Image not found or type unknown

Quid du fonds de commerce en droit OHADA?

Fiche pratique publié le **17/04/2014**, vu **5720 fois**, Auteur : OHADADRC

Pour donner une définition juridique du fonds de commerce, il a fallu attendre une Loi du 17 mars 1909 dans laquelle le législateur français nous donne une énumération des éléments composant le fonds de commerce. A travers l'article L 141.5 du code de commerce français, le législateur a fait en sorte que ce fonds de commerce soit la garantie privilégiée des créanciers. Qu'en est-il en droit OHADA?

Le fonds de commerce est l'instrument primordial de l'exploitation commerciale. Il est l'ensemble des biens meubles corporels et incorporels, mis en œuvre par le commerçant pour son exploitation.

Le langage courant connait depuis longtemps la notion de fonds de commerce qui se présente comme étant l'instrument de travail du commerçant.

Les dictionnaires, dans des formules presque identiques, définissent le fonds de commerce comme un établissement commercial ou industriel, avec sa clientèle, ses marchandises et son matériel.

Pour donner une définition juridique du fonds de commerce, il a fallu attendre une Loi du 17 mars 1909 dans laquelle le législateur français nous donne une énumération des éléments composant le fonds de commerce.

A travers l'article L 141.5 du code de commerce français, le législateur a fait en sorte que ce fonds de commerce soit la garantie privilégiée des créanciers.

Il apparait que le fonds de commerce s'avère être une chose complexe dont les éléments de nature juridique différente sont reliés par leur destination commune, à savoir l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie.

L'expression « fonds de commerce » a fait partie du langage courant avant de devenir une notion juridique. Des commerçants ont ouvert des boutiques, arborer une enseigne, exposer des marchandises afin de recevoir des clients.

Beaucoup plus récente est l'idée que les diverses éléments du fonds de commerce puissent former un tout ayant valeur propre et s'intégrant dans une construction juridique.

La notion de fonds de commerce n'a guère été comprise, étudiée et utilisée qu'au 20ème siècle. Cette construction tardive de cette notion juridique de fonds de commerce est due à divers motifs entre autres la création de la notion de fonds de commerce qui est liée au développement de la notion économique.

Au fur et à mesure que le commerce s'est développé, il est apparu que ce qui était souvent

déterminant n’était pas la valeur propre du commerçant que d’autres éléments comme le nom commercial, l’emplacement du fonds de commerce, etc.

Le fonds de commerce est donc une notion juridique existant dans certains droits tels que le droit français, le droit belge et le droit québécois, qui peut se définir comme un ensemble d'éléments mobiliers corporels et incorporels, constitué en vue d'attirer une clientèle.

Le fonds de commerce est un bien composite, dans le sens où il est constitué de plusieurs autres biens. Il est considéré comme un meuble, par fiction juridique.

L’acte uniforme relatif au droit commercial général OHADA dispose en son article 103 que Le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle.

La notion de fonds de commerce concerne essentiellement les entreprises du secteur de la vente ou du service direct à la clientèle. Elle matérialise et valorise la position de l'entreprise par rapport à sa clientèle.

Le fonds de commerce est un bien mobilier incorporel. On peut le considérer comme une universalité de fait, c’est-à-dire un bilan qui enveloppe un ensemble d'éléments mobiliers qui sont eux-mêmes corporels ou incorporels. Il comprend l'ensemble des éléments affectés par un commerçant à une exploitation en vue de satisfaire une clientèle.

Il est indispensable de bien distinguer le fonds de commerce d'une part, et les éléments qui le composent d'autre part. En effet celui-ci est plus que la somme des éléments le composant.

Il ne peut y avoir fonds de commerce sans clientèle, de la sorte, ce dernier est plus qu'un élément du fonds de commerce, elle en est sa finalité.

Les éléments pouvant être inclus dans un fonds de commerce sont listés à l'article 104 et 105 de l’acte uniforme relatif au droit commercial général OHADA et se divisent en deux catégories, les biens incorporels et les biens corporels.

Les éléments incorporels d'un fonds de commerce sont :

- la clientèle, l’élément essentiel sans lequel le fonds ne peut exister
- l'achalandage,
- le droit au bail,
- l'enseigne et le nom commercial,
- certaines autorisations administratives, les marques, brevets, logiciels.

