

## LECON 2 : LE FONDS DE COMMERCE

Nous verrons la définition du fonds de commerce, ses éléments constitutifs et les différentes conventions sur le fonds de commerce.

### I. DEFINITION ET COMPOSITION

#### A- DEFINITION

**Le fonds de commerce est l'ensemble des moyens ou des biens dont se sert le commerçant pour attirer et retenir sa clientèle.**

Il est défini comme un bien meuble incorporel qui ne comprend pas les murs dans lesquels il est exploité.

#### B- COMPOSITION

Le fonds de commerce comprend des éléments mobiliers corporels et incorporels.

##### 1) Les éléments incorporels

Il s'agit de **la clientèle et l'achalandage, le nom commercial et l'enseigne, de même que le droit au bail, les licences d'exploitation et les droits de propriété industrielle.**

**La clientèle** est l'ensemble des personnes qui s'adressent régulièrement au commerçant : c'est l'élément indispensable du fonds de commerce, car sans clientèle, il n'y a pas de fonds de commerce.

Quant à **l'achalandage**, ce sont les clients de passage qui profitent de la situation du fonds de commerce.

**Le nom commercial** est l'élément qui sert à rallier la clientèle. EX : « maquis tanite j'ai faim ».

Quant à **l'enseigne**, c'est un signe, un emblème ou un nom permet de distinguer le fonds.

**Le droit au bail** est un droit de créance du commerçant ou de tout professionnel contre le propriétaire de l'immeuble, qui lui donne le droit de jouir des locaux, s'il utilise les locaux pendant deux ans au moins conformément à l'objet du bail.

L'ancienne législation OHADA prescrivait que le commerçant ou le professionnel fut installé dans une ville de 5 000 habitants pour bénéficier du droit au bail. Cette disposition a été abandonnée par le législateur OHADA.

Les parties fixes librement la durée du bail. Le bail à usage professionnel peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée.

A défaut d'écrit ou de terme fixé, le bail est réputé conclu pour une durée indéterminée.

La demande de renouvellement du bail se fait par acte extrajudiciaire trois mois avant l'expiration du bail.

Dans le cas d'un bail à durée indéterminée, le bailleur qui ne désire pas le renouveler doit donner congé au locataire par exploit d'huissier six mois à l'avance.

Le bailleur peut s'opposer au renouvellement du bail à durée déterminée ou indéterminée en réglant au locataire une indemnité d'éviction (somme d'argent égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement).

Le bailleur pourra reprendre son local sans verser d'indemnité d'éviction dans les cas suivants :

- s'il justifie d'un motif grave et légitime à l'encontre du preneur sortant (non paiement du loyer) ;
- s'il veut démolir l'immeuble en vue de sa reconstruction ; dans ce cas, le preneur a une priorité à la relocation sous peine de lui verser une indemnité d'éviction ;
- s'il reprend l'immeuble pour l'habiter lui-même ou le faire habiter par son conjoint,

Ses ascendants ou ses descendants ou ceux de son conjoint.

Toutefois il est possible, pour le preneur, d'adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires relevant d'un même domaine que celui envisagé lors de la conclusion du bail. Le preneur doit en aviser de manière expresse le bailleur. Le bailleur peut s'y opposer pour des motifs graves.

Dans l'ancienne législation OHADA, la possibilité de détourner l'objet du bail et même celle d'adjoindre des activités annexes constituaient des motifs de résiliation du bail à la requête du bailleur sous réserve pour lui d'invoquer un préjudice du fait de cette situation.

Dorénavant, en cas de changement de l'activité prévue au contrat, le preneur doit obtenir l'accord préalable et exprès du bailleur qui peut s'y opposer pour des motifs sérieux.

En cas de conflit entre le bailleur et le preneur, il appartient à la partie diligente de saisir la justice.

