

LE FONDS DE COMMERCE

Introduction : Origine du fonds de commerce

La notion de fonds de commerce s'est dégagée au XIX^e siècle sous une double nécessité : D'une part avec l'émergence du capitalisme, les commerçants souhaitaient pouvoir protéger leur clientèle contre les attaques des concurrents, donner à celle-ci la plus grande stabilité possible et, partant, protéger les investissements intellectuels et financiers réalisés. En particulier, une reconnaissance du fonds de commerce permettait au commerçant de soutenir que son exploitation avait une valeur supérieure à la simple somme du prix de ses éléments constitutifs¹.

D'autre part, la reconnaissance du fonds de commerce était souhaitée par les créanciers des commerçants, en tant qu'élément patrimonial de ces derniers. En créant l'entité « fonds de commerce », le contrôle des opérations effectuées par le commerçant devenait plus commode, en particulier par la mise en place de règles de publicité.

C'est dans ce contexte qu'est né le gage sur fonds de commerce, dans la mesure où il permit aux petits commerçants de lever plus efficacement des fonds pour financer leurs activités et aux institutions de crédit de disposer d'une garantie plus efficace.

Le fonds de commerce

« Le fonds de commerce est un bien meuble incorporel constitué par l'ensemble de biens mobiliers affectés à l'exercice d'une ou de plusieurs activités commerciales » - Art. 79 du Dahir n° 1-96-83 portant promulgation de la loi n° 15-95 formant Code de Commerce.

« Le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'achalandage. Il comprend aussi, tous autres biens nécessaires à l'exploitation du fonds tels que le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, le mobilier commercial, les marchandises, le matériel et outillage, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique, de commerce et de service, les dessins et modèles industriels et, généralement, tous droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés » - Art. 80

Le fonds de commerce « constitue une universalité dont font partie des biens meubles tant corporels qu'incorporels »², ou « un ensemble de choses conçu comme instrument d'une activité commerciale et non point différents éléments réunis directement dans cet ensemble »³- la Cour de Cassation Belge.

Le fonds de commerce est « un droit mobilier incorporel, qui porte sur une valeur marquée sur un rendement potentiel découlant de la possibilité d'attirer une certaine clientèle qui sera liée à l'organisation de l'établissement commercial »⁴.

¹ M. Verduyck et E. Lauwers, *le fonds de commerce*, Bruxelles, Larcier, 1967, p.8.

² Cass., 19 nov. 1990, *Pas.*, 1991, I, p.263.

³ Cass., 4 févr. 1954, *J.C.B.*, 1955; p.368.

⁴ M. Grégoire, A.-M. Stranart, D. Lechien in *Sûretés réelles*, partie II, fascicule 3, P.U.B., 5^e éd., p.108.

« Le fonds de commerce est constitué par l'ensemble des biens mobiliers affectés à l'exercice des activités commerciales. Il permet essentiellement de retenir et de développer une clientèle attirée par le savoir-faire du commerçant, la qualité des marchandises vendues, l'emplacement de l'établissement, l'enseigne, etc. Ses divers éléments présentent une certaine stabilité, une certaine unité, et peuvent se transmettre globalement »⁵.

Cette définition laisse poindre la notion centrale autour de laquelle s'articule le fonds de commerce : **la clientèle**. En effet, la clientèle est l'élément **essentiel** du fonds. On pourrait alors adopter cette définition dite « essentialiste » proposée par un auteur français : « le fonds de commerce est l'ensemble des moyens utilisés pour attirer et fidéliser la clientèle »⁶.

Il est toutefois à noter que la théorie essentialiste du fonds de commerce ne fait pas l'unanimité en doctrine.

Selon certains, dans un régime de liberté de concurrence, la clientèle n'appartient pas au commerçant. La clientèle n'est rien sinon un espoir... par conséquent, il serait impropre de citer la clientèle comme l'élément constitutif essentiel d'un fonds de commerce, puisqu'elle n'est pas susceptible d'appropriation.

« C'est plus exactement d'achalandage qu'il faut parler, c'est à dire de l'aptitude du fonds à attirer et conserver ces clients. La clientèle n'est pas un élément constitutif du fonds de commerce, mais l'objectif de son activité. Son existence témoigne de la qualité commerciale du fonds »⁷.

Identification du fonds de commerce⁸

L'identification du fonds de commerce exige d'isoler le concept de clientèle, d'inventorier les éléments du fonds pour apprécier ensuite sa nature juridique.

- 1- le concept clientèle
- 2- les éléments du fonds
- 3- la nature juridique du fonds

Le concept clientèle

D'après la définition « essentialiste », on peut conclure que l'existence d'une clientèle conditionne l'existence du fonds. Par suite, la disparition de la clientèle provoque la disparition du fonds.

Cette clientèle, vu son caractère nécessaire au fonds, doit présenter les qualités énumérées ci-dessous :

- Elle doit d'abord être **commerciale**. Ce caractère sera apprécié par référence aux actes qui seront conclus.

⁵ Y. Guyon, *Droit des affaires*, t.I, economia, paris, 1994, p.665.

⁶ F. Dekeuwer-Defossez, *Droit commercial*, 3^e éd., Montchrestien, paris, 1993, p.268. Pour cet auteur, la clientèle devient ainsi « une possibilité de contrats futurs et renouvelés ».

⁷ J. Caeymaex et J. Materne, *Fonds de commerce et contrats*, Liège, 1997, 2.2-9.

⁸ C'est le plan adopté parin *Droit commercial*, ..., ..., p.119.

Ainsi, par exemple, dans un cabinet médical, la clientèle n'est pas commerciale parce que le cabinet n'est pas un fonds de commerce en raison de la civilité de l'entreprise ;

- Elle doit, ensuite, être **personnelle** (*propre au fonds de commerce*) ;
- Elle doit enfin être **licite**.

La clientèle, dotée des attributs qui viennent d'être recensés, identifie le fonds de commerce. Il est par conséquent évident que tout mouvement du fonds se signale par le mouvement de la clientèle. Il n'y aurait donc pas de vente ou d'apports de fonds à une société sans vente ou apport de la clientèle et le transfert de la clientèle présume l'apport en société ou la vente du fonds. Mais comment apprécier ce transfert ?

On sait que la clientèle s'appuie obligatoirement sur des éléments concrets qui contribuent à l'attirer et fidéliser. Ces éléments qui servent de raliement de la clientèle varient d'un fonds à l'autre en fonction de l'activité du commerçant.

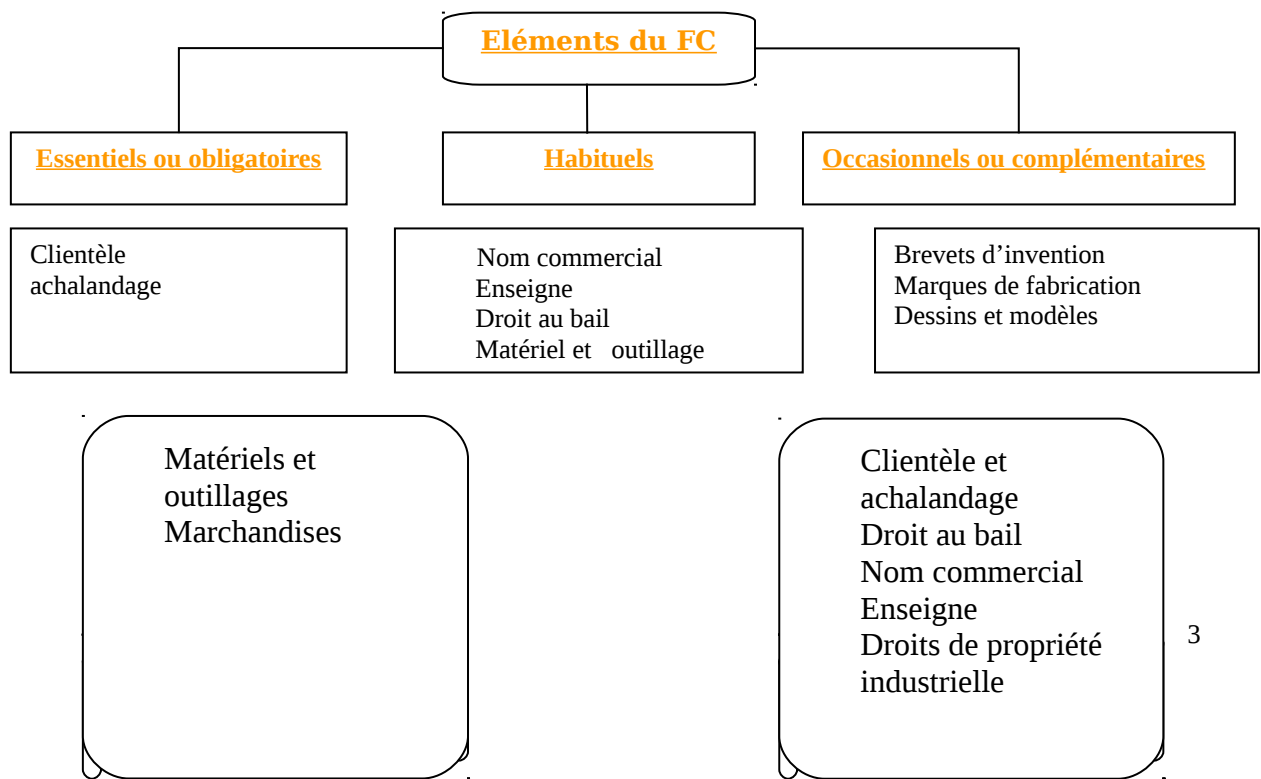
Exemples :

- Le commerce de détail, la cession de l'enseigne équivaut à la cession du fonds lui-même ;
- Une boutique de quartier, la cession du droit au bail vaut cession du fonds ;
- Une entreprise de distribution d'essence, la cession de la licence d'exploitation vaut cession du fonds.

L'absence d'uniformité dans l'agencement des fonds de commerce par la variété des secteurs d'activité exige de repérer le transfert de la clientèle en fonction de l'élément de raliement de celle-ci.

Les éléments du fonds

Le code de commerce propose une énumération dans son article 80 qui n'est pas limitative. En effets, certains contrats peuvent faire partie des éléments du fonds, tels que les contrats de travail. De même, le commerçant peut adjoindre à tout moment à son fonds des éléments qui concourent à l'exploitation tels qu'un contrat de crédit-bail.



Clientèle et achalandage :

La première expression désigne les personnes attirées par les qualités personnelles du commerçant, la deuxième désigne les personnes attirées par l'implantation de l'établissement commercial. En d'autres termes, on peut dire que la clientèle est la relation de l'entreprise avec des clients qui entretiennent avec elle de façon habituelle quant à l'achalandage est la relation avec des clients occasionnels.

La clientèle représente l'essentiel du FC ou plutôt l'obligatoire d'après l'article 80, parce qu'elle apparaît comme la finalité de l'exploitation commerciale. Un FC ne peut se concevoir sans clientèle, elle constitue le critère de l'existence du FC, du fait qu'elle permet la production de CA et alors déterminera la rentabilité du FC.

Puisque la clientèle est nécessaire elle présenter certains qualités :

1- Commercial : ce caractère sera apprécié par référence aux actes conclus

Ex : dans un cabinet médical, la clientèle n'est pas commerciale parce que le cabinet n'est pas un FC en raison de la civilité de l'entreprise

2- Propre au fonds considéré : c'est à dire une clientèle personnelle

3- Licite : toute exploitation à caractère prohibé ne peut pas donner naissance à un fonds

Nom commercial et l'enseigne :

Le nom commercial désigne l'appellation sous laquelle un commerçant, une personne physique ou morale exerce son commerce. L'enseigne est un signe extérieur qui permet d'individualiser un établissement et le signaler aux tiers.

Ces deux éléments servent à identifier le FC et à rallier la clientèle, pour les personnes morales on parle de dénomination sociale.

Ils sont protégés par l'action en concurrence déloyale (sanction civile, dommages et intérêts...)

Doit de propriété industrielle :

La propriété industrielle est constituée par le droit exclusif qui est conféré moyennant certaines formalités à un commerçant. Ces droits sont les brevets d'invention, les dessins et modèles, les marques de fabrication, et chacune de ces propriétés incorporelles est soumise à un régime juridique propre et à des modalités de protection qui sont au nombre de deux : l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale.

Matériels et outillage :

Ils désignent les objets mobiliers servant à l'exploitation. Ils ont plus d'importance dans l'industrie que dans le commerce. Cependant lorsque le propriétaire est seulement locataire du matériel considéré, c'est l'hypothèse de leasing ou crédit bail, le matériel n'est pas un élément du FC.

Marchandises :

Ce sont tous les objets destinés à la vente.

Le local affecté au commerce

1. Importance du local

La clientèle dépend souvent de l'emplacement du fonds ou de la nature de ses installations. Cette importance varie suivant le genre du commerce. La clientèle dépend de l'emplacement quand il s'agit de détaillants. Cet emplacement peut concerner la clientèle de toute une ville (un cinéma) ou simplement d'un quartier (un garage), voire d'une rue (une épicerie).

2. Le droit au bail

C'est un droit qui permet au commerçant locataire d'exercer le commerce de façon libre dans un local qui ne lui appartient pas.

Son importance réside dans le fait :

- Qu'il permet au commerçant locataire d'exercer le commerce sans crainte d'être expulsé ;
- Le commerçant locataire peut céder le droit au bail et donc transférer le local à un nouveau acquéreur contre le gré du propriétaire.

Cependant, le propriétaire du lieu peut récupérer le local dans les situations suivantes :

- Versement d'une indemnité d'éviction ;
- Non-paiement du loyer par le commerçant ;
- Exercice d'une activité illicite par le commerçant ;
- Modification de la structure du local par le commerçant ;
- Exercice d'une activité autre que celle convenue au départ par le commerçant ;
- Le local présente des insécurités pour les tiers.

Il faut rapprocher du droit au bail le *droit de concession immobilière* (d'une mine par exemple) ou les *occupations privatives dans les marchés d'intérêt national* (dans les abattoirs ou marchés de gros), qui peuvent être compris dans le nantissement d'un fonds de commerce ou faire l'objet d'une cession.

3. exclusion des immeubles

La propriété immobilière est exclue du commerce.

La nature juridique du fonds

C'est un meuble incorporel

Le fonds de commerce est composé d'un certain nombre d'éléments servant à son exploitation. Ces éléments sont tous des biens meubles, mais plusieurs d'entre eux sont des meubles corporels. Cependant, le législateur n'attache pas d'importance aux éléments qui composent le fonds car il n'a déterminé ces éléments qu'en vue de l'exercice des privilèges du vendeur du fonds et du créancier nanti. En effet, ces biens sont réunis dans la même main en vue de l'exploitation du fonds. C'est leur union qui donne au commerçant la possibilité de retenir une clientèle. Or, la clientèle n'a pas de réalité physique et représente un bien incorporel.

Dès lors, le fonds de commerce –faute de caractère corporel de la clientèle – est un **meuble incorporel**. C'est aussi un **meuble singulier** puisque son transfert donne lieu à publicité.

Le fonds est-il une universalité juridique ?

Universalité juridique ou de droit

Un ensemble de biens formant un actif et un passif corrélatifs au sein duquel fonctionne la subrogation réelle.

Le patrimoine est une universalité juridique

- il comprend un actif et un passif ;
- l'actif répond du passif : soumission au droit de gage général dans son ensemble et au moment où s'exercent les poursuites ;
- le solde en valeur nette (+, -, 0) reste en toute hypothèse attaché à la personne.

Universalité de fait

Un tout qui est distinct des éléments qui le composent.

Qu'en est-il du fonds de commerce ?

Le fonds de commerce n'est pas une universalité juridique, puisque les créances et dettes relatives au fonds ne sont pas isolées du patrimoine de l'exploitant, elles s'incorporent aux autres créances et dettes de ce dernier.

Il en irait autrement si le droit marocain reconnaissait le concept de **patrimoine d'affectation**⁹. Or celui-ci consacre le principe de l'unité du patrimoine¹⁰. Ainsi, il n'existe pas de créanciers dont le gage soit restreint au fonds de commerce et aucune préférence n'est accordée aux créanciers commerciaux par rapport aux créanciers civils. Ces derniers peuvent faire vendre le fonds de commerce pour obtenir le recouvrement de leurs créances autant que les créanciers commerciaux.

⁹ Un patrimoine sans personne affecté à un but.

¹⁰ « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers » - Art. 1241 du D.O.C.

« Faute d'universalité juridique, on se rabat sur l'idée d'universalité de fait. Mais cette théorie ne fait que constater une union des éléments, qui est dénuée de conséquences juridiques et rapproche le fonds d'un *troupeau de moutons*, autre universalité de fait.

Il faut cependant observer qu'il existe des signes qui peuvent entraîner un changement de conception, notamment par l'émergence du concept de *cession d'entreprise* et la création législative des *entreprises unipersonnelles* – Dahir n° 1-97-49»¹¹.

Le patrimoine d'affectation des entrepreneurs individuels¹²

Aujourd'hui, l'entreprise individuelle se caractérise juridiquement par une absence de distinction entre le patrimoine de l'entreprise et de celui qui la gère. De ce fait, les biens personnels de l'entrepreneur individuel et notamment son habitation principale peuvent être saisis en remboursement des dettes professionnelles alors qu'ils n'ont été ni gagés, ni donnés en garantie.

Avec la loi sur l'initiative économique, l'entrepreneur individuel pourra facultativement établir une liste de biens affectés à son usage personnel et protégés en tant que tels. Cette liste de biens pourra comprendre le patrimoine immobilier à usage privé ou mixte telle que l'habitation principale. En revanche, elle ne pourra comprendre les actifs professionnels, les stocks de marchandises ou de matière première correspondant à l'activité de l'entreprise, les liquidités, les biens hypothéqués ou donnés en garantie. Cette liste sera établie par un acte authentique et déposée en annexe au Registre du commerce et des sociétés ou au Registre des métiers. A chaque changement du contenu de la liste, par déclaration auprès du Registre du commerce et des sociétés ou du Registre des métiers, l'entrepreneur sera contraint à publication dans un journal d'annonces légales. Les entreprises individuelles créées antérieurement ne pourront pas exclure les biens déjà hypothéqués ou donnés en garantie.

Cette nouvelle mesure protectrice des entrepreneurs individuels n'empêchera pas le créancier d'exiger une garantie sur leurs biens personnels pour l'octroi d'un crédit à usage professionnel.

Le gouvernement est conscient que la mesure proposée constitue une restriction au principe fondamental de l'unicité du patrimoine des personnes physiques et devrait être cantonnée au strict périmètre permettant d'assurer la sécurité matérielle minimale de l'entrepreneur lorsqu'il est confronté à des difficultés.

(Communiqué min. économie – France, 7 oct. 2002 ; Projet de loi sur l'initiative économique)

Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ?

« Une entreprise qui exerce son commerce par le biais d'un réseau de communication électronique (Internet, WAP), dispose-t-elle d'un fonds de commerce ? Dans l'affirmative, peut-on considérer que ce fonds de commerce, que nous qualifions de virtuel –par opposition à présentiel –, est différent d'un fonds de commerce classique ?

La question n'est pas sans intérêt pratique. En effet, la qualification de fonds de commerce entraîne plusieurs conséquences juridiques, puisqu'elle permet en particulier de grever le fonds d'un gage, et a des répercussions fiscales en cas de cession.

¹¹, *op. Cité*, p.130.

¹² <http://www.editions-legislatives.fr>

La question s'inscrit aussi dans l'actualité de ce qu'il est convenu d'appeler la "nouvelle économie" : des sites se vendent à coup de millions d'euros sans que la cession n'ait nécessairement lieu par le biais de la vente des actions de la société qui en est propriétaire¹³.

Amazon se paie Egghead

Par Troy Wolverton, CNET News.com
5 décembre 2001

Le numéro 1 de la vente en ligne vient de racheter Egghead, site marchand spécialisé dans les produits électroniques et informatiques. Amazon.com prévoit de relancer le site ultérieurement sous sa propre enseigne.

Amazon.com vient de faire l'acquisition du site américain Egghead.com spécialisé dans la vente de matériel informatique et électronique. Le montant de l'acquisition est de **6,1 millions de dollars** en numéraire.

Egghead.com a cessé ses activités et les prises de commande en ligne en octobre, après s'être mis en août sous la protection du Chapitre 11 de la loi américaine sur les faillites. Patty Smith, porte-parole du numéro 1 de la vente en ligne, explique que **les clients de Egghead sont pour l'instant directement redirigés vers le site d'Amazon**. Le directeur de Egghead, Jeff Sheahan, indique qu'ils en seront avertis officiellement par courrier électronique.

La reconnaissance de la marque et sa clientèle ont été des arguments déterminants pour Amazon. « Nous voulons marier les atouts de Egghead avec ceux d'Amazon », affirme le porte-parole, précisant qu'Amazon ne compte pas exploiter les données personnelles relatives aux clients, et s'engage à respecter la confidentialité des informations que garantissait Egghead.

Le porte-parole indique que la société prévoit de relancer le site Egghead, qui proposera de nouveau des produits spécifiques, tout en conservant le design d'Amazon. Seule réserve, les utilisateurs devront se réenregistrer ou accepter de transférer directement leurs données d'enregistrement sur Amazon.

Egghead liquide actuellement ses derniers actifs et biens d'immobilisation, et notamment ses stocks et équipements informatiques. La société est également sur le point de céder son site Onsale.com.

La définition essentialiste du fonds de commerce ne s'oppose manifestement pas à la consécration de l'existence d'un fonds de commerce qui ne serait que numérique. En effet, tout site de commerce électronique ouvert au public est bien un fonds de commerce en ce sens qu'il est destiné à créer et développer un clientèle, et ce indépendamment d'autres éléments matériels (matériel informatique par exemple) ou incorporels (brevets, logiciels, etc.).

A quelle catégorie appartiennent les clients des sites Internet « **B2C** » ?

A priori, l'achalandage semble bien convenir.

En effet, la plupart des visites de sites Internet proviennent d'un bon référencement dans les moteurs de recherche ou dans les autres sites.

