



**HAL**  
open science

# La crise du fonds de commerce : comparaison droit français et droit OHADA

Kévin Éric Edzang Ndong

► **To cite this version:**

Kévin Éric Edzang Ndong. La crise du fonds de commerce : comparaison droit français et droit OHADA. Droit. Université de Picardie Jules Verne; Université Omar Bongo (Libreville), 2021. Français. NNT : 2021AMIE0104 . tel-04519743

**HAL Id: tel-04519743**

**<https://theses.hal.science/tel-04519743>**

Submitted on 25 Mar 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE PICARDIE JULES VERNE



ÉCOLE DOCTORALE EN SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES (EDSHS)

UFR DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

CENTRE DE DROIT PRIVÉ ET DE SCIENCES CRIMINELLES D'AMIENS  
(CEPRISCA)

THÈSE

*En vue de l'obtention du grade de docteur en Droit privé et sciences criminelles*

*Présentée et soutenue par :*

**Kevin Éric EDZANG NDONG**

**« LA CRISE DU FONDS DE COMMERCE : COMPARAISON  
DROIT FRANÇAIS ET DROIT OHADA »**

Sous la direction de : Pr Anne-Marie LUCIANI

Pr Etienne NSIE

Amiens, le 5 février 2021

**Jury**

Muriel CHAGNY, Professeur à l'Université de Versailles-Saint Quentin (Rapporteur)

Claude SAINT-DIDIER, MCF HDR à l'Université de Corse (Rapporteur)

Valérie VARNEROT, MCF HDR à l'Université de Picardie Jules Verne (Examinatrice)

Anne-Marie LUCIANI, professeur à l'université de Corse (Directrice de thèse)

Etienne NSIE, Professeur à l'Université Omar BONGO de Libreville (Codirecteur de thèse)



*L'UPJV n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Celles-ci doivent être considérées comme propres à leur auteur.*



## **Résumé**

La crise du fonds de commerce résulte de sa composition et de sa nature juridique. De nombreux biens restent exclus de son assiette malgré l'importance qu'ils peuvent avoir, en pratique. Il s'agit notamment des immeubles, des créances, des dettes, et des contrats. Les obligations nées de l'exploitation du fonds de commerce restent personnellement attachées au commerçant, car le fonds de commerce n'a pas la personnalité juridique. L'échec professionnel du commerçant peut donc entraîner sa ruine personnelle dans la mesure où il répond de toutes ses dettes sur l'ensemble de son patrimoine, qui est en principe unique. Pour remédier à la crise du fonds de commerce, il serait envisageable d'élargir sa composition ou de faire évoluer sa nature juridique, afin qu'il devienne un patrimoine.

## **Abstract**

The crisis of the business (trade funds) results from its composition and its legal nature. Many assets remain excluded from its base, despite the importance they may have in practice. These include real estate, receivables, debts, and contracts. Obligations arising from the operation of the business remain personally attached to the trader, as the business does not have legal personality. A trader's professional failure can therefore lead to his personal ruin, insofar as he is liable for all his debts on his entire assets, which are in principle one and the same. To remedy the crisis of the business, it would be possible to broaden its composition or to change its legal nature so that it becomes a patrimony.

## **Mots clés**

Fonds de commerce, crise, patrimoine, EIRL, Pro- personnalité, Droit OHADA, universalité de fait, universalité de droit, unité du patrimoine, personnalité juridique, bail à usage professionnel, monopoles d'exploitations, immeubles, obligations, contrats.

## **Key words**

Business, crisis, patrimony, EIRL, Pro- personality, OHADA law, de facto universality, de jure universality, unity of patrimony, legal personality, lease for professional use, operating monopolies, real estate, bonds, contracts.

---

UFR Droit et Science politique- Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA), Placette Lafleur, 80000, Amiens.



*Je dédie cette thèse à mon père, feu Joseph René NDONG NKOULOU, et à ma mère  
Geneviève AYITEBE AKOUROU.*

*Je dédie aussi, et surtout, cette thèse à tous mes enfants.*



# SOMMAIRE

<b><u>SOMMAIRE .....</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b><u>REMERCIEMENTS .....</u></b>	<b><u>3</u></b>
<b><u>LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS .....</u></b>	<b><u>5</u></b>
<b><u>INTRODUCTION GÉNÉRALE .....</u></b>	<b><u>11</u></b>
<b><u>PREMIÈRE PARTIE : UNE CRISE RÉSULTANT DE LA DÉSUNION DE LA NOTION DE FONDS DE COMMERCE.....</u></b>	<b><u>27</u></b>
<b><u>TITRE 1 : UNE DÉSUNION RÉSULTANT DE LA COMPOSITION DU FONDS DE COMMERCE.....</u></b>	<b><u>29</u></b>
<b><u>CHAPITRE 1 : L'INSUFFISANCE DES ÉLÉMENTS ENTRANT DANS LA COMPOSITION DU FONDS DE COMMERCE.....</u></b>	<b><u>31</u></b>
<b><u>CHAPITRE 2 : L'INSUFFISANCE RÉSULTANT DES LIMITES DE LA COMPOSITION DU FONDS DE COMMERCE.....</u></b>	<b><u>73</u></b>
<b><u>TITRE 2 : UNE DÉSUNION RÉSULTANT DE LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE .....</u></b>	<b><u>114</u></b>
<b><u>CHAPITRE 1 : L'ABSENCE DE PERSONNALITÉ JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE .....</u></b>	<b><u>116</u></b>
<b><u>CHAPITRE 2 : LA PRISE EN COMPTE GLOBALE DES ÉLÉMENTS DU FONDS DE COMMERCE .....</u></b>	<b><u>142</u></b>
<b><u>CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE .....</u></b>	<b><u>170</u></b>
<b><u>DEUXIÈME PARTIE : LA CONSECRATION DE L'UNITÉ DU FONDS DE COMMERCE .....</u></b>	<b><u>172</u></b>
<b><u>TITRE 1 : L'UNITÉ RÉSULTANT DE L'ÉVOLUTION DE LA COMPOSITION DU FONDS DE COMMERCE</u></b>	<b><u>174</u></b>
<b><u>CHAPITRE 1: L'ADMISSION DES ÉLÉMENTS MOBILIERS EXCLUS .....</u></b>	<b><u>176</u></b>
<b><u>CHAPITRE 2 : L'INCLUSION DES BIENS ET DROITS IMMOBILIERS .....</u></b>	<b><u>204</u></b>

<b><u>TITRE 2 : L'UNITÉ RÉSULTANT DE L'ÉVOLUTION DE LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE</u></b>	
<b><u>COMMERCE.....</u></b>	<b><u>235</u></b>
<b><u>CHAPITRE 1 : L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL À RESPONSABILITÉ LIMITÉE.....</u></b>	<b><u>237</u></b>
<b><u>CHAPITRE 2 : LA PRO-PERSONNALITÉ, SOLUTION ENVISAGEABLE PAR LE LÉGISLATEUR OHADA... </u></b>	<b><u>269</u></b>
<b><u>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</u></b>	<b><u>303</u></b>
<b><u>BIBLIOGRAPHIE .....</u></b>	<b><u>309</u></b>
<b><u>INDEX ALPHABÉTIQUE .....</u></b>	<b><u>349</u></b>
<b><u>TABLES DES MATIÈRES.....</u></b>	<b><u>353</u></b>

# REMERCIEMENTS

J'exprime mes sincères remerciements :

-À madame le professeur Anne-Marie LUCIANI pour avoir accepté de diriger ma thèse, pour ses orientations et pour ses précieux conseils.

-À monsieur le professeur Etienne NSIE pour avoir accepté de codiriger cette thèse, pour son engagement dans la conduite de ce travail, pour sa disponibilité et pour ses précieux conseils.

-À monsieur le professeur Xavier BONIFACE, Directeur de l'école doctorale en science humaine et sociale d'Amiens (EDSHS), pour son engagement et son investissement pour l'aboutissement de ce parcours doctoral.

-Aux responsables du CEPRISCA et à l'ensemble des membres de ce laboratoire pour leur soutien. Je remercie notamment madame le professeur Hélène CHANTELOUP.

-À mes frères et sœurs, à toute ma famille dans son sens le plus large, à ma compagne, à tous mes proches et à mes amis pour leur soutien.

À toutes les personnes qui ont contribué d'une manière ou d'une autre à rendre ce travail meilleur.



## LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

**A.** Arrêté.

**AARPI.** Association d'Avocats à Responsabilité Professionnelle Individuelle.

**Act.** Actualité.

**AFNIC.** Association Française pour le Nommege Internet en Coopération.

**AJDA.** Actualité Juridique de Droit Administratif.

**AJDI.** Actualité Juridique de Droit Immobilier.

**al.** Alinéa.

**ANRT.** Atelier National de Reproduction des Thèses.

**art.** Article.

**Ass. Plén.** Assemblée plénière.

**AUDCG.** Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général.

**AUDCG-REVI.** Acte Uniforme Révisé portant sur le Droit Commercial Général.

**AUPCAP.** Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif.

**AUPCAP-REVI.** Acte Uniforme Révisé portant organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif.

**AUS.** Acte Uniforme portant organisation des Sûretés.

**AUS-REVI.** Acte Uniforme Révisé portant organisation des Sûretés.

**AUSCGIE.** Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Économique.

**BAMREL.** Bureau Africain et Mauricien de Recherches et d'Études Législatives.

**BRDA.** Bulletin Rapide de Droit des Affaires.

**Bull. civ.** Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre civile).

**Bull. com.** Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre commerciale).

**C.** Code.

**CA.** Cour d'Appel.

**C. civ.** Code civil.

**C. CIMA.** Code de la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance.

**C. com.** Code de commerce.

**Cass.** Cour de cassation.

**CCIP.** Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris.

**CCJA** Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

**CEMAC** Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale.

**CE.** Arrêt du Conseil d'État.

**Cf.** Confer.

**Ch.** Chambre.

**Chron.** Chronique.

**CJCE.** Cour de Justice des Communautés Européennes.

**CNIL.** Commission Nationale Informatique et Libertés.

**Coll.** Collection.

**Com.** Chambre commerciale de la Cour de cassation.

**comp.** Comparer.

**Civ.** Chambre civile de la Cour de cassation.

**Civ 1<sup>ere</sup>** : Première chambre civile de la Cour de cassation.

**CREDA.** Centre de Recherche sur le Droit des Affaires.

**C. rur.** Code rural.

**C. Trav.** Code du travail.

**D.** Dalloz (recueil).

**D. aff.** Dalloz Affaires.

**DC.** Dalloz critique.

**déc.** Décision.

**Defrénois.** Répertoire du notariat Defrénois.

**DH.** Dalloz (hebdomadaire).

**dir.** Directive.

**DP.** Dalloz périodique.

**ed.** Édition.

**Dr. et patr.** Droit et patrimoine.

**EPRL** Entreprise Personnelle à Responsabilité Limité.

**EIRL** Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée.

**esp.** Espèce.

**EURL** Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limité.

**Gaz. Pal.** Gazette du palais.

**gén.** Général.

**ICANN.** Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.

**Infra.** Infra (Ci-dessous).

**ibid.** Ibidem (Au même endroit).

**ind.** Industrie/el/elle.

**JCP.** Jurisclasseur périodique.

**JCP E.** Jurisclasseur périodique- Édition entreprises et affaires.

**JO.** Journal officiel.

**Joly.** Dictionnaire Joly.

**JORF.** Journal officiel de la République français.

**JOAN CR.** Journal Officiel (Comptes Rendus) – Assemblée Nationale.

**JOAN Q.** Journal Officiel (Questions Réponses) Assemblée Nationale.

**Lamy.** (Bulletin d’actualité) Lamy droit commercial ou droit économique.

**LGDJ.** Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

**Litec.** Librairie technique.

**LPA.** Les Petites Affiches.

**Mél.** Mélange.

**n°.** Numéro.

**Note.** Note.

**Obs.** Observation.

**OHADA.** Organisation pour l’Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

**OCAM.** Organisation Commune Africaine et Mauricienne.

**op. cit.** Opere citato (Cité plus haut).

**p.** Page.

**Proc. Coll.** Procédures collectives.

**PUA.** Presse Universitaire Africaine.

**PUAM.** Presse Universitaire d'Aix-Marseille.

**Puf.** Presse Universitaire de France.

**Préc.** Précité.

**RDR.** Revue de Droit Rural.

**RCCM.** Registre du Commerce et du Crédit Mobilier.

**RJF.** Revue de Jurisprudence Fiscale.

**rep. Min.** Réponse ministérielle.

**Req.** Cour de cassation (chambre des requêtes).

**Rev.** Revue.

**RID éco.** Revue internationale du droit économique.

**RID comp.** Revue internationale du droit comparé.

**RTD com.** Revue trimestrielle de droit commercial.

**S.** Recueil Sirey.

**s.** Et suivant.

**SA.** Société anonyme.

**SARL.** Société à Responsabilité Limitée.

**SAS.** Société par Action Simplifiée.

**SASU.** Société par Action Simplifiée Unipersonnelle

**sept.** septembre.

**ss.** Sous.

**suppl.** Supplément.

**Supra.** Supra (Ci-dessus).

**t.** Tome.

**T. civ.** Tribunal civil

**Trib.** Tribunal.

**TGI.** Tribunal de grande instance.

**TI.** Tribunal d'instance.

**UE.** Union européenne.

**V.** Voir.

**vol.** Volume.



# INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Le droit est consubstantiel à l'économie. Ainsi, les évolutions sociétales sur le plan économique, en l'occurrence, exigent une adaptation du droit<sup>1</sup>. En d'autres termes, les règles et les principes juridiques censés encadrer l'activité économique doivent être continuellement adaptées à la réalité de la vie des affaires<sup>2</sup>.

2. Le commerçant fait partie de ces professionnels qui exercent une activité économique, au même titre que l'artisan, le professionnel libéral ou l'agriculteur<sup>3</sup>. Son activité est, de façon générale, liée à l'exploitation d'un fonds de commerce. Les règles qui encadrent l'activité commerciale et, plus exactement, celles qui sont appliquées au fonds de commerce n'échappent pas à l'exigence de cohérence avec la réalité économique. Or, cela semble ne pas être le cas actuellement, en droit français et en droit OHADA. Car le fonds de commerce apparaît aujourd'hui, dans ces deux législations, comme une notion en crise. Tel qu'il est conçu en droit positif, les règles qui l'encadrent sont en déphasage avec les réalités actuelles de la vie des affaires<sup>4</sup>. C'est ce postulat qui fonde le présent sujet de la crise du fonds de commerce. Celui-ci exige de porter un regard, à la fois normatif et prospectif, sur la notion de fonds de commerce, en droit français et en droit OHADA.

3. Pour ce faire, la connaissance des mots conduisant à la connaissance des choses<sup>5</sup>, la clarification des termes du sujet apparaît comme un préalable nécessaire (I), avant de le situer dans son contexte et d'en préciser les objectifs (II). Ensuite, il conviendra de dégager la problématique du sujet, sans omettre d'y apporter une réponse provisoire. Celle-ci servira

---

<sup>1</sup> Le mot « économie » désigne l' « ensemble des phénomènes, faits et activités relatifs à la production, à la circulation et à la consommation des richesses dans un ensemble donné (région, État, groupe d'États, etc.). L'adjectif « économique » renvoie, lui, à ce qui a trait à l'ensemble des activités commerciales et industrielles, à l'exclusion des activités financières et des phénomènes monétaires ». Cf. G. CORNU, (*dir.*) *Vocabulaire juridique de l'association HENRY CAPITANT*, 13<sup>e</sup> édition, PUF, 2020, p. 380 et 381.

<sup>2</sup> « Lorsque les besoins et les pratiques des affaires se modifient, il n'est aucun système, même le plus ancien, qui n'appelle une adaptation inéluctable ». A. SAYAG, « L'entreprise individuelle : faux débats et vraies questions », in *Étude offerte à RENÉ RODIÈRE*, Dalloz, 1982, p. 289.

<sup>3</sup> D. LOUCHOUARN, La profession (approche juridique de la notion), thèse, Lyon III, 1998 ; J-B. BLATTER, « Baux professionnels : quoi de neuf ? », *AJDI*, 1998, p. 261 ; I. NDAM, « Du bail commercial au bail à usage professionnel », *Penant*, n° 889, octobre-décembre 2014, p. 476.

<sup>4</sup> « Le fonds de commerce est une institution critiquée. On lui reproche d'être parasitaire et archaïque [...], en faisant du commerce une activité précapitaliste comparable à celle des petites boutiques de 1830 », P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des biens*, 8<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2019, p. 87, n° 211 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 10<sup>e</sup> édition, Dalloz 2018, p. 40, n° 31 ; J. DÉRRUPÉ, « L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale », in F. TERRÉ, *Jurisclasseur 1999*, p. 586 ; J. LELOUP, « Le fonds de commerce, une notion à rénover », *Gaz. Pal.*, 4 juin 2009, n° 155, p. 74 ; B.L. FREDERICQ, *Avènement et dépassement de la théorie juridique du fonds de commerce, Liber amicorum*, p. 918, n° 16 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, 2<sup>e</sup> édition, n° 691.

<sup>5</sup> « La connaissance des mots conduit à la connaissance des choses », citation de Platon, cf. [dicocitations.lemonde.fr](http://dicocitations.lemonde.fr)

d'hypothèse de recherche (III). Enfin, après avoir présenté l'intérêt du sujet sur la base de l'hypothèse préalablement dégagée (IV), il s'agira de définir la méthode de recherche qui sera utilisée pour cette étude, ainsi que son plan (V).

## **I : Définitions des principaux termes du sujet**

4. Il convient de clarifier, d'abord, le mot *crise*, qui n'est pas propre au langage juridique (A). Ensuite, il faudra définir la notion de fonds de commerce (B), avant de clarifier enfin le terme OHADA (C).

### **A : Le terme « crise »**

5. Le terme « crise » est protéiforme. D'une part, il vient du latin *crisis*. Celui-ci renvoie à l'idée d'un péril. D'autre part, il est issu du grec *krisis* qui, lui, désigne un jugement ou une décision. En la présente occurrence, c'est son acception issue du latin qui correspond au sens qui lui est donné dans la présente étude.

6. Ainsi, le mot « crise » renvoie ici à une situation marquée par un trouble profond, une impasse, un moment critique<sup>6</sup>. En l'espèce, parler de crise du fonds de commerce signifie donc que celui-ci est dans une situation critique, qui nécessite qu'on y apporte des remèdes. Cette notion de fonds de commerce est, elle-même, polysémique. La polysémie étant susceptible de créer des malentendus<sup>7</sup>, il sied maintenant de clarifier la notion de fonds de commerce qui, elle aussi, est diversement appréhendée.

### **B : La notion de fonds de commerce**

7. La définition du fonds de commerce (1) sera complétée ici par un éclairage sur la façon dont il est structuré, en droit français et en droit OHADA (2).

## **1 : Approches définitionnelles en droit français et en droit OHADA**

8. La conception actuelle de la notion de fonds de commerce est le résultat d'une longue transformation, qui a débuté dans l'Antiquité avec le fonds de l'agriculteur appelé jadis « *fundus* », et dont il devint la version commerciale<sup>8</sup>. En droit français, comme en droit

---

<sup>6</sup> LE PETIT ROBERT 1, *Dictionnaire de la langue française*, Larousse, 2012, p. 196.

<sup>7</sup> G. CORNU, *Linguistique juridique*, 2<sup>e</sup> édition, Montchrestien, 2000, p. 10, n° 22.

<sup>8</sup> Dans la Rome antique, l'agriculteur réunit certains biens pour exercer son activité. L'assemblage que forment ces biens y est désigné par le terme *fundus*. Celui-ci va inspirer la pratique pour l'élaboration de sa version commerciale. Le fonds de commerce trouve donc son origine en droit romain avant d'être consacré par le droit français. Il sera ensuite reçu par le droit OHADA. L'origine du fonds de commerce est liée à celle du *fundus*. Tant

OHADA, les définitions données au fonds de commerce, sans être toujours identiques, sont similaires.

**9. En droit français**, la loi consacre la notion de fonds de commerce, mais elle ne la définit pas<sup>9</sup>. Tout au plus se contente-t-elle d'en donner une liste d'éléments constitutifs et ce, à l'occasion de son nantissement<sup>10</sup>. Certes, les textes relatifs au fonds de commerce contribuent à sa compréhension, mais c'est principalement la doctrine qui le définit, en droit français. Elle suggère ainsi diverses approches définitionnelles. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut en retenir ici quelques-unes.

**10.** D'abord, il s'agit d'« une propriété incorporelle, consistant dans le droit à la clientèle qui est attaché au fonds par les éléments servant à l'exploitation »<sup>11</sup>. Ensuite, le fonds de commerce apparaît comme étant l'ensemble des biens mobiliers affectés à l'exercice des activités commerciales. Cette définition souligne la pluralité des activités qui peuvent être exercées, et sous-entend la diversité des fonds de commerce qui correspondent à ces activités respectives.

**11.** Aussi, et surtout, la doctrine majoritaire considère le fonds de commerce comme l'ensemble des biens meubles qu'un commerçant organise et assemble pour attirer et conserver une clientèle<sup>12</sup>. Toutes ces définitions, loin de se contredire, se complètent. On en retrouve la substance en droit OHADA.

---

et si bien que « Le fonds de commerce est le premier descendant du *fundus* antique reçu par le droit ». Cf. L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé*, Litec, 2006, p. 40, n° 66.

On est donc parti du *fundus* agricole. De celui-ci, est née une version commerciale. Celle-ci évolue parallèlement, à partir de l'Antiquité où elle s'appelle, elle, la *taberna*. De cette dernière, on passe au terme *cabal*. Avant le fonds de commerce actuel, il y a eu une mutation qui a donné naissance au *fonds de boutique*. Au dix-septième siècle, l'expression de « fonds de boutique » se généralise. Cf. J. HILAIRE et J. TURLAN, *Les contingences historiques du fonds de commerce*, t.2, Litec, 1981, p. 126, n° 87. À l'époque révolutionnaire, le fonds de boutique commence à se muer en fonds de commerce. Entre le début de la Révolution et celle de la création du Code de commerce, par le fait des notaires, le fonds de commerce se présente comme l'association d'éléments matériels avec la clientèle. Le fonds de boutique laisse place au **fonds de commerce**. Les **chalands** deviennent des **clients**, (L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 47, n° 80). Le législateur commence à utiliser l'expression « fonds de commerce » dans une loi de 1838 relative aux faillites et aux banqueroutes. Cf. Loi sur les faillites et les banqueroutes du 28 mai- 8 juin 1838, *Bull.* n° 7417, D. 1938. C'est la loi CORDELET de 1909 qui viendra apporter une consécration législative à la notion de *fonds de commerce*. cf. Loi du 17 mars 1909, relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce ; publiée au journal officiel de République française le 19 mars 1909, p. 2809. Cette loi a été ensuite rendue applicable en Outre-mer et en Afrique. Cf. A. FOKO, « Fonds de commerce » *In* PG. POUGOUE (*dir*), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 806, n° 3. Ainsi, après la proclamation des indépendances, le régime du fonds de commerce est celui hérité de la colonisation.

<sup>9</sup> D. LEGAIS, *Droit commercial et des affaires*, 27<sup>e</sup> édition, Sirey, 2021, p. 75, n° 147 ; D. HOUTCIEFF, *Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, contrats commerciaux, concurrence, instrument de paiement et de crédit*, 4<sup>e</sup> édition, Sirey 2016, p. 245, n° 497 ; H. LÉCUYER, « La spécificité traditionnelle du fonds de commerce et sa mise en concurrence contemporaine par des notions voisines », *Gaz. Pal.*, 4 juin 2009, n° 7.

<sup>10</sup> C. com., art. L. 142-2.

<sup>11</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, par VOGEL, *Droit commercial*, tome 1, volume 1, 18<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2001, p. 325 n° 439.

<sup>12</sup> D. LEGAIS, *Droit commercial et des affaires*, *op. cit.*, p. 75, n° 148 ; Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *Droit commercial. Actes de commerce. Commerçant. Fonds de commerce. Concurrence. Consommation*,

**12. En droit OHADA.** Premièrement, il sied de souligner que la loi du 17 mars 1909 était applicable dans les colonies françaises d’Afrique avant l’avènement de l’OHADA. Ne donnant pas de définition du fonds de commerce, l’absence de définition légale pouvait donc s’observer dans la plupart des pays en question. Toutefois, le Mali et le Sénégal avaient pu se doter de législations propres dans le domaine commercial, bien qu’à cette époque, celles-ci restaient très inspirées du droit français<sup>13</sup>. Une définition du fonds de commerce en droit africain apparaît ainsi dans une loi malienne. Selon le Code de commerce malien de cette époque, en son article 83, le fonds de commerce désigne « l’ensemble des biens que le commerçant groupe et organise en vue de l’exploitation de son commerce »<sup>14</sup>. Ce texte n’est plus d’actualité depuis longtemps.

**13.** Deuxièmement, c’est l’article 135 de l’acte uniforme OHADA révisé relatif au droit commercial général qui dispose que « le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d’attirer et de conserver une clientèle ». Ainsi, contrairement à son homologue français, le législateur OHADA donne ici une définition du fonds de commerce.

**14. Une similarité d’approches définitionnelles entre le droit français et le droit OHADA.**

La définition du fonds de commerce en droit OHADA n’est pas fondamentalement différente de celle que propose la doctrine dominante en France<sup>15</sup>. Aussi le droit OHADA fait-il clairement de la clientèle, comme le droit français, l’élément indispensable du fonds de commerce, duquel il tient sa nature incorporelle<sup>16</sup>.

**15.** La multiplicité des définitions données au fonds de commerce traduit la complexité de cette notion. Pour certains, la définition du fonds de commerce est variable selon les questions posées, et ne peut-être que relative. Le fonds de commerce ne serait donc pas une réalité. Il s’agirait davantage d’une technique juridique rendant applicables certaines solutions de droit, lesquelles revêtent un caractère utilitaire pour le bon fonctionnement économique des

---

8<sup>e</sup> édition, Litec, 2008, p. 333, n° 477 ; Y. REINHARD et P. CHAZAL, *Droit commercial*, 6<sup>e</sup> édition, Litec, 2001, p. 365, n° 474.

<sup>13</sup> A. FOKO, « Fonds de commerce » *op. cit.*, p. 806, n° 3.

<sup>14</sup> ÉQUIPE HSD, *Droit commercial en Afrique*, EDICEF 1989, p. 23.

<sup>15</sup> B.Y. MEUKE, « Réussir la reprise du fonds de commerce dans l’espace OHADA », *Jurifis info*, décembre 2010, p. 22 ; D. TRICOT, « Bail à usage professionnel et fonds de commerce » *Drt. et patr.*, n° 281, mars 2011, p. 72.

<sup>16</sup> Cass. req. 15 février 1937, *S*, 1937, I, 169, note. ROUSSEAU; Com., 29 mai 1953, *D*, 1953, 599 ; Com., 23 mai 1960, *Bull. civ.*, III, n° 192 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 18 mai 1978, *Bull. civ.*, III, n° 205, p. 159 ; TGI OUAGADOUGOU 12 décembre 2001, n° 984, cf. [ohada.com](http://ohada.com) ; J. ISSA-SAYEGH, « Présentation des dispositions sur le droit commercial général », *ohadata D-06-06*, p. 9 ; J. DIFFO TCHUNKAM, *Droit des activités économiques et du commerce électronique : l’esprit du droit commercial général issu de la réforme du 15 Décembre 2010*, l’Harmattan, 2012, p. 184 n° 333.

entreprises commerciales<sup>17</sup>. Le fonds de commerce se révèle finalement comme une notion qui se meut, qui est incertaine et évolutive<sup>18</sup>.

**16.** En résumé, avec pour finalité l'attrait et la fidélisation d'une clientèle, le fonds de commerce renvoie aujourd'hui à un ensemble de biens, essentiellement mobiliers, que le commerçant réunit et affecte à l'exercice de son activité professionnelle. Comme sa définition, sa composition et sa nature sont les mêmes en droit OHADA et en droit français.

## **2 : Approches structurelles du fonds de commerce**

**17.** Pour mieux cerner la notion de fonds de commerce en droit français et en droit OHADA, il est opportun de clarifier la façon dont ses éléments constitutifs y sont agencés ou structurés. Aussi convient-il, à ce stade de la réflexion, de souligner sa nature juridique.

**18. La composition du fonds de commerce en droit français**, est donnée par le Code de commerce en son article L.142-2 qui dispose en son premier alinéa : « Sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement du fonds de commerce soumis aux dispositions du présent chapitre comme faisant partie d'un fonds de commerce : 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 intellectuelles qui y sont attachés »<sup>19</sup>.

**19.** En droit OHADA, le législateur donne la composition du fonds de commerce aux articles 136 et 137 de l'AUDCG-REVI<sup>20</sup>. L'article 136 dispose : « Le fonds de commerce comprend nécessairement la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial, sans préjudice du cumul de la clientèle avec l'enseigne et le nom commercial »<sup>21</sup>. Pour sa part, l'article 137 ajoute que : « Le fonds de commerce peut comprendre différents éléments mobiliers, corporels et incorporels, notamment les éléments suivants : Les installations ; les aménagements et agencements ; le matériel ; le mobilier ; les marchandises en stock ; le droit au bail ; les licences d'exploitation ; les brevets d'inventions, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles, et tout autre droit de propriété intellectuelle nécessaire à l'exploitation »<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> C. ATTIAS, *Droit civil : les biens*, 8e édition, Litec, 2005, p. 370, n° 643.

<sup>18</sup> J. MONEGER, « Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce » *AJDI* décembre 2001, p. 1042

<sup>19</sup> C.com., art. L.142-2 al 1.

<sup>20</sup> L'acte uniforme OHADA révisé relatif au droit commercial général (AUDCG-REVI) est le texte qui s'applique actuellement en matière commerciale. Il a remplacé l'acte uniforme originel (AUDCG).

<sup>21</sup> AUDCG-REVI, art. 136.

<sup>22</sup> AUDCG-REVI, art. 137.

**20. Sur la forme.** D'abord, le droit OHADA s'illustre par une certaine originalité dans la précision, par rapport au droit français<sup>23</sup>. En effet, le législateur OHADA donne la composition générale du fonds de commerce, tandis que la composition du fonds de commerce n'est donnée par le législateur français qu'à l'occasion d'une opération spécifique, le nantissement<sup>24</sup>. D'ailleurs la formule introductive de l'article L.142-2 du Code de commerce français est édifiante sur cette question : « Sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement ».

**21.** Ensuite, le législateur OHADA a supprimé la notion d'achalandage. Ainsi, dans l'énumération des éléments du fonds de commerce, la formule « clientèle et achalandage » prévue par la loi française du 17 mars 1909 a disparu de l'énumération légale des éléments du fonds de commerce en droit OHADA<sup>25</sup>. Il y avait donc, d'une part, la clientèle, constituée par l'ensemble des personnes s'approvisionnant habituellement auprès d'une exploitation en raison des qualités intrinsèques du commerçant ; d'autre part, on avait l'achalandage, composé des chaland, c'est-à-dire des clients qui passent près du fonds de commerce et qui y sont attirés eux, simplement par l'emplacement géographique de ce fonds<sup>26</sup>.

**22.** Déjà condamnée par la jurisprudence française<sup>27</sup>, la distinction entre *clientèle* et *achalandage* est parfois jugée sans intérêt par la doctrine<sup>28</sup>. Ainsi, se démarquant du droit français, le législateur OHADA ne l'a pas reprise.

**23. Sur le fond.** Le législateur OHADA retient trois éléments qui doivent obligatoirement être compris dans le fonds de commerce. Il s'agit de la clientèle principalement. Il y également le nom commercial et l'enseigne commerciale, ou l'un d'entre eux au moins<sup>29</sup>. En droit français, la clientèle seule suffit pour constituer le fonds de commerce, du moins dans le principe. Sur ce

---

<sup>23</sup> « La loi du 17 mars 1909 donne une liste incomplète des éléments que peut comprendre un fonds de commerce. Mais elle n'indique pas ceux qui y sont nécessairement compris. Il en a résulté une jurisprudence incertaine qui tantôt limite le fonds de commerce à la clientèle, tantôt lui donne une assise plus large. Il en était semble-t-il de même dans les législations antérieures des États membres de l'OHADA ». M. KONÉ, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA : comparaison avec le droit français*, LGDJ, 2003.

<sup>24</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, p. 335, n° 455.

<sup>25</sup> L'article 136 de l'acte uniforme OHADA sur le droit commercial général qui est le texte de référence en la matière ne parle que de la clientèle et ne mentionne pas l'achalandage.

<sup>26</sup> B. PETIT, *Droit commercial, op. cit.*, p. 77, n° 134 ; CH. LYON-CAEN et L. RENAUD, *Traité de droit commercial*, tome 3, 5<sup>e</sup> édition, LGDJ, 1921-1936, n° 239, note 1 ; Y REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *Droit commercial, op. cit.*, p. 341, n° 491.

<sup>27</sup> Cass. Com 27 février. 1973, 1<sup>ère</sup> espèce : D. 1974, 284 ; Cass. Com 31 mai 1988 : *Bull. civ.* IV, n° 180, p. 126, *RTD.com.* 198, 609, obs. DÉRRUPÉ

<sup>28</sup> *Infra.*, n° 68.

<sup>29</sup> Ce caractère alternatif peut se comprendre car, tous les fonds de commerce n'ont pas à la fois un nom et une enseigne commerciale. Il arrive en effet qu'un fonds de commerce n'ait qu'un nom commercial sans avoir une enseigne. En l'espèce, la seule existence de ce nom avec la clientèle suffit à constituer un fonds de commerce, en droit OHADA. Dans l'hypothèse où les deux éléments existent, ils doivent obligatoirement être considérés comme faisant partie du fonds de commerce, avec tout ce que cela implique en cas d'opération sur ce dernier. AUDCG, art. 136.

point aussi, le législateur français ne se prononce pas, mais c'est la jurisprudence qui établit ce principe<sup>30</sup>. Bien que décrié, il a encore la faveur d'une doctrine relativement majoritaire<sup>31</sup>.

**24.** En droit français, c'est la clientèle qui est considérée comme l'élément indispensable du fonds de commerce, son critère d'identification. En réalité, il en est de même en droit OHADA<sup>32</sup>, mais le législateur y pose quand même comme règle que, avec la clientèle, le nom commercial ou l'enseigne sont les éléments nécessaires du fonds de commerce.

**25.** Ainsi, le droit OHADA s'illustre par un relatif effort de précision. Les éléments du fonds de commerce et leur structuration restent globalement les mêmes en droit français et un en droit OHADA. Il n'y a pas de différence aussi en ce qui concerne la nature du fonds de commerce

**26. De la nature du fonds de commerce.** En droit positif français et en droit OHADA, la nature juridique du fonds de commerce est la même. En plus d'être un bien meuble incorporel, le fonds de commerce y est considéré comme une universalité de fait<sup>33</sup>.

**27.** Alors que la position du droit uniforme africain semble tranchée, celle du droit français a bien souvent semblé hésitante entre, d'une part, l'universalité de droit<sup>34</sup> et, d'autre part, l'universalité de fait<sup>35</sup>. Au lendemain de l'adoption de la loi du 17 mars 1909, alors que la question se posait déjà, certains auteurs ont même vu dans le fonds de commerce une

---

<sup>30</sup> Req. 15 février. 1937, S. 1937.1.169, note, Rousseau ; Com., 27 avril 1976, D.IR. 208 ; Com., 31 mai 1988, Bull. civ. IV, n° 180., p. 126.

<sup>31</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial : actes de commerce, fonds de commerce, commerçant, concurrence*, 10<sup>e</sup> édition, Montchrestien, 2010, p. 253, n° 496 ; F. LEFEBVRE, *Droit commercial*, Francis Lefebvre, 2009, p.74, n° 2606 ; B. PETIT, *Droit commercial, op. cit.*, p. 78, n° 136 ; Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *Droit commercial, op. cit.*, p. 342, n° 494 ; G. RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, p. 331, n° 446.

<sup>32</sup> Si le nom et l'enseigne ont un caractère alternatif, ce n'est pas le cas de la clientèle. Elle apparaît ainsi comme un élément invariable. C'est l'élément clé du fonds de commerce, aucune cession n'est valable que lorsque cette dernière est cédée

<sup>33</sup> M. KONÉ, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA : Comparaison avec le droit français, op. cit.*, p.357 et s. ; J. NGUEBOU, *Le droit commercial général dans l'acte uniforme OHADA*, PUA, Yaoundé, 1998, p. 38 ; I. L. MIENDJIEM, « Nantissement », in PG. POUGOUE (*dir*), *Encyclopédie du droit OHADA, op. cit.*, pp. 1149-1175, n° 81 ; L. AYNÈS, note sous Cass.1<sup>ère</sup> civ., 12 novembre 1998, D. 1999.167 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial : actes de commerce, fonds de commerce, commerçant, concurrence, op. cit.*, p. 253, n° 496 ; F. LEFEBVRE, *Droit commercial, op. cit.*, p.74, n° 2606 ; B. PETIT, *Droit commercial, op. cit.* p. 78, n° 136 ; Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *Droit commercial, op. cit.*, p. 342, n° 494.

<sup>34</sup> L'universalité de droit est cette théorie qui consiste à considérer que le fonds de commerce est un patrimoine. Ce patrimoine « d'affectation » comporterait, en plus des éléments du fonds de commerce énumérés par la Loi, les dettes et les créances nées de son exploitation. En résumé, le commerçant (personne physique) aurait deux patrimoines. Le premier serait le patrimoine personnel qui répondrait des dettes personnelles et familiales du commerçant, et le second serait, ce patrimoine d'affectation faisant face aux dettes professionnelles du commerçant. Cf. *infra.*, n° 531 et 497.

<sup>35</sup> Cette dernière désigne un ensemble de biens qui peut être homogène ou pas, et qui, par la volonté de son propriétaire, est traité comme un bien unique. Loin d'être une juxtaposition d'éléments disparates, l'universalité de fait est un bien à part entière, susceptible de faire l'objet de diverses opérations juridiques. Cf. R. GARY, « Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit », Thèse, Bordeaux, 1931. Aussi l'universalité de fait se caractérise-t-elle par la fongibilité de ses éléments constitutifs. Ces derniers peuvent être remplacés ou augmentés. C'est le cas par exemple des stocks qui se renouvellent. Cf. *infra.*, n° 517.

universalité *sui generis*<sup>36</sup>. Cette position eut, par ailleurs, un écho resté très relatif en jurisprudence<sup>37</sup>.

**28.** Finalement, le fonds de commerce reste majoritairement considéré comme étant une universalité de fait, un bien meuble incorporel, en droit français et en droit OHADA.

## **C : Le terme « OHADA »**

**29.** La mondialisation économique conduit des États à s'unir pour être plus compétitifs sur le plan international. Ces unions économiques, et presque toujours politiques, aboutissent au rapprochement des législations des États concernés. L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires s'inscrit dans cette logique. Avant l'OHADA, il y a eu des initiatives de rapprochement. Ce fut le cas de l'OCAM ou encore du BAMREL<sup>38</sup>. Le droit de l'OHADA, dont le rapprochement sera fait avec le droit français dans cette étude, est le résultat d'un effort d'unification des législations commerciales d'anciennes colonies françaises d'Afrique.

**30. L'OHADA, une organisation interétatique.** L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) est un regroupement d'États africains, majoritairement francophones<sup>39</sup>. Le terme OHADA sert à désigner, en plus de cette organisation, le traité international qui en est l'acte fondateur<sup>40</sup>. L'OHADA est une organisation interétatique dotée de la personnalité juridique internationale<sup>41</sup>. Elle légifère sur le droit des affaires pour, entre autres, créer une sécurité juridique et judiciaire propices à son environnement des affaires<sup>42</sup>. Pour cela, elle crée des règles appelées *actes uniformes*, applicables dans tous les États signataires du traité.

---

<sup>36</sup> L. FIALON, « Du nantissement des fonds de commerce », Thèse, Bordeaux, 1909, p. 7 et 8.

<sup>37</sup> Trib. com. Saint-Etienne 4 septembre 1925, *D.* 1929, 2<sup>e</sup> partie, p. 33, note L. MAZEAUD.

<sup>38</sup> L'OCAM : c'était l'organisation commune africaine et mauricienne, créée par une convention du 5 juillet 1975. Le BAMREL quant à lui désignait le bureau africain et mauricien de recherches et d'études législatives. Il s'agissait d'organisations sous-régionales ayant pour but de rapprocher voire d'uniformiser les droits des pays africains. Il y en a eu d'autres. A. PEDROS SANTOS et J. YADO TOE, *Droit commercial général*, Bruylant, 2002, p. 31, n° 53.

<sup>39</sup> Ces États sont : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée-Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad, le Togo.

<sup>40</sup> Traité signé le 17 octobre 1993 à PORT-LOUIS, en Ile Maurice

<sup>41</sup> OHADA, *Le nouveau droit des affaires en Afrique*, pcw, p. 13

<sup>42</sup> K. MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », LPA, 13 octobre 2004, n° 205, p. 4-7 ; F. ONANA ETOUNDI, « La sécurisation judiciaire de l'investissement en Afrique : à propos du rôle joué par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA », *Actualités juridiques*, n° 53, 2007, p. 3 ; F. ANOUKAHA et A-D. TJOUEN, *Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en droit OHADA*, Coll. DU, PUA, Yaoundé, 1999, p. 4 ; K.S. MENSAH ATTOH, « L'Afrique et la cyberjustice », rev. ERSUMA, mars 2014 ; R. MASAMBA, P-G. POUGOUE, « Attractivité économique du droit OHADA », in PG. POUGOUE (*dir.*), *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., pp. 376-399.

**31. Le droit OHADA** est formé de l'ensemble des actes uniformes. Ceux-ci s'apparentent aux règlements européens. Concrètement, il s'agit d'un ensemble de règles de droit directement applicables dans tous les États signataires du traité instituant l'OHADA comme organisation inter États<sup>43</sup>. Les États africains concernés ont donc laissé la loi de 1909 pour un droit uniformisé qui leur est propre. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1998, le droit positif du fonds de commerce dans l'espace OHADA est essentiellement prévu par son acte uniforme relatif au droit commercial général. Cet acte uniforme a été modifié le 14 décembre 2010. En sorte que le régime du fonds de commerce qui était prévu aux articles 103 à 136 de l'acte uniforme originel sur le droit commercial général, est dorénavant présent aux articles 135 à 168 de l'acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général.

**32.** Ainsi défini, le droit OHADA fera l'objet d'un rapprochement avec le droit français dans le cadre de la présente étude qu'il convient maintenant de situer dans son contexte avant d'en décliner les objectifs.

## **II : Contexte et objectifs de l'étude**

**33. Contexte de l'étude.** La présente étude intervient dans un contexte où la conception de la notion de fonds de commerce apparaît peu en phase avec la réalité de la vie des affaires<sup>44</sup>. Elle ne cadre plus, à bien d'égards, avec les aspirations des professionnels<sup>45</sup>. Ce contexte est marqué, entre autres, par une mutation du droit commercial vers un droit des activités économique. À l'opposé de cette mutation, on constate malheureusement un immobilisme de la conception traditionnelle de la notion de fonds de commerce.

**34. Le dépassement du droit commercial.** Le contexte de cette étude est marqué par une mutation du droit commercial vers le droit des activités économiques<sup>46</sup>. Le critère d'application de ce droit commercial ne semble plus être celui de l'acte de commerce, mais plutôt celui de l'activité économique<sup>47</sup>. Ainsi, par exemple, s'inspirant du fonds de commerce, le droit français a créé le fonds artisanal, le fonds agricole et le fonds libéral<sup>48</sup>. Pour le nantissement de ces

---

<sup>43</sup> OHADA, *Le nouveau droit des affaires en Afrique*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>44</sup> J. DÉRRUPÉ, « L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale », *op. cit.*, p. 586.

<sup>45</sup> F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, *op. cit.*, p. 40, n° 31.

<sup>46</sup> J. PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA, un droit très important et original », *JCP E*, n° 5, 2004, p. 3 ; R. FOCHE et V. OUAFO BEPYASSI, « Le droit de l'HOADA : Un capital vital pour le redressement de l'économie africaine », in J. GATSI (*dir*), *L'effectivité du droit OHADA*, PUA, 2006, p. 49.

<sup>47</sup> K. MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA, Petite affiches, n° 205, 13 octobre 2004, p. 4 ; C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967. 215 ; M. CABRILLAC, « Vers la disparition du droit commercial », *Études foyer*, p. 329 ; F-C. JEANTET, « Aspect du droit économique », *Mélanges Hamel*, p. 33.

<sup>48</sup> Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat ; art. 22 ; X. DELPECH, *Le fonds de commerce : Achat-Vente-Exploitation-Gérance-Évaluation-EIRL*, Delmas, 2011,

fonds, comme pour bien d'autres opérations, ce sont les règles du nantissement du fonds de commerce qui ont été reprises. Pour sa part, le droit OHADA a institué « l'entrepreneur » qui, par ailleurs, bénéficie de quelques règles applicables au commerçant<sup>49</sup>. Le droit OHADA a aussi consacré la mutation du bail commercial en bail professionnel, observable en France et dans l'espace OHADA<sup>50</sup>.

En somme, le fonds de commerce a servi de modèle pour ces fonds civils. Il s'est par ailleurs dématérialisé<sup>51</sup>. Aussi, le bail commercial a vu son application s'étendre aux professionnels non-commerçants. Ces quelques exemples montrent qu'actuellement, les enjeux de l'encadrement juridique du fonds de commerce dépassent la sphère commerciale. Cette évolution accroît l'exigence de compétitivité du droit. En d'autres termes, le droit français et le droit OHADA ont pour défi d'assurer aux acteurs économiques un environnement juridique attractif, qui incite à l'entrepreneuriat. Or, les principes et les règles qui encadrent le fonds de commerce n'ont pas suffisamment évolué.

**35. L'obsolescence de la conception du fonds de commerce.** De nombreux éléments mobiliers importants en sont encore exclus. D'autres éléments, en principe admis, peuvent se retrouver eux-aussi écartés de l'assiette du fonds de commerce. Il en est ainsi de certains meubles que la théorie de l'immobilisation par destination transforme en immeubles, puisque les immeubles

---

p. 40, n° 03.30 ; C. rur., art. L. 311-3 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 7 novembre 2000, *Bull. civ. I*, n° 273, p. 183 ; L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé, op. cit.*, pp. 60-113.

<sup>49</sup> AUDCG-REVI, art. 30 : « L'entrepreneur est un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole » ; cf. D. TRICOT, « Statut du commerçant et de l'entrepreneur », *Dr. et patr.*, n° 201, mars 2011 ; E. SANGO KABONGA, « Les entités économiques en droit OHADA », *Ohadata*, D-17-02, pp. 5-6 ; L. YONDO BLACK, « Les enjeux de la réforme : une volonté de favoriser la création d'entreprise, les échanges commerciaux et la confiance dans la zone OHADA », *Dr. et patr.*, mars 2011, n° 201 ; S. KUATE TAMEGHE, « Entrepreneur », in P-G. POUGOUE (*dir.*), *Encyclopédie du droit OHADA, op. cit.*, p.775 et s. ; *Infra.*, n° 1017.

<sup>50</sup> AUDCG-REVI, art. 103, et s. ; I. NDAM, « Du bail commercial au bail à usage professionnel », *op. cit.*, pp. 466-507 ; J. WAMBO, « Bail commercial et domaine public en droit OHADA : étude de jurisprudence », *Revue de l'ERSUMA* n° 2, mars 2013, p. 339 ; A. FOKO, « Bail commercial/bail à usage professionnel », in P-G POUGOUE (*dir.*), *Encyclopédie du droit OHADA, op. cit.*, pp. 400-439 ; Sur l'extension de l'application du bail commercial à des professionnels non commerçants, en France, cf. S. DUPLAN MIELLET, « Baux commerciaux », *Defrénois*, 2000, 37171 ; B. SAINTOURENS, « Le bail commercial des non commerçant » *Étude DERRUPÉ*, Paris, 1991, p. 9 ; M. PEDAMON, « Loi du 20 juillet 1983, extension du statut des baux commerciaux aux coopératives de crédit », *RTD com.*, 1984, p. 69.

<sup>51</sup> O. SAVARY et E. DUBUISSON, « Un site internet est-il un fonds de commerce ? », *Lamy droit*, avril 2009, n° 37 ; S. BAERT, « Un site internet est-il un fonds de commerce ? », [www.legalnews.fr](http://www.legalnews.fr), 29 avril 2009 ; J. DIFFO TCHUNKAM, *op. cit.*, p. 206, n° 388 ; O. SEIDOWSKY, « Le fonds de commerce numérique », thèse, Paris II, 2006, Ronéo ; A. RONZANO, « Clientèle et fonds de commerce sur l'internet », in Y. CHAPUT (*dir.*), *La clientèle appropriée, fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique*, Litec, 2004, p. 187 ; T. VERBIEST et M. LE BORNE, « Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ? », *Gaz. Pal.*, 2002 ; O. ITEANU, « Les contrats du commerce électronique », in *Aspects juridiques du commerce électronique, Dr. et patr.* 1997, 52, p. 54 ; P. STOFFEL-MUNK et G. DECOCQ, « L'avènement du fonds de commerce électronique », *Gaz. Pal.*, 4 juin 2009, n° 155, p. 52 ; A. MENDOZA-CAMINADE, « La notion de fonds de commerce à l'épreuve de l'Internet : faut-il admettre le fonds de commerce électronique ? », in *Mélange en l'honneur de PH. LE TOURNEAU, Libre droit*, Dalloz, 2008.

aussi n'entrent pas dans la composition du fonds de commerce<sup>52</sup>. Il en va de même d'autres éléments, souvent déterminants, comme les monopoles d'exploitation, qui sont ignorés à l'occasion de certaines opérations. Pourtant, les raisons de cette mise à l'écart sont aujourd'hui, pour beaucoup d'entre elles, dépassées. Celles qui résistent, non sans peine, sont de plus en plus surmontables. Cette réflexion devrait permettre d'y apporter des solutions ; encore faut-il déjà en détailler clairement les objectifs.

**36. Objectifs de l'étude.** Le but général de la présente étude est de rénover la notion de fonds de fonds de commerce, afin qu'elle soit en cohérence avec la réalité de la vie des affaires, en France et dans l'espace OHADA. Plus exactement, il faudrait lier de sort du fonds de commerce et celui des biens immobiliers nécessaires à son exploitation. Cette réflexion devrait aussi permettre d'inclure dans le fonds de commerce tous les éléments mobiliers concourant à son exploitation, et qui lui donne une valeur véritable.

**37.** Par ailleurs, la présente étude a aussi pour objectif d'apporter une protection au commerçant face au risque de ruine personnelle et familiale, en cas d'échec professionnel. Car, la nature actuelle du fonds de commerce, en plus d'être la cause de l'exclusion de certaines valeurs importantes, expose le commerçant à ce risque.

**38.** Aussi, les objectifs assignés à cette étude intéressent non pas seulement des commerçants, mais plus généralement des personnes physiques qui exercent des activités économiques de façon indépendante. L'atteinte de ces objectifs passe par une réponse claire à la problématique de cette étude.

### **III : Problématique et réponse provisoire**

**39.** La sujet de la crise du fonds de commerce en droit positif soulève une série de questions : en quoi consiste cette crise ? Quelles en sont les causes ? Quelles sont les solutions envisageables pour y remédier ?

**40.** La désunion de la notion de fonds de commerce constitue la principale manifestation de sa crise, en droit français et en droit OHADA. Les causes majeures en sont, d'une part, les insuffisances de la composition actuelle du fonds de commerce et, d'autre part, sa nature originelle d'universalité de fait et de meuble.

**41.** Il serait judicieux de redonner au fonds de commerce, ou de lui consacrer, une unité. Cela passe par une reconsidération de sa composition actuellement insuffisante. Il faudrait aussi faire évoluer sa nature juridique, afin que le fonds de commerce devienne une universalité de droit.

---

<sup>52</sup> *Infra.*, n° 302-314.

Il s'agit de proposer plusieurs pistes pour remédier à la crise actuelle du fonds de commerce. Ainsi, cette étude ne manque pas d'intérêt.

## IV : Intérêt du sujet

**42. Intérêts pratiques. Amélioration de l'accès au crédit pour le commerçant.** D'abord, en faisant évoluer la composition actuelle du fonds de commerce, cette étude devrait conduire à une revalorisation de l'assiette des garanties sur ce fonds, notamment celle du nantissement<sup>53</sup> qui est l'une des deux principales opérations pour lesquelles le législateur français de 1909 a consacré la notion de fonds de commerce<sup>54</sup>. Le commerçant offrirait ainsi, avec son fonds, une garantie renforcée à ses créanciers<sup>55</sup>. Dès lors, le fonds de commerce deviendrait un meilleur moyen d'accès au crédit pour le commerçant<sup>56</sup>. Il devrait en être de même pour les autres professionnels qui n'ont pas la qualité de commerçant.

**Revalorisation de l'assiette du nantissement des fonds civils.** Sur ce point, la présente étude est d'autant plus intéressante que l'enjeu de la revalorisation de l'assiette du nantissement concerne aussi des professionnels qui n'ont pas la qualité de commerçant, alors que les règles du nantissement du fonds de commerce s'appliquent à leurs fonds respectifs<sup>57</sup>. Premièrement, pour le nantissement du fonds artisanal, la loi du 5 juillet 1996 renvoie expressément aux règles du nantissement du fonds de commerce. Ainsi, l'article 22 de ce texte dispose : « Le fonds exploité dans l'exercice de l'une des activités professionnelles visées au I de l'article 19, par une personne physique ou morale qui n'a pas la qualité de commerçant, peut faire l'objet de nantissement dans les conditions et sous les formalités prévues par la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerces »<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> S. PIEDELIEVRE, *Droit commercial, Actes de commerce-Commerçants, Fonds de commerce, Concurrence-Consommation*, 1<sup>er</sup> édition, Dalloz, 2017, p. 304, n° 315.

<sup>54</sup> Loi du 17 mars 1909 Relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce. JORF, 19 mars 1909, *op. cit.* ; Sur la définition du nantissement, cf. C. civ., art. 2355 al 1 : « 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 » ; P. COURBE et M. LATINA, *Droit des biens*, 9<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2019, p. 11.

<sup>55</sup> M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, 7<sup>e</sup> édition, Sirey, 2020, p. 3, n° 3.

<sup>56</sup> « [...] l'accès au financement et le développement du crédit étant déterminés par la capacité du débiteur à offrir, sans contrainte, une garantie fiable aux prêteurs, le droit OHADA des sûretés doit édicter des règles de nature à favoriser la confiance indispensable aux activités de crédit, et partant à rendre plus attractif le droit des affaires dans cet espace ». M. BROU KOUAKOU, « Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés et l'accès au crédit dans l'espace OHADA », *Juris ohada* n° 2, p. 3 ; in *ÉTUDE ET DOCUMENTS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS*, « Le fonds de commerce, gage de crédit », Série générale, 1976-1 ; I. L. MIENDJIEM, « Nantissement », *op. cit.*, pp. 1149-1175, n° 81 à 151.

<sup>57</sup> M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 714, n° 1003.

<sup>58</sup> Cf. Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, art. 22 al 2.

Deuxièmement, pour le nantissement du fonds agricole, l'article L.311-3 *in fine* du Code rural renvoie, lui aussi, aux règles du nantissement du fonds de commerce en disposant que : « Ce fonds, qui présente un caractère civil, peut faire l'objet d'un nantissement dans les conditions et selon les formalités prévues par les chapitres II et III du titre IV du livre Ier du Code de commerce »<sup>59</sup>.

**43. Augmentation de la valeur marchande du fonds de commerce.** Ensuite, en enrichissant le fonds de commerce avec tous les éléments qui lui donnent une valeur véritable, comme les monopoles d'exploitation ou les immeubles, celui-ci deviendrait un meilleur outil de production<sup>60</sup>. Ainsi, ayant plus de valeur, le fonds de commerce aurait également une plus grande valeur marchande. Il en va de l'intérêt du commerçant comme de celui de ses créanciers, en cas de vente.

**44. Limitation du risque professionnel.** Aussi, et surtout, par l'évolution de la nature juridique actuelle du fonds de commerce, on devrait aboutir à une nature qui permettrait de limiter la responsabilité du commerçant. En sorte qu'en cas d'échec dans l'exploitation de son fonds, sa ruine professionnelle éventuelle n'entraîne pas, pour lui, une ruine personnelle.

**45. Intérêts théoriques.** La présente étude donne l'occasion d'apprécier les principes qui encadrent le fonds de commerce, et bien d'autres théories, à l'aune de l'évolution actuelle de la société et de la pratique des affaires.

*Une opportunité d'apprécier des concepts et des principes à l'aune de l'évolution de la société.* Qu'il s'agisse, sans être exhaustif, du principe de l'unité du patrimoine, de la théorie du patrimoine d'affection, ou encore de la supériorité traditionnelle de l'immeuble par rapport au meuble que résume l'adage « *res mobilis res vilis* »<sup>61</sup>, la présente étude offre l'occasion d'un réexamen de toutes ces considérations théoriques<sup>62</sup>.

*Rapprochement entre divers domaines du droit.* Cette étude offre l'occasion d'aborder des questions qui ont trait à des domaines variés du droit. Ainsi, l'opportunité est donnée ici de constater que le droit commercial et le droit civil tendent à se fondre dans un ensemble plus vaste, celui du droit des activités économiques. La présente étude permet, de ce point de vu, de

---

<sup>59</sup> C. rur., art. L. 311-3 al 1et 2.

<sup>60</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, p. 534, n° 928.

<sup>61</sup> S. SCHILLER, *Droit des biens*, 9<sup>e</sup> édition, 2019, p. 39, n° 34 ; *infra.*, n° 272.

<sup>62</sup> Sur le dernier exemple, « l'adage *res mobilis res vilis* qui était encore exact au moment de la rédaction du Code civil, est aujourd'hui contraire à la réalité : la catégorie des meubles s'est considérablement accrue, d'une part, par la multiplication des valeurs mobilières, d'autre part, par l'importance des droits intellectuels », F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, *op. cit.*, p. 40, n° 31.

satisfaire à une fonction du droit, celle de concilier divers intérêts<sup>63</sup>. Le moyen d'y parvenir ici est le rapprochement du droit des affaires avec des matières comme le droit des biens, le droit des obligations, ou encore le droit de la personne, entre autres. Ce travail ne peut se faire de manière efficiente qu'en suivant une méthodologie et un plan d'étude qu'il sied de décliner.

## **V : Méthodologie et plan de l'étude**

**46.** Ici, il sera fait usage essentiellement des méthodes exégétique et comparative, ainsi que de l'exploitation de la pratique professionnelle et jurisprudentielle.

**47. Méthode exégétique.** La présente étude s'inspirera de l'exégète pour l'interprétation des textes du droit français et du droit OHADA, afin de cerner, dans une démarche normative, comment le fonds commerce y est appréhendé et encadré.

**48. Méthode comparative.** En général, le droit comparé permet d'apprécier des identités et des différences perceptibles ou dissimulées derrière des définitions savantes. Il offre la possibilité de mesurer leur entendue exacte, leurs causes et leurs effets<sup>64</sup>. Ici, la démarche comparative offre l'opportunité d'examiner les insuffisances ou les limites du fonds de commerce en droit français et en droit OHADA, par un rapprochement de ces deux législations.

**49.** Au demeurant, l'interprétation de la jurisprudence et de la pratique donne l'occasion de voir que, certes, elles ne sont pas étrangères à la conception actuellement décriée du fonds de commerce, mais qu'elles contribuent aussi en atténuer les effets négatifs. S'appuyant sur la doctrine, entre autres, une démarche prospective conduira à entrevoir l'avenir du fonds de commerce à l'aune de l'évolution de ces législations. La combinaison de toutes ces méthodes fonde le plan de cette étude.

### **Plan d'étude**

**50.** Cette étude sera menée en deux temps. Dans un premier temps, il s'agira de démontrer que le fonds de commerce est bel et bien une notion en crise. On constatera ainsi que cette crise résulte de la désunion de cette notion (première partie). Dans un second temps, il conviendra d'envisager des remèdes à ladite crise. Pour cela, il faudra consacrer au fonds de commerce l'unité qui lui fait défaut aujourd'hui (deuxième partie).

---

<sup>63</sup> « *Le droit a pour fonction la conciliation des intérêts antagonistes* », cf. C. BARREAU, « Les dispositifs tendant à limiter le risque entrepreneurial », *Defrénois*, 30 mars 2011, n° 6, p. 529 ; J. PAILLUSSEAU, « Le droit est aussi une science d'organisation », *RTD com.*, 1989, p. 1 à 57.

<sup>64</sup> Y. MARIE LAITIER, *Droit comparé*, Dalloz 2009, p. 15, n° 8.

**PREMIÈRE PARTIE : UNE CRISE RÉSULTANT DE LA DESUNION DE LA NOTION DE FONDS DE COMMERCE.**

**DEUXIÈME PARTIE : LA CONSECRATION DE L'UNITÉ DU FONDS DE COMMERCE.**



# **PREMIÈRE PARTIE : UNE CRISE RÉSULTANT DE LA DÉSUNION DE LA NOTION DE FONDS DE COMMERCE**

**51.** Chaque élément qui compose le fonds de commerce conserve sa nature propre, malgré leur destination commune, qui est l'affectation à une activité économique. Cette unité de destination permet de faire du fonds de commerce une universalité de fait. Mais, le fonds de commerce ne devient pas pour autant une universalité de droit. Car, chaque élément qui le compose conserve son statut juridique propre, et peut être vendu ou donné à gage séparément des autres éléments. C'est ainsi que, en droit français et en droit OHADA, le nantissement du fonds de commerce ne porte que sur les éléments expressément stipulés dans le contrat<sup>65</sup>.

**52.** En outre et surtout, le fonds de commerce n'est pas distinct de la personne de l'exploitant. Il n'a pas d'actif et de passif propre. Ceux-ci demeurent personnels à l'exploitant. Ainsi, la crise du fonds de commerce résulte de sa composition (titre1), qui est, elle-même, liée à sa nature juridique inappropriée (titre2).

## **Titre 1 : Une désunion résultant de la composition du fonds de commerce**

## **Titre 2 : Une désunion résultant de la nature juridique du fonds de commerce**

---

<sup>65</sup> M.BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 712, n° 999 ; C. com., art. L.142-2 : « Sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement du fonds de commerce soumis aux dispositions du présent chapitre comme faisant partie d'un fonds de commerce : 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 intellectuelles qui y sont attachés. Le certificat d'addition postérieur au nantissement qui comprend le brevet auquel il s'applique suit le sort de ce brevet et fait partie, comme lui, du gage constitué. À défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement 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 » ; AUS-REVI, art. 162 : « Le nantissement du fonds de commerce est la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation, les éléments incorporels constitutifs du fonds de commerce à savoir la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial. Le nantissement peut aussi porter sur les autres éléments incorporels du fonds de commerce tels que le droit au bail commercial, les licences d'exploitation, les brevets d'invention, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles et autres droits de la propriété intellectuelle. Il peut également être étendu au matériel professionnel. Cette extension du nantissement doit faire l'objet d'une clause spéciale désignant les éléments engagés et d'une mention particulière au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier. Cette clause n'a d'effet que si la publicité prévue par l'article 160 du présent Acte uniforme a été satisfaite. Le nantissement ne peut porter sur les droits réels immobiliers conférés ou constatés par des baux ou des conventions soumises à inscription au registre de la publicité immobilière. Si le nantissement porte sur un fonds de commerce et ses succursales, celles-ci doivent être désignées par l'indication précise de leur siège ».



# **TITRE 1 : UNE DÉSUNION RÉSULTANT DE LA COMPOSITION DU FONDS DE COMMERCE**

**53.** Seuls certains éléments font nécessairement partie du fonds de commerce. Une place privilégiée leur est accordée au détriment des autres éléments qui, eux, restent de simples éléments facultatifs. Or, dans la réalité des faits, le poids de chaque élément est fonction du type de fonds. Par ailleurs, certains éléments sont purement et simplement exclus du fonds de commerce. La composition du fonds de commerce présente un problème qualitatif lié à ses éléments obligatoires dont le choix ne tient pas compte de variété des fonds. Ce problème est aussi quantitatif dans la mesure où le fonds peut être privé de l'ensemble de ses éléments qui sont censés faire sa valeur véritable, en raison de leur caractère facultatif.

**54.** Ainsi, les éléments admis au sein du fonds de commerce sont insuffisants à assurer son unité (chapitre 1). Au demeurant, telle qu'elle se présente, la composition du fonds de commerce laisse apparaître de nombreuses limites (chapitre2).



# CHAPITRE 1 : L'INSUFFISANCE DES ÉLÉMENTS ENTRANT DANS LA COMPOSITION DU FONDS DE COMMERCE

55. Par éléments entrant dans la composition du fonds de commerce, il faut entendre les biens qui le composent, ses éléments constitutifs<sup>66</sup>. Tous les biens ne sont pas admis au sein du fonds de commerce<sup>67</sup>. Il apparaît donc opportun d'identifier prioritairement ceux qui y sont inclus.

56. En droit français, la composition du fonds de commerce est donnée par l'article L.142-2 du Code de commerce<sup>68</sup>. En droit OHADA, elle est prévue par les articles 136 et 137 de l'acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général<sup>69</sup>. On y trouve des éléments corporels et des éléments incorporels. Certains sont obligatoires tandis que d'autres ne sont que des éléments facultatifs. Cependant, ces éléments obligatoires sont insuffisants à assurer l'unité de la notion de fonds de commerce (section 1), pas plus que les éléments facultatifs (section 2).

## Section 1 : L'insuffisance des éléments obligatoires

57. Les éléments obligatoires du fonds de commerce sont ceux qui y sont nécessairement inclus. En sorte que de nombreuses opérations sur ledit fonds ne sont valables que quand ces éléments existent au sein dudit fonds. Leur liste est très restreinte. *Ils sont le noyau dur, le minimum incompressible du fonds de commerce*<sup>70</sup>. Le droit français retient les mêmes éléments obligatoires que le droit OHADA. Tout au plus ajoute-t-il le droit au bail<sup>71</sup>. Ainsi, on retrouve la clientèle (§1), l'enseigne et le nom commercial (§2).

---

<sup>66</sup> Le bien désigne toute chose susceptible d'appropriation. Or, toutes les choses ne sont pas appropriables. Donc, elles ne sont pas toutes des biens au sens du droit. Il en va ainsi des choses communes dont parle l'article 714 du civil français, c'est-à-dire celles qui, comme l'eau ou l'air, n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ; C'est surtout le cas de la personne humaine comme le rappelle les articles 16 et suivant du Code civil. Cf. J. LEFEBVRE, *Leçons de droits des biens*, Ellipses, 2009, p. 9. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme la notion de bien regroupe : « tous les biens corporels, droits et intérêts constituant des actifs actuels, ainsi que les valeurs et créances patrimoniales en vertu desquelles le sujet de droit peut prétendre avoir au moins une « espérance légitime » et raisonnable d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété », cf. arrêt de la CEDH 30 novembre 2004, ÖNERVILDIZ c/ TURQUIE.

<sup>67</sup> À propos des biens exclus du fonds de commerce, cf. *infra.*, n° 204 et s.

<sup>68</sup> C. com., art. L. 142-2.

<sup>69</sup> AUDCG-REVI, art.136, *op. cit.*; art 137, *op. cit.*

<sup>70</sup> A. FÉNEON et JR GOMEZ, OHADA, *Droit commercial général, commentaires*, FFA, EDICEF 1999, p. 75.

<sup>71</sup> C.com., art. L. 142, al 3.

## §1 : La clientèle

58. La clientèle est, par principe, l'élément le plus important du fonds de commerce. Bien plus qu'une de ses composantes obligatoires parmi tant d'autres, elle est considérée comme son critère d'identification<sup>72</sup>. Cette primauté réservée jusqu'à présent à la clientèle est de plus en plus remise en question. N'étant pas définie par la Loi, la notion de clientèle est diversement présentée. Ainsi, après l'avoir clarifiée(I), il apparaît judicieux de démontrer qu'il s'agit dorénavant d'un critère obsolète du fonds de commerce (II).

### I : Présentation de la notion de clientèle

59. La pluralité des approches souvent suggérées pour présenter la notion de clientèle rend opportune la démarche qui consiste à la définir. Cette définition(A) serait incomplète si elle n'était assortie d'une présentation des principaux caractères que doit revêtir ladite clientèle(B).

#### A : Définition

60. Pour mieux cerner la notion de clientèle, il est intéressant de remonter à son origine (1), car avant d'avoir son contenu juridique actuel, le terme « clientèle » était déjà d'usage dans la société romaine où il avait un autre contenu. La conception de la notion de clientèle en droit positif (2) est donc le résultat d'un long processus.

#### 1 : La notion originelle de clientèle

61. **Un concept civil.** Le terme clientèle vient du latin *clientela* dont la traduction littérale peut renvoyer à la « clientèle »<sup>73</sup>. Il était, pour les romains, beaucoup plus politique que juridique. Il servait ainsi à désigner un ensemble de personnes oisives, obligées, parasites qui, se rendant chaque matin chez leur chef, lui présentaient leurs devoirs qu'on appelait *obsequia*. Ce dernier se rendait à son tour chez des personnes socialement supérieures à lui. Celles qui étaient encore

---

<sup>72</sup> « La clientèle n'est pas un élément du fonds de commerce analogue aux autres. C'est sans nul doute le principal élément du fonds, celui sans lequel il ne saurait exister », D. LEGAIS, *Droit commercial et des affaires*, op. cit., p. 77, n° 152 ; B. SAINTOURENS, *Droit des affaires*, 2<sup>e</sup> édition, Presse universitaire de Grenoble, 2002, p. 128, n° 211 ; Com. 31 mai 1988, *RTD. com.* 1988, p. 609, obs. J. DERRUPÉ ; « La clientèle est un élément abstrait (...). Elle est l'élément clé du fonds de commerce, aucune cession n'est valable que lorsque cette dernière est cédée », cf. TGI OUAGADOUGOU, 12 décembre 2001, n° 984, op. cit., ohada.com ; cf. *supra* n°14 ; M. KONÉ, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, comparaisons avec le droit français*, op. cit., p. 357 et s.

<sup>73</sup> H. BARBIER et J. HEINICH, « Clientèle », Dalloz, janvier, 2016.

au-dessus d'elles en faisaient autant pour leurs supérieurs jusqu'à l'empereur. Ce dernier était le seul de cette sorte de hiérarchie à n'être le *client* de personne<sup>74</sup>.

**62.** Le mot client, lui-même, venait du verbe *clueo* qui signifie entendre<sup>75</sup>. Selon cette acception, le client est celui qui écoute, ou qui obéit. Dans la Rome antique, le client désigne, *lato sensu*, un plébéien, c'est-à-dire une personne appartenant à la classe populaire. Celui-ci se plaçait sous la protection d'un citoyen de classe supérieure<sup>76</sup>.

**63.** Schématiquement, être le client d'une personne signifiait être protégé par cette personne. Et cette protection s'étendait jusqu'à la défense devant des juridictions. Elle était gratuite à la base, puis elle est devenue rémunérée au moyen de l'honoraire<sup>77</sup>. Ainsi, avant de prendre la dimension commerciale et économique qui est la sienne actuellement, le terme clientèle a d'abord été civil<sup>78</sup>.

**64. Extension de la notion au droit commercial.** C'est précisément dans une loi du 28 février 1872 que la notion de clientèle est mentionnée pour la première fois par une norme juridique<sup>79</sup>. La notion sera reprise par le droit OHADA qui, pour sa part, ne retient pas celle d'achalandage généralement citée avec la clientèle. Considérée comme son élément le plus important, notamment depuis l'arrêt du 15 février 1937<sup>80</sup>, la clientèle est, en droit français, le critère du fonds de commerce.

**65.** Le législateur de l'OHADA, tout en écartant l'achalandage, reprend cette notion de clientèle et l'érige, lui-aussi, en critère du fonds<sup>81</sup>. Toutefois, comme le législateur français, il ne la définit pas. Cela entraîne une diversité d'approches qui exige une clarification de cette notion en droit positif.

---

<sup>74</sup> P. DIDIER, « Réflexion prospective : au-delà du fonds de commerce », in *La clientèle appropriée : fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique*, Litec, 2004, p. 259, n° 427.

<sup>75</sup> H. BARBIER et J. HEINICH, *op. cit.*

<sup>76</sup> F. ANDRÉ, « De la patrimonialisation à la commercialisation des clientèles civiles et des professions libérales », *RTD.com.*, 1995.556.

<sup>77</sup> A. BERNARD, « La rémunération des professions libérales en droit romain », thèse, Paris, 1935.

<sup>78</sup> A. FOKO : « Contribution à une étude juridique de la clientèle (À propos de l'avenir de la notion) », *Revue internationale de droit africain*, EDJA, 2009, n° 82, p. 1.

<sup>79</sup> H. BARBIER et J. HEINICH, *op. cit.*

<sup>80</sup> Cass req., 15 février 1937, *DP.*, 1938,1,13, note CORDONNIER ; S., 1937,1,169, note ROUSSEAU.

<sup>81</sup> « La clientèle est un élément abstrait. Sa cession n'est possible que lorsque le cédant s'abstient de poser des actes tendant à la détourner. Elle est l'élément clé du fonds de commerce, aucune cession n'est valable que lorsque cette dernière est cédée ». TGI OUAGADOUGOU 12 Déc 2001, n° 984, Cf. [ohada.com](http://ohada.com).

## 2 : La notion de clientèle en droit positif

66. Le mot de clientèle sert aujourd'hui à désigner un ensemble de personnes qui, en raison des compétences et du savoir-faire d'un professionnel, entretiennent avec lui une relation d'affaire.

67. Le droit positif voit dans la clientèle tantôt un ensemble de personnes, tantôt la réification de la valeur économique d'une relation entre un professionnel et une personne qui bénéficie de ses services<sup>82</sup>.

68. **Clientèle et achalandage.** Quand on parle de la clientèle, généralement on évoque aussi la notion d'achalandage que le droit OHADA a évincé de ses actes uniformes relatifs au commercial général<sup>83</sup>. La différence traditionnellement établie entre ces deux notions consiste dans le fait que la clientèle serait formée par les véritables clients attirés par la confiance que leur inspire le commerçant, d'une part. Et, l'achalandage serait formé par les chalands, (c'est-à-dire des clients de passage) attirés, eux, par la localisation géographique du commerce, d'autre part<sup>84</sup>. Toutefois, la clientèle *lato sensu* inclut l'achalandage, et le droit positif n'attache aucune incidence pratique à la distinction ci-dessus<sup>85</sup>. On ne peut parler aujourd'hui de clientèle, au sens juridique, si certaines qualités ne sont pas réunies.

## B : Les caractères de la clientèle

69. Pour être valablement constituée, la clientèle doit revêtir certains caractères ou « qualités »<sup>86</sup>. Ainsi, elle doit être réelle et certaine (1). Aussi doit-elle être personnelle et licite (2).

---

<sup>82</sup> Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *op. cit.*, p.314 n° 491 ; B. PETIT *op. cit.*, p. 77, n° 134 ; J. NGUEBOU, *Le droit commercial général dans l'acte uniforme OHADA*, PUA 1998, p. 40 ; CA BOBODIOULASSO, 14 mai 2003 n° 68, cf. [ohada.com](http://ohada.com) ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 77-78 ; G. CORNU (*dir.*), *Vocabulaire juridique de l'association HENRY CAPITANT*, 8<sup>e</sup> édition, PUF 2000, V° Clientèle, p. 152.

<sup>83</sup> Cf. C. com., art. L. 145-5.

<sup>84</sup> M. PEDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial : commerçant et fonds de commerce ; Concurrence et Contrats de commerce*, 4<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2015, p. 230, n° 264 ; A. FOKO, « fonds de commerce », *op. cit.*, p. 809, n° 10 ; J. DERRUPÉ, « La distinction de la clientèle et de l'achalandage », *in Étude offertes à JEAN SAVATIERS*, PUF, 1992 ; O. BARRET, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001, n° 12.

<sup>85</sup> Com. 30 mai 1988, *Bull. civ. IV*, n° 180, p. 126 ; *RTD.com.* 1988.609, obs. J. DÉRRUPÉ ; Y. SERRA, « La clientèle », *Dr. et pat.*, juillet-août 1996, p. 65 ; P. DIDIER et PH. DIDIER, *Droit commercial*, t. I, Economica 2005, p. 33, n° 349 ; N. DISSAUX, « Fonds de commerce », *Jurisque*, fasc. 201, n° 17.

<sup>86</sup> M. PEDAMON et H. KENFACK, *op. cit.*, p. 233, n° 267.