Les éléments corporels du fonds de commerce sont essentiellement :

- les marchandises et le matériel.

La France apparait être le pays où la notion de fonds de commerce a été dégagée avec le plus de force.

En tout état de cause, le fonds de commerce a une valeur économique importante. Sur le plan juridique, la théorie du fonds de commerce présente une utilité économique incontestable en ce qu’elle permet de déterminer et de distinguer au sein du patrimoine du commerçant un groupe de biens affecté spécialement à son commerce.

Il sied de signaler que le fonds de commerce est susceptible de faire l’objet de plusieurs

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

opérations notamment la cession, l'apport en société, la location-gérance et enfin le nantissement opération qui constituera l'objet de notre étude.

Le fonds de commerce est cessible en même temps ou à part des autres actifs d'exploitation cela permet le transfert de l'activité à un nouvel exploitant.

L'apport à une société permet à son propriétaire de continuer à l'exploiter en échange de parts sociales de la société.

Il peut aussi être mis, sous certaines conditions, en location-gérance ou faire l'objet d'un nantissement, notamment en garantie d'un crédit.

L'importance du fonds de commerce au cours de l'exercice d'une activité commerciale est telle que son titulaire peut le constituer comme une garantie au profit du créancier qui lui a prêté de l'argent ayant servi notamment à l'acquisition dudit fonds.

La sureté ainsi constituée avait pour nom en droit congolais le gage du fonds de commerce, alors qu'elle prend le nom de nantissement du fonds de commerce en droit OHADA comme en droit Français.

En effet, dans la vie économique et plus dans le monde des affaires, il est d'un postulat que l'homme se trouve toujours devant les besoins illimités face aux ressources limitées. Ce qui fait que les commerçants sont toujours contraints à recourir au crédit.

Or, le recours au crédit va toujours de pair avec les exigences de la garantie. Celles-ci ont toujours hanté l'esprit du créancier et par la suite celui du législateur, qui tous les deux, cherchent au jour le jour les garanties à la fois efficaces et souples.

L'histoire des suretés nous apprend que dès les temps immémoriaux, la personne du débiteur qui ne parvenait pas à exécuter ses obligations ou à s'assurer d'un Vindex (caution) pouvait être abandonnée au créancier qui pouvait à son tour le mettre à mort ou le vendre comme esclave.

Cette situation a évolué vers la recherche d'autres suretés respectueuses de la dignité humaine et la liberté individuelle. C'est ainsi que naquit l'idée du gage.

Ainsi la sécurité des créanciers exigeait que les biens nantis leur soient attribués en propriété à titre de suretés : « le contrat de fiducie ». Celui-ci était une forme de sureté réelle, où la propriété du bien corporel était transférée au créancier en garantie du paiement de la dette, avec engagement de restitution si le débiteur s'exécutait à l'échéance.

Cette sureté a cependant été jugée à la fois désavantageuse pour le formalisme du transfert de propriété et dangereuse pour celui qui, après avoir remboursé son créancier, risque de se heurter à son insolvabilité.

Suite aux reproches formulés à l'égard de la fiducie, vint le « **Gage ordinaire** » pour limiter les risques que courent les débiteurs. Le souci ici était de rétablir l'équilibre entre le créancier et le débiteur.

Le gage ordinaire emporte dépossession du débiteur avec cette différence qu'il ne transfert pas la propriété du bien au créancier. Ce mécanisme a été jugé comme étant un progrès par rapport à l'utilisation de la propriété à titre de garantie.

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

Un peu plus tard, une autre étape fut franchise : les économistes ont commencé à dénoncer l'immobilisation de certains biens mis en possession du créancier.

Ils estimaient que les petits commerçants ne pouvait trouver les moyens de se procurer du crédit qu'en se privant de certains éléments corporels du fonds de commerce.

Or, comme le souligne le professeur Henri DE PAGE, ces commerçants n'avaient souvent pour tout avoir que leurs fonds de commerce. Il était donc pratiquement impossible de tirer un crédit quelconque.