Un site bien référencé peut être comparé à un commerce bien situé. Cependant, bien plus que dans le monde *présentiel*, le consommateur est enclin à se déplacer d'un site à l'autre, à la recherche du meilleur prix et/ou du meilleur service. Le réseau offre en effet au consommateur un terrain facile de comparaison des produits ou services vendus.

¹³ Journal des tribunaux n° 6044 du 23 févr. 2002, Bruxelles.

Pour ces deux raisons, les clients seront donc surtout des clients de passage et d'opportunité. Cependant, une clientèle *attirée* est aussi envisageable.

En effet, certaines entreprises virtuelles sont amenées à créer des habitudes de consommation, et à donner confiance aux consommateurs, que ce soit par le biais de la mise en place de mécanismes sûrs de paiement, par la qualité de leur service après-vente, par le respect des délais ou encore par leur respect ostensible de la législation (notamment par le biais de l'apposition sur le site de labels de qualité).

Toutefois, le fonds de commerce virtuel présente des caractéristiques originales, dont les principales sont l'absence de droit au bail¹⁴ – du moment que **le contrat d'hébergement**, élément constitutif du fonds, est assimilé à un contrat de location – et le rôle essentiel joué par **le nom de domaine**¹⁵ en tant qu'autre élément constitutif du fonds.

Les opérations sur le fonds de commerce

I- L'EXPLOITATION DU FONDS DE COMMERCE

Exploiter un fonds de commerce, c'est essayer de tirer de la réunion de ces différents éléments constitutifs un profit croissant grâce à la vente de marchandise ou à la fourniture de services auprès d'une clientèle retenue, attirée et développé selon des procédés commerciaux loyaux.

L'exploitation de fonds de commerce peut revêtir deux formes :

- 1- Ou le propriétaire exploite directement son fonds.
- 2- Ou il le remet à un locataire à la suite d'un contrat de location-gérance (gérance libre)

SECTION I : l'exploitation directe de fonds de commerce :

Exploitation directe sans gérant :

Le propriétaire (personne physique ou morale) du fonds de commerce prend personnellement en main l'ensemble des opérations d'exploitation

Exploitation directe avec gérant :

Lorsque le propriétaire du fonds ne désire pas effectuer lui-même les opérations matérielles nécessitées par l'exploitation, il peut donner son fonds en gérance à autrui. Il s'agit encore d'une exploitation directe tant que le gérant agit au nom et pour le compte du propriétaire qui est engagé par les dettes d'exploitation et qui touche les bénéfices et supporte les pertes.

¹⁴ Sur l'Internet, nul n'est besoin d'une telle protection pour le contrat d'hébergement. En effet, il existe des milliers d'hébergeurs. Le choix d'un de ceux-ci n'implique aucune conséquence sur la visibilité du site, et le fait de changer d'hébergeur n'affecte en rien la survivance du fonds de commerce virtuel.

¹⁵ Le nom domaine est sans conteste l'élément le plus caractéristique du fonds de commerce virtuel. Sans nom de domaine, le site serait incapable de se faire connaître et d'entrer en contact avec la clientèle.

SECTION II : La location-gérance :

La location gérance est une formule contractuelle selon laquelle le propriétaire d'un fonds de commerce donne ce dernier en location à une autre personne dite locataire gérant ou encore gérant qui l'exploite à ses risques et périls moyennant une redevance. Elle est différente du bail commercial car il porte sur le fonds même et sur l'immeuble où le fonds est exploité. Elle est différente aussi de la gérance salariée.

Les conditions :

La location gérance obéit aux règles de fond et de forme générale à tous les contrats. Les conditions particulières sont :

▶ Le propriétaire du fonds doit être commerçant pendant 7 ans au moins, ou avoir exercé pendant la même durée les fonctions de gérant salarié ou de directeur commercial ou technique. En plus il doit avoir exploité le fonds de commerce mis en gérance pendant 2 ans.

▶ Le locataire doit avoir la capacité commerciale.

▶ La gérance libre doit être constatée par un écrit (contrat)

Cet acte doit être publié dans la quinzaine de sa date sous forme d'extrait au bulletin officiel et dans un journal d'annonces légales.

Jusqu'à la publication du contrat de la gérance libre et pendant une période de 6 mois suivant la date de cette publication le bailleur du fonds est solidairement responsable avec le gérant libre des dettes contractées par ce dernier à l'occasion de l'exploitation par ce dernier à l'occasion de l'exploitation du fonds.

LES EFFETS ENTRE LES PARTIES :

Les conséquences sur la tête du gérant :

- Le gérant a la qualité de commerçant et il est soumis à toutes les obligations qui en découlent.
- Tous les biens composant le fonds doivent être laissés à la disposition de gérant
- Le gérant doit verser au propriétaire un loyer ou une redevance
- Le gérant est tenu de continuer les contrats de travail qui avaient été conclus par le bailleur

Les conséquences sur la tête du bailleur de fonds :

- Il doit délivrer au gérant la jouissance de tous les éléments du fonds dont il est titulaire.
- Il est tenu soit de se faire radier du registre de commerce soit de faire modifier son inscription personnelle avec la mention expresse de la mise en gérance libre
- Il ne doit pas troubler le gérant dans sa jouissance et en particulier ne pas enfreindre la clause de non rétablissement.

PROTECTION DES CREANCIERS

La location-gérance fait courir un grave danger à ceux qui du fait de l'exploitation du fonds, deviennent créanciers de locataire gérant. Ces personnes peuvent croire, en toute bonne foi, que le débiteur est propriétaire du fonds et se fier à une solvabilité trompeuse.

A cet effet, quatre mesures protectrices ont été décidées par le législateur :

- ◆ Sous peine d'une amende de 2000 à 10000 dhs, le locataire gérant est tenu d'indiquer sur tous les documents relatifs à son activité commerciale, son numéro d'immatriculation au registre de commerce et le siège de tribunal où il est immatriculé et sa qualité de gérant
- ◆ Au moment de la location-gérance, les dettes de loueur de fonds afférentes à l'exploitation de fonds peuvent être déclarées immédiatement exigibles par le tribunal de commerce.
- ◆ Jusqu'à la publication du contrat de location gérance et pendant un délai de six mois à compter de cette publication, le loueur de fonds est solidairement responsable avec le gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation de fonds.

FIN DE CONTRAT DE LOCATION-GERANCE

La location-gérance peut prendre fin notamment par l'arrivée du terme contractuellement fixe ou à la suite de jeu d'une clause résolutoire ou d'une demande de résiliation judiciaire pour inexécution des obligations ou encore à la suite de décès de gérant.

II- La vente du fonds de commerce

Le fonds de commerce étant souvent le seul bien important du commerçant, sa vente clandestine ou rapide priverait les créanciers de leur gage. Le législateur a donc organisé les conditions de la vente et la protection des créanciers du vendeur.

Semblable transfert suscite également l'inquiétude du vendeur et de l'acheteur. C'est pourquoi le législateur s'est également préoccupé de l'acquéreur en exigeant que le contrat contienne certaines mentions de nature à éclairer ce dernier sur la valeur du fonds et a accordé au vendeur des garanties contre une éventuelle insolvabilité de l'acquéreur de son fonds.

Plan

1. la protection des parties
 - a. protection des deux parties : les conditions de formation du contrat ;
 - b. protection de l'acquéreur : les garanties dues par le vendeur ;
 - c. protection du vendeur : paiement du prix par l'acquéreur – privilège du vendeur et action résolutoire de la vente¹⁶.
2. protection des tiers : publicité de la vente du fonds de commerce, opposition et surenchère des créanciers.