## **1 : Une clientèle « réelle et certaine »**

**70.** En droit positif, la clientèle doit être « réelle et certaine ». Cela veut dire qu'une clientèle qui n'est que potentielle n'en est pas une, au sens juridique. La clientèle ne doit donc pas être simplement hypothétique. Car, la doctrine et la jurisprudence s'accordent sur le fait que la réalité de la clientèle conditionne l'apparition du fonds de commerce, et que ce fonds cesse d'exister dès que cette condition n'est plus remplie<sup>87</sup>. Autrement dit, le fonds de commerce apparaît dès le premier signe d'exploitation, c'est-à-dire au moment du premier échange entre le professionnel, commerçant, et un client.

**71. Tempérament jurisprudentiel.** Cette règle est cependant atténuée par la jurisprudence. En effet, lorsque l'établissement commercial constitue un point de passage obligé pour la clientèle et bénéficie auprès de celle-ci d'une renommée qui ne souffre d'aucune contestation, le principe ci-dessus posé trouve une limite<sup>88</sup>. Certains fonds jouissent dès leur ouverture d'une clientèle réelle et certaine, sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait un premier échange avec un client. Cette règle a été dégagée à l'occasion d'un conflit entre des compagnies pétrolières et des stations-service. En substance, l'enjeu résidait dans l'attribution du bail commercial, laquelle attribution était conditionnée par le fait d'être « propriétaire » de la clientèle. En d'autres termes, il fallait déterminer si, au lieu d'appartenir à la compagnie pétrolière, la clientèle était celle des stations-service afin de savoir si la propriété du fonds pouvait être reconnue à ces stations-service. L'enjeu était celui-ci : une fois reconnue titulaire d'une clientèle et, *ipso facto*, propriétaire d'un fonds, les stations-service pouvaient prétendre au bénéfice du régime protecteur du bail commercial.

**72.** La jurisprudence, se fondant sur leur notoriété, a plutôt donné raison aux compagnies pétrolières<sup>89</sup>. C'est cette position jurisprudentielle qui vient nuancer le caractère « réel et certain » précédemment exposé de la clientèle.

**73. La position de la jurisprudence OHADA.** Dans la détermination du caractère *réel et certain* de la clientèle, la jurisprudence française devance celle du droit OHADA. M. KONÉ propose de s'en tenir à la jurisprudence antérieure à l'OHADA de chaque État. Il affirme : « L'acte uniforme ne prend pas position sur cette question. Sans doute chaque État

---

<sup>87</sup> B. PETIT, *op. cit.*, p. 77, n° 134 ; Cass. Com., 27 février 1973, esp., D. 1974,283, note J. DÉRRUPÉ ; D. LEGEAIS affirme ceci : « La création d'un fonds de ne peut précéder l'apparition de la clientèle. Inversement, un fonds de commerce ne saurait survivre à la disparition de la clientèle », D. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 78, n° 153.

<sup>88</sup> Cass.com, 1er février 1973, *Bull. civ IV*, n° 52, p. 43.

<sup>89</sup> Cass.com 7 février 1973, 2<sup>e</sup> esp., préc. -Rappor. Cass com., 1er février 1984, préc.

devra-t-il s'en tenir à sa jurisprudence antérieure »<sup>90</sup>. Pour sa part, A. FOKO pense qu'il faudrait pencher en faveur de la solution adoptée par la jurisprudence française. Selon lui : « Elle semble mieux indiquée et de nature à permettre de résoudre avec efficacité les difficultés pouvant se soulever... »<sup>91</sup>.

**74.** Au reste, il convient de noter aussi que le fonds de commerce disparaît avec la cession d'activité qui est matérialisée par la disparition de la clientèle. Néanmoins, une fermeture temporaire ne fait pas disparaître la clientèle. Par conséquent, le fonds de commerce survit à cette fermeture temporaire<sup>92</sup>. Pour qu'une clientèle soit valablement constituée, elle doit aussi être personnelle et licite.

## **2 : Une clientèle personnelle et licite**

**75. Le caractère personnel de la clientèle.** La clientèle doit aussi être personnelle au commerçant<sup>93</sup>. Ce n'est pas le cas lorsque l'exploitation est dépendante d'une autre qui est, en réalité, seule titulaire de la clientèle. En l'espèce, le commerçant exploite une clientèle qui ne lui appartient pas. La clientèle doit être rattachée personnellement à l'exploitant. Pour établir la dépendance ici en question, il faut une appréciation *in concreto*. Cette dépendance peut être matérielle ou juridique.

**76. Le rejet d'une clientèle dépendante matériellement et juridiquement.** D'une part, la dépendance est matérielle quand l'activité d'un établissement est exercée dans l'enceinte d'un autre établissement. Il en va ainsi de la poissonnerie exploitée dans l'enceinte d'une grande surface ou de la buvette d'un hippodrome. D'autre part, la dépendance est juridique quand elle est organisée par un accord de distribution intégrée. Ici, la jurisprudence estime par exemple que le concessionnaire ou le franchisé ne fait qu'exploiter la clientèle de son fournisseur. Cela n'est pas sans conséquence. À la différence du fournisseur (fabricant ou franchiseur) le distributeur (concessionnaire ou franchisé), ne pouvant se prévaloir d'une clientèle, n'est pas propriétaire du fonds de commerce et est alors privé du bénéfice du bail commercial<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> M. KONÉ, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA : Comparaison avec le droit français*, *op. cit.*, p. 361, n° 607.

<sup>91</sup> A. FOKO « fonds de commerce », *op. cit.*, p. 814, n° 32.

<sup>92</sup> Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *op. cit.*, p. 343, n° 494 ; B. SAINTOURENS, *Droit des affaires*, *op. cit.*, p. 130, n° 213.

<sup>93</sup> Cass com., 23 mars 1981 : *RTD. com.*, 1981, 717.

<sup>94</sup> Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *op. cit.*, p. 343-345, n° 495-497 ; D. HOUTCIEFF, *Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, contrats commerciaux, concurrence, instrument de paiement et de crédit*, *op. cit.*, p. 249, n° 506.

**77. Le cas particulier de la franchise.** La Cour de cassation reconnaît au franchisé sinon une clientèle nationale, du moins une clientèle « locale », attachée aux moyens que ce dernier met en œuvre personnellement, à ses risques et périls. C'est du reste ce qui ressort de l'arrêt dit Trévisan c/Basquet, rendu le 27 mars 2002<sup>95</sup>.

**78. Confirmation du droit OHADA.** Le droit français et le droit OHADA ne se contredisent pas sur la question des caractères de la clientèle. Concernant particulièrement le caractère personnel, dans une décision rendue le 14 mai 2003, la Cour d'appel de Bobo-Dioulasso soutient que la clientèle doit être propre et personnelle au commerçant<sup>96</sup>. Son exigence de licéité paraît, quant à elle, aller de soi.

**79. La licéité de la clientèle.** Le caractère licite permet, par exemple, qu'une maison de jeu non autorisée ne puisse pas donner naissance à un fonds de commerce. Il en va de même d'un débit de boissons ouvert irrégulièrement. Ainsi, ce critère impose que l'activité exercée dans le cadre du fonds de commerce soit autorisée par la loi.<sup>97</sup>

**80.** En définitive, le droit OHADA et le droit français ne s'opposent pas sur les caractères que doit revêtir la clientèle. Par ailleurs, l'importance traditionnellement accordée à la clientèle parmi les éléments du fonds de commerce est autant problématique dans ces deux législations. La clientèle s'y avère actuellement un critère obsolète du fonds de commerce.

## **II : L'obsolescence de la clientèle comme critère du fonds de commerce**

**81.** Comme le droit français, le droit OHADA reconnaît la place de choix qu'occupe la clientèle au sein du fonds de commerce<sup>98</sup>. En l'état de ces deux législations, elle ne peut pas être absente de l'assiette dudit fonds, car elle est considérée comme son élément le plus important<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ. 27 mars 2002, TRÉVISAN c/BASQUET, BRDA juillet 2002, p. 9 ; D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 251, n<sup>o</sup> 507.

<sup>96</sup> CA Bobo-Dioulasso, 14 mai 2003, n<sup>o</sup> 68, *op. cit.* ; A. FOKO, « Fonds de commerce », *op. cit.*, p. 813, n<sup>o</sup> 31.

<sup>97</sup> M. PEDAMON et H. KENFACK, *op. cit.*, p. 236, n<sup>o</sup> 269 ; A. FOKO, *ibidem* ; Com. 1<sup>er</sup> f février 1973, *Bull. civ. IV*, n<sup>o</sup> 52, p. 13 ; *RTD. com.* 1984.655, note. DERRUPÉ ; Rep. Defrénois 1985, 1378, note. J. HONORAT ; Civ. 3 mai 1978, *RTD. civ.*, 1978-559, note. DERRUPÉ.

<sup>98</sup> TGI Ouagadougou 12 Déc 2001 n<sup>o</sup> 984 « La clientèle est un élément abstrait. Sa cession n'est possible que lorsque le cédant s'abstient de poser des actes tendant à la détourner. Elle est l'élément clé du fonds de commerce, aucune cession n'est valable que lorsque cette dernière est cédée », cf. [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

<sup>99</sup> En droit OHADA, la notion de « fonds commercial » a disparu de l'acte uniforme avec la révision de 2010. Sous cette appellation, le législateur OHADA regroupait les éléments obligatoirement inclus dans le fonds de commerce. Il s'agissait déjà de la clientèle, du nom et/ou de l'enseigne. Le terme « obligatoirement » a été remplacé par celui de « nécessairement ». Mais la conséquence est la même : sans la clientèle, l'enseigne et, ou le nom commercial, il n'y a pas de fonds de commerce, en droit OHADA.

Cependant, cette position commune du droit français et du droit OHADA ne résiste pas à l'évolution de la réalité économique. La clientèle se révèle comme un critère insuffisant(A). Au demeurant, il s'agit d'un critère complexe et suranné(B).

## **A : Un critère insuffisant**

**82.** Le fonds de commerce n'apparaît en réalité que par l'addition à la clientèle d'un ou de plusieurs autres éléments<sup>100</sup>. À elle seule, la clientèle ne représente pas la richesse véritable du fonds de commerce (1), et sa place parmi les éléments dudit fonds est, elle-même, discutable et discutée (2).

### **1 : La relativité de l'importance de la clientèle**

**83. La clientèle, un élément tributaire des autres composantes du fonds de commerce.** Le fonds de commerce se compose de plusieurs éléments. D'autres éléments peuvent encore et devraient même l'intégrer, puisque sa composition légale n'est qu'indicative. En effet, en droit français et en droit OHADA la liste des éléments du fonds de commerce n'est pas exhaustive<sup>101</sup>. Il y a une interdépendance entre tous ces éléments. Ainsi, on ne saurait réduire le fonds de commerce à la clientèle, en omettant ses éléments de rattachement<sup>102</sup>. Il prévaut donc au sein du fonds, une coexistence d'éléments constitutifs dont la mise en œuvre permet le ralliement et la conservation de la clientèle<sup>103</sup>. En rappelant que la cession du fonds porte « nécessairement » sur plusieurs éléments, selon les articles 148 et 136<sup>104</sup> de l'acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général, le droit OHADA ne réduit pas le fonds de commerce à la seule clientèle<sup>105</sup>.

---

<sup>100</sup> B. PETIT, *Droit commercial, op. cit.*, p. 78, n° 136.

<sup>101</sup> D. TRICOT, « Bail à usage professionnel et fonds de commerce », *op. cit.* p. 72 ; « Les éléments du fonds de commerce ne sont pas exhaustivement énumérés par la loi », D. HOUTCIEFF, *Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, contrats commerciaux, concurrence, instrument de paiement et de crédit, op. cit.*, p. 245, n° 499 ; Cf. supra n° 18 et 20.

<sup>102</sup> P. COLLOMB, « la clientèle du fonds de commerce », *RTD com.* 1979, p. 23 ; L. MAZEAUD et E. DU PONTAVICE, *Exercices de droit commercial*, Montchrestien 1986, p. 103 et s.

<sup>103</sup> S. PIEDELIEVRE, *Droit commercial, Actes de commerce-Commerçants, Fonds de commerce, Concurrence-Consommation, op. cit.*, p. 210, n° 216.

<sup>104</sup> AUDCG-REVI, art. 148 : « La cession du fonds de commerce porte nécessairement sur les éléments énumérés à l'article 136 du présent Acte uniforme. En l'absence de cession simultanée des éléments précités, la cession d'autres éléments, tels ceux énumérés à l'article 137 ci-dessus, demeure possible mais n'emporte pas cession du fonds de commerce, quelles que soient les dispositions convenues dans l'acte constatant la cession. » ; AUDCG-REVI, art. 136 : « Le fonds de commerce comprend nécessairement la clientèle et l'enseigne ou la clientèle et le nom commercial, sans préjudice du cumul de la clientèle avec l'enseigne et le nom commercial. ».

<sup>105</sup> B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS et S. THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec 200, p. 188, n° 344.

**84. La clientèle, source de sous-évaluation de la valeur réelle du fonds de commerce.**

S'agissant du rôle de critère dévolu à la clientèle, on se rend compte que ce critère entraîne une sous-estimation de la valeur réelle du fonds de commerce. En effet, la richesse du fonds de commerce ne saurait être réduite au montant des ventes réalisées ou réalisables. Même s'il est édifiant, ce montant entre dans un ensemble plus vaste d'éléments qui font la valeur véritable du fonds de commerce.

**85.** Ainsi, même avec un chiffre d'affaires faible, certains de ces fonds de commerce peuvent avoir une grande valeur marchande. En l'espèce, on tient compte non pas seulement de la clientèle, mais aussi de bien d'autres aspects du fonds comme : la qualité des équipements, la qualité des produits proposés, la logistique ou l'agencement de ces équipements. La clientèle apparaît ainsi comme un critère réducteur et limité, du fait de la non prise en compte de la valeur générale du fonds<sup>106</sup>.

**86. La dépendance du fonds de commerce aux éléments immobiliers.** La particularité de certains fonds est telle, que si les locaux dans lesquels ils sont exploités disparaissent, indépendamment de la survie d'une clientèle, ces fonds risquent de disparaître eux-aussi. Il en va ainsi des immeubles spécialement aménagés<sup>107</sup>. La survie du fonds peut dépendre du bail qui permet son exploitation dans un local, ou de sa localisation<sup>108</sup>.

**87. Dépendance à l'égard de l'enseigne.** Même dans le petit commerce ou commerce de détail, des éléments, autres que la clientèle, sont souvent déterminants pour l'exploitation commerciale. Il en va ainsi, en plus du bail commercial, de l'enseigne commerciale<sup>109</sup>. La jurisprudence s'est déjà aussi prononcée en faveur de cette position dans un arrêt du 12 juin 1928<sup>110</sup>.

**88. Dépendance à l'égard des licences d'exploitation.** Ce fut encore le cas avec les licences d'exploitation, dans un arrêt du 26 avril 1984<sup>111</sup>. Dans cette affaire, les juges avaient affirmé que, s'agissant d'un débit de boissons, les licences qui permettaient son exploitation étaient si

---

<sup>106</sup> Y. REINARD et S. THOMASSET-PIERRE, *op. cit.*, p. 333, n° 477.

<sup>107</sup> *Infra.*, n° 359.

<sup>108</sup> Com. 6 oct. 1998. *D. aff.* 1998, p. 1769; Rep., 9 novembre 1936, *Gaz. Pal.*, 1936, 2, 913.

<sup>109</sup> M. PEDAMON et H. KENFACK, *op. cit.*, p. 226, n° 257.

<sup>110</sup> Paris. 12 juin 1928. *D.P.* 1929.233, note L. MAZEAUD.

<sup>111</sup> Com. 26 avril 1984, *Bull. civ.* IV, n° 136, p. 114.

importantes que leur disparition menaçait celle du fonds pris dans son ensemble. En écho à cette jurisprudence, un autre arrêt a été rendu dans le même sens, le 20 octobre 1998<sup>112</sup>.

**89.** La clientèle est ainsi tributaire des autres éléments du fonds de commerce. L'idée selon laquelle elle en serait systématiquement la condition *sine qua non* est discutée. P. DIDIER constate que « la clientèle n'est ni un élément du fonds, ni même un critère de son essence ou de son existence »<sup>113</sup>. Le fait même que la clientèle est considérée comme un élément du fonds de commerce ne fait pas l'unanimité en doctrine.

## **2 : La question de l'appartenance de la clientèle au fonds de commerce**

**90. L'impossible appropriation du « peuple des clients ».** La personne humaine qui est « hors commerce » est logiquement hors du fonds de commerce<sup>114</sup>. Il est par conséquent difficile de concevoir que la clientèle soit le critère du fonds de commerce, tant sa place au sein de ce dernier est, elle-même, problématique. En effet, le fonds de commerce est un ensemble de biens, donc de choses appropriables. Si tant est que la clientèle est composée de personnes, elle ne peut alors être considérée comme une chose. Son insertion parmi les éléments du fonds est, selon l'expression de F. VIALLA, « dangereuse »<sup>115</sup>. P. COLLOMB affirme, lui, à ce sujet ceci : « La clientèle est tout simplement un fait, une circonstance : il y a ou il n'y a pas une clientèle »<sup>116</sup>. J. REINHARD et JP. CHAZAL soutiennent que la clientèle, conçue comme un groupe de personnes, est étrangère au fonds de commerce<sup>117</sup>.

**91. La clientèle, finalité et non composante du fonds de commerce.** « Beaucoup d'auteurs considèrent la clientèle comme un des éléments du fonds de commerce. L'erreur nous paraît certaine »<sup>118</sup>. La clientèle apparaît davantage comme la finalité du fonds de commerce. C'est-

---

<sup>112</sup> Com. 20 octobre. 1998. D.aff. 1998. 1946.obs. A-L-M-D; *RTD.com.* 1999. p. 67.

<sup>113</sup> P. DIDIER, *op. cit.*, p. 266, n° 433.

<sup>114</sup> Les choses hors commerce sont celles qui ne peuvent pas faire l'objet de conventions entre les particuliers. Cf. J. LEFEBVRE, *Leçons de droit des biens, op. cit.*, p.16. ; Le principe d'exclusion de l'humain parmi les choses appropriables est d'ordre public, cf. art 16-9 du Code civil français. Il résulte de l'article 16-1 al 3 du même Code, ainsi formulé : « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. »

<sup>115</sup> F. VIALLA, *L'introduction du fonds libéral en droit positif français*, bibliothèque de droit de l'entreprise, tome 39, Litec, 1998, p. 286, n° 307.

<sup>116</sup> P. COLLOMB, « La clientèle du fonds de commerce » *op. cit.*, p. 23.

<sup>117</sup> Ils affirment ceci : « ...Si la clientèle se définit comme l'ensemble des clients qui sont en relation avec une entreprise, alors il n'est pas possible d'admettre son intégration dans le fonds de commerce. En effet, une somme de personnes, qui gardent leur liberté individuelle, ne peut être réifiée en s'incorporant dans une chose composite. Dans cette conception, la clientèle demeure résolument extérieure au fonds de commerce, qui n'est composé que des éléments attractifs de clients... », Y. REINHARD et JP. CHAZAL, *Droit commercial, op. cit.*, p. 375, n° 490.

<sup>118</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.* p. 335 et s., n° 544.

à-dire que son attraction et sa fidélisation sont les buts de la constitution du fonds de commerce. La clientèle est ainsi une fin et non un moyen<sup>119</sup>.

**92. Les thèses favorables à l'exclusion de la clientèle de la composition du fonds de commerce.** Les définitions doctrinales du fonds de commerce sont édifiantes à bien des égards. En effet, la doctrine présente le fonds de commerce comme l'ensemble des biens mobiliers qui appartiennent au commerçant et que celui-ci, en les regroupant, met en œuvre aux fins de créer et conserver une clientèle<sup>120</sup>. C'est aussi : « l'ensemble des biens meubles qu'un commerçant organise et assemble pour conquérir une clientèle »<sup>121</sup>. Cette clientèle apparaît ici comme la finalité et non comme une composante du fonds. Le 60<sup>e</sup> congrès des notaires de France a défendu avec force cette idée que la clientèle n'est pas une composante du fonds de commerce. Ainsi, à l'issue de ses travaux, son rapport dit entre autres ceci : « la clientèle est apparue comme le but en vue duquel le fonds est organisé, comme une qualité, comme une résultante mais jamais comme un élément du fonds de commerce »<sup>122</sup>.

**93. L'imprécision de la position du droit OHADA.** Pour rappel, le législateur OHADA définit le fonds de commerce, en son article 135, en ces termes : « Le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et conserver la clientèle ».<sup>123</sup> Ici aussi, la clientèle est le but visé par la réunion des moyens que représente le fonds de commerce<sup>124</sup>. Cependant, l'article 136 cite encore la clientèle parmi les éléments,

---

<sup>119</sup> R. SAVATIER, *L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français*, tome 2, Mélanges offerts à JACQUES MAURY, Dalloz- Sirey, 1960, p. 576 ; « ...la clientèle n'est pas un bien. Elle ne peut pas en conséquence être véritablement érigée en élément de ce fonds. Personne ne semble plus contester ce point. Il apparaît d'ailleurs surprenant qu'elle continue de figurer dans les actes de cession parmi les éléments cédés... », cf. A. SAYAG, « Faut-il supprimer le critère de la clientèle ? », Petites affiches avril 2009, n° 86.

<sup>120</sup> B. PETIT, *op. cit.*, p. 77, n° 157.

<sup>121</sup> Y. REINHARD et JP. CHAZAL, *op. cit.*, p. 365., n° 474 ; Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *op. cit.*, p. 333, n° 477.

<sup>122</sup> TRAVAUX DU 60<sup>e</sup> CONGRÈS DES NOTAIRES (Strasbourg 1962), « Le statut juridique du fonds de commerce », Litec, 1962, p. 639.

<sup>123</sup> Cet article de l'acte uniforme OHADA sur le droit commercial général est, du reste, en contradiction avec le suivant, c'est-à-dire l'article 136 du même texte. Ce dernier dispose que « le fonds de commerce comprend nécessairement la clientèle et l'enseigne ou la clientèle et le nom commercial sans préjudice du cumul de la clientèle avec l'enseigne et le nom commercial ». Le même paradoxe est observable entre les définitions ci-dessus de la doctrine française et l'article L 142-2 du Code de commerce français. Notons au passage que cet article a été repris par la loi instituant le fonds artisanal et par le Code rural ; respectivement en leurs articles 20 et L.311-3. Pour rappel, cet article L.142-2 dispose : « Sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement du fonds de commerce soumis aux dispositions du présent chapitre comme faisant partie d'un fonds de commerce : l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage... ».

La contradiction vient de ceci que, la clientèle est encore citée comme faisant partie du fonds de commerce. Alors que, selon les définitions de celui-ci suggérées ici, cette clientèle n'est pas un élément dudit fonds mais plutôt sa finalité.

<sup>124</sup> A. PEDRO SANTOS, *Commentaire sous l'article 103 de l'AUDCG, in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3<sup>e</sup> édition, Juriscope, 2008.

nécessaires, du fonds de commerce. Dans ces conditions la position du droit OHADA est peu lisible. Ainsi, on peut dire qu'il considère la clientèle tantôt comme la finalité du fonds de commerce, tantôt comme un élément de sa composition<sup>125</sup>.

**94.** Toutefois, si on convient avec P. CATALA que c'est par un artifice qu'on considère la clientèle comme un élément de cet ensemble qu'est le fonds de commerce<sup>126</sup>, on peut alors comprendre pourquoi le législateur français et le législateur OHADA l'intègrent dans son assiette et, du reste, dans celles des fonds civils pour le premier cité. La clientèle est encore considérée comme le critère du fonds de commerce à ce jour. Cependant, ce critère se révèle dépassé et difficilement malléable.

## **B : Un critère vieillissant et difficile à manier**

**95.** La clientèle est un critère qui a servi et continue de servir à l'appréciation de la valeur du fonds de commerce. Dans ce rôle, elle apparaît comme un critère dépassé (1). Par ailleurs, la clientèle sert aussi de critère pour le règlement de certains litiges commerciaux. En l'espèce, elle se révèle comme un critère difficile à manier (2).

### **1 : Le vieillissement du critère de la clientèle.**

**96.** La notion juridique de clientèle naît dans un contexte économique où le commerçant est représenté par le boutiquier.

**97. La clientèle, un critère renvoyant à une « économie de boutiquier ».** La clientèle renvoie à une économie dans laquelle le flux des chalands<sup>127</sup>, réifié par le chiffre d'affaires journalier, est le critère qui permet d'évaluer les boutiques<sup>128</sup>. C'est donc un critère daté, né à un stade de la maturation du fonds de commerce qui est largement dépassé aujourd'hui. Ce critère, au regard de l'évolution du fonds de commerce qui est, elle-même, consubstantielle à celle de l'économie, se révèle être en désuétude. De plus, il apparaît difficile à manier.

---

<sup>125</sup> A. FOKO, « Contribution à une étude juridique de la clientèle (À propos de l'avenir de la notion), *op. cit.*, p. 15, n° 19.

<sup>126</sup> P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne ». *RTD. civ.*, 966, p. 206.

<sup>127</sup> Les chalands forment l'achalandages. Ce sont des clients circonstanciels ou occasionnels. Cf. G. CORNU, (*dir*), *Vocabulaire juridique de l'association HENRY CAPITANT*, *op. cit.*, p. 160.

<sup>128</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé*, *op. cit.*, p. 298, n° 499.

## 2 : Un critère difficile à manier

98. La clientèle est un critère inopportunément partagé par la jurisprudence française et la jurisprudence OHADA<sup>129</sup>. Son utilisation pour trancher des différends commerciaux, comme celui relatif à l'attribution du bail, est peu aisée. La méthode du juge se décline de la manière suivante : il détermine d'abord celui à qui appartient la clientèle. Une fois que celui-ci est identifié, il en fait ensuite le propriétaire du fonds de commerce. C'est cette qualité de propriétaire du fonds qui va lui donner droit au bénéfice du bail commercial, entre autres avantages.

**La volatilité de la clientèle.** Il est difficile d'établir objectivement les raisons pour lesquelles les clients vont chez tel commerçant plutôt que chez tel autre. En sorte que cette détermination de l'appartenance de la clientèle est complexe. En plus des caractères réel et certain, personnel et licite, la jurisprudence a, pour déterminer le titulaire de la clientèle, pris en compte la charge des risques. En conséquence, l'attribution de la propriété de la clientèle repose sur des bases relativement incertaines. « Le critère de la clientèle comme élément essentiel du fonds apparaît ainsi particulièrement difficile à manier »<sup>130</sup>.

99. La clientèle est donc un élément insuffisant et un critère en voie d'obsolescence. C'est une composante tributaire des autres éléments du fonds de commerce dont ceux qui, comme elle, sont des éléments dits obligatoires, à savoir l'enseigne commerciale et le nom commercial.

## §2 : L'enseigne et le nom commercial

100. L'enseigne et le nom commercial sont les principaux éléments d'identification du fonds de commerce<sup>131</sup>. En raison de cette finalité partagée, entre autres, ils sont presque toujours associés. Néanmoins, ce sont deux éléments bien distincts. Il convient donc d'analyser l'enseigne d'une part(I), avant s'attarder sur le nom commercial, d'autre part (II).

---

<sup>129</sup> A. PEDRO SANTOS et Y. YADO TOE, *Droit commercial général*, op. cit., p. 218, n° 355, citant Com., 8 février 1949, *JCP.*, 1949. II, 4974, note Cohen.

<sup>130</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, op. cit., p. 296, n° 496 ; P. DIDIER « À quoi sert le concept de clientèle ? », in *Etude de droit de la consommation. Liber Amicorum JEAN CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2003, p. 339.

<sup>131</sup> En poussant la réflexion, on peut songer à d'autres éléments d'identification du fonds de commerce. Par exemple le nom de domaine pour le fonds de commerce électronique ou encore le code télétel.

## **I : L'enseigne**

**101.** En tant qu'élément d'identification, à l'instar du nom, il est judicieux de savoir de quel type d'identification il est question. En d'autres termes, il s'agit ici de savoir à quoi renvoi la notion d'enseigne(A), avant d'en dégager le régime juridique(B).

## **A : Présentation de l'enseigne**

**102.** L'enseigne est un élément d'identification du fonds de commerce (1), qui ne se confond pas avec le nom commercial (2).

### **1 : Définition de l'enseigne**

**103.** Servant à signaler le lieu de situation d'une exploitation, l'enseigne peut être constitué d'une dénomination fantaisiste, d'un emblème, d'un signe, d'un mot voire d'un nom. C'est un élément d'individualisation du fonds de commerce<sup>132</sup>. Plus exactement, c'est celui qui sert à le localiser géographiquement. Il s'agit, au demeurant, d'un élément nécessaire du fonds de commerce qui est transmis avec lui. Cette définition de l'enseigne est commune au droit français et au droit OHADA.<sup>133</sup>

**104.** Puisque l'enseigne peut aussi être constitué d'un nom et qu'il partage son rôle d'élément d'individualisation du fonds avec le nom commercial, il est opportun de l'en distinguer.

### **2 : Distinction de l'enseigne d'avec le nom commercial**

**105.** L'enseigne diffère du nom commercial. Cette différence réside dans le rôle spécifique dévolu à chacun de ces éléments, bien qu'ils servent tous les deux à individualiser le fonds de commerce. Ainsi, l'enseigne sert à situer, à distinguer le fonds dans l'espace, tandis que le nom, lui, sert à le désigner et à l'identifier<sup>134</sup>. À propos de cette distinction : « [...] même si, à l'instar du nom commercial, l'enseigne est un élément incorporel du fonds de commerce cédé avec le fonds, il reste qu'elle sert à identifier matériellement un point de vente, un local d'exploitation ou une boutique. Ainsi, à la différence du nom commercial, l'enseigne ne sert pas à identifier le fonds de commerce ou l'entreprise »<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, p. 213, n° 219.

<sup>133</sup> Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *op. cit.*, p. 401, n° 620 ; M. PEDAMON et H. KENFACK, *op. cit.*, p. 225, n° 256 ; J. DIFFO TCHUNKAM, *Droit des activités économiques et du commerce électronique. L'esprit du droit commercial issu de la réforme du 15 décembre 2010*, *op. cit.*, p. 190, n° 349.

<sup>134</sup> D. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 79, n° 156.

<sup>135</sup> E. NSIE « Des Noms Commerciaux », cf. Commentaire de l'annexe V de l'accord de Bangui (OAPI), p. 5.

**106.** Outre la différence fondamentale ci-dessus une autre apparaît de façon relativement plus évidente. L'enseigne se distingue aussi souvent du nom sur la forme. En effet, une enseigne peut, certes, prendre la forme d'un nom, mais elle peut aussi avoir la forme d'un emblème. Celui-ci peut être un objet, un animal, un signe ou un symbole. Autrement dit, l'enseigne peut ne pas comporter de lettre de l'alphabet. Or, ce n'est pas le cas du nom. En cela, elle s'en distingue encore. Quid du régime juridique de l'enseigne ?

## **B : Le régime juridique de l'enseigne**

**107.** Le choix de l'enseigne et son utilisation obéissent à certaines règles (1). Le respect de celles-ci donne droit à une protection juridique (2).

### **1 : Le choix et l'utilisation de l'enseigne**

**108.** Le choix de l'enseigne est en principe libre. Toutefois, il ne doit pas s'agir d'une expression générique ou banale. Ainsi, pour servir d'enseigne, un nom comme « bistrot », pour un débit de boissons, apparaît comme étant générique, voire banal. La jurisprudence en a décidé ainsi pour « Halle aux vins », toujours au sujet d'un débit, et pour « Pizza » au sujet d'un restaurant<sup>136</sup>.

**109.** Une fois choisie, l'enseigne requiert un droit pour son utilisation. Ce droit de propriété incorporelle s'obtient simplement par le premier usage. Autrement dit, le droit d'utiliser une enseigne est reconnu à celui qui, le premier, en fait usage. Celui-ci le rend *ipso facto* indisponible. Par conséquent, sous certaines conditions, un professionnel ne peut valablement avoir recours à une enseigne qui est déjà utilisée par son concurrent. Il ne peut ni l'usurper ni l'imiter tant et si bien que cette enseigne jouit d'une protection.

### **2 : Protection de l'enseigne**

**110.** L'enseigne est protégée par l'action en responsabilité civile pour faute, par l'action en concurrence déloyale, et par le parasitisme économique<sup>137</sup>. Cette protection est conçue, en l'espèce, pour lutter contre des imitations ou des usurpations. D'abord, le propriétaire de l'enseigne doit avoir un droit sur celle-ci, acquis par l'usage qu'il en a fait le premier. Ensuite, il faut qu'il y ait détournement de la clientèle. Aussi un simple risque de détournement de cette clientèle suffit-il. Enfin, il faudrait que l'enseigne soit utilisée pour le même type d'activité et dans la même localité. Autrement dit, la même enseigne peut être utilisée par deux

---

<sup>136</sup> Cf. Paris, 24 oct. 1964, *D.* 1965. 248.

<sup>137</sup> P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des biens*, 8<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2019, p. 93, n° 217.

professionnels, dès lors qu'ils exercent des activités différentes, en des lieux différents<sup>138</sup>. Ainsi protégé, l'enseigne se révèle encore plus proche du nom commercial.

## **II : Le nom commercial**

**111.** D'autres notions s'apparentent au nom commercial. De ce fait, le risque de confusion n'existe pas qu'avec l'enseigne. Dès lors, il semble judicieux, avant d'analyser son régime juridique(B), de présenter clairement le nom commercial (A).

### **A : Présentation du nom commercial**

**112.**La définition du nom commercial (1) permet de le distinguer de certaines notions qui lui sont voisines (2)

#### **1 : Définition du nom commercial**

**113.** S'agissant du nom commercial, c'est l'appellation sous laquelle une personne exerce le commerce<sup>139</sup>. Cette définition est en écho avec celle prévue par l'annexe V de l'accord de Bangui, en son article 1<sup>er</sup>. Ce texte dispose : « Au sens de la présente annexe, constitue un nom commercial, la dénomination sous laquelle est connu et exploité un établissement commercial, industriel, artisanal, agricole ou exerçant une autre activité économique »<sup>140</sup>. Il peut s'agir d'un nom patronymique ou simplement d'un nom de fantaisie<sup>141</sup>. Pour les personnes physiques, on parle de « nom commercial » tandis que pour les personnes morales, il s'agit plutôt de la « dénomination sociale » ou, pour les sociétés civiles, de la « raison sociale »<sup>142</sup>.

**114. Cessibilité du nom commercial.** Le nom commercial peut être cédé avec le fonds ou tout seul. Il est intéressant, quand on parle de nom commercial, de relever que le nom patronymique donné à son exploitation par un professionnel intègre celle-ci. En conséquence, il peut aussi être cédé<sup>143</sup>. Il s'agit là d'une véritable remise en question des principes d'inaliénabilité et

---

<sup>138</sup> Cass. req., 20 février 1888, *DP* 1888.I.315, 3<sup>e</sup> esp.; Cass. req., 21 février 1888, *DP* 1888.I.315 ; Cass. req., 19 mai 1936, *DH* 1936. 361. D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, *op. cit.*, p. 79, n° 156.

<sup>139</sup> D. HOUTCIEF, *Droit commercial*, *op. cit.*, p. 182, n° 451 ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 79, n° 155 ; A. FOKO, « Fonds de commerce », *op. cit.*, p. 814, n° 34 ; A. MATHÉLY, *Le droit français des signes distinctifs*, Lib. jour. not., 1984 ; CL. COLOMBET, « Le nom et les propriétés incorporelles », *D.* 1989, chr. 31 ; GR. LOISEAU, « Le nom, objet d'un contrat », thèse, Paris I, LGDJ, 1997, pref. J. GHESTIN.

<sup>140</sup> Accord de BANGUI, annexe V, art. 1.

<sup>141</sup> E. NSIE « Des noms commerciaux », *op. cit.*, p.2 ; M. PEDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial, Commerce et fonds de commerce, Concurrence et Contrats du commerce*, *op. cit.*, p. 224, n° 256.

<sup>142</sup> Y. REINHARD et JP. CHAZAL, *Droit commercial*, *op. cit.*, p. 348, n° 499.

<sup>143</sup> F-X LUCAS et D. PORACCHIA, *Manuel de droit commercial*, PUF, 2018, n° 165, pp 186 et 187. ; Cass. com., 27 février 1990 : *JCP* 1990, II,21545, note POLLAUD-DULLIAN.

d'imprescriptibilité du patronyme<sup>144</sup>. C'est du reste ce qui résulte de l'arrêt dit Bordas du 12 mars 1985. En l'espèce, la jurisprudence affirme que les principes ci-dessus ne s'opposent pas à ce qu'une personne puisse conclure un accord portant sur l'utilisation de son nom comme dénomination sociale ou comme nom commercial<sup>145</sup>.

**115. Cessibilité du patronyme devenu nom à usage commercial.** La conséquence est qu'un nom de famille que le titulaire insère dans les statuts de l'entreprise, et qu'il signe, se détache de lui pour s'appliquer à celle-ci. Il devient un signe distinctif constituant un objet de propriété incorporelle.<sup>146</sup> Dès lors, le cédant d'un fonds qui y a inséré son nom doit éviter toute confusion. L'usage du nom considéré peut lui être interdit.

**Nom commercial notoire.** Il convient de souligner le cas particulier du nom commercial notoire qui jouit d'une protection renforcée. En ce cas, l'accord donné par son titulaire à une société de l'utiliser n'est pas synonyme d'abandon définitif de ses droits sur ce nom<sup>147</sup>.

Le nom commercial ne se confond pas avec certaines notions qui, comme l'enseigne, lui sont relativement très proches.

## **2 : Distinction du nom commercial d'avec des notions voisines**

**116.** Parmi les notions qui, en raison de leur proximité avec le nom commercial, sont susceptibles créer une confusion, il y a aussi la dénomination sociale et la marque.

**117. Nom commercial et dénomination sociale.** D'abord, s'agissant de la dénomination sociale, le risque de confusion est particulièrement manifeste. Par exemple, pour définir le nom commercial, la loi parle de « dénomination » sous laquelle est connu ou exploité un établissement économique. Cependant, il n'en demeure pas moins que le nom commercial se distingue de la dénomination sociale. En effet, le premier désigne généralement un fonds de commerce tandis que la seconde renvoie à une société commerciale. Le nom commercial renvoie généralement à une structure commerciale relativement petite ou à un individu exploitant seul son fonds de commerce. Quant à la dénomination, elle renvoie, elle, à une structure plus organisée et relativement plus grande. En sorte que, bien souvent, le nom

---

<sup>144</sup> Ces principes interdisent au titulaire d'un nom d'en disposer librement pour identifier une autre personne physique.

<sup>145</sup> Com. 12 mars 1985. *Bull. civ.* IV, n° 95.

<sup>146</sup> Com. 12 mars 1985, *D.* 1985. 471, note, J. GHESTIN ; HOUTCIEFF, *Droit commercial, op. cit.* p. 182, n° 452.

<sup>147</sup> Com., 6 mai 2003, *D.* 2003. 2228, note G. LOISEAU, *D.* 2004. 263, obs. J-C. HALLOUIN; *Bull. Joly* 2003. 923, obs. P. LE CANNU ; *Rev. Sociétés* 2003. 548, obs. G. PARLÉANI.

commercial désigne un entrepreneur individuel alors que la dénomination désigne la personne morale et figure obligatoirement dans les statuts de cette dernière<sup>148</sup>.

**118.** Il peut arriver qu'une société, disposant naturellement d'une dénomination sociale, acquiert un fonds de commerce qui, lui, dispose d'un nom commercial. En ce cas, la dénomination sociale désignera la société tandis que le nom commercial servira à désigner le fonds de commerce acquis par cette société<sup>149</sup>. Cette répartition montre bien qu'il s'agit de deux notions distinctes l'une de l'autre. Car, si ce n'était pas le cas, l'une des deux notions servirait à désigner toujours la société et le fonds en même temps. Cette différence entre le nom commercial et la dénomination sociale est relative dans certaines hypothèses. Il en est ainsi, par exemple, quand une même appellation désigne à la fois la société et un fonds que celle-ci exploite. En l'espèce, c'est le nom commercial qui sera utilisé. En conséquence, c'est celui-ci qui figurera sur tous les documents de la société<sup>150</sup>.

**119. Nom commercial et marque.** Ensuite, bien que relative<sup>151</sup>, il existe aussi une distinction entre le nom commercial et la marque. En effet, le commercial est avant tout une appellation, un nom, avant d'être qualifié de commercial. Cependant, la marque peut ne pas être une appellation mais plutôt un signe. Même quand elle est désignée par une appellation, la marque se distingue du nom commercial en ceci : elle désigne les produits ou les services d'une entreprise alors que le nom commercial désigne cette entreprise elle-même<sup>152</sup>.

## **B : Le régime juridique du nom commercial**

**120.** Il est important, sans prétendre à l'exhaustivité, de souligner l'existence de certaines règles relatives au nom commercial. Celles-ci montrent que le choix et l'usage de ce nom commercial sont encadrés (1), et qu'il bénéficie d'une protection par le droit (2).

---

<sup>148</sup> Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *Droit Commercial, op. cit.*, p. 401, n° 620 ; E. NSIE, « Des noms commerciaux », *op. cit.*, p. 5

<sup>149</sup> E. NSIE, « Des noms commerciaux », *op. cit.*, p. 2.

<sup>150</sup> E. NSIE, *ibidem*.

<sup>151</sup> Il peut arriver que la marque et le nom commercial se confondent. Cf : Commission Supérieur de Recours (CSR) de l'OAPI, décision n°064/CSR/OAPI du 12 avril 2006, Recueil des décisions CSR de 2006 à 2009, p. 5 et s.

<sup>152</sup> CPI, art. 171-1 ; Art.2 de l'annexe III de l'accord de Bangui.

## 1 : L'acquisition et l'usage encadrés du nom commercial

121. L'acquisition et l'usage du nom commercial obéissent à divers principes.

**Acquisition par le premier usage.** D'abord, le nom, ou plus exactement le droit sur ce nom, s'acquiert par le premier usage<sup>153</sup>. Cet usage doit avoir été personnel, connu et prolongé dans le temps. Concrètement, celui qui se prévaut de l'antériorité de l'usage d'un nom devrait pouvoir prouver cet usage dans ses rapports avec ses partenaires en affaires ou avec d'autres entités économiques, privées ou publiques<sup>154</sup>.

**122. L'exigence de conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs.** Ensuite, le choix du nom commercial doit être conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Ainsi, par exemple, dans l'espace OHADA, l'article 2 *in limine* de l'Annexe V de l'accord de Bangui dispose : « Ne peut constituer un nom commercial, le nom ou la désignation qui, par sa nature ou l'usage qui peut en être fait, est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public [...]. Par ailleurs, le nom commercial doit être conforme à la nature de l'activité exercée et à celle de l'établissement qui l'exerce. C'est ce qui ressort de l'article ci-dessus cité, *in fine* »<sup>155</sup>.

**123. L'enregistrement du nom commercial.** Enfin, une fois choisie conformément aux principes en la matière, le nom commercial doit être enregistré. Cet enregistrement est capital. En effet, en réalité, malgré le fait d'avoir utilisé en premier un nom, son opposabilité peut être conditionnée par ledit enregistrement. En l'espèce, on parle de la primauté du nom commercial enregistré. C'est donc cet enregistrement qui rend le nom opposable aux tiers et confère ainsi, au profit de son titulaire, une protection<sup>156</sup>.

## 2 : Protection du nom commercial

124. La protection du nom commercial et les conditions de cette protection, en droit français, ne diffèrent pas fondamentalement de celle préconisée par l'OAPI dans des États membres de l'OHADA.

---

<sup>153</sup> M. PEDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial, Commerçant et fonds de commerce, Concurrence et Contrats du commerce*, *op. cit.*, p. 226, n° 256 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 91, n° 215.

<sup>154</sup> F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, *op. cit.*, p. 668, n° 1232 ; E. NSIE, « Des noms commerciaux », *op. cit.*, p. 8.

<sup>155</sup> Art.2 de l'Annexe 5 de l'accord de Bangui : « Ne peut constituer un nom commercial, le nom ou désignation qui, par sa nature ou l'usage qui peut en être fait, est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public et qui, notamment, pourrait tromper les milieux commerciaux ou le public sur la nature de l'établissement commercial, industriel, artisanal, agricole ou autre désigné par ce nom ».

<sup>156</sup> E. NSIE, « Des noms commerciaux » *op. cit.*, p. 8.

**125. Une protection légale.** Le nom commercial est d'abord protégé, en France, par l'article L.143-4 du Code de la consommation issu de l'ordonnance du 14 mars 2016<sup>157</sup>.

**En France.** La loi prévoit ceci : « Il est interdit d'apposer ou de faire apparaître par addition, retranchement ou par une altération quelconque sur des produits, de fausses indications concernant le nom du fabricant, la raison sociale ou le lieu de fabrication »<sup>158</sup>. Ici, le législateur français protège le nom commercial contre tout usage frauduleux, de nature à semer la confusion dans l'esprit des consommateurs notamment.

**En droit OHADA.** Pour sa part, l'article 5 de l'annexe V de l'accord de Bangui dispose : «1) Il est illicite d'utiliser, sur le territoire national de l'un des États membres, un nom commercial enregistré pour la même activité commerciale, industrielle, artisanale ou agricole que celle du titulaire du nom commercial enregistré, si cette utilisation est susceptible de créer une confusion entre les entreprises en cause. 2) Toutefois, le titulaire d'un nom commercial ne peut interdire aux tiers l'usage de bonne foi de leur nom, de leur adresse, d'un pseudonyme, d'un nom géographique ou d'indications exactes relatives à l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, le lieu d'origine ou l'époque de la production de leurs produits ou de la prestation de leurs services, pour autant qu'il s'agisse d'un usage limité à des fins de simple identification ou d'information et qui ne puisse pas induire le public en erreur sur la provenance des produits ou des services. 3) L'intéressé qui porte un nom et un prénom similaires à un nom commercial enregistré doit, si ses droits sur le nom commercial attaché à son établissement sont postérieurs à ceux qui sont attachés au nom commercial enregistré, prendre toute mesure, par adjonction faite à son nom commercial ou de toute manière, afin de distinguer ce nom commercial du nom commercial enregistré. 4) Les dispositions des alinéas 1) à 3) sont applicables à toute activité commerciale, industrielle, artisanale ou agricole subséquente de l'établissement en cause pour autant qu'elle soit enregistrée »<sup>159</sup>.

**126. Une protection jurisprudentielle.** À côté de la Loi, la jurisprudence joue un rôle déterminant dans la protection du nom commercial aussi bien en France que dans les États-membres de l'OHADA. Ainsi, cette protection est assurée par l'action en concurrence

---

<sup>157</sup> Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016.

<sup>158</sup> C. cons., art. L413-4. Cet article est celui qui a remplacé l'ancien article 217-1 du Code de la consommation issu, lui, de la loi 93-949 du 26 juillet 1993.

<sup>159</sup> Cf. Accord de Bangui, Art. 5, Annexe V.

déloyale<sup>160</sup>. Il faut, en principe, une faute, un préjudice et un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

**127. Exigence d'une faute.** Premièrement, s'agissant de la faute, son caractère intentionnel est indifférent. Elle résulte de l'usurpation ou de l'imitation d'un nom commercial déjà utilisé. L'utilisation par un commerçant d'un nom n'empêche pas qu'un autre commerçant puisse s'en servir ; tout au plus doit-il prendre des précautions appropriées pour éviter la confusion. Celui qui fait usage d'un nom déjà utilisé doit, par exemple, ajouter à ce nom un prénom, ou la date de création de son entreprise<sup>161</sup>.

**128. Exigence d'un préjudice.** Deuxièmement, s'agissant du préjudice, il est établi quand il y a un risque de confusion<sup>162</sup>. Sa simple éventualité peut donc suffire à caractériser la concurrence déloyale<sup>163</sup>. Cependant, si le nom commercial est un nom de fantaisie, il n'est protégé que s'il est jugé original et jouit d'une notoriété suffisante<sup>164</sup>.

**129. Exigence d'une causalité.** Troisièmement, en ce qui concerne le lien de causalité, il faudrait que le détournement ou le risque de détournement de la clientèle soit le résultat de la confusion créée par l'usurpation du nom commercial<sup>165</sup>. Il n'en est pas ainsi quand le nom commercial est utilisé pour deux commerces différents ou pour des produits différents<sup>166</sup>. En somme, en France et dans l'espace OHADA, l'acquisition et l'usage du nom commercial obéissent à des règles légales et jurisprudentielles. Aussi ce nom est-il protégé et son usage encadré.

**130.** Il apparait que seuls trois éléments entrent obligatoirement dans la composition du fonds de commerce à savoir : le la clientèle, le nom et l'enseigne. Cette liste de trois éléments se révèle aussi restreinte que réductrice. Ces éléments obligatoires du fonds de commerce sont insuffisants, comme le sont aussi les éléments facultatifs.

---

<sup>160</sup> Organisée par la jurisprudence française, l'action en concurrence déloyale est également prévue par l'article 2-b de l'Annexe VIII de l'accord de Bangui.

<sup>161</sup> Cass. com., 3 mars 1981: *RTD. com.*, 1981, 744, obs. CHAVANNE et AZEMA; Com 5 novembre 1985; 27 mai 1986, *D.* 1987. 22, note J-J. BURST.

<sup>162</sup> Il en a été ainsi dans une décision rendu par le Tribunal de Première Instance de Libreville, le 14 mai 2008. E. NSIE, *op. cit.*, p.10.

<sup>163</sup> Voir sur l'erreur de livraison liée à l'homonymie : Cass. com., 19 juillet 1971, *D.* 1971, 691.

<sup>164</sup> TGI Paris, 20 mai 1975, *Gaz. Pal.* 1976, 1, 239 ; E. NSIE, « Des noms commerciaux » *op. cit.*, p.11

<sup>165</sup> Com. 22 mars 1988, *Bull. civ.* IV, n° 122, p. 85.

<sup>166</sup> M. PEDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial, Commerçant et fonds de commerce, Concurrence et Contrats du commerce*, *op. cit.*, p. 225, n° 256. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, *op. cit.*, p. 668, n° 1232.

## **Section 2 : L'insuffisance des éléments facultatifs du fonds de commerce**

**131.** En dehors de ses éléments obligatoires<sup>167</sup>, le fonds de commerce peut accueillir d'autres éléments en son sein. En principe, il ne s'agit que d'une possibilité qui résulte du caractère non exhaustif de sa liste d'éléments constitutifs. En conséquence, ces autres éléments ne sont pas obligatoires. Du fait de ce caractère facultatif, le fonds de commerce peut être cédé, ou faire l'objet d'autres opérations sans lesdits éléments, malgré l'importance qu'ils peuvent avoir. Parmi ces éléments facultatifs du fonds de commerce, certains sont corporels (§1), tandis que d'autres sont incorporels (§2).

### **§1 : Les éléments corporels facultatifs**

**132.** Les éléments corporels et facultatifs du fonds de commerce sont avant tout des biens meubles. Autrement dit, ce sont des choses de nature mobilière, et qui sont appropriables. Composées de matière physique, elles sont appréhendables et quantifiable<sup>168</sup>. Selon cette description, comme éléments corporels facultatifs composants le fonds de commerce, on trouve essentiellement le matériel(I), et les marchandises (II).

#### **I : Le matériel**

**133.** Le matériel du fonds de commerce englobe plusieurs éléments<sup>169</sup>. Il semble judicieux de présenter ce matériel (A), avant de s'attarder sur sa place au sein du fonds de commerce(B).

#### **A : Présentation du matériel**

**134.** Le matériel du fonds de commerce évolue consubstantiellement avec lui. Il s'est donc transformé, lui aussi, au fil des années. À l'origine, le matériel renvoyait à une certaine réalité,

---

<sup>167</sup> Ces éléments sont : la clientèle, le nom et l'enseigne. À ces trois éléments, le droit français ajoute un autre à savoir le droit au bail.

<sup>168</sup> J. LEFEBVRE, *Leçon de droit des biens, op. cit.*, p. 84.

<sup>169</sup> Le matériel englobe les installations, les aménagements et agencements, l'outillage servant à l'exploitation, le mobilier commercial. M. PEDAMON et H. KENFACK, *op. cit.*, p. 229, n° 262 ; Toujours sur ce sujet : « Il s'agit globalement de meubles corporels destinés à l'exploitation : outillage, installations, machines, matériaux qui ne représentent pas les marchandises et même mobilier (meuble meublant) bien que l'acte uniforme en fasse la distinction ». J. DIFFO TCHUNKAM, *op. cit.*, p. 201, n° 374. ; Avant la réforme du droit OHADA de 2010, la doctrine affirmait déjà ceci : « La synonymie entre les termes installations, aménagements, agencements et outillage d'une part, et d'autre part entre les termes outillage et matériel, fait que l'article 105 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général est redondant », cf. A. PEDRO SANTOS et J. YADO TOE, *op. cit.*, p. 211, n° 346.

avec ses spécificités (1). Aujourd'hui, cette réalité a changé. Devenant plus moderne, le matériel du fonds de commerce a pris un nouvel aspect (2).

## **1 : Le matériel originel du fonds de commerce**

**135.** À l'origine, on ne parlait pas de fonds de commerce mais plutôt de *fundus* ou de fonds agricole<sup>170</sup>. Le matériel était aussi différent. Il se résumait aux outils que l'exploitant utilisait pour la culture de la terre. À cet effet, on peut songer aux fourches, aux sarcloirs, aux charrues, aux paniers, aux animaux ou encore aux bêches, etc. Lorsque le commerçant va s'approprier cet outil de l'agriculteur, la physionomie du fonds va naturellement changer, la boutique étant différente de la plantation. L'activité commerciale va exiger un autre matériel. Cette boutique se compose des marchandises certes, mais aussi d'autres éléments servant à son exploitation.

**136.** Le fonds de commerce a conservé certains de ces éléments, qui ont par la suite évolué. Cette évolution conduit d'ailleurs à s'interroger aujourd'hui sur les considérations qui entourent cette composante du fonds de commerce. Le matériel s'est considérablement modernisé. À tel point qu'il apparaît justifié de considérer, dans certains cas, que le matériel peut conditionner le fonctionnement voire l'existence d'un fonds de commerce.

## **2 : La modernisation du matériel du fonds de commerce**

**137.** À propos du matériel, on parle, en règle générale, de matériel et d'outillage. Ces termes renvoient à l'ensemble des biens corporels servant de façon durable à l'exploitation du fonds de commerce<sup>171</sup>. Ce sont « Les objets et instruments de caractère mobilier, non destinés à être vendus, mais servant à l'exploitation du fonds de commerce »<sup>172</sup>. Il s'agit exactement de l'outillage industriel, des machines, des meubles de bureau, du matériel d'entreposage, etc.

**138.** Si certains instruments ont survécu au fonds du boutiquier, force est de constater qu'ils se sont transformés, et d'autres ont vu le jour. Par exemple, le fonds de commerce comprend actuellement du matériel informatique. On peut aussi retenir de nombreux documents qui intègrent le fonds de commerce et jouent un rôle non négligeable. On retrouve aussi ce matériel en droit OHADA.

**139. Une relative originalité du droit OHADA dans la présentation du matériel.** L'article 137 de l'acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général semble innover en ce qui

---

<sup>170</sup> *Supra* n° 8.

<sup>171</sup> M. PEDAMON et H. KENFACK, *op. cit.*, p. 229, n° 262 ; B. SAINTOURENS, *op. cit.*, p. 136, n° 223.

<sup>172</sup> A. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey, Paris, 1948, p. 2, n° 28.

concerne le matériel compris dans le fonds de commerce. Il parle, lui, du matériel et du mobilier d'une part, et des installations, aménagement et agencement, d'autre part. En pratique, cette classification dichotomique n'est pas d'un grand intérêt. Il s'agit en réalité de la même chose. Le matériel du fonds de commerce est le même en droit français et en droit OHADA. D'ailleurs, de nombreux auteurs soulignent le manque d'intérêt de la présentation qu'en fait l'article 137 précité. Ainsi, M. FOKO affirme ceci : « A priori, cette présentation des rédacteurs de l'article 105 AUDCG peut paraître intéressante. Mais en réalité, elle est superflue dans la mesure où en interrogeant le Robert quotidien, dictionnaire de la langue, on se rend compte qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre les différents concepts et les uns sont définis à partir des autres. »<sup>173</sup>

**140. Conditions d'admission du matériel comme élément constitutif du fonds de commerce.** Il y a aussi des exigences pour que du matériel soit considéré comme appartenant au fonds. Quand celles-ci sont satisfaites, la valeur de ce matériel sera incluse dans celle du fonds, à la différence de la valeur du matériel loué ou faisant l'objet d'un crédit-bail. Concrètement, on peut dénombrer deux conditions.

***Exigence d'une affectation réelle.*** D'abord, il faut qu'il y ait une affectation réelle. Autrement dit, il faut que ce matériel soit réellement affecté à l'exploitation commerciale.

***Exigence de la propriété du matériel affecté.*** Ensuite, ce matériel doit être la propriété de l'exploitant.<sup>174</sup> Cette dernière condition montre qu'on peut trouver du matériel dans un fonds sans que celui-ci ne rentre dans sa composition. C'est le cas ci-dessus du matériel loué<sup>175</sup>.

**141.** En somme, il ne suffit pas qu'il y ait du matériel situé dans un fonds de commerce pour que celui-ci intègre sa composition. Celle-ci est appréhendée d'une façon telle, que la place du matériel admis y reste néanmoins minimisée.

## **B : La place du matériel au sein du fonds de commerce**

**142.** Le matériel a un rôle certain au sein du fonds de commerce. Le législateur français et celui de l'OHADA en font clairement mention. Même si, en théorie, son influence sur le fonds de commerce peut être discutée, il n'en demeure pas moins qu'il a une importance notable dans la

---

<sup>173</sup> A. FOKO, *op. cit.*, p. 816, n° 47 ; A. PEDRO SANTOS et J. YADO TOE, *op. cit.*, p. 210 n° 345.

<sup>174</sup> A. REYGROBELLET, *Fonds de commerce*, Dalloz, 2005, p. 123, n° 16. 33-1634.

<sup>175</sup> M. DUPUIS, *Droit commercial*, Ellipses, 2018, p. 308.

pratique (1). Il convient de relever que le matériel encourt, dans certains cas, une exclusion de la composition du fonds de commerce. C'est précisément le cas quand il y a immobilisation par destination (2).

## **1 : Le rôle du matériel au sein du fonds de commerce**

**143.** Le caractère incorporel du fonds n'a pas évincé sa matérialité<sup>176</sup>. Celui-ci reste, en pratique, utile pour le fonds de commerce<sup>177</sup>.

**144.** D'abord, même avec l'apparition du commerce en ligne, le matériel reste essentiel dans bien des cas. La boutique en ligne a souvent un emplacement physique où la marchandise est stockée. Ce local est souvent meublé car, la vente, soit-elle en ligne, y est organisée. Autrement dit, le matériel est important même dans le cadre d'une activité exercée sur internet. Par exemple, les ordinateurs constituent du matériel informatique pour le fonds de commerce. Or, ces ordinateurs sont importants voire incontournables dans le commerce sur internet.

**145.** Ensuite, l'activité peut être commerciale ou industrielle, mais le matériel reste utile. Certaines de ces activités ne peuvent se concevoir sans une assise matérielle. Toutefois, aussi important soit-il, le matériel demeure un élément facultatif du fonds de commerce. Même faisant partie du fonds de commerce, c'est un élément insuffisant. Sa présence n'est pas définitivement acquise, tant il peut même se retrouver écarté.

## **2 : La nature insuffisante du matériel**

**146. Le peu d'importance accordé au matériel.** Le matériel est un élément insuffisant du fonds de commerce dont il peut même être exclu. La jurisprudence est sans équivoque à ce sujet. Pour elle, le matériel est bel et bien un élément du fonds de commerce. On pourrait ajouter qu'il est un élément important. Mais, ajoute le juge, le matériel n'est pas indispensable.<sup>178</sup> Il s'agit d'un élément facultatif. Il est insuffisant à caractériser le fonds de commerce. En d'autres termes, l'outillage et les machines sont, pour le droit positif, insuffisants à constituer le fonds de commerce.

**147. L'exclusion du matériel par l'immobilisation par destination.** Ensuite, l'immobilisation par destination est une manifestation édifiante de la désunion de la notion de

---

<sup>176</sup> M. LEVIS « Le site internet : de l'incorporel au virtuel » *AJDI*, décembre 2001, p. 1073.

<sup>177</sup> La jurisprudence s'est déjà prononcée sur l'importance du matériel, faisant même de celui-ci le critère d'un fonds de commerce en l'absence d'autres éléments, cf. Cass.com., 2 août 1949, *D.*, 1950, 775 ; *S.*, 1950, I, 81, note, A. COHEN ; *JCP*, 1949, 2, 5188, note SAINT-ALARY.

<sup>178</sup> CA Colmar, 28 mai 1952, *D.* 1952, jur. p. 528.

fonds de commerce. Les biens meubles qui forment le matériel peuvent, sous certaines conditions, devenir immeubles et être ainsi exclus du fonds de commerce<sup>179</sup>. Cela confirme le caractère instable de ces éléments. Le matériel n'a pas d'influence juridique sur la qualification de fonds de commerce. Son utilité est donc relative. Comme en droit français, le rôle du matériel dans la composition du fonds de commerce en droit OHADA y est aussi relatif.

**148. L'exclusion du matériel par absence de mention parmi les éléments nécessairement cédés.** Par ailleurs, en cas de vente du fonds de commerce, si le matériel n'est pas nommément cité, il est exclu du fonds. En effet, dans cette hypothèse, le privilège du vendeur du fonds ne porte que sur des éléments incorporels. De fait, le matériel est mis à l'écart de la composition du fonds de commerce<sup>180</sup>. C'est aussi le cas avec le nantissement qui ne porte que sur des éléments incorporels<sup>181</sup>. Le droit OHADA est sur la même ligne que le droit français quant au caractère insuffisant et secondaire du matériel<sup>182</sup>.

**149.** Aussi la nature de certains fonds rend-elle le matériel encore plus indifférent à la construction de la notion de fonds de commerce. Il y a effectivement des activités dont l'exercice ne requiert pas un matériel particulier.

**150.** En résumé, le matériel fait partie classiquement des éléments facultatifs du fonds de commerce. On lui assigne un rôle secondaire au sein de ce dernier<sup>183</sup>. En tant qu'élément corporel, il partage ainsi son caractère facultatif avec les marchandises.

## **II : Les marchandises du fonds de commerce**

**151.** Les marchandises font partie des éléments corporels du fonds de commerce mentionnés par le code de commerce français et par l'acte uniforme de l'OHADA sur le droit commercial général. Elles sont, elles-aussi, considérées comme des éléments facultatifs, au sein du fonds de commerce. Ainsi, il est judicieux d'identifier ces marchandises (A), avant d'analyser la place qu'elles y occupent dans l'assiette du fonds de commerce (B).

---

<sup>179</sup> *Infra.*, n° 302.

<sup>180</sup> Art. L.141-5 C.com.

<sup>181</sup> C.com., art. L.141-5, al. 2 et art. L.142-2, al 3.

<sup>182</sup> AUDG-REV, art 148.

<sup>183</sup> M. BENILLOUCHE et J. BERREBI, *Leçons de droit commercial*, Ellipses, 2010, p. 3.

## **A : Présentation des marchandises du fonds de commerce**

**152.** Comme il est acquis que le droit OHADA et le droit français reconnaissent formellement les marchandises comme étant des éléments du fonds de commerce, il faut clarifier ce que ce terme désigne dans ces deux droits. À ce propos, il n'y a pas de différence notable, tant leurs définitions ne se contredisent pas. La distinction des marchandises d'avec le matériel (2) permettra de mieux comprendre de quoi il s'agit (1).

### **1 : Définition des marchandises du fonds de commerce**

**153.** En règle générale, les marchandises désignent l'offre du fonds de commerce. Autrement dit, c'est ce que le commerçant vend à sa clientèle. Toutefois, certaines sont destinées à la fabrication de ce qui va être proposé aux clients. Le droit OHADA, en parlant de marchandise en stock, en donne la même approche définitionnelle que le droit français. Il s'agit des matières premières destinées à être travaillées d'une part, et des produits destinés directement à la vente d'autre part<sup>184</sup>. La doctrine française y voit, elle aussi, les matières premières destinées à être transformées et les produits ou les biens pouvant être revendus en l'état.<sup>185</sup> Elle ajoute ceci : « ces marchandises figurent au bilan sous la rubrique : actif circulant, elles constituent les stocks qui par hypothèse sont variables et fongibles »<sup>186</sup>.

**154.** Il apparaît que, comme le matériel, certaines marchandises participent au processus de production de l'offre du fonds de commerce. Le risque de confondre la marchandise et le matériel est donc avéré. Dès lors une distinction s'impose.

### **2 : Distinction des marchandises d'avec le matériel**

**155.** Les marchandises se distinguent du matériel. Cette distinction est importante car elle revêt, entre autres, des enjeux juridiques.

**156.** D'abord, les marchandises, en raison de leur instabilité, sont exclues du nantissement du fonds de commerce<sup>187</sup>. L'article L-142-2 du code de commerce français ne retient que le matériel. L'alinéa 2 de l'article 162 de l'acte uniforme de l'OHADA révisé portant organisation des sûretés ne retient, lui aussi, que le matériel professionnel<sup>188</sup>.

---

<sup>184</sup> A. PEDRO SANTOS et J. YADO TOE, *op. cit.*, p. 211, n° 347.

<sup>185</sup> A. REYGROBELLET, *Fonds de commerce, op. cit.*, p. 12, n° 16.41.

<sup>186</sup> M. PEDAMON et H. KENFACK, *op. cit.*, p. 228-229 n° 261.

<sup>187</sup> Req. 21 juin 1933, *DH* 1933. 426 ; M. DUPUIS, *Droit commercial, op. cit.*, p. 309 ; M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 712, n° 999.

<sup>188</sup> AUS-REVI, art. 162.

**157.** Ensuite, le privilège du vendeur du fonds, en droit français, s'exerce d'abord sur les marchandises avant de se porter sur le matériel<sup>189</sup>. Cependant, le droit OHADA semble ne pas faire de distinction à ce niveau, pas plus qu'il ne donne un ordre de priorité<sup>190</sup>. Néanmoins cela ne remet pas en cause l'intérêt juridique ci-dessus évoqué de la distinction entre le matériel et les marchandises.

**158. Distinction en droit fiscal.** En outre, cette la distinction revêt un enjeu fiscal. En effet, les marchandises sont soumises, en cas de cession, à la taxe sur la valeur ajoutée ; tandis que le matériel est soumis aux droits d'enregistrement applicables au fonds de commerce<sup>191</sup>. S'il en est ainsi des enjeux, quid de la distinction elle-même ?

**159. Une distinction fondée sur l'instabilité des marchandises.** La différence entre le matériel et les marchandises consiste en ceci que, le matériel a une certaine stabilité au sein du fonds or, ce n'est pas le cas des marchandises. Celles-ci ont, elles, un caractère fugitif<sup>192</sup>. Autrement dit, elles sont un élément instable du fonds de commerce. La raison de cette instabilité se trouve dans la définition qui a été donnée des marchandises. Elles n'ont pas vocation à demeurer dans le fonds, tant et si bien qu'elles sont destinées à la revente et ce, le plus rapidement possible. « Les marchandises se distinguent du matériel, non par leur nature, mais par leur affectation ou leur destination. Les marchandises correspondent à l'objet même de l'exploitation, alors que le matériel est le support nécessaire à l'exercice de l'exploitation »<sup>193</sup>.

**160.** Ainsi, la marchandise ne se confond pas avec le matériel. Cette distinction est donc utile du point de vue technique et sur le plan juridique. Au demeurant, on peut légitimement s'interroger sur l'importance des marchandises dans la composition du fonds de commerce.

## **B : L'importance relative accordée aux marchandises au sein du fonds de commerce**

**161.** Traditionnellement, les marchandises ne jouissent pas d'une grande considération dans la conception de la notion juridique de fonds de commerce. La doctrine est quasi unanime sur ce

---

<sup>189</sup> C. com., art. L.141-5 et L.141-15.

<sup>190</sup> A. PEDRO SANTOS et J. YADO TOE, *op. cit.*, p. 227, n° 368.

<sup>191</sup> B. SAINTOURENS, *op. cit.*, p. 137, n° 224; Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *op. cit.*, p. 340, n° 4489.

<sup>192</sup> Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *ibidem*.

<sup>193</sup> A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p. 125, n° 16.46.

constat. Que l'on soit en droit français ou en droit OHADA, le rôle de la marchandise (1) est considéré comme secondaire (2)

## **1 : La place de la marchandise au sein du fonds de commerce**

**162.** La marchandise n'est pas inutile au fonds de commerce, loin de là. Comme le suggère sa présentation, elle participe à la vitalité du fonds de commerce.

**163.** La clientèle se rend dans une exploitation commerciale avec pour idée de se procurer des marchandises, ou de bénéficier de services. Un fonds de commerce peut être fermé, ne serait-ce que temporairement, lorsqu'il n'y plus de marchandise à proposer à la clientèle, malgré la présence d'autres éléments. C'est la preuve que l'absence de marchandise peut impacter le fonctionnement régulier d'un fonds de commerce. Ceci est vérifiable en droit français comme en droit OHADA et ce, dans le commerce classique comme dans le commerce sur internet ou e-commerce.

**164. Début de valorisation par la jurisprudence de la place du matériel et des stocks.** La jurisprudence a ouvert une brèche pour une possible reconsidération de la place secondaire traditionnellement réservée aux éléments corporels du fonds de commerce dont les marchandises. Ce fut le cas dans un arrêt rendu le 27 mars 2002<sup>194</sup>. En ce cas, le juge était invité à se prononcer à propos d'un réseau de franchise. Concrètement, la question était de savoir si le franchisé pouvait se prévaloir d'un bail commercial. L'enjeu derrière cette question était la détermination de la propriété du fonds. Autrement dit, la titularité du bail allait conférer au franchisé la propriété du fonds. Répondant, la Cour de cassation affirme que la clientèle locale, c'est-à-dire la clientèle personnelle du franchisé, n'existe que par le fait des moyens que celui-ci met en œuvre. La cour précise que ces moyens sont entre autres *le matériel et les stocks*. Par ce raisonnement, le juge donne l'occasion de porter un regard plus favorable sur les éléments corporels que les marchandises forment avec le matériel. Toutefois, cette position de la Cour de cassation reste très minoritaire. L'importance de la marchandise reste relative au sein du fonds de commerce.

---

<sup>194</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ. 27 mars 2002, *Bull. civ.* III, n<sup>o</sup> 77.

## **2 : La relativité de l'importance des marchandises**

**165.** Les marchandises ont certes de l'importance, mais celle-ci reste relative. Leur existence ou leur absence n'a aucune incidence sur la qualification de la notion de fonds de commerce. L'importance des marchandises est plus pratique que juridique.

**166.** D'abord la cession des marchandises, comme d'ailleurs celle du matériel, n'emporte pas celle du fonds de commerce. Cela est notoirement connu aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Aussi avons-nous vu que les marchandises sont exclues de l'assiette du nantissement du fonds de commerce, conformément aux articles 162 de l'acte uniforme de l'OHADA sur les sûretés et L. 142-2 du code de commerce français. En effet, ces deux textes ne mentionnent pas les marchandises parmi les éléments du fonds de commerce pouvant faire l'objet de son nantissement.

**167.** Ainsi, l'importance des marchandises est relative car elle n'est pas véritablement juridique. Elles n'ont pas d'incidence sur la qualification juridique du fonds de commerce. Celui-ci survit à leur cession. En l'état du droit positif, à la suite de la loi, la doctrine est quasi unanime sur le caractère secondaire des marchandises. Elle en parle tantôt comme un élément facultatif ou instable, tantôt comme une composante variable<sup>195</sup>. Avec le matériel, il s'agit des éléments les moins importants du fonds de commerce, par opposition aux éléments les plus importants<sup>196</sup>. Ces derniers ne sont autres que les éléments incorporels. Par ailleurs, certains éléments incorporels restent facultatifs.

### **§2 : Les éléments incorporels facultatifs**

**168.** Il est vrai que les éléments obligatoires du fonds de commerce sont exclusivement des éléments incorporels. Cependant, tous les éléments incorporels dudit fonds ne sont pas obligatoires. Par conséquent, il y a des éléments incorporels qui sont, eux, facultatifs. Au demeurant, ces éléments restent insuffisants. Il s'agit, d'une part, des éléments de localisation du fonds de commerce(I). D'autre part, on retrouve les monopoles d'exploitation(I).

---

<sup>195</sup> A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p. 120, n° 16.11; M. BENILLOCHE et J. BERREBI, *op. cit.*, p. 3; A. FOKO, *op. cit.*, p. 814, n° 38; M. Koné, *op. cit.*, p. 358, n° 601.

<sup>196</sup> P. DIDIER et PH DIDIER, *Droit commercial*, Economica, Paris 2005, p. 330, n° 349.

## **I : Les éléments de localisation du fonds de commerce**

**169.** Certains éléments incorporels, facultatifs, servent à la localisation du fonds de commerce. Dans cette catégorie, il y a principalement le droit au bail (A). En poussant l'analyse, on pourrait également songer au droit de concession, à l'autorisation de stationnement ou au droit d'occupation d'un emplacement sur un marché (B).

### **A : Le droit au bail**

**170.** Après avoir défini le droit bail (1), il sied d'apprécier la place que lui donnent le droit français et le droit OHADA parmi les éléments du fonds de commerce (2).

#### **1 : Définition du droit bail**

**171.** Encore appelé propriété commerciale<sup>197</sup>, le droit bail est celui qui permet la jouissance du local abritant le fonds de commerce. Concrètement, le droit au bail permet d'occuper les locaux. Il s'agit aussi du droit au renouvellement du contrat de bail dont bénéficie le commerçant à l'égard du propriétaire du local. Le non-respect de cette prérogative donne lieu, sous certaines conditions, au versement d'une indemnité d'éviction<sup>198</sup>. Il est un élément important. Mais certains fonds de commerce peuvent se concevoir sans ce droit au bail. Cela soulève la question de son caractère facultatif au sein du fonds de commerce.

#### **2 : La question du caractère facultatif du bail commercial**

**172. Le droit au bail, un élément nécessaire en droit français.** Selon l'acte uniforme OHADA révisé, relatif au droit commercial général, le bail commercial ne fait pas partie des éléments obligatoires ou nécessaires du fonds de commerce. Celui-ci ne désigne en effet, dans cette catégorie, que la clientèle, le nom et de l'enseigne<sup>199</sup>. Il en est autrement dans le code de commerce français. Ce dernier fait du bail un élément nécessaire du fonds de commerce, à l'égal du nom et de l'enseigne. Ainsi l'alinéa 3 de l'article L.142-2 du code de commerce dispose-t-il : « Á défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage »<sup>200</sup>.

---

<sup>197</sup> D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, *op. cit.*, p. 83, n° 163.

<sup>198</sup> A. PEDRO et J. YADO TOE, *op. cit.*, p. 208, n° 336 ; Y. REINHARD et JP. CHAZAL, *op. cit.*, p. 347, n° 498 ; A. FOKO, « Fonds de commerce », *op. cit.*, p. 813 n° 41 à 42 ; A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p. 84, n° 14.11 ; D. HOUTCIEFF, *Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, contrats commerciaux, concurrence, instrument de paiement et de crédit*, *op. cit.* p. 183, n° 455.

<sup>199</sup> AUDCG-REVI, art. 136, *op. cit.*

<sup>200</sup> C. com., art L.142 -2 al 3.

Le constat qui se dégage, en l'espèce, est que le droit au bail est cité parmi les éléments nécessaires du fonds de commerce en droit français, mais qu'il est rangé dans la catégorie des éléments facultatifs par le droit OHADA.