La mise en gage de certains éléments du fonds les priverait à raison d'une condition essentielle de mis en possession de l'objet même de leur activité professionnelle. Le fonds de commerce envisagé comme universalité ne conduisait guère à des résultats tangibles et, à raison de sa compositions (bien mobiliers et incorporels), ne saurait être susceptible d'hypothèque.

Pour pallier à cette situation, le législateur belge institua un gage sans dépossession du débiteur désigné sous le vocable de « Gage du fonds de commerce ». Appelé en Droit français « Nantissement du fonds de commerce ».

Il s'agit ici d'une sureté réelle sans dépossession par laquelle le débiteur donne en garantie son fonds de commerce tout en continuant son exploitation.

En Droit congolais, bien avant l'entrée en vigueur du droit OHADA, le décret du 12 Janvier 1920 traitait en premier du gage du fonds de commerce. Le but de ce décret était de promouvoir le crédit professionnel dans le domaine industriel et commercial.

Autrement dit, « le but du législateur en organisant le gage fonds de commerce était de mettre un puissant moyen de crédit à la disposition des commerçants. Grace à ce procédé, le commerçant offre aux financiers dont il sollicite des crédits, de sérieuses garanties. »

Le décret du 12 Janvier 1920 fut complété par le décret du 21 Juin 1937, l'ordonnance législative du 3 octobre 1940 et le décret du 24 Mai 1959 qui, furent tous coordonnés par l'arrêté royal du 19 Janvier 1960 portant gage du fonds de commerce, escompte et gage de la facture commerciale.

L'article 1er de cet arrêté royal de 1960 prévoit que le fonds de commerce peut être mis en gage dans les conditions déterminées par la loi.

Dans le même sens l'article 162 AUS admet le nantissement du fonds de commerce comme acte conventionnel par lequel le constituant affecte en garantie d'une obligation les éléments incorporels constitutifs du fonds de commerce, à savoir la clientèle, l'enseigne ou le nom commercial, les autres éléments corporels, le matériel professionnel, etc.

Ainsi suite à ce nouveau type de Gage sans dépossession, le fonds de commerce engagé est laissé entre les mains du débiteur, celui-ci continuant de recueillir le fruit du fonds nantis sous réserve du droit créancier. Ce qui justifie la réticence des créanciers d'accorder des créances à 100% étant donné que le fonds de commerce reste en possession du propriétaire.

La conséquence majeure qui en découle est entre autres l'utilisation de cette créance à d'autres fins plutôt qu'à ce à quoi elle a été prévue (l'exploitation du fonds). C'est ainsi que nous remarquons que les créanciers n'accordent comme valeur de garantie au nantissement du fonds de commerce qu'un faible pourcentage (autour de 25%) de sa valeur estimée voire même pas. Pourtant le fonds de commerce constitue une sûreté réelle qui peut être donnée en gage par un créancier, mais cette garantie n'est pas suffisante à ses yeux, par le fait d'avoir été trompé par les

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

précédents débiteurs.

De nos jours, l'octroi des crédits est d'une importance capitale : les commerçants, principalement, y recourt pour agrandir ou moderniser leurs affaires ou pour profiter d'une bonne occasion d'achat de marchandises, etc.

Partant des questions autour desquelles pivotent nos interrogations, il sied d'ores et déjà de relever que le législateur OHADA a bel et bien réfléchit sur l'opération de nantissement du fonds de commerce, en a fixé les modalités de constitution, les effets et la réalisation dudit nantissement, il a donc prévu un certain nombre de préalables visant à protéger aussi bien le créancier que le débiteur d'éventuels dérapages.

Nous verrons notamment que le créancier sera mis à l'abri d'une série de risques soit de non remboursement, soit de remboursement tardif. Le débiteur, quant à lui, bénéficie d'un minimum de garantie en cas du non-respect des conditions d'obtention d'une créance.

Dans un cas comme dans l'autre, il existe des sanctions pour la partie qui agira à l'encontre de la convention intervenue entre le débiteur et le créancier, lequel accord est conclu préalablement avec l'intervention du tribunal.

NB: Ce thème peut servir à la réflexion d'une recherche scientifique pour les étudiants en droit des affaires.

Don José MUANDA

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés