

L'acquisition du fonds de commerce

L'ACQUISITION DU FONDS DE COMMERCE

Certains franchisés font le choix de l'acquisition d'un fonds de commerce non franchisé ou celui de la reprise d'un fonds de commerce déjà intégré dans un réseau de franchise.

Quelle que soit l'option privilégiée, il convient d'être très rigoureux sur la rédaction du contrat de cession et sur les formalités à respecter.

Les étapes de l'acquisition d'un fonds de commerce

Il convient au préalable de s'assurer que le fonds que l'on souhaite acquérir ne fasse pas déjà l'objet d'un pacte de préférence au profit d'un tiers ou qu'il ne soit pas potentiellement préemptable par la commune (s'il est situé dans un périmètre de sauvegarde du commerce).

L'étude d'implantation

La clientèle est un élément primordial du fonds de commerce. Une étude d'implantation permettra éventuellement d'analyser la localisation du fonds et d'évaluer la taille de sa clientèle potentielle. Si cette étude peut s'avérer coûteuse, elle peut être très utile puisque la clientèle et l'emplacement du fonds de commerce sont des éléments centraux pour sa réussite commerciale future.

La promesse de vente

Il est courant de faire précéder la vente du fonds d'une promesse de vente unilatérale (n'engageant que le vendeur) ou d'un compromis de vente (promesse qui engage les deux parties). Très souvent la promesse unilatérale s'accompagne également d'une indemnité d'immobilisation et doit obligatoirement être enregistré dans les 10 jours qui suivent l'acceptation par le bénéficiaire auprès de l'administration fiscale.

La signature de l'acte de vente du fonds de commerce

L'article L141-1 du Code de commerce énonce les mentions que doit obligatoirement contenir l'acte de vente :

- L'origine du fonds (date d'acquisition, prix, sauf si ce dernier a été créé par le vendeur)
- L'existence de privilèges ou de nantissements grevant le fonds
- Le chiffre d'affaires et le résultat d'exploitation des trois dernières années d'exploitation
- Les mentions relatives au bail commercial : date de conclusion, durée du bail, nom et adresse du bailleur

Sanctions de l'omission de ces mentions : la vente peut être annulée si l'acquéreur le demande dans l'année qui suit la cession

Sanctions de l'inexactitude de ces mentions : une action en garantie peut alors être intentée par l'acquéreur lorsque ces inexactitudes lui ont été préjudiciables, dans le même délai d'un an. Si son action est accueillie, il pourra obtenir une réduction du prix du fonds ou bien le rendre et récupérer son argent.

La publicité de la cession

La publicité est une obligation à la charge de l'acquéreur obligatoire dans un souci de protection des tiers.

Suite à l'acquisition, il convient de faire enregistrer l'acte de cession auprès de la recette des impôts qui va percevoir les droits de mutation.

De plus, dans les 15 jours de la signature de l'acte, il faut faire une publication dans un Journal d'Annonces Légales (JAL) et dans les 15 jours suivant cette publication, il convient de faire une publicité au BODACC par le greffier du Tribunal de Commerce.

Cette dernière publicité est importante puisqu'elle fait courir un délai de 10 jours durant lequel les créanciers peuvent former opposition.

Si l'acquéreur ne respecte pas ses obligations en matière de publicité, il reste tenu à l'égard des tiers et notamment à l'égard des créanciers de l'acquéreur.

Les clauses essentielles de l'acte de cession d'un fonds de commerce

La clause définissant l'objet du contrat de cession : le fonds de commerce

Cette clause est essentielle puisqu'elle doit lister avec précision les éléments du fonds qu'ils soient incorporels (la clientèle, le droit au bail, la marque voire les brevets et dessins et modèles, l'enseigne...) ou corporels (le matériel, les stocks...).

Les éléments essentiels du fonds doivent être cédés lors de cette cession. Toutefois, à défaut de précision dans l'acte, tous les éléments indispensables à attirer la clientèle sont intégrés.

Les mentions obligatoires évoquées précédemment doivent évident être contenue dans cette clause.

La clause relative au sort des contrats

Il peut également être judicieux d'évoquer le sort des contrats. Le principe est en effet que les contrats ne sont pas transmis avec le fonds.

Toutefois, les contrats de travail sont transmis d'office, par le seul effet de la loi. Le contrat d'assurance, quant à lui est également transmis mais l'acquéreur pourra le rompre.

Une clause du contrat peut prévoir la poursuite des contrats qui intéressent l'acquéreur.

La clause de non concurrence ou de non-établissement

Le vendeur du fonds n'a pas le droit de détourner la clientèle qu'il a cédé, il s'agit de l'obligation légale de non éviction.

Toutefois, en fonction du type d'activité exercée dans le fonds, une clause de non concurrence ou de non-établissement peut être intégrée à l'acte de cession. Si elle est prévue, elle doit être proportionnée, justifiée mais surtout limitée dans le temps, dans l'espace et quant à l'activité.

Enfin, **la clause attributive de juridiction** ainsi que **la clause de constitution de séquestre** méritent toute leur place dans l'acte.

Par souci de clarté, il est de bon ton de rappeler les obligations des deux parties.

Le rôle du séquestre et le mécanisme des oppositions lors de l'acquisition d'un

fonds de commerce

Le droit d'opposition des créanciers

La publicité imposée à l'acquéreur a pour fonction d'informer les créanciers du vendeur et ainsi de leur permettre de former opposition au paiement du prix. Tous les créanciers peuvent ainsi faire opposition, que leur créance soit ou non exigible.

La forme imposée pour l'opposition est l'exploit d'huissier signifié au domicile élu sauf pour l'administration fiscale qui procède par l'avis à tiers détenteur. Cette formalité doit avoir lieu dans le délai de 10 jours à compter de la publication au BODACC mais peut également avoir lieu avant cela.

L'acquéreur est responsable vis-à-vis des créanciers du cédant à hauteur du prix de vente et si l'opposition est régulière, ce dernier va devoir désintéresser les créanciers.

La surenchère du sixième

Si les créanciers de l'acquéreur considèrent le prix de cession du fonds de commerce comme étant insuffisant, les créanciers ayant fait opposition dans les délais ainsi que les créanciers privilégiés et nantis peuvent engager cette procédure.

Cela consiste à faire vendre le fonds aux enchères avec un prix majoré d'un sixième (du montant des éléments incorporels seulement). Si personne ne se porte acquéreur lors de la vente, le créancier ayant formulé la demande de surenchère sera alors acquéreur du fonds.

Le rôle du séquestre

Le séquestre est un mécanisme facultatif.

Il consiste à remettre le prix de la cession à un notaire ou un avocat, qui conservera les fonds durant les délais d'opposition et désintéressera les créanciers du vendeur. Il faudra toutefois que l'acquéreur règle les honoraires du séquestre. Cela permet d'opposer à tous les créanciers le paiement opéré par l'acquéreur.

Le séquestre dispose d'un délai de 5 mois à compter de la cession pour remettre au vendeur le prix de la vente. Cela n'aura ainsi lieu qu'à l'expiration de tous les délais d'opposition après avoir éventuellement désintéressé des créanciers.

Décembre 2012

Gilles Menguy

Avocat & Solicitor, GM Avocats

gmenguy@gm-avocats.com