**173. La double nature du droit au bail.** Dans la réalité de la vie des affaires, le bail peut être tantôt nécessaire, tantôt relatif. À ce propos, la doctrine parle d'une double nature<sup>201</sup>. Dans la première hypothèse, ce droit est nécessaire ou déterminant, car il peut conditionner l'existence réelle du fonds de commerce. En sorte que, son absence compromet fatalement le maintien du fonds. Aussi, certains fonds doivent leurs succès, en grande partie, à leurs bons emplacements<sup>202</sup>. Dans la seconde hypothèse, le droit au bail est relatif ou facultatif parce qu'il peut être absent de certains fonds. C'est précisément le cas quand le commerçant est propriétaire du local dans lequel son fonds est exploité. En l'espèce, le propriétaire du fonds de commerce, à la fois propriétaire de l'immeuble, peut toutefois créer une société immobilière qui va louer le local. En plus de bonifier l'assiette du fonds de commerce en y incluant un bail, le propriétaire peut y gagner fiscalement et financièrement<sup>203</sup>. Le droit au bail ne présente pas plus d'intérêt dans certains fonds dépourvus de localisation fixe. En effet, certaines activités commerciales peuvent être exercées sans qu'il soit nécessaire de recourir à un local. À ce propos, l'exemple des fonds dits « forains », exploités par des commerçants ambulants, est édifiant<sup>204</sup>. Les commerçants ne sont plus les seuls à bénéficier du statut des baux commerciaux. En sorte que le bail commercial est devenu un bail professionnel, c'est à dire un bail applicable, outre aux commerçants, à d'autres professionnels.

**174. L'avènement d'un bail professionnel.** Selon le code de commerce français, le statut des baux commerciaux profite actuellement non seulement aux commerçants, mais aussi aux artisans<sup>205</sup>, à certains artistes<sup>206</sup>, et à d'autres entités non-commerciales<sup>207</sup>.

**175. Une consécration légale du bail « à usage professionnel » en droit OHADA<sup>208</sup>.** L'acte uniforme OHADA sur le droit commercial prévoit pour sa part que le bail commercial qui est devenu le bail à usage professionnel, est celui qui permet à un professionnel d'exercer dans un

---

<sup>201</sup> Y. REINHARD et JP. CHAZAL, *op. cit.*, p. 347, n° 498; A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p. 84, n° 14.12. - 14.13.

<sup>202</sup> Civ. 3e, 12 janvier 1965, *Bull. civ.* III, n° 32, p. 28; Civ. 3e, 22 mars 2006, *Bull. civ.* III, n° 74, *JCP E*, 2006.1802; D. LEGAIS, *op. cit.*, p. 83, n° 163.

<sup>203</sup> Y. REINHARD et JP. CHAZAL, *op. cit.*, p. 348, n° 498.

<sup>204</sup> Cass. Com., 1<sup>er</sup> février 1966, *Bull. civ.* III, n° 69.

<sup>205</sup> C. com., art. L145-1 al 3.

<sup>206</sup> C. com., art. L145-2 al 6.

<sup>207</sup> C. com., art. L.145-2 al 1 à 3.

<sup>208</sup> *Infra.*, n° 744.

local une activité commerciale, artisanale, industrielle ou toute autre activité professionnelle<sup>209</sup>. En droit OHADA, on ne parle plus de « bail commercial », mais plutôt de « bail à usage professionnel »<sup>210</sup>. Cette évolution sémantique y est clairement assumée et formalisée par le législateur.

**176.** Au demeurant, le droit au bail coexiste avec d'autres éléments incorporels facultatifs et qui servent, eux-aussi, à la localisation du fonds de commerce.

## **B : Les autres éléments de localisation du fonds de commerce**

**177.** Des droits, autres que le droit au bail, peuvent aussi jouer un rôle dans la localisation du fonds de commerce<sup>211</sup>. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut retenir le droit né d'une concession immobilière (1), l'autorisation de stationnement accordée aux exploitants de taxis et le droit d'occupation d'un emplacement sur un marché d'intérêt national (2).

### **1 : Le droit de concession**

**178. Définition.** Selon la loi d'orientation foncière, la concession désigne : « [...] le contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble ou partie d'immeuble, bâti ou non bâti, en confère la jouissance à une personne dénommée concessionnaire, pour une durée de vingt années au minimum et moyennant le paiement d'une redevance annuelle [...] »<sup>212</sup>. Plus exactement, il s'agit du droit dont bénéficie le concessionnaire en vertu du contrat de concession ci-dessus défini. La loi française du 30 décembre 1967, dite loi d'orientation foncière permet, d'inclure ce droit dans l'assiette du nantissement du fonds de commerce. Ce texte dispose ainsi que : « [...] Le droit à la concession immobilière est susceptible d'être compris dans un nantissement prévu par la loi du 17 mars 1909, lorsqu'il porte sur un bien à usage commercial, industriel ou artisanal »<sup>213</sup>.

**179. Nature immobilière et admission au sein du fonds de commerce.** Le droit à la concession immobilière est, selon cette loi, un élément susceptible d'être compris dans le fonds. Selon le même texte, ce fonds peut être mis en location-gérance<sup>214</sup>. À la suite du législateur, la

---

<sup>209</sup> AUDCG-REVI, art. 103.

<sup>210</sup> J. WAMBO, « Bail commercial et domaine public en droit OHADA : étude de jurisprudence », *op. cit.*, p. 339.

<sup>211</sup> À propos des « conventions d'occupation précaire », cf., J. WAMBO, « Bail commercial et domaine public en droit OHADA : étude de jurisprudence », *op. cit.*, p. 344.

<sup>212</sup> Loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 dite loi d'orientation foncière, art. 48.

<sup>213</sup> Loi n° 67-1253, *op. cit.*, art. 51 *in fine*.

<sup>214</sup> Loi n° 67-1253, art. 51 al 3.

doctrine reconnaît ce droit comme étant une composante possible du fonds de commerce<sup>215</sup>. Cependant, l'admission du droit à la concession immobilière est problématique. Il s'agit en réalité d'un droit réel immobilier<sup>216</sup>.

**180.** Or, le fonds de commerce est un meuble incorporel, et les droits immobiliers en sont exclus, du moins dans le principe. Il s'agit ici d'un point de démarcation du droit français d'avec le droit OHADA. Celui-ci prévoit, lui, ceci : « ...le nantissement ne peut porter sur des droits réels immobiliers conférés ou constatés par des baux ou des conventions soumises à inscription au registre de la publicité immobilière ». <sup>217</sup> Le principe d'exclusion martelé ici par le droit OHADA est bien établi en droit français. Les immeubles y sont aussi exclus du fonds. On peut tout de même noter cette décision du tribunal de Cotonou dans laquelle le juge déclare : « Le contrat de concession survit au changement de concédant en cas de cession. Le cessionnaire est subrogé dans les droits et obligations du précédant titulaire des droits, lequel est tenu de poursuivre la concession sur l'échéance prévu pour celle-ci » <sup>218</sup>.

**Une exception au principe d'exclusion des biens et droit immobiliers.** Dès lors, l'admission du droit à la concession immobilière apparaît comme une exception qu'il faudrait exploiter dans la perspective d'une reconsidération de la notion de fonds de commerce dont les éléments facultatifs sont aussi insuffisants. Par ailleurs, il y a d'autres éléments de localisation.

## **2 : L'autorisation de stationnement et le droit d'occupation d'un emplacement sur un marché**

**181. Autorisation de stationnement.** Les autorisations de stationnement délivrées aux exploitants de taxis sont de véritables éléments de localisation du fonds de commerce. Elles permettent à la clientèle de savoir où prendre un taxi.

**182. Cessibilité des autorisations de stationnement.** Il s'agit d'élément de localisation entrant dans le fonds de commerce des exploitants de taxis qui en bénéficient. La possibilité de céder ses autorisations a été d'abord posée par la jurisprudence<sup>219</sup>. La loi est venue consacrer cette cession qui est, en l'espèce, synonyme de patrimonialisation. Elle dispose que le titulaire d'une

---

<sup>215</sup> M. De JUGLART et B. IPPOLITO, *Traité de droit commercial*, tome 1, 4<sup>e</sup> édition, Montchrestien, p. 554 n° 151-6.

<sup>216</sup> B. BOCCARA, « La concession immobilière », *JCP G* 1969, I, 2245, n°33-34 ; F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, 2<sup>e</sup> édition., PUF, 1997, n° 215.

<sup>217</sup> AUS-REVISE, art. 162 al 4.

<sup>218</sup> TI Cotonou 02 /09/ 2002 n°025 [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

<sup>219</sup> Cass. civ., 27 février 1967, *AJDA* 1964, p. 240.

autorisation de stationnement a la faculté de présenter, à titre onéreux, un successeur à l'autorité administrative qui a délivré ladite autorisation<sup>220</sup>. « Il n'est donc pas douteux qu'il s'agisse d'un élément du fonds de commerce appartenant à l'exploitant du taxi »<sup>221</sup>. À côté de cet élément de localisation, on peut encore citer certains droits d'occupation.

**183. Le droit d'occupation d'un emplacement sur un marché d'intérêt national.** Il est aussi un élément de localisation. Aussi entre-t-il, lui aussi, dans la composition du fonds de commerce. Pour C. VILAR, il s'agit même d'un élément essentiel du fonds des commerçants qui en bénéficient.<sup>222</sup> Cette affirmation est à l'image de la position de la doctrine pour laquelle l'appartenance au fonds de commerce des droits d'occupation privative d'emplacement dans un marché d'intérêt national ne fait aucun doute<sup>223</sup>.

**184.** Il ressort que le droit au bail est le principal élément de localisation du fonds de commerce, ou le plus connu. Comme lui, d'autres droits servent à la localisation du fonds de commerce. Malheureusement, ils sont peu pris en compte. Outre tous ces éléments de localisation, les monopoles sont, eux aussi, des éléments incorporels facultatifs.

## **II : Les monopoles d'exploitation**

**185.** En pratique, les monopoles d'exploitation sont des éléments très importants pour le fonds de commerce. Pourtant, au regard de la loi, ils restent considérés comme facultatifs, en droit français et en droit OHADA. Cela traduit, une fois de plus, les limites de la composition actuelle du fonds de commerce.

**Droits de propriété intellectuelle et monopoles d'exploitation.** Les textes qui donnent la composition du fonds de commerce en droit français et en droit OHADA<sup>224</sup> citent généralement les droits de propriété intellectuelle. Il s'agit de droits incorporels portant sur des créations de l'intelligence, ou de l'esprit, et qui confèrent à leur titulaire un monopole d'exploitation, encore appelé monopole d'utilisation. Ainsi, l'exercice du droit de propriété intellectuelle se traduit par ce monopole d'exploitation. Autrement dit, les monopoles d'exploitation sont la

---

<sup>220</sup> Loi n° 95-66 du 20 janvier 1995 relative à l'accès à l'activité de conducteur et à la profession d'exploitant de taxi.

<sup>221</sup> A. REYGROBELLET, *Fonds de commerce, op. cit.*, p. 89, n° 1425.

<sup>222</sup> C. VILAR, « Fonds de commerce et marché d'intérêt national », RTD. com. 1973, spec p. 39, n° 17.

<sup>223</sup> A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p. 90, n° 14.26.

<sup>224</sup> Cf. c.com., art. L142-2 et AUDCG-REVI, art. 137.

manifestation d'un droit de propriété<sup>225</sup>. En ce cas, il s'agit d'une variante de droit de propriété intellectuelle qu'on appelle propriété industrielle.

**Propriété intellectuelle, propriété industrielle, propriété littéraire et artistique.** En réalité, c'est la propriété industrielle et la propriété littéraire et artistique qui forment la propriété intellectuelle. Objet d'une matière nouvelle du droit, elle est aussi au centre d'une doctrine significative<sup>226</sup>. En d'autres termes, les droits de propriété industrielle sont une variété de droits de la propriété intellectuelle aux côtés des droits d'auteur qui, eux, ne sont pas inclus dans le fonds de commerce<sup>227</sup>. Certains monopoles d'exploitation résultent d'une autorisation administrative (A), d'autres procèdent d'un savoir-faire, d'un signe ou d'un sigle (B).

## **A : Les monopoles d'exploitation résultant d'autorisations administratives**

**186.** Les monopoles d'exploitation résultant d'une autorisation administrative renvoient essentiellement aux licences d'exploitation (1). Ces licences n'entrent pas toutes dans la composition du fonds de commerce (2).

### **1 : Les licences d'exploitation**

**187.** Certaines activités économiques ne peuvent être exercées sans autorisations préalables d'administrations en charge de leur encadrement. Le commerce n'y échappe pas. En effet, l'exercice de certaines activités commerciales est conditionné par l'obtention d'une autorisation par le commerçant. Il y a diverses autorisations, ce qui, au demeurant, soulève la question de leur admission au sein du fonds de commerce.

**188.** Ces autorisations sont connues et sont les mêmes en droit français et en droit OHADA où leurs appellations peuvent varier. On parle généralement de licence, d'agrément ou tout simplement d'autorisation. Il s'agit, à titre illustratif, des licences qui permettent d'exercer l'activité de transport, celles qui autorisent l'exploitation d'un débit de boisson, ou celles qui permettent d'exploiter une pharmacie etc.<sup>228</sup>. Toutes ces licences n'entrent pas

---

<sup>225</sup> D. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 111, n° 197-199.

<sup>226</sup> J. AZEMA et J-C GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2017 ; J. RAYNARD, P. TREFIGNY et E. PY, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2016 ; N. BINCTIN, *Droits de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2016 ; J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2013 ; V. VARNEROT, *Leçons de droit de la propriété littéraire et artistique*, Ellipse, 2012.

<sup>227</sup> D. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 111, n° 197-199; cf. *infra.*, n° 200.

<sup>228</sup> A. BERNARD, « L'autorisation administrative et le contrat de droit privé », *RTD. com.*, 1987, 1 ; A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p. 90, n° 14.70-14.81 ; Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *Droit*

systématiquement dans l'assiette du fonds de commerce. Leur admission est donc conditionnelle.

## **2 : L'admission conditionnelle des licences d'exploitation au sein du fonds de commerce**

**189.** L'article 137 de l'Acte uniforme de l'OHADA révisé, relatif au droit commercial général et l'article L.142-2 du Code de commerce français prévoient que les licences d'exploitation peuvent entrer dans la composition du fonds de commerce.

Toutefois, les choses peuvent se complexifier selon que lesdites autorisations ont un caractère personnel ou pas.

**Le caractère personnel des licences et leur incessibilité.** Le caractère personnel des licences suppose qu'elles sont attachées à la personne à qui elles ont été accordées. Celle-ci ne peut, en principe, les céder. D'autant plus que leur octroi se fait en considération de la personne qui en a fait la demande<sup>229</sup>. Les autorisations marquées par ce caractère personnel ne font pas partie du fonds de commerce. Elles ne suivent donc pas son sort<sup>230</sup>. En cas de cession du fonds, le cessionnaire doit formuler une nouvelle demande. En attendant les suites de cette demande, il ne peut pas exploiter le fonds acquis. Il en est ainsi, en France, des licences d'agence de voyage ou de tourisme<sup>231</sup>.

**La cessibilité de certaines licences.** Les licences d'exploitation qui n'ont pas ce caractère personnel sont admises au sein du fonds de commerce. Par conséquent, elles sont cessibles avec lui, lorsqu'elles sont mentionnées dans l'acte de cession dudit fonds<sup>232</sup>. Il en va ainsi, par exemple, des licences de débit de boisson<sup>233</sup>.

---

*commercial, Actes de commerce. Commerçant. Fonds de commerce. Concurrence. Consommation, op. cit.*, p. 348, n° 501.

<sup>229</sup> F. BATAILLER, « Les béati possidentes du droit administratif », *RD. Public* 1965, p. 1051.

<sup>230</sup> J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA* 1965, p. 3 ; L. RAPP, P. TERNEYERE et N. SYMCHOWICZ, « La « vénalité » de la réglementation économique », in *Lamy droit public des affaires*, 2004, p. 375, n° 1000.

<sup>231</sup> D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires, op. cit.*, p. 82, n° 159.

<sup>232</sup> D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 184 n° 458; Y. REINHARD et JP. CHAZAL, *op. cit.*, p. 348, n° 500; J. DIFFO TCHUNKAM, *op. cit.*, p. 198, n° 367.

<sup>233</sup> Cass. 14 juin 1926, *Gaz. Pal.*, 1926, 2, 442 ; Cass. req., 9 juillet 1933, *S.*, 1933, 1, 72 ; Cass. com. 4 mai 1982, *D.* 1982.

Les autorisations, notamment celles dites personnelles, viennent allonger la longue liste des éléments, souvent très importants, qui se retrouvent écartés du fonds de commerce. Il en va ainsi des autres monopoles d'exploitation.

## **B : Les monopoles correspondant à un savoir-faire, à un signe ou un sigle**

**190.** Certains monopoles d'exploitation résultent d'un savoir-faire (1), d'autres procèdent d'un signe ou d'un sigle (2).

### **1 : Les monopoles d'exploitation correspondant à un savoir-faire**

**191.** Dans la catégorie des monopoles d'exploitation résultant d'un savoir-faire, on retrouve essentiellement les brevets d'inventions.

**192. Les brevets d'inventions.** Le brevet d'invention est un titre de propriété industrielle qui confère à son bénéficiaire le droit exclusif d'explorer une invention<sup>234</sup>. Ce sont des titres délivrés par un organisme spécialisé. En France, c'est l'Institut National de la Propriété Industrielle qui en est le pourvoyeur<sup>235</sup>. En droit OHADA, leur octroi est de la compétence de l'OAPI via ses antennes nationales. Par exemple, au Cameroun, c'est le ministère de l'industrie qui sert d'intermédiaire pour le dépôt des demandes avant qu'elles ne soient examinées par l'OAPI<sup>236</sup>.

**193. La brevetabilité d'une invention.** Le monopole conféré par le brevet est limité dans le temps. Il est de 20 ans en France comme dans l'espace OHADA. La brevetabilité requiert la réunion de certaines conditions de fond et de forme.

**Conditions.** Sur le fond, l'invention qui fait l'objet de la protection doit être nouvelle. Elle ne doit pas avoir déjà été déposée. En outre, elle ne doit pas être déjà tombée dans le domaine public. Aussi doit-elle avoir un caractère industriel<sup>237</sup>. Sur la forme, l'invention doit être détaillée dans la demande avant que cette dernière ne soit adressée à l'autorité compétente<sup>238</sup>.

---

<sup>234</sup> CPI, art. L. 611-1 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 100, n° 221 ; D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 325, n° 628 ; A. PEDRO SANTOS et J. YADO TOÉ, *op. cit.*, p. 209.

<sup>235</sup> CPI, art. L141-1.

<sup>236</sup> J. DIFFO TCHUNKAM, *op. cit.*, p. 199, n° 369.

<sup>237</sup> Cass. com. 31 mars 1954, *D.* 1954.492; S. CHATRY et S. LE CAM, *Droit de la propriété intellectuelle, Synthèse du cours-Définitions-Exercices*, 2<sup>e</sup> édition, Studyrama, 2018, p. 168 et s. ; J. DIFFO TCHUNKAM, *op. cit.*, p. 199, n° 369.

<sup>238</sup> S. CHATRY et S. LE CAM, *op. cit.*, p. 168 et s. ; J. DIFFO TCHUNKAM, *op. cit.*, p. 199, n° 369 ; com. 20 mars 2007, n° 05-12.626, *Bull. civ.* IV, n° 89, *D.* 2007.1087, obs. J. DALEAU ; CPI, art. 612-5.

**194. Protection du brevet.** Le brevet est protégé au moyen de l'action en contrefaçon<sup>239</sup>, entre autres. Au demeurant, sa protection est non seulement civile, mais aussi pénale<sup>240</sup>. Comme élément du fonds, il peut être très déterminant pour le ralliement de la clientèle<sup>241</sup>.

**195. Licences d'exploitation et autorisations administratives.** Le code de commerce français et l'acte uniforme de l'OHADA sur le droit commercial général parlent aussi des licences. Ici, elles ne sont pas à confondre avec les autorisations administratives. En l'espèce, elles confèrent à un tiers le droit d'exploiter un brevet, moyennant une redevance. Elles sont dites exclusives ou simples, selon que le titulaire du brevet se garde le droit de le concéder à d'autres ou pas<sup>242</sup>. À côté de ces droits, il y a d'autres monopoles d'exploitation conférés, eux, par un signe ou un sigle.

## **2 : Les monopoles d'exploitation correspondant à un signe ou à un sigle**

**196.** Dans cette catégorie, on retrouve les marques de fabrique et de commerce ainsi que les dessins et modèles.

**197. Les marques.** S'agissant des marques de fabrique et de commerce, il s'agit des signes que les commerçants apposent sur leurs marchandises afin de les distinguer de celles de leurs concurrents. Il peut s'agir de noms, de sigles, d'empreintes voire de chiffres<sup>243</sup>. Selon l'article L.711-1 du code français de la propriété intellectuelle, c'est : « ...un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale. Peuvent notamment constituer un tel signe :a) Les dénominations sous toutes les formes telles que : mots, assemblages de mots, noms patronymiques et géographiques, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles ;b) Les signes sonores tels que : sons, phrases musicales ;c) Les signes figuratifs tels que : dessins, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, hologrammes, logos, images de synthèse ; les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service ; les dispositions, combinaisons ou nuances de couleurs »<sup>244</sup>.

**198. Marque de fabrique et marque de commerce.** En règle générale, on distingue les signes identifiant, auprès de la clientèle, les produits fabriqués par un industriel. En l'espèce, on parle

---

<sup>239</sup> CPI, L.615-1.

<sup>240</sup> CPI, art. L.615-12 : « Quiconque se prévaut indûment de la qualité de propriétaire d'un brevet ou d'une demande de brevet est puni d'une amende de 7 500 euros ». La protection pénale relève des lois nationales en droit OHADA.

<sup>241</sup> Cass. Soc. 7 juin 1974, *Bull. civ.* n° 351.

<sup>242</sup> A. REYGROBELLET, *Droit commercial, op. cit.* p. 97, n° 14.61.

<sup>243</sup> J. DIFFO TCHUNKAM, *op. cit.*, p. 200, n° 370.

<sup>244</sup> CPI., art. 711-1.

de marques de fabrique. Ceux qui sont diffusés par un commerçant sont des marques de commerce. Il y a, enfin, les marques de services. Ces derniers résultent de prestations de services réalisées par certains professionnels. Il en va ainsi des hôteliers ou des transporteurs<sup>245</sup>.

**Fonction de la marque.** La marque de fabrique permet de savoir de qui émane un produit. Elle sert à éviter la confusion sur l'origine du produit ou de la prestation dans l'esprit du consommateur. En d'autres termes : « La fonction essentielle de la marque est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine des produits ou service désignés par la marque en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou service de ceux qui ont une autre provenance »<sup>246</sup>.

**199. Caractères de la marque.** Pour remplir sa principale fonction, la marque doit être distinctive, originale et nouvelle. Par ailleurs, elle ne doit pas être mensongère quand, par exemple, elle fait référence à une localité où le produit aurait été fabriqué<sup>247</sup>. Ici encore, ce sont les législations pénales des États membres qui protègent la marque en droit OHADA. Il en est ainsi de l'article 330 du code pénal camerounais<sup>248</sup>. En France, elle est régie par les articles L.711-1 à L.716-16 du code de la propriété intellectuelle.

**200. Propriété industrielle, propriété littéraire et artistique, propriété intellectuelle.** Avec la marque, les monopoles d'exploitation sont conférés par les créations industrielles. Ensemble, elles forment la propriété industrielle. Celle-ci, à son tour, avec la propriété littéraire et artistique, forment ce qui est appelé propriété intellectuelle<sup>249</sup>.

**201. Les dessins et modèles.** Ils peuvent se définir comme étant une disposition de traits ou de couleurs représentatifs d'une image sur une surface plane. Les modèles sont une forme. Ils procèdent de l'art industriel<sup>250</sup>. Ce sont encore des créations d'ordre ornemental qui permettent de caractériser l'apparence d'un produit en tout ou partie.<sup>251</sup>

**202. Protection.** Leur protection obéit, elle aussi, à certaines conditions. En effet, pour être protégés, les dessins et modèles doivent être nouveaux et propres. Le caractère nouveau suppose qu'aucun dessin ou modèle similaire n'ait été divulgué jusqu'à la date de demande

---

<sup>245</sup> J. MESTRE, M. PANCAZI, I. ARNAUD-GROSSI, L. MERLAND et N. TAGLIARINO-VIGNAL, *Droit commercial, Droit interne et aspects de Droit international*, 29<sup>e</sup> édition, LGDJ, p. 279, n° 929.

<sup>246</sup> CJCE, 18 juin 2002, C-299/99, *Philips Electronics c/Remington Consumer Product*, PIBD, III, p. 327.

<sup>247</sup> J. DIFFO TCHUNKAM, *op. cit.*, p. 200, n° 370.

<sup>248</sup> J. DIFFO TCHUNKAM, *ibidem*.

<sup>249</sup> D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 158.

<sup>250</sup> D. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 201, n° 37.

<sup>251</sup> A. REYGROBELLET, *Droit commercial, op. cit.*, p. 97, n° 14.62.

d'enregistrement ou à celle de la priorité revendiquée. Le caractère propre quant à lui signifie que l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez un observateur averti est différent de celle produite par tous les dessins et modèles antérieurement divulgués<sup>252</sup>. La protection des dessins et modèles est prévue par les articles L.511-1 et suivants de code de la propriété intellectuelle en France. En droit OHADA, elle est la même que celle des marques de fabrique.

## **Conclusion du chapitre 1**

**203.**En somme, le fonds de commerce se compose d'éléments corporels et d'éléments incorporels. Parmi ceux-ci, seuls certains éléments, incorporels, sont obligatoires. En droit OHADA, ces éléments sont : la clientèle, le nom et l'enseigne. En droit français on retrouve ces mêmes éléments obligatoires auxquels s'ajoute le droit au bail. Il ressort qu'en dehors de ces quatre éléments précités, les nombreux autres éléments du fonds de commerce n'ont qu'un caractère facultatif. Autrement dit, ils ne sont pas toujours retenus dans l'assiette du fonds de commerce. Par ailleurs, aucun élément corporel n'est obligatoire. Ainsi, les éléments entrant dans la composition du fonds de commerce se révèlent insuffisants à assurer l'unité de cette notion. Au demeurant, la composition du fonds de commerce présente de nombreuses limites.

---

<sup>252</sup> Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *Droit commercial, op. cit.*, p. 395, n° 602.



## **CHAPITRE 2 : L'INSUFFISANCE RÉSULTANT DES LIMITES DE LA COMPOSITION DU FONDS DE COMMERCE**

**204.** Globalement, la composition du fonds de commerce est la même en droit français et en droit OHADA. Elle y présente de nombreuses limites. À l'incapacité des éléments admis dans le fonds de commerce à assurer son unité, il faut ajouter l'exclusion pure et simple d'autres éléments importants. Il s'agit notamment des immeubles, des contrats, des créances et des dettes.

**205.** En principe, le fait que la liste des éléments du fonds de commerce n'est qu'indicative laisse une ouverture pour une possible inclusion de ces éléments. Mais, malgré l'importance qu'ils peuvent avoir, ils sont exclus de l'assiette du fonds de commerce. Ainsi, les limites de la composition du fonds de commerce sont liées ici à cette exclusion des contrats et des obligations (section 1). Ces limites tiennent aussi à l'exclusion des immeubles (section 2).

### **Section 1 : Les limites liées à l'exclusion des contrats et des obligations**

**206.** L'exclusion des contrats, des créances et des dettes s'accommode mal avec les nécessités de la vie des affaires car, privé de ces éléments, le fonds de commerce perd de sa valeur. L'exclusion de ces éléments entraîne d'autres conséquences dommageables pouvant compromettre l'existence même du fonds. Ce principe d'exclusion est de mise aussi bien en droit français qu'en droit OHADA (I), où il y est toutefois tempéré (II).

#### **§1 : Le principe de l'exclusion**

**207.** Le principe d'exclusion des contrats et des obligations repose sur les mêmes fondements en droit français et en droit OHADA (I). Au demeurant, c'est un principe qui n'est pas sans conséquences dommageables (II).

## **I : Fondements du principe**

**208.** L'absence de personnalité juridique du fonds de commerce est la principale explication de la mise à l'écart des créances, des dettes et des contrats ; c'est le fondement implicite (A). D'autres explications fondent ce principe (B).

### **A : Fondement implicite de l'exclusion des contrats et des obligations**

**209.** Si les contrats et les obligations sont exclus du fonds de commerce, c'est parce que, en l'état du droit, le fonds de commerce n'a pas la personnalité juridique<sup>253</sup>. Le législateur français et le législateur OHADA ne disent pas explicitement que les contrats et les obligations sont exclus du fonds de commerce. Cependant, ces éléments restent attachés à la personne du commerçant. Ce fondement implicite concerne ainsi l'exclusion des contrats (1), et celles des obligations (2).

#### **1 : Fondement implicite de l'exclusion des contrats**

**210. Le caractère personnel des engagements contractuels du commerçant.** Le fonds de commerce ne peut pas contracter. Cette faculté est réservée exclusivement aux personnes, physiques et morales, qui ont cette aptitude. En conséquence, les contrats conclus par le commerçant, bien que justifiés par les besoins de son exploitation, restent personnels à ce commerçant. Dès lors, ils ne se transmettent pas avec le fonds de commerce.

**211. Effet relatif des contrats**<sup>254</sup>. Les engagements pris par le commerçant, dans le cadre de l'exploitation de son fonds, ne lient pas son éventuel successeur qui en reste tiers. En effet, au nom du principe de l'effet relatif des contrats, ces engagements du commerçant envers ses partenaires en affaires n'obligent pas les tiers. Ils ne lient ni le cessionnaire du fonds, ni ses partenaires à lui.

---

<sup>253</sup> *Infra.*, n° 366 et 393 ; Y. REINHARD et JP. CHAZAL, *op. cit.*, p. 383, n° 499.

<sup>254</sup> C. civ., art 1199 : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraint de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celle du chapitre III du titre IV » ; N. DISSAUX et C. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2015, p. 101 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2013, p. 103, n° 211. Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAUTERNEYERE, *Droit des obligations*, 12<sup>e</sup> édition, Sirey, 2010, p. 223, n° 635 ; D. TERRE-FORNACCIARI, « L'autonomie de la volonté », *RS morales et politiques*, 1995, p. 255, 264 ; C. PERES, « Liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats et de la Chancellerie », *D.* 2009, Chron. p. 381 ; D. LAMETTHE, « L'innovation contractuelle », *D.* 2008, Chron. p. 1152.

Toutefois, le principe de l'effet relatif des contrats ne signifie pas que le contrat ne peut pas avoir de conséquences pour les tiers. Ce qui compte c'est le respect de leur volonté<sup>255</sup>. En ce cas, les contrats conclus par le propriétaire d'un fonds de commerce peuvent, à la condition que sa volonté soit préservée, avoir des conséquences pour le cessionnaire de ce fonds. Ainsi, le principe reste que le contrat ne lie que les parties signataires. Seules les parties à l'acte sont obligées par celui-ci. Il en va de même des dettes et des créances.

## **2 : Fondement implicite de l'exclusion des dettes et des créances**

**212.** Implicitement, l'absence de personnalité du fonds de commerce explique la mise à l'écart des dettes et des créances.

**213. Cas des dettes.** S'agissant d'abord de l'exclusion des dettes, il sied de préciser qu'elle ne se cantonne pas qu'aux dettes de sommes d'argent. En effet, toute forme d'obligation, dans son aspect passif, est concernée. En sorte que, les obligations de faire, de ne pas faire et de livrer sont, elles aussi, exclues de la composition du fonds de commerce<sup>256</sup>. Ainsi, le fait que le fonds de commerce n'a pas d'autonomie patrimoniale, explique que les dettes nées de son exploitation restent attachées à la personne du commerçant. Pour justifier cette règle de l'exclusion des dettes, on tirait argument du fait que, le droit civil n'autorisait que très difficilement la libre cessibilité de celles-ci<sup>257</sup>.

**214.** L'exclusion des dettes est particulière comparativement à celle des contrats et des créances. Il semble assez singulier de déplorer leur exclusion de l'assiette du fonds de commerce, parce que ce sont des valeurs négatives. À titre illustratif, l'acheteur d'un fonds de commerce n'aurait pas, en principe, intérêt à hériter des dettes du vendeur. Cependant, si elles revêtent un aspect négatif pour une partie à un acte, il n'en demeure pas moins qu'elles peuvent être positives pour une autre partie au même acte. Si le cessionnaire ne trouve pas un intérêt à devoir payer les dettes liées au fonds, le cédant, lui, y trouve un avantage à s'en débarrasser.

**215.** Dans la pratique, l'exploitant n'entend pas rester lié par les dettes issues de l'exploitation du fonds cédé. Il est a priori inconcevable de regretter que des valeurs négatives soient exclues du fonds de commerce. Cependant, la prise en compte des aspects sus-évoqués montre combien l'exclusion des dettes peut être déplorable<sup>258</sup>. Quid de l'exclusion des créances ?

---

<sup>255</sup> G. RABU, *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> édition, Ellipses, 2019, p. 50.

<sup>256</sup> A. REYGROBELLET, *Fonds de commerce*, *op. cit.*, p. 146, n° 17-121.

<sup>257</sup> J.L AUBERT, « Cession de dette », *D.* 1996, n° 1 ; A. FOKO « Fonds de commerce », *op. cit.*, p. 818, n° 62.

<sup>258</sup> Cf. « L'inclusion des dettes », *infra.*, n° 248 et 262.

**216. Cas des créances.** En ce qui concerne ensuite l'exclusion des créances, le fondement implicite reste le même, c'est-à-dire l'absence de personnalité du fonds de commerce. Cette exclusion est martelée par une doctrine encore majoritaire<sup>259</sup>. Elle tire argument de ce que la théorie générale des obligations lie chaque droit à une personne, physique ou morale. Celle-ci est dotée de la personnalité juridique. Or, ce n'est pas le cas du fonds de commerce<sup>260</sup>. Cette doctrine met aussi en avant l'intérêt du cessionnaire. Elle explique que si on exclut les dettes, leur pendant positif aussi doit être écarté ; l'exclusion des dettes impliquant de façon corrélative celle des créances. Ainsi, P. LEFLOCH déclare : « Le souci de protéger les intérêts de l'ayant-cause emporte, ainsi, une double conséquence : l'une nécessaire, consistant à lui épargner la charge du passif de son auteur ; l'autre, logique, consistant à lui interdire d'invoquer les créances nées sur la personne de ce dernier »<sup>261</sup>.

**217.** Au demeurant, en ce qui concerne particulièrement les créances de sommes d'argent, la doctrine soutient que les obligations qui suivent le fonds de commerce ne sont que celles qui présentent un intérêt pour ce dernier. Or, l'enjeu d'une créance de somme d'argent dépasse le cadre du fonds de commerce. La créance en question n'est donc pas cédée, tant et si bien que le cédant conserve un intérêt à faire valoir ses droits<sup>262</sup>.

**218.** Ainsi, l'absence de personnalité juridique du fonds de commerce explique implicitement l'exclusion des contrats et des obligations de sa composition. Cependant, elle n'est pas la seule explication.

## **B : Les autres fondements de l'exclusion des contrats et des obligations**

**219.** L'exclusion des contrats et des obligations repose sur d'autres fondements. À quelques exceptions près, ces valeurs ne figurent pas dans l'énumération que donne le droit positif des éléments du fonds de commerce (1). Aussi, la jurisprudence confirme explicitement ce principe d'exclusion (2).

---

<sup>259</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé, op. cit.*, p. 373, n° 621. ; A. REYGROBELLET *op. cit.*, p. 140, n° 17-100. ; A. FOKO, *op.cit.*, p. 818, n° 62.

<sup>260</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 372, n° 621.

<sup>261</sup> P. LEFLOCH, *Le fonds de commerce : Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles, op. cit.*, p. 253, n° 261.

<sup>262</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 372, n° 621.

## 1 : L'énumération légale des éléments du fonds de commerce

**220.** Les textes qui donnent la composition du fonds de commerce sont discriminatoires à l'égard des contrats et des obligations. En effet, que ça soit dans l'article L.142-2 du code de commerce ou dans les articles 136 et 137 de l'AUDCG-REVI, ces éléments sont *mutatis mutandis* ignorés par la loi.

Ici, il s'agit en principe de tous les contrats passés par le commerçant, pour l'exploitation de son fonds. Appliqué à la lettre, ce principe conduit à exclure tout contrat, quelle que soit son utilité pour le fonds. Toutefois, il n'en est pas ainsi en réalité, car il existe des exceptions<sup>263</sup>. En dehors de ces exceptions, les contrats conclus par le propriétaire d'un fonds ne seront pas pris en compte dans les opérations sur ce fonds<sup>264</sup>.

Il faut noter que l'article L.142-2 a été repris pour les fonds civils. Cette règle pourrait ainsi étendre ses effets à ceux-ci. Outre ce fondement tiré de l'exégèse de la loi par la doctrine, il est souvent fait référence à une forme de coutume tacite, pour exclure les contrats<sup>265</sup>. Par ailleurs ce principe est clairement posé par la jurisprudence.

## 2 : Fondements jurisprudentiel de l'exclusion des contrats et des obligations

**221. Un fondement explicite.** S'appuyant sur la loi, et même sur la doctrine majoritaire, la jurisprudence exclut les contrats, les créances et les dettes de la composition du fonds de commerce. Elle est constante à ce sujet. La règle qu'elle pose pour les créances vaut aussi pour les dettes<sup>266</sup>. Ainsi, elle affirme ceci : « Les créances possédées par un commerçant même pour cause commerciale ne deviennent pas des éléments constitutifs du fonds et la vente du fonds n'opère pas transport desdites créances à l'acheteur, sauf l'effet de clauses spéciales »<sup>267</sup>.

**222.** Cette position sera confirmée par un arrêt du 21 juin 1950. En l'espèce, la cour réaffirme que les créances possédées par un commerçant, même pour cause commerciale, ne deviennent pas nécessairement un élément de son fonds<sup>268</sup>. En 1991, dans un arrêt rendu le 19 juin de cette année, la Cour d'appel de Paris dit : « Il est de principe constant que le fonds de commerce n'est pas un patrimoine autonome et ne comprend ni les dettes ni les créances du commerçant et que,

---

<sup>263</sup> *Infra.*, n° 237 et s.

<sup>264</sup> A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p. 106, n° 15-11.

<sup>265</sup> A. REYGROBELLET, *op. Cit.*, p. 107, n° 15-14.

<sup>266</sup> Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE *op. cit.*, p. 351, n° 510.

<sup>267</sup> Cass. Civ. 12 janvier 1937, *D.H.* 1937, 99 ; *JCP* 1937, II, 138.

<sup>268</sup> Cass. 21 juin *JCP* 1950, II, 5898, note COHEN.

par voie de conséquence, les contrats en sont exclus »<sup>269</sup>. Ainsi, le principe d'exclusion des contrats, des créances et des dettes a également un fondement explicite car il est clairement posé par la jurisprudence.

**223.** Il ressort que l'absence de personnalité juridique du fonds de commerce fonde l'exclusion des obligations et des contrats de sa composition. Cette exclusion découle aussi du fait que la loi les ignore dans l'énumération légale des éléments entrant dans la composition du fonds de commerce. Par ailleurs, la jurisprudence exclut clairement ces obligations et ces contrats de l'assiette du fonds de commerce. Cette mise à l'écart est lourde de conséquences.

## **II : Les conséquences de l'exclusion des contrats, des créances et des dettes**

**224.** L'exclusion des contrats, des dettes et des créances est en déphasage avec la réalité de la vie des affaires. Elle est contreproductive (B) et peut menacer l'existence du fonds de commerce (A).

### **A : Une exclusion contreproductive**

**225.** L'exclusion des contrats et des obligations est contreproductive car, d'une part, en privant le fonds de ces éléments, elle lui fait perdre une partie de sa valeur (1). D'autre part, elle en fait un outil de production très complexe. Or, les commerçants ont généralement besoin de simplicité et non de complexité (2).

#### **1 : Une perte de la valeur du fonds de commerce**

**226.** Le principe d'exclusion des contrats, des dettes et des créances dévalorise le fonds de commerce.

**227. Déchéance de la protection du fonds assurée grâce à certains contrats.** Certains contrats assurent des avantages et des protections au commerçant. En cas de cession, leur non-maintien rendrait le cessionnaire vulnérable, ou le priverait desdits avantages. Il en est ainsi des contrats d'approvisionnement. En l'espèce, le cessionnaire d'un fonds de commerce se retrouve privé de ce qui fait vivre ce fonds car il n'est plus approvisionné

**228. Déchéance du bénéfice des avantages conférés par les créances.** Le commerçant considère que les créances nées de l'exploitation de son fonds sont liées à celui-ci, et doivent

---

<sup>269</sup> CA Paris, 19 juin 1991, *D.* 1991, IR, p. 204 ; *RTD com.* 1991, p. 566, n° 2, obs. J. DERRUPE.

suivre son sort<sup>270</sup>. Il apparaît que la non-transmission de ces créances prive le fonds de commerce d'un avantage, qui peut être très important. Certaines créances pouvant effectivement avoir une très grande valeur<sup>271</sup>.

On constate ici que le principe d'exclusion des obligations entraîne une perte de la valeur du fonds de commerce, comme celui de l'exclusion des contrats. Outre cette atteinte grave à la valeur du fonds, ces exclusions de principe ont pour effet de complexifier certaines règles applicables aux fonds de commerce.

## **2 : Une complexification du régime juridique du fonds de commerce**

**229.** Dans la pratique des affaires, les professionnels ont besoin que la règle de droit leur offre de la sécurité et de la simplicité, entre autres<sup>272</sup>. Le besoin de sécurité explique souvent le recours à l'arbitrage comme mode de règlement de certains litiges commerciaux, en raison de sa discrétion. S'agissant du besoin de simplicité, ce second cas est particulièrement révélateur de la complexité du régime du fonds de commerce. La non-transmission des créances met à mal cette exigence de simplicité.

**230. Une exigence de simplicité mise à mal.** Le paiement des créances à recouvrer, en cas de cession du fonds de commerce, entraîne souvent des manipulations comptables complexes. À cela s'ajoute une difficile répartition des paiements entre le cessionnaire et le cédant<sup>273</sup>. Tout cela, loin de répondre au besoin de simplicité ci-dessus, est lié à l'exclusion des obligations de la composition du fonds de commerce.

**231. Une exclusion à géométrie variable des obligations.** La conception actuelle du fonds de commerce, précisément sur la question du sort des créances, laisse apparaître une incohérence. Le principe demeure que les créances ne font pas partie des éléments du fonds de commerce. Or, en pratique, certaines créances y sont admises<sup>274</sup>, pendant que d'autres, pourtant aussi importantes, subissent toujours cette règle de l'exclusion des créances de la composition du fonds de commerce. Ce principe est donc d'une application à géométrie variable. Cela nuit à la

---

<sup>270</sup> Y. REINHARD et JP. CHAZAL, *op. cit.*, p. 383, n° 500.

<sup>271</sup> « La difficulté est majeure : le prix de cession du fonds dépend en effet des créances comprises ou exclues de son périmètre. Si le cessionnaire a payé le prix fort pour un fonds comprenant d'importantes créances à recouvrer, il peut se retrouver gravement lésé si les créances sont finalement exclues du fonds et recouvrées par le cédant », L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 376, n° 631.

<sup>272</sup> A. FOKO, « La rationalisation du domaine de l'arbitrage (Une étude à la lumière des droits français et de l'OHADA) », *Penant*, Octobre-Décembre, 2014, n° 889, p. 425 et s.

<sup>273</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 375, n° 628.

<sup>274</sup> Il en est ainsi, par exemple, des droits personnels liés au nom commercial ou, sous certaines conditions, des droits liés aux licences d'exploitation.

cohérence de la conception actuelle de la notion de fonds de commerce. L'existence de l'exploitation commerciale, avec ces créances encore exclues à ce jour, peut être menacée.

## **B : Une menace contre l'existence du fonds de commerce**

**232.** L'exclusion des contrats et des obligations fait peser une menace de disparition sur le fonds de commerce. Elle est ainsi liée, pour partie, à la privation des contrats (1), et aussi à l'absence des obligations (2).

### **1 : Une menace liée à privation des contrats nécessaires à l'exploitation du fonds de commerce**

**233.** Dans un système où la clientèle est considérée comme l'élément clé du fonds de commerce, de nombreux contrats peuvent en être des éléments de ralliement. Priver le fonds de commerce de ces contrats, support de la clientèle, conduirait à mettre celle-ci en danger. Or, en l'état actuel du droit, menacer la clientèle revient à menacer le fonds de commerce lui-même. Cette analyse est en écho avec la doctrine qui affirme : « Il est incohérent, par exemple, de donner une importance primordiale à la clientèle comme élément du fonds de commerce et de priver celui-ci des contrats qui sont le support juridique de l'attachement de cette clientèle »<sup>275</sup>.

**234. Cas du contrat de franchise.** Un exemple assez caractéristique est donné par le contrat de franchise. En l'espèce, si le franchisé est privé de ce contrat qui lui permet d'exploiter son fonds, par le franchiseur, celui-ci perd sa raison d'être et se retrouve voué à disparaître. Déplorant l'exclusion des contrats, M-L. IZORCHE souligne que certains d'entre eux touchent souvent à la substance même du fonds de commerce<sup>276</sup>. La mise à l'écart des créances et des dettes ne constitue pas moins, elle aussi, une menace pour le fonds de commerce.

### **2 : Une menace induite par l'exclusion des créances et des dettes**

**235.** L'exclusion des créances et des dettes peut menacer la survie du fonds de commerce, comme celle des contrats.

**236. Le cas de l'obligation de non-concurrence** atteste significativement de cette menace sur la survie du fonds. En effet, en l'absence d'une telle obligation l'acquéreur d'un fonds peut se voir contraint de fermer celui-ci en raison de la concurrence que lui ferait subir l'ancien propriétaire. En s'installant près du fonds cédé tout en conservant la même activité, il peut

---

<sup>275</sup> A. PEDRO SANTOS et J. YAO TOE, *op. cit.*, p. 202, n° 327.

<sup>276</sup> M-L. IZORCHE, *JCP, E*, 1994, I, 310.

effectivement entrainer avec lui la clientèle. Or, en l'état du droit positif, cette clientèle demeure, du moins dans le principe, la condition *sine qua non* du fonds. Fort heureusement, l'obligation de non-concurrence est admise exceptionnellement dans la composition du fonds de commerce. Ce n'est pas la seule exception à ce principe. En effet, l'exclusion des contrats et des obligations comporte de nombreux tempéraments.

## **§2 : Les tempéraments à l'exclusion des contrats et des obligations**

**237.** En droit français et en droit OHADA, il existe de nombreux tempéraments au principe d'exclusion des contrats et des obligations de la composition du fonds de commerce. Certains sont issus de la loi (A), tandis que d'autres résultent de la volonté des parties (B).

### **I : Les tempéraments légaux à l'exclusion des contrats et des obligations**

**238.** Le principe d'exclusion des contrats et des obligations trouve une série d'exceptions dans des dispositions légales. En l'espèce, le législateur intervient de façon explicite pour ordonner le maintien ou la transmission de certains contrats et de certaines obligations. Ces exceptions légales procèdent de textes différents, issus de différentes branches du Droit. La Loi prévoit donc, d'une part, des tempéraments à l'exclusion des contrats (A) et, d'autre part, à celle de obligations (B).

#### **A : Les tempéraments légaux à l'exclusion des contrats**

**239.** Malgré le principe d'exclusion des contrats, certains d'entre eux sont admis dans le fonds de commerce parce que la loi l'ordonne. Ainsi, elle prescrit le maintien de certains contrats en cours d'exécution (1). Aussi impose-t-elle la transmission des contrats d'assurance et d'édition (2).

##### **1 : La continuation des contrats en cours d'exécution**

**240.** Quand le commerçant exploite son fonds de commerce, il signe des contrats pour les besoins de son activité. Même si ces contrats lui sont attachés, la loi exige le maintien de certains d'entre eux au sein du fonds, quelle que soit les changements qui surviendraient dans la situation de l'exploitant. En sorte que, par exemple, en cas de cession du fonds de commerce, ces contrats suivent le sort dudit fonds. En d'autres termes, ils sont transmis avec lui.

**241. Maintien des contrats de travail en cours d'exécution.** En droit français, l'article L.1224-1 du Code du travail prescrit le maintien dans la composition du fonds de commerce des contrats de travail en cours<sup>277</sup>. Il en va de même dans les États membres de l'OHADA, comme au Gabon où le maintien des contrats de travail en cours est prévu par l'article 78 de son Code du travail<sup>278</sup>. On pourrait encore citer l'article 11.8 de la loi n° 95-15 du 12 janvier 1995 portant Code du travail en République de Côte d'Ivoire<sup>279</sup> ; ou encore le premier alinéa de l'article 39 de la loi n°11-92/ ADP du 22 décembre 1992 portant Code du travail au Burkina Faso<sup>280</sup>. Toutes ces législations nationales des États- membres de l'OHADA prévoient l'admission et le maintien des contrats de travail dans le fonds de commerce, notamment en cas de changement dans la situation juridique de l'employeur par succession, vente, fusion, transformation ou apport en société de celui-ci<sup>281</sup>.

**242. Maintien des contrats nécessaires à la survie de l'activité.** L'article 642-7 du Code de commerce français offre la possibilité au juge, en cas de cession d'entreprise, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, de céder les contrats nécessaires au maintien de l'activité. Cette possibilité de maintien des contrats concerne par ailleurs les créances et les dettes<sup>282</sup>.

**243. En droit OHADA.** Cette possibilité de maintien des contrats est aussi prévue par le législateur OHADA. Ainsi, l'article 107 *in limine* de l'AUPCAP-REVI dispose : « Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle ou indivisible, aucune résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens »<sup>283</sup>.

---

<sup>277</sup> C. Trav., art. L. 1224-1 : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

<sup>278</sup> V. code gabonais du travail, art. 78 al 1 : « S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

<sup>279</sup> V. code ivoirien du travail, art.11.8

<sup>280</sup> V. code burkinabè du travail, art. 39.

<sup>281</sup> A. PEDRO SANTOS et J. YAO TOE, *Droit commercial général, op. cit.*, p. 202, n° 327.

<sup>282</sup> C. com., art. L. 642 al 1 à 3 ; Com., 8 décembre 1987, n° 87-11. 501, *Bull. civ.* IV, n° 266 ; D. 1988, Jur. 52, note DERRIDA ; A. LIENHARD, *Procédures collectives, prévention, sauvegarde, sauvegarde financière accélérée, redressement judiciaire, liquidation judiciaire, sanctions, procédure*, 5<sup>e</sup> édition, Delmas, 2013, p. 218, n° 76.20 et s ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>e</sup> édition, Litec, 2011, p. 237, n° 379 et s ; G. ENDRÉO et A. VIANDER, *Redressement et liquidation judiciaire*, Litec, 1986, p. 76 ; Sur le cas des contrats marqué d'un *intuitu personae*, cf. A.S. ALGADI et L. ELKOUBI, « La résolution de plein droit des contrats en droit OHADA des procédures collectives », *Revue congolaise de droit et des affaires*, n° 8, 2012, p. 25.

<sup>283</sup> AUPCAP-REVI, art. 107.

Ainsi, la loi impose le maintien de ces contrats. Elle ordonne aussi la transmission de certains contrats.

## **2 : La transmission du contrat d'assurance et du contrat d'édition**

**244. Transmission du contrat d'assurance.** dérogeant au principe d'exclusion des contrats, la loi ordonne la transmission de l'assurance en cas de vente de la chose assurée. En effet, le contrat d'assurance est inclus dans le fonds de commerce par l'article L. 121-10 du code français des assurances. Ce texte dispose en son alinéa premier : « En cas de décès de l'assuré ou d'aliénation de la chose assurée, l'assurance continue de plein droit au profit de l'héritier ou de l'acquéreur, à charge par celui-ci d'exécuter toutes les obligations dont l'assuré était tenu vis-à-vis de l'assureur en vertu du contrat »<sup>284</sup>.

Cette transmission de l'assurance est également prévue, en droit OHADA, par le Code CIMA en son article 40<sup>285</sup>. Il n'y a pas de différences notables entre ces textes. La transmission de l'assurance est donc prescrite dans les mêmes termes par le droit français et le droit OHADA.

**245. Transmission du contrat d'édition.** Son maintien est le fait, en France, de l'article L. 132-16, alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle<sup>286</sup>. Il en va de même avec l'article 78 de la loi burkinabé du 9 septembre 1983 portant protection du droit d'auteur<sup>287</sup>.

**246.** Le principe d'exclusion des contrats apparaît ainsi tempéré par la loi. Celle-ci prévoit aussi des tempéraments à l'exclusion des créances et des dettes.

## **B : Les tempéraments légaux à l'exclusion des obligations**

**247.** Les obligations sont aussi incluses, exceptionnellement, dans le fonds de commerce. dérogeant une fois de plus au principe d'exclusion de ces éléments, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, la loi prévoit ainsi l'admission des dettes (1) et celles des créances (2).

---

<sup>284</sup> C. Assu., art. L. 121-10 al 1.

<sup>285</sup> C.CIMA, art. 40 al 1

<sup>286</sup> CPI, art. L.132-16 al 1 « L'éditeur ne peut transmettre, à titre gratuit ou onéreux, ou par voie d'apport en société, le bénéfice du contrat d'édition à des tiers, indépendamment de son fonds de commerce, sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de l'auteur ».

<sup>287</sup> A. PEDRO SANTOS et J. YAO TOE, *op. cit.*, p. 203, n° 327.

## **1 : Les tempéraments légaux à l'exclusion des dettes**

**248. La solidarité à la dette fiscale.** Il existe, en France, sous certaines conditions, une solidarité fiscale instituée par la loi. Elle est de mise entre le cédant et le cessionnaire d'un fonds de commerce<sup>288</sup>. La solidarité fiscale prescrite en l'espèce par le droit français constitue ainsi un tempérament légal à l'exclusion des dettes. Elle existe aussi en droit OHADA.

**249. En droit OHADA.** Elle peut être déduite de l'article 145 de l'acte uniforme sur le droit commercial général qui traite de la location-gérance. En effet, ce texte prévoit que le propriétaire d'un fonds donné en location-gérance est, jusqu'à la publication du contrat, solidairement responsable des dettes du locataire-gérant. Ce texte, tout en précisant qu'il s'agit des dettes nées de l'exploitation du fonds, ne dit pas exactement lesquelles. Or, des dettes fiscales peuvent naître de cette exploitation dudit fonds<sup>289</sup>. Par conséquent, on peut conclure qu'il existe aussi une solidarité fiscale entre le locataire-gérant et son bailleur, au regard de ce texte<sup>290</sup>. Mieux, des législations nationales des États de l'OHADA prévoient cette solidarité aux dettes fiscales.

Ainsi, en république gabonaise, le premier alinéa de l'article 134 du Code général des impôts dispose : « En cas de cession, quelles qu'en soient les conditions, le cessionnaire peut être tenu pour solidairement responsable avec le cédant du montant des impôts émis et restant à émettre »<sup>291</sup>.

**250. La solidarité entre l'apporteur d'un fonds de commerce et la société à laquelle ce fonds est apporté.** Dans une telle hypothèse, la loi prévoit que la société à qui le fonds est apporté, est tenue de façon solidaire avec le propriétaire initial du passif déclaré par les créanciers de l'ancien exploitant. Cela n'est toutefois pas sans conditions<sup>292</sup>.

**251. Le cas de l'obligation de non-concurrence** est prévue par le droit OHADA. Celui-ci parle à ce propos de clause de non-rétablissement. Elle interdit au cédant, en cas de cession du fonds de commerce, tout comportement de nature à gêner le cessionnaire dans l'exploitation du fonds acquis. Elle est néanmoins limitée dans le temps et dans et dans l'espace<sup>293</sup>. Le droit

---

<sup>288</sup> CGI, art.1684 al 1.

<sup>289</sup> AUDCG-REVI, art. 145.

<sup>290</sup> A. FOKO « Fonds de commerce », *op. cit.*, p. 854, n° 193.

<sup>291</sup> Code général des impôts de la République gabonaise, art. 134.

<sup>292</sup> C.com., art. L. 141-22 al 2.

<sup>293</sup> AUDCG-REVI, art. 155.

français aussi prévoit cette exception, avec le versant négatif de l'obligation de non-concurrence<sup>294</sup>.

**252.** L'exclusion des dettes de la composition du fonds de commerce est ainsi tempérée par la loi, en droit français et en droit OHADA. Il en va de même de celle des créances.

## **2 : Les tempéraments légaux à l'exclusion des créances**

**253.** Il existe des dérogations légales au principe d'exclusion des créances. C'est d'abord le cas de la transmission active de l'obligation de non-concurrence ou de non-rétablissement qui existe en droit français et en droit OHADA.

**254.** Il en va de même de certaines autres obligations, sur le fondement des articles 1194 et 1615 du Code civil<sup>295</sup>. Ce code reste applicable, du moins en partie, dans l'espace OHADA. Par conséquent, ces exceptions légales y sont aussi valables. Il ressort que le principe d'exclusion des contrats et des obligations comporte des exceptions issues de la loi. Il existe aussi des tempéraments conventionnels à ce principe.

## **II : Les tempéraments conventionnels au principe d'exclusion des contrats et des obligations**

**255.** Au moyen d'une convention, il est possible d'inclure dans l'assiette du fonds de commerce des contrats, des dettes et des créances. Il existe donc des tempéraments conventionnels au principe d'exclusion des contrats (A) et des obligations (B).

### **A : Les tempéraments conventionnels à l'exclusion des contrats de la composition du fonds de commerce**

**256.** De nombreux contrats sont admis, à titre dérogatoire, dans l'assiette du fonds de commerce. Cela résulte d'un mécanisme (1) qui a une portée significative (2).

---

<sup>294</sup>A. REYGROBELLET, « fonds de commerce », *op. cit.*, p. 147, n° 17-141.

<sup>295</sup>C. civ., art. 1194 : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi » ; C. civ., art. 1615 : « L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel ».

## **1 : Le mécanisme de l'inclusion conventionnelle à titre dérogatoire des contrats**

**257.** Les exceptions d'origine contractuelle au principe d'exclusion des contrats du fonds de commerce résultent d'une stipulation insérée dans la convention. Il en est ainsi notamment en cas de cession du fonds de commerce. Celle-ci permet, par une clause, de transférer des contrats en les désignant expressément dans l'acte, dérogeant de ce fait à ce principe d'exclusion. Ainsi, il faudrait que la clause de transfert des contrats les identifie et les mentionne clairement.

**258. Cas de contrats admis.** Au nombre des contrats qui peuvent être transmis grâce à ce procédé, il y a les contrats d'abonnement, les contrats d'approvisionnement et les contrats de fourniture. En l'espèce ils sont insérés dans l'acte de vente du fonds de commerce par une stipulation<sup>296</sup>. Si ce mécanisme est possible en cas de vente, il en va autrement dans l'hypothèse d'un nantissement. Cette dernière opération est pourtant importante. C'est d'ailleurs l'assiette du nantissement qui fait office de composition, de droit commun, du fonds de commerce en France. Le tempérament conventionnel préconisé dans cette hypothèse ne s'applique donc pas au nantissement<sup>297</sup>, mais il garde sa portée.

## **2 : La portée du tempérament conventionnel à l'exclusion des contrats**

**259.** Il s'agit ici d'une manœuvre d'une portée relativement importante. En effet, ce mécanisme s'applique aux contrats nonobstant leur éventuel caractère *intuitu personae*. C'est ce qui ressort de l'arrêt rendu, en France, par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 7 janvier 1992<sup>298</sup>. Or, ce caractère *intuitu personae* suppose que le contrat ait été signé en considération de la personne, et qu'une autre personne ne peut se substituer à elle aux yeux de son cocontractant. Le consentement du partenaire en affaires du commerçant qui souhaite vendre son fonds est ainsi requis. Son absence rend la cession inopposable à ce partenaire. Aussi le vendeur se rendrait-il coupable d'une faute contractuelle.

**260.** La portée de l'inclusion des contrats est également significative au regard de l'importance des contrats transmis. En effet, en pratique, certains fonds de commerce ne sont exploitables que s'ils sont approvisionnés. En sorte que la privation du contrat qui permet cet approvisionnement compromet fatalement l'existence du fonds de commerce concerné. Il en va

---

<sup>296</sup> Y. REINHARD et JP CHAZAL, *op. cit.*, p. 351, n° 510.

<sup>297</sup> A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p. 114, n° 15-71.

<sup>298</sup> Cass. Com., 7 janvier 1992, *Bull. civ.* IV, n° 3.

de même du contrat d'abonnement. En cela, ce tempérament au principe d'exclusion des contrats au moyen d'une clause est significatif. Au demeurant, en dehors des contrats, on peut aussi inclure, conventionnellement, les obligations dans le fonds de commerce.

## **B : Tempéraments conventionnels à l'exclusion des obligations**

**261.** Les obligations liées à l'exploitation du fonds, prises séparément, peuvent également se transmettre conventionnellement. Il y a donc des tempéraments conventionnels à l'exclusion des dettes (1), et des tempéraments à l'exclusion des créances (2).

### **1 : Les tempéraments conventionnels à l'exclusion des dettes**

**262.** Rien ne s'oppose de façon irrémédiable à la présence des dettes dans l'assiette du fonds de commerce<sup>299</sup>. Les parties peuvent lier le sort de ces obligations à celui du fonds de commerce, au moyen d'une stipulation contractuelle. Dès lors, ces obligations intègrent l'assiette du fonds de commerce. Ici, il faut toutefois exclure le cas du nantissement qui supposerait l'affectation en garantie de valeurs négatives. Ce serait du reste une démarche difficilement concevable. Dans d'autres opérations contractuelles, il est possible, pour les cocontractants, d'envisager le transfert de dettes liées au fonds de commerce. Ce transfert peut être intégral ou partiel. C'est le cas s'agissant de la vente, de l'apport en société, ou encore de la location-gérance<sup>300</sup>.

### **2 : Les tempéraments conventionnels à l'exclusion des créances**

**263.** L'exclusion des créances n'est pas immuable, car les parties peuvent y déroger aussi. Au moment de la cession du fonds, elles peuvent effectivement prévoir la cession simultanée de certaines créances. Il existe donc, comme pour les dettes, une possibilité de dérogation conventionnelle à l'exclusion des créances<sup>301</sup>.

**264.** Le recours à ces multiples dérogations, légales et conventionnelles, montre au moins deux choses. D'une part, que le principe de l'exclusion des contrats et des obligations subsiste certes. Mais, que ce principe est en déconnexion avec la réalité de la vie des affaires et est contreproductif. Ce principe dévalorise le fonds de commerce et menace son existence. Comme

---

<sup>299</sup> A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p. 114, n° 15-71.

<sup>300</sup> A. REYGROBELLET, *ibidem*.

<sup>301</sup> A. REYGROBELLET, *ibidem*.

lui, le principe d'exclusion des immeubles est, lui aussi, révélateur des limites actuelles de la notion de fonds de commerce au prisme de sa composition.

## **Section 2 : Les limites liées à l'exclusion des immeubles de la composition du fonds de commerce**

**265.** Le droit français et le droit OHADA excluent les immeubles de la composition du fonds de commerce. Cette exclusion entraîne des conséquences néfastes : l'immeuble est très souvent indispensable pour le fonds, au point de constituer à lui seul, dans certains cas, un véritable instrument de production. L'examen ci-dessous du principe de l'exclusion des immeubles (§1) donne l'occasion d'en mesurer les effets (§2).

### **§1 : Le principe de l'exclusion des immeubles**

**266.** Le principe d'exclusion des immeubles de la composition du fonds de commerce repose sur divers fondements (I) et s'étend à tout type d'immeuble (II).

#### **I : La justification du principe de l'exclusion des immeubles**

**267.** Historiquement, les immeubles n'ont pas toujours été exclus de la composition du fonds de commerce<sup>302</sup>. Au fil du temps, le droit français, suivi en cela par le droit OHADA, a fini par les en écarter. Cette mise à l'écart repose sur des justifications issues de la tradition juridique française(A). À celles-ci, s'ajoutent d'autres justifications relativement plus récentes, que l'on pourrait qualifier de contemporaines (B).

#### **A : Les *summae divisiones***

**268.** Dans la tradition juridique française issue du droit romain, il y a des distinctions fondamentales<sup>303</sup>. Certaines d'entre elles servent d'argument pour justifier le principe d'exclusion des immeubles de la composition du fonds de commerce. C'est le cas de la *summa divisio* entre les biens, qui oppose les meubles aux immeubles (1). Il en est de même de la *summa divisio* entre le droit civil et le droit commercial (2).

---

<sup>302</sup> Supra n° 8.

<sup>303</sup> C'est par exemple le cas de la division fondamentale entre le droit public et le droit privé.

## **1 : La *summa divisio* entre les meubles et les immeubles**

**269.** L'exclusion des immeubles de la composition du fonds de commerce trouve une justification dans la distinction traditionnellement établie entre les biens meubles et les biens immeubles. Cette division fondamentale est consacrée par le Code civil en son article 516<sup>304</sup>. De cette distinction sont nées de nombreuses considérations qui interdisent qu'un meuble, le fonds de commerce, puisse contenir un immeuble, fût-il son siège<sup>305</sup>.

**270. Rattachement du fonds de commerce à la catégorie des meubles.** Le fonds de commerce est rattaché à la catégorie des meubles, et c'est cette nature mobilière qui va justifier la mise à l'écart des immeubles de sa composition. La nature mobilière du fonds de commerce tient au fait qu'il est aussi un bien incorporel<sup>306</sup>. Il en est de même en droit OHADA<sup>307</sup>.

**271. Absence du fonds de commerce de la liste légale et limitative des immeubles.** Par ailleurs, le Code civil donne la liste des immeubles, et le fonds de commerce n'en fait pas partie. Par conséquent, ce dernier est un meuble.

**272. De la prépondérance de l'immeuble par rapport au meuble.** La *summa divisio* des biens sous-entend l'idée d'une prédominance de l'immeuble. Cette idée sous-jacente est née de la tradition juridique française qui la résume par l'adage *res mobilis res vilis* ; c'est-à-dire que

---

<sup>304</sup> C. civ., art. 516 : « Tous les biens sont meubles ou immeubles ».

<sup>305</sup> Avant que le Code civil ne consacre cette *summa divisio*, le droit français, dont de nombreux principes ont été repris par le droit OHADA, a connu d'autres distinctions. Sans être exhaustif, on peut citer la distinction entre la *res divini juris* et la *res humani juris*. Celle-ci oppose les choses sacrées, qui n'appartiennent à personne, si ce n'est à Dieu, aux choses non consacrées qui, elles, sont appropriables. Une deuxième distinction, relativement proche de la première, était faite entre la *res in commercio* et la *res extra commercium*. On distinguait les choses communes à tout le monde, qui étaient insusceptibles d'appropriation privée, des choses qui pouvaient faire l'objet d'une appropriation privée. De cette distinction découlait une autre. En effet, la doctrine souligne qu'elle est à l'origine de divisions entre les *res in patrimonio nostro*, c'est-à-dire des choses qui sont dans le commerce, des *res extra patrimonium nostrum* qui étaient hors commerce, cf. J. LEFBVRE, *Leçons de droits des biens*, op. cit., p. 58-59. En posant que tous les biens sont meubles ou immeubles, l'article 516 du Code civil s'appuie sur le critère de la mobilité de la chose. Ainsi, sur le fondement de l'article 528 du Code civil, les meubles désignent : « les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère ». Par un raisonnement à contrario, ce qui ne peut être déplacé est immeuble, cf. W. DROSS, *Droit des biens*, op. cit., p. 277, n° 338.

<sup>306</sup> Cass. Req. 13 mars 1888, D. 1888 1, p. 352 ; W. DROSS, *Droit des biens*, op. cit., p. 279, n° 340.

<sup>307</sup> Du fait de la nature incorporelle du fonds de commerce, l'acte uniforme OHADA sur le droit commercial général se serait bien passé d'une formulation dans son article 155. En l'espèce, c'est l'évocation, dans cet article, de la « possession du fonds de commerce » qui semble inopportune car, on ne saurait posséder un bien incorporel. Au sens juridique, le terme possession ne s'accommode pas du fonds de commerce.

les choses meubles sont viles, qu'elles ont moins de valeur<sup>308</sup>; ou encore par l'adage *mobilia vilis possessio* qui signifie que la possession des choses meubles est de peu de d'importance<sup>309</sup>.

**273. La suprématie traditionnelle de l'immeuble au-delà du droit.** En poussant l'analyse au-delà de l'orthodoxie juridique, on se rend compte que même sur un plan politique, l'immeuble est, selon la tradition, supérieur au meuble. En effet, le système féodal fait de celui-ci le siège de la puissance politique. De sorte qu'il assujettit celui à qui il est concédé. Sur un plan économique, c'est encore l'immeuble, précisément la terre, qui permet à l'Homme de vivre en la cultivant. Sociologiquement aussi, l'immeuble appartient davantage à la famille qu'à un individu. Ainsi, il n'est pas vendu mais transmis. Il est considéré comme « le vecteur de l'enracinement de l'homme au sein de la société et plus précisément, au sein de sa structure de base, la famille »<sup>310</sup>.

**274. Impossibilité corrélatrice pour fonds de commerce de contenir un immeuble.** Les considérations ci-dessus ne permettent pas qu'un meuble puisse contenir un immeuble, ou que ce dernier puisse être son accessoire. Or, le fonds de commerce est par définition un bien meuble. Par conséquent, l'immeuble ne peut entrer dans sa composition<sup>311</sup>.

**275.** En somme, le droit français et le droit OHADA reconnaissent deux grandes familles de biens, celle des meubles et celle des immeubles. Le fonds de commerce, appartenant à la première citée, ne peut donc contenir d'immeubles. L'exclusion des immeubles du fonds de commerce trouve ainsi une justification dans cette *summa divisio* issue de la tradition juridique française, qui accorde plus de valeur à l'immeuble par rapport au meuble. Au demeurant, elle n'est pas la seule, car le clivage « droit civil/droit commercial » fonde, lui-aussi, l'exclusion des immeubles du fonds de commerce.

## **2 : La *summa divisio* entre le droit civil et le droit commercial**

**276.** L'exclusion de principe des immeubles de la composition du fonds de commerce trouve aussi une justification dans le clivage « droit civil/droit commercial ».

---

<sup>308</sup> W. DROSS, *op. cit.*, p. 278, n° 339 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, p. 40, n° 31 ; G. PIETTE, *Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles*, Galino, 2013, p. 129 ; F. STEINMETZ, « Les ventes immobilières et le droit commercial à la suite des lois du 13 juillet 1967 et du 9 juillet 1970 », *RTD. com.* 1973, p. 471, n° 1 ; P. DIDIER, « La terre et le droit commercial », in *Mélange H. CABRILLAC*, p. 153 et s.

<sup>309</sup> J. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 58-59.

<sup>310</sup> W. DROSS, *op. cit.*, p. 278, n° 339.

<sup>311</sup> F. STEINMETZ, *op. cit.*, n° 38 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 386, n° 508.

**277. Origine de la distinction.** D'une part, le droit civil renvoie au *jus civile* qui, à Rome, désignait le droit des citoyens, par opposition au *jus gentium*, le droit des gens. Ce dernier comprenait pour sa part toutes les règles communes à tous les peuples réunis au sein de l'empire<sup>312</sup>. Dans son évolution, le droit civil sera même confondu avec le droit privé<sup>313</sup>. C'est le Code civil qui contient les règles applicables à la matière civile aujourd'hui. D'autre part, le droit commercial est cette branche du droit privé qui va organiser et régir les commerçants et les industriels dans l'exercice de leurs activités.

**278. L'immeuble relève du droit civil alors le fonds de commerce relève du droit commercial.** La division traditionnelle entre le droit civil et le droit commercial justifie le principe d'exclusion des immeubles dans la mesure où l'immeuble est soumis au droit civil. Or, le fonds de commerce est régi, lui, par le droit commercial<sup>314</sup>. Même si, au fil du temps, des activités civiles se sont commercialisées, l'immeuble est resté hors du fonds de commerce<sup>315</sup>. Les immeubles et les actes portant sur eux étaient aussi écartés de la sphère commerciale en droit OHADA. S'il est vrai que, à l'instar du droit français, le législateur africain a fini par faire entrer certaines activités sur les immeubles dans le champ commercial<sup>316</sup>, il n'en demeure pas moins que les immeubles sont malheureusement exclus du fonds de commerce en droit uniforme africain<sup>317</sup>.

**279.** En somme, la division entre les biens conduit à ranger le fonds de commerce parmi les meubles. Du fait de cette nature mobilière, il ne peut pas, en principe, contenir d'immeuble. En outre, la distinction entre le droit civil et le droit commercial montre que le second ne s'applique pas aux immeubles, du moins dans le principe. Cela fait apparaître une incompatibilité entre

---

<sup>312</sup> B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, 5<sup>e</sup> édition, Litec, 2000, p. 82, n° 181.

<sup>313</sup> B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, p. 82, n° 181.

<sup>314</sup> L'exclusion des immeubles de l'assiette du fonds de commerce a même des origines relativement anciennes. En effet, au XIX<sup>e</sup> siècle, la composition du fonds de commerce n'est pas fixée, si bien que certains auteurs y incluent les immeubles nécessaires à l'exploitation. Toutefois, au cours du siècle suivant, l'exclusion des immeubles du fonds de commerce fait l'unanimité. Le législateur, la doctrine, puis la jurisprudence finissent par exclure ces biens hors du fonds de commerce, cf. L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé*, *op. cit.*, p. 321, n° 544. Plus généralement, l'immeuble et les opérations dont elle pouvait faire l'objet relevaient, non pas du droit commercial qui ne concernait que les affaires mobilières, mais du droit civil. Aussi, ceux qui faisaient profession de ces opérations n'étaient pas considérés comme étant des commerçants. Cf. A. FOKO, *Fonds de commerce*, *op. cit.*, p. 817, n° 55. Ainsi, l'activité d'achat et de vente d'immeubles exercée par des personnes physiques ou morales était civile. C'était aussi le cas pour les activités d'achat ou de location d'immeuble, tout comme celles de manufacture portant sur des immeubles, cf. A. FOKO, *op. cit.*, p. 817, n° 58.

<sup>315</sup> Lois du 13 juillet 1967 et loi du 9 juillet 1970, codifiées à l'article L. 110-1 du Code de commerce.

<sup>316</sup> AUDCG-REVI, art. 3.

<sup>317</sup> A. FOKO, *op. cit.*, p. 818, n° 60.

l'immeuble, soumis au droit civil, et le fonds de commerce qui relève du droit commercial. À ces justifications issues de la tradition juridique, s'ajoutent des justifications contemporaines.

## **B : Justifications contemporaines de l'exclusion des immeubles**

**280.** Outre la tradition et ses règles, l'exclusion des immeubles du fonds de commerce trouve des explications en droit positif. Elle se justifie aussi par le fait que, d'une part, la loi ne les mentionne pas dans son énumération des éléments entrant dans le fonds(A). D'autre part, la jurisprudence réaffirme ce principe d'exclusion(B).

### **1 : Absence des immeubles de l'énumération légale des éléments du fonds**

**281. En droit français.** L'immeuble n'est pas cité parmi les éléments du fonds de commerce énumérés limitativement par la loi du 17 mars 1909. Ainsi, l'article L142-2 du Code de commerce français ignore les immeubles<sup>318</sup>. De ce silence de la loi, on fonde la mise à l'écart de l'immeuble de l'assiette du fonds de commerce<sup>319</sup>.

**282.** Un autre fondement textuel vient de l'article L. 141-5<sup>320</sup>. Comme l'article L 142-2 ci-dessus, la présente disposition ignore les immeubles. Aussi prévoit-elle que le prix du fonds soit éventuellement sectionné en trois parties à savoir : les éléments incorporels, le matériel et les marchandises. Comme cela transparait, l'immeuble n'apparait dans aucun de ces compartiments et il n'en constitue pas lui-même un.

**283.** Au reste, le nantissement concerne les meubles. Le Code de commerce ignore donc l'immeuble à l'occasion de cette opération car celui-ci ne peut être nanti. Or, c'est l'assiette de cette garantie qui sert de composition du fonds de commerce en droit français. En conséquence il n'est pas une composante du fonds de commerce.

**284. En droit OHADA.** La position du législateur OHADA n'est pas différente. Par exemple, s'agissant du nantissement du fonds de commerce, il interdit clairement qu'un nantissement puisse porter sur des droits immobiliers<sup>321</sup>. Le législateur ne cite pas non plus les immeubles parmi les éléments du fonds de commerce. Ainsi, ni l'article 136 qui donne les éléments nécessairement admis dans le fonds, ni l'article 137 qui liste les éléments facultatifs, ni même

---

<sup>318</sup> C. com. art., L. 142-2.

<sup>319</sup> F. STEINMETZ, « Les ventes immobilières et le droit commercial à la suite des lois du 13 juillet 1967 et du 9 juillet 1970 », *op. cit.*, n° 38; A. REYGROBELLET, *Fonds de commerce, op. cit.*, p. 127, n°17-11.

