

Partie I

**La location des structures
d'exploitation**

La location des structures d'exploitation vise la faculté offerte à l'entrepreneur d'exploiter un bien qui ne lui appartient pas, à ses risques et périls, moyennant le versement d'un loyer.

Généralement, l'entrepreneur est propriétaire des structures lui permettant d'exploiter l'entreprise qu'il a créée ou qu'il a achetée. Ainsi, le plus souvent, le chef d'entreprise est-il propriétaire de son entreprise individuelle, qu'elle soit ou non à responsabilité limitée (EURL), comme le gérant de société est le plus souvent propriétaire des parts sociales ou actions qui lui permettent de prétendre à la direction de la SARL ou de la SAS qui accueille l'entreprise et en permet l'exploitation.

Toutefois, ce schéma n'épuise pas les formes que peut emprunter l'exploitation d'une entreprise. Aussi, à côté de la figure classique de l'exploitation de l'entreprise par son propriétaire, le droit français offre-t-il des figures plus originales dans lesquelles, momentanément ou plus durablement, l'entreprise, qu'elle soit individuelle ou sociétaire, va être exploitée par un autre que son propriétaire.

Le contrat de location, tel que nous l'avons présenté à grands traits dans l'introduction, va servir de support à cette nouvelle modalité d'exploitation. Relevons ici que dans maintes occasions, le législateur a pu concevoir ces contrats de location des structures d'exploitation, comme des outils propres à favoriser la transmission des entreprises ; mais la pratique a toujours su adapter ces outils à d'autres finalités.

Sous ces remarques, il convient à présent d'examiner d'abord les règles applicables à la location-gérance du fonds de commerce (Chapitre 1), puis de présenter les règles propres à la location des droits sociaux (parts et actions) émises par les sociétés (Chapitre 2) et, enfin, de présenter le régime de la location d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée (Chapitre 3).

1

La location-gérance du fonds de commerce

La location-gérance du fonds de commerce, encore appelée « gérance libre » par opposition à la gérance salariée, est une création de la pratique, qui permet de transférer, au locataire, la qualité de commerçant exploitant le fonds de commerce à ses risques et périls.

Historiquement, ce contrat fut créé pour pallier la difficulté qui survenait lorsque le commerçant ne pouvait plus assurer matériellement son activité, faute de capacité. La figure classique était celle de l'enfant mineur qui a hérité du commerce de ses parents, alors qu'il n'avait pas la capacité juridique pour l'exploiter. Dans l'attente de la majorité, le fonds pouvait continuer à être exploité au moyen du contrat de location-gérance. D'autres situations peuvent permettre le recours opportun à la location-gérance, telles que, notamment, la transmission de l'entreprise pour laquelle la location-gérance se présente comme un préalable, une période probatoire au cours de laquelle le candidat à l'acquisition peut vérifier si l'entreprise lui convient.

Originellement réglementée par une loi n° 56-277 du 20 mars 1956, la location-gérance fut codifiée, sans changement, dans le nouveau Code de commerce aux articles L. 144-1 et suivants. Au terme de ce texte, la location-gérance est « le contrat ou la convention par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède partiellement ou totalement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls ».

Après avoir présenté les conditions de la location-gérance (1.1), il conviendra d'en examiner les effets (1.2).

1.1 Les conditions du contrat de location-gérance

Pour que la location-gérance puisse valablement produire ses effets, il convient de respecter des conditions de fond et des conditions de forme.

1.1.1 Les conditions de fond de la location-gérance

La location-gérance du fonds de commerce, comme du fonds artisanal, suppose, au préalable, qu'il existe un fonds de commerce. L'existence juridique de ce dernier est conditionnée par l'existence d'une clientèle attachée aux éléments corporels et incorporels permettant l'exploitation économique. Faute de clientèle (comme dans le cas d'un emplacement au marché ou d'une autorisation d'occupation du domaine public), le fonds ne saurait exister et, partant, aucun contrat de location-gérance ne saurait être valablement conclu.

Notons que certaines activités rechignent à connaître l'existence d'un contrat de location-gérance : les pharmacies, sauf en cas de décès du pharmacien exploitant (C. santé publ., art. L. 5125-17), les entreprises de spectacles, autres que cinématographiques, pour lesquelles une autorisation ministérielle est requise, les entreprises de transports publics et de location de véhicules industriels, elles aussi soumises à une autorisation administrative (C. com., art. D. 144-3).

Parce qu'il doit s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés (ou au registre des métiers si l'activité est artisanale), le locataire doit avoir la capacité commerciale.

Autrement dit, il doit pouvoir exploiter un fonds en son nom et pour son compte. Si un mineur émancipé est capable, comme un majeur, pour tous les actes de la vie civile, en revanche, il lui faut obtenir une autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation, puis du président du tribunal de grande instance par la suite, pour exercer une activité commerciale (C. civ., art. 413-8). Quant au mineur non émancipé, il ne peut toujours pas exercer une activité commerciale, et ne saurait donc être partie en qualité de locataire d'un contrat de location-gérance.

