

Droit commercial général

Leçon 9 : Les opérations portant sur le fonds

, Edith BLARY-CLEMENT

, Gonzague GRAVE

Table des matières

Section 1. Les opérations emportant transfert de la propriété du fonds.....	p. 2
§1. La cession de fonds de commerce.....	p. 2
A - Les conditions.....	p. 2
1. Les conditions de fond.....	p. 2
2. Les conditions de forme.....	p. 3
a) L'information des salariés.....	p. 3
b) Les mentions obligatoires.....	p. 4
3. La publicité.....	p. 5
B - Les effets.....	p. 6
1. Les obligations du vendeur.....	p. 6
2. Les obligations de l'acheteur.....	p. 7
§2. L'apport en société.....	p. 9
Section 2. La location du fonds de commerce.....	p. 11
§1. Les conditions.....	p. 11
A - Les conditions de fond.....	p. 11
1. Les conditions relatives à l'objet du contrat.....	p. 11
2. Les conditions tenant aux parties.....	p. 12
B - Les conditions de forme.....	p. 13
§2. Les effets du contrat.....	p. 14
A - A l'égard des parties.....	p. 14
B - A l'égard des tiers.....	p. 16
§3. Le crédit-bail.....	p. 18
Section 3. Les garanties sur le fonds ou ses éléments.....	p. 20
§1. Le nantissement du fonds de commerce.....	p. 21
A - Le nantissement conventionnel.....	p. 21
B - Le nantissement judiciaire.....	p. 23
§2. Le gage professionnel.....	p. 23

Elles peuvent emporter transfert de la propriété du fonds (Section 1). Mais le fonds peut aussi être mis en location (Section 2) ou servir de garantie (Section 3).

Section 1. Les opérations emportant transfert de la propriété du fonds

Le fonds de commerce est une valeur économique qui le rend susceptible de nombreuses opérations. Il peut notamment faire l'objet d'aliénations.

A ce titre, il peut être cédé ou apporté en société. Une triple finalité de protection fonde le dispositif légal :

- Il faut, en effet, protéger les créanciers du vendeur ou de l'apporteur, à cet effet, un système de publicités les informe et leur permet de faire valoir leurs droits.
- Il faut aussi protéger le vendeur : pour ce faire, la loi organise le privilège du vendeur et l'action résolutoire.
- Enfin il faut protéger l'acheteur ; c'est pourquoi les textes soumettent les contrats de vente ou d'apport à un certain nombre de conditions de forme.

Ces trois impératifs de protection expliquent la réglementation tant en matière de cession que d'apport en société de fonds de commerce.

§1. La cession de fonds de commerce

La cession ou vente de fonds de commerce est soumise à des conditions de fond mais aussi à un formalisme lourd qui conditionne parfois les effets de ce contrat.

A - Les conditions

Elles sont d'abord de fond, elles sont aussi de forme et ont enfin trait à la publicité de l'opération.

1. Les conditions de fond

Ce sont d'abord celles de droit commun applicables à toute vente.

Quelques précisions doivent cependant être apportées. On rappellera en premier lieu que la vente de fonds de commerce est un acte de commerce, un acte de commerce à raison de l'objet du contrat. Elle constitue un acte de commerce pour l'acheteur et pour le vendeur. Il s'agit assez souvent du dernier acte de commerce du cédant. **Elle conserve sa nature d'acte de commerce même si le vendeur n'est pas commerçant.** Ce sera alors un acte isolé (voir leçon 2).

On a dit que le fonds de commerce était un bien meuble incorporel, toutefois, l'importance de l'opération requiert un renforcement des règles.

La vente est en effet soumise à des conditions de capacité et de pouvoirs plus strictes que celles applicables aux ventes mobilières de droit commun.

Exemple

Ainsi s'agissant de la vente d'un fonds appartenant à un mineur ou à un majeur protégé sous tutelle, la vente doit être autorisée par le conseil de famille ou par le juge des tutelles selon le cas. Et lorsque le fonds appartient à des époux communs en biens, sa vente requiert le consentement des deux ou à défaut l'autorisation du juge.

La rigueur de ces règles est accentuée par une appréciation plutôt souple des vices du consentement.

Exemple

L'erreur sur l'importance de la clientèle constitue par exemple une erreur sur les qualités substantielles de la chose alors même que le Code civil ne retient pas l'erreur sur la valeur. Le dol résultera de la simple réticence.

La jurisprudence retient ainsi comme cause de nullité le silence sur le contenu des contrats de distribution (Cass. com., 4 mai 1993, CCC oct. 1993, n° 171). etc.

D'importantes précisions doivent surtout être apportées relativement au contenu du contrat.

La prestation doit porter sur un fonds de commerce et il est bon de le préciser car il existe parfois des difficultés de qualification de l'opération et de nombreuses demandes de requalification.

Exemple

Le critère de la cession du fonds est la transmission de la clientèle, à défaut de transmission de la clientèle l'opération pourra être une cession d'un élément isolé du fonds de commerce, le bail par exemple (Cass. com., 24 janvier 2006, n° 04-15175). En sens inverse, la cession d'un élément essentiel du fonds de commerce tel le bail qui emporte cession de la clientèle liée à l'emplacement est une cession de fonds de commerce (Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 2006, n° 04-12232).

Il n'est pas nécessaire que la cession des divers éléments du fonds soit réalisée par un seul et même acte dès lors que le fonds est transféré. L'administration fiscale qualifie de cession de fonds taxable au titre de l'article 719 du Code général des impôts, les mutations corrélatives de divers éléments du fonds de commerce (V. Instruction fiscale 7 D-1-11 du 17 juin 2011).

La jurisprudence s'est également interrogée sur l'éventuelle assimilation de la cession massive de parts sociales à la vente de fonds de commerce car en pratique les effets sur la maîtrise du fonds sont les mêmes. Après de nombreux débats, la jurisprudence est aujourd'hui fixée.

Exemple

Et elle refuse d'assimiler la cession de parts ou d'actions à la vente de fonds de commerce (Cass. com., 13 février 1990, D. 1990 470).

Elle tire même toutes les conséquences de cette position en refusant par exemple à l'agent immobilier qui a reçu mandat de vendre un fonds la commission prévue au contrat au motif que la cession ne porte pas sur un fonds mais uniquement sur des actions de société anonyme (Cass. com., 9 décembre 1994, Bull. IV, n° 365). Cependant lorsqu'il s'agit d'appliquer la théorie des vices du consentement aux cessions et plus spécialement aux cessions massives de parts sociales, la jurisprudence semble faire prévaloir l'identité quant au résultat économique des opérations. Cette jurisprudence est étudiée en droit des sociétés. Quant au prix, il doit d'abord répondre aux exigences du Code civil.

En d'autres termes, il doit être déterminé ou déterminable ; sous cette condition, il est librement fixé par les parties. Mais il ne peut être, dans les contrats à titre onéreux, dérisoire à peine de nullité (art. 1169 du C. civ.).

Lorsqu'il n'est pas payé comptant, il est sectionné en trois prix distincts représentant le prix des éléments incorporels, celui du matériel et le prix des marchandises. Ce sectionnement du prix permettra l'exercice du privilège du vendeur tel que défini à l'article L. 141-5 du Code de commerce.

Pour éviter les dissimulations, toute contre-lettre dissimulant une partie du prix est frappée de nullité. Le nouvel article 1202, al. 2 du Code civil est tout à fait clair sur ce point.

2. Les conditions de forme

a) L'information des salariés

L'obligation pour le vendeur d'informer les salariés préalablement à la cession découle de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, modifiée par la loi « Macron ». Le dispositif mis en place se décline différemment selon le nombre de salariés. Dans les entreprises qui ne sont pas soumises à l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise, les salariés sont informés directement par le propriétaire du fonds qui l'exploite ou par l'exploitant qui a lui-même reçu l'information du propriétaire de son intention de vendre (art. [L. 141-23](#)). Dans les entreprises soumises à l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise, le comité d'entreprise doit, en outre, être informé et consulté (art. [141-28](#)). Le but est de permettre à un ou plusieurs salariés de l'entreprise de présenter une offre pour l'acquisition du fonds. Cette information doit intervenir au plus tard deux mois avant la vente et préciser aux destinataires qu'ils peuvent présenter une offre d'achat. Le droit d'information ne doit pas être confondu avec un droit de préemption. Le propriétaire reste libre de choisir le cessionnaire même en présence d'une offre de rachat émanant des salariés.

D'abord sanctionnée par la nullité de la cession, la violation de cette obligation engage aujourd'hui la responsabilité de son auteur et peut donner lieu à la condamnation à une amende civile, à la demande du ministère public, dont le montant ne peut excéder 2 % du montant de la vente.

Exemple

La solution est conforme à la décision du Conseil constitutionnel du 17 juillet 2015, rendue sur une question prioritaire de constitutionnalité, qui a déclaré non conforme à la Constitution le texte initial prévoyant la nullité (Cons. Const., déc. n° [2015-476](#) QPC du 17 juillet 2015).

b) Les mentions obligatoires

Avant la loi n° [2019-744](#) du 19 juillet 2019, des mentions obligatoires étaient prévues dans un souci de protection de l'acquéreur du fonds. L'ancien article L. 141-1 du Code de commerce listait ainsi différentes mentions devant figurées dans tout acte constatant une cession ou un apport en société d'un fonds de commerce telles que le nom du précédent vendeur, l'état des privilèges et nantissemements grevant le fonds ou encore le chiffre d'affaires que le vendeur a réalisé durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente. Or, la liste des mentions obligatoires était limitative.