¹⁶ Le b et c concernent l'exécution du contrat, quant au a il concerne la formation du contrat.

1. la protection des parties

A- la vente du fonds de commerce est un acte de commerce à raison de l'objet du contrat.

Pour ce qui est des conditions de formation du contrat, on trouve :

- les conditions de fonds ;
- le prix de vente ;
- les conditions de forme.

a. les conditions de fonds à savoir : le consentement, la capacité, l'objet et la cause

▪ **le consentement** : le vice du consentement peut résulter de l'erreur, du dol ou de la violence.

En effet, l'objet du contrat étant une propriété incorporelle, c'est à dire un droit de clientèle, il est facile de se tromper ou de se laisser tromper sur l'importance de cette clientèle. Ainsi, l'erreur sur la valeur du fonds est prise par le législateur qui accorde une réduction du prix de vente lorsque des mentions sur l'acte de vente sont inexacte (Art. 82). En cas de dol – *au cas où une mention est inexacte ou inexistante, exemple l'indication d'un nantissement* – le même texte permet à l'acquéreur de demander la nullité du contrat.

« Lorsque l'une des mentions prescrites à l'article précédent ne figure pas dans l'acte de vente, l'acheteur peut demander l'annulation du contrat si l'absence de cette mention lui a porté préjudice.
Lorsque les mentions figurant à l'acte sont inexactes, l'acheteur peut demander l'annulation du contrat ou la réduction du prix si l'inexactitude des mentions lui a porté préjudice.
Dans les deux cas, l'action doit être intentée dans un délai maximum d'un an à compter de la date de l'acte de vente » – Art. 82 du Code de commerce

▪ **La capacité** : elle s'apprécie du côté du vendeur et de l'acheteur.

L'acquéreur va devenir commerçant et une personne qui n'a pas la capacité de faire le commerce ne peut donc pas acquérir un fonds (une personne déchue par exemple).

Concernant la vente ou l'achat d'un fonds de commerce par un mineur, ces deux opérations doivent obéir aux conditions posées par l'article 14 du Code de commerce.

« Le tuteur testamentaire ou datif ne peut exploiter les biens du mineur dans le commerce, qu'après autorisation spéciale du juge conformément aux dispositions du code du statut personnel.
Cette autorisation doit être inscrite au registre du commerce u tuteur testamentaire ou datif » – Art. 14

▪ **L'objet** : il est composé de deux éléments, à savoir le fonds et le prix.

La chose cédée est un fonds de commerce. Le Code de commerce ne détermine pas les éléments obligatoirement compris dans le fonds de commerce, mais lorsqu'ils existent, ils doivent être mentionnés avec leur prix d'acquisition.

Le vendeur ne peut prétendre vendre un fonds de commerce s'il exclut l'élément principal qui retient la clientèle.

La cession du bail peut être cet élément. Cependant, le vendeur n'est pas obligé de consentir un bail à l'acquéreur si le local était sa propriété. C'est pourquoi l'article 81 n'envisage le droit au bail que s'il existe.

« Toute vente de fonds de commerce ainsi que tout apport en société ou toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation est constatée par acte en la forme authentique ou sous seing privé. Le montant de la vente est déposé auprès d'une instance dûment habilitée à conserver les dépôts.

Cet acte mentionne :

- 1) Le nom du vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition, le prix de cette acquisition en spécifiant distinctement les prix des éléments incorporels, des marchandises et du matériel ;
- 2) L'état des inscriptions des privilèges et nantissement pris sur le fonds ;
- 3) **S'il y a lieu**, le bail, sa date, sa durée, le montant du loyer actuel, le nom et l'adresse du bailleur ;
- 4) L'origine de la propriété du fonds de commerce » – Art. 81

▪ **La cause**, entendue comme le motif de la vente, c'est sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs qui doit être vérifiée.

b. le prix de vente

Il résulte de la négociation entre les parties.

Le prix peut être global, mais s'il n'est pas payé au comptant, il faut – pour la conservation du privilège du vendeur – fixer trois prix différents pour les éléments incorporels, pour le matériel et pour les marchandises.

« ...

Des prix distincts sont établis pour les éléments incorporels du fonds de commerce, le matériel et les marchandises.

... » – Art. 91

Le prix suscite des difficultés au regard de son caractère sincère. La dissimulation d'une partie du prix est pratiquée dans les ventes de fonds, tant pour diminuer le montant des droits de mutation que pour soustraire une partie du prix aux créanciers d'un vendeur insolvable.

Pour éviter cette dissimulation, le dahir du 24 décembre 1958 formant Code de l'enregistrement, applicable à la vente du fonds de commerce comme à celle des immeubles, sanctionne la dissimulation du prix par la nullité de la contre-lettre¹⁷ et la vente reste valable. Ainsi, le vendeur ne peut réclamer le complément du prix et l'acquéreur qui a payé une partie du prix dissimulé ne peut se le faire restituer. Par ailleurs, l'article 15 du dahir visé sanctionne toute dissimulation dans le prix d'une amende représentant le ¼ de la somme dissimulée.

c. Les conditions de forme

La vente commerciale peut être prouvée par tous modes de preuve.

« En matière commerciale la preuve est libre. Toutefois, elle doit être rapportée par écrit quand la loi ou la convention l'exigent » – Art. 334

Cependant, l'article 81 impose l'insertion de certaines énonciations dans l'acte de vente. Il en résulte que la rédaction d'un acte est indispensable pour la formation du contrat. En plus, l'écrit doit être dressé pour permettre la publicité et l'inscription de l'acte au registre du commerce (Art. 83). Il est également indispensable pour l'inscription du privilège du vendeur, si le prix n'est pas payé au comptant (Art. 91).

¹⁷ C'est l'acte secret qui contient le prix dissimulé ou une reconnaissance de dette.

Cette disposition n'est pas sanctionnée par la nullité absolue qui est la sanction d'une règle de forme. C'est une nullité relative car elle ne peut être demandée que par l'acquéreur et dans le délai relativement court d'une année à compter de la date de l'acte (Art. 82).

B - Les garanties dues par le vendeur

Outre l'obligation de délivrance du fonds, laquelle résulte de la publicité des mutations, le vendeur a des obligations de garanties :

- exactitude des mentions obligatoires
- garantie du fait personnel – clause de non rétablissement

Consiste à ne rien faire qui puisse troubler l'acquéreur dans l'exercice des droits qui lui ont été transmis. Le vendeur a l'obligation de ne pas se rétablir dans des conditions telles qu'il pourrait conserver une partie de son ancienne clientèle.

Il est cependant impossible de lui interdire toute activité commerciale. C'est pourquoi il est nécessaire de déterminer l'étendue dans le temps et dans l'espace de cette interdiction. Pour cela, les parties insèrent souvent dans le contrat une clause de *non rétablissement* qui est valable si elle est limitée dans un secteur d'activité ou dans un espace ou dans le temps.

- garantie d'éviction

Elle interdit au vendeur d'entraver la jouissance de l'acquéreur et, notamment, de vendre une seconde fois le même fonds ou de le mettre en location.

- garantie des vices cachés

Cette garantie existe dans toutes les ventes et il faut apprécier le vice d'après la nature de la chose vendue.

L'objet de la vente étant les éléments de nature à retenir la clientèle, on ne saurait retenir les vices affectant seulement un des éléments vendus, par exemple l'outillage. Il faut que le vice caché soit de nature à diminuer la clientèle. Ainsi, le prix serait-il réduit ou la vente résolue si le fonds est atteint d'un vice le rendant impropre à l'usage auquel il était destiné : *mesure administrative de fermeture, connue du vendeur mais tue à l'acheteur* par exemple.