<sup>320</sup> C. com., art. L. 141-5.

<sup>321</sup> AUS-REVI, art. 162 *in fine*.

l'article 148 relatif à la vente ne parlent des immeubles. Ils sont effectivement ignorés par ces textes.

**285.** Aussi, la doctrine et la jurisprudence y admettent, de façon unanime, cette mise à l'écart des immeubles de l'assiette du fonds de commerce<sup>322</sup>

**286.** La jurisprudence valide le fait que les immeubles sont exclus du fonds de commerce.

## **2 : Fondement jurisprudentiel de l'exclusion des immeubles**

**287. Présence de l'immeuble au sein du fonds de commerce à l'origine.** Historiquement, l'immeuble n'a pas toujours été écarté du fonds de commerce. Parmi les éléments du *fundus*, ancêtre du fonds de commerce, on compte la terre qui sert à la culture<sup>323</sup>. Par ailleurs, les immeubles sont-ils admis parmi les éléments du fonds de commerce dans des pays voisins, où la conception du fonds est proche de celle du droit français<sup>324</sup>. Face aux considérations traditionnelles qui rendent difficile l'admission des immeubles et, face aux besoins des commerçants, il a fallu que la jurisprudence française se prononce sur l'admission ou l'exclusion des immeubles du fonds de commerce, avant même la loi du 17 mars 1909<sup>325</sup>. Ainsi, on peut constater que le juge français, avant de les exclure, a admis les immeubles au sein du fonds de commerce. Ce constat est en écho avec la doctrine qui souligne, à propos du principe de l'exclusion, le fait que : « Certaines juridictions ont tenté, à la fin du siècle dernier, d'écartier ce principe en recourant à la notion de mobilisation par destination. Ce n'est plus, comme dans le procédé de l'immobilisation par destination, un bien meuble qui devient immeuble à raison d'un rapport de proximité ou de nécessité, mais l'inverse... »<sup>326</sup>.

**288. Atermoiements de la jurisprudence sur l'exclusion des immeubles.** Sur ce sujet, l'espèce la plus connue est cet arrêt rendu par la cour d'appel de Montpellier le 25 novembre 1897<sup>327</sup>. Plus tard, la Cour d'appel de Pau va adopter la même position dans un arrêt du 6 novembre 1911, en estimant qu'un immeuble nécessaire à l'exploitation du fonds pouvait être admis dans le nantissement grevant ledit fonds<sup>328</sup>. Cependant, cette position va être remise en

---

<sup>322</sup> A. PEDRO SANTOS et J. YAO TOE, *op. cit.*, p. 203, n° 327; A. FOKO, *op. cit.*, p. 817, n° 57.

<sup>323</sup> *Supra* n° 8.

<sup>324</sup> A. VANZETTI, « Le fonds de commerce et la propriété commerciale dans la communauté économique », *D.1960 Chronique* 20, p. 114 ; Cass. Com. 12 juillet 1961, n°1672, *Mass. FORO, It.*, 1961, col.340.

<sup>325</sup> Loi qui consacre l'existence du fonds de commerce dans sa conception actuelle.

<sup>326</sup> Y. REINHARD et JP CHAZAL, *op. cit.*, p. 386, n° 508.

<sup>327</sup> « Attendu que les immeubles peuvent être considérés comme des meubles par la volonté des parties lorsqu'ils se confondent comme accessoires dans une unité mobilière », cf. CA Montpellier 29 novembre 1897, *DP* 1899, I, 353

<sup>328</sup> CA Pau 6 novembre 1911, *S.* 1913, 2, p. 183, note WAHL.

cause par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 26 juin 1991, elle estime que la nature mobilière ou immobilière d'un bien relève exclusivement de la loi et non de la volonté des parties. La Haute Cour ne reconnaît donc pas la « mobilisation par destination ». <sup>329</sup>

**289.** Cette position instable de la jurisprudence trahit une forme d'atavisme. Elle oscille entre le respect des principes traditionnels fortement ancrés et la prise en compte de la réalité économique du moment. Il est opportun de préciser qu'à cette époque le droit OHADA n'existait pas encore et que c'est le droit du pays colonisateur qui est resté longtemps en vigueur dans ses États-membres. La jurisprudence apparaît alors hésitante.

**290. La consécration jurisprudentielle de l'exclusion des immeubles.** C'est dans un arrêt du 21 juillet 1937 que la Cour de cassation pose ce principe. L'attendu principal de cette décision est sans équivoque : « Le propriétaire d'un immeuble, en même temps commerçant, ne fait qu'user de son droit réel sur cet immeuble, quand il l'affecte, en tout ou partie, aux besoins de son exploitation commerciale ; le droit réel en vertu duquel il occupe ainsi son propre immeuble est en dehors des éléments du fonds de commerce susceptible de faire l'objet du nantissement essentiellement mobilier » <sup>330</sup>. Cette jurisprudence reste constante en droit français, à tel point qu'elle devient en décalage avec les réalités économiques contemporaines.

**291.** Comme on peut le constater, en 1937, le droit OHADA n'existait pas. Néanmoins, depuis sa création, ni ses actes uniformes, ni sa doctrine, ni même sa jurisprudence ne disent le contraire de ce que dit l'arrêt du 21 juillet 1937.

**292.** Le principe de l'exclusion des immeubles a été édicté à la base pour les immeubles par nature. Néanmoins, son domaine dépasse le cadre de cette catégorie d'immeubles.

---

<sup>329</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 juillet 1991, *Bull. civ.* III, n° 197 ; *JCP G* 1992, II, 21825, note J-F BARBIERI, *RTD. civ.* 1992, p. 144, obs. F. ZENATI ; *D.* 1993, jur.p.93, note I. FREIJ, Dalloz ; Cass. com., 12 février 1991, *Bull. civ.* IV, n° 69, *D.* 1993, somm. p. 291, obs. F. PERROCHON ; Cass Req., 14 février. 1899, *S.* 1900, 1, p. 398.

<sup>330</sup> Cass. civ. 21 juillet 1937, *DP* 1940, 1, p. 17, note P. VOIRIN ; *Gaz. Pal.* 1937, 2, jur. p. 639.

## II : Le domaine du principe de l'exclusion des immeubles

**293.** Tout immeuble est exclu de la composition du fonds de commerce. Ce principe d'exclusion s'étend donc des immeubles par nature(A), aux immeubles par destination (B).

### A : L'application du principe d'exclusion aux immeubles par nature

**294.** La présentation des immeubles par nature est un préalable nécessaire à la compréhension de leur exclusion de la composition du fonds de commerce (1). Aussi convient-il de relever que les droits réels immobiliers qui portent sur ces immeubles par nature sont, eux-aussi, exclus de la composition du fonds de commerce (2).

#### 1 : Présentation des immeubles par nature et application du principe

**295. Les différents immeubles par nature.** Selon l'article 518 du Code civil, les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature<sup>331</sup>. Le fonds de terre est considéré comme la référence en termes d'immeuble par nature<sup>332</sup>. Tant et si bien que tout ce qui, matériellement, lui est indissociable reçoit cette qualification d'immeuble par nature<sup>333</sup>. Il y a les biens incorporés au sol. Il s'agit des bâtiments, entre autres<sup>334</sup>. Il y a enfin, selon l'article 520 du Code civil, les végétaux et les arbres<sup>335</sup>.

Il ressort, au regard de la loi et de la jurisprudence, qu'un bien est considéré comme étant un immeuble par nature dans deux cas. Soit il est incorporé au sol, soit il est lié à un autre immeuble par nature, à telle enseigne qu'on ne peut le dissocier de celui-ci sans qu'il y ait dégradation<sup>336</sup>. Quid de l'application du principe de l'exclusion ?

**296. L'exclusion des immeubles par nature.** Les immeubles par nature sont les premiers visés par le principe d'exclusion ici en question. Dans la tradition juridique romano-germanique, ces immeubles représentent l'héritage familial par excellence. Ils ne sont pas cédés. Tout au plus se transmettent-ils. Cela repose d'une part, sur leur importance symbolique au regard du droit successoral et, d'autre part, sur leur valeur économique notamment<sup>337</sup>. L'arrêt du 21 juillet 1937

---

<sup>331</sup> C. civ., art. 518 : « Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par nature ».

<sup>332</sup> G. CORNU, *Droit civil : les biens*, 13<sup>e</sup> édition, Montchrestien, Paris 2007, p. 24, n° 10.

<sup>333</sup> Cass. Com. 24 mars 1981, *JJA*, 6 juillet 1982, n° 78, p. 7

<sup>334</sup> C. civ., art., 519.

<sup>335</sup> C. civ., art. 520.

<sup>336</sup> Civ 3<sup>e</sup> 23 janvier 2002, *D*, 2002. IR. 618 ; *D*. 2002.J.2365, note. V. DEPADT-SEBAG.

<sup>337</sup> J. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 59.

parle d'abord des immeubles par nature. En l'espèce il s'agissait effectivement d'un bâtiment, qui était le siège de l'exploitation commerciale<sup>338</sup>. Plus récemment, la jurisprudence a réitéré sa position en affirmant ceci : « Les immeubles par nature ne font jamais partie du fonds de commerce »<sup>339</sup>. Sans être exhaustif, le domaine de l'exclusion concerne en général les terrains, les arbres, les récoltes non recueillies, les moulins, etc. La réalité de l'activité commerciale contemporaine montre que les immeubles par nature qui sont souvent concernés sont les terrains ou encore les bâtiments abritant les exploitations. Néanmoins, les droits réels immobiliers ne sont pas épargnés.

## **2 : L'extension du principe de l'exclusion aux droits réels immobiliers**

**297.** Les droits réels immobiliers sont divers et multiples. Aussi leur mise à l'écart vient-elle étendre le domaine du principe de l'exclusion des immeubles.

**298.** À proprement parler, les droits réels immobiliers entrent dans la catégorie des immeubles appelée « immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent ». En l'espèce, le législateur assimile un droit au bien sur lequel celui-ci porte. L'immeuble se retrouve donc représenté par un droit réel. Selon G. CORNU : « Il s'agit de tous les droits réels dont un tiers peut être investi sur la chose d'autrui »<sup>340</sup>. Parmi ces droits réels immobiliers, il y a l'usufruit d'une chose immobilière, les servitudes, le droit d'usage et d'habitation, l'emphytéose, le droit de concession. On peut encore citer le droit du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente<sup>341</sup>. Le principe d'exclusion des immeubles concerne ainsi ces droits-là.

**299.** Il est toutefois judicieux de signaler le cas de la concession immobilière qui fait exception. En effet, en droit français, tout comme en droit OHADA, elle a déjà été incluse dans le fonds de commerce.

**300.** La majorité de ces droits reste écartée du fonds. Ainsi, dans un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation française, le juge confirme l'extension du principe d'exclusion des immeubles du fonds de commerce aux droits réels immobiliers. En l'espèce il s'agissait d'un droit de passage. Celui-ci grevait un terrain et bénéficiait aux exploitants d'un fonds de commerce enclavé. À la suite de la liquidation judiciaire de ces exploitants, le fonds a été cédé à l'adjudicataire qui va le transformer ; d'un fonds de quincaillerie en un fonds de

---

<sup>338</sup> Cass. civ. 21 juillet 1937, *DP* 1940, 1, p.17, note P. VOIRIN.

<sup>339</sup> Limoges, 26 novembre 1990 : *D.*, 1992, 452, note J. PREVAULT.

<sup>340</sup> G. CORNU, *Droit civil : les biens*, *op. cit.*, p. 24, n° 10.

<sup>341</sup> G. CORNU, *op. cit.*, p. 27, n° 10.

chemiserie. Le propriétaire du fonds grevé argue que la servitude s'est éteinte du fait de la cession du fonds à l'adjudicataire. Autrement dit, pour lui, le droit réel immobilier dont son terrain était l'objet ne se transmettait pas avec le fonds de commerce de ceux qui en bénéficiaient. Ce qui, de fait, l'exclut de la composition dudit fonds. En substance, il résulte de cet arrêt que la jurisprudence écarte ce droit de passage du fonds cédé<sup>342</sup>. Cette espèce constitue une illustration de l'application du principe de l'exclusion des immeubles du fonds de commerce. Au demeurant, le domaine de ce principe ne se limite pas à ces droits réels immobiliers, tant il n'épargne pas les immeubles par destination.

## **B : L'application du principe d'exclusion aux immeubles par destination**

**301.** L'immobilisation par destination, en rendant immeubles des biens qui sont en principe meubles (1), entraîne leur exclusion de la composition du fonds de commerce (2).

### **1 : Le mécanisme de l'immobilisation par destination**

**302.** L'immobilisation par destination a été consacrée par le Code civil puis affinée par la doctrine et la jurisprudence. Ce mécanisme consiste à lier au destin d'un immeuble, celui des meubles utiles à son exploitation. En sorte que les opérations portant sur cet immeuble s'étendent auxdits meubles<sup>343</sup>.

**303. Immobilisation par destination et théorie de l'accessoire.** Le résultat de l'immobilisation par destination apparaît *mutatis mutandis* le même que celui de la théorie selon laquelle l'accessoire suit le principal<sup>344</sup>. Le parallèle n'est pas fortuit. Cette règle pose, en doctrine, la question de l'utilité de l'immobilisation par destination. W. DROSS affirme à ce sujet ceci : « Par exemple, en matière de vente, l'article 1615 du Code civil, qui oblige le vendeur à délivrer les accessoires de la chose « et tout ce qui est destiné à son usage perpétuel », rend inutile le concept d'immobilisation par destination tout en procurant un résultat similaire »<sup>345</sup>. Nonobstant, l'immobilisation par destination demeure une technique bien ancrée. Ses effets ne passent pas inaperçus en droit positif, lequel en fixe les conditions d'application.

**304. Conditions de l'immobilisation par destination.** Il n'y a immobilisation par destination qu'à la condition que l'immeuble, et le meuble qui lui est affecté soient la propriété d'une même

---

<sup>342</sup> Cass. civ., 3<sup>e</sup> 8 décembre 1971, *Bull. civ.* III, n<sup>o</sup> 616.

<sup>343</sup> W. DROSS, *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 341, n<sup>o</sup> 414 ; cf. C. civ, art. 524.

<sup>344</sup> C. civ., art 1615.

<sup>345</sup> W. DROSS, *op. cit.*, p. 342, n<sup>o</sup> 415.

personne. Ainsi, les meubles qu'un locataire affecte au service de son exploitation ne deviennent pas des immeubles par destination<sup>346</sup>. Aussi convient-il de préciser qu'il ne s'agit pas simplement d'une affectation, même si la première condition était réunie, encore faut-il qu'il y ait une véritable incorporation du meuble à l'immeuble abritant l'exploitation<sup>347</sup>.

**305.** Par ailleurs, le meuble affecté doit être indispensable à l'exploitation du fonds<sup>348</sup>. Ce caractère indispensable se présume quand un immeuble est spécialement aménagé en vue d'une exploitation déterminée<sup>349</sup>.

**306.** Au demeurant, l'immobilisation par destination soulève un certain nombre de questions dont celles de savoir si, après qu'il y a eu immobilisation par destination, le changement de nature juridique du meuble affecté au service de l'immeuble est définitif ou non. En réponse, il faut dire que le propriétaire peut redonner au meuble immobilisé sa nature originelle. D'abord, il faut qu'il cesse d'affecter le meuble au service de l'immeuble. À titre illustratif, cela consisterait concrètement à cesser d'utiliser une machine immobilisée pour les besoins de l'exploitation. Ensuite, il peut aliéner séparément le meuble<sup>350</sup>. Ceci ayant pour effet de transférer la propriété dudit meuble, la condition de l'unité de propriété ci-dessus décrite disparaît. Dès lors l'immobilisation par destination aussi prend fin. Ainsi présentée, l'immobilisation par destination induit des effets négatifs sur le fonds de commerce qui, eu égard à sa nature mobilière, ne peut accueillir d'immeuble.

## **2 : Immobilisation par destination et exclusion des immeubles**

**307.** La règle de l'immobilisation par destination conduit fatalement, avec le principe d'exclusion des immeubles, à sortir certains meubles de la composition du fonds de commerce.

**308.** La loi donne une liste relativement importante des meubles qui deviennent immeubles par destination et qui, de ce fait, sont exclus du fonds. Le Code civil dont il est question ici parle, non pas du fonds de commerce en particulier mais plutôt du fonds en général. Ceci permet de souligner que dans la pratique des affaires, certains biens sont plus fréquemment ciblés par l'exclusion des immeubles par destination du fonds de commerce.

---

<sup>346</sup> W. DROSS, *ibidem* ; G. CORNU, *Droit civil : Les biens, op. cit.*, p. 25, n° 10; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 mars 1980, n° 78615535 ; *Bull. civ.* III, n°51 ; Cass. civ., 18 février 1957, *D.* 1957, p. 249.

<sup>347</sup> W. DROSS, *Droit des biens, op. cit.*, p. 342, n° 4 15.

<sup>348</sup> W. DROSS, *ibidem*.

<sup>349</sup> W. DROSS, *ibidem*.

<sup>350</sup> W. DROSS, *op. cit.*, p. 345, n° 418.

**309.** D'abord, la loi liste les nombreux meubles pouvant être immobilisés<sup>351</sup>. Ainsi, du fait de l'immobilisation par destination, ces meubles sont exclus du fonds en général, et du fonds de commerce en particulier.

**310.** Ensuite, précisément dans la pratique des affaires, mis à part le cas où le professionnel n'utilise pas un lieu précis ou n'a pas besoin de donner une affectation spéciale à certains biens, l'immobilisation par destination déploie ses effets. Ainsi, devenus immeubles par destination, les matières premières, l'outillage ou le matériel, se retrouvent écartés du fonds de commerce<sup>352</sup>. Au demeurant, c'est ici l'une des preuves les plus manifestes de la déliquescence de la notion de fonds de commerce. L'identification de ces immeubles par destination au sein du fonds de commerce n'est pas sans intérêts.

**311. Nécessité d'identifier les meubles « immobilisés ».** La règle de l'immobilisation par destination implique que des meubles devenus immeubles soient exclus du fonds de commerce. Or, cette règle ne concerne pas tous les meubles, d'autant plus que tous ne sont pas immobilisés. Il est donc judicieux d'identifier ceux des meubles qui sont concernés. Ici, il s'agit simplement de mettre en évidence l'intérêt de ce travail d'identification.

**312.** Quand le commerçant consent une hypothèque d'une part, et un nantissement d'autre part, il est indispensable de connaître la nature des biens en tenant compte de l'immobilisation par destination. Ainsi, s'agissant du matériel et de l'outillage, s'ils sont devenus immeubles par destination, ils feront partie, comme les immeubles par nature, de l'assiette de l'hypothèque. Étant entendu que celle-ci porte sur les immeubles. À contrario, s'ils sont restés meubles, ils trouvent logiquement leur place dans l'assiette du nantissement qui est, lui, une opération mobilière<sup>353</sup>. L'enjeu de la distinction faite ici est crucial pour les créanciers. En effet, ils doivent savoir la nature réelle de la sûreté à laquelle ils consentent. Plus exactement, ils ont besoin de savoir quels sont les biens qui entrent dans l'assiette de la garantie qu'ils accordent.

**313.** La fin de l'immobilisation intéresse particulièrement ces tiers. Hormis en cas de vente et en vertu de la loi<sup>354</sup>, elle n'est pas opposable au créancier hypothécaire<sup>355</sup>. Quand l'immeuble par nature est vendu après qu'il y a eu cession des immeubles par destination à un autre acheteur

---

<sup>351</sup> C. civ., art. 524.

<sup>352</sup> Cass. civ. 24 janvier 1912 : *DP*, 1913, I, p.337 ; Cass. req., 7 juillet 1921, *D.* 1922, 1, p. 54 ; Cass. req. 6 juillet 1925, *DH* 1925, p. 610 ; *S.* 1925, 1, p. 128.

<sup>353</sup> Y. GUYON, *Droit des affaires : Droit commercial général et sociétés*, tome 1, Economica, Paris 2003 ; Cass. civ. 27 juin 1944 : *DC*, 1944, 93, note CHÉRON.

<sup>354</sup> C. civ., art. 2276.

<sup>355</sup> W. DROSS, *Droit des biens, op. cit.*, p. 345, n° 418.

qui n'en a pas encore reçu la livraison, l'acquéreur de l'immeuble par nature a intérêt à connaître la fin de l'immobilisation par destination si, toutefois, il en a eu connaissance de l'existence. En l'état du droit positif, s'il n'est pas au courant de la fin de l'immobilisation par destination et à défaut de mention spéciale, la doctrine suggère d'appliquer la règle *prior tempor prior jure*.<sup>356</sup>

**314.** En somme, l'immeuble, quel qu'il soit, est exclu du fonds de commerce. Cette exclusion trouve ses fondements dans la tradition juridique française. En s'inspirant de cette dernière, le droit positif français consacre cette exclusion. Il est suivi en cela par le droit OHADA. Ainsi, ni les immeubles par nature et les droits réels immobiliers, ni les immeubles par destination ne sont épargnés par le principe d'exclusion des immeubles du fonds de commerce. Ce principe n'est pas, hélas, sans effets.

## **§2 : Les effets de l'exclusion des immeubles**

**315.** Le fonds de commerce repose bien souvent sur l'immeuble dans lequel il est exploité. Cet immeuble reçoit parfois des aménagements particuliers, nécessaires à l'exploitation. Cependant, les biens et les droits immobiliers restent exclus du fonds de commerce. Cette exclusion de principe entraîne une dévalorisation du fonds de commerce (I). Aussi fait-il peser sur lui un risque d'éclatement et de disparition (II).

### **I : La dévalorisation du fonds de commerce**

**316.** Le fonds de commerce ne regroupe que les éléments mobiliers, pour son exploitation. Les éléments immobiliers étant exclus, il perd *de facto* une bonne partie de sa valeur. Pire, même certains éléments mobiliers peuvent, du fait de l'immobilisation par destination, se retrouver exclus (A). En cas de vente, quand le commerçant est aussi propriétaire de l'immeuble, il lui faut accomplir deux opérations : une opération de cession du fonds, et une opération de cession de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité. Le formalisme se complexifiant, la simplicité qu'exige le commerce s'en trouve malmenée, et le fonds apparaît peu attrayant (B).

---

<sup>356</sup> « Le meilleur droit est le droit constituer le premier » W. DROSS, *ibidem*.

## **A : Amoindrissement du contenu du fonds de commerce**

**317.** Le contenu du fonds de commerce est considérablement amoindri à cause du principe de l'exclusion des immeubles. Ce dernier entraîne une perte de nombreux éléments, réduisant, de fait, la valeur marchande du fonds (1). Il occasionne par ailleurs un affaiblissement de l'assiette des garanties dont le fonds peut faire l'objet (2).

### **1 : La perte de nombreux éléments**

**318.** Le principe d'exclusion des immeubles entraîne pour le fonds de commerce la perte de plusieurs de ses éléments.

**319. Une perte résultant de l'immobilisation par destination.** Avec ce mécanisme, le fonds de commerce perd une partie des meubles affectés à son exploitation et qui sont devenus immeubles, conformément à l'article 524 du Code civil. Plus exactement, cela concerne le matériel ou l'outillage. En écho à cette analyse, W. DROSS affirme ceci : « si les conditions posées par l'article 524 du Code civil sont respectées, tout ou partie du matériel affecté à l'exploitation devenant immeuble par destination va également disparaître du périmètre du fonds »<sup>357</sup>.

**320. Une perte résultant d'un cumul de propriétés.** C'est l'hypothèse où le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité sont la propriété d'une même personne. Dans cette hypothèse le propriétaire n'a pas besoin de bail commercial, puisqu'il exploite le fonds dans son propre immeuble. Il n'existe donc pas de bail dans ce fonds. L'hypothèse est celle où le fonds ou l'immeuble en question sont grevés d'un nantissement ou d'une hypothèque. Concrètement, la difficulté apparaît en cas d'exécution forcée de l'une ou l'autre des garanties. Dans de telles situations, le nouveau propriétaire de l'immeuble n'est pas tenu de consentir un bail au propriétaire du fonds de commerce. Tout au plus peut-il être inséré, dans l'acte de nantissement, une promesse du propriétaire de l'immeuble s'engageant à consentir un bail à l'éventuel acquéreur du fonds. Mais cette promesse est malheureusement inopposable actuellement à un éventuel acquéreur de l'immeuble<sup>358</sup>.

**321.** Le fonds peut ainsi être privé du droit au bail. Il perd en l'espèce une bonne partie de sa valeur<sup>359</sup>. Le valeur marchande du fonds de commerce se trouve ainsi diminué.

---

<sup>357</sup> W. DROSS, *ibidem*.

<sup>358</sup> B. BOUQUET « Repenser l'exclusion traditionnelle des immeubles », *op. cit.*, p. 8.

<sup>359</sup> A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p. 134, n° 17-42.

**322. Diminution de la valeur marchande du fonds de commerce.** L'hypothèse ici est celle d'une vente amiable. Un fonds de commerce cédé avec l'immeuble en son sein est logiquement plus avantageux pour son propriétaire, car sa valeur marchande est plus conséquente. L'immeuble étant, selon la tradition juridique, le bien par excellence<sup>360</sup>. Ainsi, la présence de l'immeuble viendrait valoriser le fonds. Cependant, le principe d'exclusion des immeubles ne permet pas d'envisager une telle cession concomitante du fonds de commerce avec l'immeuble.

**323. Manque à gagner sur le plan fiscal.** Le principe d'exclusion des immeubles réduit la valeur du fonds de commerce sur le plan fiscal. Ainsi, en France, en cas de mutation du fonds de commerce, le droit d'enregistrement porte sur le prix de vente de l'achalandage, ainsi que sur la cession du droit au bail et sur les objets mobiliers qui servent à l'exploitation commerciale<sup>361</sup>. En l'espèce, il apparaît clairement que le droit d'enregistrement ne porte pas sur l'immeuble. Ce droit aurait une plus grande valeur s'il portait aussi sur l'immeuble, et si celui-ci était une composante du fonds de commerce. Or, les éléments immobiliers étant exclus de la composition du fonds de commerce, le texte ne parle que des objets mobiliers.

**324.** En somme, le principe d'exclusion des immeubles prive le fonds de commerce de nombreux éléments immobiliers, mais aussi des meubles immobilisés. Sa valeur marchande s'en trouve amoindrie, tout comme l'assiette des garanties dont il pourrait faire l'objet.

## **2 : Diminution de l'assiette des garanties**

**325.** Le fonds de commerce étant un objet de garantie, il devrait avoir suffisamment de valeur pour convaincre et rassurer les créanciers. Le principe d'exclusion des immeubles est contraire à cette idée. Cela s'observe avec le privilège du vendeur du fonds de commerce et dans l'opération de nantissement.

**326. Diminution de l'assiette du privilège du vendeur.** Le privilège du vendeur du fonds de commerce est une garantie qui permet à celui qui cède son fonds de commerce de s'assurer qu'il pourra être désintéressé en cas de non-paiement<sup>362</sup>. Aussi lui offre-t-il un droit de préférence et un droit de suite. Le premier lui permet d'être payé sur la valeur du fonds par

---

<sup>360</sup> J. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 59.

<sup>361</sup> CGI, art. 719.

<sup>362</sup> Pour le droit français, voir : section 2 du chapitre 1<sup>er</sup> du titre IV du Code de commerce intitulé *Du fonds de commerce*. ; Pour le droit OHADA, voir : sous-section 2 du titre 2 relatif aux sûretés mobilières de l'acte uniforme révisé portant organisation des sûretés.

préférence aux autres créanciers<sup>363</sup>. Le second lui offre la possibilité de faire saisir le fonds de commerce, notamment ses éléments incorporels, en quelques mains qu'il se trouve<sup>364</sup>. Le principe d'exclusion des immeubles du fonds de commerce n'épargne malheureusement pas cette garantie de ses effets négatifs.

**327. En droit français**, cette garantie ne porte que sur les éléments du fonds qui sont énumérés dans l'acte de vente et dans l'inscription ou, le cas échéant, sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail et la clientèle<sup>365</sup>. À ces éléments, il faut ajouter le matériel et les marchandises voire d'autres éléments incorporels<sup>366</sup>.

**328. En droit OHADA**, le privilège du vendeur du fonds de commerce porte sur les prioritairement sur les marchandises, puis sur le matériel, le mobilier et enfin sur ses composantes incorporelles<sup>367</sup>. L'hypothèse est encore celle où le propriétaire du fonds est aussi propriétaire de l'immeuble dans lequel celui-ci est exploité. En l'espèce, parce qu'il n'y a pas de bail et qu'au vu de ces textes, le privilège du vendeur ne porte pas non plus sur l'immeuble, cette garantie perd de sa valeur. La garantie offerte au créancier est *ipso facto* de moindre importance.

**329. Diminution de l'assiette du nantissement.** La valeur du fonds de commerce est un plus à cette solvabilité du commerçant. Or, le nantissement dont il peut faire l'objet ne concerne pas les droits immobiliers, en principe. Même si le bail commercial est susceptible d'être compris dans le nantissement du fonds de commerce, il n'en demeure pas moins qu'il faut tenir compte du cas où il n'existerait pas<sup>368</sup>. Ainsi, « ceci est bien dommage dans la mesure où l'immeuble abritant les fonds de commerce peut être la propriété du commerçant. Refuser d'intégrer ce dernier parmi les éléments du fonds pourrait réduire sa valeur lorsqu'il s'agit de procéder à sa cession ou de l'utiliser comme garantie pour un prêt »<sup>369</sup>. La dévalorisation induite par le principe d'exclusion des immeubles fait du fonds de commerce un outil complexe pour le commerçant et ses partenaires en affaires.

---

<sup>363</sup> Il convient toutefois de préciser qu'en cas de cessation de paiements, d'autres créanciers seront prioritaires. Cf. AUS, art. 180.

<sup>364</sup> Les éléments corporels sont, eux, soumis à la règle énoncée par l'article 2276 alinéa 1 du Code civil selon laquelle : « En fait de meuble, la possession vaut titre ».

<sup>365</sup> C.com., art., L. 141-5 al 2.

<sup>366</sup> C.com., art. 141-5 al 4.

<sup>367</sup> J. DIFFO TCHUNKAM, *op. cit.*, p. 223, n° 422.

<sup>368</sup> A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p. 135, n° 17-51.

<sup>369</sup> A. FOKO, *op. cit.*, p. 818., n° 60.

## **B : Complexification du formalisme lors des opérations portant sur le fonds de commerce**

**330.** Le principe d'exclusion des immeubles du fonds de commerce rend les règles qui lui sont applicables plus complexes. Contraire à la simplicité qu'exige le commerce, il dévalorise le fonds en le rendant moins attractif, car celui-ci devient difficilement malléable. Il en va ainsi notamment en cas de vente (1). Il en est de même lors des opérations de garanties (2).

### **1 : Complexification du formalisme de la cession du fonds de commerce**

**331. Nécessité de deux actes.** La vente fait partie des opérations les plus usuelles portant sur le fonds de commerce. Quand les parties envisagent de céder l'intégralité du fonds, il va leur falloir rédiger deux actes : l'un pour la cession de l'immeuble, et l'autre pour celle du fonds. En effet, ces deux biens sont de nature différente et obéissent chacun à un formalisme particulier. Il va donc falloir tenir compte de leurs spécificités. Tout en sachant que la vente d'immeubles, en droit français comme en droit OHADA, est assez contraignante. À titre d'exemple, les règles de preuve ne sont pas aussi simples qu'en droit commercial de façon générale. Aussi l'écrit sera-t-il obligatoire. Ce formalisme dévalorise ainsi le fonds de commerce en complexifiant son encadrement. Il en va de même de celui requis pour les garanties.

### **2 : Exigence d'un formalisme contraignant dans les opérations de garantie**

**332.** Quand le commerçant est à la fois propriétaire du fonds de commerce et de l'immeuble dans lequel il est exploité, il ne peut pas donner ces deux biens en garantie de façon conjointe. C'est ici, une fois de plus, une conséquence du principe de l'exclusion des immeubles.

**333.** D'abord, il va lui falloir accomplir deux actes distincts portant sur deux opérations, elles-mêmes, distinctes. D'une part, il y aura un nantissement sur le fonds de commerce ; d'autre part, il va falloir réaliser une hypothèque qui, elle, va porter sur l'immeuble abritant ce fonds de commerce. Ces deux actes obéissent chacun à un formalisme auquel le commerçant devra s'astreindre. Dans ce cas, il s'agit d'une opération mobilière et d'une opération immobilière. La seconde va, par exemple, imposer la rédaction d'un acte authentique. Ensuite, de ces opérations vont apparaître deux types de créanciers. Les créanciers hypothécaires et les créanciers nantis.

**334.** En somme, pour la vente comme pour le nantissement et le privilège du vendeur du fonds de commerce, le commerçant doit s'astreindre à de nombreuses règles et établir des actes aussi nombreux que différents du fait de l'exclusion des immeubles. Ce formalisme est contraire aux besoins de simplicité et de rapidité propres au commerce. L'exclusion des immeubles est aussi porteuse d'un risque d'éclatement et de disparition du fonds de commerce.

## **II : Le risque d'éclatement ou de disparition du fonds de commerce**

**335.** Tel qu'il est conçu à ce jour, le fonds de commerce court un risque permanent de dislocation. Il est traditionnellement exploité dans un immeuble. Or, du fait de l'exclusion de principe des immeubles de sa composition, ce fonds peut se retrouver aux mains d'une personne pendant que l'immeuble, son siège, se retrouverait entre les mains d'une autre personne. Cette situation ne serait pas problématique si celui entre les mains duquel se retrouve cet immeuble était toujours tenu de consentir un bail à l'exploitant du fonds. Ce n'est malheureusement pas le cas, en l'état du droit positif. L'absence de bail s'accompagnant parfois d'une absence de droit de propriété sur l'immeuble abritant le fonds, celui-ci risque aussi de disparaître. Ainsi, au risque d'éclatement (A) s'ajoute un risque de disparition pure et simple(B)

### **A : Le risque d'éclatement du fonds de commerce**

**336.** Nombre de situations illustrent bien le risque d'éclatement du fonds de commerce. On peut le mesurer à l'occasion d'une vente forcée ou en cas de partage successoral (1). C'est encore le cas quand il s'agit d'une rupture du lien conjugal, ou en cas d'attribution préférentielle (2)

#### **1 : Risques d'éclatement en cas de vente forcée ou de partage successoral**

**337.** L'unité du fonds de commerce est mise à mal par le principe d'exclusion des immeubles. Le risque d'éclatement est permanent et peut se manifester en cas de vente forcée ou en cas de succession

**338. En cas de vente forcée.** La vente forcée, c'est une vente aux enchères publiques qui a lieu, le plus souvent, après un jugement de condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent dont il est redevable, ou qu'il n'a pas voulu régler volontairement malgré la décision intervenue. On parle aussi d'adjudication ou encore de vente sur saisie<sup>370</sup>.

**339.** Le principe de l'exclusion des immeubles fait peser sur le fonds de commerce un risque d'éclatement en ce cas. L'hypothèse est celle où le fonds et l'immeuble ne sont pas cédés à la même personne. Il peut aussi arriver que ce soit seulement l'un des deux biens qui fasse l'objet de la vente forcée et que l'autre reste la propriété du commerçant. À propos de la vente forcée du fonds de commerce, le commerçant resté propriétaire de l'immeuble, ou l'adjudicataire dudit immeuble, n'est pas tenu de consentir un bail à l'adjudicataire du fonds de commerce.

---

<sup>370</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1068.

**340.** Au demeurant, cela s'inscrit dans le cadre du strict respect des prérogatives que confère le droit de propriété. Par conséquent, sauf s'il est décelé une intention caractérisée de nuire, ce refus ne peut engager la responsabilité de son auteur. Ainsi, le créancier nanti, sans l'autorisation du vendeur, ne peut faire inscrire un droit au bail au profit de l'adjudicataire<sup>371</sup>, pas plus que le Trésor public ne peut exiger du débiteur qu'il consente un bail au bénéficiaire de l'adjudication<sup>372</sup>.

**341.** Concernant la vente forcée de l'immeuble, celui qui est exproprié de l'immeuble ne peut pas y poursuivre l'exploitation de son fonds. Il ne bénéficie pas non plus d'une indemnité compensatrice de l'adjudicataire de l'immeuble<sup>373</sup>. Le fonds et l'immeuble se retrouvent l'un en un lieu et l'autre ailleurs<sup>374</sup>. Ce risque d'éclatement est aussi vérifiable en matière de succession.

**342. En cas de partage successoral,** le principe d'exclusion des immeubles du fonds de commerce est aussi porteur d'un risque d'éclatement. L'hypothèse est celle d'une indivision qui réunit à la fois le fonds et l'immeuble qui l'abrite. En effet, en cas de partage, le fonds peut se retrouver entre les mains d'un indivisaire pendant que l'immeuble est attribué à un autre. L'unité de l'exploitation est ainsi mise à mal, d'où le risque d'éclatement. Même dans l'hypothèse où le fonds et l'immeuble sont attribués à un même héritier, le risque demeure. En cas de liquidation de la succession par licitation du fonds, si l'un des indivisaires s'y oppose, il ne peut être consenti un bail au profit de l'adjudicataire<sup>375</sup>. Inversement, il est tout à fait envisageable qu'un cohéritier qui acquiert un fonds indivis exploité dans un immeuble appartenant à la succession, ne puisse contraindre les autres indivisaires à lui consentir un bail. Cette perspective a déjà été retenue par les juges du fond dans un jugement rendu par le tribunal de grande instance de Béthune le 6 mars 1962<sup>376</sup>. Cette décision n'a été infirmée que parce qu'il existait un bail verbal en l'espèce<sup>377</sup>.

**343.** Au reste, le risque d'éclatement n'est pas moins encouru en cas d'enchaînement de donations et de successions, bien au contraire. Dans ce cas de figure, le fonds de commerce et l'immeuble qui appartenait initialement à un même patrimoine peuvent se retrouver dans deux

---

<sup>371</sup> Cass. civ., 21 juillet 1937, *DP*, 1940, 1, p. 117, note P. VOIRIN, *S.* 1938, 1, p. 337, note G. LAGARDE.

<sup>372</sup> CA Lyon 12 mars 1959, *Gaz. Pal.* 1952, 2, jur. p. 15 ; *RTD. com.* 1959, p. 864, n° 5, obs. A. JAUFFRET.

<sup>373</sup> CA Limoges 26 novembre 1990, *D.* 1992, jur. p. 452, note J. PRÉVAULT.

<sup>374</sup> A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p. 136, n° 17.54.

<sup>375</sup> CA Rennes 15 mars 1950, *Gaz. Pal.* 1951, 2, jur. p. 339.

<sup>376</sup> TGI Béthune 6 mars 1962, *D.* 1962, jur. p. 727, note P. ESMEIN.

<sup>377</sup> CA Douai 5 février 1963, *D.* 1963, jur. p. 727, note P. ESMEIN.

patrimoines distincts. En cela, l'exploitation se retrouve disloquée. De plus, le propriétaire du fonds de commerce dépourvu de bail commercial ne peut l'exiger au propriétaire de l'immeuble<sup>378</sup>.

**344.** Ainsi, le fonds de commerce est menacé d'éclatement non seulement en cas de vente forcée, mais aussi en cas de partage successoral. Quid de la dissolution du régime matrimonial ou encore de l'attribution préférentielle ?

## **2 : Risques d'éclatement en cas de dissolution du régime matrimonial ou d'attribution préférentielle**

**345.** Le risque d'éclatement du fonds de commerce est encore constatable lors de la dissolution du régime matrimonial. L'hypothèse de l'attribution préférentielle illustre, elle aussi, ce risque de dislocation du fonds de commerce

**346. Dissolution du régime matrimonial.** Le fonds de commerce peut être exploité dans un immeuble appartenant au patrimoine des époux. Il est possible que le fonds soit commun aux époux et que l'immeuble soit la propriété de l'un d'eux. Inversement, l'immeuble peut être commun aux deux époux et le fonds appartenir à l'un des deux. Aussi longtemps que dure le lien conjugal, l'unité du fonds de commerce est préservée. Cependant, le risque d'éclatement surgit ou se manifeste dès lors qu'il y a dissolution du lien conjugal. La question est de savoir si le conjoint qui est propriétaire du fonds peut exiger de l'autre qu'il lui consente un bail, afin de poursuivre l'exploitation du fonds dans le même immeuble. Pour répondre à cette question, on peut identifier quatre situations dont la particularité de chacune conditionne la réponse.

**347. Fonds de commerce communs aux époux.** Si le fonds et l'immeuble étaient communs aux époux, du fait de la dissolution du lien conjugal, le juge peut décider d'attribuer l'immeuble à l'un et le fonds à l'autre. Là encore, l'attributaire de l'immeuble peut refuser d'accorder un bail au bénéficiaire du fonds. Non seulement il y a un risque d'éclatement, le fonds de commerce est aussi menacé de disparition. Il est vrai que, dans cette hypothèse, le juge peut imposer un bail à l'attributaire de l'immeuble au profit de l'autre conjoint au moment de la licitation<sup>379</sup>. Cependant, même avec cette réserve, le risque d'éclatement subsiste. En effet, il est tout à fait envisageable que la position du juge conforte le refus d'accorder le bail

---

<sup>378</sup> Cass. Com. 27 avril 1993, *Bull. civ.* IV n° 156.

<sup>379</sup> Cass. Com., 25 avril 1963, *D*, 1963, jur. p. 713, note R. SAVATIER.

amiablement. Autrement dit, en appréciant souverainement les arguments des ex-époux, le juge peut ne pas, lui aussi, accorder un bail à l'attributaire du fonds de commerce.

**348. Fonds de commerce propre à l'un des époux et l'immeuble propre à l'autre.** Dans une telle hypothèse, le risque d'éclatement est bien réel. En effet, le propriétaire de l'immeuble est libre de refuser d'octroyer un bail à son ex-conjoint. De plus, la jurisprudence lui est favorable, tant sa position sur le sujet est que le conjoint propriétaire de l'immeuble ne peut être contraint à consentir un bail à son ex-conjoint propriétaire du fonds<sup>380</sup>.

**349. Fonds de commerce commun aux époux, et l'immeuble propre à l'un des époux.** Quand le fonds était exploité, sans bail, dans un immeuble appartenant en propre à l'un des époux, ce dernier ne peut se voir imposer d'octroyer un bail au moment de la licitation<sup>381</sup>.

**350. Immeuble commun, et fonds de commerce un bien propre.** En l'espèce, il n'y a pas, au moment de la rupture, de difficulté si l'immeuble est attribué au propriétaire du fonds. Le risque d'éclatement reste tout de même latent, puisque la propriété du fonds et celle de l'immeuble se retrouvent entre les mêmes mains, et qu'il n'y a donc pas ou plus de bail.

**351.** Si, cependant, l'immeuble est attribué à celui des époux qui n'a pas la propriété du fonds, la situation diffère. La question de départ reste néanmoins la même. Il s'agit de savoir si le nouveau propriétaire de l'immeuble est tenu de consentir un bail à son ex-conjoint. Sur ce point, il n'y a pas, comme pour les autres, une solution de principe. Toutefois, il est arrivé que la jurisprudence attribue ou reconnaisse un bail à la partie bénéficiaire du fonds. En tout état de cause, ces hypothèses démontrent qu'il pèse sur le fonds de commerce, à minima, un risque d'éclatement en cas de dissolution du régime matrimonial. C'est aussi le cas dans l'hypothèse de l'attribution préférentielle.

**352. En cas d'attribution préférentielle<sup>382</sup>.** Quand le fonds et l'immeuble appartiennent à la même masse partageable et qu'ils sont attribués à une même personne, il n'y a pas trop de risque. La personne se chargera tout de même de régler la soulte qui peut être très élevée toutefois. Aussi le risque d'éclatement sera-t-il latent tant que l'unité de propriété sera préservée. Cependant, quand le fonds et l'immeuble figurent dans des masses indivises

---

<sup>380</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 novembre 1957, *D*, 1958, jur. p. 389.

<sup>381</sup> A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p. 136 et s.

<sup>382</sup> C. com., art. L.831; C. com., art. L.831-2; v. en droit OHADA, l'article 782 du code béninois des personnes et de la famille, l'article 476 du code sénégalais de la famille ou l'article 551 du code togolais des personnes et de la famille, cf. D. POHE TOKPA, « Personnalité morale des sociétés », in PG. POUGOUE (*dir.*), *Encyclopédie du droit OHADA*, *op. cit.*, p. 1379, n°158.

différentes ou que le fonds de commerce est propre à une personne tandis que l'immeuble dans lequel il est exploité est commun, le risque d'éclatement refait surface. C'est aussi le cas dans la situation inverse où c'est l'immeuble qui est propre et que le fonds appartient aux indivisaires. Le bail ne peut être imposé, et le fonds risque de se disloquer une fois de plus.<sup>383</sup>

**353.** Eu égard à ce qui précède, le principe d'exclusion des immeubles, en plus de dévaloriser le fonds de commerce, est attentatoire à son unité. Il lui fait courir un risque d'éclatement et il menace son existence, car il fait aussi peser sur lui un risque de disparition.

## **B : Le risque de disparition du fonds de commerce**

**354.** En l'état du droit positif, le fonds de commerce encourt la disparition aussi bien en cas de cumul des qualités de propriétaire du fonds et de l'immeuble qui l'abrite, que lorsqu'il y a une séparation de la propriété du fond et de l'immeuble(A). Aussi le cas des immeubles spécialement aménagés est-il particulièrement révélateur de ce risque(B).

### **1 : Risque de disparition induit par la privation de droits sur l'immeuble abritant le fonds de commerce**

**355.** Quand le commerçant est à la fois propriétaire du fonds de commerce et de l'immeuble qui l'abrite, le risque de disparition dudit fonds se manifeste au moment où ce commerçant cesse de l'être. Ce risque n'est pas moins existant dans l'autre hypothèse où la propriété de l'immeuble et celle du fonds de commerce ne reviennent pas à la même personne.

**356. En cas de cumul des propriétés,** il n'y a évidemment pas de bail, et le propriétaire ne peut en contracter avec lui-même. S'agissant du risque, il est encore latent. Il se manifeste quand le propriétaire du fonds cesse d'être aussi propriétaire de l'immeuble. Comme il résulte des analyses précédentes, bien souvent, le nouveau propriétaire ou l'attributaire de l'immeuble n'est pas tenu d'accorder un bail au propriétaire du fonds. Ainsi, le commerçant serait privé du local et ne pourrait pas poursuivre l'exploitation de ce fonds en ce lieu. Certes, cet arrêt peut n'être que momentané, mais il peut aussi être définitif si le commerçant ne trouve pas un local qui lui convient ailleurs. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'hypothèse de la vente forcée est suffisamment édifiante. En l'espèce, quand, par exemple, l'immeuble est vendu après saisie, son adjudicataire n'est pas tenu de consentir un bail au commerçant exproprié de l'immeuble et resté propriétaire du fonds de commerce uniquement. De plus, le refus de l'attributaire de

---

<sup>383</sup> A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p. 136 et s.

l'immeuble de consentir un bail n'engage pas sa responsabilité. En conséquence, au meilleur des cas, l'exploitant sera obligé de déplacer son fonds en un autre lieu, sinon le fonds est voué à disparaître.

**357. En cas d'absence de cumul des propriétés.** Contrairement à l'hypothèse précédente du cumul, l'exploitant n'est propriétaire que de l'immeuble ou que du fonds de commerce. Le risque de disparition est tout aussi présent en l'espèce. D'une part, quand le bail a existé, un refus de le renouveler peut-être valable, car justifié par diverses raisons. D'autre part, le propriétaire d'un immeuble peut se trouver en droit de refuser d'accorder un bail, sans que cela lui soit imposé par la suite. Dans ces deux situations, l'exploitant se retrouve sans le droit de propriété sur l'immeuble ni un droit de l'occuper en vertu d'un bail. Ainsi, son exploitation risque de disparaître.

**358.** En plus du risque d'éclatement, on s'achemine fatalement vers la disparition du fonds de commerce qui se retrouve privé de l'immeuble nécessaire à son exploitation. Toutefois, on peut parfaitement envisager que l'exploitant puisse se réinstaller ailleurs. Mais, même avec cette réserve, le risque de disparition subsiste, tant et si bien que cette réinstallation du fonds n'est guère acquise et, elle peut s'avérer impossible. Cela est particulièrement vérifiable quand l'immeuble a été spécialement aménagé pour l'exercice d'une activité particulière.

## **2 : Le risque de disparition du fonds lié à l'exclusion des immeubles spécialement aménagés**

**359.** Le risque de disparition du fonds de commerce est particulièrement manifeste avec les immeubles spécialement aménagés. Il s'agit des cas où l'immeuble reçoit des aménagements particuliers pour l'exercice d'une activité particulière et ne peut servir qu'à cette fin. C'est précisément le cas des hôtels, des cinémas, ou des usines. Dans de tels cas, l'immeuble est incontournable. Il influe sur le fonds de façon considérable au point de conditionner, en pratique, son exploitation<sup>384</sup>.

**360.** Il peut être rétorqué à cette analyse qu'il subsiste une clientèle et que, à elle seule, elle constitue le fonds de commerce. Certes, cette réserve est d'ailleurs conforme à l'état du droit positif qui fait de cette clientèle la condition *sine qua non* du fonds de commerce. Mais, elle est en décalage avec la réalité<sup>385</sup>.

---

<sup>384</sup> B. BOUQUET, *op. cit.*, p. 8.

<sup>385</sup> JB BLAISE, *op. cit.*, p. 859, n° 54.

Ainsi, on peut d'abord se demander à quoi sert un hôtel si l'exploitant est privé de l'immeuble abritant cet hôtel, et éventuellement le bail qui en permettrait la jouissance. D'autant plus qu'il n'y aura plus de chambres à proposer à la clientèle

On peut encore s'interroger sur la survie d'un cinéma quand son exploitant se retrouve privé de la propriété de la salle abritant celui-ci et des équipements installés, sans qu'il ne lui soit consenti non plus un bail commercial.

**361. L'exclusion des immeubles de la composition des fonds civils.** La reprise mimétique<sup>386</sup> de la composition du fonds de commerce pour le fonds artisanal, le fonds agricole, et le fonds libéral a pour effet d'en exclure les immeubles parmi les éléments de ces fonds<sup>387</sup>. Ainsi, il fait peser, sur eux-aussi, un risque de disparition. Par exemple, à l'instar des immeubles spécialement aménagés, la terre est indispensable pour le fonds agricole. Or, avec ce principe, l'agriculteur peut en être privé si cette terre n'est pas sa propriété, et s'il est privé du droit de l'occuper. Pour s'en rendre compte, il suffit de transposer les deux hypothèses ci-dessus analysées, à savoir la fin du cumul de propriété et celle d'un refus d'accorder un bail sur l'immeuble, au terrain abritant l'exploitation agricole.

**362.** En définitive, le principe d'exclusion des immeubles est en inadéquation avec la réalité de la vie des affaires. Il dévalorise le fonds de commerce en affaiblissant sa consistance et en le rendant moins rassurant pour les créanciers du commerçant par l'affaiblissement de l'assiette des garanties. Il entraîne un risque d'éclatement du fonds de commerce. Pire, l'existence même de ce fonds est mise à mal. Ainsi, la privation des éléments immobiliers, non seulement déprécie le fonds de commerce, compromet fatalement son unité voire son existence.

---

<sup>386</sup> Supra n° 34.

<sup>387</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 321, n° 544.

## **Conclusion du chapitre 2**

**363.** La composition du fonds de commerce, en ce qu'elle n'admet pas les créances, les dettes, les contrats et les immeubles, est révélatrice des limites de cette notion. D'autres éléments comme les monopoles d'exploitation n'y ont pas la place qu'ils devraient avoir. Cette composition du fonds apparaît ainsi insuffisante, tant ces valeurs, souvent nécessaires, en sont exclues. L'exclusion des biens et droits immobilier s'étend à l'ensemble des immeubles reconnus comme tels par le droit français et le droit OHADA. L'exclusion de ces éléments dévalorise le fonds de commerce. Au risque d'éclatement induit par ce principe, s'ajoute le risque de disparition qu'elle fait peser sur le fonds de commerce.

## **Conclusion du titre 1**

**364.** La désunion de la notion de fonds de commerce trouve une première explication dans la manière dont sa composition est actuellement conçue. Le fonds de commerce comporte des éléments corporels et des éléments incorporels. Certains sont obligatoires et d'autres, malgré leur importance, restent facultatifs malheureusement. Ainsi, tous ces éléments sont insuffisants à assurer son unité. Cette unité est d'autant plus compromise que certains éléments sont purement et simplement exclus. Il s'agit des contrats, des créances, des dettes et des immeubles. Cette exclusion de principe est symptomatique des limites de la composition actuelle du fonds de commerce. Le principe d'exclusion des contrats, des obligations et des immeubles entraîne une dévalorisation du fonds de commerce. Il peut conduire à son éclatement voire à sa disparition. Cette situation n'est pas sans lien avec la nature originelle du fonds de commerce.

## **TITRE 2 : UNE DÉSUNION RÉSULTANT DE LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE**

**365.** Le fonds de commerce est un ensemble d'éléments d'exploitation mais ne constitue pas un tout indivisible. S'il est vrai que le fonds de commerce est considéré comme un bien unitaire, son unité n'est pas juridique. Tout au plus est-elle intellectuelle. L'individualité des biens qui le composent ne se dissout pas du fait de leur intégration en son sein. La conséquence en est la pluralité de statuts juridiques de ces divers biens que doit respecter l'exploitant, en cas d'opération sur le fonds de commerce. Aussi, et surtout, les obligations, actives et passives, restent personnelles à cet exploitant. Cela est dû au fait que, la personnalité juridique, cette aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, manque au fonds de commerce (chapitre 1). Au demeurant, les éléments qui composent ce fonds sont simplement unis par leur commune destinée, qui est l'affection à une activité professionnelle. À ce titre, formant une universalité, ils sont pris en compte de façon globale. Cependant, ils ne forment qu'une universalité de fait (chapitre 2).



# **CHAPITRE 1 : L'ABSENCE DE PERSONNALITÉ JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE**

**366.** La personnalité juridique, c'est l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations. Cette qualité faisant défaut au fonds de commerce, il ne peut être composé de dettes et de créances. Celles-ci restent, en principe, personnelles au commerçant. Aussi ne peut-il pas contracter. Ainsi, cette absence de personnalité juridique du fonds de commerce induit, d'une part, son manque d'autonomie patrimoniale (section 1). D'autre part, il faudrait écarter l'idée que le fonds de commerce serait, en l'état du droit positif, un patrimoine d'affectation (section 2).

## **Section 1 : L'absence d'autonomie patrimoniale**

**367.** Du fait de son absence de personnalité juridique, le fonds de commerce manque d'autonomie patrimoniale. Les biens qui sont affectés à l'exercice de l'activité commerciale demeurent ainsi des éléments du patrimoine du commerçant qui les a affectés. En droit positif français et en droit positif OHADA, le principe reste que le fonds de commerce n'a pas de personnalité morale (§1), cela n'est pas sans conséquences (§2).

### **§1 : Le principe de l'absence de personnalité morale**

**368.** La personnalité morale dont est privé le fonds de commerce est une notion dont l'appréhension par le droit positif mérite d'être comprise. Cela revient à clarifier cette notion de personnalité morale (I), avant de montrer que le fonds de commerce en est privé (II).

#### **I : La notion de personnalité morale**

**369.** La personnalité morale a été au centre d'un débat doctrinal concernant son appréhension en droit. La théorie de la fiction et la théorie de la réalité se sont ainsi opposées. Aujourd'hui encore, certains y voient une fiction, tandis que d'autres y voient une réalité (A). Dès lors, il apparaît opportun de déterminer la position du droit positif sur cette question (B).

#### **A : Le débat doctrinal sur la conception de la notion de personnalité morale**

**370.** La théorie de la fiction considère que seules les personnes ont la personnalité juridique et, celle-ci n'est accordée que par la loi (1). Cependant, la théorie de la réalité rejette l'idée que l'attribution de la personnalité morale est soumise au seul bon vouloir du législateur (2).

## 1 : La théorie de la fiction

**380.** Selon les tenants de cette théorie, notamment THERING et SAVAGNY, la personnalité morale n'est qu'une fiction. Seules les personnes physiques, car dotées de volonté, peuvent avoir la personnalité juridique. Autrement dit, le seul à pouvoir véritablement être sujet de droit c'est l'Homme<sup>388</sup>. Mais, comme il existe incontestablement des groupements d'intérêts collectifs, souvent personnifiés, la personnalité morale peut leur être attribuée. Plus exactement, c'est le législateur qui décide de cette attribution ou pas.

**381.** Ainsi, il ne s'agit que d'une fiction<sup>389</sup>. Celle-ci est néanmoins utile, tant et si bien qu'elle permet d'expliquer certains phénomènes. Aussi, et surtout, elle rend réalisables en pratique de nombreuses opérations<sup>390</sup>. De l'examen de cette théorie, il ressort comme enseignement, entre autres, que l'attribution de la personnalité morale revient exclusivement au législateur. Ce dernier en encadre strictement l'exercice.

**382. Critiques.** Cette théorie n'est pas exempte de critiques. Par exemple, la toute-puissance de celui qui secrète la règle de droit, en certains cas, fait naître un risque d'arbitraire. En sorte que, en refusant ou en supprimant la personnalité à un groupement, le celui-ci pourrait le priver d'une faculté d'expression ou d'action, peut-être contre lui. À cette critique, qui a une dimension politique, s'ajoutent d'autres, plus techniques.<sup>391</sup> Fort de ces lacunes, certains voient plutôt dans la personne morale une réalité.

## 2 : La théorie de la réalité

**383.** Certaines entités apparaissent suffisamment réelles pour pouvoir être considérées comme des sujets de droits. Tel est le fondement de la théorie de la réalité de la personne morale. En l'espèce, contrairement au cas de la théorie de la fiction, ce n'est plus la seule volonté du législateur qui fait ou défait la personne morale. Elle s'impose à lui dès lors que l'entité concernée (intérêts collectifs, volonté collective, organisation collective, etc.) est suffisamment réelle. Le plus important dans ce cas, c'est une volonté collective et un but collectif. Dès

---

<sup>388</sup> F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil : Les personnes. Personnalité-Incapacité-Protection*, 8<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2012, p. 241, n° 252.

<sup>389</sup> G. WICKER, *Personne morale*, Rép. Dall. civ., n° 9 et s.

<sup>390</sup> B. TEYSSIÉ, *Droit des personnes*, 20<sup>e</sup> édition, LexisNexis, 2018, p. 614, n° 1205.

<sup>391</sup> B. TEYSSIÉ, *Droit des personnes op. cit.*, p. 614, n° 1206.

l'instant que ces éléments sont réunis, il y a une personne morale.<sup>392</sup> Ici, la réalité de la personne morale est ainsi sociologique et technique à la fois.<sup>393</sup>

**384. Critiques.** Cette théorie n'a pas, elle aussi, échappé à la critique. C'est ainsi que la doctrine y voyait une manière excessive de faire prévaloir le fait sur le droit<sup>394</sup>. La théorie de la fiction et celle de la réalité sont donc l'objet de critiques. En poussant l'analyse, on se rend alors compte de l'existence d'autres approches. Et, on découvre l'existence des théories qui, quand elles ne remettent pas purement et simplement en cause la personnalité morale, accentuent les critiques. Il en est ainsi des théories dites négatrices<sup>395</sup>.

**385.** Nonobstant, la personnalité juridique demeure une notion fondamentale du droit. Son utilité pratique, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, est incontestée. Par exemple, elle permet de limiter certains risques<sup>396</sup>. La position du droit positif sur le débat doctrinal ci-dessus mérite donc d'être précisée.

## **B : La solution du droit positif**

**386.** Le droit positif reconnaît les mérites de chacune des théories de la personnalité juridique. L'intérêt pratique semble primer sur l'antagonisme théorique, qui n'est certes pas négligeable. Ainsi, la jurisprudence a œuvré dans le sens de la validation de la théorie de la réalité (1). Cependant, en droit français et en droit OHADA, le rôle du législateur reste central dans la reconnaissance de la personne morale, consacrant ainsi la thèse de la fiction (2).

### **1 : La validation par la jurisprudence de la théorie de la réalité**

**387.** Au moment où la jurisprudence commence à se prononcer sur la nature de la personnalité morale, la part belle est faite à la théorie de la fiction. En effet, la personnalité morale apparaît davantage comme une « concession » de l'État. Ainsi, par exemple, la création d'une société anonyme requerrait une autorisation gouvernementale. C'est à ce moment que surviennent des mouvements de pressions économiques, sociaux et politiques. Ceux-ci ouvrent la voie à plus

---

<sup>392</sup> F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 241, n° 252.

<sup>393</sup> L'aspect sociologique dont il est question ici renvoie à l'idée que l'essence de la personnalité réside dans la volonté du sujet de droits et que, dès l'instant qu'un groupement est doté d'une volonté collective différente de celles de ses membres, la personnalité juridique doit lui être reconnue.

L'aspect technique quant à lui consisterait en ceci que, dès lors qu'un groupe est doté d'un degré d'organisation suffisant pour exprimer une volonté collective, il faudrait lui reconnaître la personnalité morale. Cf. B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, p. 615-616, n° 1211-1212.

<sup>394</sup> F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 241, n° 252.

<sup>395</sup> F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 243, n° 254.

<sup>396</sup> D. POHE TOKPA, *op. cit.*, p. 1344-1379.

de liberté collective pour la création de sociétés, de syndicats, ou d'associations. Dans ce contexte, la Cour de cassation française, dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 23 février 1891 admet, alors que la Loi était restée silencieuse sur ce point, que les sociétés civiles sont dotées de la personnalité juridique<sup>397</sup>. Cette décision montre que la personnalité morale peut s'acquérir autrement que par le fait de la loi. D'autant plus qu'en l'espèce, face au silence du législateur, c'est le juge qui accorde la personnalité morale. Cette décision accrédite ainsi la thèse de la réalité<sup>398</sup>.

**388.** La jurisprudence va poursuivre son travail dans ce sens et, l'exemple le plus caractéristique est cette décision du 28 janvier 1954. En l'espèce, la Cour de cassation affirme ceci : « La personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés »<sup>399</sup>. Ici, la jurisprudence montre, encore, que l'attribution de la personnalité morale n'est pas une prérogative dont l'exclusivité serait réservée à la loi. La jurisprudence souligne, par ailleurs, que la personnalité juridique ne s'octroie pas, mais qu'elle est acquise naturellement à tout groupement qui remplirait les conditions, qu'elle prend le soin de fixer, elle-même, dans cet arrêt. D'autres exemples vont soutenir ce courant jurisprudentiel<sup>400</sup>.

**389.** Grâce au travail du juge, la théorie de la réalité a pu être valorisée et maintenue. Elle a ainsi cohabité avec celle de la fiction. Cette validation de la thèse de la réalité, n'occulte pas le choix par le droit positif de la théorie de la fiction.

## **2 : La préférence du droit positif français et du droit positif OHADA pour la théorie de la fiction**

**390.** À défaut d'en faire l'unique théorie valable, le droit français et le droit OHADA consacrent, de fait, la théorie de la fiction. Autrement dit, ces deux législations reconnaissent à la Loi la compétence de l'attribution de la personnalité morale<sup>401</sup>.

**391.** En somme, le droit positif tranche l'opposition entre les tenants de la théorie de la fiction, et ceux de la théorie de la réalité, en réservant à chacune son champ d'action. Aucune n'est

---

<sup>397</sup> Cass. req., 23 février 1891 : S. 1892, 1, 73, note H.MEYNAL.

<sup>398</sup> B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, p. 616, n° 1215-1216.

<sup>399</sup> Cass. 2° civ., 28 janvier 1954.

<sup>400</sup> B. TEYSSIÉ *op. cit.*, p. 618, n° 1217.

<sup>401</sup> C. civ., art. 1842; AUDSCGIE-REVI, art. 98.

totale­ment délaissée. Il convient néanmoins de souligner une prééminence de l'intervention du législateur.

**392.** C'est encore le législateur qui, par exemple, institue l'EIRL en France, attribuant au passage la personnalité juridique à l'assemblage de biens affectés à son activité par l'entrepreneur individuel. Ainsi présentée, la personnalité morale n'est pas reconnue au fonds de commerce qui est un simple groupement de biens.

## **II : L'absence de personnalité morale du fonds de commerce**

**393.** Le fonds de commerce n'a pas la personnalité juridique. C'est une chose appropriable, un bien (A). À ce titre, il n'est pas sujet, mais plutôt objet de droit. Or, être sujet de droit, c'est le propre de la personne (B).

### **A : La nature de bien attribuée au fonds de commerce**

**394.** En l'état du droit positif, le fonds de commerce est un bien et non une personne. Autrement dit, il est une chose (1), qui est susceptible d'appropriation privée (2).

#### **1 : La qualification du fonds de commerce en « chose »**

**395.** Avant d'être un bien, au sens juridique, le fonds de commerce est avant tout une chose. Ici, l'antériorité de la notion de chose par rapport à la notion de bien exige une clarification. D'autant plus que les deux notions sont parfois employées indistinctement.

Une chose peut se définir comme étant un objet ou une réalité abstraite<sup>402</sup>. Cette définition simple et générale de la « chose » sied au fonds de commerce. En effet, on verra qu'il est aussi un objet au sens juridique du terme.

**396. Chose hors commerce et chose hors du marché.** Il convient de souligner l'importante diversité des choses pouvant exister, notamment sur le plan juridique. Aussi, certaines ne peuvent pas faire l'objet d'un contrat entre particuliers, ce sont des choses dites « hors commerce »<sup>403</sup>. Par exemple, ce fut le cas, pendant longtemps, de la clientèle civile qui était incessible. C'est surtout le cas, en général, de la personne humaine<sup>404</sup>. Le fonds de commerce n'entre pas dans cette catégorie, car il peut, lui, faire l'objet d'un contrat entre particuliers. Le

---

<sup>402</sup> *Dictionnaire de langue française, poche 2013, op. cit.*, p. 142.

<sup>403</sup> G. LOISEAU, « Typologie des choses hors commerce », *RTD civ.*, 2000, 47 ; J. LEFEBVREL, *Leçon de droit des biens, op. cit.*, p. 16.

<sup>404</sup> C. civ., art. 16-6.

fonds de commerce n'est pas une chose hors commerce. Il peut néanmoins se trouver hors marché. Les choses dites « hors du marché » sont en principe dans le commerce, mais elles peuvent en être exclues pour un motif juridique. Ainsi, un fonds de commerce peut être exclu momentanément du marché, par une décision de justice<sup>405</sup>.

**397.** Il convient enfin de souligner que la chose hors commerce n'est pas en principe appropriable. S'agissant du fonds de commerce, il est appropriable. Il est un bien.

## **2 : La nature de « bien » reconnue au fonds de commerce**

**398.** Un bien est une chose que l'on peut s'approprier et qui est utile<sup>406</sup>. Autrement dit, pour qu'une chose reçoive la qualification juridique de bien, il faut qu'on puisse en user, en jouir et en disposer. Par un raisonnement a contrario, celle qu'on ne peut pas s'approprier n'est pas un bien. Or, le fonds de commerce est appropriable. On peut être propriétaire d'un fonds de commerce, et même de plusieurs. Par conséquent, le fonds de commerce est un bien. Aussi est-il reconnu comme tel<sup>407</sup>.

**399.** Il sied de relever que le fonds de commerce est un bien, mais un bien composite. C'est-à-dire qu'il est, lui-même, un groupement de biens dont il se distingue. À ce titre, il n'est donc ni une personne morale ni a fortiori une personne physique. Il est vrai qu'un groupement de biens peut avoir la personnalité morale. Il en est ainsi de la fondation. Elle est effectivement un groupement de biens affectés irrévocablement à une cause d'intérêt général et à but non lucratif<sup>408</sup>. Cependant, ce n'est pas le cas du fonds de commerce.

**400.** En droit OHADA comme en droit français, ni la jurisprudence ni la loi ne reconnaissent au fonds de commerce la personnalité morale. Ainsi, même du point de vue de l'analyse doctrinale, que l'on considère la théorie de la réalité telle que validée par le juge, ou celle de la fiction,<sup>409</sup> aucune ne permet à ce jour d'affirmer que le fonds de commerce est une personne morale. Le critère de la qualification d'une chose en bien, est son caractère appropriable ou non.

---

<sup>405</sup> J. LEFEBVRE, *op. cit.* p. 17.

<sup>406</sup> R. CABRILLAC (*dir*), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 2019, p. 66 ; A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, Dalloz, 2013, p. 59-62, n° 49-62.

<sup>407</sup> I. L. MIENDJIEM, *op. cit.*, pp. 1149-1175, n° 80 ; D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, *op. cit.*, p. 82, n° 160 ; F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, 2<sup>e</sup> édition, PUF, 1997, p. 14, n° 1 ; J.P. CHAZAL, « L'usufruit d'un fonds de commerce », *Deffrénois* 2001, n° 37297 ; S. DRUFFIN-BRICA, *L'essentiel du droit des biens*, 5<sup>e</sup> édition, Gualino, 2010, p. 15.

<sup>408</sup> V. art. 18 al1 de la loi du 23 juillet 1987 relative au développement du mécénat.

<sup>409</sup> *Supra* n° 380 et 392.

Si tant est que le fonds de commerce est un bien, il est donc un objet de droits et non un sujet de droits.

## **B : Le fonds de commerce, objet et non sujet de droit**

**401.** Le fonds de commerce est un objet de droit et non un sujet de droit (1). Une distinction est ainsi traditionnellement établie entre objet et sujet de droit (2).

### **1 : La qualification du fonds de commerce en objet de droit**

**402.** Le propre de la personnalité morale est de conférer, à ce celui qui en bénéficie, l'aptitude à être titulaire de droits. Elle est reconnue aux personnes physiques, et elle est conférée à des groupements ou des entités qu'on nomme *personnes morales*<sup>410</sup>. Cette aptitude qui est le propre des sujets de droit manque au fonds de commerce<sup>411</sup>. Il n'est donc pas un sujet de droit. Le fonds de commerce est un objet de droit.

**403.** Aussi, c'est toujours le sujet de droit qui exerce des prérogatives sur un bien, et pas l'inverse. Or, en pratique, c'est plutôt sur le fonds de commerce que s'exercent des droits. Cette situation prouve le manque de personnalité morale du fonds de commerce. Ainsi, la qualité de sujet de droit qui n'est pas reconnue au fonds de commerce ne se confond pas avec celle d'objet de droit.

### **2 : Distinction entre sujet et objet de droit**

**404.** Le sujet de droit diffère de l'objet de droit. Comme cela apparaît des précédents développements, cette différence consiste en ceci que le sujet de droit (qui a la personnalité juridique) exerce des prérogatives sur un bien ou des biens. Tandis que l'objet de droit est un bien sur lequel s'exercent des prérogatives. Le sujet de droit est une personne, physique ou morale, alors que l'objet de droit est une chose ou un bien<sup>412</sup>.

**405.** Ainsi, la catégorie des sujets de droit regroupe principalement les êtres humains, auxquels on ajoute *mutatis mutandis* des sociétés, des associations et d'autres groupements de personnes. La catégorie des objets de droit regroupe des choses, des biens.

---

<sup>410</sup> B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, PUAM, 2006, p. 21, n° IX ; D. POHE TOKPA, *Personnalité morale des sociétés*, *op. cit.*, p. 1345, n° 1.

<sup>411</sup> B. TEYSSIÉ, *Droit des personnes*, *op. cit.*, p. 17, n° 19 ; « La personnalité juridique c'est l'aptitude à être titulaire actif et passif de droit que le droit objectif reconnaît à chacun », F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 243, n° 254.

<sup>412</sup> J-C SAINT-PAU, (*dir.*), *Traité de Droit de la personnalité*, LexisNexis 2013, p. 23, n° 41.

**406.** En somme, la personnalité juridique désigne cette faculté qu'on les sujets de droit à être titulaires actifs et passifs de droits. La notion de personne morale est diversement appréhendée en doctrine. Cependant, le droit positif penche davantage pour la théorie de la fiction, qui affirme que c'est la loi qui confère la personnalité morale. Le fonds de commerce est une chose appropriable, un bien et un objet de droit. Il n'a donc pas cette personnalité morale. Cela n'est pas sans conséquences, loin de là.

## **§2 : Les conséquences de l'absence de personnalité morale**

**407.** Le fonds de commerce n'étant pas une personne morale, il ne peut pas passer de conventions, sources d'obligations. Du fait de son absence d'autonomie patrimoniale, il n'a pas un actif et un passif corrélatif qui soient à lui (I). Ces obligations étant personnelles au commerçant, sont ainsi extérieures au fonds de commerce. De ce fait, les créances et les dettes nées de l'exploitation du fonds de commerce sont, en principe, intransmissibles (II).

### **I : L'absence d'actif et de passif corrélatif**

**408.** On peut, à titre dérogatoire, trouver des éléments de passif dans le fonds de commerce. En l'espèce, contrairement à ce qui prévaut au sein d'un patrimoine, ce passif n'est pas exclusivement comblé par l'actif. Ils ne sont donc pas corrélatifs. Ainsi, le fonds de commerce est essentiellement constitué d'éléments d'actif (A). S'il est vrai qu'on peut y trouver des dettes, il n'en demeure pas moins que cette présence est exceptionnelle. En principe, le fonds de commerce n'a pas de passif (B).

### **A : Un contenu essentiellement actif**

**409.** La loi du 17 mars 1919 qui consacre la notion de fonds de commerce avait pour but, entre autres, de permettre au commerçant de pouvoir donner son fonds en garantie et de pouvoir le vendre. Ces objectifs restent d'actualité. Or, pour ces opérations, notamment le nantissement, il est difficilement concevable, du moins en théorie, qu'on y affecte des valeurs négatives. Dès lors, la primauté est accordée aux éléments d'actif (1) et la présence des éléments passifs est à relativiser (2).

### **1 : La primauté des valeurs actives au sein du fonds de commerce**

**410.** La composition du fonds de commerce en droit français et en droit OHADA montre qu'il est, essentiellement, constitué de valeurs actives. Autrement dit, l'actif du fonds de commerce

ne coexiste pas avec un passif dont il répondrait<sup>413</sup>. Il en serait ainsi, si le fonds de commerce était un patrimoine qui, lui, suppose un actif répondant du passif. Or, le fonds de commerce n'a pas la personnalité juridique. En conséquence, bien qu'ayant un actif, il n'a pas de passif corrélatif.

**411. Absence de valeurs négatives dans les énumérations légales des éléments du fonds de commerce.** Au regard de la Loi, en France et dans les pays de l'OHADA, les valeurs actives sont en principe les seules que le droit positif admet dans le fonds de commerce<sup>414</sup>.

**412.** Même en remontant à sa consécration législative, on se rend compte, à l'article 9 de la loi de 1909, que le législateur ne prévoyait déjà que des valeurs positives<sup>415</sup>. Fort de ce constat, P. LE FLOCH affirme ceci : « le fonds de commerce se présente donc comme la réunion de valeurs uniquement actives, et la doctrine conclut, en posant à titre de règle méthodologique, que toute conception théorique doit avoir cette réalité pour point de départ »<sup>416</sup>.

**413.** Les éléments du fonds de commerce sont autonomes les uns par rapport les autres. Ce constat de l'absence d'un passif corrélatif à l'actif du fonds de commerce est aussi établi par la doctrine<sup>417</sup>. Cela est lié à l'absence personnalité du fonds de commerce<sup>418</sup>. L'existence d'un passif est donc sinon à écarter, tout au moins à relativiser.

## **2 : Une relative présence des dettes**

**414.** En parlant de la présence des éléments essentiellement d'actifs dans le fonds de commerce, le choix du terme « essentiellement » n'est pas fortuit. En effet, si le fonds de commerce ne comporte en principe que des éléments d'actifs, il n'en demeure pas moins qu'on puisse y trouver l'aspect négatif de certaines obligations. On pourrait songer, par exemple, aux dettes de salaires résultant de l'obligation faite au commerçant de maintenir les contrats de travail en cours, en cas de cession du fonds de commerce, ou de modification quelconque dans sa situation juridique.

---

<sup>413</sup> P. CANIN, *Droit commercial*, 6<sup>e</sup> édition, Hachette, 2014, p. 102.

<sup>414</sup> C. com., art. L.142-2; AUDCG-REVI, art. 136 et 137.

<sup>415</sup> Cf. Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, publiée au JORF du 19 mars 1909.

<sup>416</sup> P. LEFLOCH, *Le fonds de commerce, Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, op. cit., p. 56, n° 41.

<sup>417</sup> D. HOUTCIEFF, op. cit., p. 246, n° 501.

