

Cours de Droit Commercial

Chapitre III : Le Fonds de Commerce

S2 Filière Droit

Le Fonds de Commerce est un bien meuble incorporel constitué par l'ensemble de biens mobiliers affectés à l'exercice d'une ou de plusieurs activités commerciales.

Ces éléments sont réunis en vue de rechercher et de retenir une clientèle. Le Fonds de Commerce est régi par le livre II du Code de Commerce (art 79 à 158 du Code de Commerce).

Quels sont les éléments du Fonds de Commerce et quelles sont les différentes opérations qui peuvent porter sur le Fonds de Commerce ?

Section I : Les éléments du Fonds de Commerce

Aux termes de l'art 80 du Code de Commerce : « le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'achalandage.

Il comprend aussi, tous autres biens nécessaires à l'exploitation du fonds, tel que le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, le mobilier commercial, les marchandises, le matériel et l'outillage, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique, de commerce et de service, les dessins et modèles industriels et, généralement, tous droits de propriété industrielle, littéraire ou artistiques qui y sont attachés. »

Comme on peut le constater, l'énumération de l'art 80 n'est pas exhaustive puisque la loi parle de « tous autres biens... ». Cela veut dire que d'autres éléments peuvent s'ajouter à tout moment au Fonds (ex : contrat de crédit de bail mobilier).

Les éléments du Fonds de Commerce sont regroupés en deux catégories : les éléments corporels et les éléments incorporels.

I- Les éléments incorporels :

A/ La clientèle et l'achalandage :

La clientèle est constituée par l'ensemble des personnes qui se fournissent habituellement chez le même commerçant. Ces personnes sont attirées par la personnalité du commerçant (qualité d'accueil, qualité du produit, compétence, notoriété...).

L'achalandage concerne les clients de passage attirés par la localisation du fonds.

Mais la pratique s'en tient à une définition unique considérant la clientèle comme l'ensemble des personnes en relation d'affaire avec un commerçant.

La clientèle est l'élément nécessaire du Fonds de Commerce et il n'y a pas de Fonds sans clientèle. Elle doit répondre à 3 conditions :

- Elle doit être réelle et certaine et non seulement potentielle. Elle doit exister de manière actuelle
- Elle doit être personnelle au commerçant, c'est-à-dire il faut qu'elle lui soit attachée en raison de la qualité de ses produits, de sa compétence...
- Elle doit être commerciale : la relation entre la personne et le commerçant doit reposer sur l'échange d'un bien dans le cadre d'une relation de commerce.

B/ Le nom commercial :

Le nom commercial est l'appellation sous laquelle un commerçant exerce son activité commerciale. Il peut s'agir d'un nom patronymique, d'un pseudonyme ou d'un nom de fantaisie.

Le nom commercial a une valeur patrimoniale. Il est un élément du Fonds de Commerce et peut être cédé avec lui-même s'il s'agit d'un nom patronymique.

C/ L'enseigne :

Il s'agit d'un signe extérieur qui permet d'individualiser l'établissement ou le magasin. Le commerçant peut choisir son nom patronymique, un nom de fantaisie ou un emblème.

Comme le nom commercial, l'enseigne peut être cédée ou louée avec le Fonds.

Le nom commercial et l'enseigne sont protégés afin d'éviter qu'ils ne soient utilisés par autrui pour détourner la clientèle. En effet, l'action en concurrence déloyale permet à des commerçants qui s'estiment lésés de ce fait, d'obtenir des tribunaux les mesures propres à faire cesser toute confusion, ainsi que les indemnités compensant les pertes éventuelles subies du fait de tels comportements.

D/ Le droit de propriété industrielle :

Ce sont des biens corporels qui procurent à leurs titulaires un monopole d'exploitation. Ils désignent traditionnellement les brevets, les marques, les

dessins et modèles. La propriété industrielle est régie au Maroc par la loi 17-97 (2004) modifiée et complétée par la loi 31-05, et par la loi 23-13.