Exemple

Ainsi, il avait été jugé que la perte de clientèle ne faisait pas partie des mentions obligatoires (Cass. com., 13 janvier 1998, n° [95-14.521](#), *RTD com.* 1999, p. 323).

L'omission d'une des mentions légales pouvait, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente. Il s'agissait d'une nullité relative facultative pour le juge et enfermée dans le bref délai d'un an. Le juge ne prononçait la nullité que si l'omission était de nature à induire l'acquéreur en erreur, s'il n'avait pu consentir à la vente en toute connaissance de cause (Cass. com., 27 avril 2011, n° [10-14813](#)).

En savoir plus : La justification de la suppression des mentions obligatoires

La proposition de loi n° 740 du 4 août 2014, justifiait la suppression des mentions obligatoires prévues à l'ancien article L. 141-1 du Code de commerce par le fait que « *les informations concernées ne sont pas toujours utiles pour le cessionnaire. De plus, dans un certain nombre de cas, les informations ne sont pas disponibles, pour des raisons objectives (liquidation judiciaire, décès du commerçant...), mais l'annulation demeure possible. Enfin, d'autres informations pourtant nécessaires pour le cessionnaire n'ont pas à être mentionnées (nombre de salariés, contrats en cours...).* Dans ces conditions, ce régime des mentions légales obligatoires de l'acte de cession d'un fonds de commerce, hérité quasiment à l'identique de la loi du 29 juin 1935 relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce, représente un formalisme excessif, crée un risque juridique disproportionné et suscite un contentieux inutile. En tout état de cause, un cessionnaire diligent veillera à obtenir du cédant de bonne foi, avant la conclusion de la vente, toutes les informations utiles pour la reprise de l'affaire, étant entendu que de nombreuses informations sont publiques ou peuvent être connues par ailleurs (état des privilèges et nantissemements grevant le fonds, comptes annuels...). À l'inverse, la responsabilité d'un cédant de mauvaise foi pourra être engagée » (Proposition de loi de simplification,

de clarification et d'actualisation du Code de commerce présenté par M. Thani MOHAMED SOILHI, n° 790, 4 août 2014 Sénat, p.8).

Est-ce à dire que cette suppression des mentions obligatoires entraîne un affaiblissement de la protection de l'acquéreur du fonds de commerce ? La réponse est négative puisque les règles du droit commun et plus précisément du droit des obligations vont trouver à s'appliquer pleinement. Ainsi, l'obligation d'information prévue à l'article [1112-1](#) du Code civil selon lequel « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* », sera applicable à l'hypothèse d'une cession de fonds de commerce. La sanction du manquement à ce devoir d'information peut entraîner, outre la responsabilité de celui qui en était tenu, l'annulation du contrat.

Exemple

Pour un exemple d'annulation de la cession d'un fonds de commerce en raison d'une réticence dolosive, voir Cass. com., 6 janvier 2021, n° [18-25.098](#).

Notons que la loi du 19 juillet 2019 n'a pas supprimé l'article [L. 141-2](#) du Code de commerce prévoyant que : « *Au jour de la cession, le vendeur et l'acquéreur visent un document présentant les chiffres d'affaires mensuels réalisés entre la clôture du dernier exercice comptable et le mois précédant celui de la vente.*

Pendant une durée de trois ans à compter de l'entrée de l'acquéreur en jouissance du fonds, le vendeur met à sa disposition, à sa demande, tous les livres de comptabilité qu'il a tenus durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

Il convient enfin de remarquer que le législateur n'a pas abrogé l'article [L. 141-3](#). Ainsi, le vendeur est, nonobstant toute stipulation contraire, tenu de la garantie à raison de l'inexactitude de ses énonciations dans les conditions édictées par les articles [1644](#) et [1645](#) du Code civil. D'autant que les intermédiaires, rédacteurs des actes et leurs préposés, sont tenus solidairement avec le vendeur, s'ils connaissent l'inexactitude des énonciations faites.

3. La publicité

Elle est destinée à informer les tiers et à protéger les créanciers, les informer de l'existence de l'opération, les protéger en leur permettant d'agir pour préserver leurs intérêts. Prévue par la loi de 1909, la publicité est aujourd'hui régie par l'article [L. 141-12](#) du Code de commerce. Elle est précédée d'un enregistrement qui doit avoir lieu dans le mois qui suit la date de l'acte emportant mutation. La publicité prend la forme d'un extrait ou d'un avis inséré sur un support habilité à recevoir des annonces légales dans le département dans lequel le fonds est exploité et d'une publication au BODACC. L'avis énonce :

- la date de l'acte,
- les noms,
- prénoms,
- domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire,
- la nature et le siège du fonds,
- le prix stipulé, y compris les charges ou l'évaluation ayant servi de base à la perception des droits d'enregistrement,
- l'indication du délai fixé pour les oppositions et une élection de domicile dans le ressort du tribunal.

Cet extrait indique aussi :

- les date, volume, numéro de la perception, ou, en cas de simple déclaration,
- la date et le numéro du récépissé de cette déclaration,
- dans les deux cas, l'indication du bureau où a eu lieu l'enregistrement.

Cette publicité a lieu dans la quinzaine de la date de la cession, elle est complétée, dans un le même délai, par une publication au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales.

Elle rend la cession opposable aux tiers et plus spécialement au bailleur (Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 2006, n° [04-19708](#)).

Ces publicités ouvrent surtout des délais aux créanciers pour agir et plus particulièrement pour faire opposition au paiement du prix. En effet, dans les dix jours suivant la dernière en date des publications ci-dessus évoquées, tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, peut former au domicile élu, par

simple acte extrajudiciaire, opposition au paiement du prix. L'opposition, à peine de nullité, énonce le chiffre et les causes de la créance et contient une élection de domicile dans le ressort de la situation du fonds. Il suffit que la créance soit certaine. L'opposition a pour effet de bloquer le prix. Elle le rend indisponible entre les mains de l'acquéreur qui ne peut valablement payer le vendeur. Tout paiement intervenant pendant le délai d'opposition est inopposable aux créanciers ([art. L. 141-17 du C. com.](#)).

L'acquéreur s'expose à payer deux fois.

Exemple

Pour un exemple d'application V. Cass. com., 24 mai 2005, *D.* 2005 J, p. 2612 ; Cass. com., 24 mai 2011, *D.* 2011 AJ 1554 - Voir également Cass. com., 8 mars 2023, n° [21-18.677](#) (reconnaissance de la qualité à agir du liquidateur du vendeur d'un fonds de commerce à l'encontre de l'acquéreur ayant versé le prix de vente au cédant avant l'expiration du délai d'opposition ouvert aux créanciers du vendeur).

Remarque

La même règle s'applique en cas de défaut de publicité ([art. L. 141-17 du C. com.](#)).

Après l'expiration du délai d'opposition, et lorsque les créances des opposants sont inférieures au prix, le vendeur peut demander le cantonnement de l'opposition. En effet, au cas d'opposition au paiement du prix, le vendeur peut, en tout état de cause, après l'expiration du délai, se pourvoir en référé devant le président du tribunal judiciaire afin d'obtenir l'autorisation de toucher son prix malgré l'opposition, à la condition de verser à la Caisse des dépôts et consignations, ou aux mains d'un tiers commis à cet effet, une somme suffisante pour désintéresser les opposants. Les sommes restent bloquées jusqu'à mainlevée de l'opposition ou répartition du prix.

La publicité ouvrait une seconde possibilité aux créanciers inscrits ou opposants : celle de faire surenchère. Celle-ci a été supprimée par la loi « Macron » du 6 août 2015.

B - Les effets

Comme toute vente, la cession de fonds de commerce entraîne des obligations à l'égard des deux parties: à l'égard du vendeur, à l'égard de l'acheteur.

1. Les obligations du vendeur

Outre les obligations que le vendeur aurait pu souscrire tel l'engagement d'effectuer des travaux, le vendeur est tenu à délivrance et à garantie.

Exemple

Cass. civ. 3^{ème}, 24 janvier 2006, n° [05-11087](#) selon lequel qu'« ayant constaté, d'une part, qu'aux termes de l'acte de cession de fonds de commerce, la société JC Mer, cédante, s'était engagée envers les époux X..., cessionnaires, à effectuer la totalité des travaux de mise aux normes d'hygiène et de sécurité et avait déposé sur un compte séquestre une certaine somme à l'effet de régler les factures, d'autre part, que les travaux avaient été réalisés et payés par ladite société, la cour d'appel a souverainement retenu, sans violer les dispositions de l'article 1165 du Code civil, que les époux X... étaient sans intérêt à agir contre les bailleurs en paiement du coût de travaux dont ils n'avaient pas fait l'avance et qui avaient été réglés par le précédent locataire. »

Remarque

L'obligation de délivrance ne soulève guère de difficultés.

Le vendeur doit transmettre la clientèle et mettre en possession l'acquéreur des éléments pour l'attirer et la retenir conformément au contrat.

Il doit transmettre les éléments corporels et incorporels composant le fonds (v. par ex : Cass. civ. 3^{ème}, 25 novembre 2009, n° [08-21.384](#)), y compris, sauf clause contraire, le nom commercial et l'enseigne (en ce sens Paris, 25 octobre 2000, *RJDA* 2/01, n° 14). Il doit accomplir les formalités inhérentes à son obligation par exemple faire inscrire au registre national de la propriété industrielle la transmission des droits, lorsque la cession comprend des titres de propriété industrielle.

