



La cession de fonds de commerce : formalités et risques

Actualité législative publié le 20/09/2016, vu 3008 fois, Auteur : [David SEMHOUN](#)

De par sa nature, la cession d'un fonds de commerce, élément essentiel de la vie d'un commerçant, revêt une importance majeure. Elle fait intervenir deux parties à sa conclusion, le cédant et le cessionnaire (ou acquéreur), et se découpe en plusieurs étapes. Afin d'en assurer le bon déroulement, mais également pour préserver les droits de chacune des parties, ainsi que des tiers au contrat, plusieurs conditions doivent être observées.

I. Les exigences préliminaires

La validité de toute cession de fonds de commerce repose sur des exigences de fond, relatives, d'une part, à la capacité et au consentement des parties (A) ; elle repose, d'autre part, sur l'objet de la cession (le fonds proprement dit), lequel doit comprendre les éléments essentiels du fonds de commerce (B).

A. Vérifier la capacité, le pouvoir et le consentement des parties

Tant l'acquisition que la cession d'un fonds de commerce supposent la capacité et le pouvoir d'y procéder.

Dans le cas d'une personne physique protégée, il conviendra d'obtenir l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles que la vente d'un immeuble (articles 389-5, 457 et 495 du Code civil).

De même, en ce qui concerne les rapports entre époux, ces derniers ne peuvent, l'un sans l'autre, céder le fonds de commerce dépendant de la communauté. Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations (article 1424 du Code civil).

Par ailleurs, l'exploitation d'un tel fonds ayant pour conséquence de rendre l'acquéreur commerçant, ce dernier devra avoir la capacité d'exercer une profession commerciale.

Enfin, comme dans tout contrat, le consentement des parties doit être acquis sur la base de la chose et du prix ; ce consentement devant être exempt de tout vice (v. infra pour les conséquences).

B. Lister des éléments du fonds de commerce inclus lors de la cession

À titre liminaire, il est rappelé que la clientèle est l'élément essentiel du fonds de commerce, sans laquelle la qualification de fonds de commerce ne peut être retenue. À défaut de clientèle, la « cession de fonds de commerce » risque d'être requalifiée en cession de « droit au bail ».

- 1. De l'importance de lister les éléments composant le fonds de commerce

Il est capital de lister au sein de l'acte de cession les éléments incorporés au fonds. Un manque de précision laissera aux juges la possibilité d'apprécier et donc de modifier la liste de ces éléments. La Cour de cassation considère que l'ensemble des éléments indispensables à l'existence d'une clientèle font partie intégrante de la cession ; en cela, sont notamment compris la licence d'exploitation d'un débit de boisson, le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail.

- 2. Les éléments inclus dans le fonds cédé

Quand bien même le contrat de cession ne le prévoirait pas, nombre d'éléments sont transmis à l'acquéreur :

- Le droit au bail, lequel est soumis au statut des baux commerciaux ;
- Les contrats de travail en cours ;
- Les contrats d'assurance ;
- Les contrats d'édition (lorsqu'il s'agit d'un fonds de commerce d'éditeur).

- 3. Les éléments exclus du fonds cédé

Tous les éléments du fonds de commerce ne sont pas à inclure. Étant entendu que les parties peuvent conventionnellement les y inclure.

Parmi les éléments généralement exclus, sauf convention contraire donc, on retrouve :

- Les créances et les dettes ;
- Les actions en justice du cédant relatives à la clientèle transmise ;
- Les immeubles qui n'en font jamais partie ;
- Les contrats en cours (avec les distributeurs ou fournisseurs par exemple).

II. La phase rédactionnelle

A. La promesse de vente

Bien souvent, les parties entendent faire précéder l'acte de cession d'une promesse de cession. On parle de promesse synallagmatique de vente (ou compromis de vente), lorsque les deux parties s'engagent, l'une à céder le bien, l'autre à l'acquérir. Celle-ci devra, pour valoir vente, contenir les énonciations requises pour la vente proprement dite. Les deux parties devront donc s'être entendues notamment sur l'objet (le fonds et ce qu'il contient) ainsi que sur le prix.

Certaines promesses synallagmatiques de vente sont accompagnées d'une clause de dédit, prévoyant le versement d'une indemnité de 10% du prix de vente par la partie défaillante à l'autre partie.

De même, il est important de conditionner la réalisation de la vente à la réalisation de conditions suspensives, notamment l'obtention d'un prêt (condition suspensive).