- **Le brevet d'invention :**

Il s'agit d'un titre de propriété délivré par l'office marocain de la propriété industrielle et commerciale (l'OMPIC), et qui confère à son titulaire un droit exclusif d'exploitation de son invention, le but étant d'encourager la recherche et de récompenser l'inventeur.

L'invention doit être personnelle et nouvelle : elle doit apporter une nouvelle solution à un problème technique.

L'objet de l'invention peut être un produit (exemple une machine) ou un procédé (ensemble d'opérations industrielles permettant de fabriquer un produit quelconque).

Le droit de brevet est un droit dont la durée de validité est limitée à 20 ans. A l'échéance de cette durée, l'invention tombe dans le domaine public et enrichit donc le patrimoine de la collectivité.

- **Dessins et modèles :**

Il s'agit de l'aspect ornemental ou esthétique d'un objet. Le dessin industriel est tout assemblage de lignes ou de couleurs appliqué à un article par un procédé ou à l'aide d'un moyen industriel pour produire un effet décoratif original.

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

Le dessin se distingue du modèle en ce qu'il suppose une surface plane, alors que le modèle opère dans l'espace.

Le dessin et modèle peuvent concerner tous les produits industriels ou artisanaux, et donnent à ces produits un avantage concurrentiel sur le marché comme par exemple un flacon de parfum, montre, bijoux, carrosserie d'une voiture, appareils électriques...

Le modèle et dessin diffèrent du brevet dans la mesure où ils ne protègent pas l'aspect technique ou fonctionnel d'un produit, mais uniquement son design et son apparence.

- **La marque :**

La loi définit la marque comme étant un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale.

La marque doit répondre à certaines conditions. C'est ainsi qu'elle ne doit pas comporter d'indications susceptibles de tromper le public sur l'origine, la nature et la qualité du produit ou du service. Elle doit être nouvelle et disponible et non usée. Elle doit enfin être originale et permettre de faire une distinction effective du produit ou du service.

E/ Le droit au bail :

Le plus souvent, les commerçants ne sont pas propriétaires des locaux dans lesquels ils exercent leurs activités commerciales, ils en sont locataires.

A ce titre, ils ont besoin d'une certaine stabilité dans l'occupation des lieux loués car ils risquent de perdre la clientèle.

C'est pourquoi le législateur a institué un statut protecteur au profit du commerçant locataire et ce par le biais de la loi 49-16 relative aux baux d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal (qui a abrogé le dahir du 24 mai 1955). Cette loi a essayé de renforcer la sécurité des relations entre locataires et propriétaires, et d'assurer le développement de l'immobilier commercial.

En vertu de cette loi, les commerçants ont un droit au renouvellement du bail commercial ou à défaut une indemnité d'éviction pour les protéger contre la prétention du bailleur.

Dans ce cadre, il convient de déterminer les conditions pour bénéficier du statut protecteur.

Conformément à la loi 49-16, les conditions nécessaires, pour l'acquisition du droit au renouvellement du bail commercial sont relatives aussi bien au contrat du bail qu'aux locaux donnés en location pour servir les besoins du fonds.

- **Les conditions relatives au contrat de bail :**

Conformément à l'article 4 de la loi 49-16, le locataire bénéficie du renouvellement du bail lorsqu'il justifie d'une jouissance consécutive du local d'au moins deux ans en vertu d'un contrat écrit à date certaine. Mais, il est dispensé de cette condition de durée s'il a payé une somme d'argent en contrepartie du droit au bail. Lors de la remise du local, un état descriptif des lieux doit être établi pour servir de preuve entre les parties (article 3).

- **Les conditions relatives aux locaux :**

Le statut s'applique aux immeubles dans lesquels on exploite un Fonds de Commerce, que ce dernier appartient effectivement à un commerçant, à un industriel ou à un artisan. Les choses mobilières ne rentrent pas dans le champ d'application de la loi.

En pratique, tous les immeubles peuvent servir à une activité commerciale. D'ailleurs le champ d'application a été élargi par la loi 49-16 pour inclure les baux d'immeubles loués par les coopératives, les établissements d'enseignement privé, les cliniques privées, les laboratoires pharmaceutiques...