<sup>418</sup> D. HOUTCIEFF, *ibidem*.

**415.** Cependant, le principe demeure que le fonds de commerce n'a pas d'actif et de passif liés. Certes, un passif peut naître de l'exploitation du fonds de commerce. Mais ce passif n'est pas exclusivement couvert par l'actif du fonds de commerce comme c'est le cas dans une universalité de droit. Ainsi, l'actif qui constitue essentiellement le fonds de commerce n'est pas systématiquement le contreponds du passif qu'on peut y trouver. Ils ne sont pas corrélatifs, et la règle demeure qu'il n'y a pas de passif.

## **B : La réaffirmation du principe de l'absence de passif**

**416.** Le principe demeure que le fonds de commerce n'a pas de passif. Tout au plus, certaines dettes peuvent s'y trouver de manière exceptionnelle. Il arrive aussi que ce passif résulte simplement d'une sanction (1). Nonobstant, ce dernier reste en principe extérieur au fonds et personnel au commerçant (2).

### **1 : Un passif imposé comme une sanction**

**417.** Le fait qu'on puisse retrouver, ne serait-ce qu'à titre exceptionnel, des dettes dans le fonds de commerce, jette le trouble sur le principe d'absence de passif. Ainsi, GRUNZWEIG se pose la question de savoir si, en incluant certaines dettes, le législateur de 1909 ne consacrait pas déjà l'inclusion d'un passif<sup>419</sup>. On peut se poser la même question en droit OHADA dans la mesure où les exceptions ci-dessus évoquées y sont aussi observables<sup>420</sup>.

**418.** Cependant, cette thèse n'a pas prospéré et, ce n'est pas la position retenue par le droit positif. Elle a néanmoins le mérite de susciter ou de relancer la réflexion. En réponse, il sied de préciser ceci : qu'il s'agisse des dettes de salaires transmises à travers le maintien des contrats de travail, ou de la solidarité à la dette en cas d'apport en société du fonds de commerce, ou pour les autres dettes, il ne s'agit que de cas exceptionnels.

**419.** Ainsi, le fait que le principe d'absence de passif comporte des dérogations ne l'ébranle pas. Il demeure, comme d'ailleurs de nombreux principes du droit qui ont des exceptions. Aussi, et surtout, les dettes dont il s'agit restent personnelles au commerçant<sup>421</sup>.

---

<sup>419</sup> SF. GRUNZWEIG, *Le fonds de commerce et son passif propre*, LGDJ, 1938, p. 150, n° 140.

<sup>420</sup> Supra n° 248 et 262.

<sup>421</sup> F. SPETH, « La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne », *Revue internationale de droit comparé*, Paris, 1958. p. 486.

## **2 : Le caractère personnel du passif né de l'exploitation du fonds de commerce**

**420. Une présence punitive des dettes dans l'assiette du fonds de commerce.** Certaines dettes ne sont transmises par le droit que pour sanctionner l'inobservation de certaines règles, le plus souvent de forme, par le commerçant. Il en va ainsi en matière de vente du fonds de commerce. En l'espèce, en cas de non-respect des formalités de publicité, l'acquéreur n'est pas libéré à l'égard des tiers. Il hérite ainsi des dettes du vendeur du fonds de commerce, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA<sup>422</sup>. Cependant, s'il respecte cette formalité, il ne devient pas débiteur des dettes du cédant. Sa responsabilité ne peut donc être engagée que s'il ne se conforme pas à cette règle de forme. Cet exemple montre que, souvent, l'existence d'un passif n'est que le résultat de la sanction de l'inobservation de certaines exigences légales<sup>423</sup>.

**421.** Ainsi, les dettes nées de l'exploitation du fonds de commerce restent personnelles au commerçant. Autrement dit, le passif qu'elles constituent n'est pas celui du fonds de commerce, mais du commerçant. C'est lui qui en répond personnellement. Le fonds de commerce n'ayant pas la personnalité morale, il ne répond donc pas du passif né de son exploitation. Par ailleurs, étant personnelles aux commerçants, les créances et les dettes demeurent, en principe, intransmissibles avec le fonds de commerce.

## **II : L'intransmissibilité de principe des créances et des dettes**

**422.** Du fait de l'absence de personnalité juridique du fonds de commerce, les obligations inhérentes à son exploitation sont personnelles au commerçant. Ainsi, en principe, ne se transmettent avec ce fonds de commerce, ni les créances (A) ni les dettes de son exploitation (B).

### **A : Le principe d'intransmissibilité des créances**

**423.** Les créances nées de l'exploitation du fonds de commerce ne se transmettent pas avec lui. Du point de vue de l'analyse théorique, cela semble logique, car ces créances demeurent extérieures au fonds de commerce (1). En échos avec cette analyse, le principe d'intransmissibilité des créances est juridiquement consacré (2).

---

<sup>422</sup> C.com. art. L 141-17; AUDCG-REVI, art. 153.

<sup>423</sup> P. LEFLOCH, *op. cit.*, p. 68, n° 59.

## **1 : Justification théorique du principe**

**424.** Il est de principe que les créances nées de l'exploitation du fonds de commerce ne se transmettent pas avec lui. D'abord, logiquement, on ne peut transmettre avec le fonds de commerce que des éléments qui y sont admis ou admissibles. Or, les créances sont, par principe, exclues du fonds de commerce à cause de son absence de personne morale. Par conséquent, elles ne peuvent se transmettre avec lui. Ainsi parle-t-on d'intransmissibilité « de principe »<sup>424</sup>. En effet, sur le plan de l'analyse théorique, il est inconcevable que des éléments qui n'appartiennent pas à un contenant puissent se transmettre avec lui comme s'ils en faisaient partie.

**425. Exclusion des créances et intransmissibilité des créances.** Il ne faudrait pas confondre le principe d'exclusion des créances avec celui ici de leur intransmissibilité. Simplement, le premier explique le second. En somme, c'est parce que les créances sont exclues du fonds de commerce qu'elles ne peuvent logiquement se transmettre avec ce dernier. La réciproque est aussi valable. En effet, sur le plan pratique, de l'intransmissibilité des créances, on peut conclure à leur exclusion de l'assiette du fonds de commerce.

**426.** Au demeurant, c'est donc une autre conséquence de l'absence de personnalité morale du fonds de commerce. Cette absence qui justifie le caractère personnel au commerçant des obligations liées au fonds de commerce. Cette analyse fait échos au droit positif qui consacre cette intransmissibilité de principe des créances.

## **2 : Consécration juridique de l'intransmissibilité de principe de créances**

**427.** L'intransmissibilité des créances est un principe consacré en droit français et qui est valable en droit OHADA. Cela est vrai, même si la loi n'exclut pas explicitement ces éléments de l'assiette du fonds de commerce.

**428.** Ainsi, la jurisprudence affirme clairement que la cession du fonds de commerce n'entraîne pas nécessairement le transfert des créances au cessionnaire<sup>425</sup>. Elle confirme cette position dans un arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 1950, en affirmant ceci : « Les créances possédées par un commerçant, même pour cause commerciale, ne deviennent pas

---

<sup>424</sup> À titre de rappel, le fonds de commerce comprend exceptionnellement certaines créances qui peuvent se transmettre avec lui. Il en va ainsi de la transmission active de l'obligation de non-concurrence. Cf. D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 391, n° 770.

<sup>425</sup> Cass. civ. 12 janvier 1937, *DH*, 1937, p. 99.

nécessairement un élément constitutif du fonds de commerce »<sup>426</sup>. Cette espèce confirme le postulat de départ à savoir que, pour que les créances soient transmises avec le fonds, il faudrait qu'elles en fassent d'abord partie. Or ce n'est pas le cas. Elles demeurent donc, en principe, intransmissibles. Il en est de même des dettes.

## **B : Le principe d'intransmissibilité des dettes**

**429.** Les dettes, que l'on trouve exceptionnellement ou accidentellement dans le fonds de commerce, sont, en principe, intransmissibles (1). Même quand la loi permet de déroger à ce principe, la transmission de ces dettes est particulière par rapport à celle des créances (2).

### **1 : L'affirmation du principe d'intransmissibilité des dettes**

**430.** Les dettes inhérentes au fonds de commerce sont intransmissibles. Comme pour les créances, cela est dû aussi au fait que ces dettes, étant personnelles au commerçant, ne font pas partie du fonds de commerce. Dès lors, elles ne peuvent donc pas se transmettre, elles aussi, avec lui.

**431.** Cette transmission n'est possible que par deux actes ou deux opérations distinctes. Ainsi, la jurisprudence dit ceci : « En l'absence de clause expresse, la vente d'un fonds de commerce n'emporte pas de plein droit cession à la charge de l'acheteur du passif des obligations dont le vendeur peut être tenu en raison des engagements souscrits par lui »<sup>427</sup>. Ici, la Cour de cassation souligne qu'il s'agit bien d'engagements souscrits par le commerçant et non par le fonds de commerce. Elle confirme par là leur caractère personnel. C'est ce dernier qui les exclut du fonds de commerce. Or, si elles sont exclues, leur sort n'est pas nécessairement lié à celui du fonds de commerce, d'où leur intransmissibilité de principe. Si on parle d'intransmissibilité de principe, c'est parce que, en pratique, il peut y avoir des exceptions. Même dans cette hypothèse, le cas des dettes reste particulier.

### **2 : Particularisme de l'intransmissibilité des dettes**

**432.** L'intransmissibilité des dettes, tout comme celle des créances, reste de principe. C'est-à-dire que des exceptions peuvent exister sans qu'elles n'infirment la règle, bien au contraire.

**433.** Contrairement aux créances, les dettes sont plus difficilement cessibles. On pourrait dire que l'intransmissibilité des dettes est la plus renforcée. En effet, même lorsqu'il est fait

---

<sup>426</sup> Cass. com., 21 juin 1950, *JCP*, 1950. II. 5898, note COEHN.

<sup>427</sup> Cass. com., 7 juillet 2009, n° 05-21.322 ; *JurisData* n° 2009-049190.

dérogation à l'intransmissibilité de principe de dettes, le consentement du débiteur cédé est requis.

**434. La difficulté tenant à l'acceptation par un créancier d'un débiteur méconnu.** Selon le doyen CARBONNIER : « Tous les débiteurs ne se valent pas en solvabilité et en bonne volonté »<sup>428</sup>. En effet, il semble plus facile, voire indifférent, à un débiteur de s'acquitter de sa dette chez tel ou tel créancier ; pourvu qu'il veuille et qu'il ait les moyens de la payer. Alors que, pour les mêmes raisons, il paraît moins aisé pour un créancier d'accepter n'importe quel débiteur. Autrement dit, le créancier aura tendance à vouloir s'assurer de la capacité et de la volonté d'un éventuel nouveau débiteur à lui payer sa créance.

**435.** Ici, il s'agit précisément des dettes nées de l'exploitation du fonds de commerce. Cependant, même de façon générale, et quand bien même la loi a autorisé la cession de dette, cette dernière requiert toujours le consentement du débiteur substitué<sup>429</sup>.

**436.** En somme, c'est l'absence de personne morale du fonds de commerce qui fait en sorte qu'il n'ait pas d'actif et de passif corrélatifs. C'est encore elle qui explique l'intransmissibilité des créances et, particulièrement, des dettes. Ainsi, le fonds de commerce n'a pas d'autonomie patrimoniale. Il n'est pas davantage un patrimoine d'affectation.

## **Section 2 : L'exclusion du patrimoine d'affectation**

**437.** Dans la détermination de la nature juridique du fonds de commerce, il faudrait, actuellement, écarter l'idée qu'il serait un patrimoine d'affectation. Son absence de personnalité juridique ne le permet effectivement pas. Car, un patrimoine, fût-il d'affectation, suppose l'existence d'un actif et d'un passif ; le premier répondant du second. Ainsi, la notion de patrimoine d'affectation qu'il convient de clarifier (§1), est inapplicable au fonds de commerce (§2).

### **§1 : La notion de patrimoine d'affectation**

**437.** Le patrimoine est une universalité juridique, c'est-à-dire un tout, un mélange d'éléments disparates. Cette universalité est constituée de l'ensemble des droits et des obligations à caractère pécuniaire d'une personne physique ou morale, présents et à avenir, constituant son actif et son passif. Le patrimoine d'affectation, quant à lui, désigne la part de cet ensemble de

---

<sup>428</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 4, *Les obligations*, 22<sup>e</sup> édition, PUF Thémis 2000, p. 569, n° 62.

<sup>429</sup> C. civ., art. 1327.

biens qui est affecté à une activité, formant une autre universalité. Il revêt tous les attributs d'un patrimoine. En clarifiant cette notion de patrimoine d'affectation (I), on peut constater qu'elle a, ici, des implications théoriques et pratiques (II).

## **I : Présentation de la notion de patrimoine d'affectation**

**438.** Contrairement au patrimoine classique, la notion de patrimoine d'affectation ne repose pas sur la personne juridique (A). Elle garde néanmoins les principales caractéristiques de ce patrimoine traditionnel (B).

### **A : Fondement de la notion**

**439.** Le patrimoine d'affectation repose sur l'affectation d'une masse de biens à une activité (1). Aussi, traditionnellement, le patrimoine est lié à la personne. Plus exactement, il se construit sur la personnalité de son titulaire dont il est consubstantiel. Or, en l'espèce, il se trouve basé non plus sur la personne, seule apte à être sujet de droits et d'obligations, mais sur le but de l'affectation qui est l'activité (2).

#### **1 : L'affectation d'une masse de biens**

**440.** Le mécanisme de l'affectation est l'essence de la notion de patrimoine d'affectation. À lui seul, il confère, selon cette théorie, les prérogatives de la patrimonialité à une masse de biens, comme le fait la personnalité juridique<sup>430</sup>.

**441.** Il convient de préciser que le patrimoine d'affectation consiste en la soustraction d'une part des biens du patrimoine classique, pour les affecter à une activité professionnelle. Autrement dit, c'est un ensemble de biens affectés qui constitue le patrimoine d'affectation. Ainsi, du patrimoine classique naît un patrimoine affecté<sup>431</sup>. Au demeurant, Le droit français et le droit OHADA ne se contredisent pas sur cette conception de la notion de patrimoine d'affectation.<sup>432</sup>

**442.** Traditionnellement, le patrimoine est construit autour de la personne. Cependant, avec le patrimoine d'affectation, ce fondement est remis en question.

---

<sup>430</sup> P. LEFLOCH, *op. cit.*, p. 53 n° 37.

<sup>431</sup> J. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 31.

<sup>432</sup> D. POHE TOKPA, *op. cit.*, p. 1360 n° 66.

## **2 : Le remplacement de la personne juridique par le but de l'affectation d'une masse de biens**

**443.** Soutenue en France, notamment par SALEILLES puis DUGUIT, la théorie du patrimoine d'affectation remet en question l'idée selon laquelle le patrimoine est lié à la personne<sup>433</sup>. Habituellement, le patrimoine est considéré comme une émanation de la personnalité juridique. En sorte qu'il y a toujours, une personne derrière un patrimoine. Mais, à propos du patrimoine d'affectation, c'est plutôt le but de l'affectation des biens, c'est-à-dire l'activité, qui justifie l'existence d'un patrimoine, affecté. Ce but est considéré comme le support du patrimoine. Ce dernier existerait indépendamment de l'existence d'une personne qui en serait titulaire<sup>434</sup>.

**444.** Ici, c'est le but poursuivi, l'exercice d'une activité, qui donne vie au patrimoine. Partant de ce postulat, c'est le patrimoine lui-même qui est, selon cette théorie, le véritable sujet de droit. C'est donc lui, et non une quelconque personne, qui est titulaire de l'actif et du passif corrélatifs<sup>435</sup>. Ainsi défini, le patrimoine d'affectation revêt tout de même les caractères d'un patrimoine traditionnel.

### **B : Les caractères du patrimoine d'affectation**

**445.** Comme le patrimoine traditionnel, celui qui est affecté comporte un actif et un passif liés (1). Aussi, les dettes et les créances qui forment cet actif et ce passif sont transmissibles (2).

#### **1 : L'existence d'un actif et d'un passif**

**446.** Le patrimoine d'affectation est avant tout un patrimoine. À ce titre, il se compose de dettes qui forment le passif, et de créances qui forment l'actif.

**447. Corrélation entre l'actif et le passif du patrimoine d'affectation.** Ici, l'actif répond du passif. Autrement dit, en principe, les dettes nées de l'exercice de l'activité pour laquelle des biens ont été affectés sont couvertes par l'actif affecté. Elles ne sont donc pas personnelles pour que la charge en incombe à une personne physique ou morale. Cela est d'autant plus vrai qu'il

---

<sup>433</sup> R. SALEILLE, *De la personnalité juridique*, 2<sup>e</sup> édition, Rousseau 1922, p. 478 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Tome III, Boccard, 2<sup>e</sup> édition 1913, p. 309.

<sup>434</sup> P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil- Les biens- La publicité foncière*, Cujas 4<sup>e</sup> édition 1998, p. 13, n<sup>o</sup> 19.

<sup>435</sup> P. LEFLOCH, *op. cit.*, p. 53, n<sup>o</sup> 37.

a été établi qu'il n'y avait pas nécessairement l'expression d'une personnalité derrière un patrimoine d'affectation<sup>436</sup>.

**448.** Il sied de relever une différence entre le patrimoine traditionnel et le patrimoine d'affectation. En effet, le premier a vocation à réunir tous les biens, présents et avenir, d'un sujet de droit ; tandis que le second ne concerne que les biens affectés à une activité. Ces biens, actif et passif, sont transmissibles.

## **2 : La transmissibilité des créances et des dettes du patrimoine d'affectation**

**449.** Si l'existence d'un actif répondant du passif caractérise en général un patrimoine et, en l'occurrence, le patrimoine d'affectation, leur transmissibilité en est aussi une caractéristique fondamentale.

**450.** Le patrimoine d'affectation se transmet activement et passivement. En d'autres termes, les créances et les dettes qui constituent ce patrimoine d'affectation sont transmissibles concomitamment. Il s'agit, au demeurant, du double aspect traditionnel d'un patrimoine. Il se reconnaît ainsi à l'existence de créances et de dettes, et à sa transmissibilité à la fois active et passive<sup>437</sup>. De la notion de patrimoine d'affectation, il faudrait tirer plusieurs implications.

## **II : Les implications de la notion de patrimoine d'affectation**

**451.** La théorie du patrimoine d'affectation n'est pas sans implications. D'une part, le patrimoine d'affectation est limitatif de responsabilité (A). D'autre part, il conduit à la possibilité de disposer de plusieurs patrimoines à la fois (B).

### **A : La limitation de responsabilité et la protection des biens personnels**

**452.** En principe, la responsabilité du titulaire d'un patrimoine d'affectation se limite aux biens affectés. Il s'opère, en l'espèce, une différenciation entre ses biens personnels, et ses biens professionnels (1). Les seconds constituent le gage exclusif des créanciers professionnels (2).

---

<sup>436</sup> *Supra* n° 443.

<sup>437</sup> P. LEFLOCH, *op. cit.* p. 53, n° 37.

## **1 : La différenciation entre les dettes personnelles et les dettes professionnelles**

**453.** Le propre d'un patrimoine d'affectation, c'est d'opérer une distinction entre les biens. Les biens affectés à l'activité professionnelle diffèrent des autres biens qui sont, eux, personnels.

Cette distinction est fondamentale en droit car, une confusion de ces deux masses de biens peut avoir des conséquences fâcheuses. En effet, les biens qui ne sont pas affectés risquent d'être saisis, si le professionnel connaît des difficultés dans l'exercice de l'activité pour laquelle il aura affecté des biens.

**454.** Les conséquences d'une absence de distinction entre les biens personnels et les biens professionnels peuvent être davantage fâcheuses quand le professionnel est marié, sous le régime de la communauté de biens. L'hypothèse est celle où l'actif affecté n'arrive pas, ou plus, à faire face au passif né de l'activité professionnelle. Dès lors, s'il n'y avait pas de différence entre les biens, ceux de la communauté, qui sont personnels au couple, seraient menacés. Le professionnel en difficulté ferait ainsi payer à son conjoint, voire à ses enfants, les conséquences de sa gestion de son activité professionnelle<sup>438</sup>. Cette différenciation entre les biens personnels et les biens professionnels s'avère en effet capitale. Grâce à cette dernière, seuls les biens affectés constituent le gage des créanciers professionnels.

## **2 : Les biens affectés : gage exclusif des créanciers professionnels**

**455.** L'article 2284 du Code civil français dispose : « Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présent et à venir »<sup>439</sup>. En rappelant la distinction entre les biens personnels et les biens professionnels, ce texte montre surtout que, en principe, tous les biens qui forment l'actif du patrimoine d'un sujet de droit répondent de toutes ses dettes. Cette disposition consacre la notion de *gage général* ou de *gage commun des créanciers*. Mais, la limitation de responsabilité induite par le patrimoine d'affectation suppose ceci : seuls les biens affectés à l'activité professionnelle répondent des dettes qui naissent de l'exercice de ladite activité.

**456.** Le patrimoine d'affectation fait de l'actif affecté, le seul gage des créanciers professionnels. Autrement dit, ces créanciers professionnels ne peuvent se faire payer que sur

---

<sup>438</sup> D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 205-2013.

<sup>439</sup> C. civ., art. 20922.

les biens affectés. Il apparaît ici une distinction entre les créanciers personnels et les créanciers professionnels.

**457.** En somme, le patrimoine d'affectation est le gage exclusif des créanciers professionnels. Par professionnels, il faudrait entendre les partenaires en affaires, détenteurs de créances sur le patrimoine d'affectation. À l'analyse, on se rend compte qu'il y a un patrimoine général, et que l'admission d'un patrimoine affecté ouvre la voie à la possibilité de multiplier des patrimoines.

## **B : Pluralité patrimoniale**

**458.** L'admission de la théorie du patrimoine d'affectation conduit à admettre l'idée qu'un sujet de droit puisse, potentiellement, être titulaire de plusieurs patrimoines à la fois (1). Aussi chacun de ces patrimoines apparaîtrait-il opposable (2).

### **1 : Possibilité de disposer de plusieurs patrimoines**

**459.** Permettre à un sujet de droit de créer un patrimoine en affectant certains biens à une activité, c'est lui reconnaître le droit de disposer de plusieurs patrimoines. Dès lors, il pourrait ainsi, s'il souhaite exercer plusieurs activités, créer autant de patrimoines que d'activités.

**460.** De ce point de vue, la théorie du patrimoine d'affectation implique une remise en question du principe de l'unicité du patrimoine qui interdit une multiplicité de patrimoine pour une même personne<sup>440</sup>. Au demeurant, la pluralité des patrimoines d'affectation entraîne une démultiplication des gages des créanciers.

### **2 : Pluralité du gage des créanciers**

**461.** En droit positif, le patrimoine est, pour rappel, unique. Il constitue ainsi le seul gage commun des créanciers, personnels et professionnels ; réels et potentiels. Cependant, la théorie du patrimoine d'affectation conduit à une multiplicité des patrimoines. De ce fait, elle aboutit aussi à une différenciation et une multiplication des gages des créanciers. En sorte que chaque patrimoine d'affectation constitue un gage pour les créanciers professionnels de l'activité qui en est à l'origine.

**462. L'augmentation consubstantielle des gages généraux avec celle des patrimoines.** S'il est vrai que ce gage est exclusif au sens où il ne concerne pas les créanciers personnels, il n'en demeure pas moins général pour les créanciers professionnels, ceux qui sont titulaires de

---

<sup>440</sup> *Infra.*, n° 480.

créances nées de l'activité pour laquelle des biens ont été affectés. Ainsi, ils peuvent se faire payer sur l'ensemble du patrimoine affecté. Autrement dit, le patrimoine d'affectation apparaît aussi comme le gage commun ou général des créanciers professionnels<sup>441</sup>.

**463.** Il ressort que le patrimoine d'affectation ne repose pas sur la personne juridique à qui il est traditionnellement reconnue la faculté d'être titulaire d'un patrimoine. Il naît de l'affectation d'un groupe de biens à une activité. C'est donc ce but qu'est l'activité qui fonde cette notion de patrimoine d'affectation. Pour autant qu'il soit affecté, il n'en demeure pas moins un patrimoine. Il en conserve dès lors les caractères. Constitué de dettes et de créances, il se transmet activement et passivement. Ainsi résumée, la notion de patrimoine d'affectation est inapplicable au fonds de commerce.

## **§2 : L'inapplicabilité au fonds de commerce**

**464.** La notion de patrimoine d'affectation apparaît inapplicable au fonds de commerce, du moins tel que ce fonds est conçu actuellement. Le droit lie traditionnellement le patrimoine à la personne, physique ou morale, dotée de la personnalité juridique. Or le fonds de commerce n'a pas la personnalité juridique (I). Aussi, la notion de patrimoine d'affectation est, théoriquement, inapplicable au fonds de commerce en raison de l'unicité du patrimoine qui reste de principe (II).

### **I : L'inapplicabilité tenant à l'absence actuel de personnalité morale du fonds de commerce**

**465.** La notion de patrimoine d'affectation donne lieu à un patrimoine dit affecté, mais qui reste avant tout un patrimoine. Or, le patrimoine est encore majoritairement considéré comme une émanation de la personnalité juridique, laquelle manque au fonds de commerce. C'est l'une des raisons qui rendent cette notion inapplicable au fonds de commerce (A). Cette inapplicabilité ou assimilation trouve une autre raison dans le fait que le patrimoine d'affectation suppose, lui, l'admission en son sein de biens qui sont, actuellement interdits de la composition du fonds de commerce (B).

---

<sup>441</sup> D. HOUTCIEF, *op. cit.*, p. 222, n° 452.

## **A : Le patrimoine, une émanation de la personnalité juridique**

**466.** L'inapplicabilité au fonds de commerce de la notion de patrimoine d'affectation tient ainsi à l'impossibilité, encore actuelle, de détacher le patrimoine de la personne (1). Or, seule la personne, physique ou morale, peut disposer d'un patrimoine (2).

### **1 : L'impossibilité de détacher le patrimoine de la personne face au manque de personne morale du fonds de commerce**

**467.** Toute personne est titulaire d'un patrimoine. Peu importe que celui-ci ait des biens ou pas. Autrement dit, dès qu'une personne a acquis la personnalité juridique, il dispose d'un patrimoine. C'est le cas même si ce patrimoine ne comporte aucun droit ni aucune obligation. Sa vocation ou son aptitude à être rempli suffit pour qu'un patrimoine existe<sup>442</sup>. Ainsi, une personne qui a perdu tous ses biens demeure à la tête d'un patrimoine. De même, un nouveau-né, à qui la personnalité juridique est reconnue, est titulaire d'un patrimoine<sup>443</sup>.

**468.** Traditionnellement, il n'y a de patrimoine qu'autant qu'il existe une personne dotée de la personnalité juridique qui en est le titulaire. Il est donc impossible, du moins dans le principe, de détacher le patrimoine de la personne. Or, c'est cela que sous-tend l'idée du patrimoine d'affectation. L'impossibilité de détacher le patrimoine de la personne ne s'accommode pas de la notion de patrimoine d'affectation. Le patrimoine reste attaché à la personne en droit positif. Dès lors, cette notion n'est pas assimilable au fonds de commerce qui n'a pas de personnalité. Cela est d'autant plus vrai que, seule la personne peut, en principe, être titulaire d'un patrimoine.

### **2 : L'exclusivité reconnue à la personne de disposer d'un patrimoine**

**469.** Le fait que le droit considère, majoritairement, que seules les personnes ont un patrimoine rend la notion de patrimoine d'affectation d'avantage inapplicable au fonds de commerce. En l'espèce, c'est le fondement même de la théorie du patrimoine d'affectation qui est remis en question.

**470.** Dès lors, si le patrimoine ne peut pas reposer sur la simple affection d'une masse de biens à une activité, et que le droit positif exige toujours l'existence d'une personne, la notion de patrimoine d'affectation apparaît inapplicable au fonds de commerce. D'autant plus que sa validité est ici, elle-même contestée. En d'autres termes, la notion de patrimoine d'affectation

---

<sup>442</sup> J. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 29.

<sup>443</sup> J. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 30.

ne serait applicable au fonds de commerce que si le droit admettait qu'un patrimoine existe indépendamment de la personne.

**471.** *Grosso modo*, étant entendu que l'idée d'un patrimoine détaché de la personne est inopérante, et que seules les personnes peuvent disposer d'un patrimoine, la notion de patrimoine d'affectation est remise en question. On ne peut pas alors l'appliquer au fonds de commerce. Ce dernier n'a pas été accepté comme étant patrimoine affecté.

**472.** Au demeurant, le patrimoine d'affectation a vocation à contenir en son sein tous les biens du commerçant affectés à son activité professionnelle. Or, certains biens affectés sont interdits de l'assiette du fonds de commerce.

## **B : L'obstacle tenant à l'admission au sein du patrimoine d'affectation de biens exclus du fonds de commerce**

**473.** La notion de patrimoine d'affectation est inapplicable au fonds de commerce car, contrairement à celui-ci, le patrimoine d'affectation peut comporter des immeubles (1). Aussi, le patrimoine affecté, reste composé d'un actif et d'un passif ; alors que le fonds de commerce n'est composé que d'éléments d'actif (2).

### **1 : L'admission des immeubles au sein du patrimoine d'affectation et leur interdiction de l'assiette du fonds de commerce**

**474.** Comme le patrimoine classique à vocation à réunir les biens de toute nature, le patrimoine d'affectation a vocation à réunir lui aussi tous les biens nécessaires à l'activité, ou tous les biens affectés. Par conséquent, les immeubles entrent donc dans ce patrimoine. Admettre que la notion de patrimoine d'affectation s'applique au fonds de commerce, c'est faire entrer les immeubles dans sa composition, or ceux-ci en sont écartés en droit positif.

**475. Interdiction de la « mobilisation par destination ».** Même si un immeuble est affecté au fonds de commerce, il ne devient pas, comme lui, un meuble. La mobilisation par destination, qui serait la réciproque de l'immobilisation par destination, n'est pas permise en l'état du droit français et du droit OHADA<sup>444</sup>. Un immeuble affecté à un fonds de commerce conserve donc sa nature immobilière et ne peut, comme c'est en principe le cas dans un patrimoine d'affectation, faire partie des éléments dudit fonds. De ce point de vue, la notion de patrimoine

---

<sup>444</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, « *L'entreprise et ses formes juridiques* », *RTD. com.* 1968, 912, p. 916.

d'affectation s'avère encore inapplicable au fonds de commerce. Outre l'exclusion des immeubles, celle des dettes aussi justifie cette inapplicabilité.

## **2 : L'existence d'un passif au sein du patrimoine d'affectation**

**476.** Le patrimoine d'affectation reste avant tout un patrimoine. À ce titre, il a toujours un actif et un passif corrélatif<sup>445</sup>. Il sied aussi de rappeler qu'à l'opposé, le fonds de commerce n'a pas, en principe, de passif. Cette différence fondamentale rend la notion de patrimoine d'affectation inapplicable au fonds de commerce.

**477.** Ainsi, l'absence de passif de la composition du fonds de commerce ne permet pas de le considérer comme un patrimoine d'affectation<sup>446</sup>. Cette notion lui est donc inapplicable. Cette inapplicabilité repose aussi sur le principe de l'unicité du patrimoine.

## **II : L'inapplicabilité tenant au principe de l'unité du patrimoine**

**478.** Après avoir présenté le principe de l'unicité du patrimoine (A), on constatera qu'il rend la notion de patrimoine d'affectation inapplicable au fonds de commerce (B).

### **A : Le principe de l'unité du patrimoine**

**479.** Le principe de l'unité du patrimoine (1) connaît actuellement de nombreux palliatifs face à l'interdiction du patrimoine d'affectation qu'il implique (2).

#### **1 : Observations sur le principe de l'unité du patrimoine**

**480.** Dans sa conception traditionnelle, le patrimoine est unique et indivisible. Autrement dit, outre le fait que seule une personne peut être titulaire d'un patrimoine, chaque personne n'a qu'un seul patrimoine<sup>447</sup>.

**481.** Ce principe suppose qu'il n'y a pas de différence entre les dettes personnelles et les dettes professionnelles, dans la mesure où le patrimoine recueille l'ensemble des droits d'une personne évaluables en argent. L'actif du patrimoine répond de l'ensemble du passif émanant aussi bien des activités personnelles que de celles professionnelles.

---

<sup>445</sup> S. PIEDELIEVRE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel » ; Loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003, pour l'initiative économique, *JCP* édition G., I, 165, n°5.

<sup>446</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 171, n° 295.

<sup>447</sup> J. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 30.

**482.** Le principe de l'unité du patrimoine reste de mise en droit positif<sup>448</sup>. Tous les biens du débiteur restent, en principe, le gage commun de ses créanciers<sup>449</sup>. Ce sont donc tous les biens d'une personne qui forment son patrimoine, unique. Cette personne ne peut, en principe, objecter à un créancier qu'il ne peut pas se faire payer sur un bien personnel, au motif que sa créance serait professionnelle<sup>450</sup>.

**483.** Ce principe se révèle en décalage avec la réalité de la vie des affaires. Il exclut l'idée d'un patrimoine d'affectation. Très critiqué, il connaît de nombreux palliatifs.

## **2 : Palliatifs à l'unité du patrimoine**

**484.** L'idée qu'une personne ne puisse avoir qu'un seul patrimoine ne s'accommode pas de la réalité de la vie des affaires, pas plus qu'elle n'incite à l'entrepreneuriat. En raison du risque entrepreneurial, il est difficilement concevable qu'une personne engage tous ses biens pour l'exercice d'une activité professionnelle. Dès lors, le principe de l'unicité du patrimoine est problématique, et cela lui vaut de nombreuses critiques. Celles-ci ont conduit le droit à lui apporter des tempéraments.

**485. Institution de l'EURL et de l'EARL.** C'est dans ce contexte que la théorie du patrimoine d'affectation a émergé. Ainsi, le législateur français a nuancé le principe de l'unicité du patrimoine, pour contourner ses inconvénients, en instituant, d'abord, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et l'entreprise agricole à responsabilité limitée<sup>451</sup>.

**486. Institution de l'insaisissabilité.** L'insaisissabilité désigne la situation juridique d'un bien, ou d'une masse de biens, qui est exceptionnellement soustrait du gage général des créanciers<sup>452</sup>. À l'origine, il s'agit d'une alternative à la création d'une société, pour protéger le patrimoine du débiteur défaillant<sup>453</sup>. La loi du 1<sup>er</sup> août 2003 a permis à l'entrepreneur individuel de déclarer sa résidence principale insaisissable. En l'espèce, l'entrepreneur ne répond plus de ses dettes professionnelles sur l'ensemble de ses biens. Sa résidence principale est épargnée et est soumise à un régime juridique distinct de celui du reste de ses biens. Elle ne fait plus partie du gage

---

<sup>448</sup> C. civ., art. 2092.

<sup>449</sup> C. civ., art. 2093.

<sup>450</sup> H.A. BITSAMANA, *Dictionnaire de droit OHADA*, Ohadata, D-05-33, p. 156-157.

<sup>451</sup> Cf. loi du 11 juillet 1989 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole.

<sup>452</sup> A.D. WANDJI KAMGA, « Les biens et droits insaisissables », in *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., p. 441, n° 5 ; A. LIENHARD, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *D.* 2003. 1898.

<sup>453</sup> D. VIGUIER, « La protection du patrimoine du chef d'entreprise (la déclaration d'insaisissabilité) », *D.*, 22 janvier 2009, p. 179 et s.

commun des créanciers<sup>454</sup>. En droit OHADA, le législateur renvoie, pour la détermination des biens concernés, aux législations des États-membres<sup>455</sup>.

**487. Le surendettement.** En matière de surendettement, le droit permet, sous certaines conditions, de prononcer la liquidation judiciaire du patrimoine du débiteur surendetté en excluant certains biens de cette liquidation<sup>456</sup>. Là encore, il y a un contournement de l'unité du patrimoine, à travers celle du gage commun des créanciers qu'elle sous-tend.

**489. Insuffisance des contournements au principes de l'unité du patrimoine.** Finalement, tous ces palliatifs ne remettent pas suffisamment en cause le principe de l'unité du patrimoine pour que fonds de commerce soit assimilé à un patrimoine d'affectation.

## **B : L'incompatibilité entre l'unité du patrimoine, le patrimoine d'affectation et le fonds de commerce**

**490.** L'inapplicabilité de la notion de patrimoine d'affectation au fonds de commerce s'explique par l'idée du gage commun des créanciers que suppose l'unicité du patrimoine (1). Par ailleurs, un commerçant peut avoir plusieurs fonds de commerce, or l'unité du patrimoine interdit que le patrimoine soit pluriel. Dès lors, le caractère pluriel du fonds de commerce ne s'accommode pas de l'idée du patrimoine d'affectation (2).

### **1 : Le maintien de principe de la notion de gage général des créanciers**

**491.** Le maintien du principe de l'unité du patrimoine entraîne celui du gage général des créanciers. Les créanciers commerciaux peuvent donc, à cause de ce principe, se faire payer sur tous les biens du commerçant, du moins dans le principe. Or, la notion de patrimoine d'affectation ferait du fonds de commerce le gage exclusif des créanciers professionnels. Dès lors, tel qu'il est conçu, le fonds de commerce ne peut donc être assimilé à un patrimoine d'affectation.

**492.** Ainsi, la responsabilité du commerçant ne se limite pas aux biens affectés à son activité professionnelle. Aussi répond-il de ses dettes professionnelles, comme de ses dettes personnelles, sur tous ses biens.

---

<sup>454</sup> P.M. REVERDY, « Bilan et perspective de l'insaisissabilité », *JCP E*, 2011. 1208 ; cf. loi n° 2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique modifiée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, art. 206 ; C.com., art. L.526-1 ; AUVE, art. 50 al1.

<sup>455</sup> AUVE, art. 51.

<sup>456</sup> C. cons., art. 332.

## **2 : La possibilité de disposer de plusieurs fonds de commerce face à l'unité du patrimoine**

**493.** Une personne peut disposer de plusieurs fonds de commerce à la fois. Cependant, le principe de l'unité du patrimoine interdit à une personne d'avoir plusieurs patrimoines à la fois. Le fonds de commerce, puisqu'il est potentiellement multiplicable, ne peut donc pas être considéré comme un patrimoine affecté, étant entendu que celui reste, lui, unique ; et donc insusceptible d'être multiplié.

**494.** Ici, la différence vient du fait que le fonds de commerce peut être multiple et le patrimoine ne peut pas l'être à cause du principe de l'unité du patrimoine.

**495. Nécessité d'une remise en question du principe de l'unité du patrimoine.** En résumé, le fonds de commerce, tel qu'il est conçu ne correspond pas à l'idée du patrimoine d'affectation. Le principe de l'unité du patrimoine, malgré ses atténuations ne permet de faire du fonds de commerce un patrimoine. Il faudrait ainsi une remise en question pure et simple de ce principe pour que le fonds de commerce soit assimilable à un patrimoine<sup>457</sup>.

### **Conclusion du chapitre 1**

**496.** Dépourvu de la personnalité juridique, le fonds de commerce n'a pas d'autonomie patrimoniale. Il n'est constitué que d'éléments actifs. Le passif en est exclu, en principe. Les dettes et les créances qui naissent de l'exploitation du fonds de commerce demeurent personnelles au commerçant. Elles sont donc intransmissibles avec lui. Ce n'est pas non plus un patrimoine d'affectation. Il convient donc de déterminer la véritable nature du fonds de commerce, en droit français et en droit OHADA.

---

<sup>457</sup> *Infra.*, n° 876.

## **CHAPITRE 2 : LA PRISE EN COMPTE GLOBALE DES ÉLÉMENTS DU FONDS DE COMMERCE**

**497.** Le fonds de commerce est un assemblage d'éléments disparates, constitutifs d'un bien unitaire. Ces éléments sont ainsi pris en compte de façon globale, tant et si bien qu'ils forment une universalité. Cependant, il existe deux principaux types d'universalités. Il y a l'universalité de droit et l'universalité de fait. La première se distingue de la seconde par la présence en son sein d'un actif et d'un passif liés.

**498.** Par ailleurs, après avoir rappelé que le fonds de commerce est un bien, il convient de préciser que tous les biens ne sont pas de même nature. Dès lors, il apparaît opportun de préciser le type d'universalité qui est appliqué au fonds de commerce, et le type de bien qu'il constitue, en droit français et en droit OHADA.

**499.** On constatera que le fonds de commerce est une universalité, non pas de droit, mais plutôt une universalité de fait (section 1). On ne manquera pas d'observer qu'il est également un bien meuble incorporel (section 2).

### **Section 1 : Le fonds de commerce, une universalité de fait**

**500.** La présence, fût-elle exceptionnelle, de nombreuses créances et de nombreuses dettes au sein du fonds de commerce jette le doute sur sa véritable nature. Notamment, quand on sait que seule l'universalité de droit se compose d'un actif et d'un passif. Le fonds de commerce est, en toute hypothèse, une universalité (§1). S'agissant maintenant du type d'universalité, le fonds de commerce est considéré, en droit positif, comme une universalité de fait (§2).

#### **§1 : Le fonds de commerce, une universalité**

**501.** Avant d'être une universalité de fait, le fonds de commerce est avant tout une universalité. Ni la loi française, ni les actes uniformes de l'OHADA ne définissent cette notion d'universalité. C'est donc la doctrine qui s'est chargée de lui donner un contenu. L'universalité suppose la réunion de deux principales caractéristiques. Ainsi, assemblage d'éléments disparates, elle forme néanmoins une entité unique (I). Aussi l'universalité se caractérise-t-elle par la fongibilité de ses éléments constitutifs (II).

## **I : Un agrégat de biens formant un bien unique**

**502.** Les éléments réunis au sein de l'universalité forment une entité unique et autonome. Il en est ainsi du fonds de commerce (A). Comme l'universalité, le fonds de commerce est aussi caractérisé par la commune destinée de ses éléments constitutifs (B).

## **A : Un assemblage d'éléments hétérogènes**

**503.** Le fonds de commerce est une universalité car il est un assemblage d'éléments divers, formant une seule entité, distincte de ses composantes (1). Cet assemblage est marqué par l'hétérogénéité de son contenu (2).

### **1 : Un assemblage de biens formant une entité distincte de ses composantes**

**504.** La notion d'universalité renvoie à un ensemble d'éléments homogènes ou pas. Plus exactement, c'est un agrégat de biens. En l'espèce, ces biens ne sont pas considérés pour ce qu'ils sont individuellement, mais plutôt comme un tout. Ainsi, il s'agit d'une entité à part entière distincte de ses composantes<sup>458</sup>. Il en va ainsi d'une bibliothèque. En ce cas, les éléments qui composent la bibliothèque (livres et autres documents) forment un agrégat constitutif d'une universalité<sup>459</sup>.

**505. Application au fonds de commerce.** La description ci-dessus correspond à ce qu'est un fonds de commerce. C'est pour cela qu'il est considéré comme une universalité. En effet, le fonds de commerce est bel et bien un assemblage de biens formant un tout. Cet ensemble constitue, comme c'est le cas ici de l'universalité, une unité. C'est un bien distinct des biens qui le composent<sup>460</sup>.

**506.** Ainsi, s'il est vrai que les éléments qui composent le fonds de commerce conservent une autonomie et peuvent être soumis à des régimes juridiques spécifiques, il n'en demeure pas moins que, pris de façon globale, cet ensemble qu'est le fonds de commerce peut faire l'objet de certaines opérations. Dans cette hypothèse, il est traité comme une entité à part entière, distincte de ses éléments constitutifs<sup>461</sup>. À ce propos, P. LEFLOCH déclare que : « [...] d'un côté, et en raison de l'existence d'une réglementation spécifique, le fonds de commerce a bien

---

<sup>458</sup> T. REVET, obs. sur Com., 5 mars 2002, *RTD. civ.*, 2002, p. 327.

<sup>459</sup> D.HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préc., n° 229 et s. ; E. MAILLER, « L'universalité de fait », *RTD. civ.*, 2012, p. 651.

<sup>460</sup> D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 245, n° 498 ; D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, 19<sup>e</sup> édition, Sirey 2011, p. 67, n° 148.

<sup>461</sup> A. FOKO, « Fonds de commerce », *op. cit.*, p. 819, n° 65.

l'apparence d'une entité distincte de ses éléments constitutifs ; mais, de l'autre, ce rassemblement ne se traduit pas par la fusion juridique des parties composantes en un tout homogène »<sup>462</sup>. Ainsi, l'universalité que forme le fonds de commerce désigne un bien unitaire, mais avec un contenu pouvant être hétérogène.

## **2 : L'hétérogénéité des biens assemblés**

**507.** Si les biens d'une universalité peuvent être de même nature, il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent aussi être différents<sup>463</sup>. C'est ainsi que, pour reprendre l'exemple de la bibliothèque, elle peut contenir uniquement des livres, mais on peut y trouver aussi des biens d'une autre nature. Il en va ainsi des documents numériques voire des ordinateurs, et même le mobilier de bureau. L'hétérogénéité apparaît dès lors comme l'un des principaux traits qui caractérisent le mieux les éléments constitutifs du fonds de commerce<sup>464</sup>. Celui-ci fait donc partie de ces universalités aux contenus hétérogènes.

**508. Assemblage de biens corporels et de biens incorporels.** Aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, on y trouve des biens d'une grande diversité. Sans prétendre à l'exhaustivité, au sein du fonds de commerce, il y a des marchandises, le mobilier servant à l'exploitation, la clientèle, le nom, l'enseigne, le droit au bail, les marques, les brevets, etc. Des biens corporels y côtoient ainsi des biens incorporels. Le fonds de commerce a aussi cette particularité de l'universalité qui consiste en ceci que, tous ses biens n'obéissent pas forcément à un même régime juridique. Comme les biens de l'universalité, ceux du fonds de commerce conserve une autonomie juridique, malgré le fait qu'ils forment une entité unique, et malgré leur destinée commune.

## **B : La destinée commune des éléments assemblés**

**509.** Les éléments qui forment l'universalité ont une destinée commune. Comme ils forment un tout, un agrégat, le traitement appliqué à celui-ci leur est commun à tous. C'est le cas, s'agissant du fonds de commerce (1). Cependant, malgré cette commune destinée et parce qu'ils ne perdent pas leurs individualités, les régimes propres de ces différents éléments ne disparaissent pas. Il en va de même, une fois de plus, au sein du fonds de commerce (2).

---

<sup>462</sup> P. LEFLOCH, *op. cit.*, p. 79, n° 7. ; L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé, op. cit.*, p. 443, n° 762.

<sup>463</sup> M. PEDAMON, *Droit commercial : commerçant et fonds de commerce ; concurrence et contrats du commerce op. cit.*, p. 197, n° 253.

<sup>464</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 429, n° 730.

## **1 : Le traitement commun réservé à tous les éléments de l'universalité**

**510.** La commune destinée des éléments assemblés est une caractéristique de l'universalité que remplit le fonds de commerce. Dans les deux cas, les éléments ainsi regroupés, puisqu'ils forment une seule et même entité, sont soumis à un même traitement. En sorte que, toute opération portant sur cette entité coalisée concerne chaque élément de celle-ci.

**511. Commune destiné à l'occasion des contrats portant sur le fonds de commerce.** Ainsi, la cession du fonds de commerce suppose, en principe, celle de tous les biens qui y sont admis. Il en va de même pour le nantissement du fonds de commerce, pour son apport en société, ou encore pour la location-gérance. Comme pour toute universalité, au sein du fonds de commerce, l'ensemble des biens est traité de la même manière<sup>465</sup>.

**512.** En somme, quelle que soit leur diversité, chacun des éléments du fonds de commerce est concerné par chaque opération dont ce fonds fait l'objet. Cependant, malgré leur commune destinée et leur alignement sur le traitement appliqué à l'ensemble qu'ils forment, les éléments de l'universalité conservent leur propre régime juridique.

## **2 : La préservation du régime juridique de chaque élément de l'universalité**

**513.** Sans remettre en question leur appartenance à l'entité unique qu'est l'universalité, les éléments qui y sont assemblés conservent leurs régimes juridiques spécifiques. Dès lors, leur commune destinée n'est pas obligatoirement synonyme d'un régime identique. Le fonds de commerce remplit aussi ce critère de l'universalité.

**514.** Ainsi, au sein du fonds de commerce, en raison de la diversité de nature des éléments agrégés, on a des règles diverses pour ses différents biens. Ceux-ci conservent leurs individualités<sup>466</sup>.

**515.** On notera, par exemple, que la cession du droit au bail, n'obéit pas nécessairement au même régime que celle des machines. De même, le transfert de l'obligation de non-concurrence ou celui des droits de propriété intellectuelle n'obéit pas aux mêmes formalités que celui des marchandises ou des stocks. Même entre éléments de même nature, le régime n'est pas forcément le même. La cession de dette est, à titre illustratif, plus compliquée que celle des créances, traduisant ainsi une différence de régimes juridiques.

---

<sup>465</sup> C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité*, Thèse Paris I, 2003, p. 14, n° 13.

<sup>466</sup> Cass. Com. 21 juin 1950, *JCP* 1950, II, 5898, note A. COHEN.

**516.** En somme, en tant qu'universalité, le fonds de commerce est un agrégat d'éléments, différents par leur hétérogénéité mais unis par leur commune destinée. Aussi, si les éléments ainsi réunis suivent le sort de l'entité unitaire qu'ils forment, ils n'en conservent pas moins leurs régimes propres. Au demeurant, il s'agit ici des caractères de l'universalité que l'on retrouve au sein du fonds de commerce. Ce fonds remplit un autre caractère de l'universalité, à savoir la fongibilité de ses composants.

## **II : La fongibilité des éléments de l'universalité et du fonds de commerce**

**517.** L'une des particularités de l'universalité réside dans le caractère fongible des biens qui la constituent. Avant de montrer que le fonds de commerce remplit ce critère (B), il apparaît opportun de clarifier le concept de fongibilité (A).

### **A : Le concept de fongibilité**

**518.** La définition de la fongibilité (1) est nécessaire car, quand celle-ci est reconnue à un bien, cela permet de lui appliquer un régime qui tient compte de cette caractéristique (2).

#### **1 : Définition**

**519.** On parle de fongibilité pour des biens de même nature et qui se valent. Ils se caractérisent par leur interchangeabilité. En sorte qu'on peut acquérir une chose un bien, et la remplacer par un autre sans en ressentir la différence<sup>467</sup>.

**520.** Ici, c'est la valeur de la chose qui importe. Ainsi, pour acheter un bien, quand on a deux billets de banque de même valeur, qui permettent chacun d'acquérir ce bien, il est indifférent pour le vendeur de recevoir l'un ou l'autre des deux billets<sup>468</sup>. La définition de la chose fongible n'est pas sans intérêt, bien au contraire.

---

<sup>467</sup> C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, De la distinction des biens*, tome 1, A. DURAND et L. HACHETTE et Cie, 1854, n° 42 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, n° 11.

<sup>468</sup> D. R. MARTIN, « De la monnaie », Mél. BLAISE, *Economica*, 1995, p. 333 ; T. REVET, *L'argent et le droit*, APD, 1998, t. 42. ; Á propos de la fongibilité des titre sociaux, A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, *op. cit.*, p. 251, n° 223.

## 2 : Intérêt de la définition

**521.** La définition de la chose fongible permet de la distinguer des choses non fongibles<sup>469</sup>, des choses consommables<sup>470</sup> voire d'autres types de biens, et de lui appliquer un régime propre. Plus exactement, l'intérêt de cette distinction apparaît lors de certaines opérations juridiques<sup>471</sup>.

**522. En matière de compensation.** Par exemple, en matière de compensation, il est fait appel à la notion de fongibilité. La compensation est une opération qui consiste en l'extinction de dettes entre deux personnes qui se doivent mutuellement. En d'autres termes, elle a pour but d'éteindre des dettes entre des personnes qui sont débitrices, l'une envers l'autre<sup>472</sup>. Cette opération met en évidence l'intérêt de la notion de fongibilité. S'agissant du fonds de commerce, la définition de la chose fongible est importante, car la loi conditionne la réalisation de l'opération de compensation à l'existence de choses qui se valent parfaitement à l'identique, c'est-à-dire des choses fongibles<sup>473</sup>.

**523.** Au demeurant, la définition de la chose fongible est intéressante parce que, au sein de l'universalité, les biens sont fongibles. C'est l'une de ses caractéristiques qui permet de l'appliquer au fonds de commerce.

## B : Application de la fongibilité à l'universalité et au fonds de commerce

**524.** On reconnaît également une universalité à la fongibilité de ses éléments constitutifs. Or, les éléments du fonds de commerce sont, eux-aussi, fongibles. C'est donc un caractère qui permet de qualifier le fonds de commerce d'universalité. Ainsi, la fongibilité s'applique à la notion d'universalité (1), comme à la notion de fonds de commerce (2).

---

<sup>469</sup>Ce sont des choses qui ne sont remplaçables indifféremment les unes par les autres. Cf. C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 42

<sup>470</sup>Ce sont des choses qui se consomment et se détruisent par leur usage, cf. J. Lefebvre, *Leçons de droit des biens*, *op. cit.*, p.102.

<sup>471</sup> Il en est ainsi pour l'action en revendication, et pour la remise de la chose dans le cadre d'un contrat de vente. Cf. J. LEFEBVRE, *op. cit.*, p.101.

<sup>472</sup> C. civ., art. 1289.

<sup>473</sup> C. civ., art. 1291; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 43.

## **1 : Application à l'universalité**

**525.** La nature fongible des biens qui composent l'universalité est l'une de ses principales caractéristiques<sup>474</sup>. J. CARBONNIER affirme à ce sujet que : « l'universalité reste la même malgré les fluctuations qui peuvent se produire en son sein : les biens nouvellement acquis prennent la place des biens aliénés ou disparus, revêtent la même condition juridique, celle qui procède de l'appartenance à l'universalité »<sup>475</sup>.

**526.** La fongibilité des éléments de l'universalité se justifie par le besoin de celle-ci de s'actualiser continuellement et de s'adapter aux changements extérieurs. Cela ne remet cependant pas en cause son unité et son identité. Autrement dit, la variabilité et l'interchangeabilité des éléments de l'agrégat qu'est l'universalité ne sauraient avoir raison d'elle<sup>476</sup>. Elle demeure un contenant stable, malgré les changements qui peuvent intervenir dans son contenu. En l'espèce, il s'agit d'une caractéristique qui rapproche le fonds de commerce de cette notion.

## **2 : Application au fonds de commerce**

**527.** Parmi les caractéristiques de l'universalité que réunit le fonds de commerce, il y a la fongibilité de ses éléments constitutifs. En effet, comme au sein de l'universalité, les éléments du fonds de commerce peuvent être, à l'identique, vendus, utilisés, ou changés. Ils sont ainsi variables et interchangeables, sans pour autant que cela remette en cause l'unité du fonds.

**528.** Le commerçant peut, en affectant certains biens, les extraire ou les substituer à d'autres de même nature. Il en va ainsi en cas de vente de marchandises. Après avoir épuisé ses stocks, il peut acquérir de nouvelles marchandises sans que l'unité du fonds, l'agrégat que ces marchandises contribuent à former, ne disparaissent pour autant<sup>477</sup>. Ainsi, le fonds de commerce ne cesse pas d'exister malgré la cession ou l'affectation en garantie d'un ou de plusieurs de ses éléments<sup>478</sup>.

**529.** En somme, la fongibilité des éléments constitutifs est un caractère essentiel qui permet de reconnaître au fonds de commerce sa nature d'universalité. Ses éléments constitutifs sont en effet fongibles comme l'exige l'universalité. Au demeurant, si le fonds de commerce est une

---

<sup>474</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 451, n° 775.

<sup>475</sup> J. CARBONNIER, *op. cit.*, p.11, n° 62.

<sup>476</sup> J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 96, n° 53.

<sup>477</sup> J. P. CHAZAL, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, Defrénois 2001, 37197 p. 172, n° 29.

<sup>478</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 452, n° 777.

universalité, il s'agit, en l'état du droit, d'une universalité de fait plutôt que d'une universalité de droit.

## **§2 : Le type d'universalité appliqué au fonds de commerce**

**530.** Le fonds de commerce étant une universalité, il faudrait préciser le type d'universalité dont il s'agit. Le droit français et le droit OHADA sont unanimes sur le fait que le fonds de commerce n'est pas une universalité de droit (I). Ils le considèrent plutôt comme une universalité de fait (II).

### **I : Le rejet de l'universalité de droit**

**531.** Le fonds de commerce n'est pas, en droit positif, une universalité de droit. Ce rejet de l'universalité de droit reste néanmoins discuté. Il n'est pas exclu que la position actuelle du droit puisse évoluer ultérieurement. Toutefois, c'est une discussion qui a débouché jusqu'à présent sur l'insuccès de la thèse favorable à l'universalité de droit (A). Néanmoins, le rejet de celle-ci n'est que de principe (B).

#### **A : Un rejet discuté en doctrine**

**532.** La thèse favorable à l'application au fonds de commerce de l'universalité de droit (1) n'a pas connu le succès escompté à ce jour (2).

#### **1 : La thèse favorable à l'universalité de droit**

**533.** L'universalité de droit est cette théorie qui consiste à considérer que le fonds de commerce est un patrimoine<sup>479</sup>. Il serait un patrimoine autonome, qui se distinguerait du patrimoine personnel du commerçant. Ce « patrimoine d'affectation » comporterait ainsi, en plus des éléments du fonds de commerce énumérés par la Loi, les dettes et les créances nées de son exploitation. Le commerçant aurait dès lors un patrimoine personnel, et un patrimoine professionnel.

**534.** Pour défendre cette théorie, certains auteurs tirent argument, d'abord, de ce que la comptabilité et le bilan n'enregistrent pas les mouvements de la fortune personnelle de

---

<sup>479</sup> M. KONÉ, *op. cit.*, p. 358, n° 601; L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 453, n° 780.

l'exploitant du fonds de commerce, mais seulement les opérations et les résultats de l'entreprise<sup>480</sup>.

**535.** Ensuite, la loi française dite « loi Madelin » du 11 février 1994 opère une dissociation entre les biens qui sont nécessaires à l'exploitation et ceux qui sont personnels à l'exploitant. Les biens nécessaires à l'exploitation ont pour but de servir de garantie prioritaire pour les concours financiers obtenus par le commerçant auprès des banquiers, au titre de son activité professionnelle. Ces biens ont aussi vocation à être saisis prioritairement pour payer toute créance contractuelle née de l'activité commerciale, dès lors qu'il est prouvé qu'ils suffisent au désintéressement du créancier. Ces exemples montrent une sorte de distinction entre les biens professionnels et ceux personnels. Celle-ci laisse entrevoir l'idée d'une scission du patrimoine en deux.

**536.** Les tenants de cette théorie arguent aussi que l'évolution rattache au fonds de commerce des créances et des dettes commerciales. De sorte qu'il aurait finalement des éléments d'actif et de passif. Ils s'appuient ainsi sur les nombreuses exceptions au principe d'exclusion des dettes et des créances de l'assiette du fonds de commerce<sup>481</sup>. Cependant, la théorie de l'universalité de droit n'a pas emporté l'adhésion du droit positif.

## **2 : L'insuccès de la thèse favorable à l'universalité de droit**

**537.** L'idée que le fonds de commerce serait une universalité de droit reste majoritairement rejetée. En réponse à l'argumentaire ci-dessus, s'agissant d'abord de la distinction opérée par la loi Madelin, elle est insuffisante. En effet, elle ne parvient pas, malgré tout, à cantonner les dettes professionnelles de l'exploitant sur les seuls actifs de l'exploitation. Aussi l'autonomie comptable de l'exploitation n'a-t-elle pas une grande importance, notamment sur le plan juridique<sup>482</sup>.

**538.** Ensuite, en ce qui concerne la présence au sein du fonds de commerce de certaines créances et de certaines dettes, il ne s'agit que d'exceptions. Enfin, les arguments au soutien de l'universalité de droit se heurtent surtout au principe de l'unicité du patrimoine<sup>483</sup>.

---

<sup>480</sup> M. PEDAMON, *op. cit.*, p. 196, n° 252.

<sup>481</sup> M. KONÉ, *op. cit.*, p. 352, n° 594.

<sup>482</sup> M. PEDAMON, *op. cit.*, p. 197, n° 252.

<sup>483</sup> P. CANIN, *Droit commercial, op. cit.*, p. 102 ; Supra n° 480.

**539.** En somme, la position du droit français et du droit OHADA sur le type d'universalité du fonds de commerce est claire : c'est une universalité de fait<sup>484</sup>. Ce rejet de l'universalité de droit reste néanmoins un rejet de principe.

## **B : Un rejet de principe de l'universalité de droit**

**540.** Malgré les critiques subies, le principe demeure que le fonds de commerce n'est pas une universalité de droit (1). Ce principe se vide de sa pertinence dans la réalité de la vie des affaires (2).

### **1 : L'affirmation du rejet de l'universalité de droit**

**541.** Reconnaître la nature d'universalité de droit au fonds de commerce, reviendrait à faire de lui un patrimoine, en l'occurrence un patrimoine d'affectation<sup>485</sup>. Cette idée est rejetée par le droit positif.

**542.** Premièrement, la formule utilisée par la jurisprudence française dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris est sans équivoque à ce propos : « Il est de principe constant que le fonds de commerce n'est pas un patrimoine autonome, et ne comprend ni les dettes ni les créances du commerçant »<sup>486</sup>.

**543.** Deuxièmement, les articles qui donnent l'assiette du fonds de commerce en droit français et en droit OHADA lui dénie implicitement la nature d'universalité de droit. En effet, qu'il s'agisse de l'article L.142-2 du Code de commerce<sup>487</sup>, ou des articles 136 et 137 de l'acte uniforme révisé sur le droit commercial général, tous ne prévoient que des éléments d'actif<sup>488</sup>.

**544. Choix par le législateur du « droit au bail » au détriment du « contrat de bail ».** À ce sujet, le fait que l'article L.142-2 du Code de commerce et l'article 137 de l'acte uniforme parlent du droit au bail, plutôt que du contrat de bail, qui supposerait aussi des obligations consubstantielles à ce droit, est révélateur de la volonté du législateur de n'affecter au fonds de commerce que des valeurs positives. Par cette démarche, le Code de commerce et l'acte

---

<sup>484</sup> P. SERLOOTEN, *EURL : Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.*, Joly 1994, p. 1, n° 1. ; M. KONÉ, *op. cit.*, p. 352, n° 594.

<sup>485</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 453, n° 780.

<sup>486</sup> CA Paris 19 juin 1991, cf. [legifrance.fr](http://legifrance.fr).

<sup>487</sup> C.com. art. L.142-2.

<sup>488</sup> AUDCG-REVI, art. 136 et 137.

uniforme ci-dessus cité rejettent l'universalité de droit. Il en aurait été autrement si ces textes avaient inclus dans l'assiette du fonds de commerce un actif et un passif, tous les deux liés.

**545.** Enfin, la doctrine est majoritairement contre l'application de l'universalité de droit au fonds de commerce. Elle considère que ce serait contraire au droit positif, dans la mesure où cela heurterait certains principes fondamentaux solidement ancrés<sup>489</sup>. Il convient d'observer que le rejet de l'universalité de droit n'est que de principe, car il se vide de sa pertinence dans la pratique.

## **2 : Un rejet relativisé dans la pratique des affaires**

**546.** S'il est de principe que le fonds de commerce n'est pas une universalité de droit, force est de constater qu'en pratique, il s'en rapproche tout de même de plus en plus. Pour s'en convaincre, il suffit de faire l'inventaire des créances, des dettes, et des contrats admis dans l'assiette du fonds de commerce, même s'ils n'y sont présents qu'à titre dérogatoire. Au regard de leur nombre relativement important, la physionomie actuelle du fonds de commerce, dans la réalité des faits, laisse apparaître un passif, en plus de l'actif censé être le seul admis. Ce visage du fonds de commerce dans la réalité de la vie des affaires vient tempérer le rejet de l'universalité de droit. Plus que jamais, le rejet de l'universalité de droit n'est donc que de façade. D'autant plus que, pour nombre de ces obligations, la loi impose parfois leur cession, concomitamment, avec celle du fonds de commerce.

**547. L'exception de l'EIRL.** Par ailleurs, l'institution de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée est, ici aussi, un exemple qui montre qu'on peut faire du fonds de commerce une universalité de droit. En effet, le droit de gage général des créanciers sur le patrimoine du commerçant a pu, en l'espèce, être transcendé. Qu'à cela ne tienne, en général, le fonds de commerce reste majoritairement considéré comme universalité de fait.

---

<sup>489</sup> *Supra* n° 480 ; G. RIPERT et ROBLOT par L. VOGEL, *Droit commercial, op. cit.*, p. 329, n°445. ; D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 255, n° 521. ; A. FOKO, « *Fonds de commerce* », *op. cit.*, p. 820. p. 67 ; P. LEFLOCH, *op. cit.*, p. 54 et 55, n° 38-39.

## **II : Le choix de l'universalité de fait**

**548.** En l'état du droit, le fonds de commerce est considéré comme étant une universalité de fait ; c'est, au demeurant, un choix commun au droit OHADA et au droit français (A). Cependant, ce choix n'est pas exempt de critiques (B).

### **A : Un choix commun au droit français et au droit OHADA**

**549.** Le droit français et le droit OHADA, en rejetant l'universalité de droit, ont opté pour l'universalité de fait. La jurisprudence française est d'ailleurs claire à ce sujet<sup>490</sup>. Comme elle, les doctrines française et africaine partagent ce choix (1). Aussi le législateur français et son homologue de l'OHADA se rejoignent-ils sur le choix de l'universalité de fait, en préconisant un contenu uniquement actif pour le fonds de commerce (2).

#### **1 : Une position doctrinale commune**

**560.** La doctrine française et celle de l'OHADA considèrent unanimement le fonds de commerce comme une universalité de fait<sup>491</sup>. Même si le droit français a semblé parfois hésitant. L'hésitation du droit français a été telle que certains ont suggéré de voir plutôt dans le fonds de commerce une universalité *sui générés*<sup>492</sup>. Néanmoins, la doctrine française penche majoritairement en faveur de l'universalité de fait. C'est cette dernière qui a été reprise par le droit OHADA<sup>493</sup>. Elle peut être déduite de l'esprit de ses dispositions légales relatives au fonds de commerce, dont le contenu est proche de celui prévu par la loi française.

#### **2 : Une convergence des textes sur le contenu uniquement actif du fonds de commerce**

**561.** La différence entre l'universalité de fait et l'universalité de droit, ou le patrimoine d'affectation consiste dans le fait que la première a un contenu uniquement actif. Or le fonds

---

<sup>490</sup> « Considérant qu'un fonds de commerce constitue une universalité de fait, c'est-à-dire une réunion d'objets ayant une indivisibilité distincte et concourant à une exploitation unique... » cf. Paris, 19 mars 1923, S. 1925, p. 93 ; Cass. civ., 31 octobre 1906, DP, 1906. I.528.

<sup>491</sup> M. PEDAMON, *op. cit.*, p. 197, n° 252.; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des biens, op. cit.*, p. 86, n° 211 ; J. VALERY, « Maison de commerce et fonds de commerce », p. 218, n° 12 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ et E. BLARY-CLEMENT, *op. cit.*, p. 253, n° 496 ; F. LEFEBVRE, *Droit commercial, op. cit.*, p.74, n° 2606 ; B. PETIT, *Droit commercial, op. cit.*, p. 77, n° 157 ; Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *Droit commercial, op. cit.*, p. 351, n° 510; I. L. MIENDJIEM, « Nantissement », *op. cit.*, n° 81 ; J. NGUEBOU, *Le droit commercial général dans l'acte uniforme OHADA, op. cit.*, p. 40

<sup>492</sup> L. FIALON, « Du nantissement du fonds de commerce », *op. cit.*, p. 7 et 8. ; Trib. Com. Saint-Etienne 4 septembre 1926, D. 1929 2<sup>e</sup> partie, p. 33, note, L. MAZEAUD.

<sup>493</sup> Supra n° 26.

de commerce ne comporte justement que des éléments d'actifs au regard des textes. C'est la raison pour laquelle il est considéré comme une universalité de fait. Il convient de souligner que le Code de commerce français et l'acte uniforme OHADA sur le droit commercial général partagent cette position. En effet, ces textes excluent du fonds de commerce un quelconque passif<sup>494</sup>. Ainsi, il y a une convergence entre les textes français et africains sur le choix de l'universalité de fait.

**562.** L'examen du choix commun de l'universalité de fait par le droit français et le droit OHADA n'est pas fortuit. Cela montre que la nature du fonds de commerce est la même dans ces deux législations. Or, cette nature est une cause de sa crise. Par conséquent, les remèdes à envisager doivent servir pour ces deux législations qui font le choix de l'universalité de fait. D'autant plus que ce choix est lui-même porteur de limites.

## **B : Les limites du choix de l'universalité de fait**

**563.** La notion d'universalité de fait ne permet pas au fonds de commerce d'avoir un régime juridique propre (1). Aussi, elle est finalement source de difficultés pour qualifier efficacement la notion de fonds de commerce (2).

### **1 : L'absence d'un régime juridique propre au fonds de commerce**

**564.** En tant qu'universalité, le fonds de commerce forme un bien unitaire, une entité unique et autonome. Mais, paradoxalement, il ne bénéficie pas d'un régime juridique qui lui soit propre. Puisque ses éléments constitutifs conservent leur individualité et leur nature, ils obéissent chacun à un régime particulier. En cela, l'universalité de fait montre ses limites. En effet, qu'il faille accomplir des formalités, aussi nombreuses que variées, pour chaque élément du fonds est contraire aux besoins de souplesse et de rapidité qu'exige la pratique des affaires.

**565.** Reprenant le cas de la cession, on constate effectivement qu'en raison de leurs natures particulières conservées, chaque élément du fonds exige que soient accomplies plusieurs démarches et formalités différentes, et parfois très complexes<sup>495</sup>. L'universalité de fait ne permet pas ainsi de qualifier efficacement le fonds de commerce<sup>496</sup>.

---

<sup>494</sup> Cf. art. L142-2 C.com. ; art. 135 et 136 AUDCG-REVI.

<sup>495</sup> O. SAVARY et E. DUBUISSON, « Proposition pour un statut de l'entrepreneur individuel : le concept de « pro-personnalité ». *Drt. et Patr.* n° 180- avril 2009, p. 39.

<sup>496</sup> D. HOUTCIEFF, *op. cit.* p. 255, n° 522.

## **2 : Les difficultés de qualification de la notion de fonds de commerce**

**566.** Il apparait un décalage entre la théorie et la réalité. La notion d'universalité de fait peine à traduire fidèlement la quintessence actuelle du fonds de commerce.

**567.** On considère encore le fonds de commerce comme une universalité de fait, alors qu'en pratique, son contenu s'en éloigne. Le fonds de commerce qui est censé n'avoir que des éléments actifs présente, aujourd'hui, une image pas tout à fait conforme à cette exigence. Dans la pratique, des éléments passifs existent souvent dans le fonds de commerce ; et ils sont bien souvent nombreux. Ils y sont inclus par le droit fiscal, le droit du travail, ou encore le droit des sociétés entre autres<sup>497</sup>. Sauf à admettre que l'universalité de fait aussi peu avoir un passif, celle-ci ne qualifie plus convenablement le fonds de commerce. Affirmer à ce jour que le fonds de commerce est une universalité de fait est non seulement discutable, mais aussi une façon de s'attacher simplement au principe en ignorant la réalité.

**568.** En somme, la nature d'universalité reconnue au fonds de commerce n'est pas discutée. S'agissant du type d'universalité, le droit français et le droit OHADA rejettent encore l'universalité de droit et font le choix de l'universalité de fait ; puisque le fonds de commerce est un bien unitaire distinct des biens qui le composent. La nature de ce bien mérite d'être précisée. D'autant plus que les biens sont immeubles ou meubles, corporels ou incorporels.

---

<sup>497</sup> Supra n° 248 et 262.

## **Section 2 : Le fonds de commerce, un meuble incorporel**

**569.** Il existe une diversité parmi les biens. En droit, des classifications sont établies pour pouvoir les distinguer. Sans être exhaustif, ces biens sont meubles ou immeubles. Ils sont aussi corporels ou incorporels. Dans ce contexte, la détermination de la nature du fonds de commerce n'est pas fortuite. D'autant plus que l'application, à lui, de certaines règles est fonction de cette nature. En droit positif, le fonds de commerce est un meuble (§1). Aussi a-t-il une nature incorporelle (§2).

### **§1 : Le fonds de commerce, un meuble**

**570.** Les meubles prennent de plus en plus de valeur, et leur appréhension par le droit évolue, elle-aussi. Quelques définitions existent, et la loi les énumère de façon non exhaustive. Ainsi, la notion de meuble (I) renvoie à une certaine réalité aujourd'hui et, le fonds de commerce est assimilé à un meuble (II).

#### **I : La notion de meuble**

**571.** Un bien qui n'est pas immeuble est un meuble. Il apparaît opportun d'expliquer à quoi renvoie cette notion de meuble (A). Aussi existe-t-il plusieurs types de meubles (B).

#### **A : Clarifications sémantiques**

**572.** Le terme meuble a, outre son sens général, une connotation particulière en droit (1). Aussi est-il souvent associé à d'autres termes, formant ainsi des expressions comme « meuble meublant » ou « bien meuble » (2).

#### **1 : Définition du meuble**

**573.** Un meuble est une chose qui peut se déplacer d'elle-même, ou que l'on peut déplacer<sup>498</sup>. Au sens général, le meuble est donc une chose qui peut se mouvoir, seule ou avec une intervention extérieure. Ce terme a une connotation juridique.

**574. Au sens juridique.** Le meuble désigne d'abord tout ce qui n'est pas immeubles<sup>499</sup>. En effet, le Code civil ne reconnaît que deux types de biens, les meubles et les immeubles. Après avoir opéré cette *summa divisio*, le législateur français énumère les différents immeubles

---

<sup>498</sup> S. SCHILLER, *Droit des biens, op. cit.*, p. 43, n° 41-43 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAUTERNEYERE, *Droit civil : Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 16<sup>e</sup> édition, Sirey, 2009, p. 120, n° 269.

<sup>499</sup> S. SCHILLER, *Droit des biens, op. cit.*, p. 40, n° 35.

pouvant exister. Dès lors, il suffit qu'un bien ne figure pas dans cette énumération pour qu'il soit considéré comme étant un meuble<sup>500</sup>.

**575. Précisions du Code civil.** Il apporte des précisions sur ce terme de « meuble ». Ainsi, le législateur, sans véritablement définir le meuble, permet de le reconnaître à son absence de la liste des immeubles et à son absence de l'énumération qu'il fait à l'article 533 du Code civil<sup>501</sup>. Le début de cet article est, au demeurant, intéressant car il montre que le mot « meuble » peut être utilisé avec d'autres qualifications. Cela est observable avec les expressions « meuble meublant » et « bien meuble » qu'il convient de clarifier.

## **2 : Clarification des expressions « Meuble meublant » et « bien meuble »**

**576.** Associé à certains termes, le mot « meuble » permet de former certaines expressions. Elles n'apportent pas une autre dénotation au terme « meuble ». Tout au plus peuvent-elles être juridiquement utiles.

**577. « Meuble meublant ».** Cette expression est employée par le législateur dans l'article 534 du Code civil français. En l'espèce, le législateur montre que certains biens ont une fonction moins utilitaire, mais davantage ornementale. Cette expression est utile en droit commercial, car elle permet de distinguer les biens affectés et qui sont nécessaires à l'exploitation du fonds de commerce. Elle est encore utile en matière fiscale où elle est, par exemple en France, reprise par l'article 150 UA du Code général des impôts<sup>502</sup>.

**578. « Bien meuble »** cette expression permet, simplement, de souligner la différence du meuble d'avec l'immeuble. En cela, elle est synonyme de « mobilier », ou d'« effet mobilier »<sup>503</sup>.

**579.** En somme, les « meubles meublant », les « biens meubles », le « mobilier », les « effets mobiliers » sont toutes des notions qui renvoient au meuble. Il s'agit simplement de précisions ou de clarifications de langage qui peuvent s'avérer utiles en droit. Après avoir ainsi défini la notion de meuble, il convient de préciser qu'il existe plusieurs types de meubles.

---

<sup>500</sup> M. SIFFREIN, *Œuvre de Pothier*, t. 15, Chanson, 1821, n° 46.

<sup>501</sup> C. civ., art. 533.

<sup>502</sup> CGI., art. 150 UA.

<sup>503</sup> C. civ., art. 535.