**Si le preneur cède le bail seul ou avec une partie des éléments permettant l'activité dans les lieux loués, la cession est soumise à l'accord du bailleur.**

Les licences d'exploitation qui sont exigées pour l'exercice de certaines activités comme les débits de boisson, le transport, la pharmacie, ont un caractère personnel et ne peuvent être cédées avec le fonds.

Les droits de la propriété industrielle sont les brevets d'invention, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles.

## **2) Les éléments corporels**

Il s'agit **des matériels, outillage et des marchandises.**

Le matériel et l'outillage constituent des meubles corporels.

Quant aux marchandises, ce sont les stocks de biens à vendre.

## **II. LES CONVENTIONS SUR LE FONDS DE COMMERCE**

Il existe trois(3) conventions possibles sur le fonds de commerce :

- La location-gérance du fonds de commerce,
- Le nantissement et,
- La cession du fonds de commerce

### **A- LA LOCATION-GERANCE**

La définition, les conditions, les effets et la fin de la location-gérance seront étudiés.

#### **1) Définition**

**La location-gérance est une convention par laquelle le propriétaire du fonds de commerce, personne physique ou morale, en concède la location à un gérant, personne physique ou morale, qui l'exploite à ses risques et périls moyennant un loyer ou redevance.**

Le locataire-gérant a la qualité de commerçant tout comme le bailleur.

L'entrepreneur ne peut être partie à un contrat de location-gérance.

#### **2) Conditions**

Ces conditions sont relatives au bailleur, au contrat lui-même et au locataire-gérant.

**Concernant le bailleur**, Il doit avoir été commerçant pendant deux (2) ans au moins, avoir exploité le fonds pendant un (1) an (ces délais ne s'appliquent ni à l'Etat, ni au commerçant devenu incapable, encore moins à un héritier du fonds), il ne doit pas avoir été interdit ou déchu de faire le commerce, il doit modifier son inscription au RCCM.

Relativement au contrat, il doit être publié dans un journal d'annonces légales dans les 15 jours suivant sa conclusion de même qu'à la fin du contrat.

#### **3) Effets**

Les effets seront étudiés selon les personnes concernées par la location-gérance :

- **Le propriétaire** : Il doit mettre le fonds à la disposition du locataire-gérant ; il lui doit la garantie contre l'éviction et les vices cachés ; il ne doit pas exploiter un commerce concurrent ;
- Le locataire-gérant : il doit payer le loyer, il doit exploiter le fonds avec diligence ;
- **Les créanciers du bailleur** : ils peuvent faire déclarer leurs créances exigibles immédiatement par le tribunal s'ils craignent que le contrat les mette en péril. L'action doit être intentée dans les trois mois de l'insertion du contrat au journal d'annonces légales ;

- **Les créanciers du fond de commerce** : jusqu'à la publication du contrat, le bailleur est solidairement responsable des dettes du fonds avec le locataire-gérant. Ainsi :
  - Pour les dettes nées avant le contrat, le bailleur en est seul responsable ;
  - Pour celles nées après le contrat et avant sa publication, le bailleur et le locataire-gérant en sont responsables solidairement ;
  - Pour les dettes nées après la publication du contrat, le locataire en est seul responsable.

#### **4) Fin de la location-gérance**

Elle rend immédiatement exigibles les dettes afférentes au fonds contractées par le locataire-gérant.

Celui-ci n'a droit à aucune indemnité d'éviction même s'il a contribué à augmenter la clientèle.

Enfin, sauf clause contraire, il semble que celui-ci puisse s'installer à proximité du fonds du bailleur et faire concurrence à ce dernier.

### **B- LE NANTISSEMENT**

**C'est un gage sans dépossession offert par le bailleur, qui permet à un créancier de ce dernier de se faire payer sur le prix du fonds, au cas où la créance ainsi garantie n'est pas exécutée.**

Le nantissement peut être conventionnel ou judiciaire.

**Le nantissement ne porte jamais sur les marchandises.**

Si la convention de nantissement n'indique pas les éléments sur lesquels elle porte, le nantissement est présumé porter sur la clientèle, le non commercial, l'enseigné, le droit au bail et les licences d'exploitation.