Cependant, certains immeubles ne permettent pas l'acquisition du droit au renouvellement du bail. C'est le cas des immeubles Habous, les immeubles relevant du domaine privé de l'Etat des collectivités publiques.

Dès que les conditions sont réunies, le locataire bénéficie du droit au renouvellement du bail commercial.

Dans ce cas, il peut y avoir **deux situations** :

- ❖ Le bailleur refuse le renouvellement du bail sans motif légitime. Dans ce cas, le locataire aura droit à une indemnité d'éviction qui correspond au préjudice qu'il a subi du fait de cette éviction.

Toute clause tendant à faire échec au droit du locataire à l'indemnité de résiliation est nulle.

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 Fonds de Commerce perdus par le locataire. Elle comprend tous les frais de déménagement.

- ❖ Le bailleur refuse le renouvellement du bail, mais n'est tenu d'aucune indemnité. Les cas sont cités par l'article 8 :

1- Lorsque le locataire ne respecte pas ses engagements découlant du contrat. C'est le cas lorsqu'il :

- Ne paie pas le loyer depuis au moins trois mois
- Procède à des transformations dans le local sans le consentement du bailleur
- Change l'activité de son Fonds de Commerce sans le consentement du propriétaire

2- Lorsque le local menace de tomber en ruine

- 3- Lorsque le local objet du bail est tombé en ruine du fait du locataire, d'une force majeure ou d'un cas fortuit
- 4- Si le locataire procède à la sous location du local en infraction du contrat de bail
- 5- Lorsque le Fonds de Commerce perd sa clientèle et son achalandage suite à la fermeture du local pendant deux ans au moins

II- Les éléments corporels du Fonds de Commerce

A/ Les marchandises :

Elles comprennent les stocks de matières premières ou les produits et les biens destinés à la vente.

B/ Le matériel et l'outillage :

Ils représentent tous les biens qui servent à l'exploitation du fonds comme les machines et les meubles (mobilier de bureau, ordinateurs...).

Section II : Les opérations sur le Fonds de Commerce

Le Fonds de Commerce peut faire l'objet de plusieurs opérations. Dans le cadre de ce cours, on retiendra deux opérations : la vente et le nantissement du Fonds de Commerce

I- La vente du Fonds de Commerce :

La vente du Fonds de Commerce obéit à des conditions de fond, de forme et de publicité. Elle produit des effets à l'égard des parties contractantes et à l'égard des créanciers du vendeur.

A/ Les conditions de validité du contrat de vente du Fonds de Commerce :

- **Les conditions de fond :**

La vente du Fonds de Commerce est soumise aux conditions générales de validité de tout contrat :

- + Un consentement libre
- + La capacité des contractants
- + L'objet et la cause licites

- **Les conditions de forme :**

Elles sont strictes et ont pour but de renseigner l'acquéreur sur le Fonds qu'il achète. Elles sont prévues par l'article 81 du Code de Commerce.

La vente du fonds de commerce doit être constatée par un acte authentique ou sous seing privé. Le montant de la vente est déposé auprès d'une instance habilitée à conserver les dépôts.

L'acte de vente doit obligatoirement comporter les mentions suivantes :

- le nom du vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition, le prix de cette acquisition en spécifiant distinctement les prix des éléments incorporels, des marchandises et du matériel,
- l'état des inscriptions des privilèges et nantissements pris sur le fonds,
- s'il y a lieu, le bail, sa date, sa durée, le montant du loyer actuel, le nom et l'adresse du bailleur,
- l'origine de la propriété du fonds de commerce.

Ces mentions sont obligatoires. Leur absence ou leur inexactitude donne droit à l'acheteur de demander l'annulation du contrat ou la réduction du prix lorsqu'il a subi un préjudice de ce fait.

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.

- **Les conditions de publicité :**

Ces conditions tendent à renseigner les tiers et notamment les créanciers du cédant.