C - paiement du prix par l'acquéreur

L'acquéreur qui est tenu de payer le prix au comptant doit attendre l'expiration du délai donné aux créanciers des vendeurs pour faire opposition, car tout paiement anticipé serait inopposable à ceux-ci (Art.89).

« L'acquéreur qui, sans avoir fait, des les formes prescrites, les publications, ou qui, soit avant l'expiration du délai de quinze jours, soit au mépris des inscriptions ou oppositions aura payé le vendeur, n'est pas libéré à l'égard des tiers » – Art. 89

Le montant de la vente est donc déposé chez un intermédiaire (notaire ou agent d'affaires) qui le conserve jusqu'à expiration du délai d'opposition (Art. 81).

Lorsque le paiement du prix se fait à crédit, l'acquéreur peut régler le prix de vente en signant des billets de fonds à échéances successives.

- privilège du vendeur

Dans le cas d'une vente à tempérament, le législateur accorde au vendeur des garanties pour le paiement du prix : il bénéficie d'un *privilège* sur le fonds et qui suppose une formalité : son inscription dans les quinze jours de la vente (Art. 92). En vertu de ce privilège, le vendeur du fonds prime les créanciers de l'acquéreur ayant obtenu un nantissement sur le fonds acheté. Que le fonds soit revendu par l'acheteur ou saisi et vendu judiciairement par les créanciers nantis de ce dernier, le vendeur initial, qui n'a pas été intégralement payé du prix, récupérera la valeur de sa créance sur le prix de vente du fonds, et ce, avant les autres créanciers.

Mais le privilège ne porte pas indifféremment sur tous les éléments du fonds de commerce. Le Code de commerce organise ce privilège par le sectionnement du prix de vente en 3 parties. Le privilège couvre successivement la partie du prix représentative des marchandises, puis celle afférente au matériel et enfin celle relative aux éléments incorporels (Art. 91). Ainsi, le prix payé par l'acheteur s'impute en premier sur les marchandises, en second lieu sur le matériel et en troisième lieu sur les éléments incorporels. En fin de période de paiement, le privilège ne joue donc plus que sur les éléments incorporels et si le fonds est vendu judiciairement, ce n'est que sur la partie du prix représentative des éléments incorporels que le privilège pourra être exercé.

« L'inscription doit être prise, à peine de nullité, dans le délai de quinze jours à compter de la date de l'acte de vente, à la diligence du vendeur.
Elle prime toute inscription prise dans le même délai du chef de l'acquéreur.
Elle est opposable au redressement et à la liquidation judiciaire de l'acquéreur » – Art. 92

« ...
Le privilège ne porte que sur les éléments du fonds de commerce énumérés dans la vente et dans l'inscription, et, à défaut de désignation précise, que sur le nom commercial et l'enseigne, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.
Des prix distincts sont établis pour les éléments incorporels du fonds de commerce, le matériel et les marchandises.
Le privilège du vendeur qui garantit chacun de ces prix ou ce qui en reste dû, s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente relatifs aux marchandises, au matériel et aux éléments incorporels du fonds.
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. 91

- **action résolutoire de la vente**

Au privilège, s'ajoute, pour le vendeur impayé, une autre protection : la faculté d'obtenir la résolution de la vente.

Cette faculté est conditionnée par l'inscription du privilège, publicité de nature à informer les tiers (Art. 99).

Dès lors, si le débiteur ne paie pas aux échéances convenues et si le créancier – vendeur du fonds – avait pris soin d'inscrire le privilège, il pourra solliciter la résolution de la vente.

Pour éviter les délais inhérents à une action en justice, les contrats comportent souvent une clause résolutoire.

La résolution emporte restitution du fonds et remboursement de la fraction du prix payé.

« L'action résolutoire pour défaut de paiement du prix doit, pour produire effet, être mentionnée et réservée expressément dans l'inscription du privilège prévue à l'article 92. Elle ne peut être exercée au préjudice des tiers après l'extinction du privilège. Cette action est limitée aux seuls éléments qui font partie de la vente » – Art. 99

* conditions de l'action résolutoire

L'action résolutoire ne peut être admise sans que les créanciers ne soient avertis de son existence. Le Code de commerce a donc imposé sa notification aux créanciers inscrits sur le fonds (Art. 101). Cette notification aux créanciers est également exigée en cas de résolution de plein droit résultant d'une clause du contrat ou si le vendeur obtient de l'acquéreur la résolution à l'amiable. La résolution encourue ou consentie ne deviendra définitive que 30 jours après la notification ainsi faite (Art. 102).

Article 101

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

Le jugement ne intervenir que trente jours après la notification.

Article 102

S'il résulte du contrat une résolution de plein droit ou si le vendeur a obtenu de l'acquéreur la résolution à l'amiable, il doit notifier aux créanciers inscrits, à domicile élu, la résolution encourue ou consentie qui ne deviendra définitive que trente jours après la notification ainsi faite.

En outre, l'action résolutoire doit être limitée, comme le privilège, aux seuls éléments qui font partie de la vente (Art. 99). Autrement dit, elle est limitée aux seuls éléments sur lesquels porte encore un privilège.

* La résolution emporte restitution du fonds

Le vendeur est tenu de prendre tous les éléments du fonds de commerce qui font partie de la vente, même ceux sur lesquels son privilège et son action sont éteints.

« En cas de résolution amiable ou judiciaire de la vente, le vendeur est tenu de reprendre tous les éléments du fonds de commerce qui font partie de la vente, même ceux sur lesquels son privilège et son action 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 a été faite par expertise contradictoire amiable ou judiciaire, sous déduction de ce qui pourra 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 » – Art. 100

Quant aux éléments incorporels, la loi ne dit rien, mais il faut admettre que le vendeur doit les reprendre au prix fixé par le contrat de vente même si leur valeur a diminué.

2. la protection des tiers

a. la publicité

La vente intervient alors que les créanciers du vendeur ont des droits sur le fonds de commerce en garantie du paiement de leur créance. Il en est ainsi du vendeur précédent non encore payé et qui a fait inscrire son privilège, du banquier qui a un nantissement sur le fonds de commerce pour garantie du prêt consenti au vendeur, de la société de crédit bail, etc.

Tous ces créanciers ont avantage à être informés de la cession. Ainsi, la publicité de la vente du fonds de commerce est imposée par la loi pour protéger les créanciers du vendeur, notamment ceux qui ne disposent d'aucune garantie de leur créance, en leur permettant de faire opposition pour empêcher le vendeur de toucher le prix.

- L'acte de vente doit d'abord être enregistré pour avoir date certaine ;
- Il doit ensuite être déposé dans les 15 jours de sa date au secrétariat-greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé le fonds de commerce ;
- L'acte est inscrit sous forme d'extrait au registre du commerce par le secrétaire-greffier. L'extrait contient la date de l'acte, les noms, prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, le prix stipulé, l'indication et le siège des succursales qui peuvent être comprises dans la vente, l'indication du délai pour les oppositions et une élection de domicile dans le ressort du tribunal;
- L'extrait est publié en entier et sans délai par le secrétaire-greffier, aux frais des parties, au bulletin officiel et dans un journal d'annonces légales ;
- Une seconde insertion a lieu, à la diligence de l'acquéreur, entre le 8^{ème} et 15^{ème} jour après la première insertion.(Art. 83)

Après enregistrement, une expédition de l'acte notarié ou un exemplaire de l'acte sous seing privé doit être, dans les quinze jours de sa date, déposé au secrétariat-greffe du tribunal dans le ressort duquel est exploité le fonds ou du principal établissement du fonds si la vente comprend des succursales.