Remarque

La cession d'un fonds de commerce n'entraîne pas de plein droit transfert des contrats conclus par le cédant (en ce sens : Cass. com., 25 octobre 2023, n° [21-20.156](#)), à l'exception toutefois, du bail commercial, des contrats d'assurance, des contrats d'éditions et des contrats de travail (art. [L. 1224-1](#) du C. trav.). Ainsi, un contrat de distribution n'est pas transmis de plein droit avec le fonds de commerce (Cass. com., 19 octobre 2022, n° [21-16.169](#)).

Le fait de ne pas transmettre une partie de la clientèle attachée au fonds constitue une **inexécution de l'obligation de délivrance**. L'obligation de garantie couvre la garantie des vices cachés et la garantie d'éviction auxquelles il faut ajouter la garantie de l'exactitude des mentions figurant dans l'acte de vente.

Remarque

Ces garanties sont somme toute assez classiques.

S'agissant de la garantie des vices cachés, elle joue peu bien qu'elle s'additionne avec la garantie de l'exactitude des mentions.

Il faut, en tout état de cause, apprécier le vice d'après la nature de la chose vendue ;

Exemple

il en résulte ici que le vice doit être de nature à entraîner une diminution, une perte de clientèle pour que le vice puisse jouer et le vice doit être rédhibitoire (Cass. com., 24 janvier 2006, n° 02-12710).

Exemple

La garantie contre l'éviction revêt un tour spécifique non pas en ce qui concerne l'éviction du fait des tiers qui suppose que le fonds ait été, par exemple, vendu deux fois mais en ce qui concerne l'éviction du fait personnel.

Elle s'oppose au rétablissement du vendeur dans le même commerce qui aboutirait à une reprise de la clientèle vendue. Lorsque le vendeur est une personne morale, l'interdiction de se rétablir pèse non seulement sur la personne morale mais aussi sur son dirigeant ou les personnes qu'il pourrait interposer pour échapper à ses obligations (Cass. com., 24 mai 2005, n° [02-19704](#)).

Pour préciser l'étendue de la garantie légale due par le vendeur à l'acquéreur, il existe généralement dans l'acte des clauses de non concurrence qui déterminent les obligations du vendeur. Elles délimitent le domaine des activités concernées, la durée, la sphère géographique mais elles ne doivent pas limiter la portée de l'obligation légale.

2. Les obligations de l'acheteur

La première obligation de l'acheteur est bien évidemment de payer le prix. Le plus souvent, ce prix n'est pas intégralement payé comptant c'est pourquoi des garanties ont été prévues au profit du vendeur. La loi donne, en effet, au vendeur un privilège sur le fonds et organise l'exercice de l'action résolutoire.

D'autres obligations peuvent encore être stipulées, elles relèvent de la liberté contractuelle des parties.

Exemple

Voir par exemple, Cass. com., 21 oct. 1997, *RJDA* 2/98, n° 216.

Le privilège du vendeur est destiné à **garantir le paiement**. Il résulte du seul fait qu'il y ait cession comportant un paiement à terme mais son effectivité est subordonnée au respect d'un strict formalisme. À peine de nullité, le privilège doit être inscrit dans les trente jours suivant la date de l'acte de vente. **Et il n'a lieu que si la vente a été constatée par un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré.** L'inscription est faite

sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. En raison de la nature du fonds, la loi organise sa mise en œuvre.

Remarque

Notons qu'à compter du 1^{er} janvier 2023, la sanction du défaut d'inscription du privilège dans le délai préfix ne sera plus la nullité mais l'inopposabilité (art. L. 141-6, al. 1^{er}, C. com. modifié par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021).

Ainsi, le privilège du vendeur d'un fonds de commerce ne porte que sur les éléments du fonds énumérés dans la vente et dans l'inscription, et à défaut de désignation précise, il ne porte que sur les éléments incorporels du fonds :

- l'enseigne,
- le nom commercial,
- le droit au bail,
- la clientèle,
- l'achalandage.

Pour la mise en œuvre du privilège, la loi opère un sectionnement du prix de vente. En effet, trois prix différents doivent être établis pour :

- les éléments incorporels du fonds,
- le matériel,
- les marchandises.

Le privilège du vendeur garantit chacun de ces prix, ou ce qui en reste dû. Il s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente afférents aux marchandises, au matériel et aux éléments incorporels du fonds. Et nonobstant toute convention contraire, les paiements partiels autres que les paiements comptants s'imputent d'abord sur le prix des marchandises, ensuite sur le prix du matériel (art. [L. 141-5](#) du Code de commerce). Le privilège emporte au profit du vendeur un droit de suite et un droit de préférence. Il sera payé par préférence sur le prix de revente du fonds. Le privilège du vendeur comme celui d'ailleurs du créancier gagiste suit le fonds en quelques mains qu'il passe. Le vendeur a également la possibilité en cas de non paiement du prix d'exercer l'action résolutoire. Il peut obtenir la résolution mais des conditions sont posées : la loi lie l'action résolutoire au privilège. En ce sens que l'action résolutoire ne pourra jouer que si les formalités de publicité du privilège ont été accomplies et dans la mesure où l'action a été expressément mentionnée et réservée dans l'inscription du privilège. C'est ce qui ressort de l'article [L. 141-6](#), alinéa 2, aux termes duquel l'action résolutoire, établie par l'article [1654](#) du Code civil, doit, pour produire effet, être mentionnée et réservée expressément dans l'inscription. Elle ne peut être exercée au préjudice des tiers après l'extinction du privilège. Elle est limitée, comme le privilège, aux seuls éléments qui ont fait partie de la vente. **L'action résolutoire anéantit la vente.**

Elle peut comporter des risques pour les créanciers, c'est pourquoi elle est entourée de conditions.

Exemple

Ainsi le vendeur qui exerce l'action résolutoire doit la notifier aux créanciers inscrits sur le fonds au domicile par eux élu dans leurs inscriptions.

Le jugement ne peut intervenir qu'après un mois écoulé depuis la notification.

Il en va de même pour le vendeur qui a stipulé lors de la vente que, faute de paiement dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, ou qui en a obtenu de l'acquéreur la résolution à l'amiable qui doit donc notifier aux créanciers inscrits la résolution encourue ou consentie. Celle-ci ne deviendra définitive qu'un mois après la notification ainsi faite. La résolution entraîne la restitution du fonds au vendeur. Il est tenu de reprendre tous les éléments du fonds qui ont fait partie de la vente, même ceux pour lesquels son privilège et l'action résolutoire sont éteints. Il est comptable du prix des marchandises et du matériel existant au moment de sa reprise de possession d'après l'estimation qui en est faite par expertise contradictoire, amiable ou judiciaire, sous la déduction de ce qui peut lui rester dû par privilège sur les prix respectifs des marchandises et du matériel, le surplus, s'il y en a, devant rester le gage des créanciers inscrits et, à défaut, des créanciers chirographaires. **La reprise est indivisible.**

Le vendeur devra éventuellement indemniser l'acquéreur qui a apporté une plus-value aux éléments du fonds. Des comptes de reprise sont établis. En principe, le vendeur récupère tous les éléments en quelques mains qu'ils se trouvent et en quelque lieu qu'ils soient. Toutefois pour les éléments corporels, l'acquéreur de bonne foi pourra opposer la règle selon laquelle en fait de meuble, possession vaut titre.

Remarque

Notons pour terminer que dans le souci de maintenir un tissu de commerce de proximité, la loi du 2 août 2005 a prévu un droit de préemption au bénéfice des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux.

Ainsi aux termes de l'[article L. 214-1 du Code de l'urbanisme](#), le conseil municipal peut, par délibération motivée, délimiter un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité, à l'intérieur duquel sont soumises au droit de préemption les cessions de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux. Dorénavant, chaque cession est subordonnée, à peine de nullité, à une déclaration préalable faite par le cédant à la commune. Cette déclaration précise le prix et les conditions de la cession.

Le droit de préemption est exercé selon les modalités prévues par les articles L. 213-4 à L. 213-7 du Code de l'urbanisme. Le silence de la commune pendant deux mois à compter de la réception de la déclaration vaut renonciation à l'exercice du droit de préemption. Le cédant peut alors réaliser la vente aux prix et conditions figurant dans sa déclaration. L'action en nullité se prescrit par cinq ans à compter de la prise d'effet de la cession.

Lorsqu'elle exerce son droit de préemption la commune doit, dans le délai de deux ans ou trois ans si location-gérance à compter de la prise d'effet de la cession, rétrocéder le fonds artisanal, le fonds de commerce ou le bail commercial à une entreprise immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, en vue d'une exploitation destinée à préserver la diversité de l'activité commerciale et artisanale dans le périmètre concerné. L'acte de rétrocession prévoit les conditions dans lesquelles il peut être résilié en cas d'inexécution par le cessionnaire du cahier des charges. L'acte de rétrocession d'un fonds de commerce est effectué selon les règles ci dessus énoncées relatives à la cession de fonds. La rétrocession d'un bail commercial est subordonnée quant à elle à l'accord préalable du bailleur. **Cet accord figure dans l'acte de rétrocession.**

§2. L'apport en société

Des points communs importants existent entre la cession et l'apport en société.

Les actes doivent contenir les mêmes mentions et faire l'objet des mêmes publicités sauf à préciser que la loi Madelin de 1994 a légèrement allégé les formalités lorsque l'apport et la constitution de la société sont publiés en même temps. Depuis la loi Sapin II (art. [L. 141-21](#) du C. com.), sauf s'il résulte d'une opération de fusion ou de scission, ou s'il est fait à une société détenue en totalité par le vendeur, tout apport de fonds de commerce fait à une société en constitution ou déjà existante doit être porté à la connaissance des tiers par voie d'insertion dans les journaux d'annonces légales et au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales comme la cession.