## **B : Les différents types de meubles**

**580.** L'article 527 du Code civil dispose : « Les biens sont meubles par leur nature ou par la détermination de la loi »<sup>504</sup>. Il existe donc deux grandes catégories de meubles à savoir, les meubles par nature (1) et les meubles par reconnaissance légale (2).

### **1 : Les meubles par nature**

**581.** Les meubles par nature sont les biens qui peuvent être déplacés ou qui peuvent se mouvoir par eux-mêmes<sup>505</sup>. Cette définition légale rejoint le sens courant de ce terme. Ainsi, dans cette catégorie, sans être exhaustif, on retrouve par exemple, des tables, des lits, des chaises et bien d'autres meubles meublants<sup>506</sup>. Outre les meubles par nature, il y a aussi les meubles par reconnaissance légale.

### **2 : Les meubles par reconnaissance légale**

**582.** Les meubles par reconnaissance légale ou détermination de la loi ne sont pas définis par celle-ci. Tout au plus se contente-t-elle d'en faire une énumération. Il s'agit de choses à qui la loi reconnaît un caractère appropriable. Dans cette catégorie, on trouve des obligations, des effets mobiliers, des actions entre autres<sup>507</sup>.

**583. Les rentes.** Ensuite, cette catégorie de meubles est aussi constituée par les rentes. Celles-ci sont perpétuelles ou viagère<sup>508</sup>. Une rente est un revenu périodique, le plus souvent annuelle, provenant d'une source autre que le travail. Le créancier de la rente est appelé « crérentier » et le débiteur est appelé « débirentier ». Au demeurant, c'est un droit personnel sur l'État ou sur un particulier. Il s'agit d'un bien meuble, même si elle porte sur un immeuble<sup>509</sup>.

**584.** L'énumération légale des meubles par reconnaissance de la loi est complétée par les bateaux, les navires et les moulins, entre autres<sup>510</sup>. Dans cette catégorie, il y a enfin les matériaux provenant de la démolition d'un édifice et ceux assemblés pour en construire un

---

<sup>504</sup> C. civ. art. 527.

<sup>505</sup> C. civ. art. 528.

<sup>506</sup> S. SCHILLER, *Droit des biens, op. cit.*, p. 43, n° 41.

<sup>507</sup> C. civ., art. 529 all.

<sup>508</sup> C. civ., art. 530 all.

<sup>509</sup> J. LEFEBVRE, *Leçon de droit des biens, op. cit.*, p. 89.

<sup>510</sup> C. civ., art.531.

nouveau, aussi longtemps qu'ils ne sont pas utilisés dans ladite construction<sup>511</sup>. Même s'il n'est pas nommément cité, le fonds de commerce aussi est un meuble.

## **II : L'assimilation du fonds de commerce à un meuble**

**585.** La nature mobilière du fonds de commerce peut être déduite de la loi (A). De plus, la doctrine et la jurisprudence réaffirme cette nature mobilière du fonds de commerce (B).

### **A : Fondement légal de la nature mobilière du fonds de commerce**

**586.** Aux termes de la loi, notamment le Code civil français, le fonds de commerce est un meuble (1). Cependant, le fait qu'il soit parfois traité comme un immeuble tempère cette nature mobilière du fonds de commerce, sans toutefois la remettre en question (2).

#### **1 : L'assimilation du fonds de commerce à un meuble par le Code civil**

**587.** Le Code civil opère une distinction fondamentale entre les biens. Ils sont soit immeubles, soit meubles. Il n'y a pas de catégorie intermédiaire<sup>512</sup>. Après avoir opéré cette *summa divisio*, le législateur prend le soin de donner la liste des immeubles<sup>513</sup>. Or, le fonds de commerce ne fait pas partie de cette liste. Dès lors, on ne saurait le considérer comme un immeuble. Et comme il n'existe pas d'autres catégories de biens, il est inévitablement rangé dans l'unique catégorie restante, à savoir celle des meubles<sup>514</sup>. Il arrive que des règles, en principe applicables aux immeubles, soient appliquées au fonds de commerce. Dès lors, puisque la loi traite parfois le fonds de commerce comme un immeuble, il est permis de se demander si le législateur ne le considère finalement pas comme tel. La nature mobilière du fonds de commerce apparaît, de ce point de vue, tempérée.

#### **2 : Atténuation légale de la nature mobilière du fonds de commerce**

**588.** Bien que le législateur ne fasse pas du fonds de commerce un immeuble, il le soumet néanmoins à certaines règles proches, ou prévues pour des biens immobiliers. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre le cas du nantissement du fonds de commerce et de le comparer avec l'hypothèque.

---

<sup>511</sup> C. civ., art.532.

<sup>512</sup> C. civ. Art. 516.

<sup>513</sup> C. civ. Art.18 à 526.

<sup>514</sup> P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des biens*, op. cit., p. 104, n° 229.

**589. Emprunt du formalisme propre aux immeubles.** Comme l'hypothèque, le nantissement du fonds de commerce s'opère sans dépossession. Cette opération exige, elle aussi, le respect d'un formalisme particulier, notamment en termes de publicité, en droit français et en droit OHADA<sup>515</sup>. Outre cet exemple, d'autres sont observables avec le droit des régimes matrimoniaux, le droit de suite, ou encore le droit de la surenchère<sup>516</sup>. La multiplication de ces rapprochements avec l'immeuble vient, au moins, tempérer sa nature mobilière.

Cependant, le fonds de commerce demeure un meuble. Toutes ces analogies avec les immeubles ne remettent pas en cause la nature mobilière du fonds de commerce, même si on peut concéder qu'elles la tempèrent<sup>517</sup>. Ainsi, la loi assimile le fonds de commerce à un meuble, à sa suite, la doctrine et la jurisprudence réaffirment cette nature mobilière.

## **B : La consécration doctrinale et jurisprudentielle de la nature mobilière du fonds de commerce**

**590.** La nature mobilière du fonds de commerce est confirmée par la doctrine, d'une part (1), et par la jurisprudence, d'autre part (2).

### **1 : L'affirmation par la doctrine de la nature mobilière du fonds de commerce**

**591.** En droit français comme en droit OHADA, le fonds de commerce est considéré, par la doctrine, comme un meuble. Sur cette position doctrinale, il n'y a quasiment pas de voix discordantes. Cette solution apparaît logique car l'immeuble est étranger au fonds de commerce. Tous les éléments du fonds sont en effet des meubles. Dès lors il ne saurait lui-même être un immeuble<sup>518</sup>. Pour RIPERT et ROBLOT : « le fonds de commerce, bien que soumis à des règles particulières de transmission, doit figurer parmi les meubles »<sup>519</sup>. Allant dans le même sens, d'autres auteurs ajoutent ceci : « un fonds de commerce (universalité qui est toujours un meuble) ne peut comprendre la propriété d'un immeuble »<sup>520</sup>. Ainsi, en l'état actuel du droit, la nature mobilière du fonds de commerce fait l'unanimité en doctrine<sup>521</sup>. Cette position est aussi celle de la jurisprudence.

---

<sup>515</sup> C. com. Art. L.142-3 ; AUS-REVI, art. 165 .

<sup>516</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et E. BLARY-CLEMENT, *Droit Commercial, acte de commerce, fonds de commerce, commerçant, concurrence*, 11<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2015, p. 317, n° 422.

<sup>517</sup> Trib.com Lyon 7 juin 1933, cf. L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 463, n° 800.

<sup>518</sup> A. FOKO « *Fonds de commerce* », *op. cit.* p. 820, n° 69.

<sup>519</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.* p. 332, n°449.

<sup>520</sup> P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, op. cit.* p. 386, n° 508.

<sup>521</sup> P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 47, n° 120 ; G. MÉMETEAU, *Droit des biens*, 7<sup>e</sup> édition, Paradigme, 2014, p. 35.

## **2 : Le rôle de la jurisprudence dans l'assimilation du fonds de commerce à un meuble**

**592.** En dehors de la législation sur le fonds de commerce et de la doctrine, la jurisprudence reconnaît, elle aussi, une nature mobilière au fonds de commerce. Elle affirme ainsi dans un arrêt, rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, que le fonds de commerce est bel et bien un meuble<sup>522</sup>. En l'espèce, le juge, tout en rappelant la nature d'universalité du fonds de commerce, ne manque pas de réaffirmer que celui-ci a également une nature mobilière. Dans une autre espèce, en rappelant, cette fois, la nature incorporelle de la licence d'exploitation d'un débit de boissons, la jurisprudence maintient que le fonds de commerce est un meuble<sup>523</sup>. Au demeurant, cette position jurisprudentielle remonte à bien plus longtemps, quand la jurisprudence affirme en 1888 que, pris dans son ensemble, le fonds de commerce est un bien meuble et incorporel<sup>524</sup>.

**593.** En résumé, tous les biens qui ne sont pas des immeubles sont des meubles. Il y a parmi ces meubles, ceux qui le sont par nature et ceux qui le sont par le fait de la loi. Le fonds de commerce, étant uniquement constitué de meubles, est lui-même un meuble. La doctrine et la jurisprudence s'accordent sur cette nature mobilière du fonds de commerce. Plus exactement, il s'agit d'un meuble incorporel.

### **§2 Le fonds de commerce, un bien incorporel**

**594.** Des biens de nature corporelle et des biens de nature incorporelle forment le fonds de commerce. Puisqu'il est lui-même un bien, il est important de préciser que de ces deux natures, il emprunte la seconde. Autrement dit, le fonds de commerce est un bien incorporel. L'examen de la nature incorporelle du fonds de commerce (II) offre l'opportunité d'un éclairage, en amont, sur la notion même de bien incorporel (I).

---

<sup>522</sup> Com. 26 octobre 1993, n° 91-15.877.

<sup>523</sup> Com. 7 mars 2006, n° 04-13.569, *bull. civ. IV*, n°2.

<sup>524</sup> Cass. Req. 13 mars 1888, *D.* 1888 1 p. 352 ; Cass. civ. 26 janvier 1914, *D.* 1914, 1, 112.

## **I : La notion de bien incorporel**

**595.** La définition et l'inventaire des biens incorporels (A) permettent de les distinguer des biens corporels (B).

### **A : Définition et identification des biens incorporels**

**596.** Le bien incorporel correspond à une définition particulière (1) qui rend plus aisée son identification parmi les autres biens (2).

#### **1 : Définition du bien incorporel**

**597.** Pour rappel, au sens juridique, le bien désigne toute chose appropriable. Pour ce qui est du bien incorporel, c'est un bien qui n'est pas constitué de matière. Il ne peut donc être appréhendé physiquement. Il entre néanmoins dans le patrimoine. De ce point de vue, il est plutôt appréhendé comme la réification d'une valeur économique à travers un droit<sup>525</sup>. R. SAVATIER déclare à ce propos que : « [...] un bien n'existe que par son utilité économique, mais n'acquiert celle-ci que grâce aux droits qu'un homme exerce sur lui »<sup>526</sup>.

**598. Variabilité de la définition.** Il convient de relever le caractère flottant ou instable de la terminologie autour des biens incorporels. En effet, ils sont fréquemment, et indistinctement qualifiés tantôt de « propriété incorporelle », tantôt de « droit incorporel », parfois de « propriété intellectuelle », ou de « monopole d'exploitation ». En toute hypothèse, toutes ces appellations renvoient à des biens immatériels<sup>527</sup>. Ceux-ci sont clairement identifiables.

#### **2 : Identification des biens incorporels**

**599.** Pour reconnaître les biens incorporels, il faudrait avoir comme point d'appui leur définition. On peut ranger les biens incorporels en deux grandes catégories<sup>528</sup>.

**600. Les biens incorporels détachés de tout support matériel.** Ils ont la particularité de ne pas avoir pour objet une chose physique. Ils portent sur des choses immatérielles. C'est-à-dire des créations intellectuelles dépourvues de supports matériels. Il en va ainsi des droits de

---

<sup>525</sup> V. VALETTE-ERCOLE, *Fiches de Droit des biens*, Ellipses 2007, p. 9 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNYERE, *op. cit.*, p. 120, n° 273 ; M-L MATHIEU, *Droit civil, les biens*, 3<sup>e</sup> édition, Sirey 2013, p. 49, n°138 ; G. MÉMETEAU, *Droit des biens*, 7<sup>e</sup> édition, Larcier, Paris, 2014, p. 34-35.

<sup>526</sup> R. SAVATIER, *La théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> édition, précis Dalloz, 1979, n° 1.

<sup>527</sup> P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 82, n° 208.

<sup>528</sup> Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNYERE, *op. cit.*, p. 120, n° 273.

propriété littéraire et artistique. Dans cette catégorie, on trouve également les offices ministériels, les actions dans des sociétés.

**601. Les biens incorporels qui portent sur des biens corporels.** À l'exception du droit de propriété<sup>529</sup>, tous les droits réels principaux et accessoires.

**602.** La liste des éléments des deux catégories ci-dessus n'est pas exhaustive. Fort de cette catégorisation, la qualification de bien incorporel s'applique aussi bien aux meubles qu'aux immeubles. C'est d'ailleurs ce que fait le Code civil quand il distingue les biens meubles corporels ou incorporels, des biens immeubles corporels ou incorporels. Cette démarche du législateur est intéressante, car elle permet, après avoir distingué les biens meubles des biens immeubles ; de distinguer les biens corporels des biens incorporels.

## **B : Distinction d'avec les biens corporels**

**603.** Parmi les distinctions qui existent entre les biens, il y a celle qui oppose les biens corporels des biens incorporels. Celle-ci repose sur un critère qui évolue au fil du temps (1). Aussi, comme les autres, cette distinction n'est pas sans intérêt (2).

### **1 : Le critère de distinction**

**604.** Par opposition aux biens incorporels, les biens corporels sont ceux qui peuvent être appréhendés physiquement, par la vue et le toucher. Ils ont donc une « matérialité »<sup>530</sup>. C'est pourquoi, à propos de cette distinction, on parle de biens immatériels pour les premiers cités et de biens matériels pour les seconds.

**605. En droit romain.** On parlait de *res incorporales* et de *res corporales*. Il en a été de même sous l'ancien droit. Durant cette deuxième période, cette distinction repose sur la valeur et non la nature des choses. Durant la révolution, ce critère va reposer désormais sur l'observation de la nature intrinsèque des choses<sup>531</sup>. Ainsi, actuellement le critère de distinction est la matérialité ou l'immatérialité des choses. C'est donc ce critère qui permet de distinguer les biens corporels des biens incorporels. Par ailleurs, cette distinction n'est pas inutile.

---

<sup>529</sup>Il se confond, lui, avec la chose corporelle sur laquelle il porte. En l'espèce, il est lui-même un bien corporel. Cf. Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNYERE, *op. cit.*, p. 120, n° 273.

<sup>530</sup>G. MÉMETEAU, *op. cit.* ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNYERE, *op. cit.*, p. 120, n° 272.

<sup>531</sup>J. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 80.

## **2 : L'intérêt de la distinction**

**606.** La distinction entre les biens corporels et les biens incorporels est importante pour le régime juridique appliqué à certains biens. Ainsi, cette distinction produit ses effets, en ce qui concerne le fonds de commerce.

**607. Sur le nantissement sans dépossession.** La prise en compte de sa nature incorporelle entraîne une dérogation au droit commun du gage, avec le nantissement sans dépossession<sup>532</sup>. Elle l'exclut aussi de l'application de certaines règles relatives à l'acquisition et à la présomption de la propriété.

**608. Inapplicabilité de la règle « En fait de meuble la possession vaut titre »<sup>533</sup>.** Le fonds de commerce ne peut pas faire l'objet d'une possession, au sens juridique, en raison de sa nature incorporelle. Or, le droit attache de l'importance à la notion de possession<sup>534</sup>. La prise en compte de cette nature incorporelle du fonds de commerce n'est donc pas inutile. Elle a aussi une incidence en matière de cession. En somme, le fonds de commerce apparaît ainsi comme un bien incorporel, et cela à des conséquences sur le plan juridique.

## **II : La nature incorporelle du fonds de commerce**

**609.** S'il est vrai que le fonds de commerce comporte en son sein des biens corporels, il n'est pas, lui-même, un bien corporel. Il emprunte sa nature à ses éléments incorporels (A). Cette nature incorporelle du fonds de commerce est reconnue par le droit français et par le droit OHADA (B).

### **A : Une nature empruntée à ses éléments incorporels**

**610.** Au sein du fonds de commerce, il existe une sorte de hiérarchie entre ses composants qui n'est pas étrangère à sa nature. Celle-ci procède de la prééminence des éléments incorporels, notamment de la clientèle (1). Aussi, le fait que le fonds de commerce soit un bien incorporel n'est pas sans conséquence (2).

---

<sup>532</sup> M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 711, n° 998.

<sup>533</sup> C. civ., art. 2276.

<sup>534</sup> P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 77, n° 200.

## 1 : Prééminence des éléments incorporels

**611.** Le fonds de commerce est un bien incorporel en raison de la suprématie de ses éléments incorporels. Ainsi, D. HOUTCIEFF déclare que : « sa nature incorporelle se déduit des éléments qui le composent de manière prépondérante et stable ». En effet, en droit OHADA et en droit français, les éléments considérés comme les plus importants du fonds de commerce sont ses éléments incorporels. Il s'agit, concrètement, de la clientèle, du nom, de l'enseigne et du droit au bail<sup>535</sup>.

**612.** Si le législateur ne les retient pas parmi les éléments nécessaires du fonds de commerce, il n'en demeure pas moins que, dans la pratique des affaires, les monopoles d'exploitation, qui sont eux-aussi incorporels, sont prépondérants pour certains fonds de commerce<sup>536</sup>.

**613. L'influence de la clientèle.** De tous ces éléments incorporels, le plus important, en l'état du droit, c'est la clientèle. Cet élément est considéré en droit positif comme la condition *sine qua non* du fonds de commerce<sup>537</sup>, c'est donc lui, plus que les autres, qui donne au fonds de commerce sa nature incorporelle<sup>538</sup>. D'ailleurs, certaines voix autorisées en doctrine assimilent le fonds de commerce à un droit de clientèle. Ainsi, RIPERT et ROBLOT affirment que : « Le fonds n'est pas autre chose que le droit à une clientèle. S'il n'y avait pas de clientèle, il n'y aurait pas de fonds de commerce »<sup>539</sup>. J. NGUEBOU affirme ceci : « La clientèle est donc et reste l'élément essentiel du fonds de commerce. C'est d'ailleurs elle qui donne au fonds sa nature d'élément incorporel... »<sup>540</sup>.

**614.** Au résultat, les éléments corporels du fonds de commerce occupent une place secondaire en son sein<sup>541</sup>. Les éléments corporels sont prépondérants. Le fonds de commerce tient sa nature de ces derniers, notamment la clientèle. Cette nature a des effets sur le plan juridique.

## 2 : Les effets attachés à la nature incorporelle du fonds de commerce

**615.** En tant que bien incorporel, le fonds de commerce est une entité abstraite. Cela n'est pas sans conséquence juridique. Cette nature incorporelle du fonds le rend insusceptible de

---

<sup>535</sup> C. com. art. L. 142-2 al. 3; AUDCG-REVI, art. 136

<sup>536</sup> Supra n° 87-88.

<sup>537</sup> Supra n° 58.

<sup>538</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 467, n° 809.

<sup>539</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, p. 329, n°443 ; D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 255, n° 523 ; A. PEDRO SANTOS, *Droit commercial, op. cit.*, p. 197, n°3 17.

<sup>540</sup> J. NGUEBOU, *Le droit commercial général dans l'acte uniforme OHADA, op. cit.*, p. 37.

<sup>541</sup> Supra n° 132.

possession matérielle. Il existe deux manières d'exercer un pouvoir sur les biens. La première, c'est la propriété. Elle est juridiquement la plus complète et la plus organisée<sup>542</sup>. La seconde, dont il est question en l'espèce, c'est la possession.

**616. La notion de « possession ».** La possession consiste en la détention d'un bien, avec la volonté d'en être le maître, sans être titulaire de droit sur ce bien<sup>543</sup>. En l'espèce, il s'agit d'un rapport où la personne exerce un pouvoir de fait sur une chose, comme si elle en était propriétaire<sup>544</sup>. La possession est reconnue par le droit parce que c'est un mode d'acquisition de la propriété par prescription. On parle, dès lors, de prescription acquisitive. Aussi permet-elle de présumer la propriété, ou de la démontrer<sup>545</sup>. Elle requiert la réunion de deux éléments : le pouvoir effectif exercé sur une chose, le *corpus* ; et la volonté de se comporter comme le propriétaire de cette chose, *l'animus*<sup>546</sup>.

**617.** Le fonds de commerce étant, lui, incorporel<sup>547</sup>, échappe à cette institution du droit. Dès lors, la présomption de propriété<sup>548</sup> ne s'applique pas à lui.

**618. Nantissement sans dépossession du fonds de commerce.** Le gage d'un bien suppose en principe la remise de la chose donnée en garantie. Or le fonds de commerce ne peut pas, en raison de sa nature incorporelle, obéir à cette règle. Son « gage » se fait donc sans dépossession. Autrement dit, même s'il consent à un gage sur le fonds de commerce, le commerçant continue de l'exploiter<sup>549</sup>. Ainsi, à propos du fonds de commerce, le législateur parle de « nantissement » plutôt que de « gage », reconnaissant *ipso jure* sa nature incorporelle<sup>550</sup>.

**619.** Au demeurant, en cas de ventes successives du même fonds de commerce à plusieurs acquéreurs, c'est celui qui l'a acquis en premier qui doit être préféré, et non celui qui en a été mis en possession le premier. La nature incorporelle du fonds de commerce ne souffre de contestation ni en droit français ni en droit OHADA.

---

<sup>542</sup> C. civ. art. 711 à 717.

<sup>543</sup> C. civ., 2255

<sup>544</sup> F. TERRÉ, et P. SIMLER, *Droit civil- Les biens, op. cit.*, n° 2006.

<sup>545</sup> C. LARROUMET, *Droit Civil- Les biens, Les droits réels principaux*, T.2, 5<sup>e</sup> édition, Economica, Paris, 2006, p. 67, n°118.

<sup>546</sup> C. LARROUMET, *op. cit.*, p. 50 à 57.

<sup>547</sup> Ce qui suppose qu'il ne peut pas faire l'objet d'une possession matérielle. C'est d'ailleurs à tort que l'article L. 141-4 du Code de commerce parle de possession du fonds de commerce.

<sup>548</sup> Supra n° 616.

<sup>549</sup> M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 711, n° 998.

<sup>550</sup> D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 416, n° 821.

## **B : L'unanimité du droit français et du droit OHADA sur la nature incorporelle du fonds de commerce**

**620.** Reconnue par la loi, la nature incorporelle du fonds de commerce est confirmée, en droit français et en droit OHADA, par la doctrine (A) et par la jurisprudence (B).

### **1 : L'affirmation par la doctrine de la nature incorporelle du fonds de commerce**

**621.** En droit OHADA comme en droit français, le fonds de commerce est considéré par la doctrine comme un bien meuble incorporel. La majorité des auteurs s'y accordent en effet sur cette nature incorporelle du fonds de commerce<sup>551</sup>. Sans prétendre à l'exhaustivité, RIPERT et ROBLOT, définissant le fonds de commerce, affirment que : « Le fonds de commerce est une propriété incorporelle consistant dans le droit à la clientèle qui est attaché au fonds par les éléments servant à l'exploitation »<sup>552</sup>. Pour B. PETIT, le fonds de commerce est : « une entité abstraite, incorporelle »<sup>553</sup>. A. FOKO parle, lui, de « Fiction incorporelle »<sup>554</sup>. PEDRO SANTOS et YADO TOÉ, à l'instar d'autres auteurs africains<sup>555</sup>, affirment eux aussi que le fonds de commerce est bien incorporel, même quand il contient des éléments corporels<sup>556</sup>. Cette position commune du droit français et du droit OHADA sur la nature incorporelle du fonds de commerce est aussi retenue par la jurisprudence.

### **2 : L'affirmation par la jurisprudence de la nature incorporelle du fonds de commerce**

**622.** La jurisprudence affirme, elle aussi, la nature incorporelle du fonds de commerce. En effet, dans l'arrêt précité de 1888<sup>557</sup>, en établissant la nature mobilière du fonds, le juge affirme dans le même temps la nature incorporelle du fonds de commerce. Allant dans le même sens, à propos de la location-gérance, la jurisprudence soutient qu'elle ne porte pas sur un immeuble bâti, mais plutôt sur le fonds de commerce qu'elle qualifie de meuble incorporel<sup>558</sup>.

---

<sup>551</sup> P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 104, n° 229. Y. REINHARD et JP CHAZAL, *op. cit.* p. 385, n° 507; D. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 74, n° 16.

<sup>552</sup> G. RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, p. 325, n° 439.

<sup>553</sup> B. PETIT, *Droit commercial*, 5<sup>e</sup> édition, Litec 2012, p. 84, n° 173.

<sup>554</sup> A. FOKO, *op. cit.* p. 807, n° 6.

<sup>555</sup> J. NGUEBOU, *Le droit commercial général dans l'acte uniforme OHADA*, *op. cit.* ; A. FOKO, *ibidem*.

<sup>556</sup> A. PEDRO SANTOS et J. YADO TOÉ, *op. cit.*, p. 199, n° 321.

<sup>557</sup> Cass. Req. 13 mars 1888, *D.* 1888 1 p. 352.

<sup>558</sup> Cass. Com. 16 février 1993, *RTD.com.* 1993, 285 obs. J. DÉRRUPÉ.

**623.** Ainsi, aux yeux de la loi, de la doctrine et de la jurisprudence, le fonds de commerce est un bien meuble incorporel<sup>559</sup>.

## **Conclusion du chapitre 2**

**624.** En somme, le fonds de commerce est une universalité de fait, et un bien meuble incorporel. La nature du fonds de commerce est la même en droit OHADA et en droit français. Il y est effectivement considéré comme une universalité. Cette notion d'universalité renvoie à une masse de choses disparates, unies par une communauté de destination, et caractérisées par leur fongibilité, entre autres caractères. Il existe deux principaux types d'universalités. Contrairement à l'universalité de fait, l'universalité de droit se compose, particulièrement, d'un actif et d'un passif, le premier répondant du second. En l'état du droit positif français et du droit OHADA, le fonds de commerce est une universalité de fait et non une universalité de droit. Aussi est-il considéré comme étant un bien. Plus exactement, le fonds de commerce est un bien meuble. Enfin, la prééminence des éléments incorporels qui composent le fonds de commerce, notamment la clientèle, fait également de lui un bien incorporel.

## **Conclusion du titre 2**

**625.** La nature juridique du fonds de commerce explique particulièrement la désunion de cette notion. Elle déteint sur sa composition. Le fonds de commerce manque de personnalité juridique. Il est un bien, et donc un objet de droits. À ce titre, il n'a pas l'aptitude à être titulaire d'obligations, actives et passives. Celles-ci restent personnelles au commerçant. Autrement dit, le fonds de commerce n'a pas d'autonomie patrimoniale, pas plus qu'il n'est un patrimoine d'affectation. S'il est vrai qu'il est constitutif d'une universalité, il ne s'agit pas d'une universalité de droit. C'est une universalité de fait. C'est-à-dire un assemblage d'éléments disparates qui conservent leurs individualités et leurs statuts juridiques propres. Au demeurant, en tant que bien, le fonds de commerce est un meuble, incorporel. Ce second aspect de la nature du fonds de commerce, n'est pas lui aussi sans lien avec l'exclusion de certaines valeurs, notamment les biens et les droits immobiliers.

---

<sup>559</sup> P. CANIN, *Droit commercial, op. cit.*, 103.



## CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

**626.** La crise du fonds de commerce s'explique par la désunion de cette notion. Cette désagrégation résulte de la composition du fonds de commerce, liée à sa nature originelle. Cette composition est incomplète. Les éléments qui y sont admis ne suffisent pas à assurer l'unité du fonds de commerce. Bien que tempérée, l'exclusion de l'assiette du fonds de commerce des éléments suivant lui fait perdre sa valeur véritable, et lui fait courir un risque permanent de dislocation. Il s'agit notamment des créances, des dettes, des contrats, des monopoles d'exploitation, dans une certaine mesure, et des immeubles. Caractérisée par l'exclusion de tous ces éléments, la désunion est donc due ici à l'absence personnalité juridique du fonds de commerce. Celui-ci manque d'autonomie patrimoniale, et n'est pas une universalité de droit, mais plutôt une universalité de fait. Il est aussi un bien meuble incorporel. Eu égard à ce qui précède, pour résoudre la crise du fonds de commerce, il serait judicieux de trouver des mécanismes qui garantiront l'unité du fonds de commerce.



## **DEUXIÈME PARTIE : LA CONSECRATION DE L'UNITÉ DU FONDS DE COMMERCE**

**627.** La résolution de la crise du fonds de commerce passe par la mise en œuvre de mécanismes qui permettront de refaire son unité. Il faudrait inclure dans la composition de ce fonds tous les éléments qui en sont actuellement exclus, tant ce sont eux aussi qui font sa valeur véritable. Aussi, il en va de sa composition comme de sa nature. Dès lors, il faudrait également faire évoluer sa nature juridique.

Cette unité, un fois retrouvée, permettra de redonner une réelle valeur au fonds de commerce. Elle lui permettra aussi de faire face aux risques de dislocation et de disparition qu'il encourt. Il en va de même du risque entrepreneurial. Ainsi, l'unité du fonds de commerce repose, d'une part, sur l'évolution de son assiette (titre1) et, d'autre part, sur la reconsidération de sa nature juridique (titre 2).

**Titre 1 : L'unité résultant de l'évolution de la composition du fonds de commerce**

**Titre 2 : L'unité résultant de l'évolution de la nature juridique du fonds de commerce**



## **TITRE 1 : L'UNITÉ RÉSULTANT DE L'ÉVOLUTION DE LA COMPOSITION DU FONDS DE COMMERCE**

**628.** La crise du fonds de commerce trouve une part de solution dans l'évolution de sa composition actuelle. Il faudrait inclure dans le fonds de commerce tous les éléments qui ont été mis à l'écart de celui-ci et qui, en réalité, lui confèrent une valeur véritable. D'ailleurs, il arrive même que ces éléments conditionnent purement et simplement son exploitabilité, son existence. Ils sont mobiliers et immobiliers. L'enjeu de cette démarche est donc de redonner une certaine unité au fonds de commerce. Ainsi, faire évoluer l'assiette du fonds de commerce revient, d'une part, à y inclure les créances, les dettes et les contrats. Le place des monopoles d'exploitation devrait aussi être reconsidérée (chapitre 1). D'autre part, ce travail consiste également à inclure dans le fonds de commerce les biens et les droits immobiliers traditionnellement exclus (chapitre 2).



# **CHAPITRE 1: L'ADMISSION DES ÉLÉMENTS MOBILIERS EXCLUS**

**629.** L'exclusion des créances, des dettes et des contrats est obsolète. Il suffit, pour s'en convaincre, de voir les nombreuses exceptions à ces exclusions de principe. Les éléments précités et les monopoles d'exploitation sont si importants actuellement que leur place au sein du fonds de commerce méritent d'être reconsidérée. Cette démarche participe de la recherche de l'unité du fonds de commerce. Il faudra, pour ce faire, surmonter l'ensemble des obstacles théoriques qui ont jusqu'à présent fondé l'exclusion de ces éléments. Ainsi, l'évolution de la composition du fonds de commerce passe par l'inclusion des créances et des dettes (section 1), mais aussi par celle des contrats et des monopoles d'exploitation (section 2).

## **Section 1 : L'inclusion des créances et des dettes**

**630.** Par opposition aux obligations personnelles nées des activités privées du commerçant, les dettes et les créances résultant de son activité professionnelle devraient être admises au sein du son fonds de commerce. Cette inclusion repose sur de nombreuses justifications (§1). Aussi convient-il d'en définir les modalités (§2).

### **§1 : Justifications de l'admission des créances et des dettes**

**631.** Aussi surprenant que cela puisse paraître, l'inclusion des dettes est avantageuse. Elle est autant justifiée (II) que celle des créances (I).

#### **I : Justifications de l'admission des créances**

**632.** L'inclusion des créances est une réponse aux aspirations du monde des affaires (A). Elle peut encore se justifier par la nécessité de consacrer des solutions qui existent déjà (B).

## **A : Une solution favorable aux aspirations des professionnels**

**633.** L'acquisition d'un fonds est parfois guidée par la volonté du professionnel de bénéficier de certaines créances relatives à l'exploitation dudit fonds. L'inclusion des créances répond à cette aspiration (1). D'une certaine façon, elle répond aussi au besoin de simplicité du droit des affaires (2).

### **1 : La volonté de bénéficiaire des avantages attachés aux créances**

**634.** Quand un commerçant acquiert un fonds de commerce, il entend aussi profiter des créances liées à l'exploitation de ce fonds. Elles en sont un élément de valorisation. L'acquisition d'un fonds peut donc être motivée par la présence en son sein de créances dont l'appropriation par l'acquéreur présente un enjeu stratégique.

**635. Les créances concernées.** Les créances dont il s'agit ici sont celles qui sont dépourvues de charges. Plus exactement, ce sont les droits qui assurent la protection du fonds de commerce et les créances liées à son exploitation. C'est d'ailleurs déjà le cas avec l'obligation, ou la créance, de non-concurrence. Outre à ce type d'avantages, les commerçants aspirent aussi à plus d'efficacité et de simplicité.

### **2 : L'inclusion des créances, une source d'efficacité du droit**

**636.** L'une des principales aspirations des commerçants est que la règle de droit soit porteuse de solutions simples et efficaces<sup>560</sup>. Le législateur essaie déjà d'y répondre positivement. Pour s'en convaincre, il suffit de voir les délais de prescription qui, en droit civil, allaient jusqu'à trente ans<sup>561</sup>, alors qu'en matière commerciale, ces délais étaient déjà plus courts<sup>562</sup>. C'est aussi le cas avec la preuve en droit commercial qui se fait par tout moyen<sup>563</sup>, ce qui n'est pas exactement le cas en droit civil<sup>564</sup>.

**637. Un moyen de simplification.** L'inclusion des créances s'inscrit dans cette logique de simplification des règles. Au moment de l'acquisition d'un fonds de commerce, en dehors des créances qui y sont déjà, certaines peuvent être à recouvrer. Ce recouvrement requiert parfois

---

<sup>560</sup> P. MEYER, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Revue Penant*, n° 855, p. 151 ; F. ONANA ETOUNDI, « La sécurisation judiciaire de l'investissement en Afrique : à propos du rôle joué par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA », *op. cit.*, p. 3.

<sup>561</sup> C. civ., art. 2232; C. civ., art. 2224.

<sup>562</sup> C. com., art. L.110-4; AUDCG-REVI, art. 16.

<sup>563</sup> C. com., art. L. 110-3; AUDCG-REVI, art. 5.

<sup>564</sup> C. civ., art. 1315.; C. civ. art. 1369.

des manipulations comptables complexes et le respect de certaines procédures entre le cédant du fonds de commerce, ses débiteurs et le cessionnaire<sup>565</sup>. Or, si elles se détachent du cédant et entrent dans le fonds de commerce, les choses deviennent plus simples. En l'espèce, le cessionnaire déclenche seul les procédures de recouvrement et le cédant est en principe libéré<sup>566</sup>. Le besoin d'intégrer les créances n'est pas que conforme aux aspirations des commerçants. En pratique, certaines créances sont déjà admises dans le fonds de commerce. Ainsi, l'inclusion prônée ici vise aussi l'amélioration de certaines solutions existantes.

## **B : La nécessité de consacrer des solutions existantes**

**638.** Des solutions permettent déjà au commerçant d'inclure des créances dans son fonds. Ainsi, leur admission pure et simple vient consacrer en leur faveur une démarche déjà entamée par la jurisprudence (1). Aussi permet-elle de consacrer des mécanismes contractuels (2).

### **1 : Consécration d'une démarche jurisprudentielle**

**639.** En réalité, la cession des créances nées de l'exploitation du fonds de commerce est déjà possible. Puisque c'est cela qui est défendu en ici, il s'agit d'améliorer cette solution, car leur exclusion du fonds reste tout de même de principe<sup>567</sup>. Néanmoins, ce principe n'est plus si absolu. D'abord, le juge avait déjà ouvert une brèche en précisant qu'on pouvait déroger à la règle qu'il posait par une clause spéciale.

**640.** Ensuite, conformément à un arrêt du 11 juin 1981, il est permis que les parties conviennent, si elles le souhaitent, de la cession de certaines créances simultanément avec le fonds de commerce<sup>568</sup>. Aussi, la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 2 avril 2005, affirmé que l'indemnité d'éviction et le droit au maintien dans lieux se transmettent avec le fonds de commerce ; notamment quand cette cession est postérieure à un refus de renouvellement avec offre d'indemnité d'éviction<sup>569</sup>. Pour inclure les créances dans le fonds de commerce, il existe aussi des techniques contractuelles qu'il faudrait peut-être consacrer.

---

<sup>565</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé*, op. cit., p. 375, n° 628.

<sup>566</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *ibidem*.

<sup>567</sup> Elle est énoncée par l'arrêt du 12 janvier 1937 dont il semble opportun de rappeler le contenu : « Les créances possédées par un commerçant même pour cause commerciale ne deviennent pas des éléments constitutifs du fonds, et la vente du fonds n'opère pas transfert desdites créances à l'acheteur, sauf l'effet de clause spéciales, Cass. civ. 12 janvier 1937, *DH*, 1937, p. 99.

<sup>568</sup> Cass. Com., 11 juin 1981, *Gaz. Pal.*, 27 et 28 décembre 1981, p. 384.

<sup>569</sup> Civ., 3<sup>e</sup> 2 avril 2005, *Bull. civ.* III, n° 84, p. 79.

## 2 : Vers la consécration de techniques contractuelles

**641. La technique contractuelle de la stipulation pour autrui.** Grâce à la stipulation pour autrui<sup>570</sup>, celui qui achète un fonds de commerce peut bénéficier d'une créance qui est en principe due au vendeur. Dans une telle hypothèse, ce dernier fait de l'acheteur le créancier de sa propre obligation vis-à-vis de son débiteur à lui<sup>571</sup>. Ainsi, les créances peuvent faire partie des éléments constitutifs du fonds de commerce. Aussi, le consentement de l'acheteur n'est pas nécessaire en l'espèce. Le principe de l'effet relatif des contrats<sup>572</sup> se trouve ainsi atténué.

En réalité, l'exclusion ne s'applique que dans le silence de la convention.

**642. Cas des créances qui garantissent l'existence de l'exploitation.** Outre les créances nées de l'activité du fonds de commerce et dont l'appropriation constitue un enjeu déterminant, il y a celles qui garantissent l'existence même de l'exploitation. De sorte que leur absence compromet le maintien du fonds de commerce. En dehors de la créance de non-concurrence déjà évoquée, il y a par exemple les clauses de non-agression. Celles-ci consistent en ceci qu'un tiers s'interdit d'acheter des droits sociaux d'une société, afin de ne pas porter atteinte à l'activité exercée par l'exploitant<sup>573</sup>. Il y a aussi des obligations qui, prises dans leur aspect positif, assurent le maintien du fonds de commerce. Il en va ainsi de l'obligation d'approvisionnement ou encore de l'obligation de fourniture.

**643.** L'exclusion des créances est surmontable d'autant plus qu'elle l'est déjà dans la pratique. Les enjeux de l'inclusion des créances sont valables aussi concernant les dettes. L'admission de ces dernières dans le fonds de commerce est tout autant nécessaire que possible.

## II : Justifications de l'admission des dettes

**644.** *Qui perd ses dettes s'enrichit*<sup>574</sup>.

L'inclusion des dettes dans le fonds de commerce trouve une justification dans la nécessaire prise en compte de l'intérêt de l'exploitant du fonds, notamment quand celui-ci le cède (A), ainsi que celui de ses partenaires en affaires (B).

---

<sup>570</sup> La stipulation pour autrui est une opération par laquelle une personne, appelée « stipulant », convient avec une autre personne, appelée « promettant », que ce dernier exécutera une prestation au profit d'une troisième personne appelée « tiers bénéficiaires ». Par ce mécanisme, le *tiers bénéficiaire* devient créancier sans avoir donné son consentement. Cette technique permet par ailleurs d'atténuer le principe de l'effet relatif des contrats. Cf. C. RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des obligations*, 10<sup>e</sup> édition, Gualino, p. 119. ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYER, *Droit civil, les obligations*, 12<sup>e</sup> édition, Sirey, p. 388, n° 1163 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mai 2008, Bull. civ. I, n° 145.

<sup>571</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 374, n° 626.

<sup>572</sup> *Infra.*, n° 695.

<sup>573</sup> P. MOUSSERON, *Droit des sociétés*, Joly, p. 259.

<sup>574</sup> P. RIPERT, *Dictionnaire des dictons, proverbes et maximes*, Maxi poche 2001, p. 104.

## **A : Prise en compte de l'intérêt du cédant d'un fonds de commerce**

**645.** Sans être exhaustives, deux situations peuvent être retenues pour justifier l'intérêt pour le cédant d'un fonds de commerce d'y inclure les dettes. Il en est ainsi en cas de crédit-bail (1). L'exemple des dettes de salaires atteste lui aussi de la pertinence d'une inclusion des dettes (2).

### **1 : En cas de crédit-bail**

**646.** Le commerçant qui consent à un crédit-bail sur un équipement<sup>575</sup> a intérêt, quand il cède son fonds de commerce, à ce que le paiement des sommes restant dues au crédit bailleur se fasse par son successeur. En effet, c'est le repreneur du fonds qui va jouir de la chose objet du crédit-bail. Il apparaît donc logique qu'il paie le reste des redevances au crédit bailleur.

**647.** En investissant ailleurs, il peut avoir besoin de souscrire un nouveau crédit-bail pour les besoins de sa nouvelle exploitation. En l'espèce, si les dettes nées du précédent restent à sa charge, il va se retrouver à payer deux *loyers*. Cette analyse trouve un écho en doctrine. M-E. PANCRAZI affirme en effet ceci : « le transfert d'un matériel financé par crédit-bail se présente à cet égard comme pouvant être redoutable pour le cédant qui n'aura pas pris les dispositions utiles pour être libéré, à compter de la cession du fonds, de la charge des loyers à échoir »<sup>576</sup>.

**648.** Sur ce point, l'admission des dettes dans le fonds de commerce est non seulement bénéfique pour le commerçant qui cède son fonds, mais elle l'est encore pour l'activité économique en général, car elle favorise le réinvestissement par la cessibilité des dettes avec le fonds. Le maintien des contrats de travail en donne aussi une illustration.

### **2 : Le cas des dettes de salaires**

**649.** En cédant son fonds de commerce, le commerçant cède aussi ses dettes de salaires. Même si on imagine mal un commerçant avoir une masse salariale comme celle d'une grande société, il n'en demeure pas moins qu'il emploie souvent. Quand il vend son fonds, la Loi impose le maintien des contrats de travail en cours d'exécution<sup>577</sup>. En conséquence, ses salariés deviennent ceux du cessionnaire. Il est logique que celui-ci, qui est leur nouvel employeur, paie désormais leurs salaires<sup>578</sup>.

---

<sup>575</sup> Le crédit-bail est une opération de crédit qui permet le financement de matériel ou de biens d'équipement. En l'espèce, un établissement de crédit, « le crédit-bailleur », acquiert la propriété d'un bien choisi par son client, « le crédit-preneur ». Ce bien est ensuite loué au crédit-preneur qui bénéficie d'une option d'achat à l'expiration de la période de location. Cf. D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, op. cit., p. 158, n° 296.

<sup>576</sup> M. PANCRAZI, « Repenser l'exclusion traditionnelle des contrats et des obligations », *Gaz. Pal.*, 4 juin 2009, n° 155, p. 93.

<sup>577</sup> C. trav., art. L. 1224-1.

<sup>578</sup> J. MOULY, *JCP E*, 1998, II, 711, note sous *Cass. Soc.* 10 décembre 1997. p. 711.

**650.** Autrement dit, dès lors que le cessionnaire acquiert la qualité d'exploitant du fonds, ces dettes ne devraient être logiquement payées que par lui.

**651.** En résumé, l'admission des dettes dans le fonds de commerce permet qu'elles soient cédées avec lui. Cette solution est, au demeurant, en phase avec les aspirations des commerçants et, plus généralement, des acteurs de l'économie. Ce constat est partagé par la doctrine qui affirme ceci : « L'industriel qui cède son fonds n'entend pas demeurer titulaire des créances et des dettes d'exploitation »<sup>579</sup>. L'admission des dettes nées de l'exploitation d'un fonds de commerce ne bénéficie pas qu'au cédant dudit fonds.

## **B : Avantages pour les partenaires en affaires du commerçant**

**652.** Les créanciers peuvent bénéficier de la solvabilité du cessionnaire du fonds et de la possibilité de se retourner à la fois contre le cédant et ce cessionnaire, pour recouvrer leurs créances (1). Lier le sort des dettes à celui du fonds est aussi avantageux pour les créanciers, car le fonds offre souvent plus de possibilités de remboursement que les capacités personnelles son exploitant (2).

### **1 : La solvabilité du cessionnaire et la solidarité à la dette**

**653. Solvabilité du repreneur d'un fonds de commerce.** L'inclusion des dettes assure une forme de protection aux partenaires du commerçant, notamment ses créanciers. En effet, la cession d'un fonds peut résulter de difficultés éprouvées par le cédant. Dans ce cas, si les dettes ne sont pas cédées avec le fonds et restent à sa charge, les créanciers risquent de pâtir des difficultés de ces difficultés du cédant à honorer ses dettes, entre autres. Autrement dit, le cédant peut avoir du mal à les désintéresser.

**654.** Avec la cession simultanée des dettes avec le fonds, ils ont plus de chance de se faire payer par le nouvel exploitant dont on peut présumer que s'il se porte acquéreur d'un fonds c'est qu'il dispose de ressources pour le rendre viable afin de l'exploiter.

**655. Possibilité de recours contre le cédant et le cessionnaire.** Mieux, la situation des créanciers est plus avantageuse car, comme le permet le droit, ils peuvent se retourner à la fois contre le cédant et contre le cessionnaire. Le droit prévoit en effet la possibilité que ces deux personnes soient solidairement responsables au sujet de certaines dettes<sup>580</sup>. La probabilité pour

---

<sup>579</sup> Y. REINHARD et JP. CHAZAL, *Droit commercial, op. cit.*, p. 383, n° 500.

<sup>580</sup> C. civ., art. 1310 ; C. civ., art 1200 ; C. civ., art. 1313.

les créanciers de se voir payer est donc renforcée. D'une certaine façon, l'inclusion des dettes leur permet d'avoir potentiellement deux débiteurs, au moins.

## **2 : Le potentiel du fonds, meilleur gage pour les créanciers que les capacités de l'exploitant**

**656.** La transmission des dettes avec le fonds de commerce, qui suppose qu'elles en font partie, est aussi avantageuse pour les créanciers du commerçant car le fonds peut être, lui-même, un meilleur gage. En effet, au-delà du fait de doubler les possibilités de recours, la richesse intrinsèque du fonds est souvent meilleure que le patrimoine du professionnel, commerçant ou autre. En l'espèce, le fonds leur offre « une surface financière plus importante »<sup>581</sup>. Ils ont donc intérêt à ce que les dettes restent attachées au fonds et se transmettent avec lui.

**657.** Au demeurant, le fonds de commerce et les opérations dont il est susceptible de faire l'objet mettent en jeu divers intérêts. Au nom de ces nombreux intérêts, le fonds de commerce doit pouvoir admettre en son sein les créances et les dettes. Il apparaît ainsi opportun de trouver des modalités pour que ces obligations soient intégrées dans l'assiette du fonds de commerce.

## **§2 : Modalités d'inclusion des créances et des dettes**

**658.** Il est primordial de tenir compte de ce qui, jusqu'à présent, empêche que les créances et les dettes fassent partie du fonds de commerce. Autrement dit, il sied préalablement de reconsidérer les obstacles à l'admission des obligations (I) avant d'en préconiser des modalités (II).

### **I : Levée des obstacles à l'inclusion des créances et des dettes**

**659.** Dans la perspective d'inclure les créances et les dettes, il faudrait régler le problème de l'absence de personnalité juridique du fonds de commerce (A), avant de mettre en exergue la conformité de cette inclusion à la théorie du fonds de commerce (B).

### **A : La question de l'absence de personnalité juridique du fonds de commerce**

**660.** Pour faire face à l'absence de personnalité du fonds de commerce, on pourrait considérer que les créances et les dettes sont, au regard de la loi, des accessoires qui suivent le sort du

---

<sup>581</sup> J. MOULY, note sous Cass. Soc. 10 décembre 1997, *op. cit.*, p. 711.

fonds de commerce (1). De plus, cette inclusion apparaît comme une adjonction de débiteurs, qui s'accommode de l'absence de personnalité juridique (2).

## **1 : Les créances et les dettes, accessoires suivant le sort fonds de commerce**

**661.** Malgré l'absence de personnalité juridique du fonds de commerce, l'admission des créances et des dettes est possible. L'article 1194 du Code civil français dispose : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi »<sup>582</sup>. L'article 1615 quant à lui prévoit que : « L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel »<sup>583</sup>. Ces dispositions offrent des pistes pour surmonter cet obstacle. D'abord, il est acquis que le contrat de vente du fonds de commerce oblige naturellement à transmettre le fonds aux mains du cessionnaire. On pourrait aussi tirer argument de ce que la transmission des obligations est commandée par l'usage ou l'équité tel que le permet l'alinéa 2 de l'article 1194 précité.

**662.** Ensuite, l'obligation de délivrer le fonds de commerce devrait s'accompagner de celle de ses accessoires, ainsi que de tous les éléments qui ont affectés à son exploitation<sup>584</sup>. Dès lors, malgré le manque de personnalité du fonds de commerce, on aboutirait à une admission formelle des obligations dans le fonds de commerce<sup>585</sup>. Cette inclusion est d'autant plus possible qu'elle peut aussi apparaître simplement comme une adjonction de débiteur.

## **2 : L'inclusion des obligations, une adjonction de débiteur**

**663.** L'absence de personnalité du fonds est ici surmontable en ce qui concerne particulièrement les dettes. En l'espèce, elles seront transmises au nouveau propriétaire du fonds. Mais, le cédant reste, lui aussi, tenu de celles-ci en cas de défaillance du cessionnaire. Autrement dit, le créancier peut se retourner contre les deux. Sa situation s'en trouve plutôt renforcée, car il dispose ainsi de plus de possibilités de se faire payer. Le législateur prévoit en effet que le débiteur originaire sera libéré de sa dette, à condition que le créancier y consente. Sans ce consentement, le débiteur originaire reste en principe tenu solidairement au paiement intégral de la dette<sup>586</sup>. Dans une telle situation, il s'agit davantage d'une adjonction de débiteur qui, tout

---

<sup>582</sup> C. civ., art. 1194, (D'abord prévues par l'article 1135 du Code civil, ces dispositions sont actuellement dans l'article 1194 dudit code, depuis la dernière réforme du droit des obligations intervenue en 2016).

<sup>583</sup> C. civ., art. 1615.

<sup>584</sup> C. civ., art. 1616.

<sup>585</sup> A. REYGROBELLET, *Fonds de commerce, op. cit.*, p.141, n° 17.104.

<sup>586</sup> C. civ., art. 1327-2.

en permettant de lier le sort de certaines obligations à celui du fonds de commerce, s'accommode de son absence de personnalité juridique.

**664.** Il est important de souligner ici que, malgré l'absence de personnalité juridique du fonds de commerce, certaines créances suivent son sort. Cela a le mérite d'attester de ce que la question de la personnalité juridique est surmontable. Ainsi, tout en rappelant que le droit OHADA et le droit français excluent aussi les livres de commerce et les documents comptables<sup>587</sup>, on peut néanmoins observer qu'ils sont, en pratique, admis sous forme de créances dans le fonds de commerce. En effet, la loi prévoit que ces éléments doivent être tenus à la disposition de l'acquéreur pendant trois ans, à partir de son entrée en jouissance du fonds<sup>588</sup>. La doctrine considère dans ce cas qu'il est créé une créance au profit du cessionnaire. Celle-ci prend la forme d'un droit d'usage des livres de commerce qui devient une créance appartenant au fonds et se transmet avec lui<sup>589</sup>.

**665.** Ainsi, il est possible de dépasser l'absence de personnalité juridique du fonds de commerce et y insérer les créances et les dettes. Cette idée n'est pas non plus incompatible avec certaines théories qui pourraient s'y opposer.

## **B : Compatibilité de l'inclusion des créances et des dettes avec la théorie du fonds de commerce**

**666.** Il apparait judicieux d'apprécier l'inclusion des créances et des dettes à l'aune de la théorie du fonds de commerce. À l'analyse, on se rend compte que la logique qui fonde l'existence-même du fonds de commerce (1) n'est pas incompatible avec cette inclusion des créances et des dettes, bien au contraire (2).

### **1 : Logique fondatrice de la construction de la notion de fonds de commerce**

**667.** L'idée qui fonde la construction de la notion de fonds de commerce consiste en ceci : des biens sont réunis en une masse, et ils sont affectés à l'exercice d'une activité<sup>590</sup>. Tous ces moyens permettent de rallier une clientèle. Cette idée est présente aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux définitions du fonds de commerce qui y sont données. En effet, selon l'article 135 de l'AUDCG-REVI, il s'agit d'un

---

<sup>587</sup> A. FOKO, « Fonds de commerce », *op. cit.*, p. 818, n° 62-64 ; A. PEDRO SANTOS et J. YADO TOÉ, *op. cit.*, p. 201, n° 325 ; A. A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p.153, n° 17.181.

<sup>588</sup> C. com., art. L. 141-2.

<sup>589</sup> A. REYGROBELLET, *op. cit.*, p.142, n° 17.105.

<sup>590</sup> J. DERRUPÉ, *L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale*, *op. cit.*, p. 586.

« ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver la clientèle »<sup>591</sup>. En France, la doctrine considère majoritairement le fonds de commerce comme un agrégat d'éléments réunis en vue d'attirer la clientèle <sup>592</sup>. La notion de fonds de commerce a été créée pour marquer l'idée selon laquelle l'installation et l'ensemble des moyens utilisés par le commerçant sont, d'une certaine façon, parfois plus importants que son travail personnel<sup>593</sup>. La proposition d'intégrer les contrats et les obligations n'est donc pas antinomique à l'égard de la théorie du fonds de commerce.

## **2 : Compatibilité avec l'inclusion des créances et des dettes**

**668.** L'inclusion des créances et des dettes vise à permettre au commerçant de disposer de moyens supplémentaires, et parfois nécessaires, qui concourent à l'exercice de son activité professionnelle. Cette démarche est donc cohérente avec l'idée fondatrice de la notion de fonds de commerce.

**669.** Il est intéressant de faire observer que c'est dans cette logique que la loi du 17 mars 1909 a admis le bail commercial. Actuellement, en raison de son importance, il est permis au commerçant d'inclure le droit au bail dans le fonds de commerce. Par ailleurs, malgré l'exclusion des contrats et des obligations, il en a été de même pour le contrat d'édition, qui est transmis au cessionnaire de l'entreprise d'édition indépendamment du consentement des auteurs<sup>594</sup>. Cela peut valoir pour bien d'autres obligations.

**670.** Ainsi, au regard de la théorie du fonds de commerce, les créances et les dettes ont leur raison d'être parmi les éléments du fonds de commerce. De plus, l'absence de personnalité du fonds est obstacle surmontable. Dès lors il convient de préciser les mécanismes d'inclusion de ces obligations.

---

<sup>591</sup> AUDCG-REVI, art. 135.

<sup>592</sup> D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, op. cit., p. 75, n° 148 ; P. DIDIER et PH. DIDIER, *Droit commercial, tome 1, introduction générale, l'entreprise commerciale*, op. cit., p. 326, n° 342.

<sup>593</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, op. cit., p. 325, n° 439.

<sup>594</sup> CPI, art. L.132- 16.

## **II : Mécanismes d'inclusion des créances et des dettes**

**671.** Après avoir envisagé des mécanismes pour l'inclusion des créances dans l'assiette du fonds de commerce(A), il faudra en faire autant pour les dettes (B).

### **A : Modalités d'inclusion des créances**

**672.** Dans la perspective de l'inclusion des créances dans le fonds de commerce, il faudra renverser le principe selon lequel elles sont exclues (1). Aussi convient-il de définir un critère d'admission pour ces créances (2).

#### **1 : Inversion du principe d'exclusion des créances**

**673.** Actuellement, le principe est que les créances sont exclues du fonds de commerce. Il s'agit donc d'inverser ce principe. En sorte que, dans le silence de l'acte, on devrait pouvoir admettre que les créances liées au fonds de commerce suivent son sort. Autrement dit, ces créances se transmettent systématiquement avec le fonds de commerce. Cette proposition est défendue par la doctrine<sup>595</sup>. Toutes les créances n'ont pas vocation à être des éléments du fonds de commerce. Il faut donc trouver un critère d'admission.

#### **2 : Critère d'admission des créances**

**674.** Du fait de l'absence de personnalité du fonds de commerce, les créances restent attachées au commerçant, certes. Toutefois, cela n'empêche pas que celui-ci en affecte quelques-unes à son activité professionnelle. Ainsi, c'est l'affectation qui servira de critère. En sorte que seules les créances affectées à l'exploitation commerciale seront admises dans le fonds de commerce. Il reviendra aux parties d'en exclure, au choix, certaines. En cas de désaccord ou de contestation, le juge pourrait être saisi pour distinguer les créances affectées au fonds de celles qui sont personnelles.

**675.** Au demeurant, il sied de souligner que certaines créances sont parfois marquées d'un fort *intuitu personae*. Cependant, cela n'empêche pas qu'elles soient admises dans le fonds de commerce ; tout au plus peuvent-elles rendre difficile la cession de celui-ci. Par ailleurs, on considère que les créances ayant pour cause l'exploitation du fonds perdent leur caractère *intuitu personae* pour devenir *intuitu fundi*<sup>596</sup>. C'est-à-dire qu'elles reposent davantage sur la considération du fonds plutôt que sur celle de la personne. Les modalités d'inclusion des dettes

---

<sup>595</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 376, n° 630.

<sup>596</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 375, n° 629.

viennent compléter celles des créances ici-décrites, pour que les deux aspects de l'obligation soient pris en compte.

## **B : Modalités de l'admission des dettes**

**676.** L'inclusion des dettes, comme celle des créances, pourrait se faire par une inversion de la règle ; l'admission devenant la norme et l'inclusion devenant l'exception (1). La nature des dettes est particulière, contrairement aux créances. Il est donc judicieux d'apporter des précisions quant au consentement des créanciers (2)

### **1 : Inversion du principe d'exclusion des dettes**

**677.** L'inclusion des dettes sous-entend leur possible cession avec le fonds de commerce. À la question de savoir si l'admission des dettes est possible, la réponse est désormais affirmative. En effet, en droit français comme en droit OHADA, il est désormais admis qu'un débiteur puisse céder sa dette. Le consentement de son créancier est néanmoins requis<sup>597</sup>. Il est ainsi libéré, précise-la loi, pour l'avenir<sup>598</sup>.

**678.** Concernant l'inclusion des dettes à proprement parler, on devrait pouvoir admettre que les dettes sont des éléments du fonds de commerce, même dans le silence de la convention. Une fois de plus, il y a un renversement du principe, l'inclusion devenant la norme. Cependant, les parties peuvent y déroger en excluant certaines dettes, au gré de leurs intérêts.

### **2 : La question du consentement des créanciers**

**679.** En admettant que les dettes sont implicitement admises dans le fonds de commerce, on sous-entend que le consentement des créanciers est indifférent. Cela peut paraître sévère, voire injuste, mais le débiteur initial n'est pas libéré. En effet, il reste solidairement tenu au paiement de ces dettes avec le nouveau propriétaire du fonds<sup>599</sup>. Ainsi, même si l'avis des créanciers n'est recueilli, à priori, ils ne sont pas pour autant lésés, bien au contraire.

**680.** Au demeurant, cette proposition commande d'entrevoir une évolution de certains textes qui exigent le consentement du créancier pour la cession de sa créance avec le fonds par le débiteur<sup>600</sup>.

---

<sup>597</sup> C. civ., art.1327.

<sup>598</sup> C. civ. art. 1327-2.

<sup>599</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, pp.426-427, n° 720.

<sup>600</sup> C. civ., art. 1327 et s.

**681.** En somme, l'inclusion des dettes au sein du fonds de commerce est autant justifiée que celle des créances. Les obstacles à l'extension de l'assiette du fonds de commerce à ces obligations prises séparément sont surmontables. Le fonds de commerce devrait aussi s'enrichir des contrats qui, eux, supposent les obligations dans leur double aspect actif et passif. Au reste, la place des monopoles d'exploitation devrait aussi évoluer.

## **Section 2 : L'inclusion des contrats et des monopoles d'exploitation**

**682.** Certains contrats sont indispensables au fonds de commerce. De même, en l'absence des monopoles d'exploitation, certains fonds de commerce ne peuvent être exploités. Ainsi, il faudrait y inclure les contrats (§1) et y reconsidérer la place des monopoles d'exploitation (§2).

### **§1-L'inclusion des contrats**

**683.** Il est opportun de rappeler que, à titre dérogatoire, de nombreux contrats sont déjà admis dans le fonds de commerce. Il s'agira donc simplement de transformer cette exception en norme (II), après avoir justifié cette inclusion des contrats (I)

### **I : Justifications de l'inclusion des contrats**

**684.** Comme à propos des obligations, l'admission des contrats dans le fonds de commerce est principalement justifiée par leur importance (A). Aussi, cette démarche est compatible avec le principe de l'effet relatif des contrats qui, avec l'absence de personnalité juridique, justifie aussi leur exclusion (B).

### **A : L'importance des contrats**

**685.** De nombreux contrats conditionnent l'existence même du fonds de commerce. Ainsi, en plus d'en assurer la pérennité (1), il lui donne plus de valeur (2).

#### **1 : L'importance des contrats pour la pérennité du fonds de commerce**

**686.** L'exploitation d'un fonds de commerce peut dépendre d'un contrat. En sorte que s'il en est privé, ce fonds court le risque de disparaître.

**687.** D'abord, la jurisprudence confirme l'importance de certains contrats. Sous certaines conditions, dans le cadre d'un contrat de franchise, elle reconnaît aujourd'hui au franchisé la propriété de son fonds de commerce<sup>601</sup>. Le juge a compris que s'il est privé de la jouissance de ce contrat de franchise, il ne peut plus exercer valablement son activité, et le fonds de commerce

---

<sup>601</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ. 27 mars 2002, TRÉVISAN c/BASQUET, BRDA juillet 2002, p. 9.

va disparaître. Par conséquent, le contrat conditionne la survie du fonds de commerce, comme dans bien d'autres cas<sup>602</sup>.

**688.** Ensuite, soulignant le caractère nécessaire de certains contrats, la doctrine reconnaît que l'existence du fonds de commerce peut être compromise de façon irréversible quand il en est privé<sup>603</sup>.

**689.** Enfin, le législateur reconnaît, lui-aussi, cette nécessité des contrats pour le fonds de commerce. Ainsi, le droit des procédures collectives prévoit qu'en cas de redressement, la sauvegarde de l'exploitation passe par la préservation des contrats nécessaires à celle-ci. Le droit français et le droit uniforme africain partagent cette nécessité de préserver certains contrats<sup>604</sup>. En plus d'assurer sa pérennité, certains contrats donnent plus de valeur au fonds de commerce.

## **2 : L'importance des contrats sur la consistance du fonds de commerce**

**690.** Les contrats augmentent la valeur au fonds de commerce. Certaines acquisitions de fonds de commerce ne sont inspirées que par la volonté de s'approprier le bénéfice d'un contrat. Comme pour les créances, qu'il s'agisse du contrat de bail, du contrat de franchise, du contrat de distribution, voire d'un marché, la motivation de l'acquéreur d'un fonds de commerce repose très souvent sur le profit que lui conférerait le bénéfice de l'un de ces contrats. De ce fait, l'admission des contrats dans la composition du fonds de commerce est source de valorisation de celui-ci<sup>605</sup>.

---

<sup>602</sup> Sans être exhaustif, on peut encore citer le contrat de crédit-bail., CA. Paris 11 juillet 1986, *D.* 1987, 55, note. D. FABIANI, *RTD. com.* 1087, 539. Observation J. MESTRE.

<sup>603</sup> C. LEBEL, *Biens de l'exploitation-Éléments du fonds de commerce-Biens exclus*, Jurisclasseur Entreprise individuelle. Traité 2001, Fascicule 1040, p. 9, n° 48.

<sup>604</sup> Sur la pérennité du fonds de commerce, cf. AUPCAP, art. 5-11 al 2 : « Les personnes qui fournissent un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service ».

Voir aussi, C. com., art. L. 642-7 al 1 et 2 : « Le tribunal détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité au vu des observations des cocontractants du débiteur transmises au liquidateur ou à l'administrateur lorsqu'il en a été désigné. Le jugement qui arrête le plan emporte cession de ces contrats, même lorsque la cession est précédée de la location-gérance prévue à l'article L.642-13. Ces contrats doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, nonobstant toute clause contraire ».

<sup>605</sup> M. PANCAZI « Repenser l'exclusion traditionnelle des contrats et obligations », *op. cit.*, p. 93.

**691.** Une illustration nous est offerte avec le fonds de commerce d'un courtier d'assurance. En effet, s'interroge M. PANCRAZI, « Comment pourrait-on définir autrement que par référence aux contrats passés par l'exploitant, la valeur du portefeuille d'un courtier d'assurance ? »<sup>606</sup>.

**692.** La modernisation du fonds de commerce passe par la prise en compte du phénomène de la numérisation de l'économie et donc, de la dématérialisation dudit fonds. En effet, certains contrats peuvent être indispensables au fonds de commerce électronique. C'est déjà le cas des contrats d'hébergement ou d'autres qui sont passés avec les fournisseurs d'accès à internet.

**693.** S'il est acquis que les contrats sont importants, il sied par ailleurs de vérifier la compatibilité de leur admission avec le principe de l'effet relatif des contrats.

## **B : Compatibilité de l'inclusion avec le principe de l'effet relatif des contrats**

**694.** Bien qu'applicable au fonds de commerce, le principe de l'effet relatif (1) est un obstacle surmontable en vue de l'inclusion des contrats (2).

### **1 : L'effet relatif des contrats et fonds de commerce**

**695.** L'un des principaux obstacles à l'admission dans la composition du fonds de commerce des contrats est le principe de l'effet relatif des contrats. L'idée que sous-tend cette règle est que chacun est mieux placé pour apprécier ses propres intérêts, mais il ne l'est pas pour ceux d'autrui<sup>607</sup>. Concrètement, ce principe signifie d'abord qu'on ne saurait être lié par un contrat auquel on n'a pas consenti. Il exige aussi que soit scrupuleusement respectée la volonté des parties exprimée dans l'acte<sup>608</sup>. Ainsi, pour la doctrine : « parce que le contrat repose sur la volonté des parties, il n'a pas d'effets à l'égard des tiers : les parties ne peuvent par contrat ni engager autrui, ni faire naître à son profit une créance »<sup>609</sup>.

**696.** Appliqué au fonds de commerce, l'effet relatif des contrats interdit que le contrat passé par l'exploitant du fonds ait des effets sur son successeur, tiers à ce contrat. Autrement dit, le cessionnaire d'un fonds de commerce n'a pas à répondre des obligations découlant de l'activité du cédant. C'est pour cela que les contrats et les obligations sont attachés non pas au fonds,

---

<sup>606</sup>M. PANCRAZI, « Repenser l'exclusion traditionnelle des contrats et obligations », *op. cit.*, p. 93.

<sup>607</sup>F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 11<sup>e</sup> édition, Dalloz., p. 34, n° 26.

<sup>608</sup>G. RABU, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 50; M. PANCRAZI, « repenser l'exclusion traditionnelle de contrats et des obligations » *op. cit.*, p. 93.

<sup>609</sup>F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations, op. cit.*, p. 34, n° 26 ; G. RABU, *op. cit.*, p. 50.

mais à son ancien exploitant. Au demeurant, c'est aussi une manifestation de l'absence de personnalité du fonds de commerce. L'effet relatif des contrats est néanmoins un obstacle surmontable.

## **2 : Un obstacle surmontable**

**697.** Aussi logique que soit le principe de l'effet relatif des contrats, et malgré son profond enracinement en droit, il n'en est pas moins surmontable. En effet, en ce cas, les parties conservent leur liberté. Ainsi, le cessionnaire d'un fonds de commerce ne sera tenu par les contrats liés au fonds que s'il les accepte implicitement, en ne les écartant pas au moment de la cession. Dès lors, le principe de l'effet relatif des contrats n'est pas remis en cause. Les parties restent libres, notamment en ce qui concerne le contenu à donner au fonds qui fera l'objet d'un transfert<sup>610</sup>. Cet obstacle surmonté, il convient d'envisager le mécanisme qui devrait permettre d'inclure les contrats dans le fonds de commerce.

---

<sup>610</sup> M. PANCRAZI, « repenser l'exclusion traditionnelle de contrats et des obligations », *op. cit.*, p. 93.

## **II : Technique d'inclusion des contrats**

**698.** Pour inclure les contrats dans le fonds de commerce, on pourrait faire en sorte que l'exclusion devienne l'exception, et que leur présence au sein du fonds devienne la norme (A). Encore faudrait-il définir un critère pour mettre en œuvre ce mécanisme (B).

### **A : Pour une inversion du principe de l'exclusion des contrats**

**699.** Pour inclure les contrats dans le fonds de commerce, leur exclusion qui demeure le principe pourrait devenir l'exception. Ici aussi, il question d'inverser la norme (1). En réalité, il s'agit au demeurant de consacrer l'inclusion des contrats qui, en pratique, est déjà observable dans de nombreux cas (2).

#### **1 : L'inversion du principe d'exclusion des contrats**

**700.** Il faudrait inverser le principe d'exclusion des contrats. Concrètement, il s'agit d'abord de considérer que, dans le silence de l'acte portant sur le fonds, les contrats sont des éléments du fonds de commerce. Dès lors, ils se transmettent avec lui. Cette solution devient la norme. Ensuite, il revient donc aux parties d'exclure, au choix, les contrats au gré de leurs intérêts respectifs. En écho à cette proposition, J. DERRUPÉ affirme ceci : « Il serait réaliste d'inverser le principe actuel concernant la transmission avec le fonds, donc l'inclusion dans le fonds de commerce, des contrats liés à l'exploitation »<sup>611</sup>.

**701.** Cette approche est par exemple appliquée par le droit belge qui a une institution très proche de la conception française du fonds de commerce, tant en ce qui concerne la notion même que sa composition et son régime. C'est ainsi que les contrats et les marchés en cours y rentrent dans l'exploitation du commerçant<sup>612</sup>. La démarche préconisée en l'espèce vient consacrer la présence déjà possible dans le fonds de commerce de nombreux contrats.

#### **2 : Une consécration des solutions existantes**

**702.** L'exclusion des contrats de l'assiette du fonds de commerce n'est pas absolue. Les exceptions qui lui ont été apportées sont si nombreuses<sup>613</sup> qu'elles apparaissent comme des

---

<sup>611</sup> J. DERRUPÉ « L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale », *op. cit.*, p. 586.

<sup>612</sup> A. SAYAG et C. JAUFFRET, *op. cit.*, p. 135 n° 26.

<sup>613</sup> *Supra* n° 239 et 256.

solutions qu'il faudrait consacrer<sup>614</sup>. À ce propos, P. DIDIER et PH. DIDIER soutiennent que les contrats doivent être admis « de plein droit » dans l'assiette du fonds de commerce<sup>615</sup>.

**703.** Ainsi, si le fait de multiplier les exceptions au principe d'exclusion des contrats permet de l'atténuer, il est aujourd'hui insuffisant. Il faudrait donc consacrer toutes ces situations en inversant ce principe<sup>616</sup>. J. MONÉGER est pour la généralisation de cette possibilité offerte à certains contrats et déclare ceci : « Pourquoi la transmission n'existe-t-elle que pour certains contrats dont le bail, les contrats de travail ou d'assurance, les contrats de nettoyage ou d'édition ? [...]. C'est au fonds que ces contrats doivent être attachés, comme le sont déjà d'autres signes de ralliement de la clientèle : l'enseigne, nom commercial ou la marque. »<sup>617</sup>.

**704.** Au demeurant, cette solution est déjà admise pour le fonds agricole. Or, celui-ci est une reproduction du fonds de commerce. C'est exactement l'article L.311-3 du Code rural qui intègre les contrats dans le fonds agricole. Ce qui est ici possible pour le fonds agricole devrait pouvoir l'être pour le fonds de commerce qui en est le modèle. Il conviendrait tout de même de définir un critère.

## **B : Critère d'admission des contrats**

**705.** Pour qu'un contrat fasse partie du fonds de commerce, il faudrait qu'il soit nécessaire à son exploitation. Une fois ce critère posé (1), il convient d'aborder la question de l'*intuitu personae* dont sont marqués certains contrats (2)

### **1 : L'importance du contrat pour le fonds de commerce**

**706.** Admettre que les contrats sont des éléments du fonds de commerce qui suivent sont sort, exige de dégager un critère. Celui-ci permettra de distinguer les contrats qui devraient suivre le sort du fonds de commerce de ceux qui ne le devraient pas. À notre sens, c'est le caractère nécessaire du contrat qui mérite d'être retenu comme critère. Autrement dit, pour être admis dans le fonds de commerce le contrat doit être nécessaire au maintien de l'activité de ce fonds.

**707.** Ainsi, tous les contrats nécessaires au fonds de commerce sont des éléments qui entrent dans sa composition. En cas de désaccord entre les parties sur ce caractère nécessaire du contrat,

---

<sup>614</sup> J. DERRUPÉ « L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale », *op. cit.*, p. 586 ; J. MONÉGER, « Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce », *AJDJ* décembre 2001, p. 1047.

<sup>615</sup> P. DIDIER et PH. DIDIER, *Droit commercial*, *op. cit.*, p.332, n° 349.

<sup>616</sup> M. PANCRAZI, « repenser l'exclusion traditionnelle de contrats et des obligations », *op. cit.*, p. 93.

<sup>617</sup>J. MONÉGER, « Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce », *op. cit.*, p. 1047.

le juge pourra statuer. Cette compétence lui est déjà conférée en matière de liquidation judiciaire<sup>618</sup>.

**708.** Par ce texte, tout en donnant des compétences au tribunal, le législateur retient, lui-aussi, le critère fondé sur le caractère nécessaire au maintien de l'activité que doit revêtir le contrat. Il n'est pas le seul car, de nombreux auteurs militent pour l'inclusion des contrats sur la base de ce même critère<sup>619</sup>. Quid de l'*intuitu personae* ?

## **2 : La question de l'*intuitu personae***

**709.** La démarche proposée ici soulève la question de la prise en compte de la volonté du cédé. Plus exactement, il s'agit de tenir compte de l'*intuitu personae* qui est une notion renvoyant à l'idée selon laquelle les obligations sont contractées en considération de la personne, de ses qualités et de la confiance qu'elle inspire<sup>620</sup>. Plusieurs hypothèses sont envisageables. Elles sont fonction du contenu et de la nature du contrat qui fait l'objet de la cession avec le fonds.

**710. En cas de clause prévoyant le transfert simultané du contrat avec le fonds.** D'abord, le contrat peut prévoir son transfert au cessionnaire d'un fonds de commerce, de façon expresse. Il peut même imposer ce transfert à ce dernier<sup>621</sup>. En matière de vente du fonds de commerce, on considère que le consentement du cédé a été donné à l'avance. De sorte qu'on peut se dispenser de solliciter son avis. Tout au plus devrait-on l'informer du changement opéré même si, là encore, ce n'est pas obligatoire<sup>622</sup>.

**711. En cas de contrat exigeant le consentement du cédé.** Ensuite, il y a le cas opposé, où le contrat exige l'accord du cédé, ou encore il est marqué par un fort *intuitu personae* implicitement ou explicitement. Dans de tels cas, il faut impérativement recueillir le consentement du cédé. Sa volonté s'impose<sup>623</sup>, mais elle est encadrée. En matière de cession de

---

<sup>618</sup> C. com., art. L. 642- 7.

<sup>619</sup> J. DERRUPÉ, « L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale », *op. cit.*, p. 586; M. PANCRAZI, « repenser l'exclusion traditionnelle de contrats et des obligations », *op. cit.*, p. 93 ; L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé, op .cit.*, p.408, n° 682 ; J. MONÉGER, « Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce », *op. cit.*, p. 1047.