L'acte de vente doit d'abord être enregistré. L'enregistrement doit être fait auprès de la direction générale des impôts et donnera lieu pour l'acquéreur au paiement des droits d'enregistrement.

Après l'enregistrement, une expédition de l'acte notarié ou un exemplaire de l'acte sous seing privé doit être dans les 15 jours de sa date, déposé au secrétariat-greffe du tribunal dans le ressort duquel est exploité le fonds.

Un extrait de cet acte est inscrit au registre du commerce, et publié en entier et sans délai, aux frais des parties, au BO et dans un journal d'annonces légales.

Cette publication est renouvelée à la diligence de l'acquéreur entre le 8^{ème} et le 15^{ème} jour après la première inscription.

L'extrait de l'acte doit comporter les mentions suivantes :

- la date de l'acte
- les noms, prénoms et domicile de l'ancien et du nouveau propriétaire
- la nature et le siège du fonds
- le prix stipulé
- l'indication et le siège des succursales qui peuvent être comprises dans la vente
- l'indication du délai fixé à l'article 84 pour les oppositions (15 jours au plus tard après la seconde insertion) et une élection de domicile dans le ressort du tribunal.

B/ Les effets de la vente :

La vente du Fonds de Commerce produit des effets juridiques à l'égard des parties contractantes et à l'égard des créanciers du vendeur

1- A l'égard des parties contractantes :

- Les obligations du vendeur

Le vendeur est tenu à délivrance et à garantie : l'obligation de délivrance consiste à remettre à l'acquéreur les différents éléments qui composent le Fonds.

L'obligation de garantie se décline en garantie des vices cachés et en garantie d'éviction.

La garantie des VC tend à assurer l'exploitation paisible du fonds et à éviter tous défauts restreignant cette exploitation et en connaissance desquels l'acheteur n'aurait pas traité, ou n'aurait payé qu'un moindre prix. Elle constitue un moyen de sanctionner les inexactitudes des mentions obligatoires figurant à l'acte de vente.

La garantie d'éviction est celle en vertu de laquelle le vendeur est tenu de respecter une obligation de non concurrence à l'égard de l'acquéreur.

En général, les parties insèrent dans l'acte de vente une clause de non concurrence. Conformément au droit commun, de telles stipulations de non concurrence ne sont valables que lorsqu'elles sont limitées dans le temps et dans l'espace.

- Les obligations de l'acheteur :

L'obligation de l'acquéreur est de payer le prix convenu. Mais le plus souvent, le paiement du Fonds de Commerce se fait à tempérament. Pour prémunir le vendeur contre le risque de non- paiement, le législateur a créé à son profit un privilège et une action résolutoire dont le bénéfice nécessite le respect de la procédure prévue par la loi.

Le privilège du vendeur de Fonds de Commerce :

Le vendeur dispose d'un privilège, c'est-à-dire d'une sûreté pour le paiement de sa créance.

Conformément à l'article 91 du code de commerce, le privilège du vendeur est soumis à l'inscription au registre national électronique des sûretés mobilières. Ce privilège ne porte que sur les éléments du Fonds de Commerce énumérés dans la vente et dans l'inscription. A défaut de désignation précise, il ne porte que sur le nom commercial et l'enseigne, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

Le privilège du vendeur lui confère un droit de préférence et un droit de suite

+ Droit de préférence : c'est un droit de priorité sur le prix obtenu en cas de revente du Fonds de Commerce par l'acquéreur originaire ou par voie de justice.

+ Droit de suite : c'est un droit permettant au créancier privilégié (le vendeur) de saisir le fonds garantissant le paiement de la dette en quelque main qu'il se trouve, même entre les mains d'un tiers acquéreur.

L'action résolutoire : Elle est prévue par l'article 99 du Code de Commerce. C'est une action qui permet au vendeur de reprendre le Fonds en cas de non-paiement du prix. Pour produire effet, l'action résolutoire doit être mentionnée et réservée expressément dans l'inscription du privilège. Comme pour le privilège, l'action résolutoire est limitée aux seuls éléments qui font partie de la vente.