Remarque

Cependant, apport et cession comportent une différence fondamentale sur laquelle il faut insister.

L'apport ne comporte pas de prix susceptible de désintéresser les créanciers, il donne lieu à l'attribution de parts sociales ou d'actions.

Pour pallier ce manque et assurer néanmoins la protection des créanciers de l'apporteur, un système de déclaration des créances a été mis en place. En effet, dans les dix jours de la dernière en date des publications prévues par les textes, tout créancier non inscrit de l'associé apporteur peut faire connaître au greffe du tribunal de commerce de la situation du fonds, sa qualité de créancier et la somme qui lui est due (art. [L 141-22](#) du C. com.). Cette déclaration ne rend pas immédiatement exigible la créance déclarée, elle rend simplement solidaire la société avec l'apporteur de son paiement.

L'apporteur n'est pas déchargé des dettes contractées pour l'exploitation, même en cas de cession expresse (Cass. com., 27 janvier 1998, n° [95-12031](#)).

Si ces règles sont destinées à protéger les créanciers de l'apporteur, il en est d'autres destinées, quant à elles, à protéger les associés. En effet, les associés ou l'un d'eux peuvent former dans la quinzaine suivant la déclaration des créances, une demande en annulation de la société ou de l'apport. Ces règles ne s'appliquent pas en cas d'apport d'un fonds de commerce par une société à une autre société, par suite d'une fusion ou d'une scission soumise à application des articles [L. 236-14](#), [L. 236-20](#) et [L. 236-21](#) ou lorsque est exercée la faculté prévue à l'article [L. 236-22](#). La fusion entraîne transmission universelle du patrimoine. Au regard du droit des sociétés, l'apport de fonds de commerce est un apport en nature avec toutes les conséquences que cela implique en matière d'évaluation de l'apport par exemple.

Section 2. La location du fonds de commerce

La location-gérance est un contrat par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls. Ce contrat est régi par les articles [L 144-1 et suivants](#) du Code de commerce.

Dès lors que le contrat répond à la définition légale, il doit être qualifié ou requalifié de location gérance, nonobstant la qualification donnée par les parties. La qualification a un caractère d'ordre public (Cass. com., 23 mars 1999, n° [97-15000](#) - Comp. Cass. civ. 3^{ème}, 7 décembre 2010, n° [09-71489](#)).

Il faut tout d'abord envisager les conditions puis les effets de ce contrat. La location du fonds peut aussi s'inscrire dans une opération plus vaste alliant location et cession de fonds : le crédit-bail.

§1. Les conditions

Les conditions sont de fond et de forme.

A - Les conditions de fond

Elles tiennent à l'objet du contrat. Elles ont trait aux parties.

1. Les conditions relatives à l'objet du contrat

Elles concernent le bien loué. Il doit s'agir d'un fonds de commerce ce qui suppose l'existence d'une clientèle personnelle et indépendante (Cass. civ. 3^{ème}, 9 juillet 2008, n° [07-15534](#)).

La preuve de l'existence du fonds incombe au loueur ; c'est à la date de signature du contrat qu'il faut se placer pour apprécier l'existence du fonds c'est-à-dire de la clientèle (Cass. com., 27 oct. 2009, n° [08-17318](#)). Cette clientèle, on le sait, peut préexister à son exploitation (Cass. com., 7 avril 2009 préc.). En l'absence de clientèle, le contrat est nul.

A défaut le contrat pourra être requalifié par le juge.

Exemple

Il pourra, par exemple, s'agir d'un bail ou d'une sous location d'immeuble (Cass. com., 26 novembre 1997, *RJDA* 1/98, n° 41, plus récemment Cass. com., 13 février 2007, n° [05-10221](#)) voire en cession à l'initiative de l'administration fiscale par exemple Cass. com., 13 janvier 2009, *Droit des sociétés* n° 4 avril 2009, comm. 86, note J.-L. Pierre). Notons toutefois qu'en revanche, la location-gérance annulée ne pourra pas être requalifiée en sous-location commerciale (Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 2005, *D.* 2005 AJ 1556, obs. Y Rouquet).

Il est vrai qu'elle porte sur le fonds et non sur l'immeuble.

La location-gérance suppose que soient mis à la disposition du locataire tous les éléments susceptibles d'attirer et de retenir la clientèle. Il faut qu'on soit en présence d'un fonds de commerce c'est-à-dire qu'il existe une clientèle réelle fédérée autour de quelques éléments. En l'absence de clientèle, il ne saurait y avoir location gérance.

Exemple

Ainsi, une convention constitue une location-gérance de fonds de commerce dès lors qu'elle porte sur la clientèle, l'achalandage ainsi que le nom commercial, (Cass. com., R., 7 févr. 1995, *JCP (G)* 1995 IV 857).

L'existence de la clientèle, et donc du fonds, s'apprécie à la date de conclusion de la convention. C'est à cette date qu'il faut se placer pour déterminer si le fonds avait ou non une clientèle, la preuve de l'existence du fonds incombant au loueur (Cass. com., 27 octobre 2009, n° [08-17318](#)).

Exemple

Il a été, par exemple, jugé que le contrat de location-gérance concernant un fonds de "vente de produits de beauté, herboristerie, produits fantaisie, cadeaux, articles de décoration, soins esthétiques, ventes d'aliments naturels et diététiques" n'est pas nul pour défaut de clientèle, lorsque la clientèle attachée au fonds existait lors de la conclusion du contrat, alors même que le locataire-gérant ne souhaitait pas l'exploiter et envisageait de créer une nouvelle activité, après accord du bailleur sur la déspecialisation, activité pour laquelle la clientèle n'était certes que potentielle (Toulouse, 21 septembre 2004, *JCP (G)* 2005 IV 1320).

Au delà de la clientèle, la location gérance porte en principe sur tous les éléments du fonds :

Les éléments corporels	Les éléments incorporels
Le matériel, le mobilier	clientèle, nom commercial, enseigne...

Exemple

Lorsque l'activité est exercée dans un local loué, le contrat de location-gérance emporte transfert de la jouissance au preneur, la jouissance des lieux est la conséquence accessoire et nécessaire de la location-gérance (Cass. civ. 3^{ème}, 9 juillet 2003, *D.* 2003 A.J 2013, obs. Y. Rouquet).

Le bail commercial qui lie le propriétaire du fonds au propriétaire de l'immeuble continue à s'appliquer. Mais le gérant n'a aucun lien avec le propriétaire de l'immeuble. C'est le propriétaire du fonds qui reste titulaire du bail et doit demander le renouvellement.

La location-gérance ne constitue pas une sous-location interdite (Cass. com., 23 mai 1995, *Bull. civ. IV* n° 127), elle ne s'oppose pas au renouvellement du bail sauf clause d'exploitation personnelle (Cass. civ. 3^{ème}, 14 novembre 1996, *RTD com.* 1997.227 ; Cass. civ. 3^{ème}, 19 mai 2008, n° [07-11805](#)).

Lorsque l'immeuble appartient au propriétaire du fonds, le locataire ne jouit pas de la propriété commerciale.

2. Les conditions tenant aux parties

Les plus nombreuses concernent le bailleur. En effet, s'agissant du preneur, le gérant a la qualité de commerçant, il doit avoir la capacité de faire le commerce. A son égard, le contrat présente un caractère commercial.

Pour lutter contre les locations gérances spéculatives, la loi de 1956 a posé de nombreuses conditions tenant au loueur : il devait être commerçant inscrit au RCS depuis sept ans, ne pas être interdit d'exercer le commerce, avoir exploité le fonds personnellement pendant deux ans.

Exemple

Conditions qui par exemple empêchaient les commerçants de fait et surtout les associations de donner un fonds de commerce en location-gérance (Cass. com., 19 janvier 1988, *Bull. civ. IV*, n° 33).

Le contexte ayant changé, ces conditions tenant au loueur ont été assouplies en deux temps.

Dans un premier temps, l'ordonnance du 25 mars 2004 est venue assouplir ces conditions n'en laissant subsister qu'une seule prévue à l'ancien article L. 144-3 du Code de commerce, à savoir la condition tenant à l'exploitation personnelle du fonds pendant une durée de deux avant sa mise en location-gérance (sur la justification V. Rapport au président de la République JO 27 mars 2004). Cette exigence d'exploitation personnelle était sanctionnée par la nullité absolue du contrat. Toutefois, il existait des dérogations légales

et de possibles dérogations judiciaires. Ces dérogations légales étaient énumérées à l'article L. 144-5. Il s'agissait d'une liste longue d'hypothèses disparates. Aux dispenses légales, s'ajoutaient de possibles dispenses judiciaires prévues à l'article L. 144-4 du Code de commerce.

Cette condition d'exploitation personnelle était sanctionnée par la nullité du contrat qui ne pouvait pas être couverte a posteriori par une autorisation donnée par le juge après la conclusion du contrat (Cass. com., 4 février 1997, n° 94-21.510, [CCC février 2006 obs. 22](#)).

Exemple

Toutefois, récemment, par un arrêt en date du 23 janvier 2019 (Cass. com., 23 janv. 2019, n° [17-24.051](#)), la Cour de cassation avait rejeté un pourvoi tendant à contester la décision des juges d'appel d'avoir considérée comme valable, un contrat de location-gérance conclu sous condition suspensive d'obtention d'une dispense judiciaire d'exploitation personnelle. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation avait considéré en l'espèce « *qu'ayant relevé, d'abord, que les parties avaient conclu les contrats de location-gérance litigieux sous la condition suspensive de l'obtention par la société Benetton d'une autorisation judiciaire la dispensant de la condition d'exploitation personnelle des fonds de commerce pendant au moins deux ans préalablement à leur mise en gérance, et, ensuite, que celles-ci avaient prévu, comme elles en avaient la faculté, que les contrats ne prendraient effet qu'à la date de la réalisation de la condition suspensive, laquelle était effectivement intervenue, la cour d'appel a pu déduire que les contrats étaient valables* ».