Par ailleurs, le preneur ne doit pas faire l'objet d'incompatibilités (fonctionnaire) ou de déchéances (interdictions d'exercer dans le commerce), à peine de nullité du contrat.

Si le preneur à bail est une société (société de gérance, souvent conclue entre le propriétaire du fonds loué et le repreneur désigné ou pressenti avec passation de pouvoir programmé dans la société d'exploitation et promesse de cession du fonds à la société lorsque les capitaux auront été réunis), il faut que l'activité du fonds loué corresponde à son objet social.

Pendant la gérance, le preneur a la qualité de commerçant et est soumis à toutes les obligations qui en découlent (C. com., art. L. 144-2).

Enfin, le preneur doit s'engager à exploiter le fonds conformément à sa destination, c'est-à-dire sans en changer l'activité.

Concernant le bailleur (qui peut être aussi une personne morale, ce qui d'ailleurs est fréquent avant une fusion), plusieurs conditions étaient également exigées (C. com., art. L. 144-3) :

- ▶ D'une part, il devait avoir été, pendant au moins sept ans, commerçant ou artisan, ou avoir exercé les fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique d'une entreprise commerciale ou artisanale.
- ▶ D'autre part, il doit avoir exploité, pendant deux ans, le fonds qu'il donne en location. Notons que lorsque le fonds est un bien commun, cette condition n'est exigée que des époux qui participent à l'exploitation du fonds ; partant, seul celui qui exploite le fonds participe à l'acte de location.

L'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004, portant simplification du droit et des formalités des entreprises, a cependant réformé le droit sur ces deux points :

- ▶ D'une part, l'exigence de sept années de « professionnalité » n'est plus requise.
- ▶ D'autre part, si l'exigence d'exploitation du fonds pendant deux ans est toujours exigée du titulaire du fonds, en revanche elle n'est plus applicable au conjoint attributaire du fonds à la suite de la dissolution du régime matrimonial, lorsque le conjoint a participé à l'exploitation du fonds pendant au moins deux ans avant la dissolution du régime matrimonial et son partage.

Ces aménagements ont clairement été adoptés en vue d'encourager le recours à ce régime juridique afin de faciliter la transmission et la reprise d'entreprises. En effet, le premier aménagement se focalise sur le seul délai de deux ans d'existence du fonds qui est le seul à véritablement garantir l'existence d'une clientèle.

La seconde simplification vise seulement, en cas de dissolution du régime matrimonial (après décès, divorce ou séparation de corps), à permettre au conjoint attributaire du fonds de bénéficier de la même faveur, pour autant que ce dernier ait, lui aussi, participé pendant deux ans à l'exploitation du fonds (C. com., art. L. 144-5, 7°).

Les anciennes exceptions légales et jurisprudentielles concernant ces conditions n'en demeurent pas moins valables. En effet, la loi prévoit que les exigences de durée sont écartées de plein droit au profit de certaines personnes, à savoir : l'État, les collectivités locales, les établissements de crédit, les incapables et les héritiers ou les légataires. De plus, les délais prévus peuvent être réduits, voire supprimés par ordonnance du président du tribunal en cas d'impossibilité d'exploiter du bailleur directement ou par l'intermédiaire de ses préposés (cas de l'enfant mineur, du majeur devenu incapable, héritiers, C. com., art. L. 144-4) ou en cas de procédure collective frappant le fonds et en présence d'une offre de reprise sérieuse (C. com., art. L. 642-13).

Relevons qu'en cas d'indivision (indivision successorale, par exemple), chaque co-indivisaire ne peut disposer que de sa quote-part ; aussi, l'unanimité est-elle requise, la location-gérance dépassant le cadre des actes d'administration (C. civ., art. 815-3). Toutefois, en cas d'urgence (dépérissement du stock, par exemple) ou si l'intérêt commun l'exige, un indivisaire peut demander, au président du tribunal de grande instance, l'autorisation de passer seul le contrat de location-gérance. En revanche, lorsque le fonds est commun à des époux, il semble que les conditions légales ne puissent être remplies que par un seul d'entre eux.

Enfin, pour que la location-gérance soit valable, le bailleur doit toujours avoir la possibilité de reprendre son fonds de commerce. Si ces conditions ne sont pas remplies, le contrat est nul, de nullité absolue, et le bailleur du fonds perd le bénéfice de la propriété commerciale à l'égard du bailleur des murs.

1.1.2 Les conditions de forme de la location-gérance

Même si la loi n'impose pas formellement la rédaction d'un écrit, en pratique il est exigé. Cet écrit n'est pas une condition de validité, mais d'opposabilité du contrat aux tiers en raison des exigences de publicité. Il peut être authentique ou sous seing privé. Notons que la phase de la rédaction et de la signature de l'écrit consignant le contrat de location-gérance peut faire intervenir un tiers : le propriétaire de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité.

