l'obligation de garantie.

1- Le transfert de propriété ou obligation de délivrance.

Le vendeur doit transférer à l'acquéreur la propriété du fonds. Ce transfert se réalise par le seul effet du consentement. L'article 154 de l'AUDCG stipule que si le paiement se fait en nature, le transfert du fonds ne se fait qu'à la date du complet paiement. 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.

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 car 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 ne concerner que l'activité exercée par le fonds cédé.

B- Les obligations de l'acquéreur

Cette obligation réside dans le paiement du prix. Ce prix peut 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 privilège est un droit de priorité conféré au vendeur sur le fonds vendu à crédit. Il lui permet dans le cas où le fonds serait revendu, de se faire payer en priorité sur le prix de revente par préférence aux autres créanciers. Ainsi, Le vendeur qui veut garantir le paiement du prix, a la possibilité de faire inscrire un privilège au registre du commerce. Selon le droit OHADA, l'inscription conserve le privilège pendant cinq [ans. il](#) peut être renouvelé avant son expiration si le vendeur veut en conserver les effets. Ce privilège doit être mentionné dans l'acte de vente et, confère à ses titulaires 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 :

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

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

La résolution ne peut être prononcée que par la juridiction compétente du lieu d'immatriculation du vendeur du fonds.

C – Le droit d'opposition des créanciers

Les créanciers nantis sont ceux qui ont un nantissement dans le fonds de commerce. Le nantissement est un gage sans dépossession du débiteur qui porte sur le fonds de commerce représentant une garantie réelle accessoire que le commerçant offre pour accéder à un prêt. Ils ont donc un droit principal pendant la vente de ce fonds par rapport aux créanciers chirographaires qui eux, ne bénéficie d'aucune garantie pour le paiement de leur créance. En conséquence le nanti est un créancier privilégié en cas d'opposition à la vente.

1-La procédure d'opposition

L'opposition doit être faite dans les trente jours à compter de la publication de la vente dans un journal d'annonces légales. L'opposition est notifiée par voie extra judiciaire au notaire ou à l'établissement bancaire ou à été déposé le prix, à l'acquéreur et au greffe de la juridiction ou est tenue le RCCM. Elle a pour effet de bloquer le prix entre les mains de l'intermédiaire. Bref, l'opposition a un effet conservatoire, de privilège et de résolution et peut conduire en cas de non résolution amiable à l'adjudication.

2- La surenchère

L'article 162 fixe les conditions de surenchère. Ainsi, Tout créancier principal ayant régulièrement fait opposition peut, dans le mois de la publication de la vente former une surenchère du sixième du prix du fonds de commerce. Lorsque le fonds fait l'objet d'une vente forcée, les créanciers nantis et opposants Bénéficient du même droit de surenchère qui doit s'exercer dans le même délai à compter de l'adjudication. Le surenchérisseur doit consigner, dans le même délai, au greffe de la juridiction compétente, le montant du prix augmenté du sixième et supporte l'établissement du cahier étant.

Dans les quinze (15) jours francs de la surenchère, le surenchérisseur publie conformément aux dispositions d'une vente ordinaire, dans le lieu où le vendeur est inscrit, un avis comportant l'indication du lieu et de la date de la vente en justice ainsi que des modalités de consultation du cahier des charges. Passé ce délai, la surenchère est nulle de plein droit et les frais supportés par le surenchérisseur sans préjudice des dommages-intérêts éventuels pour surenchère abusive.

Aucune nouvelle opposition ne peut être formée pendant la procédure de surenchère.

CONCLUSION

En somme, la cession de fonds de commerce est une étape importante dans la vie du commerçant. D'une part, c'est parfois le premier acte qui le conduit vers la vie commerciale. D'autre part, il peut s'agir également du dernier acte de commerce qu'il effectue avant de partir à la retraite. Dans tous les cas, il s'agit d'un acte important dans sa vie et qui nécessite souvent un accompagnement par un professionnel du droit. Que dire de la difficulté supplémentaire lorsque cette cession est réalisée par le biais d'une personne morale, c'est-à-dire une société.

Notes :

- Les créanciers super privilégiés : les salariés.
- Les créanciers privilégiés: les créanciers nantis.
- Les créanciers non privilégiés : les créanciers chirographaires sont payés au marc le franc.

La cession de fonds de commerce

Dans la vie des affaires, il est assez courant d'entendre parler de « cession de fonds de commerce ». Mais afin de bien comprendre ce processus il est impératif de pouvoir identifier ce que nous pouvons qualifier de « fonds de commerce ».

1. Introduction : qu'est-ce qu'un fonds de commerce ?

La loi ne définit pas de manière précise cette notion. De manière générale, nous pouvons établir qu'il faut entendre par fonds de commerce : « un ensemble de biens (une universalité de bien) corporels et incorporels au service d'une clientèle, permettant d'exploiter de manière utile un commerce déterminé ». La substance même d'un fonds de commerce est donc variable en fonction du commerce en présence.

Il est néanmoins possible d'identifier les éléments récurrents d'un fonds de commerce : - La

clientèle

La clientèle est à proprement parler la pierre angulaire du fonds de commerce. Bien qu'on ne puisse être « propriétaire » d'une clientèle, celle-ci a une valeur. Le cessionnaire acquiert un droit de présentation de celle-ci.