Dans un second temps, l'article 2 de la loi du 19 juillet 2019 a abrogé les articles L. 144-3 à L. 144-5 du Code de commerce. La suppression de la condition tenant à l'exploitation personnelle du fonds visait à simplifier et faciliter le recours au régime de la location-gérance des fonds de commerce. De plus, selon l'exposé des motifs de la proposition de loi de simplification, de clarification et d'actualisation du Code de commerce, « ces conditions [entraient] le développement de la location-gérance, sans constituer une réelle garantie pour le locataire, d'autant que l'article L. 144-4 [permettait] déjà de demander au juge la réduction voire la suppression de ce délai de deux ans et que l'article L. 144-5 [exonérait] de ce délai de très nombreuses personnes ». L'exposé des motifs poursuit en précisant « *En tout état de cause, le loueur a la qualité de commerçant, en application de l'article L. 144-2, et la solidarité financière entre loueur et locataire, en vertu de l'article L. 144-7, demeure la protection la plus efficace pour ce dernier* » (Proposition de loi de simplification, de clarification et d'actualisation du Code de commerce présenté par M. Thani MOHAMED SOILIHI, n° [790](#), 4 août 2014 Sénat, p.9).

Le statut du bail commercial n'est pas applicable à la location gérance (Cass. com., 12 avril 2005, n° 02-13605).

B - Les conditions de forme

Elles consistent essentiellement en des mesures de publicité auxquelles il faut ajouter l'information pré contractuelle due au cocontractant en vertu de l'article [L. 330-3](#) du Code de commerce. La location gérance n'implique pas la rédaction d'un écrit, il peut être verbal. Cependant le contrat doit dans les quinze jours de sa signature faire l'objet d'une publicité sur un support habilité à recevoir des annonces légales. Il s'agit par cette mesure de porter à la connaissance des tiers l'opération. Le défaut de publicité n'est pas directement sanctionné cependant l'article L. 144-7 constitue une sanction indirecte d'une grande efficacité (art. [L. 144-7](#) du C. com.).

Le locataire gérant doit, en outre, s'inscrire au RCS en sa qualité de commerçant.

Exemple

Par arrêt du 10 février 1998, la Cour de cassation a ajouté une nouvelle obligation. En effet, elle a considéré que les dispositions de l'article 1 de la loi Doubin devenu [L. 330-3](#) du Code de commerce était applicable au contrat de location-gérance dans la mesure où ce contrat répond aux exigences posées. En effet, lorsqu'une personne met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, celle-ci est alors tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. Alors que dans cette espèce, les sociétés Erteco et ED Le Maraîcher SA faisaient grief à l'arrêt d'avoir prononcé la nullité de six contrats de location-gérance pour défaut d'information précontractuelle arguant que l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989 n'était pas applicable, la Cour de cassation estime, approuvant ainsi la décision d'appel, que les contrats en cause entrent bien dans le champ d'application de la loi du 31 décembre 1989, dès lors que, pour l'application de ce texte, il suffit que les parties soient liées par des stipulations contractuelles prévoyant d'un côté la mise à disposition de l'enseigne, du nom commercial ou de la marque et d'un autre, un engagement d'exclusivité pour l'exercice de l'activité concernée. Ainsi donc, **l'obligation d'information s'impose avant la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des parties** (Cass. com., 10 février 1998, n° 95-21906).

§2. Les effets du contrat

A - A l'égard des parties

Le contrat a la nature d'une location de bien meuble incorporel. Il est conclu *intuitu personae*. Le contrat doit être assimilé à un contrat de bail, de louage. Il emporte donc les droits et obligations inhérents à ce type de contrat sauf à tenir compte de la nature mobilière et incorporelle de son objet.

Exemple

Ainsi, par exemple, sont écartées les dispositions spécifiques aux locations d'immeubles et il a été notamment jugé que l'article 1732 du Code civil ne s'applique pas aux rapports entre loueur et locataire gérant (Cass. civ. 3^{ème}, 13 octobre 1999, CCC 2000, obs. 21).

Les droits et obligations du loueur sont classiques : celui-ci est tenu de concéder la jouissance de la chose louée autrement d'un fonds de commerce susceptible d'être exploité (Cass. com., 17 décembre 2002, *RJDA* 6/03 n° 588).

Il doit garantir la jouissance paisible et notamment il ne peut concurrencer le gérant. Il reste toutefois propriétaire du fonds qu'il peut vendre, donner en nantissement.

Les droits et obligations du preneur ne sont pas moins classiques : il doit user de la chose en bon commerçant et payer un loyer et restituer le fonds en fin de contrat.

Il en résulte tout d'abord que le locataire doit exploiter le fonds en respectant le mode d'exploitation. Il doit veiller non seulement à sa conservation mais aussi à le faire fructifier.

La jurisprudence ne manque pas de rappeler ces principes.

Exemple

Ainsi le locataire ne doit rien faire qui porterait atteinte au fonds. Constitue un manquement permettant de prononcer la résiliation du contrat aux torts du locataire le fait de sous-exploiter le fonds par exemple à raison de l'abandon, au nom d'une stratégie incompatible avec les intérêts propres du propriétaire du fonds, de l'exploitation d'une partie du gisement et de créer une situation de fait en constituant une exploitation unique qui a entraîné la perte de la clientèle du fonds loué. Ces faits procèdent d'une inexécution manifeste par le locataire de son obligation d'exploiter le fonds en bon père de famille et constituent une violation de la clause selon laquelle elle s'était engagée à exploiter le fonds en bon commerçant de façon à lui conserver sa clientèle et l'achalandage qui y sont attachés et même à les augmenter si possible et à veiller à ne rien faire ni laisser faire qui puisse avoir pour conséquence d'entraîner la dépréciation, la diminution du rendement, la cessation d'exploitation, même provisoire, du fonds (Cass. com., 27 février 2001 n° [99-15730](#)). Dans le même esprit, il a pu être jugé que manque à ses obligations le locataire qui a contribué largement à la perte de la clientèle et à la dépréciation du fonds. En cette espèce le locataire d'un fonds de commerce de station-service, garage et boutique avait résilié systématiquement les « comptes clients », fermé le garage et s'était séparé du personnel spécialisé, il ne réapprovisionnait plus la boutique et avait laissé se dégrader une partie des équipements. Finalement le propriétaire avait été contraint de fermer la station-service. Il est clair qu'en cette espèce, le locataire avait manqué à son obligation d'exploiter le fonds (Versailles, 13 janvier 2000, *RJDA* 11/00 n° 978 comparer Cass. com., 11 janvier 2000, *RJDA* 4/00 n° 410).

Le contrat, on l'a dit est un contrat *intuitu personae*, le locataire ne peut le céder. Le locataire doit, en second lieu, payer le loyer.

Ce loyer, appelé le plus souvent redevance en pratique, est librement fixé par les parties. Il peut consister en une somme fixe, en un pourcentage sur le chiffre d'affaires ou sur les bénéfices ou en la combinaison des différentes modalités. La redevance peut être indexée. Si l'indice choisi est en rapport avec l'objet du contrat ou avec l'activité des parties, l'indexation est valable conformément au droit commun.

Dans le cas contraire, la clause est nulle (Cass. com., 16 février 1993, *Bull. civ.* IV n° 63).

Le contrat lui-même peut être atteint si la clause d'indexation était un élément déterminant du consentement. S'agissant de la mise en oeuvre de la clause d'échelle mobile, les textes reprennent globalement les mêmes dispositions que celles édictées en matière de bail commercial. Tel est le cas plus particulièrement des articles [L. 144-11](#) et partiellement [L. 144-12](#) du Code de commerce qui prévoient la révision du loyer chaque fois que par le jeu de la clause d'échelle mobile, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus du quart par rapport au loyer précédemment fixé. Le juge doit alors adapter le loyer à la valeur locative (art. [L. 144-12](#), al. 2 du Code de commerce). Les règles de procédure et de compétence sont celles qui existent en matière de bail commercial (art. [L. 144-12](#), al 2). L'analogie avec les règles gouvernant le bail commercial s'arrête là. Pour le reste, les régimes sont diamétralement différents.

Exemple

Notamment en fin de location-gérance, il n'existe aucun droit à renouvellement. En effet, à l'expiration du contrat, le locataire doit restituer le fonds (en ce sens : Cass. com., 6 mai 2002, *RTD com.* 2003 chron., p. 55, obs. B. Saintourens).

Un certain nombre de problèmes peuvent se poser lors de la restitution. Le locataire répond des dégradations et pertes survenues par sa faute pendant l'exécution du contrat à charge pour le bailleur d'en apporter la preuve. Si le locataire a amélioré le fonds, il n'a droit en principe à aucune indemnité. En effet, si de nouveaux éléments ont été créés qui ne peuvent être détachés du fonds sans porter atteinte à son intégrité, ils sont remis au propriétaire. L'article [L. 145-46](#) prévoit toutefois que lorsqu'il est à la fois propriétaire de l'immeuble loué et du fonds de commerce qui y est exploité et que le bail porte en même temps sur les deux, le bailleur doit verser au locataire, à son départ, une indemnité correspondant au profit qu'il peut retirer de la plus-value apportée soit au fonds, soit à la valeur locative de l'immeuble par les améliorations matérielles effectuées par le locataire avec l'accord exprès du propriétaire. Dans les autres cas, l'indemnité n'est pas de droit. Seuls les éléments attachés à la personne du preneur tels les brevets qu'il aurait déposés en son nom, restent sa propriété. Dans le même esprit, lorsque le gérant a créé une nouvelle activité, elle demeure sa propriété. Toutefois, les

difficultés pratiques pour distinguer les simples améliorations de la création d'une nouvelle branche d'activité sont nombreuses.