Il peut porter par l'effet d'une clause expresse sur les brevets d'invention, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles et autres droits de la propriété industrielle ainsi que sur le matériel.

Le nantissement est un écrit authentique ou sous seing privé dument enregistré.

En outre, il doit faire l'objet d'une inscription au RCCM.

Le créancier nanti peut demander la vente forcée du fonds qui constitue son gage 8 jours après sommation faite de payer demeurée infructueuse. Il bénéficie :

- **D'un droit de préférence** sur le prix de la vente et ;
- **D'un droit de suite** : il peut faire saisir et faire vendre le fonds en quelque main qu'il se trouve ;
- **D'un droit de surenchère du 1/6<sup>ème</sup> du prix de vente.**

### **C- LA CESSION**

La définition, les conditions et les effets de la cession seront étudiés.

#### **1°) définition**

**La cession est une convention par laquelle le propriétaire d'un fonds de commerce cède celui-ci à un preneur moyennant le paiement d'un prix convenu.**

Ici, nous sommes dans l'hypothèse où le propriétaire du fonds est en même temps propriétaire du local où le fonds est exploité.

Cette cession peut s'imposer au propriétaire du local en dehors de toute convention avec le propriétaire du fonds (ici dénommé le preneur). En effet, le nouvel Acte Uniforme OHADA prévoit que « **si le preneur cède le bail et la totalité des éléments permettant l'activité dans les lieux loués, la cession s'impose au bailleur** ».

Lorsque la cession s'impose au bailleur, celui-ci dispose d'un délai d'un mois à compter de cette signification ou notification pour s'opposer, le cas échéant, à celle-ci et saisir la juridiction compétente statuant à bref délai, en justifiant des motifs sérieux et légitimes de s'opposer à cette cession.

## **2°) conditions**

Ces conditions sont relatives aux parties, au prix et à la forme et la publicité de la vente.

Concernant les parties, elles doivent respecter les conditions de capacité, de consentement, d'objet et de cause comme dans tout contrat.

**Relativement au prix**, il est librement fixé par les parties sous réserve de la surenchère qui peut être faite par les créanciers du fonds s'ils estiment que le fonds a été vendu à un prix trop bas.

**Quant à la forme et la publicité**, la vente se fait par acte authentique ou sous seing privé enregistré et inscrit au RCCM.

## **3°) effets**

La vente implique des obligations à la charge respective du vendeur et de l'acheteur.

**Concernant le vendeur**, il doit mettre le fonds à la disposition de l'acheteur et lui présenter la clientèle. Il lui doit aussi la garantie contre l'éviction, contre les vices cachés et la garantie de son fait personnel. Il ne doit pas détourner la clientèle.

**Quant à l'acheteur**, il doit payer le prix entre les mains d'un notaire ou auprès d'un établissement bancaire désigné d'accord parties.

NB : la loi a prévu deux garanties au profit du vendeur qui sont :

- Le privilège qui protège le vendeur contre les nantissements et aliénations possibles du fonds. Ce privilège ne joue que lorsque la vente est inscrite au RCCM.
- L'action résolutoire qui permet au vendeur impayé de demander l'annulation de la vente par voie judiciaire. Cette action ne pourra prospérer que si la vente est inscrite au RCCM.

## **CHAPITRE : LA VENTE COMMERCIALE**

Nous verrons la définition, les conditions de validité, les caractères et les effets de ce contrat.

### **I. DEFINITION**

Selon l'article 1582 du code civil, **la vente commerciale est un contrat par lequel une personne appelée « vendeur » transfère à une autre personne appelée « acheteur » la propriété d'une chose contre le paiement d'un prix.**

Les ventes suivantes sont soumises à un régime particulier, notamment :

- a) Les ventes aux enchères ;
- b) Les ventes sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice ;
- c) Les ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce ou de monnaies ;
- d) Les mobilisations et autres opérations sur créances ou instruments financiers ;
- e) Les ventes de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs ;
- f) Les ventes d'électricité.