- Le droit au bail

Sans bail, pas d'activité. La cession du droit au bail est donc essentielle pour la poursuite des activités.

Il est possible de trouver au sein du contrat de bail une clause interdisant la cession ou Il s'agit : du nom commercial, de la marque, de l'enseigne, des brevets... évaluable en argent.

la sous-location sans accord écrit préalable du bailleur. Ce type de clause n'aura aucun effet si la cession du bail se fait en même temps que la cession du fonds de commerce (sauf si le bailleur ou sa famille habitent une partie de l'immeuble, dans ce cas l'interdiction sera valable).

- Les éléments corporels

Il s'agit ici du mobilier et du matériel directement lié au commerce (les machines, les véhiculent, l'outillage, etc.).

Concernant le stock, celui-ci fait généralement l'objet d'une évaluation séparée et ne fait donc pas partie de la valeur du fonds de commerce.

- Les droits de propriétés intellectuelles

- Les contrats en cours

La plupart des contrats se transmettent simplement du cédant au cessionnaire (contrat d'approvisionnement, de fourniture, ...). Certains contrats peuvent prévoir une clause spécifique afin d'être automatiquement exclu de la cession. Enfin, les contrats qualifié « intuitu personae » c'est à dire eu égard à la personne du cédant sont exclu de toute cession automatique.

- Les éléments exclus par principe

Le fonds de commerce étant par principe un élément d'actif, les dettes ne sont donc pas transférées avec le fonds. Le passif reste donc attaché au commerçant ou à la société qui exploite le fonds de commerce.

Les immeubles ne font partie de la cession du fonds de commerce que si et seulement si ce transfert a été expressément stipulé dans l'acte de cession par les parties.

2. Le contrat de cession de fonds de commerce

Le contrat de cession de fonds de commerce est un contrat dit : « consensuel », cela signifie qu'un écrit n'est pas obligatoire. Il sera néanmoins conseillé de rédiger un contrat écrit afin d'éviter tout malentendu ou litige ultérieur. L'écrit permettra aux parties de mieux appréhender et de lister les éléments de la cession.

Certains éléments contenus dans le fonds de commerce doivent, pour leur cession, faire l'objet d'un écrit. C'est le cas notamment des immeubles pour lesquelles un acte notarié est nécessaire.

Il est de pratique d'assortir le contrat de cession de « clause suspensive ». Les clauses suspensives ont pour effet de retarder la réalisation effective de la vente tant qu'elles ne sont pas réalisées. Pendant ce temps tous les effets de la vente sont donc suspendus.

a) Accord sur le prix et les modalités de paiement

Le prix doit être déterminé ou à tout le moins déterminable.

Une fois que les parties sont d'accord sur le prix, elles devront fixer les modalités de paiement. Le prix et les modalités de paiement sont deux clauses essentielles du contrat de cession.

Plusieurs options sont envisageables :

- Un paiement au comptant de la totalité du prix au jour de la cession

- Un paiement échelonné dans le temps. Dans ce cas il faudra prévoir des clauses de garantie pour le vendeur comme : une clause de réserve de propriété, une garantie bancaire, une clause résolutoire de plein droit en cas de non-paiement, etc.

Afin de se protéger contre toutes dettes d'impôt pouvant grever le fonds de commerce, l'acheteur pourra exiger du vendeur qu'il lui fournisse un « certificat fiscal ». En l'absence de celui-ci il y aura, en cas de dettes d'impôt, solidarité de paiement. Il faudra de plus expédier ce certificat et notifier la cession du fonds au SPF Finances (Administration de Contributions directes).

b) Les garanties offertes par le vendeur

En matière de vente, le droit commun impose au vendeur certaines garanties légales. Le fondement de ces garanties est : le consentement, l'erreur, le dol, et la garantie des vices cachés. Cependant nous remarquons que l'effectivité réelle de ces garanties est limitée.

L'obligation de non-concurrence est quant à elle applicable de plein droit, même si elle n'est pas clairement stipulée dans le contrat de cession. Le vendeur a l'obligation de procurer au vendeur une jouissance paisible du fonds. Il est néanmoins conseillé de préciser cette clause dans le contrat de cession afin de définir clairement son champ d'application : durée, limite géographique, etc.

3. Formalités de la cession

Certaines formalités doivent obligatoirement être respectées afin de rendre la cession opposable à l'administration des contributions directes, à la TVA et enfin à l'INASTI.

Ces formalités ont pour objectif de permettre à l'administration ainsi qu'à la caisse d'assurances sociales de récupérer, le cas échéant, certain impayé.

La preuve de la cession doit être envoyée à ces différents organismes et celle-ci ne leur sera opposable qu'à l'expiration du mois qui suit celui au cours duquel la cession a été notifiée.

Afin que la cession soit immédiatement opposable, il suffit de joindre à la notification un certificat d'absence de dette émanant de l'organisme compétent (receveur des contributions, receveur de la TVA et caisse d'assurance sociale). Ce certificat n'est valable que pour une période d'un mois !