Le gérant doit restituer le fonds, le propriétaire doit, quant à lui, le reprendre.

Notamment il doit le reprendre avec les salariés qui y travaillent. On sait que les contrats de travail restent attachés au fonds. Si des licenciements sont envisagés, ils seront supportés par le propriétaire (Cass. soc., 3 mai 2011, n° [09-68692](#)) sauf si le fonds restitué ne peut plus être exploité ou si le locataire subit une procédure collective. Dans ce cas, il faut appliquer les dispositions qui découlent du droit des procédures collectives.

Exemple

Par arrêt du 23 mars 1999, la Cour de cassation est venue affirmer que la reprise des marchandises n'était pas de droit. A défaut de clauses contractuelles réglant leur sort, ils restent à la charge du locataire (Cass. com., 23 mars 1999, *D. aff.* 1999, p. 703).

Celui-ci pourra les écouler dans la limite de son obligation de non concurrence. En effet, si le locataire peut en principe se rétablir dans un commerce similaire, le plus souvent le contrat comporte une clause de non concurrence qui régleme sa faculté de rétablissement. Cette clause est valable dans les conditions de droit commun.

Remarque

La cessation du contrat fait l'objet de publicités.

B - A l'égard des tiers

Il faut étudier essentiellement les problèmes liés aux dettes, dettes du loueur, dettes du preneur.

Dettes du loueur	Il faut garder à l'esprit que la mise en location gérance peut constituer un risque pour les créanciers du propriétaire du fonds. En effet, sauf stipulation expresse du contrat de location gérance, le preneur n'est pas tenu des obligations personnelles du propriétaire du fonds (Cass. com., 8 décembre 2008, n° 06-14414). C'est pourquoi les dettes afférentes à l'exploitation du fonds peuvent être déclarées immédiatement exigibles par le tribunal de commerce, si le juge estime que la location gérance met en péril leur recouvrement. Il s'agit d'un cas de déchéance du terme en raison de la diminution des sûretés du créancier prévue par l'article L. 144-6 du Code de commerce. La déchéance n'est toutefois pas de droit : le créancier doit la demander, il doit intenter son action dans les trois mois de la publication de la location gérance. Le locataire gérance n'est pas tenu des dettes du loueur sauf clause expresse de l'acte de location-gérance. Il est vrai que le locataire-gérant n'est pas l'ayant cause à titre universel du propriétaire du fonds. Il ne saurait donc être tenu des obligations personnelles de ce dernier (Cass. com., 9 décembre 2008, n° 06-14414).
--------------------------------	---

Dettes du preneur

Deux textes abordent cette question : les articles [L. 144-7](#) et [L. 144-9](#) du code de commerce. Le premier concerne les dettes nées au début de l'exploitation par le locataire gérant, le second celles existant en fin de contrat. L'**article L. 144-7** dispose que jusqu'à la publication du contrat de location-gérance, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds. Il s'agit d'un cas de solidarité légale qui profite exclusivement aux tiers ayant traité avec le locataire. Il convient d'apporter plusieurs précisions. Il faut, en effet, combiner les dispositions de l'article [L. 144-7](#) avec celles de l'article [L. 123-8](#) alinéa 2 qui impose au loueur de se faire radier ou de procéder à la modification de son inscription. En effet, ledit article dispose que sans préjudice de l'application de l'article [L. 144-7](#), le commerçant inscrit qui cède son fonds ou qui en concède l'exploitation notamment sous forme de location-gérance ne peut opposer la cessation de son activité commerciale, pour se soustraire aux actions en responsabilité dont il est l'objet du fait des obligations contractées par son successeur dans l'exploitation du fonds, qu'à partir du jour où a été opérée la radiation ou la mention correspondante. Le délai peut être prolongé, faute de radiation. Quant aux dettes concernées par la responsabilité solidaire du loueur, s'il apparaît à la lecture des décisions que seules sont concernées les dettes nécessaires à l'exploitation (sont exclues les dettes personnelles du gérant comme les dettes délictuelles ou celles résultant d'une extension d'activité), la solidarité ne se limite cependant pas aux dettes contractuelles.

Exemple

En effet, si dans un premier temps, les juges avaient tendance à exclure les dettes légales telles les cotisations sociales, la cour de cassation est revenue sur cette position en jugeant que le loueur était tenu des dettes nées à l'occasion de l'exploitation du fonds peu importe leur origine contractuelle ou légale (Cass. com., 4 mai 1999, n° [97-14031](#)). Déjà un arrêt du 23 mars de la même année allait dans le même sens (Cass. com., 23 mars 1999, n° [97-15000](#)). Mais il est tenu compte des dettes nées **uniquement** à l'occasion de l'exploitation. Ainsi le liquidateur, qui ne peut légalement agir que dans l'intérêt de tous les créanciers et non dans l'intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers, n'est

pas recevable à exercer à l'encontre du loueur une action sur le fondement de l'article L. 144-7 du Code de commerce, institué dans le seul intérêt des créanciers disposant d'une créance nécessaire à l'exploitation du fonds de commerce (en ce sens Cass. com., 13 décembre 2005, n° [04-18567](#)).

Cela étant, lorsque la solidarité joue, la jurisprudence s'attache à la date de naissance de la dette et non à sa date d'exigibilité. Il suffit que la dette soit née pendant la période où joue la solidarité, peu importe qu'elle soit exigible après l'expiration du délai. Notons que le propriétaire du fonds peut se dégager de sa responsabilité en démontrant la mauvaise foi du cocontractant ou l'imprudence du fournisseur qui réclame paiement. En ce qui concerne les dettes existant en fin de contrat, il faut appliquer l'**article L. 144-9** aux termes duquel la fin de la location-gérance rend immédiatement exigibles les dettes afférentes à l'exploitation du fonds ou de l'établissement artisanal, contractées par le locataire-gérant pendant la durée de la gérance.

Il y a déchéance du terme et cette déchéance a lieu de plein droit.

La fin du contrat fait l'objet de publicités. On sait maintenant qu'elle emporte restitution du fonds. Le propriétaire doit le reprendre avec les salariés qui y travaillent. S'il envisage des licenciements, ils seront en principe à sa charge sauf si le locataire a cessé l'exploitation ou que le fonds n'est plus en état d'être exploité auquel cas il faudra le plus souvent combiner les règles relatives à la location-gérance avec celles qui découlent du droit des entreprises en difficulté.

§3. Le crédit-bail

Parmi les opérations portant sur le fonds, il faut évoquer le crédit-bail. Le crédit-bail est une technique de financement avec garantie réelle relativement récente. Elle s'applique aujourd'hui au fonds de commerce. Sous ce terme, sont visées les opérations de location de fonds de commerce assorties d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte au moins en partie des versements effectués au titre de loyers. L'extension au fonds de commerce du crédit-bail apparaît comme un moyen de financer la transmission du fonds. En pratique, un établissement de crédit achète le bien concerné et le donne en location à un commerçant qui paie un loyer. A l'expiration du contrat, le commerçant bénéficie d'une option : il peut :

- soit acquérir le fonds pour sa valeur résiduelle,
- soit le restituer.

Lorsque l'objet du contrat est un fonds de commerce, la technique habituelle connaît quelques aménagements. Le législateur voit dans le crédit-bail de fonds de commerce la succession de différents contrats, une acquisition, une location ensuite gouvernée par les règles de la location-gérance, une nouvelle cession enfin.

Remarque

Ce qui est très critiqué et finalement contribue au peu de succès de cette technique.

Globalement, si on se limite aux rapports crédit-bailleur, crédit preneur, la première partie de l'opération est soumise aux règles de la location-gérance étant entendu qu'une première cession a déjà eu lieu (acquisition par l'établissement de crédit). Toutefois, la loi du 6 janvier 1986 a apporté quelques retouches aux dispositions relatives à la location-gérance pour tenir compte de la spécificité de l'opération. Ainsi, avant la loi du 19 juillet 2019, les établissements de crédit bénéficiaient des dérogations tenant à la condition d'exploitation personnelle du fonds de commerce prévues à l'ancien article L. 144-5 du Code de commerce.

Est également écartée l'application de l'article [L. 144-9](#) du même code lorsque le locataire lève l'option. Il n'y a pas de déchéance du terme, le locataire devenant le propriétaire du fonds, l'exigibilité des dettes ne se justifie pas, la garantie des créanciers est préservée voire même augmentée. Ne sont pas davantage applicables les dispositions relatives à la révision des loyers (article [L. 144-13](#) du C. com.). En décider autrement risquerait de porter atteinte à l'économie du contrat.

Exemple

L'adaptation du régime de la location-gérance reste cependant insuffisante, par exemple, la solidarité de l'article [L. 144-7](#) jouait mais elle a été supprimée par la loi Sapin II à compter de la publication du contrat. Et surtout l'opération ne présente guère d'intérêt pour l'établissement de crédit qui est propriétaire du fonds et court le risque de sa dépréciation et doit subir le formalisme inhérent à la vente de fonds de commerce qui, lui, n'a pas été allégé.