### **II. CONDITIONS DE VALIDITE**

La vente commerciale doit répondre aux conditions de validité de tout contrat à savoir le consentement, la capacité, l'objet et la cause.

### **III. CARACTERES**

Le contrat de vente est un contrat :

- **A titre onéreux** : chacune des parties s'oblige et l'une obtient une contrepartie financière
- **Consensuel** : il se réalise sans formalité aucune par l'échange des consentements du vendeur et de l'acheteur. D'accords sur le prix et la chose
- **Synallagmatique ou bilatéral** : il comporte des obligations réciproques pour les parties, essentiellement payer le prix pour l'acheteur et livrer la chose pour le vendeur.
- **C'est un contrat translatif de propriété**

Le vendeur doit lui-même être propriétaire de la chose vendue afin d'en réaliser le transfert.

#### **IV. EFFETS**

Le contrat de vente a pour effets principaux :

- **Le transfert de la propriété et des risques** : la loi indique que la priorité est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas été livrée, ni le prix payé. Les risques sont transférés en même temps que la propriété. Toutefois, par la clause de réserve de propriété, les parties peuvent différer le transfert de propriété ;
- **Les obligations du vendeur** : il doit livrer la chose et garantir l'acheteur contre l'éviction, les vices cachés et les défauts de conformité. Il peut avoir à fournir l'obligation de sécurité et celle d'information et de conseil ;
- **Les obligations de l'acheteur** : il doit prendre livraison de la chose. Il peut payer le prix soit au comptant, soit à crédit. Il peut faire insérer dans le contrat des clauses de révision pour amortir les bouleversements économiques qui peuvent survenir.

**NB** : Comme innovation, le législateur OHADA prévoit que la gravité comportement d'une partie au contrat de vente commerciale peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls.

La gravité du motif de rupture est appréciée par le juge compétent à la demande de la partie la plus diligente.

Quelle que soit la gravité du comportement, la partie qui l'invoque peut être tenue de respecter un préavis avant de notifier à l'autre partie sa décision unilatérale. Faute de préavis suffisant, l'auteur de la rupture engage sa responsabilité même si la juridiction admet le bien fondé de la rupture. La partie qui impose ou obtient la rupture du contrat peut obtenir en outre des dommages intérêts en répartition de la perte subie et du gain manqué qui découlent immédiatement et directement de l'inexécution.

### **CHAPITRE : LES INSTRUMENTS DE PAIEMENT**

Nous verrons successivement le chèque, la lettre de change et le billet à ordre.

#### **I. LE CHEQUE**

Le cheque est un écrit par lequel le titulaire d'un compte bancaire( le tireur) donne l'ordre à son banquier (le tiré) de payer a vue une certaine somme soit à son profit, soit au profit d'un tiers( le bénéficiaire) .

C'est un instrument de retrait de fonds et de paiement civil ou commercial selon la nature de la dette réglée.

## **A- LA CREATION DU CHEQUE**

Elle répond à des conditions de forme et de fonds.

Concernant les conditions de forme, le cheque comprend des mentions obligatoires :

- La dénomination « cheque » inséré dans le texte même du type ;
- Le mandat de payer une somme déterminé ;
- Le nom du tiré ;
- Le lieu du paiement ;
- L'adresse du tireur ;
- La signature manuscrite du tireur.

Concernant les conditions de fonds, le tireur doit avoir la capacité juridique et ne pas être interdit d'émettre des chèques. Quant au tiré, il doit être un banquier ou un établissement assimilé.

## **B- LA PROVISION DU CHEQUE**

La provision est la créance de somme d'argent du tireur sur la banque. elle doit être préalable (exister au moment de la création du chèque), suffisante (les fonds doivent être supérieurs ou égaux au montant du chèque) et disponible (les fonds ne doivent pas être bloqués et doivent être certains, liquides et exigibles).