En effet, le contrat de bail immobilier, permettant d'exploiter le fonds dans un lieu appartenant à une autre personne que le propriétaire du fonds, peut contenir une clause exigeant une telle participation. Plus encore, ce contrat de bail immobilier peut valablement interdire la mise en location-gérance du fonds. Mais la clause du bail commercial interdisant la sous-location est impuissante à prohiber la location-gérance.

Le contrat fait l'objet d'une publicité dans les quinze jours de sa signature dans un journal d'annonces légales (JAL). À défaut, la qualité de commerçant du locataire est inopposable aux tiers, et le loueur est solidairement responsable des dettes liées à l'exploitation, jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois après l'accomplissement de la formalité (C. com., art. L. 144-7).

De surcroît, le locataire-gérant doit, sur tous ses documents commerciaux, faire mention de sa qualité et de son numéro d'immatriculation. En outre, à compter de cette date, les créanciers du fond bénéficient d'un délai de trois mois pour demander, au tribunal, le paiement immédiat de leurs dettes, s'il apparaît que la location-gérance du fonds met en péril leur recouvrement (C. com., art. L. 144-6).

Relevons qu'en cas de tacite reconduction, le contrat n'a pas besoin de faire l'objet d'une nouvelle publicité, dès lors que c'est le même contrat qui se poursuit. À compter de la conclusion du contrat, le bailleur peut se faire radier du registre du commerce et des sociétés (RCS), tandis que le preneur doit s'y inscrire.

Enfin, à la fin de la location-gérance, le locataire gérant doit se faire radier du RCS, et les parties doivent faire publier un extrait de fin de location-gérance au JAL.

1.2 Les effets du contrat de location-gérance

Assez classiquement, il faut distinguer les effets du contrat entre les parties et vis-à-vis des tiers.

1.2.1 Les obligations réciproques entre les parties

Le bailleur, qui demeure propriétaire du fonds (il peut donc le nantir ou le vendre) a le droit de percevoir les loyers. Il peut aussi imposer une clause d'exclusivité au locataire-gérant qui ne saurait cependant excéder dix années.

En contrepartie de ces droits, il supporte aussi des obligations. Il doit, ainsi, assurer la jouissance paisible de la chose louée au locataire gérant, c'est-à-dire l'exploitation paisible du fonds.

En conséquence, le propriétaire ne doit pas perturber l'exploitation du fonds par ses agissements, et en particulier, il ne doit pas faire concurrence à son locataire gérant. En outre, le bailleur ne peut pas intervenir dans l'exploitation (devoir de non-ingérence), mais cependant, il peut avoir un droit de contrôle sur la gestion et un droit général de surveillance de l'activité.

N'oublions pas que le bailleur peut redevenir l'exploitant de son fonds de commerce à l'expiration du contrat. C'est pourquoi, dans le contrat de location-gérance, il peut être prudent de prévoir une clause de non-rétablissement similaire à celle qui existe en matière de vente de fonds de commerce. Mais le bailleur qui fait concurrence à son preneur se nuit, à lui-même, puisqu'il contribue à diminuer la valeur de son propre fonds vu qu'il en est le propriétaire.

De plus, le bailleur est temporairement solidaire du preneur à l'égard des tiers. En effet, la publication de la mise en location-gérance dans un journal d'annonces légales fait courir un délai de six mois, dans lequel le bailleur est solidairement responsable des dettes d'exploitation du fonds au côté du preneur vis-à-vis des tiers (C. com., art. L. 144-7).

Quant au preneur, il a pour obligation principale de payer le loyer appelé redevance ; elle peut être fixe et/ou variable (C. com., art. L. 144-11 et 12), payée mensuellement ou selon une autre périodicité. Très fréquemment, la redevance intègre une partie fixe et une partie assise sur le chiffre d'affaires. Il est permis d'introduire une clause d'échelle mobile qui permet une révision automatique du loyer chaque fois que par le jeu de cette clause (qui doit prendre appui sur des éléments objectifs, tels que, par exemple, la valeur locative) le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus du quart par rapport au précédent. En vue de garantir le paiement de la redevance, il est généralement exigé un dépôt de garantie qui sera restitué en fin de contrat.

Le preneur doit, par ailleurs, gérer le fonds en bon père de famille ; à défaut il est possible d'agir en résolution du contrat. Par principe, il lui est permis d'exploiter plusieurs fonds même si, en pratique, cela est peu fréquent, sauf lorsque le bailleur était lui-même exploitant de plusieurs fonds et que le contrat de location-gérance porte sur l'ensemble de l'activité économique de ce dernier.

Le locataire gérant est tenu d'exploiter le fonds sans changer sa destination, c'est-à-dire sans changer l'activité exercée, ni sa localisation.