En effet, L'opération de crédit bail donne lieu à deux ventes successives. Lors de la première, les créanciers du vendeur sont protégés par le formalisme légal précédemment évoqué, le même formalisme s'appliquant lors de la cession par l'établissement de crédit au locataire. Ce qui est moins justifié en pratique. Ainsi, les formalités de publicité par exemple sont multipliées d'autant qu'aux publicités classiques applicables aux opérations de vente et de location-gérance s'ajoutent celles propres au crédit-bail. On comprend dès lors que ce dispositif soit peu prisé par la pratique.

Section 3. Les garanties sur le fonds ou ses éléments

Le fonds de commerce est un instrument de crédit au sens qu'il peut servir de garantie. Garantie de financement de l'acquisition du fonds par la technique du crédit-bail ci-dessus évoquée, garantie de paiement du prix pour le vendeur qui bénéficie du privilège du vendeur de fonds (cf. supra la cession) ; garantie enfin du paiement de sa créance pour le créancier. Aux termes de l'article [2355](#) du Code civil, le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs. Il est conventionnel ou judiciaire. Lorsqu'il porte sur le fonds de commerce, il est régi par les articles [L. 142-1 et suivants](#) du Code de commerce.

S'agissant des éléments du fonds de commerce, jusqu'à la réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance n° [2021-1192](#) du 15 septembre 2021 des dispositions spécifiques organisaient les garanties qui pouvaient être prises de façon isolée.

Ainsi, le nantissement du matériel et de l'outillage, issu d'une loi du 18 janvier 1951, était régi par les dispositions du chapitre V du titre II du livre V du Code de commerce ; il s'agissait de garantir, pour le vendeur ou le prêteur ayant avancé les fonds, le paiement du prix d'acquisition de l'outillage ou du matériel d'équipement professionnel, par un gage sur cet outillage ou matériel d'équipement.

Le gage sur stocks, régi par les articles L. 527-1 à L. 527-11 du Code de commerce, était réservé à la garantie de crédits consentis par un établissement de crédit ou une société de financement à une personne dans l'exercice de son activité professionnelle.

Quant au gage commercial, celui-ci, prévu aux articles L. 521-1 et suivants, était un gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour garantir une dette commerciale. Ce gage connaissait un régime dérogatoire sur certains points par rapport au droit commun du gage. Les parties pouvaient se dispenser de la rédaction d'un écrit ; cette garantie étant soumise à la liberté de la preuve (art. L. 110-3 du C. com. ; Cass. com., 17 févr. 2015, n° [13-27.080](#)). La réalisation du gage commercial s'opérait selon des procédures simplifiées (vente forcée de la chose gagée : art. L. 521-3 du C. com. abrogé).

Il existait également le *warrant* hôtelier, le *warrant* pétrolier, le *warrant* des stocks de guerre et le *warrant* industriel.

L'ordonnance précitée a abrogé l'ensemble de ces dispositions faisant entrer l'ensemble des sûretés mobilières dans le giron du Code civil. Elle a également toiletté le Code civil et harmonisé les règles de publicité des sûretés mobilières. Dans cet esprit, un registre unique de publicité des sûretés mobilières et opérations connexes accessible sur Internet sera créé à compter du 1^{er} janvier 2023 et sera sous la responsabilité du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce. Ce registre unique regroupera les informations inscrites dans les registres des sûretés mobilières tenus par les greffiers des tribunaux de commerce (art. [R. 521-29](#) du C. com.).

Le décret n° [2021-1887](#) du 29 décembre 2021 insère dans le Code de commerce les articles R. 521-1 et suivants qui entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Les inscriptions concernées par ce registre sont listées à l'article R. 521-2 du Code de commerce, à savoir :

- Des gages sans dépossession à l'exception des gages mentionnés au second alinéa de l'article 2338 du code civil ;
- Des nantissements conventionnels de parts de sociétés civiles, de société à responsabilité limitée et de société en nom collectif ;
- Du privilège du vendeur de fonds de commerce ;
- Du nantissement du fonds de commerce ;
- Des déclarations de créances en application de l'article L. 141-22 du code de commerce ;
- Des hypothèques maritimes à l'exclusion de celles qui portent sur les navires enregistrés au registre mentionné à l'article L. 5611-1 du code des transports ;
- Des actes de saisie sur les navires à l'exclusion de ceux qui portent sur les navires enregistrés au registre mentionné à l'article L. 5611-1 du code des transports ;
- De tout acte ou jugement translatif, constitutif ou déclaratif de propriété ou de droits réels portant sur un bateau au sens de l'article L. 4111-1 du code des transports ;

- Des hypothèques fluviales ;
- Des actes de saisie de bateaux ;
- Parmi les mesures d'inaliénabilité décidées par le tribunal en application des articles L. 626-14 et L. 642-10 du présent code, de celles qui, le cas échéant, portent sur un bien ayant préalablement fait l'objet d'une inscription au présent registre conformément aux dispositions du premier alinéa des articles R. 626-25 et R. 642-12 du même code ou, à défaut, de celles pour lesquelles les débiteurs sont inscrits au registre du commerce et des sociétés ainsi que de celles qui portent sur des biens d'équipement en application des articles R. 626-26 et R. 642-13 du même code ;
- Des contrats portant sur un bien qui ont fait l'objet d'une publicité, conformément aux dispositions de l'article L. 624-10 du présent code et dans les conditions fixées par l'article R. 624-15 du même code ;
- Du privilège du Trésor ;
- Des privilèges de la sécurité sociale et des régimes complémentaires prévus à l'article L. 243-5 du code de la sécurité sociale ;
- Des *warrants* agricoles ;
- Des opérations de crédit-bail en matière mobilière.

Notons que le gage automobile ne sera pas inscrit dans ce registre unique, il conservera son registre spécifique.

Il convient de voir d'abord le nantissement du fonds de commerce pour ensuite aborder l'étude du gage professionnel portant sur certains éléments du fonds de commerce.

§1. Le nantissement du fonds de commerce

A - Le nantissement conventionnel

Le nantissement du fonds de commerce a été créé et organisé par la loi du 17 mars 1909. Les textes définissent **l'assiette et les conditions de validité du contrat**. Ils envisagent aussi **sa publicité et ses effets**. Le contrat de nantissement est constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé, dûment enregistré.

Il ne peut porter que sur un fonds de commerce et non sur des **éléments isolés**. Il englobe donc nécessairement la clientèle. Pour le reste, l'article [L. 142-2](#) du Code de commerce précise que sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement :

- l'enseigne et le nom commercial,
- le droit au bail,
- la clientèle et l'achalandage,
- le mobilier commercial,
- le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds,
- les brevets d'invention,
- les licences,
- les marques,
- les dessins et modèles industriels et généralement les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés.

Remarque

Sont donc exclues les marchandises qui peuvent dorénavant faire l'objet d'un gage. Le sont aussi les immeubles qui ne font jamais partie du fonds.

A défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne porte que sur les éléments incorporels du fonds et ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage. Si le nantissement porte sur un fonds de commerce et ses succursales, celles-ci doivent être désignées par l'indication précise de leur siège.

Dans les trente jours suivant la date de l'acte constitutif, le nantissement doit faire l'objet d'une inscription, à peine de nullité et en cas de redressement ou de liquidation judiciaires, les articles L. 632-1 à L. 632-4 sont applicables aux nantissements de fonds de commerce. A défaut d'inscription, le nantissement est donc nul (Cass. com., 6 septembre 2011, n° [10-19623](#)).

Remarque

Outre ces formalités d'inscription, les nantissements de fonds de commerce qui comprennent des brevets d'invention ou licences, des marques ou des dessins et modèles, doivent être inscrits à l'INPI, sur la production du certificat d'inscription délivré par le greffier du tribunal de commerce, dans la quinzaine qui suivra cette inscription, à peine de nullité à l'égard des tiers, des nantissements en ce qu'ils s'appliquent aux brevets d'invention et aux licences, aux marques de produits ou de services, aux dessins et modèles industriels (art. [L. 143-17](#) du C. com.)

Remarque

Notons qu'en raison de la suppression, à compter du 1^{er} janvier 2023, du premier alinéa de l'article L. 142-4 du Code de commerce à la suite de la réforme opérée par l'ordonnance n° [2021-1192](#) du 15 septembre 2021, la sanction du défaut d'inscription de la sûreté dans le délai préfix ne sera plus la nullité mais l'inopposabilité de l'acte. De même, à compter du 1^{er} janvier 2023, la sanction du défaut d'inscription à l'INPI ne sera plus la nullité mais l'inopposabilité (art. L. 143-17 du C. com. modifié)

Quant aux effets, l'inscription conserve le privilège pendant dix ans. Elle peut être renouvelée.

L'inscription entraîne au profit du créancier nanti un droit de préférence et un droit de suite mais ne lui confère pas le droit de se faire attribuer le fonds (Cass. com., 13 oct 1998, n° [94-20560](#)) ni aucun droit de rétention, ainsi en cas de vente forcée du fonds nanti, le droit de préférence du créancier nanti se reporte qu'à son rang sur le produit de la vente (Lyon, 21 avril 2009, n° RG/07/07362 inédit).