Des procédés permettent de garantir le paiement du chèque :

- **Le visa** : le banquier atteste que la provision existe au moment du visa ;
- **La certification** : la banque bloque la provision au profit du porteur jusqu'au terme du délai de présentation ;
- **L'aval** : le paiement peut être garanti en tout ou partie par un tiers hormis le tiré ...

## **C- LA TRANSMISSION DU CHEQUE**

Le chèque stipulé payable au profit d'une personne avec ou sans clause expresse « à ordre » est transmissible par la voie de l'endossement.

L'endossement est la signature qu'on écrit au dos d'un effet de commerce ou d'un chèque pour le transférer à l'ordre d'un autre.

## **D- LE PAIEMENT DU CHEQUE**

Le chèque est payable à vue. Toute mention contraire est réputée non écrite.

Le délai de présentation est de huit(8) jours ou de vingt(20) jours si le paiement doit se faire au lieu d'émission du chèque ou pas.

Ce délai est de 45 jours si le chèque est émis dans l'UEMOA et payable dans un pays autre de l'union.

Il passe à 70 jours s'il est émis hors UEMOA et payable dans l'UEMOA.

## **E- LE DEFAUT DE PAIEMENT DU CHEQUE**

Si le chèque présenté dans les délais légaux n'est pas payé, le porteur peut faire dresser protêt (acte extrajudiciaire énonçant les motifs de refus de payer).

Il pourra dès lors exercer ses recours contre les endosseurs, le tireur et les autres obligés dans un délai de 6 mois.

## **II. LA LETTRE DE CHANGE**

### **A-DEFINITION**

**La lettre de change est un écrit par lequel une personne, appelée tireur, donne à un débiteur, appelé tiré, l'ordre de payer une certaine somme à une certaine date, au bénéficiaire (qui peut être le tireur lui-même).**

La lettre de change est un acte de commerce pour la forme. C'est un instrument de paiement.

Mais, c'est aussi et surtout un instrument de crédit bancaire très employé par les commerçants car il donne satisfaction :

- Au débiteur, qui paye à crédit ;
- Au créancier, qui peut être payé immédiatement, en faisant escompter la traite par une banque ;
- A la banque, qui prélève un intérêt sur les fonds ainsi avancés. Notons que les banquiers n'avancent ainsi de l'argent que si le bénéficiaire ou le tiré ont leur confiance.

### **B-LA CREATION**

La lettre de change comprend des mentions obligatoires qui sont :

- La dénomination lettre de change insérée dans le texte même du titre et exprimée dans la langue employée pour la rédaction de ce titre ;
- Le mandat pur et simple de payer une somme déterminée ;
- Le nom de celui qui doit payer (le tiré)
- L'indication de l'échéance ;
- L'indication de lieu où le paiement doit s'effectuer ;
- Le nom de celui auquel ou l'ordre duquel le paiement doit être fait
- L'indication de la date et du lieu où la lettre est créée ;
- La signature de celui qui émet la lettre de change (le tireur)

Si l'une de ces mentions est omise, l'écrit n'est pas une lettre de change, mais il peut éventuellement servir de reconnaissance de dette.

Certaines mentions omises peuvent ne pas entraîner la nullité, s'il y a eu régularisation (ex : nom du bénéficiaire, l'indication de l'échéance, le lieu du paiement, le lieu de création).

La lettre de change étant un acte de commerce, la capacité commerciale est obligatoire. C'est pourquoi le mineur et le majeur incapable sous tutelle ne peuvent signer une lettre de change.

Toutefois, une lettre de change dont l'un des signaleurs est incapable ne rend pas la lettre de change nulle, seul l'engagement pris par l'incapable est nul.

### **C- LA TRANSMISSION DE LA LETTRE DE CHANGE**

C'est un titre à ordre, c'est-à-dire que le créancier conserve le droit de se substituer un autre bénéficiaire.