Un extrait de l'acte est inscrit au registre du commerce.

L'extrait contient la date de l'acte, les noms, prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, le prix stipulé, l'indication et le siège des succursales qui peuvent être comprises dans la vente, l'indication du délai fixé par l'article 84 pour les oppositions et une élection de domicile dans le ressort du tribunal.

L'extrait inscrit au registre du commerce est publié en entier et sans délai par le secrétaire-greffier, aux frais des parties, au Bulletin Officiel et dans un journal d'annonces légales.

Cette publication est renouvelée à la diligence de l'acquéreur entre le huitième et le quinzième jour après la première insertion » – Art. 83

L'absence ou l'irrégularité de la publicité n'a pas d'influence sur la validité de la vente et le transfert de propriété. Mais elle comporte une sanction très efficace édictée par l'article 89. En effet, l'acquéreur qui paie son vendeur sans avoir effectué les publications prescrites, ou avant l'expiration du délai de 15 jours ouvert aux créanciers pour faire opposition, n'est pas libéré à l'égard des tiers. Il sera donc obligé de verser une seconde fois le prix de vente.

b. opposition et surenchère des créances

Les créanciers du vendeur ont un droit exceptionnel. Lorsqu'ils sont avertis par la publicité, ils possèdent un double droit :

- Faire opposition pour empêcher le vendeur de toucher le prix (Art. 84) ;
- Faire une surenchère du 1/6 du prix s'ils estiment que le fonds a été vendu à un prix trop bas (Art. 94).

Article 84

Dans les **quinze jours**, au plus tard, après la seconde insertion, les créanciers du vendeur, que leur créance soit ou non exigible, peuvent former opposition au paiement du prix par **lettre recommandée avec accusé de réception** adressée au secrétariat-greffe du tribunal qui a reçu l'acte ou par **le dépôt** de l'opposition auprès du dit secrétariat **contre récépissé**.

L'opposition doit énoncer, à peine de nullité, le montant et les causes de la créance et contenir une élection de domicile dans le ressort du tribunal.

Nonobstant toute stipulation contraire, le bailleur ne peut former opposition pour loyers en cours ou à échoir.

Article 94

Pendant le délai fixé à l'article précédent, tout créancier inscrit ou qui a formé opposition dans le délai de quinze jours fixé à l'article 84 peut prendre au secrétariat-greffe du tribunal communication de l'acte de vente et des oppositions et, si le prix de vente est insuffisant pour désintéresser les créanciers visés ci-dessus, former, en se conformant aux prescriptions de l'article 123 et suivants, une surenchère du sixième du prix principal du fonds de commerce non compris le matériel et les marchandises.

▪ L'opposition

- ✓ Elle ne confère aucun privilège aux premiers opposants ;
- ✓ Elle leur permet de demander au juge des référés de séquestrer la partie du prix correspondant à leur créance ;
- ✓ Elle peut déboucher sur la surenchère ;
- ✓ Deux exigences doivent être satisfaites : de *forme* et de *délai* (Art. 84) ;
- ✓ Tout créancier du vendeur, que sa créance soit civile ou commerciale, qu'elle soit exigible ou non peut faire opposition au prix de vente ;
- ✓ Par le biais de l'opposition, la loi a entendu protéger spécialement les créanciers chirographaires ;
- ✓ Une restriction concerne le bailleur qui peut faire opposition pour les loyers échus, mais non pour les loyers en cours ou à échoir, nonobstant toute stipulation contraire ;
- ✓ Les créanciers peuvent faire opposition dès qu'ils ont connaissance de la vente par la première publicité ;

▪ Effets de l'opposition

- ✓ L'acquéreur ne peut pas payer son prix au vendeur pendant le délai de 15 jours donné aux créanciers et tout paiement d'une partie ou de la totalité qui sera fait par l'acquéreur est inopposable aux créanciers ;
- ✓ Le vendeur peut se pourvoir en référé dans un délai de 10 jours après le délai fixé pour les oppositions, pour obtenir l'autorisation de toucher le prix malgré l'opposition ;
- ✓ Le juge des référés accorde cette autorisation si l'acquéreur mis en cause lui déclare formellement, et sous sa responsabilité personnelle, qu'il n'existe pas d'autres créanciers opposants (art. 87) ;
- ✓ Le vendeur doit verser au tribunal une somme suffisante pour répondre éventuellement des causes de l'opposition (art. 85) ;
- ✓ L'acheteur n'est pas libéré du prix à l'égard des autres créanciers opposants antérieurs à l'ordonnance, s'il en existe (Art. 87) ;

En cas d'abus d'opposition, c'est à dire si l'opposition est faite sans titre et sans cause, ou si elle est nulle en forme, le vendeur peut se pourvoir en référé pour obtenir l'autorisation de

toucher le prix malgré l'opposition. Mais le président du tribunal n'est compétent dans ce cas que s'il n'y a pas instance engagée au principal (Art. 88).

▪ **La surenchère du 1/6**

- ✓ Ce droit permet au créancier, ayant fait opposition, de demander la vente publique du fonds avec une mise à prix supérieure de 1/6 du prix de la vente initiale ;
- ✓ Le matériel et les marchandises ne sont pas compris ;
- ✓ La surenchère se calcule uniquement sur la valeur des éléments incorporels (Art. 94) ;
- ✓ Ce droit protège les créanciers contre le concert frauduleux de l'acheteur et du vendeur s'accordant sur un prix très bas, dont le montant est insuffisant pour satisfaire les créanciers ;

▪ **Formalités**

- ✓ Pendant les 30 jours suivant la seconde insertion, une expédition ou une copie de l'acte de vente est tenue au secrétariat-greffe du tribunal qui a reçu l'acte, à la disposition de tout créancier opposant ou inscrit (Art. 93) ;
- ✓ En prenant communication de l'acte de vente et des oppositions, tous les créanciers inscrits ou qui ont fait opposition ont le droit de demander que le fonds soit vendu en justice sur leur surenchère (Art. 94) ;
- ✓ L'existence du droit de surenchère a un caractère préventif, car le créancier ne peut, en fait, surenchérir que s'il est disposé à acquérir le fonds de commerce et s'il peut le faire. En effet, l'arme de surenchère est à double tranchant car si, lors de la vente aucun surenchérisseur ne se présente, c'est le créancier ayant provoqué la mise en vente qui sera déclaré acquéreur (Art. 127) ;

III-LE NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE

Etant donné que le fonds de commerce est un bien distinct des éléments qui le composent on peut alors imaginer une sûreté basée sur cet ensemble garantissant ainsi le crédit à long et moyen terme consenti à l'entreprise. Cette sûreté connaît un succès sans précédent vu la grande valeur du fonds qui constitue un avantage pour le créancier.

SECTION I : La constitution du Nantissement

Le nantissement suppose au préalable la conclusion d'un contrat entre le propriétaire du fonds et le banquier en général. C'est ainsi que dans la partie qui suit nous allons vous parler des conditions.

I- LES CONDITIONS RELATIVES AU CONTRAT

1- Le débiteur nanti :

Les conditions à remplir sont fonction de la forme juridique de la société. Les différents cas se présentent comme suit :

- **SNC** Le débiteur doit être propriétaire du FDC et l'accord des associés est indispensable
- **S.A** : le Conseil d'Administration peut sous autorisation de l'assemblée générale des actionnaires donner le fonds en nantissement autrement elle n'est pas habilitée à le faire.
- **S.A.R.L** : la gérance peut donner le fonds en nantissement

Quand à la capacité de jouissance toute personne apte à exercer un commerce en a droit.