Il a simplement le droit de faire vendre le fonds s'il n'obtient pas paiement de sa créance huit jours après une sommation de payer infructueuse. En effet, en aucun cas, le créancier peut se faire attribuer le fonds. Un arrêt récent rappelle ce principe classique. Ainsi, si les fonds de commerce peuvent faire l'objet de nantissement, sans autres conditions et formalités que celles prescrites par les chapitres 2 et 3 du titre IV du Livre 1^{er} du Code de commerce, le nantissement d'un fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement. Il en résulte que le créancier nanti n'a aucun droit sur l'indemnité d'éviction qui peut être due au débiteur en raison de la résiliation amiable d'un bail de locaux dans lesquels était exploité un fonds de commerce sur lequel avait été inscrit un nantissement.

Exemple

Dans une espèce, le créancier nanti, à la suite de la mise en redressement judiciaire de son débiteur, avait demandé au notaire rédacteur de l'acte de résiliation le report du nantissement sur l'indemnité de résiliation versée. Pour accueillir cette demande, la Cour d'appel avait retenu que le créancier nanti bénéficiait d'un droit de report de son privilège sur l'indemnité de résiliation du bail commercial et qu'il appartenait au notaire de verser cette indemnité entre les mains du créancier qui la réclamait. La Cour de cassation a cassé la décision rappelant que le créancier titulaire d'un nantissement sur un fonds de commerce ne bénéficie d'aucun droit de préférence ou de suite sur l'indemnité de résiliation du bail grâce auquel est exploité le fonds de commerce (Cass. civ. 3^{ème}, 6 avr. 2005, n° 03-11159).

Le droit de préférence dont bénéficient les créanciers nantis porte sur le prix du fonds cédé. Ce droit leur permet d'être payé avant les créanciers chirographaires, et en cas de concours entre créanciers privilégiés c'est la date d'inscription qui détermine l'ordre. En vertu du droit de suite, le privilège suit le fonds en quelques mains qu'il passe et notamment entre celles de l'acquéreur. Pour limiter les risques de saisie du fonds grevé de nantissement entre les mains de l'acquéreur, la loi organise une procédure de purge comme en matière d'hypothèque.

Le but de la purge est d'offrir le prix aux créanciers inscrits de façon à ce qu'ils exercent leur droit de préférence.

L'acquéreur se trouve, de ce fait, libéré en payant les créanciers à hauteur du prix de vente et non le montant des créances. Toutefois, si les créanciers estiment le prix insuffisant, ils ont la possibilité de surenchérir. En effet, la loi permet aux créanciers nantis de faire surenchère du dixième. Surenchère du dixième dont les modalités et les effets sont identiques à ceux décrits pour la surenchère du sixième.

Le bénéficiaire du nantissement n'a pas à faire opposition au paiement du prix de cession pour exercer ses droits (Cass. com., 25 janvier 2000, *RJDA* n° 482). C'est à l'acquéreur qu'il appartient de prendre l'initiative de la procédure. C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 28 avril 2004 (Cass. com., 28 avril 2004, n° [01-12079](#)).

En tout état de cause, la loi organise la protection des créanciers inscrits contre tout fait ou acte qui pourrait entraîner une perte de valeur du fonds. Ainsi, le commerçant doit notifier aux créanciers inscrits son intention de déplacer le fonds (art. [L. 143-1](#), C. com.), le bailleur la demande de résiliation du bail, à défaut en effet, la résiliation est inopposable de plein droit au créancier non informé (Cass. civ. 3^{ème}, 12 juillet 2006, *D.* 2006 AJ 2242 - Voir toutefois, Cass. civ. 3^{ème}, 9 novembre 2011, n° [10-20021](#) qui retient la faute du créancier dans la perte de sa sûreté). De même doit leur être notifiée l'action en résolution de la vente ou la constitution d'un nantissement sur le matériel ou l'outillage.

B - Le nantissement judiciaire

Le nantissement judiciaire a été institué par une loi du 12 novembre 1955. Il est régi aujourd'hui par les dispositions applicables aux **procédures civiles d'exécution** (art [L. 532-1 et s.](#) du C. pr. exéc.).

Il s'agit d'une **mesure conservatoire** qui permet au créancier lorsque sa créance paraît fondée en son principe et que des circonstances particulières semblent en menacer le recouvrement, de demander au juge de l'exécution en matière civile ou au président du tribunal de commerce l'autorisation de prendre une inscription provisoire de nantissement sur le fonds de commerce de son débiteur.

L'autorisation est donnée par ordonnance sur requête non contradictoire. Lorsque le créancier a obtenu cette ordonnance, il doit inscrire son nantissement puis saisir le juge du fond dans un délai d'un mois. Lorsqu'il aura obtenu la condamnation définitive de son débiteur, il pourra prendre une inscription définitive qui prend alors effet rétroactivement à la date de l'inscription provisoire.

Remarque

Notons que l'inscription provisoire ne rend pas le fonds inaliénable, le débiteur peut donc le vendre mais le prix sera alors bloqué dans l'attente de la délivrance du titre exécutoire et de l'accomplissement des formalités d'inscription du nantissement. Le créancier peut alors obtenir paiement de sa créance sur le prix de vente. L'inscription confère au créancier tous les droits d'un créancier nanti.

§2. Le gage professionnel

Bien que l'**ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 ait abrogé le gage commercial et le gage sur les stocks**, cela ne signifie pas qu'elle ait négligé le droit des affaires. Cette ordonnance a créé au sein du Code civil un nouveau gage, le gage professionnel, reprenant ainsi l'une des propositions formulées par l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant.

Il résulte de la lettre de l'article [2346](#) du Code civil que le gage professionnel est le gage constitué en garantie d'une dette professionnelle. Le critère de qualification du gage professionnel est la nature de la dette garantie. Il s'agit de l'application de la théorie de l'accessoire (*accessorium sequitur principale*) ; le gage étant accessoire de la créance dont il garantit. Ce critère a le mérite de la simplicité. Dès lors que le gage garantit une obligation professionnelle, ce dernier relève de la qualification de gage professionnel au sens de l'article 2346 du Code civil et cela, peu importe que la sûreté ait été consentie par un professionnel ou non-professionnel.

Notons que cette qualification est plus large que celle de gage commercial puisque cette dernière était circonscrite au droit commercial (la garantie d'un acte de commerce). Le gage professionnel, quant à lui, peut notamment se trouver à s'appliquer pour les activités libérales, agricoles.

Remarque

À la différence de l'ordonnance du 15 septembre 2021, l'article 2346 de l'avant-projet Capitant prévoyait que : « *Lorsque le gage est constitué à des fins professionnelles, le créancier peut faire procéder à la vente publique [...]* ». Ainsi, le critère retenu par l'avant-projet Capitant était la finalité du gage. Le dispositif prévu par l'avant-projet était donc plus restrictif que celui retenu par l'ordonnance de septembre 2021.

La qualification de gage professionnel entraîne pour conséquence un assouplissement de la procédure de vente. À l'instar de la faculté de vente simplifiée qui était prévue pour le gage commercial (art. L. 521-3 du C. com. abrogé), l'alinéa 2 de l'article 2346 du Code civil précise pour le gage professionnel que : « *le créancier peut faire procéder à la vente publique des biens gagés par un notaire, un huissier de justice, un commissaire-priseur judiciaire ou un courtier de marchandises assermenté, huit jours après une simple signification faite au débiteur et, le cas échéant, au tiers constituant du gage* ». Autrement dit, le créancier titulaire d'un gage professionnel pourra procéder à la vente simplifiée sans avoir besoin d'obtenir préalablement un titre exécutoire ou de passer par la procédure de saisie-vente.

Toutefois, si le créancier n'a pas la possession du bien gagé, il devra passer par la procédure de saisie-appréhension si le constituant refuse de lui remettre spontanément ce bien ; procédure qui nécessite, quant à lui, un titre exécutoire.

Notons que l'article 2 du décret n° 2021-1888 du 29 décembre 2021 modifie la procédure de saisie-appréhension pour permettre une meilleure prise en compte des particularités liées à la réalisation du gage garantissant une créance professionnelle.

Remarque

Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'avoir un titre exécutoire pour réaliser le gage professionnel, encore faut-il que la créance soit certaine, liquide et exigible pour pouvoir procéder à la réalisation du gage.

Par ailleurs, la rédaction de l'article 2346 du Code civil suscite des interrogations, au sein de la doctrine, quant à la possibilité pour les contractants d'insérer une clause dite de voie parée dans le gage professionnel (voir Séjean-Chazal C., « La réalisation des sûretés réelles », *RDC*, décembre 2021, n° 4, p. 128).

Remarquons que, contrairement au gage commercial, le gage constitué en garantie d'une dette professionnelle doit répondre à la condition d'écrit exigée par l'article 2336 du Code civil et cela, à peine de nullité. Le formalisme, quand bien même succinct, réapparaît en matière de gage professionnel.

L'autre apport de l'ordonnance du 15 septembre 2021 est d'avoir facilité l'usage du gage de choses fongibles qu'il soit avec ou sans dépossession. En pratique, le propriétaire du fonds de commerce pourra constituer un gage sans dépossession sur les éléments corporels du fonds, et notamment sur les marchandises, voire sur les matériaux et outillages.

Un troisième alinéa a été ajouté à l'article 2341 du Code civil aux termes duquel lorsque le gage est avec dépossession sur des choses fongibles, le constituant peut, si la convention le prévoit, aliéner les choses gagées à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes.

De même, depuis le 1^{er} janvier 2022, le principe posé à l'article 2342 du Code civil, est que lorsque le gage de choses fongibles a lieu sans dépossession, le constituant a la possibilité de disposer des biens grevés, à charge pour ce dernier de les remplacer par une quantité équivalente de choses semblables.

En savoir plus : Le gage professionnel tel qu'issu de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021

Voir le [cours UNJF de Droit des sûretés](#) de Stéphanie Mauclair.