L'endossement est le mode normal de transmission de la lettre de change.

Il y a trois modes d'endossement :

- L'endossement translatif de propriété : l'endossataire acquiert la propriété de la traite ;
- L'endossement de procuration : l'endosseur donne mandat à l'endossataire d'encaisser le montant de l'effet ;
- L'endossement pignoratif : il consiste à donner la traite en gage sans perdre la propriété du titre.

### **D-LE PAIEMENT**

La provision est la créance du tireur sur le tiré. Elle est la contrepartie d'une livraison de marchandise, d'un prêt consenti de l'encaissement ou de l'escompte d'effets de commerce par le tiré au profit du tireur.

La provision doit exister au moment de l'échéance.

La propriété du titre est transmise de droit aux porteurs successifs.

L'acceptation de la traite est l'acte par lequel le tiré s'engage à payer le montant du titre entre les mains du porteur. Elle fait présumer la provision.

De plus, le tiré ne peut opposer au porteur les exceptions (les moyens de défense) qu'il aurait pu opposer au tireur.

L'aval : c'est un cautionnement cambiaire par lequel une personne donne la garantie que la traite sera payée à l'échéance s'il y a défaillance de la personne garantie par l'aval.

Le porteur d'une traite doit la présenter au paiement, soit le jour où elle est payable, soit l'un des deux jours ouvrables qui suivent.

En cas de non présentation au paiement, le tiré peut consigner la somme due à un compte de dépôt du trésor public aux frais, risques et périls du porteur.

Le paiement se fait soit par le tiré, soit par son mandataire en espèces, par chèque ou par virement.

La lettre de change peut être escomptée.

L'escompte est une opération de crédit. L'escompte financier, consiste, pour une banque ou pour un établissement financier à accepter de consentir une avance à un client, dont le montant, sous déduction d'un agio et de commissions, est égal au prix des marchandises représenté par des effets de commerce que ce dernier endosse au profit de la banque.

Lorsqu'avant leur échéance la banque qui a pratiqué l'escompte remet ces mêmes effets de commerce, à une banque centrale, cette opération de refinancement se nomme au réescompte.

Il peut avoir des incidents de paiement :

- le défaut de paiement : le refus de paiement doit être constaté par un acte authentique dans l'un des deux jours ouvrables qui suit l'échéance ;
- l'opposition est possible en cas de perte ou de vol de la traite.

### **III. LE BILLET A ORDRE**

Nous verrons la définition, la formation et les effets du billet à ordre.

#### **A-DEFINITION**

Le billet à ordre est un effet de commerce émis à l'initiative de l'acheteur (le souscripteur), par lequel celui-ci promet le paiement d'une certaine somme, à vue ou à une certaine date, à son créancier, c'est-à-dire le vendeur (le bénéficiaire). Le règlement « à vue » se fera sur présentation du billet à ordre à la banque qui y est indiquée.

Comme la lettre de change, le billet à ordre est un instrument de crédit.

#### **B-FORMATION**

Il doit comporter un certain nombre de mentions :

- L'ordre pur de payer ;
- Le titre « billet à ordre » ;
- La somme à payer ;
- L'échéance ;
- Le lieu et la date de souscription ;
- La signature du souscripteur et ;
- Le nom du bénéficiaire.

A défaut d'indication de l'échéance, le billet à ordre est payable à vue.

#### **C-EFFETS**

Sont applicables au billet à ordre, les dispositions relatives à la lettre de change concernant l'endossement, l'échéance, le paiement, les recours et la prescription.

Le souscripteur d'un billet à ordre est tenu de la même manière que l'accepteur d'une lettre de change.

Toutefois, contrairement à la lettre de change, le souscripteur est à la fois tireur et tiré : il se donne l'ordre à lui-même, il s'engage à payer le bénéficiaire.

Il n'y a pas de provision puisqu'il ne peut être question de créance du tireur sur le tiré.