2- A l'égard des créanciers du vendeur :

La vente est portée à la connaissance des créanciers du vendeur grâce à la publicité, ce qui leur permet d'exercer les droits prévus par la loi, droit de faire opposition au paiement du prix ou encore le droit de former une surenchère.

+ Le droit de faire opposition au paiement du prix : les créanciers du vendeur peuvent faire opposition à la remise du prix au vendeur au plus tard dans les 15 jours qui suivent la deuxième insertion. C'est pourquoi le prix d'achat n'est pas versé immédiatement au vendeur, mais consigné entre les mains de l'intermédiaire dont le nom figure sur l'avis publié dans le journal. Ce dépositaire ne peut pas verser le prix au vendeur.

+ Le droit de former une surenchère : les créanciers du vendeur disposent également d'un droit de surenchère s'ils estiment le prix insuffisant pour les désintéresser. Les créanciers devront alors faire mettre le Fonds en vente aux enchères publiques, mais ils s'engagent à se porter acquéreurs pour le prix initial majoré du sixième de la valeur des éléments incorporels. Pour que la personne soit admise par le Secrétaire-greffier à enchérir, elle doit déposer entre ses mains une somme qui ne pourra être inférieure à la moitié du prix total de la première vente.

II- Le nantissement du Fonds de Commerce :

Le nantissement du Fonds de Commerce est le contrat par lequel le fonds se trouve affecté à la garantie du remboursement des dettes contractées par le commerçant pour les besoins de son commerce.

Autrement dit, le Fonds de Commerce va être utilisé comme moyen d'obtenir du crédit et servir de sûreté pour garantir la dette du commerçant.

Le nantissement ne provoque pas la dépossession dans la mesure où le commerçant demeure à la tête de son Fonds, et poursuit son activité dans le but de payer ses dettes.

A/ La constitution du nantissement :

Le nantissement peut être conventionnel ou judiciaire :

1- Le nantissement conventionnel :

C'est celui qui résulte d'un contrat entre le prêteur et le commerçant emprunteur, c'est-à-dire le propriétaire du Fonds.

Le nantissement peut porter sur les différents éléments énumérés à l'article 80, à l'exclusion des marchandises (article 107). Cela s'explique par le fait qu'on ne

peut pas obliger le commerçant à donner son stock qui est indispensable à la survie de son entreprise.

A défaut de désignation expresse et précise dans l'acte de nantissement, ce dernier ne comprend que le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

Le nantissement doit être constaté par un acte écrit authentique ou sous seing privé.

Après enregistrement, l'acte doit être déposé dans les 15 jours, au Secrétariat-greffe du tribunal dans le ressort duquel est exploité le Fonds. Cette inscription n'est pas soumise à la publication dans les journaux.

2- Le nantissement judiciaire :

Le nantissement judiciaire permet au créancier qui craint que le recouvrement de sa créance soit en péril de demander au juge de l'autoriser à inscrire cette garantie sur le Fonds de Commerce de son débiteur (afin de s'assurer du paiement de sa créance), et c'est au juge d'apprécier les éléments de la requête.

B/ Les effets du nantissement

Le nantissement confère à son titulaire les droits suivants :

- **Droit de préférence** : en cas de vente du Fonds de Commerce nanti, le créancier a une place privilégiée pour recouvrer sa créance. Il passe avant les autres créanciers.
- **Le droit de suite** : c'est un droit qui permet aux créanciers nantis de suivre le Fonds en quelque main qu'il passe. Il en résulte la possibilité d'opposer le nantissement à l'acquéreur du Fonds et de se faire payer par ce dernier. Le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leur inscription au registre de commerce.
- **La surenchère du dixième** (à ne pas confondre avec la surenchère du sixième dont disposent les créanciers opposants en cas de vente du Fonds). Si le créancier nanti estime que le prix de vente est insuffisant, il peut former une surenchère du dixième sur le prix de la vente et donner caution pour le paiement des prix et charges ou justifier d'une solvabilité suffisante (article 123).