B. La rédaction de l'acte de cession de fonds de commerce

- 1. La nécessité d'un écrit

L'une des spécificités de la cession de fonds de commerce est qu'elle est soumise à une exigence légale de publicité en vue d'assurer la protection des créanciers du cédant.

Néanmoins, comme c'est le cas pour toute vente, la cession de fonds de commerce peut parfaitement être conclue sans aucun écrit. En pratique, les cessions font quasi-systématiquement l'objet d'un écrit. La vente orale ne présentant aucun avantage particulier, et restent soumises à l'enregistrement ; l'absence de toute trace tangible constituant, par ailleurs, un problème en matière probatoire.

- 2. Les mentions devant impérativement être incluses dans l'acte de cession

La loi impose au cédant d'énoncer dans l'acte de vente certaines mentions limitativement énumérées à l'article L. 141-1 du Code de commerce. Ces mentions sont d'ordre public et permettent de prémunir l'acquéreur contre les fraudes. Il s'agit notamment des mentions relatives : à l'origine de propriété, à l'état des inscriptions grevant le fonds (privilèges ou nantissements), au chiffre d'affaires et le résultat d'exploitation des trois derniers exercices comptables nombre réduit à la durée de la possession du fonds si elle est inférieure à trois ans), aux conditions du bail (souvent annexées ou reproduites au sein de l'acte de cession).

L'omission des énonciations ci-dessus, précise l'article L. 141-1 du Code de commerce, peut entraîner, sur la demande de l'acquéreur du fonds (et seulement lui), formée dans l'année, la nullité de l'acte de cession.

III. La publication de la vente et l'opposition des créanciers

L'article L. 141-12 du Code de commerce dispose que la vente est « publiée à la diligence de l'acquéreur sous forme d'extrait ou d'avis au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales ».

Cette publication doit intervenir dans les 15 jours suivant sa date de conclusion.

Il est à noter que depuis l'entrée en vigueur de la loi dite « Macron » du 6 août 2015, l'exigence de publicité dans un journal d'annonces légales a été supprimée.

Tel que cela a été évoqué plus en amont, à la date où la cession a été conclue, cette publication ouvre le droit aux créanciers du vendeur de faire opposition au règlement de la cession. En effet, ce n'est qu'à défaut d'opposition des créanciers que l'acquéreur pourra payer le prix de la cession au vendeur.

La publication ouvre un délai de 10 jours aux créanciers pour s'opposer au paiement du prix.

L'acquéreur qui paierait le vendeur sans avoir publié la vente ou sans avoir attendu l'expiration du délai de 10 jours n'est pas libéré à leur égard (article L. 141-17), peu important, que lesdits créanciers aient ou non fait opposition au paiement du prix (Cass. com. 24 mai 2005).

En cas d'opposition, le vendeur dispose d'un recours. A défaut d'opposition, l'acquéreur pourra régler directement le prix au vendeur.

IV. L'accomplissement des formalités supplémentaires

A. L'enregistrement de la vente

L'article 635 du Code général des impôts prévoit que la vente soit constatée par un acte devant être enregistré dans le mois de sa date de conclusion. Lorsque la vente n'est pas constatée par un acte authentique, elle doit être enregistrée avant la publication de la vente, ce qui réduit dans ce cas le délai d'enregistrement à 15 jours.

B. L'immatriculation au registre du commerce et des sociétés

Dans le cas d'une première activité commerciale, l'acquéreur, s'il n'a jamais été commerçant, doit demander son immatriculation au RCS ; ou bien, s'il l'est déjà, demander une immatriculation secondaire, complémentaire ou modificative. Il peut s'agir, dans le cas du vendeur qui souhaiterait de cesser son activité, de requérir sa radiation au RCS.

C. Le droit de préemption de la commune

Il a été instauré un droit de préemption au profit des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux. Ainsi, le cédant du fonds, se trouvant dans un périmètre déterminé par le conseil municipal, devra effectuer, à peine de nullité, une déclaration préalable à la commune (L. 214-1).

D. Formalités relatives aux brevets, marques, et modèles

Si le fonds de commerce vendu comprend des brevets, des marques, des dessins et des modèles, les formalités de publicité subséquentes et propres au transfert de ces biens devront être accomplies.

E. L'établissement d'un état des lieux

Lors de la prise de possession des locaux par le locataire, le transfert du droit au bail inclus dans le fonds devra faire l'objet d'un état des lieux (article L 145-40-1 du Code de commerce).