<sup>620</sup> E.M. KAMTA FENDOP, « Associés », in PG POUGOU (*dir*), *Encyclopédie du droit OHADA, op. cit.*, p. 374, n° 72 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, p. 103, n° 211; V-D. KRAJESKI, « L'intuitu personae dans les contrats », thèse, 1998, Doctorat et Notariat, 2001 ; S. HELOT, « La place de l'intuitu personae dans les sociétés de capitaux », *D*, 1991, chrono., p. 143.

<sup>621</sup> Dans ce cas précis, le refus peut venir de l'acheteur du fonds. Il peut ne pas vouloir de ce transfert. En l'espèce, on se fonde sur l'effet relatif des contrats pour justifier un tel refus.

<sup>622</sup> Cass. Com. 6 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 118, D. 1997, p. 588, 2<sup>e</sup> espèce, note M. BBILIAU et CH JAMIN, Rép. Defrenois 1997, article 36633, note D. MAZEAUD.

<sup>623</sup> Cass. Com. 7 janvier 1992, préc. ; Cass. com. 29 octobre 2002, préc.

contrat, ce pouvoir qui lui est reconnu est effectivement contrebalancé. Il lui est parfois fait obligation de motiver sa décision au cas où il refuse l'opération<sup>624</sup>. Il peut même être contraint à poursuivre cet acte en cas de refus infondé<sup>625</sup>.

**712. En cas de silence du contrat** Enfin, il y a surtout l'hypothèse où, d'une part, le contrat est muet sur son éventuel transfert ; et d'autre part, il est marqué d'un *intuitu personae* tellement fort qu'il empêche une substitution de cocontractant sans le consentement du cédé. En pareille circonstance, la solution jurisprudentielle retenue en matière de cession conventionnelle de contrat devrait s'appliquer à la transmission du contrat en tant qu'élément du fonds. Celle-ci impose le respect de la volonté du cédé.

**713.** L'inclusion des contrats érigée en principe ne saurait être exempte d'exceptions. D'où l'importance de tenir compte de l'*intuitu personae*. Aussi, pour éviter que le fonds de commerce ne soit un patchwork qui rendrait cette notion moins efficace qu'elle ne l'est déjà, il faut une limite. C'est l'enjeu du critère de la nécessité du contrat au maintien de l'activité.

**714.** En somme, l'inclusion des contrats dans le fonds de commerce est une nécessité, tout comme celle des monopoles d'exploitation.

## **§2 : L'inclusion des monopoles d'exploitation**

**715.** Les monopoles d'exploitation sont si importants qu'ils peuvent conditionner l'existence de certains fonds de commerce. Cependant, par exemple, en cas de vente, s'ils ne sont pas expressément mentionnés dans l'acte, ils ne seront pas transmis avec le fonds. D'où la nécessité de reconsidérer leur place parmi les éléments du fonds de commerce. Après avoir justifié cette démarche (I), il conviendra d'en fixer les modalités (II).

---

<sup>624</sup> Cass. Com. 15 mars 1965, *Bull. civ.* III, n° 192.

<sup>625</sup> Cass. Com. 28 février 1956, *Bull. civ.* III, n° 88 ; 14 janvier 1958, *JCP*, 1958, II, 10466.

## **I : Justifications de l'inclusion des monopoles d'exploitation**

**716.** L'inclusion des monopoles d'exploitation se justifie essentiellement par leur importante valeur (A). Elle est nécessaire car la place qu'ils occupent actuellement au sein du fonds de commerce est, elle, injustifiée (B).

### **A : L'importance des monopoles d'exploitation**

**717.** Les monopoles d'exploitation sont d'une importance capitale pour l'exploitation de certains fonds de commerce (1). Par ailleurs, de façon plus générale, ils sont toujours importants pour la valeur du fonds de commerce (2).

### **1 : L'importance des monopoles d'exploitation pour l'existence de certains fonds de commerce**

**718. Condition *sine qua non* de l'exploitation du fonds.** Il est nécessaire de reconsidérer la place des monopoles d'exploitation, car ils peuvent parfois conditionner l'existence-même de certains fonds de commerce. En effet, certains fonds ne peuvent être exploités en l'absence de certains monopoles d'exploitations. Par exemple, un débit de boissons ne peut être exploité sans une licence<sup>626</sup>. Or, si l'acquéreur d'un tel fonds de commerce omet d'inclure cette licence parmi les éléments obligatoires, il lui sera impossible d'exploiter le fonds ainsi acquis. En l'espèce, l'exploitation, et même l'existence, du fonds est conditionnée par la présence en son sein de ce monopole d'exploitation qu'est la licence.

**719. Inutilité de la clientèle.** Même si, en théorie, on pourrait dire que l'existence d'une clientèle suffit à prouver celle du fonds, il n'en demeure pas moins que, en pratique, ce fonds est voué à la disparition, faute d'une licence. Sur cette question, D. HOUTCIEFF affirme que la marque peut constituer un élément fédérateur de la clientèle, si bien que sa cession peut être équipollente à une cession de cette clientèle ; autrement dit à une cession du fonds lui-même<sup>627</sup>.

**720.** Par ailleurs, en droit français et en droit OHADA, la jurisprudence s'accorde sur la nécessité des monopoles d'exploitation pour certains fonds<sup>628</sup>. Au demeurant, ces biens font

---

<sup>626</sup> Trib. Com. Marseille, 15 janvier 1953, Rev. Fonds de commerce, 1953.103. ; Cass. Req 7 mai 1935, DH 1935, p. 315. ; Cass. Com. 29 mai 1953, D. 1953, p. 315. ; Cass. Com. 20 octobre 1998, Bull. civ. IV, n° 248 ; « Le débit de boissons comporte nécessairement la licence d'exploitation », O. BARET, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001, p. 11, n° 17.

<sup>627</sup> D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 224, n° 457.

<sup>628</sup> CA BOBODIOULASSO 14 mai 2003 n° 68, cf. www.ohada.com; Cass. Com., 13 mai 1980, Bull. civ. IV, n° 200; RTD. com. 1980, p. 761, obs. J. DÉRRUPÉ.

actuellement l'objet d'un droit spécial, celui de la propriété industrielle. Leur protections civile et pénale renforcées attestent de leur importance aussi bien pour l'exploitation du fonds que pour sa valeur.

## **2 : L'importance des monopoles d'exploitation sur la valeur du fonds de commerce**

**721. Une importance pratique et économique.** La présence au sein du fonds de commerce des monopoles d'exploitation augmente significativement sa valeur. Conscient de cette importance des monopoles d'exploitation pour la valeur du fonds de commerce, la loi les intègre dans l'assiette de son nantissement<sup>629</sup>. Dès lors, leur inclusion parmi les éléments obligatoires dudit fonds est une fois de plus justifiée. En écho à cela, parlant du brevet, D. LEGEAIS affirme que : « comme d'autres biens, le brevet est une source de crédit »<sup>630</sup>.

**722.** On peut encore observer ceci, même si une clientèle propre est reconnue au franchisé, elle ne lui servirait pas à grand-chose, voire à rien, si le monopole d'exploitation d'une enseigne, d'une marque ou d'un savoir-faire ne lui était concédé ou, s'il lui était retiré.

**723.** Eu égard à leur importance sur l'existence et sur la valeur du fonds, le sort actuellement réservé aux monopoles d'exploitation ne se justifie plus.

## **B : La précarité injustifiée de la place actuelle des monopoles d'exploitation**

**724.** La place précaire qu'occupent actuellement les monopoles d'exploitation au sein du fonds de commerce, malgré leur importance, exige leur inclusion envisagée ici. Ils ne bénéficient en effet que d'une place subsidiaire (1) or, celle-ci peut avoir des conséquences désastreuses (2).

### **1 : Une place subsidiaire réservée aux monopoles d'exploitations**

**725.** Malgré leur importance au sein du fonds de commerce, les monopoles d'exploitation y occupent encore, malheureusement, une place précaire. Autrement dit, le droit positif ne retient pas, exceptés le nom et l'enseigne, les monopoles d'exploitation parmi les éléments obligatoires du fonds de commerce. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter les textes qui, en droit OHADA et en droit français, donnent la composition du fonds de commerce<sup>631</sup>. Cela justifie

---

<sup>629</sup> AUS-REVI, art. 162 al 1; C.com., art. L.142-2 al 3.

<sup>630</sup> D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, op. cit., p. 120, n° 216.

<sup>631</sup> C.com., art. L. 142-2; AUDCG-REVI, art. 136 et art. 137.

l'urgence de leur inclusion ici envisagée. D'autant plus que cette situation entraîne potentiellement des conséquences fâcheuses pour le fonds de commerce.

## **2 : Effet de cette importance relative sur le fonds de commerce**

**726.** L'inclusion des monopoles d'exploitation est justifiée par le besoin d'éviter les effets désastreux que peut entraîner leur absence. Pour rappel, il s'agit de leur absence parmi les éléments obligatoires du fonds de commerce. Comme pour les cas des autres éléments exclus de ce fonds, l'exclusion des monopoles d'exploitation le dévalorise. Pire, cette exclusion peut entraîner la disparition du fonds, comme l'atteste le cas de l'absence de la licence d'exploitation pour un débit de boissons.

**727.** En somme, il ne faudrait plus se contenter seulement du nom et de l'enseigne. D'autres monopoles d'exploitations méritent d'être inclus parmi les éléments obligatoires du fonds de commerce. Cette inclusion est justifiée par l'importance de ces monopoles d'exploitation sur l'existence, et pour la valeur du fonds. Elle est encore justifiée par l'urgence de revoir leur place précaire actuelle, qui ne tient pas compte justement de leur importance, reconnue par ailleurs en doctrine et par la jurisprudence. Ainsi, il faudrait préconiser des modalités pour cette inclusion.

## **II : Modalités de l'inclusion des monopoles d'exploitation**

**728.** La reconsidération opportune de la place des monopoles d'exploitation passe par leur intégration dans la liste des éléments nécessairement admis dans le fonds de commerce (A). Cela est possible en faisant évoluer la loi (B).

### **A : Intégration des monopoles d'exploitation parmi les éléments obligatoires**

**729.** Rien ne semble s'opposer à l'inclusion des monopoles d'exploitation parmi les éléments obligatoires du fonds de commerce. Après s'être assuré de cette possibilité (1), il faudra envisager une extension de façon générale aux monopoles d'exploitation de la liste légale des éléments obligatoires du fonds de commerce (2).

#### **1 : La possibilité d'intégration des monopoles d'exploitation**

**730.** En plus d'être nécessaire, l'inclusion des monopoles d'exploitation parmi les éléments obligatoires du fonds de commerce est possible. En effet, il n'y a pas de principe du droit qui

s'oppose fondamentalement à ce que les droits sur la marque, sur brevet, sur le dessin ou tout autre monopole soient des éléments obligatoires du fonds ; à l'égal de la clientèle, du nom et de l'enseigne. Déjà, à ces trois éléments précités, considérés comme nécessaires à la l'assiette du privilège du vendeur du fonds de commerce, l'article L.141-5 du Code de commerce français ajoute le droit au bail. Cela montre que la liste des éléments obligatoire que le droit OHADA limite actuellement à trois composantes peut évoluer.

**731.** Au reste, le droit OHADA permet déjà d'étendre l'assiette du fonds de commerce aux monopoles d'exploitation à l'occasion du nantissement, entre autres opérations. Ainsi, l'inclusion des monopoles d'exploitation parmi les éléments obligatoires du fonds de commerce passerait par l'extension de la liste des éléments obligatoires.

## **2 : L'extension aux monopoles d'exploitation de la liste des éléments obligatoire du fonds**

**732.** La loi, *lato sensu*, donne l'impression que le nom, l'enseigne, la clientèle et, pour certains, le droit au bail sont les éléments les plus important de tout fonds de commerce. Certes, ces éléments sont effectivement importants, mais ils ne le sont pas pour tous les fonds de commerce qui puissent exister. D'ailleurs, en pratique, ces éléments sont parfois tributaires des autres, et certains fonds ne peuvent survivre quand ils sont privés de certains autres monopoles d'exploitation, malgré la présence de ces trois éléments.

**733.** L'inclusion des monopoles d'exploitation peut se faire par la loi. D'autant plus que c'est cette dernière qui les exclut. Dès lors, il s'agira simplement pour le législateur d'enrichir la liste des éléments obligatoires en l'étendant aux monopoles d'exploitation. À charge pour lui de tenir compte, dans la formulation, du fait que certains fonds peuvent, malgré tout, se passer des monopoles d'exploitation. Autrement dit, en dégagant le principe selon lequel ces monopoles d'exploitation sont des éléments obligatoires, le législateur devrait l'assortir de moyens pour éviter toute rigidité qui pourrait conduire ailleurs aux inconvénients qu'il cherchera à corriger.

**734.** Ainsi, si les monopoles d'exploitation peuvent se retrouver écartés de l'assiette du fonds, c'est en raison de l'état actuel des textes qui régissent sa composition et les opérations portant sur celui-ci. Par conséquent, pour leur assurer une meilleure présence au sein dudit fonds, en droit français et en droit OHADA, il apparait judicieux de faire évoluer ces textes.

## **B : La nécessité de faire évoluer la loi**

**735.** De façon concrète, l'inclusion des monopoles d'exploitation dont il est question passe par une évolution de la loi. Plus exactement, il s'agit de faire évoluer les dispositions relatives à la composition générale du fonds de commerce (1), ainsi que celles qui concernent des opérations dont peut faire l'objet (2).

### **1 : L'évolution des dispositions relatives à la composition générale du fonds de commerce**

**736.** Contrairement au droit français, le droit OHADA donne la composition du fonds de commerce de façon générale<sup>632</sup>. Elle est prévue aux articles 136 et 137 de l'acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général<sup>633</sup>. Inclure les monopoles d'exploitation parmi les éléments obligatoires du fonds de commerce revient, concrètement, à modifier l'article 136. Cet article devrait dorénavant comprendre les monopoles d'exploitation dans son énumération. Cela implique par ailleurs que ceux-ci ne fassent plus partie des éléments facultatifs prévus par l'article 137. Dès lors, cet article 137 devrait aussi être modifié afin que les monopoles d'exploitation n'y apparaissent plus.

**736.** Ainsi, l'inclusion des monopoles d'exploitation passe par une modification des articles 136 et 137 de l'acte uniforme OHADA actuel relatif au droit commercial général. À défaut de s'inspirer du droit OHADA en créant une disposition qui donne la composition générale du fonds de commerce, le droit français devrait faire évoluer l'article L. 142-2 dont l'assiette du nantissement qui y est prévue sert de composition du fonds de commerce. Au demeurant, les textes qui régissent l'ensemble des opérations dont le fonds de commerce peut faire l'objet méritent d'être modifiés.

### **2 : L'évolution des dispositions relatives aux opérations portant sur le fonds de commerce**

**737.** Les textes qui encadrent les opérations sur le fonds de commerce sont symptomatiques de l'exclusion des monopoles d'exploitation. En conséquence, il devrait aussi être modifiés. On

---

<sup>632</sup> La composition du fonds de commerce n'est donnée en droit français qu'à l'occasion du nantissement. C'est donc l'assiette du nantissement qui sert de composition de droit commun du fonds de commerce en France. Cf. supra n° 18-20.

<sup>633</sup> AUDCG-REVI, art. 136 et 137.

retiendra ici respectivement les textes relatifs au privilège du vendeur du fonds de commerce, au nantissement et à la vente du fonds de commerce.

**738. Évolution des textes relatifs aux garanties sur le fonds de commerce.** D'abord, l'article L.141-5 *in fine* du Code de commerce français devrait élargir son énumération aux monopoles d'exploitation qu'il ne cite pas, en cas d'absence de désignation expresse. Ensuite, cette solution devrait notamment aussi s'appliquer, en ce qui concerne le nantissement, et pour ce qui est de l'article L.142-2 alinéa 3 du Code de commerce français<sup>634</sup>. En droit OHADA, le législateur devrait reformuler l'article 162 de l'acte uniforme révisé relatif aux sûretés. Afin d'intégrer les monopoles d'exploitation comme des éléments obligatoires<sup>635</sup>.

**739.** Enfin, concernant la vente du fonds de commerce, l'alinéa 1 de l'article 148 de l'acte uniforme révisé sur le droit commercial<sup>636</sup>, pourrait rester le même, car l'article 136 auquel il renvoie devrait déjà compter les monopoles d'exploitation.

---

<sup>634</sup> C. com., art. L. 142-2 al 3.

<sup>635</sup> AUS-REVI, art. 162.

<sup>636</sup> AUDCG-REVI, art. 148 al 1.

## **Conclusion du chapitre 1**

**740.** L'évolution de la composition du fonds de commerce passe par l'admission en son sein des éléments mobiliers habituellement exclus. Il s'agit notamment des créances et des dettes, prises respectivement de façon isolée. Il s'agit également des contrats et, dans une certaine mesure, des monopoles d'exploitation. Ces derniers, s'ils sont admis dans le fonds de commerce, ils y demeurent tout de même facultatifs pour la plupart d'entre eux. L'inclusion de tous ces éléments est essentiellement justifiée par leur importance sur la valeur du fonds et, souvent, sur sa survie. Il n'est effectivement pas rare que l'exploitation de certains fonds de commerce dépende des éléments ci-dessus. Aussi, tous les obstacles qui, traditionnellement, fondent leur exclusion peuvent être techniquement surmontés.

**741.** Au reste, par la mise en œuvre d'un certain nombre de mécanismes, les obligations, les contrats et les monopoles d'exploitation devraient faire partie dorénavant de l'assiette du fonds de commerce. Celle-ci devrait également s'étendre aux biens et aux droits immobiliers.

## **CHAPITRE 2 : L'INCLUSION DES BIENS ET DROITS IMMOBILIERS**

**742.** La rénovation de la notion de fonds de commerce passe aussi par l'inclusion des biens et des droits immobiliers dans sa composition. Ce travail devrait permettre de conformer le contenu actuel du fonds de commerce à la réalité économique<sup>637</sup>. Que l'exploitant soit propriétaire ou non, il est opportun de lier le sort des droits et des biens immobiliers à celui du fonds qu'il exploite. Aussi, la transformation du bail commercial en bail à usage professionnel, notamment en droit OHADA, et la création des fonds civils sur le modèle du fonds de commerce en droit français militent en faveur de cette reconsidération du sort de ces éléments. Ainsi, il convient, dans certains cas, d'inclure le bail commercial parmi les éléments du fonds (section1) et, dans d'autre cas, d'admettre également la présence de l'immeuble au sein du fonds (section2).

### **Section 1 : L'inclusion du bail commercial au sein du fonds de commerce**

**743.** Contrairement au droit français, à ce jour, le droit OHADA étend purement et simplement l'application du régime du bail commercial à tout professionnel exerçant une activité économique<sup>638</sup>. Alors que le Code de commerce français parle encore du bail commercial, en droit OHADA, sans équivoque, l'acte uniforme actuel sur le droit commercial général parle désormais du bail à usage professionnel. En l'espèce, il ne s'agit pas d'une simple mutation terminologique. Ainsi, avant d'envisager des modalités pour reconsidérer la place du droit au bail dans le fonds de commerce (§2), un accent sera mis sur la transformation du bail commercial en bail à usage professionnel en droit OHADA (§2).

### **§1 : L'évolution du bail commercial en bail à usage professionnel**

**744.** Pour mieux comprendre les changements qui matérialisent la mutation du bail commercial en bail à usage professionnel (II), il est important de connaître ce qui a justifié cette mutation (I).

---

<sup>637</sup> En échos à cette réflexion, J. DÉRRUPÉ affirme que ceci : « Il conviendrait, d'abord, d'inclure parmi les éléments du fonds de commerce, les immeubles affectés à l'entreprise et dont le commerçant est propriétaire », cf. J. DÉRRUPÉ, « L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale », *op. cit.*, p. 586.

<sup>638</sup> Il est vrai que le droit français étend l'application du régime des baux commerciaux aux artisans et, sous certaines conditions, à d'autres professionnels non commerçants. V. C. com., art. L. 145-2, n° 7.

## **I : Justifications de la mutation du bail commercial en bail à usage professionnel**

**745.** La consécration du bail à usage professionnel s'explique par l'extension du domaine du droit commercial quant aux personnes soumises à ce droit. Car, ce droit est à la base un droit appliqué aux commerçants (A). L'autre explication vient de l'extension de la matière régie par ce même droit (B).

### **A : L'extension des règles du droit commercial à des non-commerçants**

**746.** La transformation du bail commercial en bail à usage professionnel résulte de la consécration de l'extension de l'application du droit commercial à des professionnels qui ne sont pas des commerçants, par la jurisprudence (1) ; mais aussi par la législation (2).

#### **1 : L'extension par la jurisprudence**

**747.** L'extension de l'application des règles du droit commercial à des non-commerçants pouvait déjà s'observer, en jurisprudence commerciale, en matière même de bail. En droit OHADA, les juges ont, par exemple, considéré que le bail qui existe entre un professionnel garagiste et son bailleur était un bail commercial<sup>639</sup>.

**748.** Ce bail n'était plus l'affaire du seul commerçant, en droit OHADA, et le législateur est venu consacrer cette situation. Cette tendance s'est aussi observée en droit français où la jurisprudence a, elle aussi, étendu le statut des baux commerciaux aux établissements d'enseignement du yoga et aux auto-écoles<sup>640</sup>. Ainsi, le législateur OHADA a confirmé une tendance déjà observable en jurisprudence. Le bail, jadis commercial, s'appliquait désormais à des professionnels non-commerçants. Les prémisses de cette extension étaient déjà aussi perceptibles dans la législation, avant la création de l'OHADA.

#### **2 : Une extension par la législation**

##### **749. Cas de l'extension par la législation de l'application du statut des baux commerciaux.**

Avant la création de l'OHADA, certaines législations étendaient déjà l'application du statut des baux commerciaux à des non-commerçants. Ainsi, en vertu d'un décret de 1952, ce statut

---

<sup>639</sup> CA Abidjan, Ch. Civ ; Com. Arrêt n° 472 du 2 avril 2004, Ohadata, J-05-286 ; I. NDAM, « Du bail commercial au bail à usage professionnel », *Penant*, octobre-décembre 2014, n° 889, p. 480.

<sup>640</sup>Cass. com. 18 mars 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, I, p. 392 ; Cass. com. 31 mai 1967, *Gaz. Pal.* 1967, 2, 84.

s'appliquait à des artisans, au Sénégal, en Guinée, au Bénin, au Togo, au Burkina Faso et au Niger<sup>641</sup>.

**750.** Par la suite, l'article 70 de l'acte uniforme originel sur le droit commercial général étendait, lui aussi, le bail commercial à des non-commerçants. Il s'agissait des personnes morales de droit public à caractère industriel ou commercial, des sociétés à capitaux publics<sup>642</sup>. Comparativement, en France, même si la loi française du 30 juin 1926 visait à renforcer la protection des commerçants, des non-commerçants vont néanmoins en bénéficier au fil des années. Il en sera ainsi des artisans et des établissements d'enseignement, ou encore des sociétés coopératives, entre autres<sup>643</sup>.

**751. Cas du statut de l'entrepreneur en droit OHADA.** L'extension de l'application du droit commercial va au-delà de la question particulière du bail commercial. Par exemple, le statut de l'entrepreneur est prévu par l'acte uniforme de l'OHADA sur le droit commercial général, censé s'appliquer aux commerçants. Ce texte étend l'application de ce statut de l'entrepreneur aux artisans, aux agriculteurs et à d'autres professionnels qui ne sont pas commerçants<sup>644</sup>.

**752. Autres exemples.** Aussi, l'alinéa 3 de l'article 33 de l'acte uniforme étend l'application du régime de la prescription aux professionnels non commerçant.<sup>645</sup> Dans le même sens, l'article 1-1 alinéa 1 de l'acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif est sans équivoque : « Le présent Acte uniforme est applicable à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole, à toute personne morale de droit privé ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé »<sup>646</sup>.

**753.** L'extension du domaine du droit commercial ici décrite concernait, outre les personnes, mais aussi la matière, traditionnellement régie par ce droit.

---

<sup>641</sup> Cf. décret du 30 juin 1952, publié au journal officiel de république française le 3 juillet 1952.

<sup>642</sup> Art.70 AUDCG.

<sup>643</sup> Cf. loi sur la propriété commerciale du 30 juin 1926, JORF du 1 juillet 1926, p. 7210.

<sup>644</sup> AUDCG-REVI, art. 30 al 1.

<sup>645</sup>Cf. AUDCG-REVI, art. 3 ; AUDCG, art. 17 ; AUDCG, art. 29.

<sup>646</sup> AUPCAP-REVI, art. 1-1 al 1.

## **B : L'extension de la matière commerciale**

**754.** L'extension du domaine du droit commercial quant à la matière qu'il régissait traditionnellement explique aussi la mutation du bail commercial en bail à usage professionnel. Là aussi, cette extension résulte du travail de la jurisprudence (1), et de celui du législateur (2).

### **1 : Extension par la jurisprudence**

**755.** Le législateur OHADA, pour consacrer le bail à usage professionnel, a tiré des conclusions de la réalité juridique et économique. En effet, constatant que le droit commercial s'étendait déjà à certaines matières civiles, il en a tiré des conséquences en matière de bail. On peut ainsi noter que le juge de l'OHADA a étendu la définition de l'activité commerciale au-delà du cadre traditionnel. Cette activité, au sens strict du terme, renvoyait à l'achat des biens meubles en vue de leur revente<sup>647</sup>. Aussi, et surtout, l'acte uniforme originel sur le droit commercial général donnait déjà la liste des actes ayant une nature commerciale<sup>648</sup>.

**756. Évolution de la notion d'acte de commerce.** Dans une décision du 2 février 2004, la cour d'appel d'Abidjan retient que l'exploitation d'un restaurant-bar, qui ne correspond visiblement pas à la définition ci-dessus de l'achat pour revendre, et ne figure pas dans l'énumération légale, est une activité commerciale<sup>649</sup>. Dès lors, elle a jugé que le bail qui permettait cette exploitation était un bail commercial. Ainsi, la Cour a procédé à une extension de la notion d'activité commerciale au-delà de l'achat de biens pour leur revente et des actes énumérés par la loi, même si cette énumération n'est pas exhaustive<sup>650</sup>. En dehors du juge, le législateur a aussi œuvré pour l'extension de la matière habituellement régie par le droit commercial.

---

<sup>647</sup> I. NDAM, « Du bail commercial au bail à usage professionnel », *op. cit.*, p. 480.

<sup>648</sup> AUDCG, art. 3; AUDCG, art. 4.

<sup>649</sup> CA Abidjan 2 février 2004, ohadata J-04-497.

<sup>650</sup> I. NDAM, « Du bail commercial au bail à usage professionnel », *op. cit.*, p. 480.

## **2 : Extension par la législation**

**757.** Le législateur a aussi contribué à l'extension de la matière traditionnelle du droit commercial et, ce faisant, à l'extension de l'application du bail commercial au-delà de la sphère commerciale. En soumettant certains professionnels aux dispositions de l'acte uniforme sur le droit commercial général, ce sont aussi leurs activités qui sont soumises au droit commercial<sup>651</sup>.

**758. Du droit commercial vers le droit des activités économiques.** Le droit OHADA tient compte de l'activité professionnelle au-delà de la personne qui l'exerce. Plus qu'un droit commercial, il se présente actuellement comme un droit des activités économiques<sup>652</sup>. Aux termes du nouvel article 103 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, le bail à usage professionnel devient celui qui est conclu en vue de l'exploitation d'une activité non seulement commerciale, mais aussi artisanale, industrielle ou agricole. On pourrait résumer que c'est celui qui vise l'exploitation d'une activité économique<sup>653</sup>.

**759.** En résumé, la mutation du bail commercial en bail à usage professionnel n'est qu'un aspect d'un mouvement plus global de transformation du droit commercial en un droit des activités économiques. Cette consécration du bail à usage professionnel en droit OHADA se matérialise par certains changements dans les dispositions de la loi qui lui sont consacrées.

## **II : La matérialisation du bail à usage professionnel**

**760.** Au-delà de l'évolution terminologique, la transformation du bail commercial en bail à usage professionnel se matérialise par des changements pour sa conclusion (A), mais aussi pour son exécution et sa résiliation (B)

### **A : Les changements relatifs à la conclusion du bail à usage professionnel**

**761.** À propos de sa conclusion, la transformation du bail à usage professionnel concerne les personnes habilitées à le consentir (1). Elle concerne aussi son champ d'application matériel et territorial (2).

---

<sup>651</sup> AUDCG-REVI, art. 30 al 1 ; R. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires, t 1, Du droit commercial au droit économique*, par L. VOGEL, LGDJ, coll. « Traité », 21<sup>e</sup> édition, 2020.

<sup>652</sup> K. MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », *op. cit.*, p. 4 ; I. NDAM, *op. cit.*, p. 471 ; J. PAILLUSSEAU, « Le droit OHADA, un droit très important et original », *JCP E*, n° 5, 2004, p. 3.

<sup>653</sup> AUDCG-REVI, art. 103.

## **1 : Les personnes habilitées à consentir un bail à usage professionnel**

**762.** Avant la révision de 2010 de l'acte uniforme de l'OHADA sur le droit commercial général, l'exclusivité de la conclusion du bail semblait être réservée au propriétaire d'un immeuble<sup>654</sup>. Dans le nouvel acte uniforme, le bail à usage professionnel peut être valablement consenti par quelqu'un d'autre que le propriétaire. Cette faculté a été en effet étendue à l'usufruitier, au mandataire ou à l'intermédiaire de commerce<sup>655</sup>. Cet élargissement de la liste des personnes pouvant consentir un bail à usage professionnel est assorti de celui du champ d'application de ce bail.

## **2 : L'élargissement du champ d'application du bail à usage professionnel**

**763.** Le champ d'application du bail à usage professionnel est le résultat d'une mutation de celui de l'ancien bail commercial dans son aspect territorial et matériel.

**764. Évolution du champ d'application territorial.** L'article 69 de l'acte uniforme ancien disposait que le bail commercial était applicable dans des villes des États de l'OHADA peuplées de plus de cinq mille habitants<sup>656</sup>. Ce critère du nombre d'habitants a autrefois existé dans de nombreux États devenus membres de l'OHADA. Aussi variait-il d'un État à un autre<sup>657</sup>. Tout cela a été supprimé à l'occasion de la consécration du bail à usage professionnel. En effet, l'article 101 de l'acte uniforme révisé ne conditionne pas, lui, l'application du bail à usage professionnel à la taille de la population de la ville où cette application est préconisée<sup>658</sup>.

**765. Évolution du champ d'application matérielle.** Avant la création de l'OHADA, seuls les immeubles bâtis étaient soumis au statut des baux commerciaux<sup>659</sup>. Actuellement, cette application s'étend aux terrains nus sur lesquels ont été édifiés, avant ou après la conclusion du bail, des constructions à usage professionnel<sup>660</sup>.

---

<sup>654</sup> AUDCG, art 71.

<sup>655</sup> Une précision est apportée au flou entretenu par l'article 71 ancien sus visé. Ainsi, le nouvel article 103 de l'acte uniforme révisé sur le droit commercial parle dorénavant des personnes à qui la loi, ou la convention, reconnaît le droit de donner un immeuble, ou une partie de celui-ci, en location. Cette formulation se distingue de l'ancienne et permet de prendre en compte des personnes autres que les propriétaires.

<sup>656</sup> AUDCG, art. 69.

<sup>657</sup> Ce fut déjà le cas, pour le nombre de cinq mille habitants, au Bénin, au Burkina-Faso, en Guinée, en Mauritanie, ou encore au Nigéria. Le nombre d'habitants exigé pouvait être plus élevé, le Sénégal en donne une illustration. Le nombre d'habitant requis pour l'application du bail y était d'au moins dix mille, cf. A. FOKO, « Bail commercial/bail à usage professionnel » *Encyclopédie du droit OHADA, op. cit.* pp. 400-438, n° 13.

<sup>658</sup> AUDCG-REVI, art. 101.

<sup>659</sup> Cf. *Droit commercial et des sociétés en Afrique*, EDICEF 1988, p. 32 et s.

<sup>660</sup> AUDCG-REVI, art.101.

**766.** Il ressort que le passage du bail commercial au bail à usage professionnel s'accompagne de l'extension de la liste des personnes pouvant conclure ce bail. Il est également assorti de l'extension du champ d'application matériel et territorial dudit bail. La transformation opérée par le législateur en consacrant le bail à usage professionnel s'observe encore au moment de son exécution et de sa résiliation.

## **B : Changements relatifs à l'exécution et à la résiliation du bail à usage professionnel**

**767.** La mutation du bail commercial en bail à usage professionnel se matérialise aussi par des changements au moment de son exécution (1), mais aussi au moment de sa résiliation (2).

### **1 : L'exécution du bail à usage professionnel**

**768. Changements relatifs aux obligations des parties.** Au moment de l'exécution du bail à usage professionnel, s'agissant d'abord des obligations des parties, l'article 101 *in limine* de l'ancien acte uniforme disposait que : « Le preneur est tenu de payer le loyer et de respecter les clauses et conditions du bail »<sup>661</sup>. Sur cette même question, le premier alinéa de l'article 133 de l'acte uniforme révisé dispose pour sa part que : « Le preneur et le bailleur sont tenus chacun en ce qui le concerne au respect de chacune des clauses et conditions du bail sous peine de résiliation »<sup>662</sup>. La mise en perspective de ces deux dispositions légales montre que le législateur OHADA innove en étendant l'obligation de respecter les stipulations du contrat au bailleur qui, dans le premier texte, semblait épargné, en ce cas, au détriment du preneur.

**769. Évolution des modalités de paiement du loyer.** La consécration du bail à usage professionnel s'accompagne d'une modification sur les modalités de paiement du loyer. Ici, le législateur ajoute la possibilité pour le preneur de payer le loyer par correspondance ou par voie électronique<sup>663</sup>, ce qui n'était pas prévu dans l'ancien acte uniforme<sup>664</sup>.

**770. Changement à propos de l'action en résiliation du bail pour changement de l'usage des lieux donnés à bail.** L'action en résiliation du bail pour changement de l'usage des lieux donnés à bail par rapport par rapport à l'usage auquel ils étaient destinés était conditionnée par la survenance d'un préjudice pour le bailleur. La recevabilité de cette action dépendait alors

---

<sup>661</sup> AUDCG, art. 101 *in limine*

<sup>662</sup> AUDCG-REVI, art. 133 al 1.

<sup>663</sup> AUDCG-REVI, art. 112.

<sup>664</sup> AUDCG, art. 80.

du dit préjudice. Le législateur a supprimé cette condition<sup>665</sup>. Il ajoute l'obligation d'obtenir, pour tout changement d'activité prévue à l'acte, l'accord préalable et exprès du bailleur. Aussi reconnaît-il au bailleur la possibilité de s'opposer, s'il justifie d'un motif sérieux, au changement en question.

**771.** Enfin, l'article 118 instaure une distinction selon que la cession s'impose au bailleur ou qu'elle est soumise à son approbation<sup>666</sup>. Cette distinction n'était pas prévue par l'acte uniforme originel. Au reste, outre l'exécution du bail, sa résiliation aussi a connu des changements.

## **2 : La résiliation du bail à usage professionnel**

**772.** Avec la consécration du bail à usage professionnel, désormais, la signification de la résiliation peut se faire par tout moyen<sup>667</sup>. Avant, la loi exigeait un acte extra judiciaire<sup>668</sup>.

**773. Changement concernant les situations pouvant mettre fin au bail.** Les innovations portant sur la résiliation du bail à usage professionnel renvoient surtout, d'abord, aux hypothèses dans lesquelles il ne peut pas être mis fin au bail<sup>669</sup>. Alors qu'il n'y avait que deux situations ne pouvant mettre un terme au bail à savoir : la vente des locaux loués et le décès de l'une des parties au contrat<sup>670</sup>. Le législateur use d'une formule plus générale dans le nouveau texte. Celle-ci a pour effet d'étendre l'interdiction à tous les cas de mutation de la propriété.

**774. Reconnaissance au preneur de la faculté de mettre fin au bail.** Ensuite, il y a désormais une égalité entre les parties au contrat de bail à usage professionnel, toujours sur la résiliation. En effet, la faculté de mettre un terme au bail qui semblait réservée uniquement au bailleur, est dorénavant reconnue également au preneur. En cela, le législateur a établi une forme d'égalité entre les parties<sup>671</sup>.

---

<sup>665</sup> L'alinéa 2 de l'article 81 de l'acte uniforme originel relatif au droit commercial général disposait que : « Si le preneur donne aux locaux un autre usage que celui auquel ils sont destinés, et qu'il en résulte un préjudice pour le bailleur, celui-ci pourra demander à la juridiction compétente la résiliation du bail », cf. AUDCG, art. 81. Sur ce point, l'article 113 alinéa 3 de l'acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général innove. Il dispose, lui, que : « En cas de changement de l'activité prévue au contrat, le preneur doit obtenir l'accord préalable et exprès du bailleur qui peut s'y opposer pour des motifs sérieux ». cf. AUDCG-REVI, art. 113.

<sup>666</sup> AUDCG, art. 118.

<sup>667</sup> AUDCG-REVI, art. 133 al 2.

<sup>668</sup> AUDCG, art. 93.

<sup>669</sup> En ce qui concerne la résiliation du bail, on peut, avant un examen au fond, faire observer le changement de l'intitulé du chapitre 7 qui traite de cette question. Dans l'acte uniforme originel, son titre était : « Résiliation du judiciaire bail » tandis que dans l'acte uniforme révisé il s'intitule : « Résiliation du bail ». Le terme judiciaire a ainsi été supprimé, laissant entendre que la résiliation pouvait désormais être amiable. Au résultat, cette modification n'a pas une incidence pratique déterminante car, les parties doivent encore recourir à l'office du juge.

<sup>670</sup> Cf. AUDCG, art. 78 à 79.

<sup>671</sup> Cf. AUDCG, art. 101 et AUDCG-REVI, art. 133.

**775.** En somme, en consacrant le bail à usage professionnel, le législateur OHADA a d'abord tiré les conséquences de la pratique réelle des affaires. Il a ensuite accompagné cette consécration d'innovations qui sont caractéristiques d'une mutation plus profonde du droit commercial vers le droit économique, en droits français et en droit OHADA<sup>672</sup>. Au demeurant, cette extension de l'application du bail commercial et ces innovations sont, à plusieurs titres, aussi perceptibles en droit français, même si on y parle encore de bail commercial. En toutes hypothèses, des modalités doivent être envisagées pour pouvoir reconsidérer la place du bail au sein du fonds de commerce.

## **§2 : Modalités d'inclusion du bail au sein du fonds de commerce**

**776.** Pour que le bail occupe une meilleure place au sein du fonds de commerce, diverses hypothèses sont envisageables et, à chacune d'elle devra correspondre un mécanisme adapté (I). Aussi, les solutions préconisées ici auront des implications auxquelles il faudra faire face (II).

### **I : Hypothèses et solutions envisageables**

**777.** La reconsidération de la place du bail est fonction des cas. D'une part, il y a l'hypothèse dans laquelle la propriété du fonds de commerce et celle de l'immeuble dans lequel il est exploité sont entre les mains de l'exploitant (A). D'autre part, il y a le cas où l'exploitant est uniquement propriétaire du fonds de commerce (B).

#### **A : En cas de cumul de la propriété du fonds de commerce et de l'immeuble l'abritant**

**778.** Actuellement, quand l'exploitant cumule la propriété du fonds de commerce et de l'immeuble qui l'abrite, il n'y a pas de droit au bail<sup>673</sup>. Face aux conséquences néfastes de cette situation, il faudrait intégrer un droit au bail en sommeil, dès le début de l'exploitation (1). Aussi, le cumul intervenu plus tard ne devra pas éteindre ce droit quand il existerait déjà (2).

---

<sup>672</sup> C. LEROY, « Réflexion sur l'autonomie et la suprématie du droit économique », *RID éco* 2000. 377 ; G. FARJAT, *Le domaine économique*, 2<sup>e</sup> édition, Puf 1982.

<sup>673</sup> Selon la jurisprudence : « Le propriétaire d'un immeuble, en même temps commerçant, ne fait qu'user de son droit réel sur cet immeuble quand il l'affecte, en tout ou partie, aux besoins de son exploitation commerciale ; le droit réel en vertu duquel il occupe ainsi son propre immeuble est en dehors des éléments du fonds de commerce susceptibles de faire l'objet du nantissement, essentiellement mobilier », cf. Cas. civ. 21 juillet 1937, *D.P.* 1940, 1, 17, note P. VOIRIN.

## **1 : L'hypothèse d'un cumul des propriétés au début de l'exploitation**

**779.** Le but de cette solution est de lier l'immeuble avec le fonds de commerce quand il est nécessaire à son exploitation. En l'espèce, l'hypothèse la plus édifiante est celle dans laquelle le propriétaire du fonds a aussi la propriété de l'immeuble. Concrètement, il s'agit de créer, par la loi, un droit à la jouissance de l'immeuble au profit du fonds de commerce, ou plus exactement, au profit de celui à qui il reviendrait. Ce droit reste en état de latence aussi longtemps que la propriété de l'immeuble et celle du fonds seront entre les mains d'une même personne. Dès que la propriété de l'immeuble change de mains, le droit à la jouissance de l'immeuble qui était jusqu'alors latent surgit et devra être formalisé en bail.

**780.** La proposition faite ici d'un droit au bail latent est défendue par certains auteurs, et la jurisprudence a déjà eu à se prononcer en faveur d'une solution similaire<sup>674</sup>. Ainsi, L. CHATAIN-AUTAJON parle, elle, de droit au bail en sommeil. Elle préconise aussi un tel mécanisme, à savoir un droit au bail qui apparaîtrait lors de la séparation de la propriété de l'immeuble de celle du fonds de commerce<sup>675</sup>. D'autres auteurs comme J.B. BLAISE et J. PELLISSIER soutiennent cette proposition<sup>676</sup>. Allant dans le même sens, J. DERRUPÉ affirme ceci : « On pourrait, par exemple, prévoir que toute affectation d'un bien immeuble à une exploitation commerciale est source d'un droit au bail au profit du propriétaire du fonds de commerce dès qu'il y a dissociation entre la propriété du fonds et celle de l'immeuble »<sup>677</sup>. Il faudrait également prévoir l'hypothèse où le cumul des propriétés du fonds de commerce et de l'immeuble survient pendant que le fonds est déjà exploité.

## **2 : L'hypothèse d'un cumul des propriétés survenu pendant l'exploitation du fonds**

**781.** Il peut arriver que la propriété du fonds de commerce et celle de l'immeuble qui l'abrite se retrouvent entre les mains d'une même personne durant l'exploitation, alors que ce n'était le cas au moment de la création dudit fonds. C'est l'hypothèse de la confusion du droit au bail.

**782.** Dans cette hypothèse, le commerçant, locataire de l'immeuble qui abrite son exploitation, se rend acquéreur de cet immeuble. Il devient ainsi à la fois preneur et bailleur. La question qui

---

<sup>674</sup> Cass. civ. 12 juillet 1933, D.H. 1933, 441 ; S. 1935, 1, 289, note G. LAGARDE.

<sup>675</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé*, *op. cit.*, p. 334-335, n° 566.

<sup>676</sup> JB. Blaise, « Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité », *op. cit.*, p. 884, n° 33 ; J. PELLISSIER, « Fonds de commerce commun exploité dans un immeuble propre : problème de l'existence d'un droit au bail », *D.* 1962, chronique 20, p. 126.

<sup>677</sup> J. DERRUPÉ, « L'avenir du fonds de commerce et la propriété commerciale », *op. cit.*, p. 586.

se pose dès lors est celle de savoir ce qu'il advient du droit au bail. L'enjeu de cette question, importante pour les créanciers, est de savoir si le fonds sera privé du droit au bail. Si tel est le cas, le fonds de commerce perdrait de sa valeur, tout comme l'assiette des garanties dont il pourrait faire l'objet. Quid de la solution ?

**783. Un droit au bail en suspens.** Ici, on devrait pouvoir considérer que le fonds de commerce conserve le droit au bail. Il s'agit d'un droit au bail en suspens. Le cumul des propriétés suspend la jouissance ou l'exercice de ce droit, sans toutefois l'éteindre définitivement. Ainsi, ce bail recouvre toute sa vigueur si le nouveau propriétaire de l'immeuble, qui était déjà propriétaire du fonds, décide de céder cet immeuble. Autrement dit, le droit au bail reprend tous ses effets, dès que le fonds et l'immeuble cessent d'appartenir à la même personne<sup>678</sup>. Cette solution est en écho avec la doctrine<sup>679</sup>. Par exemple, J-B. BLAISE affirme que : « la confusion n'opère pas extinction du droit au bail, mais constitue un simple obstacle à l'exécution »<sup>680</sup>. Au demeurant, c'est une solution qui a déjà été retenue par la jurisprudence<sup>681</sup>.

**784.** Ainsi, quand l'exploitant sera à la fois propriétaire du fonds et de l'immeuble au moment de l'ouverture du fonds, il existera un droit au bail latent. S'il acquiert cette double propriété pendant l'exploitation du fonds, le droit au bail qui existait déjà sera simplement mis en sommeil et réapparaîtra à la fin du cumul des propriétés du fonds et de l'immeuble. Il faudrait aussi envisager l'hypothèse dans laquelle l'exploitant n'a que la propriété du fonds.

## **B : En cas de propriété du fonds de commerce uniquement**

**785.** Il faudrait faire du droit au bail un élément nécessaire du fonds de commerce en droit OHADA (1). Par ailleurs, cette solution, déjà existante en droit français, devrait s'étendre aux fonds civils qui y ont été nouvellement créés (2).

### **1 : Vers un droit au bail obligatoire au sein du fonds de commerce en droit OHADA**

**786.** En l'état du droit OHADA, le droit au bail ne fait malheureusement pas partie des éléments dits nécessaires du fonds de commerce qu'on appelait, jadis, fonds commercial. En effet, la

---

<sup>678</sup> H. LALOU, note sous Paris, 24 févr. 1931, D.P., 1931.2.17.

<sup>679</sup> PLANIOL et RIPERT, *Obligations*, t. 7, par ESMEIN et GABOLDE, n° 1300 ; AUBRY et RAU, par ESMEIN, t. 4, § 330 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, n° 856 ; RIPERT et BOULANGER, t. 2, n° 1959.

<sup>680</sup> JB. BLAISE, « Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité », *op. cit.* p. 845, n° 33.

<sup>681</sup> Paris, 24 févr. 1931, *DP.*, 1931.2.17.

lecture combinée des articles 136 et 137 l'acte uniforme actuel sur le droit commercial général montre que le droit OHADA classe le droit au bail parmi les éléments facultatifs du fonds de commerce<sup>682</sup>. Cette position du droit OHADA contraste avec celle du droit français qui, lui, fait du droit au bail un élément obligatoire du fonds de commerce, dans l'hypothèse ici retenue où le commerçant n'est que propriétaire du fonds<sup>683</sup>.

**787.** En l'espèce, pour lier le sort de l'immeuble à celui du fonds de commerce, le droit OHADA, eu égard à l'importance du droit au bail, devrait rendre cet élément obligatoire. En sorte que, l'acte uniforme sur le droit commercial général compterait parmi les éléments considérés comme nécessaires du fonds de commerce, le droit au bail. Cela pourrait passer par une modification de son article 136 actuel. Ainsi, en plus de la clientèle, de l'enseigne et/ou du nom commercial, ce texte intégrerait également le droit au bail parmi les éléments nécessaires du fonds de commerce, en droit OHADA. En revanche, en droit français cette solution qui y existe déjà devra être étendue aux fonds civils.

## **2 : Vers un droit au bail obligatoire au sein des fonds civils en droit français**

**788.** Le droit français a mis en place des fonds pour des professionnels non-commerçants. Il s'agit du fonds artisanal, du fonds libéral et du fonds agricole<sup>684</sup>. Ces fonds sont respectivement à l'artisan, au professionnel libéral et à l'agriculteur, ce qu'est le fonds de commerce au commerçant.

**789.** En l'état du droit positif, il est difficile d'affirmer que l'immeuble et le droit au bail font, selon les cas, partie des éléments obligatoires de ces fonds<sup>685</sup>. Or, comme pour le fonds de commerce, les biens et droits immobiliers sont importants, notamment le droit au bail. Par exemple, un fonds agricole est difficilement concevable sans la terre qui en est presque toujours l'élément central. Dès lors, chaque fois qu'un droit au bail permet d'exploiter un fonds, qu'il soit artisanal, libéral ou agricole, il devrait être retenus parmi les éléments obligatoires dudit fonds. En sorte qu'à l'occasion d'une cession, d'un nantissement ou d'une autre opération, le droit au bail devra toujours figurer parmi les éléments du fonds en question. En écho à cette

---

<sup>682</sup> AUDCG-REVI, art. 136; AUDCG-REVI, art. 137.

<sup>683</sup> C. com. art. L. 142-2 al 3 : « À défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne comprends que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage ».

<sup>684</sup> Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole, disponible sur [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr)

<sup>685</sup> La d'orientation agricole de 2006, qui institue le fonds agricole ne fait ni de l'immeuble, ni du droit au bail des éléments obligatoires du fonds agricole ; Si la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996, relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, fait du bail un élément du fonds artisanal, elle n'en fait pas un élément obligatoire. La jurisprudence, en donnant naissance au fonds libéral ne définit même pas son contenu exact.

position, L. CHATAIN-AUTAJON affirme ceci : « Chaque fois qu'un bail offre à l'exploitant du fonds le droit d'utiliser un immeuble nécessaire à l'activité, il doit être inclus dans le fonds »<sup>686</sup>. Toutes ces mesures ne sont pas sans implications.

## **II : Implications des solutions préconisées**

**789.** Les mécanismes préconisés ici pour inclure le bail dans le fonds de commerce impliquent qu'il faille fixer des conditions pour leur application (A). Aussi, elles impliquent d'éventuelles contestations qu'il convient également d'envisager (B).

### **A : Conditions d'applications**

**790.** Pour qu'un droit au bail soit imposé au sein du fonds, il faudrait que l'immeuble soit nécessaire à l'exploitation dudit fonds (1). Des effets seront par ailleurs attachés à l'absence de ce caractère nécessaire de l'immeuble à l'exploitation du fonds (2)

#### **1 : Caractère nécessaire de l'immeuble à l'exploitation du fonds**

**791.** Deux intérêts divergents sont en jeu. D'une part, il faut veiller au respect, autant que possible, du droit de propriété sur l'immeuble et à la liberté de son titulaire d'en jouir. D'autre part, il faut préserver le fonds de commerce d'une perte de valeur, sinon d'une disparition. L'exploitation d'un fonds participe à la vitalité d'une économie. Sa protection est donc un enjeu considérable. Pour tenir compte de ces considérations, on peut dégager un critère, pour l'application de la proposition ici faite. Ainsi, il faudra que l'immeuble soit indispensable à l'exploitation. En sorte que, sans celui-ci le fonds de commerce serait fatalement voué à la disparition, ou serait inexploitable. Dans le cas contraire, les solutions préconisées ici ne devront pas s'appliquer.

#### **2 : Effet de l'absence du caractère nécessaire de l'immeuble**

**792.** Certains fonds de commerce peuvent être exploités en l'absence de tout immeuble. Par exemple, la vente à la sauvette n'exige pas du commerçant d'avoir un immeuble ou un droit au bail sur un immeuble. D'autres activités professionnelles peuvent également s'exercer dans un immeuble sans que celui-ci soit indispensable. Dans ces conditions, les solutions préconisées ici devront être écartées. Il s'agira notamment du cas du cumul des propriétés de l'immeuble et du fonds de commerce. En effet, l'inclusion d'un droit au bail obligatoire porte une atteinte

---

<sup>686</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé, op. cit.*, p. 332, n° 564.

considérable au droit de propriété. C'est tout de même une solution assez « sévère »<sup>687</sup>. C'est pourquoi il apparaît judicieux de conditionner cette inclusion du droit au bail au caractère indispensable de l'immeuble pour l'exploitation du fonds. Ainsi l'absence de cette condition aura pour effet d'écarter la solution envisagée ici. Il est à prévoir que des désaccords puissent apparaître, entre autres, sur le caractère indispensable ou pas d'un immeuble pour tel ou tel fonds.

## **B : En cas de contestations**

**793.** Il n'est pas exclu que les solutions envisagées ici suscitent des contestations. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut s'attarder sur deux types de contestations possibles à savoir : la contestation sur le caractère nécessaire de l'immeuble (1), et celle relative au montant du loyer (2).

### **1 : Sur le caractère nécessaire de l'immeuble pour le fonds**

**794.** Le propriétaire du fonds et celui de l'immeuble peuvent avoir un désaccord sur le caractère nécessaire ou non de l'immeuble pour l'exploitation de ce fonds. Dès lors, il est judicieux d'anticiper ce genre de conflit. Il faut reconnaître que la solution préconisée ici, celle du droit au bail latent ou en sommeil est très contraignante pour le propriétaire de l'immeuble. Aussi, on peut logiquement imaginer que ce soit l'exploitant du fonds qui aurait intérêt, dans la plupart des cas, à ce que ce caractère indispensable de l'immeuble soit retenu. On pourrait ainsi faire appel à un juge pour apprécier la situation et dire si oui ou non l'immeuble est effectivement indispensable.

**795. La charge de la preuve à l'exploitant du fonds.** Dans cette perspective, puisque le propriétaire de l'immeuble se trouve limité dans la jouissance et la libre disposition de son bien, il serait injuste de faire peser une fois de plus sur lui la charge de la preuve. Ainsi, pour que le juge formalise le droit au bail qui est en sommeil, ce serait à l'exploitant de démontrer que le local abritant son fonds est indispensable à son exploitation ou à son maintien<sup>688</sup>. Cette proposition trouve un écho en doctrine. En effet, partageant le souci d'assurer un minimum de protection au droit de propriété, L. CHATAIN-AUTAJON propose que le propriétaire soit effectivement privilégié et que la charge de la preuve incombe au locataire. Ainsi : « L'exploitant devrait alors démontrer le caractère essentiel de l'immeuble pour l'exploitation

---

<sup>687</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, p. 335, n° 567.

<sup>688</sup> Sur la preuve en droit OHADA, cf. PH. TIGER, « Droit de la preuve dans l'espace OHADA : introduction générale », *Revue de droit uniforme africain*, n° 1, p. 10.

du fonds avant que le juge lui reconnaisse un droit au bail portant sur l'immeuble »<sup>689</sup>. Outre le caractère nécessaire de l'immeuble pour le fonds, le montant du loyer peut être, lui aussi, source de désaccord.

## **2 : Sur le montant du loyer**

**796. Possibilité d'un recours au juge.** La solution envisagée ici prévoit un droit au bail dont le cumul des propriétés suspend l'exercice. Autrement dit, le contrat de bail en lui-même n'existe pas encore. Au moment de le formaliser, les conditions et le montant du loyer devront être fixés. S'il survient un désaccord en l'espèce, si les pourparlers entre les parties sont infructueux, elles pourront recourir au juge. Celui-ci pourrait à son tour requérir l'avis d'un expert pour la détermination du montant du loyer, voire d'autres conditions particulières. Au demeurant, cette approche trouve, elle aussi, un écho en doctrine<sup>690</sup>.

**797.** Il ressort que le bail a évolué aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Cette évolution a été consacrée par le législateur OHADA. En changeant l'appellation du bail commercial en bail à usage professionnel, ce législateur l'a assorti de nombreux changements. Ceux-ci sont révélateurs de la véritable nature du droit OHADA, qui apparaît davantage comme un droit des activités économiques<sup>691</sup>. C'est l'importance prise par le bail qui justifie que soit reconsidérée sa place parmi les éléments du fonds de commerce. L'application de ce bail s'étend désormais aux artisans, aux agriculteurs et aux professionnels libéraux. Aussi, l'avènement, en droit français, des fonds civils exige que les solutions préconisées pour le droit au bail, s'agissant du fonds de commerce, soient étendues à ces fonds dont il est le modèle. Quid de l'inclusion des immeubles ?

---

<sup>689</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé, op. cit.*, p. 335, n° 567.

<sup>690</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *ibidem*, p. 334, n° 566.

<sup>691</sup> K. MBAYE « L'histoire et les objectifs de l'OHADA, » *op. cit.*, p. 4.

## **Section 2 : L'inclusion des immeubles dans le fonds de commerce**

**798.** Les obstacles à l'admission des immeubles dans la composition du fonds de commerce peuvent être surmontés (§1). Après en avoir fait la démonstration, il faudra envisager des modalités pour que ces immeubles intègrent l'assiette du fonds de commerce (§2).

### **§1 : La nécessaire reconsidération des obstacles à l'admission des immeubles**

**799.** Pour pouvoir inclure les immeubles dans la composition du fonds de commerce, il est possible de surmonter l'obstacle des divisions traditionnelles du droit (I). Aussi, après avoir réglé la question de l'absence des immeubles de la liste des éléments du fonds de commerce qu'en donnent les textes, il faudrait encore prendre en compte les fonds civils (II).

### **I : Le dépassement des divisions traditionnelles du droit**

**800.** Il faudrait, pour que l'immeuble intègre le fonds de commerce, aller au-delà de la *summa divisio* entre le droit civil et le droit commercial d'une part (A), et au-delà la *summa divisio* entre les meubles et les immeubles d'autre part (B).

### **A : Cas de la *summa divisio* entre le droit civil et le droit commercial**

**801.** La division traditionnelle entre le droit civil et droit commercial est obsolète. Alors que l'immeuble relève du droit civil, on assiste à une augmentation des actes immobiliers ayant un caractère commercial (1). Inversement, on peut constater que le nantissement du fonds de commerce s'applique aux fonds civils nouvellement créés en droit français (2).

### **1 : Un dépassement justifié par la multiplication des actes immobiliers à caractère commercial**

**802.** En droit français comme en droit OHADA, il y a une multiplication des actes immobiliers qui revêtent un caractère éminemment commercial, alors que les immeubles sont traditionnellement rattachés au droit civil. Cela montre que le fait que l'immeuble relève du droit civil est un fondement de son exclusion qui s'est vidé de sa pertinence.

**803. Cas de l'achat pour revendre des immeubles.** En droit OHADA, l'achat d'immeubles, en vue de les revendre est dorénavant considéré comme un acte de commerce<sup>692</sup>. Cette commercialisation de l'achat d'immeubles en vue de leur revente est également observable en droit français<sup>693</sup>. Mieux, le droit positif reconnaît aujourd'hui un caractère commercial à toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat ou la vente d'immeubles. Il en va de même pour l'achat par celui-ci d'actions ou de parts sociales de sociétés immobilières, entre autres<sup>694</sup>.

**804. Extension des techniques du droit immobilier à la sphère commerciale.** Des techniques du droit immobilier s'étendent aujourd'hui à la sphère commerciale. Il en va ainsi de l'inscription du privilège du vendeur du fonds. Cette pratique est issue des techniques immobilières que sont l'hypothèque et le privilège du vendeur d'immeuble, pourtant elle s'applique aujourd'hui au fonds de commerce<sup>695</sup>.

**805.** On peut aussi rappeler l'article 51 *in fine* de la loi du 30 décembre 1967 qui atteste du caractère chancelant de la barrière jadis dressée entre le fonds de commerce et l'immeuble. Le dernier alinéa de cet article dispose que : « le droit à la concession immobilière est susceptible d'être compris dans un nantissement prévu par la loi du 17 mars 1909 lorsqu'il porte sur un bien à usage commercial, industriel ou artisanal »<sup>696</sup>. Le droit de concession est ainsi traité à l'égal du droit au bail qui, lui, est déjà un élément du fonds de commerce. Le droit civil enrichit ainsi le droit commercial de ses règles. La réciprocité est valable.

## **2 : L'application aux fonds civils des règles du nantissement du fonds de commerce**

**806.** Les imbrications entre le droit civil et le droit commercial sont multiples, et attestent de la possibilité de surmonter l'obstacle que constitue la *summa divisio* entre ces deux matières. Sans être exhaustif, on peut encore relever que les fonds civils, qui existent aujourd'hui en droit français, et leurs régimes sont calqués sur le modèle du fonds de commerce<sup>697</sup>.

---

<sup>692</sup> AUDCG-REVI, art. 3 ; Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 modifiant l'article 632 du Code de commerce français. Disponible sur [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr) ; F. Steinmetz, « Les ventes immobilières et le droit commercial à la suite des lois du 13 juillet 1967 et du 9 juillet 1970 » *RTD. com.* 1973, p. 471 et s.

<sup>693</sup> C. com., art. L. 101-1 al 2.

<sup>694</sup> C. com., art. L. 101-1 al 3; AUDCG-REVI, art. 3 al 7.

<sup>695</sup> Y. REINHARD et JP. CHAZAL, *Droit commercial, op. cit.*, p. 386 n° 508 ; Y. REINHARD et JP. THOMASSET-PIERRE, *Droit commercial, op. cit.*, p. 352, n° 512.

<sup>696</sup> Loi du 30 décembre 1967 *op. cit.*, art. 51, disponible sur [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr)

<sup>697</sup> *Supra* n° 34.

Sur cette question, la lecture de l'article L.311-3 du Code rural est éclairante. Cette disposition qui crée le fonds agricole montre clairement que le législateur français renvoie, sans ambiguïté, pour son nantissement, à celui du fonds de commerce prévu par le Code de commerce. L'alinéa 2 de ce texte prévoit ainsi que : « [...] ce fonds, qui présente un caractère civil, peut faire l'objet d'un nantissement dans les conditions et selon les formalités prévues par les chapitres II et III du titre IV du livre Ier du Code de commerce »<sup>698</sup>.

**807.** En somme, l'obstacle qui reposait jusqu'à présent sur la division entre le droit civil et le droit commercial, et qui fondait l'exclusion des immeubles, s'est fortement vidé de sa pertinence. Il devrait pouvoir être dépassé au même titre que celui qui est fondé sur la division entre les meubles et les immeubles.

## **B : Cas de la *summa divisio* entre les meubles et les immeubles**

**808.** La *summa divisio* des biens est consubstantielle à une sorte de hiérarchie entre ceux-ci. En sorte que l'immeuble a toujours été considéré comme étant plus important que le meuble, justifiant ainsi son exclusion du fonds de commerce qui, lui, est justement un meuble (1). Cependant, cette suprématie est de plus en plus discutable dans la pratique qu'il faudrait la dépasser pour pouvoir accepter que le fonds accueille l'immeuble en son sein (2).

### **1 : A propos de la suprématie des immeubles sur les meubles**

**809.** C'est l'article 516 du Code civil qui pose la division fondamentale entre les immeubles et les meubles. Ce texte dispose que tous les biens, quels qu'ils soient, ne peuvent entrer que dans deux catégories. Il s'agit de la catégorie des immeubles ou celle des meubles<sup>699</sup>. À titre de rappel, cette catégorisation s'est accompagnée d'une hiérarchisation des biens en fonction de leur valeur. Ainsi, traditionnellement, l'immeuble a toujours eu plus de considération que le meuble. Cette idée, résumée par l'adage *res mobilis, res vilis*, est perceptible dans divers domaines du droit positif<sup>700</sup>. Cependant, la doctrine souligne que les effets de cette *summa divisio* ne se réduisent dorénavant qu'à quelques cas comme la saisie immobilière, la remise en cause de certains actes pour lésion, ou encore l'usucapion<sup>701</sup>. Néanmoins, toujours pour rappel,

---

<sup>698</sup> C. rur., art. L. 311-3.

<sup>699</sup> C. civ., art. 516.

<sup>700</sup> G. PIETTE, *Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles*, op. cit., p. 129 ; F. STEINMETZ, « Les ventes immobilières et le droit commercial à la suite des lois du 13 juillet 1967 et du 9 juillet 1970 », op. cit. p. 471 ; P. DIDIER, « La terre et le droit commercial », op. cit., p. 153 et s ; A. WEILL, « fonds de commerce », Jurisclasseur, fasc. III, n° 34.

<sup>701</sup> Y. REINHARD et JP. CHAZAL, *Droit commercial*, op. cit., p.386, n°508 ; F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, op. cit., p. 84, n° 66.

on a aussi justifié l'exclusion de l'immeuble par le fait que le fonds de commerce, qui est un meuble, donc un bien de moindre importance, ne pouvait accueillir en son sein un immeuble. Pour faire entrer l'immeuble dans le fonds de commerce, cette vision réductrice des meubles devrait être, elle aussi, reconsidérée.

## **2 : La suprématie des immeubles sur les meubles, un obstacle surmontable**

**810.** La suprématie des immeubles sur les meubles, en termes de valeur, est de plus en plus relativisée en pratique. Cela n'est plus tout à fait conforme à la réalité économique, du moins dans de nombreux cas. En effet, de nombreux biens mobiliers ont aujourd'hui plus de valeur économique que des biens immobiliers. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer le cas de certains tableaux, qui sont des œuvres d'art, dont la valeur est souvent très importante. C'est encore le cas des navires ou on encore des yachts. Remettant en question cette suprématie de l'immeuble, F. STEINMETZ faisait déjà observer qu'un immeuble par l'objet auquel il s'applique, l'hypothèque, est bien l'accessoire d'un meuble (la créance garantie)<sup>702</sup>. Ainsi, l'adage *res mobilis res vilis* est aujourd'hui dépassé<sup>703</sup>. En surmontant cet obstacle psychologique, on devrait aisément admettre qu'à ce jour le fonds de commerce peut *mutatis mutandis* comprendre l'immeuble en son sein.

**811.** Il apparaît que ces *summae divisiones* n'ont plus une force absolue. Il conviendrait de les reconsidérer, ici, à l'aune de l'admission des immeubles au sein du fonds de commerce. Il apparaît aussi opportun de revenir sur l'obstacle relatif à l'absence des immeubles de l'énumération légale des éléments du fonds de commerce.

---

<sup>702</sup> F. STEINMETZ, « Les ventes immobilières et le droit commercial à la suite des lois du 13 juillet 1967 et du 9 juillet 1970 », *op. cit.*, p. 153 et s.

<sup>703</sup> F. TERRÉ, P. SIMLER, *Droit civil. Les biens, op. cit.*

## **II : Levée de l'obstacle de l'énumération légale et extension de la solution aux fonds civils**

**812.** Le fait que les textes qui, en droit français et en droit OHADA, énumèrent les éléments du fonds de commerce ne citent pas l'immeuble a été retenu pour justifier leur exclusion<sup>704</sup>. Cependant, cet argument ne résiste pas à l'analyse et devrait pouvoir être aisément dépassé (A). Aussi faudrait-il tenir compte de l'avènement des fonds civils, notamment en droit français, pour étendre à ces fonds la solution ici préconisée (B).

### **A : Le dépassement de l'énumération légale des éléments du fonds de commerce**

**813.** En droit français, l'énumération des éléments du fonds de fonds présente une défaillance, particulièrement en droit français, qui justifie que cet obstacle puisse être reconsidéré (1). De plus, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, cette énumération peut être complétée, car elle n'est pas exhaustive (2).

#### **1 : Un dépassement justifié par la défaillance de l'énumération légale en droit français**

**814.** Le législateur français, en donnant la liste des éléments du fonds de commerce, ne donne pas « la » composition du fonds de commerce de manière générale. Tout au plus se contente-t-il de donner, aux termes l'article L.142-2, « une » composition à l'occasion d'une opération juridique spécifique, à savoir le nantissement<sup>705</sup>. Or, c'est cette énumération, pourtant donnée pour une opération spécifique, qui fait office de composition de « droit commun » du fonds de commerce en France<sup>706</sup>.

**815.** Ainsi, on peut considérer que, pour d'autres opérations, l'assiette du fonds puisse s'enrichir d'éléments qui ne figurent pas sur cette liste du nantissement du fonds de commerce<sup>707</sup>, et donc qu'elle puisse s'enrichir des biens et droits immobiliers. D'autant plus que cette composition, non exhaustive au demeurant, comprends déjà le droit au bail. Par

---

<sup>704</sup> F. STEINMETZ, « Les ventes immobilières et le droit commercial à la suite des lois du 13 juillet 1967 et du 9 juillet 1970 », *op. cit.*, p. 153 et s.

<sup>705</sup> C. com., art. L. 142-2.

<sup>706</sup> *Supra* n° 18 et 20.

<sup>707</sup> Selon M PANCRAZI : « [...] il ne faut donc pas exclure l'idée que la composition du fonds puisse être à géométrie variable, en fonction des transactions dont il est l'objet ». cf. M. PANCRAZI, « Repenser l'exclusion traditionnelle des contrats et des obligations » *op. cit.*, p. 93.

ailleurs, le droit de concession immobilière qui, comme son nom l'indique, est un droit réel immobilier, a déjà été admis comme éléments du fonds de commerce alors qu'il n'est pas prévu par l'article L. 142-2 ci-dessus cité<sup>708</sup>. La liste des éléments du fonds de commerce est aussi non exhaustive en droit OHADA.

## **2 : Un dépassement justifié par le caractère non exhaustif de l'énumération légale en droit OHADA**

**816.** En droit OHADA, l'assiette du fonds de commerce fait aussi l'objet d'une énumération légale qui, elle aussi, n'est pas exhaustive. C'est du reste ce qui ressort des articles 136 et, notamment, 137 de l'acte uniforme révisé relatif au droit commercial général. L'article 137, en son premier alinéa, avant de citer quelques composantes, précise que le fonds de commerce « peut » comprendre différents éléments mobiliers, corporels et incorporels. Sur le fondement de ces textes, rien ne prouve que la loi interdit les biens et droits immobiliers.

Mieux, le droit au bail fait déjà partie de cette liste. Ainsi, le législateur OHADA n'interdit pas expressément l'immeuble du fonds de commerce, et la liste des éléments qu'il en donne n'est pas non plus exhaustive, elle n'est qu'indicative. Dès lors, des biens qui ne sont pas cités pourraient, à priori, intégrer le fonds de commerce, et rien ne semble interdire qu'il s'agisse d'autres droits immobiliers que le droit au bail, ou qu'il s'agisse simplement des immeubles. Il en va de même avec certains fonds civils dont le fonds de commerce est l'archétype.

## **B : Extension de l'inclusion des immeubles aux fonds civils**

**817.** Comme le commerçant, l'artisan, l'agriculteur et le professionnel libéral doivent pouvoir compter les biens et les droits immobiliers au sein de leurs fonds. L'inclusion des immeubles devrait donc s'étendre aux fonds civils qui sont des clones du fonds de commerce. Cette inclusion est nécessaire (1) et possible (2).

### **1 : Une inclusion nécessaire**

**818.** L'inclusion des immeubles au sein des fonds civils est nécessaire. Comme celui abritant un fonds de commerce, l'immeuble dans lequel un professionnel non-commerçant exerce son activité peut être indispensable à cette dernière. Cet immeuble peut constituer à lui seul un

---

<sup>708</sup> F. BOULAGER, « Un des nouveaux aspects des métamorphoses du droit au bail : la concession immobilière de la loi du 30 décembre 1967 », *D.* 1968, Chronique n° 17, p. 100 ; A. Jauffret, *RTD com.* 1968, 312.

véritable outil de production<sup>709</sup>. Une fois de plus, l'exemple de la terre pour un agriculteur est particulièrement révélateur de cette nécessité, voire de cette dépendance à l'immeuble pour le fonds agricole. De même, l'immeuble abritant un cabinet professionnel peut recevoir des aménagements particuliers qui, au-delà des compétences du professionnel libéral, attirent la clientèle. Dans ces conditions aussi, il est indispensable à l'exploitation du fonds ; en sorte que son exclusion compromet l'existence-même dudit fonds. Ces exemples, sans être exhaustifs, attestent de la nécessité d'admettre l'immeuble au sein des fonds civils. Aussi cette inclusion est-elle possible.

## **2 : Une inclusion possible**

**819.** L'inclusion des biens et des droits immobiliers, notamment les immeubles, au sein des fonds civils est possible. En effet, aucun texte ne prescrit une interdiction formelle des immeubles aussi bien dans le fonds artisanal que dans le fonds agricole et le fonds libéral. Aussi, en plus du constat de la nécessité d'admettre les immeubles dans les fonds professionnels, la place des immeubles au sein de ces fonds est défendue en doctrine. Ainsi, B. BOUQUET affirme que : « En matière de fonds civils, rien n'interdit d'inclure les immeubles dans le fonds civil »<sup>710</sup>.

**820.** Par ailleurs, en écho avec la doctrine, la jurisprudence confirme que l'immeuble a sa place au sein des fonds civils<sup>711</sup>. Ainsi, la loi, la doctrine et la jurisprudence sont plutôt favorables pour accorder une place aux immeubles au sein des fonds, civils et commercial.

**821.** En somme, le fait que la loi française et le droit uniforme africain ne citent pas les immeubles parmi les éléments susceptibles de rentrer dans la composition du fonds de commerce n'interdit pas qu'on puisse les y inclure.

**822.** Au reste, les obstacles liés à la tradition juridique française, notamment certaines divisions fondamentales du droit, sont bel et bien surmontables. L'admission des immeubles sera envisagée ici dans le fonds de commerce qui reste seul, jusqu'à présent, commun au droit français et au droit OHADA à ce jour.

---

<sup>709</sup> J.B. BLAISE, « Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité », *op. cit.*, p. 828, n° 1.

<sup>710</sup> B. BOUQUET, « Repenser l'exclusion traditionnelle des immeubles », *op. cit.*, p. 8 ; Selon L. CHATAIN-AUTAJON : « Plutôt que de se satisfaire de l'échec du droit des biens, incapable de transcrire la réalité économique du XXIème siècle, il faut envisager une nouvelle théorie du fonds incluant dans son assiette les immeubles et modifier en conséquence les postulats dépassés opposant meubles et immeubles », cf. L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé*, *op. cit.*, p. 330, n° 560.

<sup>711</sup> Cass. civ. 19 février 2002, *Bull. civ.*, 2002, I, n° 61, p. 46.

## **§2 : Modalités d'inclusion des immeubles et enjeux**

**823.** La possibilité d'inclure les immeubles au sein du fonds de commerce étant admise, il faudrait maintenant en fixer des modalités (I), sans omettre d'en préciser les enjeux (II)

### **I : Modalités d'inclusion des immeubles**

**824.** Les développements précédents montrent que l'immeuble est parfois indispensable au fonds de commerce, mais pas toujours. Or, l'inclusion de l'immeuble au sein du fonds de commerce a un prix important pour son propriétaire. Dans ces conditions, il apparaît judicieux de définir un critère pour l'inclusion des immeubles (A), et de conserver à l'immeuble son régime particulier (B)

### **A : Critère d'admission de l'immeuble au sein du fonds de commerce**

**825.** Pour que l'immeuble fasse partie des éléments du fonds de commerce, comme pour le droit au bail, il faudrait qu'il soit nécessaire à son exploitation (1). Aussi pourrait-on présumer cette nécessité en ce qui concerne les immeubles spécialement aménagés (2).

#### **1 : Le critère de la nécessité de l'immeuble pour l'exploitation du fonds**

**826.** Certains fonds professionnels dont le fonds de commerce ne requièrent pas nécessairement un immeuble pour leur exploitation. Mais, bien souvent, il arrive que la survie du fonds exige l'intégration en son sein de l'immeuble qui l'abrite<sup>712</sup>.

Pour que l'immeuble fasse partie de l'assiette du fonds de commerce, il faudrait qu'il soit nécessaire à l'exploitation du fonds concerné. Car, en l'espèce, il y a aussi une atteinte considérable au droit du propriétaire d'un immeuble d'en disposer librement. Cette solution trouve un écho en doctrine. L. CHATAIN-AUTAJON soutient en effet que : « Si l'immeuble est nécessaire à l'activité, il doit faire partie du fonds »<sup>713</sup>. Par un raisonnement a contrario, chaque fois que l'immeuble ne sera pas nécessaire pour l'exploitation d'un fonds de commerce, il restera en dehors de son assiette. Une fois de plus, il reviendrait au commerçant, acquéreur du fonds de justifier et de prouver le caractère nécessaire de l'immeuble pour ce fonds. Par

---

<sup>712</sup> THIBIERGE, 60<sup>e</sup> Congrès des notaires, p. 640 ; DELANDE, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, thèse Bordeaux, 1922.

<sup>713</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé*, op. cit., p. 331, n° 563.

ailleurs, il y a des cas où la nécessité de l'immeuble est beaucoup moins contestable, c'est le cas des fonds exploités dans des immeubles spécialement aménagés.