2 - Le créancier nanti :

Le législateur marocain n'a pas prévu une catégorie de créanciers auxquels on peut consentir le nantissement la seule condition nécessaire et suffisante est l'existence de la créance.

II- LES CONDITIONS DE FORME ET DE PUBLICITE

Le nantissement doit être constaté par écrit authentique ou sous seing privé à peine de nullité. Ce contrat doit contenir la date les noms et domiciles des parties contractantes le montant de la créance avec fixation des intérêts

1- Formalités de l'inscription :

L'acte doit être enregistré puis déposant la quinzaine de sa date au secrétariat du tribunal de première instance territorialement compétent. Aussi une inscription complémentaire est à effectuer à l'OMPIC au cas où le nantissement porterait sur des droits de propriété industrielle.

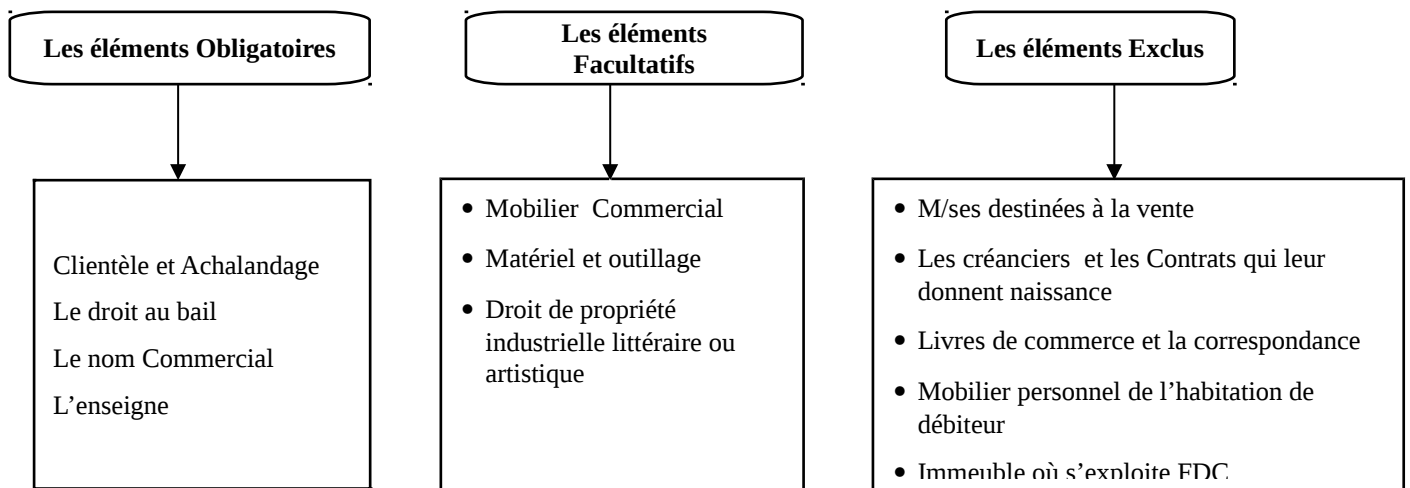
2- Publicité du contrat de nantissement :

Le secrétaire greffier publie sans délai le contrat enregistré aux frais des parties dans le bulletin officiel. Il est à noter que l'inscription conserve le privilège pendant cinq ans renouvelable.

SECTION II : L'ASSIETTE DU FONDS DE COMMERCE

1-Détermination initiale

La sûreté peut selon les énonciations de l'acte porter sur tout ou partie du fonds. Cependant des garde-fous subsistent, pour ce la nous avons essayé de classer les éléments concernés dans le tableau ci-après.



2 -Les modifications ultérieures

Trois cas de figures pourraient se présenter :

- Si le fonds s'agrandit d'un élément nouveau, c'est le cas par exemple lorsque l'entrepreneur était propriétaire des locaux lors de la signature de l'acte devient locataire ce qui fait apparaître un droit au bail. S'il était déjà prévu que les éléments futurs feront partie du nantissement alors tel sera le cas.
- Si la modification porte sur le contenu d'un élément c'est le cas lorsque le matériel d'origine est remplacé par un autre le nantissement frappe alors l'élément dans son nouveau contenu comme il le frappait dans l'ancien.
- Il arrive aussi qu'un élément dis paraisse complètement par la suite, la loi accorde dans cette hypothèse une certaine précaution aux créanciers inscrits.

SECTIONIII : LES EFFETS DU NANTISSEMENT

Cette partie sera traitée en deux temps :

A- Les effets étroits

1- influence des dettes préexistantes

Les créanciers chirographaires peuvent sous crainte de ne jamais être remboursé saisir la juridiction compétente afin de rendre leurs créances immédiatement exigibles si le risque couru est vraiment réel.

2- Le droit de préférence

Le créancier nanti bénéficie d'un privilège qui le place au-dessus de la mêlée ; en effet au moment du paiement il recouvre sa dette avant les créanciers chirographaires. En cas de pluralité des nantis les plus antérieurs passent avant les plus récents et si jamais la date

d'inscription s'avère commune ils se partagent proportionnellement les prix.. D'autre part la jurisprudence classe le créancier nanti après le trésor le bailleur d'immeuble et les frais de justice mais avant les salariés et la C N S S.

Mais tout ceci rentre dans le cadre de la mise en œuvre c'est-à-dire une fois que le débiteur n'arrive pas à honorer ses engagements à échéance le créancier gagiste peut 8 jours après sommation de payer saisir le tribunal pour faire ordonner la vente judiciaire du fonds. Une seconde chance (délai de 50 jours) est accordée au débiteur, faute de paiement il est procédé à l'adjudication du fonds et les créanciers sont désintéressés selon l'ordre précité.

3. Le droit de suite

C'est le droit accordé aux créanciers nantis de saisir le fonds entre n'importe quelles mains et de le faire vendre. Au cas où un nouvel acquéreur offrirait un prix insatisfaisant aux yeux du créancier .celui-ci peut recourir à la surenchère mais doit dans ce cas proposer 10% de plus que le précédent acquéreur.

B- Protection des effets du nantissement

1-Le changement du lieu d'exploitation

Le débiteur nanti pourrait déménager pour une raison ou pour une autre ; en tout état de cause, les droits du créancier nanti sont protégés à condition qu'il renouvelle son privilège sous quinzaine dans les conditions légales. Dans le cas échéant, il peut perdre ses prérogatives.

2- La dissipation par opérations isolées

La sanction pénale qui réprime l'infraction du détournement de l'objet du gage est très sévère ce qui fait que cette pratique est assez rare. Le problème se pose surtout lorsqu'il s'agit des biens ayant fait l'objet d'autres garanties qui entraîneraient des fois leur cession. Dans ce cas le créancier nanti pourrait saisir le tribunal régional lequel déciderait de la vente intégrale du fonds.

3- La résiliation du bail

Le propriétaire qui aimerait résilier le contrat se doit d'en faire cas aux créanciers car ceci leur permettrait de trouver une solution au problème si jamais il y a ou de trouver une tierce personne intéressée par la reprise du fonds.

AUTRES FORMES DE NANTISSEMENT

- 1- Nantissement judiciaire du F.D.C
- 2- Nantissement conventionnel de l'outillage et du matériel d'équipement
- 3- Nantissement du fonds de commerce virtuel ?