## **2 : Une présomption de nécessité pour les immeubles spécialement aménagés**

**827.** Les immeubles spécialement aménagés<sup>714</sup> devraient particulièrement être admis au sein du fonds de commerce. Leur nécessité apparaît comme une évidence, à tel point qu'on pourrait la présumer. Il s'agit ici des cas extrêmes, dans lesquels l'exclusion des immeubles du fonds de commerce produit ses effets les plus absolus<sup>715</sup>. En effet, il est difficile, voire impossible, de concevoir, sans l'immeuble qui l'abrite, l'exploitation d'un restaurant, d'un cinéma, d'un hôtel, ou d'une usine aménagée pour une activité particulière. Dans de telles situations, si l'immeuble disparaît, le fonds disparaît avec lui, du moins en pratique et ce, malgré la survivance d'une clientèle en théorie<sup>716</sup>. Le caractère nécessaire de l'immeuble spécialement aménagé pourrait être retenu tant et si bien qu'il apparaît évident<sup>717</sup>. Au demeurant, en l'intégrant au fonds de commerce, il faudrait tenir compte du régime particulier de l'immeuble, qu'il soit spécialement aménagé ou pas.

## **B : Préservation du régime particulier de l'immeuble**

**828.** L'immeuble reste, malgré tout, soumis à des règles particulières<sup>718</sup>. On pourrait donc, pour ne pas trop heurter son régime, concilier son inclusion dans le fonds de commerce avec ce régime particulier. Pour illustrer cette possibilité d'inclure l'immeuble on peut retenir l'hypothèse du transfert de propriété du fonds (1), et celle de son nantissement (2).

### **1 : En cas de transfert de la propriété du fonds de commerce**

**829.** Il faudrait admettre, par la loi, que tout immeuble nécessaire à l'exploitation du fonds entre dans sa composition. Le fonds de commerce devient ainsi un agrégat d'éléments mobiliers et immobiliers affectés à un même but, l'exercice d'une activité commerciale<sup>719</sup>. En sorte que, le transfert du fonds entraîne la transmission globale de ces composantes. Mais, il faudra, pour chaque élément, observer des règles particulières en fonction de sa nature.

---

<sup>714</sup> Supra n° 359.

<sup>715</sup> JB. BLAISE, « Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité », *op. cit.*, p. 860, n° 55.

<sup>716</sup> JB. BLAISE, *ibidem*, p. 859, n° 54.

<sup>717</sup> JB. BLAISE, *ibidem*.

<sup>718</sup> Cela se manifeste, entre autres, en matière de publicité, de vente, d'hypothèque ou de fiscalité.

<sup>719</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé*, *op. cit.*, p. 332, n° 563.

**830. Préservation de la nature et du régime de l'immeuble.** L'immeuble suit le sort du fonds, tout en préservant sa nature et son régime propre. C'est, au demeurant, un mécanisme déjà appliqué avec certains monopoles d'exploitation qui, en effet, suivent le sort du fonds de commerce, mais dont le transfert obéit à des règles particulières<sup>720</sup>. Favorable à cette solution, F. STEINMETZ affirme que : « ...pour faire pénétrer l'immeuble dans le fonds de commerce, on pourrait le faire participer aux opérations en ce sens qu'il pourrait suivre le sort du fonds tout en conservant sa nature et son régime propre »<sup>721</sup>.

**831.** En somme, en incluant les immeubles dans le fonds, sa transmission entraînerait aussi celle de ces immeubles. Elle nécessiterait néanmoins la réalisation de deux séries de formalités ; mobilières pour les unes et immobilière pour les autres. Quid du nantissement dans ces conditions ?

## **2 : En cas de nantissement du fonds de commerce**

**832.** L'inclusion des immeubles au sein du fonds de commerce soulève une problématique en matière de sûretés. Le fonds de commerce peut faire l'objet d'un nantissement, l'immeuble peut, lui, faire l'objet d'une hypothèque. Aussi, le nantissement est mobilier tandis que l'hypothèque est immobilière. Or, il faudrait pouvoir concilier ces opérations. Dans ces conditions, toujours dans le souci de préserver à l'immeuble son régime, on pourrait considérer que le nantissement du fonds de commerce vaudra promesse d'hypothèque pour les immeubles<sup>722</sup>.

**833. Conciliation des exigences du nantissement et de l'hypothèque.** À partir du moment où l'admission de l'immeuble au sein du fonds qui, lui, est un meuble, est rendue possible, on devrait pouvoir concilier les exigences d'une hypothèque avec celles d'un nantissement. La doctrine nous rappelle que, justement, le nantissement du fonds de commerce et l'inscription du privilège du vendeur du fonds de commerce sont directement inspirés des techniques immobilières de l'hypothèque et du privilège du vendeur d'immeuble<sup>723</sup>. De plus, le droit au bail fait déjà partie des éléments susceptibles de composer l'assiette du nantissement du fonds de commerce<sup>724</sup>. Aussi le droit de concession immobilière, depuis une loi du 30 décembre 1967,

---

<sup>720</sup> AUS-REVI, art. 170.

<sup>721</sup> F. STEINMETZ, « Les ventes immobilières et le droit commercial à la suite des lois du 13 juillet 1967 et du 9 juillet 1970 », *op. cit.*, n° 38.

<sup>722</sup> F. STEINMETZ, *ibidem*.

<sup>723</sup> Y. REINHARD et JP. CHAZAL, *Droit Commercial, op. cit.* p. 386, n° 508 ; Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *Droit commercial, op. cit.*, p. 352, n° 512.

<sup>724</sup> Cf. art. 162 AUS-REVI; art. L. 142-2.

entre-t-il, lui aussi, dans la composition du nantissement du fonds de commerce<sup>725</sup>. Ces quelques exemples montrent que l'hypothèque peut s'accommoder avec le nantissement. L'inclusion des immeubles dans le fonds de commerce revêt divers enjeux.

---

<sup>725</sup> Selon l'article 51 *in fine* de la loi du 30 décembre 1967 : « Le droit à la concession immobilière est susceptible d'être compris dans un nantissement prévu par la loi du 17 mars 1909, lorsqu'il porte sur un bien à usage commercial, industriel ou artisanal ». Cf. Loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967, dite loi d'orientation foncière. Disponible sur [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr).

## II : Les enjeux de l'inclusion des immeubles

**834.** L'inclusion des droits et biens immobiliers dans le fonds de commerce revêt un enjeu important pour la valeur du fonds de commerce lui-même, indépendamment de l'usage qu'on en fait (A). Cette inclusion revêt également un enjeu pour les usagers de ce fonds (B)

### A : Sur la valeur du fonds de commerce

**835.** L'immeuble, en plus d'augmenter la valeur du fonds de commerce (1), permet de maintenir son existence (1).

#### 1 : La valeur du fonds de commerce comportant des immeubles

**836.** Il est intéressant de revenir sur l'adage *res mobilis, res vilis*. En posant que les choses meubles sont des choses de moindre valeur, cet adage sous-entend que ce sont les biens immeubles qui ont plus de valeur<sup>726</sup>. Si on considère ces postulats, le fonds de commerce serait valorisé, en intégrant les immeubles dans sa composition puisque ce sont les biens par excellence.

**837.** L'admission des immeubles au sein du fonds s'avère particulièrement avantageuse et juste en ce qui concerne les immeubles par destination. En reconsidérant le principe d'exclusion des immeubles, on permettrait à ces biens d'intégrer, ou de réintégrer, le fonds de commerce. Celui-ci s'en trouverait enrichi et donc mieux valorisé. Le fonds de commerce retrouve ainsi l'immeuble par nature, c'est-à-dire celui qui abrite l'exploitation, et aussi les immeubles par destination que sont devenus certains outils, matériels, contrats ou autres.

**838.** L'intégration des immeubles permettrait de donner plus de valeur au fonds de commerce. Cela serait utile pour de nombreuses opérations dont il est l'objet comme la vente. Mieux, elle contribue à son maintien.

#### 2 : Le maintien de l'exploitation

**839.** Le maintien de l'existence du fonds de commerce est, sinon le principal enjeu de l'admission des immeubles en son sein, tout au moins l'une de ses finalités essentielles. En effet, les immeubles sont un enjeu capital pour le maintien du fonds de commerce. Certains fonds de commerce dépendent, avons-nous vu, des immeubles dans lesquels ils sont exploités. Sur ce point, le cas des immeubles spécialement aménagés est très révélateur. La doctrine

---

<sup>726</sup> S. SCHILLER, *Droit des biens*, op. cit., p. 43, n° 41.

rappelle que dans ce cas de figure, l'immeuble exerce une influence sur l'existence même du fonds de commerce<sup>727</sup>. Ainsi, en admettant les immeubles dans l'assiette du fonds de commerce, on assure son maintien en vie. L'intégration des immeubles dans le fonds de commerce participe donc à la pérennité de celui-ci.

**840.** En somme, l'admission des immeubles dans le fonds de commerce en fait un bien d'une plus grande valeur. Indépendamment de son utilisateur réel, cette admission le rend, potentiellement, plus attrayant, par exemple pour la vente ou l'obtention de crédit. L'exploitation du fonds de commerce suppose qu'il y a un exploitant derrière et que celui-ci a des partenaires en affaires. En conséquence, l'inclusion des immeubles présente aussi des enjeux pour ces derniers.

## **B : Pour les usagers du fonds de commerce**

**841.** L'immeuble pouvant être un véritable instrument de production, son inclusion au sein du fonds de commerce est, pour le commerçant, une meilleure source de richesse (1). Aussi, sa présence au sein du fonds de commerce enrichit l'assiette des garanties dont ce fonds peut faire l'objet (2).

### **1 : Une meilleure source de richesse pour l'exploitant**

**842.** Le fonds de commerce est un bien productif. Le fonds n'est utile qu'autant qu'il permet au commerçant de vendre ses produits ou services, et donc de réaliser des bénéfices. C'est, entre autres, à cette finalité que va contribuer l'admission des immeubles.

**843. L'immeuble : un instrument de production.** En dehors des chalands, des clients peuvent se familiariser avec un lieu grâce à son aménagement ou aux commodités que le commerçant y met. Dès lors, admettre l'immeuble dans le fonds de commerce permet de renforcer les chances, pour le commerçant, de les garder. C'est ainsi qu'il devient une meilleure source de richesse. À ce propos, J-B Blaise affirme ceci : « Dans nombre de cas l'immeuble a reçu des aménagements qui sont nécessaires à l'exploitation. Il devient alors un instrument de production »<sup>728</sup>.

---

<sup>727</sup> B. BOUQUET, « Repenser l'exclusion traditionnelle des immeubles », *op. cit.*, p. 8.

<sup>728</sup> JB BLAISE, « les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité », *op. cit.* p. 828.

**844.** Le fonds comportant l'immeuble est d'autant source de richesse que, si le commerçant décide de le céder, son prix devrait être logiquement plus élevé que celui d'un autre qui n'en a pas. L'immeuble fait aussi du fonds de commerce un meilleur outil pour le crédit.

## **2 : Une meilleure assiette de garantie pour les créanciers**

**845. *Sûreté traquée, crédit détraqué***<sup>729</sup>. Le fonds de commerce permet déjà au commerçant d'obtenir un crédit auprès d'un établissement bancaire. En effet, en donnant en garantie son fonds, il peut obtenir un prêt d'une banque. C'est précisément le mécanisme du nantissement<sup>730</sup>. En l'espèce, l'enjeu est que le fonds de commerce ait suffisamment de valeur pour obtenir l'accord de l'établissement bancaire. Or ce qui fait la valeur du fonds de commerce, ce sont ses éléments constitutifs. Par conséquent, eu égard au fait que l'immeuble a une grande valeur, son admission parmi les éléments du fonds vient renforcer celle dudit fonds. Avec la promesse d'hypothèque qui accompagnerait le nantissement, le commerçant pourrait offrir aux créanciers une garantie plus renforcée. En tout état de cause, c'est la crédibilité de l'exploitant du fonds qui augmente auprès des créanciers<sup>731</sup>.

**846.** Le droit essaie déjà de prendre en compte tous ces enjeux, celui du fonds ainsi que ceux de ses usagers. Mais, si le besoin d'intégrer les immeubles est si réaffirmé, c'est parce que les solutions qu'offre actuellement le droit ne satisfont pas. Les techniques actuelles pour ramener les immeubles dans le fonds de commerce sont insuffisantes.

---

<sup>729</sup> L-M. MARTIN, obs. *in Banque*, 1975, p. 1133; J-L. PIERRE, « L'entreprise à patrimoine affecté: la résurgence d'un serpent de mer », *JCP E*, 2009, 2184.

<sup>730</sup> C. civ., art. 2355.

<sup>731</sup> M.BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 710-712 ; J. GATSI, « Le recouvrement des créances bancaires en droit OHADA » *in L'effectivité du droit OHADA*, PUA, 2006, p. 160.

## **Conclusion du chapitre 2**

**847.** Le bail commercial est devenu un bail professionnel, dépassant le cadre du droit commercial. Le droit OHADA a consacré cette évolution. Dans la perspective de la reconsidération du sort du bail au sein du fonds de commerce, l'hypothèse la plus caractéristique est celle dans laquelle l'exploitant est à la fois propriétaire du fonds et de l'immeuble qui l'abrite. Dans cette configuration, un droit au bail en sommeil pourrait être créé et intégré au sein du fonds de commerce. Il serait par la suite formalisé au cas où le cumul des propriétés cesserait. En ce qui concerne l'immeuble en tant que bien, il devrait pouvoir être, lui aussi, inclus dans la composition du fonds de commerce, tant les obstacles qui ont justifié jusqu'à ce jour sa mise à l'écart sont surmontables. Dans tous ces cas envisagés, l'immeuble devra être nécessaire à l'exploitation pour que son imposition au sein du fonds soit fondée.

## **Conclusion du titre 1**

**848.** L'unité du fonds de commerce exige que tous les éléments qui concourent à son exploitation, et qui lui donnent une valeur véritable en fassent partie. Il s'avère ainsi opportun de faire évoluer la composition actuelle du fonds de commerce. Cette démarche consiste à inclure en son sein les éléments mobiliers et immobiliers qui sont traditionnellement exclus. En ce qui concerne les éléments mobiliers, il s'agit d'inclure les dettes, les créances, les contrats et, *mutatis mutandis*, les monopoles d'exploitation. Concernant les autres éléments, il est question d'inclure aussi, dans la composition du fonds de commerce, tous les biens et droits immobiliers qui permettent son exploitation. En pratique, l'inclusion de tous ces éléments est d'autant plus opportune que, en plus de lui conférer une plus grande valeur, ils conditionnent bien souvent l'existence même du fonds de commerce. Il est également envisageable de faire évoluer sa nature juridique, afin d'élargir le champ des solutions possibles.



## **TITRE 2 : L'UNITÉ RÉSULTANT DE L'ÉVOLUTION DE LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE**

**849.** La diversité des éléments qui servent à l'exploitation commerciale lui confère une grande valeur économique. La préservation de cette valeur du fonds de commerce, qui est aussi juridique, exige un élargissement de cette notion. Ainsi, la crise du fonds de commerce peut également trouver une solution dans le fait de faire évoluer sa nature juridique. Dans cette optique, remettant en cause la théorie de l'unité du patrimoine, le droit français a fait application de la théorie opposée du patrimoine d'affectation. En l'espèce, le législateur français a institué le régime de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. L'EIRL apparaît donc comme une solution pour faire évoluer la nature du fonds de commerce en le transformant en une universalité de droit (Chapitre 1). À cette même fin, le droit OHADA pourrait, lui, instituer la pro-personnalité<sup>732</sup> (Chapitre 2).

---

<sup>732</sup> L'EIRL et la Pro-personnalité sont une alternative qui a été proposée au législateur français. Il a, lui, opté pour l'EIRL.



# CHAPITRE 1 : L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

**850.** En créant l'EIRL, le législateur français a dû affronter l'obstacle de l'unicité du patrimoine qui, par ailleurs, a toujours empêché de voir dans le fonds de commerce un patrimoine d'affectation. Après l'avoir longtemps contourné<sup>733</sup>, il a fini par remettre en cause ce dogme de l'unité du patrimoine<sup>734</sup>. L'apport de l'EIRL dépasse la question de la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur individuel<sup>735</sup>. D'autant plus que ce dispositif apparaît, plus généralement, comme une solution pour faire face à la crise actuelle de la notion de fonds de commerce<sup>736</sup>. En l'espèce, seul le patrimoine affecté à l'activité professionnelle répond *mutatis mutandis* des obligations nées de cette activité. Les créances, les dettes, les contrats ainsi que les immeubles trouvent leur place dans ce patrimoine affecté, et ils sont cessibles avec lui, sans les nombreuses formalités requises pour la cession ou l'apport en société du fonds de commerce<sup>737</sup>. Le droit OHADA, lui aussi, a amorcé cette remise en cause de l'unicité du patrimoine<sup>738</sup>. Ainsi, la compréhension du dispositif de l'EIRL passe par un éclairage sur sa venue à la vie juridique (section 1), avant l'analyse de son régime (section 2).

---

<sup>733</sup> Supra n° 484.

<sup>734</sup> Désormais, la Loi prévoit ceci : « pour l'exercice de son activité en tant qu'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, l'entrepreneur individuel affecte à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale, dans les conditions prévues à l'article L. 526-7 ». Cf. C. com., art. 526 al 1.

<sup>735</sup> J. BOULEZ, « Essai sur l'entreprise individuelle. La société unipersonnelle », thèse, Lyon, 1974 ; M. ROTONDI, « La limitation de la responsabilité dans l'entreprise individuelle », *RTD com.*, 1968, p. 1 ; J. AUSSÉDAT, « Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation », *Rev. soc.*, 1974, p. 221.

<sup>736</sup> Le législateur français a dû concilier la protection de l'entrepreneur, notamment celle de ses biens non professionnels, avec la préservation des intérêts de ses créanciers, cf. F-X LUCAS, « EIRL. De la fausse bonne idée à la vraie calamité », *Bull. Joly sociétés*, avril 2010, éditorial, p. 311 ; M. MENJUCQ, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée : quelle utilité ? », *Rev. proc. coll.*, 2010/2, repère, p. 1 ; A-L. THOMAS-RAYNAUD, « Protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel et droit des créanciers : vers quel équilibre ? », *Lamy droit. aff.* 2010, p. 50. Néanmoins, le but principal de la création de l'EIRL est de limiter la responsabilité des professionnels, notamment les personnes physiques, pour favoriser leur entrepreneuriat, cf. B. DONDERO, « L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné, À propos de la loi du 15 juin 2010 », *JCP G*, 21 juin 2010, n° 252, p. 1274 ; J. DEVÈZE, « Le financement de l'entreprise individuelle », *LPA*, 7 septembre, 1994, p. 4.

<sup>737</sup> C. com., art. L. 526-17 al 5.

<sup>738</sup> AUS, art. 9 et AUS, art. 5.

## **Section 1 : L'avènement de l'EIRL**

**851.** La création du dispositif de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est le fruit d'un long processus. Il apparaît important de revenir dessus (§1) avant de présenter l'EIRL (§2).

### **§1 : Le processus de création de l'EIRL**

**852.** La création de l'EIRL est liée au principe de l'unité du patrimoine ou, plus exactement à la remise en cause de principe<sup>739</sup>. Ce dogme qui interdisait la division du patrimoine que permet l'EIRL portait, dès son origine, les gènes de sa fragilisation (I). Ainsi, le législateur ne s'est plus contenté de le contourner, il a fini par le remettre en cause (II).

### **I : Le dogme de l'unité du patrimoine à l'épreuve du temps**

**853.** Bien que discuté, le principe de l'unité du patrimoine s'est imposé en droit comme un dogme incontournable. Cependant, dès son origine, à cause de son fondement doctrinal, il était déjà fragilisé (A) ; et les premières dérogations qui lui ont été apportées ont renforcé cette faiblesse originelle (B).

### **A : La fragilité originelle du principe de l'unité du patrimoine**

**854.** Le principe de l'unité du patrimoine a un fondement doctrinal (1). Ce fondement, certes juridique, constitue sa faiblesse originelle, dans la mesure où il est privé d'une force obligatoire que lui aurait conférée, par exemple, un fondement légal dès le départ (2).

### **1 : Fondement doctrinal du principe de l'unité du patrimoine**

**855.** Le fait que le patrimoine fut unique et indivisible n'avait de force que l'opinion de certains auteurs. Autrement dit, le principe de l'unité du patrimoine ne tirait sa force que de la doctrine.

**Origine du principe.** Parmi ses premiers défenseurs, on trouve notamment Aubry et Rau. Déjà, pour ces auteurs, seuls les personnes, physique et morale, ont l'exclusivité de disposer d'un patrimoine, et elles ne peuvent avoir qu'un seul et unique patrimoine<sup>740</sup>. En réalité Aubry et Rau se sont inspirés des travaux de Salomo Zachariae von Lingenthal<sup>741</sup>. Dès lors, repris et

---

<sup>739</sup> A. SAYAG, « L'entreprise individuelle : faux débats et vraies questions », *op. cit.*, p. 293.

<sup>740</sup> C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, 5<sup>e</sup> édition par E. BARTIN, t. IX, Libr. Gén. Jurispr. 1917, §573, p. 335-336.

<sup>741</sup> A.L. THOMAS-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : Essai critique*, Doctorat & Notariat, t. 25, Defrenois 2007, p. 28, n° 48.

défendu par d'autres nombreux auteurs, le principe de l'unité du patrimoine s'est imposé en droit français et, plus tard, en droit OHADA. Il y a survécu à de nombreuses vicissitudes.

**856.** Ainsi, c'est la doctrine qui portât ce principe de l'unité du patrimoine sur les fonts baptismaux. D'ailleurs, à l'origine, il n'était pas consacré par le Code civil<sup>742</sup>. Il s'agit davantage d'un travail réalisé par la doctrine<sup>743</sup>. Ce fondement, doctrinal, du principe de l'unité du patrimoine constituait déjà sa première faiblesse.

## **2 : La faiblesse du fondement doctrinal du principe de l'unité du patrimoine**

**857. Absence de force obligatoire.** Fondé sur la doctrine, le principe de l'unité du patrimoine n'avait, dès son origine, aucune véritable force obligatoire. Il n'est pas question de nier à la doctrine son importance comme source de droit<sup>744</sup>. Tout au plus s'agit-il de mettre en exergue son infériorité, voire sa faiblesse par rapport à la loi, dans la hiérarchie des sources du droit.

**858. L'infériorité normative de la doctrine.** Ainsi, selon cette hiérarchie des normes juridiques, la doctrine est en dessous du bloc de constitutionnalité, des traités internationaux, de la loi *lato sensu*, et de la jurisprudence<sup>745</sup>. Dès lors, la doctrine ayant une moindre portée que la loi, le législateur pouvait remettre en question ce principe de l'unité du patrimoine, dès son origine. En échos à ce constat C. DE LA RIVIERE affirme que : « Quelle que soit la valeur que l'on attache à une thèse, la doctrine doit céder le pas à la loi. Dès lors, le législateur peut, à sa guise, porter librement atteinte à ce principe séculaire »<sup>746</sup>. Ce pouvoir, le législateur va l'utiliser en apportant déjà des exceptions à ce principe de l'unité du patrimoine, avec l'accord des tenants de ce principe eux-mêmes.

## **B : Des exceptions originelles au principe de l'unité du patrimoine**

**859.** Le principe de l'unité du patrimoine connaissait déjà, dès son origine, un certain nombre d'exceptions qui le rendaient fragile dès sa conception. En d'autres termes, ses tenants avaient, eux-mêmes, prévu des exceptions dès le départ. On pouvait en trouver en matière de successions (1) et dans d'autres domaines (2).

---

<sup>742</sup> D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 216, n° 441.

<sup>743</sup> C. DE LA RIVIERE, « Unicité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité », *Drt et pat.*, n° 190, mars 2010, p. 64.

<sup>744</sup> Sur le rôle important de la doctrine, cf. : Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYER, *Droit civil, op. cit.*, p. 29 à 31; C. DE LA RIVIERE, « Unicité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité », *op. cit.*, p. 64. Sur la nuance entre source « de » droit et source « du » droit, cf. C. THIBIERGE, « Source du droit, source de droit. Une cartographie ». In *Mélange*, P. JESTAZ, Dalloz, 2006, p. 530 et s.

<sup>745</sup> Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYER *Droit civil, op. cit.*, p. 20 à 33 ; C. DE LA RIVIERE, « Unicité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité », *op. cit.*, p. 64.

<sup>746</sup> C. DE LA RIVIERE, *ibidem*.

## 1 : Exceptions en matière successorale

**860.** En matière de successions, on trouve des exemples d'atteintes originelles à l'unité du patrimoine. En effet, celles-ci étaient préconisées par les concepteurs de cette théorie eux-mêmes<sup>747</sup>. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut retenir le cas de l'isolement d'une universalité juridique au décès d'une personne, et le cas de l'isolement des biens de l'absent<sup>748</sup>.

**861. L'isolement d'une universalité juridique au décès d'une personne.** Il peut se produire au sein du patrimoine de l'héritier ou au sein de l'hérédité<sup>749</sup>. Ainsi, par exemple, au sein du patrimoine de l'héritier il y avait une atteinte à l'unité du patrimoine, expressément prévue par AUBRY et RAU, résultant du bénéfice d'inventaire<sup>750</sup>. Ce mécanisme permet à l'héritier de limiter son obligation à concurrence de l'actif recueilli<sup>751</sup>.

**862. L'isolement des biens de l'absent.** AUBRY et RAU voyaient en ce mécanisme une autre exception au principe de l'unité du patrimoine. Toutes ces atteintes, en matière successorale, à l'unité du patrimoine n'étaient pas les seules, tant et si bien qu'on en trouvait dans d'autres domaines.

## 2 : Autres exceptions originelles à l'unité du patrimoine

**863.** Dès l'élaboration de la théorie de l'unité du patrimoine, il existait déjà d'autres exceptions, en dehors de celles préconisées par ses auteurs en matière successorale.

**864. La fortune de mer.** En droit maritime, il existait le principe de la « fortune de mer ». Il permettait à l'armateur de séparer sa fortune de mer de sa fortune terrestre. La fortune de mer était ainsi le gage des créanciers maritimes. Elle n'était constituée que du bateau et du fret<sup>752</sup>. Des mécanismes similaires seront par la suite mis en place par le législateur, dans ce même domaine maritime<sup>753</sup>.

**865. Les biens de familles : aïeul de la déclaration d'insaisissabilité.** Il y avait aussi ce mécanisme qui permettait aux travailleurs de se constituer un ensemble d'éléments de leur patrimoine et l'épargner des poursuites de leurs créanciers<sup>754</sup>. Plus connu sous l'appellation de

---

<sup>747</sup> A.L. THOMAS-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : Essai critique*, *op. cit.*, p. 150, n° 314.

<sup>748</sup> A.L. THOMAS-RAYNAUD, *ibidem*, p. 151, n° 315.

<sup>749</sup> A.L. THOMAS-RAYNAUD, *ibidem*.

<sup>750</sup> A.L. THOMAS-RAYNAUD, *op. cit.*, n° 316 ; C. DE LA RIVIERE, « Unicité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité », *op. cit.*, p. 64.

<sup>751</sup> A.L. THOMAS-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : Essai critique*, *op. cit.*, n° 317-321.

<sup>752</sup> C. DE LA RIVIERE, « Unicité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité », *op. cit.*, 64.

<sup>753</sup> Loi n° 67-5 du 3 janvier 1967 portant statut des navires et autres bâtiments de mer (art. 58 à 69) disponible sur [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr).

<sup>754</sup> E. DUBUISSON et M. GERMAIN, « Pourquoi recourir au régime de l'EIRL ? », in *EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, sous la direction de F. TERRÉ, Litec, Paris, 2010, p. 12.

« bien de famille », ce mécanisme apparaît comme « l'aïeul » de la déclaration d'insaisissabilité<sup>755</sup>. Institué par la loi du 12 juillet 1909, ce mécanisme avait pour but de rendre insaisissables et indisponibles les biens déclarés<sup>756</sup>.

**866.** Il ressort que le principe de l'unité du patrimoine, avec son fondement doctrinal et toutes ses exceptions, portait en lui-même les germes de sa fragilisation, dès sa conception. Cependant, érigé en véritable dogme, le législateur a fait preuve de respect à son égard. Cela explique l'hésitation qui a précédé sa remise en cause par touches successives.

## **II : De l'hésitation à la remise en cause du dogme de l'unité du patrimoine**

**867.** Bien que conscient du besoin de protection de l'entrepreneur, le législateur s'est plutôt montré respectueux du dogme de l'unité du patrimoine. Ainsi, sa remise en cause avec l'EIRL (B) a été précédée d'une longue tergiversation (A).

### **A : Les attermoissements du législateur dans la remise en cause de l'unité du patrimoine**

**868.** Pour préserver le principe de l'unité du patrimoine le législateur a eu recours à de simples mécanismes de contournement (1), puis il a finalement amorcé son processus de remise en cause (2).

#### **1 : Recours à de simples mécanismes de contournement**

**869.** La doctrine n'a cessé de marteler que le patrimoine est consubstantiel à la personne ; qu'il est unique et indivisible<sup>757</sup>. Le Code civil a consacré ce principe de l'unité du patrimoine, en disposant que quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tout son patrimoine<sup>758</sup>. Ainsi, les diverses tentatives de protection de l'entrepreneur n'ont abouti

---

<sup>755</sup> E. DUBUISSON et M. GERMAIN, « Pourquoi recourir au régime de l'EIRL ? », *op. cit.*, p. 13 ; C. DE LA RIVIERE, *op. cit.*, p. 64.

<sup>756</sup> PH. ROUSSEL-GALLE, « La déclaration d'insaisissabilité, une alternative à la société pour protéger le patrimoine du débiteur défaillant », in *Mélanges M. GERMAIN*, LexisNexis, 2015, p. 747 ; M. SOH, « Insaisissabilité et immunité d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes », *Juridis périodique*, n° 51, 2002, p. 89 ; V. LEGRAND, « Faut-il supprimer la déclaration notariée d'insaisissabilité ? », *D.* 2015. 2387 ; S. PRIGENT, « Protection du patrimoine du commerçant individuel et déclaration d'insaisissabilité », *Defrénois* 2009. 1809 ; S. PIEDELIEVRE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *JCP* 2003. 163 ; D. VIGUIER, « La protection du patrimoine du chef d'entreprise (la déclaration d'insaisissabilité) », *op. cit.*, p. 179 et s. ; *infra.*, n° 485.

<sup>757</sup> *Supra* n° 480.

<sup>758</sup> C. civ. art. 2284 (ancien, art.2092).

qu'à de simples contournements de ce principe<sup>759</sup>. C'est ainsi que le législateur, pour éviter de porter atteinte à l'unité du patrimoine, a préféré mettre en place des mécanismes comme les sociétés unipersonnelles (EURL, SASU), ou encore imposer certaines contraintes aux créanciers (obligation d'information, surendettement civil de la caution de l'entrepreneur, bénéfice de discussion)<sup>760</sup>. Parmi ces mécanismes, il y a aussi l'insaisissabilité de certains biens et droits<sup>761</sup>.

**870. Le mécanisme de l'insaisissabilité en droit OHADA.** Le droit OHADA y a aussi recouru. Ainsi, le premier alinéa de l'article 50 de l'acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution prévoit que : « Les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers, sauf s'ils ont été déclarés insaisissables par la loi nationale de chaque États partie »<sup>762</sup>. En ce cas, la détermination des biens insaisissables est laissée aux législations des États membres de l'OHADA<sup>763</sup>. La doctrine ne manque pas de souligner qu'il s'agit bel et bien d'une technique de contournement de certaines difficultés économiques et historiques, entre autres<sup>764</sup>. Le principe de l'unité du patrimoine n'a toutefois pas résisté à l'épreuve du temps, car le législateur a, depuis longtemps, amorcé sa remise en cause véritable.

## **2 : Amorce d'un renoncement à l'unicité du patrimoine en droit français et en droit OHADA**

**871.** Le principe de l'unité du patrimoine, après avoir longtemps résisté, a fini par être ébranlé. Si la création de l'EURL marque le tournant décisif dans la remise en cause de ce principe, celle-ci se révèle comme un processus dont l'entreprise personnelle à responsabilité limitée (EPRL) est une première tentative notable.

**872. L'EPRL.** L'EPRL constitue une première tentative d'introduction d'un patrimoine professionnel d'affectation en droit français. En effet, avec ce dispositif, l'entrepreneur eût été à la tête de plusieurs patrimoines<sup>765</sup>. Issue du « rapport CHAMPAUD » de février 1978, elle n'a pas été consacrée par le droit français<sup>766</sup>. Entre autres critiques, la création et le

---

<sup>759</sup> Supra n° 484.

<sup>760</sup> E. DUBUISSON et M. GERMAIN, « Pourquoi recourir au régime de l'EURL ? », *op. cit.*, p. 14, n° 29 à 32.

<sup>761</sup> C.com., art. 526-1.

<sup>762</sup> A.U.V.E., art. 50.

<sup>763</sup> A.U.V.E., art. 51.

<sup>764</sup> A-D. WANDJI KAMGA, « Biens et droit insaisissables », in PG. POUGOUE (*dir.*), *Encyclopédie du droit OHADA*, *op. cit.*, p. 440-461, p. 441, n° 8.

<sup>765</sup> D. BERT et F. PLANCKEEL, *Cours de droit commercial et des affaires*, *op. cit.*, p. 138, n° 433.

<sup>766</sup> C. CHAMPAUD, « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée : rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'EPRL dans le droit français », *RTD.com.* 1979, p. 579.

fonctionnement de l'EPRL furent jugés trop complexes pour sacrifier le principe de l'unité du patrimoine. Néanmoins, ce dispositif a le mérite d'avoir inspiré le législateur pour la création de l'EIRL<sup>767</sup>. Le travail du législateur va se poursuivre avec la création de la fiducie.

**873. La Fiducie.** Elle est, pour sa part, non pas une simple tentative, mais une réelle première remise en cause du principe de l'unité du patrimoine, sans création d'une personne morale<sup>768</sup>. Cette institution, qui repose sur l'idée de patrimoine d'affectation, constitue un signal fort de l'affaiblissement de la théorie classique de l'unité du patrimoine<sup>769</sup>.

Consacrée par le législateur français aux articles 2011 à 2030 du Code civil, elle est définie comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de bien, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »<sup>770</sup>. La fiducie française a deux visages à savoir : la fiducie-gestion et la fiducie-sûreté. On retrouve ces aspects avec l'agent des sûretés et le transfert fiduciaire de sommes d'argent, en droit OHADA.

**874. Agent des sûretés en droit OHADA.** En droit OHADA, l'article 5 de l'acte uniforme relatif aux sûretés prévoit que « [Lorsque] la constitution ou la réalisation d'une sûreté entraîne un transfert de propriété au profit de l'agent des sûretés, le ou les biens transférés forment un patrimoine affecté à sa mission et doivent être tenus séparés de son patrimoine propre par l'agent des sûretés. Il en va de même des paiement reçus par l'agent des sûretés à l'occasion de l'accomplissement de sa mission »<sup>771</sup>. Ces textes montrent qu'à certaines fins, notamment pour garantir le paiement de certaines dettes<sup>772</sup>, les législateurs français et OHADA instituent des patrimoines d'affectation.

**875.** En cela, ils marquent une étape supplémentaire pour le droit français et le droit OHADA dans le renoncement à l'unicité du patrimoine. Le législateur français a acté ce renoncement avec l'avènement de l'EIRL.

---

<sup>767</sup> D. BERT et F. PLANCKEEL, *Cours de droit commercial et des affaires*, *op. cit.*, p. 138, n° 432 et 435.

<sup>768</sup> A.F. ZATTARA-GROS, *in* Journ. Sociétés., mai 2010, n° 76, p. 44.

<sup>769</sup> F. ROUSSEL, « EIRL et droit du crédit et des sûretés. Le financement », *in* F. TERRÉ, *EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, *op. cit.*, p. 93-110, p. 94, n° 208 ; B. DONDERO, « L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné. À propos de la loi du 15 juin 2010 », *op. cit.*, p. 1274.

<sup>770</sup> C. civ. art. 2011.

<sup>771</sup> Sur la notion d'agent des sûretés, v. AUS. art., 5 et C. civ. art., 2328-1.

<sup>772</sup> AUS, art. 87 et AUS, art. 89.

## **B : La création de l'EIRL**

**876.** La consécration de l'EIRL est, elle, une remise en cause légale de ce principe et une solution possible à la crise du fonds de commerce (1). En l'espèce l'entrepreneur reste unique à la tête de plusieurs patrimoines (2). Ce mécanisme permet ainsi de faire évoluer la nature du fonds de commerce, d'une universalité de fait à une universalité de droit.

### **1 : Une réponse du droit français à la crise du fonds de commerce**

**877.** La consécration de l'EIRL constitue une réponse, législative, du droit français pour faire évoluer la nature du fonds de commerce.

**878. Application de la théorie du patrimoine d'affectation.** L'« infériorité normative » de la doctrine<sup>773</sup>, fondement de l'unité du patrimoine, a permis au législateur de remettre en cause ce principe. C'est précisément à travers la loi du 15 juin 2010, relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, que le législateur apporte cette solution à la crise du fonds de commerce<sup>774</sup>. Codifiée aux articles L. 526-6 à L.526-21 du Code de commerce français, cette loi a été validée par le conseil constitutionnel français en juin 2010<sup>775</sup>. L'EIRL est une remise en cause du principe de l'unité du patrimoine et une application de la théorie du patrimoine d'affectation<sup>776</sup>.

**879. Possibilité d'intégration des éléments exclus du fonds de commerce.** L'EIRL permet au commerçant, s'il le souhaite, de faire de son outil de travail un patrimoine d'affectation<sup>777</sup>. Ce patrimoine recueille ainsi l'ensemble des biens nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle, y compris les éléments qui sont habituellement exclus du fonds de commerce<sup>778</sup>. Aussi, ces éléments, notamment les dettes, les créances et les contrats, deviennent plus facilement cessibles. Ils ne sont plus attachés à la personne du commerçant, mais deviennent plutôt des éléments du patrimoine affecté qui, lui, est cessible activement et passivement. Le régime de l'EIRL permet, en outre, au commerçant de protéger son patrimoine personnel. En sorte que, seul l'actif affecté répond du passif qui naît de l'activité professionnelle

---

<sup>773</sup> C. DE LA RIVIERE, « Unicité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité », *op. cit.*, 64.

<sup>774</sup> Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. JORF n° 0137 du 16 juin 2010, p. 10984, disponible sur [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr).

<sup>775</sup> Cons. Const., 10 juin 2010, n° 2010-607 DC.

<sup>776</sup> Selon E. DUBUISSON : « Avec l'EIRL, la loi crée une rupture : il s'agit d'une exception légale au principe d'unité du patrimoine et d'une application de la théorie inverse dite du patrimoine d'affectation », cf. E. DUBUISSON, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Litec, 2010, p. 2, n° 2 ; P. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 23<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2019, p. 12-13, n° 9.

<sup>777</sup> C. com., art. L.526-6 *in limine*

<sup>778</sup> Immeuble, créances, dettes, contrats. cf. C. com., art. L.526-6. Al 2.

Ainsi, grâce à ce mécanisme, le fonds de commerce peut devenir une universalité de droit, recueillant tous les biens nécessaires à son exploitation, y compris les immeubles. Le commerçant peut également limiter sa responsabilité, à l'égard de ses créanciers professionnels, au patrimoine affecté.

**880. Limitation du droit de gage des créanciers professionnels.** Avec la partition du patrimoine induite par le mécanisme de l'EIRL, les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel voient leur droit de gage limité au patrimoine affecté. Tandis que les créanciers dont les droits naissent des activités personnelles de l'entrepreneur individuel ont pour seul gage général le patrimoine non affecté<sup>779</sup>. C'est ainsi que l'EIRL entraîne une limitation de la responsabilité du commerçant, et des autres professionnels<sup>780</sup>. La personnalité de ces professionnels reste unique, mais leur patrimoine devient pluriel.

## **2 : Unicité de la personne et pluralité du patrimoine.**

**881.** L'EIRL n'aboutit pas à un dédoublement de la personne. Celle-ci reste unique en ce cas. En revanche, c'est le patrimoine de la personne qui est divisé pour en former deux, au moins. En l'espèce, le législateur a préservé l'unicité de la personnalité juridique, tout en offrant à cette unique personne la possibilité de disposer, à elle seule, de plusieurs patrimoines.

Cette démarche du législateur pour créer l'EIRL, se distingue de celle qui pourrait aboutir à la pro-personnalité qui, elle, supposerait un dédoublement de personnalité juridique pour une même personne ; à raison d'un patrimoine pour chaque personnalité juridique, personnelle et professionnelle<sup>781</sup>.

**882.** L'EIRL est la première véritable application de la théorie du patrimoine d'affectation<sup>782</sup>. Ainsi, le législateur est parvenu à une unité de la personnalité avec une pluralité de patrimoines. Pour mieux cerner le mécanisme de l'EIRL, il convient d'abord de le présenter.

---

<sup>779</sup> B. SAINTOURENS, *Rev. Sociétés* 2010, p. 351, n° 57. T. REVET, « Introduction », in *Le patrimoine professionnel d'affectation (première analyse de l'EIRL)*, *Dr. et pat.*, avril 2010, p. 56.

<sup>780</sup> J. MESTRE, M. PANCRAZI, I. ARNAUD-GROSSI, L. MERLAND et N. TAGLIANO-VIGNAL, *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, *op. cit.*, p. 264-265, n° 289.

<sup>781</sup> *Infra.*, n° 983.

<sup>782</sup> E. DUBUISSON et M. GERMAIN, « Pourquoi recourir au régime de l'EIRL ? » *op. cit.* p. 13 ; D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, *op. cit.*, p. 138, n° 304.

## §2 : Présentation de l'EIRL

**883.** L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est un mécanisme qui consiste en l'affectation d'un patrimoine à l'exercice d'une activité professionnelle (I). Aussi présente-t-il une certaine originalité (II).

### I : Affectation d'un patrimoine à une activité professionnelle

**884.** L'affectation d'un patrimoine, qui est la principale caractéristique de l'EIRL, est un principe qui exige certaines conditions (A). Cette affectation revêt en elle-même un certain particularisme (B).

#### A : Le principe de l'affectation

**885.** Comme tout principe, ici, celui de l'affectation d'une masse de biens à une activité professionnelle est gouverné par des règles. Celles-ci sont relatives aux personnes concernées (1), et aux biens affectés (2).

##### 1 : Les personnes concernées

**886.** La présentation de l'EIRL passe prioritairement par l'identification des personnes concernées par ce dispositif.

**887. Les personnes physiques.** Le mécanisme de l'EIRL ne s'adresse qu'aux personnes physiques. Il ne s'applique donc pas aux personnes morales. Plus exactement, sont concernées, les personnes physiques qui exercent, à titre indépendant et en leur nom, une activité professionnelle. Il s'agit du commerçant, de l'artisan, de l'agriculteur et des professionnels libéraux<sup>783</sup>. Les salariés, les gérants ou associés des sociétés sont exclus<sup>784</sup>.

Il ne serait pas si incongru de s'interroger sur l'exclusion des personnes morales du régime de l'EIRL. Cependant, le but du législateur était de protéger les personnes physiques face aux risques de leurs activités professionnelles<sup>785</sup>.

En dehors du commerçant, le régime de l'EIRL est ouvert à l'artisan, à l'agriculteur et aux professionnels libéraux<sup>786</sup>.

**Cas des mineurs.** Il faudrait distinguer selon qu'il s'agit de mineurs émancipés ou de mineurs non émancipés.

---

<sup>783</sup> E. DUBUISSON, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, op. cit.*, p. 2, n° 2.

<sup>784</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>785</sup> D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 216, n° 441.

<sup>786</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

**888. Mineurs émancipés.** Ils peuvent créer et gérer une EIRL dans le cadre d'une activité commerciale ou civile. Toutefois, ils ne peuvent acquérir le statut de commerçant que s'ils y sont autorisés, au moment de leur émancipation ; et par le président du tribunal de grande instance, après cette émancipation.

**889. Mineurs non-émancipés.** S'ils sont autorisés à accomplir, seuls, les actes d'administration nécessaires pour les besoins de l'EIRL par leurs parents<sup>787</sup>, leur administrateur légal autorisé par le juge des tutelles<sup>788</sup>, ou le conseil de famille<sup>789</sup>, les mineurs non-émancipés peuvent créer et gérer une EIRL ayant une activité civile<sup>790</sup>. Cependant, ces derniers ne peuvent pas créer ou gérer d'EIRL de nature commerciale. Aussi ne peuvent-ils pas accomplir des actes de disposition<sup>791</sup>. Après avoir identifié ces personnes, et indirectement les activités concernées, il faut ensuite identifier les biens affectés.

## 2 : Les biens affectés

**890.** S'il est vrai que l'EIRL repose sur « l'affectation », il s'agit bel et bien de l'affectation d'un certain nombre de biens en vue de l'exercice d'une activité professionnelle. Quid de ces biens ?

**891. Biens nécessaires.** Il s'agit précisément de tous les biens dont est titulaire l'entrepreneur individuel, et qui sont nécessaires pour son activité professionnelle. Sans être exhaustif, on peut donc trouver des biens corporels, le droit au bail, le gage, le nantissement voire l'hypothèque<sup>792</sup>. Les biens dits « nécessaires », sont qualifiés de biens professionnels par nature. Cela s'explique par le fait que leur caractère nécessaire s'impose de lui-même. Autrement dit, la volonté de l'entrepreneur est, d'une certaine façon, indifférente à cette qualification de nécessaire<sup>793</sup>. Ce sont des biens dont la privation rendrait impossible l'exercice ou la poursuite de l'activité<sup>794</sup>.

**892. Biens à usage mixte ou utiles.** Un bien mixte est un bien utile. Il peut de ce fait être personnel, mais utilisé pour les besoins de l'activité professionnelle. En ce cas, tout dépend de la volonté de l'entrepreneur individuel qui décide de l'affectation au patrimoine professionnel de tel ou tel bien. En conséquence, tous les biens qui servent à l'usage professionnel n'entrent pas forcément dans le patrimoine professionnel<sup>795</sup>.

---

<sup>787</sup> Cas des mineurs sous administration légale pure et simple.

<sup>788</sup> Cas des mineurs sous administration légale sous contrôle judiciaire.

<sup>789</sup> Cas des mineurs sous tutelle.

<sup>790</sup> Artisanale, agricole, libérale.

<sup>791</sup> P. DESNOS, *EIRL, entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Eyrolles, Paris, 2011, p. 22.

<sup>792</sup> C. com. art., L. 526-6 al 2.

<sup>793</sup> E. DUBUISSON et M. GERMAIN, « Pourquoi recourir au régime de l'EIRL ? », *op. cit.*, p. 30, n° 61.

<sup>794</sup> E. DUBUISSON, *L'entrepreneur à responsabilité limitée*, *op. cit.*, p.13, n° 34.

<sup>795</sup> E. DUBUISSON et M. GERMAIN, « Pourquoi recourir au régime de l'EIRL ? », *op. cit.*, n° 62.

**893. Biens communs ou indivis.** Parmi les biens qui peuvent être affectés, il y a les biens communs et les biens indivis, sous certaines conditions<sup>796</sup>. En l'espèce, l'accord du conjoint ou des coindivisaires de l'entrepreneur est requis. Et, un même bien ne peut figurer en même temps sur les deux patrimoines de l'entrepreneur individuel<sup>797</sup>. L'affectation de tous ces biens est particulière.

## **B : Particularisme de l'affectation**

**894.** L'affectation sur laquelle repose l'EIRL se singularise par son exclusivité (1). Elle ne se confond pas non plus avec l'aliénation (2).

### **1 : Une affectation exclusive**

**895.** Dans le cadre de l'EIRL, l'affectation des biens à une activité professionnelle est exclusive. C'est du moins une de ses particularités. Cela signifie qu'un même bien ne peut être affecté dans plusieurs patrimoines. Il n'a vocation à n'entrer que dans un seul patrimoine affecté<sup>798</sup>. Ainsi, autant le législateur est soucieux de protéger l'entrepreneur en autorisant cette affectation, autant il protège les créanciers professionnels en évitant que l'assiette de leur gage, déjà très réduite<sup>799</sup>, ne s'amenuise davantage<sup>800</sup>.

### **2 : Distinction de l'aliénation d'avec l'affectation des biens par l'EIRL**

**896.** L'affectation dont il est question ici et l'aliénation sont des notions qui renvoient à la sortie d'un ou plusieurs biens d'un patrimoine. Toutefois, elles ne se confondent pas. L'aliénation suppose la sortie d'un bien d'un patrimoine à un autre accompagnée d'un transfert de la propriété de ce bien. Or, il n'y pas de transfert de propriété dans l'affectation.

L'entrepreneur individuel demeure le propriétaire du patrimoine personnel et du patrimoine affecté<sup>801</sup>. Ainsi, malgré le mouvement du bien du patrimoine personnel vers le patrimoine professionnel, celui-ci demeure la propriété de l'unique entrepreneur individuel.

**897.** Au demeurant, cela atteste de ce que l'EIRL ne donne pas lieu à la création d'une nouvelle personne. Cela participe d'ailleurs de l'originalité de l'EIRL.

---

<sup>796</sup> T. LEOBON, *Droit commercial*, Breal, 2018, p. 82.

<sup>797</sup> C.com. art., L.526-11.

<sup>798</sup> T. LEOBON, *Droit commercial, op. cit.*, p. 82.

<sup>799</sup> C.com., art. L. 526-6 al 3.

<sup>800</sup> D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 224, n° 458.

<sup>801</sup> D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 219, n° 447.

## II : Originalité de l'EIRL

**898.** L'EIRL a ceci d'original, qu'il n'entraîne pas la création d'une personne morale et a une nature optionnelle (A). Aussi se distingue-t-il d'autres dispositifs plus ou moins proches (B).

### A : Absence de personne morale et caractère optionnel

**899.** La loi est sans équivoque à ce sujet, le mécanisme de l'EIRL n'entraîne pas la création d'une personne morale (1). Ce dispositif trouve encore une certaine originalité dans son caractère optionnel (2).

#### 1 : L'absence de personne morale

**900.** La création de l'EIRL, ne donne pas naissance à une personne morale<sup>802</sup>. En effet, le mécanisme de l'EIRL aboutit à une dualité, voire une pluralité de patrimoines, mais sans création d'une personne morale<sup>803</sup>. C'est la particularité majeure de l'EIRL. En effet, sans qu'il y ait création d'une personne morale, le régime de l'EIRL permet à l'entrepreneur individuel de bénéficier d'une protection qui, *mutatis mutandis*, équivaut à celle qu'offre la création d'une société qui suppose, elle, la création d'une personne morale. Il s'agit notamment de la limitation du risque entrepreneurial.

La doctrine ne manque pas de souligner cette particularité de l'EIRL<sup>804</sup>. Outre cette absence de personne morale, l'EIRL se démarque aussi par son caractère optionnel.

#### 2 : Un dispositif optionnel

**901.** L'EIRL trouve aussi son originalité dans son caractère optionnel. À travers la protection de l'entrepreneur, personne physique, le législateur visait, avec l'EIRL, celle de l'économie en général. Cette ambition d'améliorer l'économie aurait pu le conduire à rendre le régime de l'EIRL obligatoire, pour tout entrepreneur individuel. C'eût été aussi probablement bénéfique pour la lutte contre l'économie souterraine. Le droit OHADA l'a fait avec le statut de l'entrepreneur<sup>805</sup>. Il n'en a pas été ainsi avec l'EIRL, car ce régime est facultatif.

**902. Caractère facultatif du régime de l'EIRL.** Le commerçant et les autres professionnels jouissent effectivement d'une liberté qui leur est offerte car, depuis l'avènement de l'EIRL, et

---

<sup>802</sup> C.com., art. L.526-6 al 1.

<sup>803</sup> F. TERRÉ, « La personne et ses patrimoines. Des pépins par milliers », *JCP G* 2010, 1328.

<sup>804</sup> D. BERT et F. PLANCKEEL, *Cours de droit commercial et des affaires*, op. cit., p. 154, n° 492 ; E. DUBUISSON et M. GERMAIN, op. cit., p. 11, n° 17.

<sup>805</sup> AUDCG-REVI, art. 30 al 6; AUDCG, art. 30 al 1.

malgré ses atouts, tous n'optent pas pour ce régime. En sorte qu'il existe aujourd'hui en France, d'une part, les entrepreneurs de droit commun, qui répondent de toutes leurs dettes sur l'ensemble de leur unique patrimoine. D'autre part, il y a les entrepreneurs individuels à responsabilité limitée qui, eux, ne répondent de leurs dettes professionnelles que sur leur patrimoine affecté, du moins dans le principe<sup>806</sup>.

**903. Liberté dans le choix du régime fiscal.** La nature optionnelle vient aussi de ceci que, le commerçant et les autres professionnels, EIRL, peuvent choisir de soumettre le résultat de leur activité à l'impôt sur les sociétés (IS). Ainsi, l'EIRL ouvre au commerçant, ou entrepreneur individuel, le droit d'opter fiscalement pour cet impôt dont le bénéfice n'était réservé qu'à certaines personnes morales<sup>807</sup>.

**904.** En somme, le patrimoine était traditionnellement unique, et derrière chaque patrimoine il y avait toujours une personne. Celle-ci ne pouvait en avoir qu'un seul à la fois. Le législateur a longtemps été respectueux de cette organisation. C'est cela qui explique, principalement, l'originalité de l'EIRL, parce que ce mécanisme débouche sur une pluralité de patrimoines pour une seule et même personne. En l'espèce, la démultiplication du patrimoine n'entraîne pas celle de la personne ou la création d'une nouvelle personne. Accessoirement, le régime de l'EIRL a la particularité d'offrir une alternative aux professionnels quant à leur mode d'imposition. Ces deux particularités de l'EIRL font partie des éléments qui permettent de le distinguer de certaines notions plus ou moins voisines.

## **B : Distinction d'avec des notions voisines**

**905.** Malgré la proximité de prononciation et d'orthographe, l'EIRL ne se confond pas avec l'EURL (1). Il est aussi différent de l'auto-entrepreneur (2).

### **1 : Distinction de l'EIRL d'avec l'EURL**

**906. Une distinction fondée sur l'absence de personne morale pour l'EIRL.** L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) avait la même ambition que l'EIRL. Celle-ci était, essentiellement, de limiter la responsabilité du commerçant et des autres professionnels. Soucieux de préserver le principe de l'unité du patrimoine, en créant l'EURL, le législateur a fait naître une personne morale titulaire du patrimoine affecté à l'activité professionnelle. C'est

---

<sup>806</sup> C. com., art. L.526- 12; E Dubuisson, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, *op. cit.*, p. 8, n° 18.

<sup>807</sup> P. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial, sociétés commerciales*, *op. cit.*, p. 15, n° 9.  
E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 2, n° 3 ; E. DUBUISSON et M. GERMAIN, *op. cit.*, p. 11, n° 17.

en cela que, malgré leur proximité de prononciation, l'EIRL se distingue d'abord de l'EURL<sup>808</sup>. En effet, dans le cadre de l'EIRL, il n'y a pas création d'une personne morale, tandis que l'EURL donne naissance à cette personne morale.<sup>809</sup>

**907. Absence de contraintes liées au droit des sociétés.** Ne débouchant pas sur la création d'une société, personne morale, l'EIRL devrait être libéré de certaines contraintes imposées par le droit des sociétés.

**908. Cas du respect de « l'intérêt social »<sup>810</sup>.** L'entrepreneur individuel gère son affaire dans son intérêt personnel.

**909. Cas de la notion d'« abus de biens sociaux ».** Cette notion est à ce jour étrangère à l'EIRL. Ainsi, les mouvements anormaux de fonds entre les patrimoines personnel et professionnel ne pourront pas être incriminés sur le fondement du droit pénal des sociétés<sup>811</sup>. L'EURL n'est pas la seule institution proche dont l'EIRL se distingue.

## **2 : EIRL et auto-entrepreneur**

**910.** Les auto-entrepreneurs sont une catégorie d'entrepreneur instituée par la loi du 4 août 2008<sup>812</sup>. Le régime de l'EIRL ne se confond pas avec le statut d'auto-entrepreneur<sup>813</sup>. Il est vrai que ces mécanismes s'adressent à des personnes physiques exerçant une activité de façon indépendante<sup>814</sup>. D'ailleurs, l'EIRL a été présenté comme le volet juridique de l'auto-entrepreneur<sup>815</sup>.

**911. Des finalités différentes.** Alors que le mécanisme de l'EIRL vise à limiter la responsabilité de l'entrepreneur, le statut de l'auto-entrepreneur consiste, lui, en un allègement des formalités, des contributions et cotisations afin de favoriser la création d'entreprises par certains salariés à

---

<sup>808</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 3<sup>e</sup> édition, Montchrestien, 2009, n° 1267.

<sup>809</sup> B. DONDERO, « L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné. À propos de la loi du 15 juin 2020 », *op. cit.*, p. 1275.

<sup>810</sup> Selon la doctrine : « L'intérêt social est un standard qui impose d'agir dans le respect des éléments fondamentaux de la société. L'intérêt social ne se confond pas avec l'intérêt personnel des associés ou des dirigeants. L'intérêt social transcende les intérêts égoïstes des associés et exprime une norme de comportement, une sorte de « devoir être », cf. D. BERT et F. PLANCKEEL, *Cours de droit commercial et des affaires*, *op. cit.*, p. 141, n° 443.

<sup>811</sup> D. BERT et F. PLANCKEEL, *ibidem*.

<sup>812</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Disponible sur [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr)

<sup>813</sup> Auto-entrepreneur : Il s'agit d'un statut fiscal et social, avec un régime de contributions et de cotisations défini de manière forfaitaire. Il s'adresse en principe à ceux qui exercent déjà une activité à temps partiel. Ces personnes doivent simplement déclarer leur activité auprès d'un centre de formalité des entreprises. Elles ne sont pas immatriculées et n'ont pas le bénéfice des baux commerciaux. Aussi peuvent-elles faire l'objet d'une procédure collective. Cf. D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, *op. cit.*, pp. 67-68, n° 136 et 139 ; E. DUBUISSON, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, *op. cit.*, p. 6, n° 14.

<sup>814</sup> B. PETIT, *Droit commercial*, 6<sup>e</sup> édition, LexisNexis, 2016, p. 31, n° 61.

<sup>815</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 2, n° 3.

temps partiel<sup>816</sup>. Il est possible d'être EIRL et auto-entrepreneur, tout comme on peut être EIRL sans être auto-entrepreneur<sup>817</sup>.

**912.** En résumé, il ressort que le dogme de l'unité du patrimoine a longtemps été un obstacle à l'admission du patrimoine d'affectation. Après de nombreux attermolements, caractérisés par divers contournements du législateur, celui-ci a fini par remettre ce principe en cause en créant l'EIRL. Ce processus, a été amorcé avec la fiducie et l'entreprise personnelle à responsabilité limitée. L'EIRL consiste essentiellement en l'affectation d'un patrimoine avec ceci d'original qu'elle ne débouche pas sur la création d'une personne morale, et est destiné à l'exercice d'une activité professionnelle. Ce mécanisme soumet l'entrepreneur individuel à un régime juridique particulier.

## **Section 2 : Le régime juridique de l'EIRL**

**913.** Avec l'EIRL, le professionnel est à la tête, en plus de son patrimoine privé, d'un patrimoine dédié à son activité professionnelle. Ce second patrimoine, d'affectation, est régi par des règles, de sa constitution (§1) à sa fin, en passant par son fonctionnement (§2).

### **§1 : La constitution du patrimoine d'affectation**

**914.** La déclaration d'affectation constitue l'acte de naissance du patrimoine affecté (I). Aussi, celle-ci n'est pas sans effets, notamment à l'égard des créanciers de l'entrepreneur (II).

#### **I : La déclaration du patrimoine d'affectation**

**915.** En instituant un acte de déclaration pour une affectation de biens, limitative de responsabilité, le législateur a été soucieux de l'intérêt des créanciers. Puisque leur gage s'en trouvait divisé, il était important qu'ils soient informés de l'affectation et du contenu de celle-ci (A). Ainsi, le législateur a assorti cet acte d'un formalisme (B).

---

<sup>816</sup> I. NURIT-PONTIER, « Dispense d'immatriculation de l'auto-entrepreneur : une simplification non dénuée de risque », *D.*, 5 mars 2009, n° 9, p. 585 et s. ; B. PETIT, *Droit commercial, op. cit.*, p. 31, n° 61.

<sup>817</sup> B. PETIT, *Droit commercial, ibidem*.

## **A : Objectifs de la déclaration**

**916.** La déclaration du patrimoine d'affectation vise la publicité (1) et l'identification des biens réellement affectés (2).

### **1 : La publicité**

**917.** Avec le fonds de commerce, le patrimoine unique du commerçant constitue le gage commun des créanciers, qu'ils soient commerciaux ou privés. En revanche, la division patrimoniale induite par le choix de l'EIRL cantonne le gage des créanciers professionnels uniquement au patrimoine affecté. Dès lors, puisque leur gage est réduit, ces créanciers ont besoin de le savoir<sup>818</sup>. C'est la raison pour laquelle le législateur a institué un formalisme visant cette information<sup>819</sup>. Ce besoin de clarté exige aussi que le contenu réel de l'affectation soit connu.

### **2 : La réalité et la consistance du patrimoine affecté**

**918.** Autant les créanciers ont besoin de connaître l'existence du patrimoine affecté, autant ils ont besoin d'en connaître le contenu exact. La déclaration d'affectation vise également à répondre à cette exigence. Les biens qui vont constituer le patrimoine affecté, le nouveau gage des créanciers professionnels, doivent être clairement identifiés dans l'acte de déclaration. Aussi doivent-ils être quantifiés, pour éviter une sous-évaluation ou une surévaluation du patrimoine affecté. Ainsi, l'entrepreneur individuel doit faire connaître, dans un document détaillé, la qualité et la quantité des éléments de son patrimoine qu'il compte affecter. Le détail de ces éléments doit être déposé sur un registre, au lieu où la déclaration est faite<sup>820</sup>.

**919.** En somme, le double objectif de la déclaration est d'informer de l'affectation et du contenu de celle-ci. C'est cela qui justifie les mentions requises dans l'acte de déclaration ainsi que le formalisme du dépôt de cet acte.

---

<sup>818</sup> D. MARTIN, « L'affectation d'un patrimoine : constitution du patrimoine », in F. TERRÉ (*dir.*), *EIRL, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Litec, 2010, pp. 25-40 ; p. 31, n° 64.

<sup>819</sup> C. com., art. L. 526-7.

<sup>820</sup> C. com., art. 526-8 al 1.

## **B : Contenu et dépôt de la déclaration**

**920.** Pour son dépôt (2) l'acte de déclaration doit comporter certaines mentions (1).

### **1 : Contenu de la déclaration**

**921.** Pour être reçue, la déclaration d'affectation doit comporter les biens affectés dans un état descriptif.

**922.** Premièrement, il s'agit des biens, droits, obligations ou sûretés, affectés à l'activité professionnelle, en nature, en qualité et en valeur.

**923.** Deuxièmement, il doit y être fait mention de l'objet de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté. Étant entendu que cette activité peut être commerciale, artisanale, agricole ou libérale.

**924.** Troisièmement, la déclaration d'affectation doit comporter les documents attestant de l'accomplissement des formalités requises<sup>821</sup>.

**925.** Du reste, quand un immeuble fait partie du patrimoine affecté, son affectation doit faire l'objet d'une publicité particulière auprès du bureau des hypothèques, pour la rendre opposable<sup>822</sup>.

**926.** Par ailleurs, un modèle type, certes facultatif, mais approuvé par arrêté du ministre de la justice garde des sceaux et celui de l'économie, est remis gratuitement par le greffe du tribunal de commerce. Prévu à l'article A. 526-1 du Code de commerce français, il complète les mentions ci-dessus par certaines informations, concernant notamment l'entrepreneur<sup>823</sup>.

### **2 : Dépôt de la déclaration**

**927.** Le dépôt de la déclaration d'affectation du patrimoine est l'acte concret qui marque la naissance réelle de l'EIRL.

**928. Pour les commerçants et les artisans.** Il s'effectue, pour les commerçants, au registre du commerce et des sociétés. Pour les artisans, il s'effectue au répertoire des métiers. En cas de double immatriculation, l'entrepreneur a le choix du registre de publicité légale. En l'espèce, la mention est tout de même portée dans l'autre registre.

**929. Pour les autres professionnels.** En ce qui concerne les professionnels libéraux, les agriculteurs et les auto-entrepreneurs, ils doivent effectuer leur dépôt de déclaration à un

---

<sup>821</sup> C. com., art. 526-6.

<sup>822</sup> C. com., art. L. 526-9.

<sup>823</sup> D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 220, n° 449.

registre tenu au greffe du tribunal statuant en matière commerciale du lieu de leur établissement principal<sup>824</sup>.

**930.** Ici, le dispositif de l'EIRL trouve une particularité en ceci que, contrairement à la solution préconisée pour la déclaration d'insaisissabilité, il n'y a pas de mesure de publicité requise dans un journal d'annonces légales<sup>825</sup>.

**931.** En somme, dans le but d'informer les créanciers, le législateur a institué un certain formalisme quant au contenu et au dépôt de l'acte d'affectation du patrimoine. Ce formalisme n'est pas sans effets.

## **II : Effets de la déclaration**

**932.** Une fois que la déclaration a été valablement effectuée, l'affectation du patrimoine qu'implique l'EIRL est opposable aux créanciers (A). Au demeurant, elle impacte leur gage (B).

### **A : Opposabilité aux créanciers**

**933.** Le législateur distingue les créanciers antérieurs des créanciers postérieurs à l'affectation. Pour les créanciers postérieurs à la déclaration, c'est-à-dire ceux dont les droits sont nés après l'affectation, l'opposabilité du patrimoine affecté est de plein droit (1). Il en va différemment des créanciers antérieurs à la déclaration (2)

#### **1 : Opposabilité de plein droit**

**934.** L'opposabilité dite « de plein droit » s'applique aux créanciers dont les droits sont nés après la déclaration d'affectation<sup>826</sup>. C'est ce qui ressort du premier alinéa de l'article L. 526-12 du Code de commerce, qui dispose que « [la] composition du patrimoine affecté est opposable de plein droit aux créanciers dont les droits sont nés postérieurement à la déclaration mentionnée à l'article L. 526-7 »<sup>827</sup>. Ici, il s'agit de créanciers qui entrent en relation d'affaires avec l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée après que celui-ci a accompli toutes les formalités nécessaires à l'affectation. Puisqu'ils s'engagent en connaissance de cause, il semble logique que l'affectation du patrimoine leur soit directement opposable<sup>828</sup>. La situation des créanciers antérieurs à l'affectation est différente.

---

<sup>824</sup> C. com., art. 526-7.

<sup>825</sup> D. MARTIN, « L'affectation d'un patrimoine : constitution du patrimoine », *op. cit.*, p. 32, n° 65.

<sup>826</sup> T. LEOBON, *Droit commercial, op. cit.*, p. 83.

<sup>827</sup> C. com., art. L. 526-12 al 1.

<sup>828</sup> P. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial, sociétés commerciales, op. cit.*, p. 15, n° 9.

## **2 : Opposabilité aux créanciers antérieurs à la déclaration**

**935.** L'affectation du patrimoine n'est pas opposable de plein droit aux créanciers antérieurs à sa déclaration. Elle est soumise au respect de certaines conditions.

L'entrepreneur doit le mentionner dans la déclaration et informer les créanciers dans les conditions fixées par voie réglementaire<sup>829</sup>. Cette prévision fut contestée devant le Conseil constitutionnel qui l'a néanmoins validée<sup>830</sup>. *Grosso modo*, l'entrepreneur individuel doit informer chaque créancier antérieur de la déclaration et de son contenu exact, par lettre recommandée avec accusé de réception<sup>831</sup>. Aussi obligation lui est-il faite de les informer de leur droit de former opposition dans un délai d'un mois à compter de la première présentation de l'information<sup>832</sup>.

Au demeurant, l'opposabilité de l'affectation entraîne, en toute hypothèse, une remise en cause des articles 2284 et 2285 du Code civil<sup>833</sup>.

## **B : La situation des créanciers par rapport au gage général**

**936.** La déclaration d'affectation qui acte la scission patrimoniale n'est pas sans impact sur l'assiette du gage des créanciers. Certes les créanciers voient leur gage limité au patrimoine affecté (1), mais ils disposent tout de même, sous certaines conditions, d'un dispositif contre les abus éventuels de l'entrepreneur (2).

### **1 : Limitation du gage général**

**937.** L'affectation du patrimoine débouche sur la limitation du gage des créanciers professionnels au patrimoine affecté et c'est, au demeurant, le but de l'EIRL<sup>834</sup>. Cette conséquence matérialise

---

<sup>829</sup> C. com., art. 526-12.

<sup>830</sup> Cons. const. 10 juin 2010, n° 2010-607-DC.

<sup>831</sup> C. com., art. R. 526-8, et art. D. 526-9.

<sup>832</sup> C. com., art. R. 526-10.

<sup>833</sup> Pour rappel, il est en effet prévu que « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ces biens mobiliers et immobiliers, présents et avenir » cf. C. civ., art. 2284. ; le texte suivant prévoit lui que : « Les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ». cf. C. civ., art. 2285.

<sup>834</sup> S. SCHILLER, « Quelle perméabilité contractuelle entre le patrimoine affecté et le patrimoine non affecté ? », *dr. et pat.*, avril 2010, p. 84 ; Sur l'éventualité pour des créanciers professionnels d'obtenir des garanties sur le patrimoine non affecté, cf. F. MACORIG-VENIER, « Observations sur l'EIRL et les sûretés », *Joly sociétés*, n° 3, p. 253 ; F. PEROCHON, « L'efficacité des mécanismes de préventions des risques : l'EIRL », in *Loi de sauvegarde des entreprises. Risques et responsabilité en droit des procédures collectives, Actes colloque*, Caen, Rev. proc. coll., 2010/6, dossier n° 5, p. 71 ; A-L. THOMAT-RAYNAUD, « Protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel et des droits des créanciers : vers quel équilibre ? », in *Actes colloque*, Corte, RLDA, juin 2010, p. 50, 16.

la remise en cause du principe de l'unité du patrimoine consacré aux articles 2284 et 2285 du Code civil.

**938.** Il convient de souligner qu'en plus, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée pourrait agir avec opportunisme en soustrayant volontairement certains biens aux poursuites des créanciers. En effet, dans la mesure où il est relativement libre dans la gestion de ses deux patrimoines, il pourrait effectivement transférer un bien professionnel vers le patrimoine personnel, si ce bien est menacé, et inversement, il pourrait également transférer un bien personnel vers le patrimoine professionnel pour qu'il ne soit pas saisi par les créanciers personnels. D'autant plus que l'insuffisance du patrimoine affecté n'appelle aucune mesure spéciale, du moins dans le principe.<sup>835</sup> Toutefois, le législateur a prévu un dispositif contre ce type d'abus.

## **2 : Dispositif anti-abus pour les créanciers**

**939.** Pour préserver les droits des créanciers, le législateur a prévu certains mécanismes.

**940. Droit de former opposition à l'affectation.** Les créanciers antérieurs peuvent former opposition afin de rendre l'affectation inopposable à leur égard. Cette opposition doit être faite dans un délai d'un mois à compter de la date de première présentation de l'information individuelle adressée par l'entrepreneur<sup>836</sup>.

**941. Protection en cas d'évaluation approximative des biens lors de la déclaration d'affectation.** En ce cas, l'entrepreneur individuel est responsable, pendant une durée de cinq ans à l'égard des tiers sur la totalité de ses biens, personnels et professionnels<sup>837</sup>.

**942. Protection en cas de manquement grave à certaines obligations.** Il s'agit exactement de la protection en cas de fraude ou de manquement grave aux obligations comptables ou aux règles concernant la composition du patrimoine affecté. Dans ce cas, la loi prévoit des sanctions en l'espèce : la reconstitution du patrimoine unique. En l'espèce la séparation des patrimoines devient inopposable aux créanciers victimes.

Par ailleurs, des mesures particulières sont prévues pour assurer le recouvrement des dettes fiscales et sociales de l'entrepreneur individuel<sup>838</sup>.

**943.** En somme, la déclaration d'affectation est l'acte constitutif de l'EIRL. Lorsque son formalisme est respecté, elle est *mutatis mutandis* opposable aux créanciers. En sorte que le

---

<sup>835</sup> B. MALLEY-BRICOUT, « L'affectation d'un patrimoine : fonctionnement et cessation », in F. TERRÉ (*dir*), *EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, op. cit., p. 36, n° 72.

<sup>836</sup> D. LEGAIS, op. cit., p. 141, n° 316; D. MARTIN, op. cit., p. 25, n° 54.

<sup>837</sup> C. com. art. 526-12 al 4.

<sup>838</sup> LPF, art. L. 273; CSS, art. L. 133-4-7.

patrimoine affecté à l'activité professionnelle répond, lui seul, des dettes nées de cette activité. Il y a en l'espèce une division du gage général des créanciers. Néanmoins, les créanciers disposent de certains moyens légaux pour que soient préservés leurs intérêts. Toutes ces règles de constitution du patrimoine d'affectation sont complétées par des règles relatives à son fonctionnement et à sa fin.

## **§2 : Le fonctionnement et la fin du patrimoine affecté**

**944.** L'EIRL a une existence qui succède à sa formation. Celle-ci est juridiquement encadrée à travers des règles relatives à son fonctionnement (I) et à sa transmission (II).

### **I : Le fonctionnement du patrimoine affecté**

**945.** Le fonctionnement du patrimoine affecté est marqué, concrètement, par l'exercice de l'activité par le professionnel EIRL. Durant ce fonctionnement, des évènements affectent cette personne (A), et d'autres touchent plutôt à ses patrimoines (B).

### **A : Évènement affectant l'entrepreneur**

**946.** L'exercice d'une activité professionnelle comme entrepreneur individuel à responsabilité limitée n'est pas un long fleuve tranquille. Il est rythmé par certains changements sur le plan personnel qui exigent des adaptations sur le plan juridique. Il en va ainsi de l'acquisition de la majorité car, sous certaines conditions, le mineur peut être EIRL (1) ; il y a aussi des changements inhérents au statut matrimonial (2).

#### **1 : Acquisition de la majorité par le mineur**

**947.** Sous certaines conditions, le mineur peut exercer le commerce et le statut d'entrepreneur à responsabilité limitée lui est ouvert<sup>839</sup>. S'il acquiert la majorité durant le fonctionnement du patrimoine affecté, il n'y a, a priori, pas de difficulté particulière. Au contraire, il peut dorénavant agir seul. Autrement dit, il n'est plus tenu de requérir une autorisation pour les actes de disposition et d'administration. Tout au plus le mineur, non émancipé au moment de l'affectation du patrimoine, devra-t-il modifier l'objet de son activité professionnelle à sa majorité. Cette modification se fait par une mention au registre dans lequel la déclaration a été effectuée<sup>840</sup>.

**948.** Il n'y a donc aucun bouleversement fondamental. Quid des évènements affectant le statut matrimonial ?

#### **2 : Évènements relatifs au statut matrimonial**

**949.** Si, par exemple, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée se marie, son statut de EIRL ne s'étend pas à son conjoint. En revanche, s'il le souhaite, le conjoint de l'EIRL peut

---

<sup>839</sup> Supra n° 888-889.

<sup>840</sup> C. com., art. 526-8, 2°.

devenir également EIRL pour exercer une autre activité. Dans cette hypothèse, les biens individuels et les biens communs devront être clairement identifiés. Ils ne pourront évidemment pas appartenir ou être affectés à plusieurs patrimoines à la fois<sup>841</sup>. Au demeurant, les conjoints seront tenus au respect des régimes matrimoniaux et du régime primaire<sup>842</sup>.

**950.** Ainsi, l'acquisition de la majorité et le fait que l'entrepreneur se marie, se pacse, ou tout autre changement de cette nature ne sont pas sans incidences sur le bénéfice du régime de l'EIRL. Il s'agit parfois de simples adaptations et d'une obligation de respecter certaines règles. Outre ces évènements, il y a aussi ceux qui touchent le patrimoine affecté.

## **B : Évènements touchant aux patrimoines de l'EIRL**

**951.** L'exercice d'une activité professionnelle sous le régime de l'EIRL soulève aussi la question des mouvements qui affectent les patrimoines privé et professionnel (1). Elle soulève enfin la question des revenus issus de l'exploitation du patrimoine affecté (2).

### **1 : Mouvements affectant les patrimoines**

**952.** Certains mouvements sont internes à chaque patrimoine, c'est-à-dire au patrimoine affecté et au patrimoine non affecté. Tandis que d'autres se produisent entre ces deux patrimoines.

**953. Mouvements internes aux patrimoines.** Quand un bien est cédé, et que l'entrepreneur acquiert un autre bien, le remplacement se fait automatiquement. En l'espèce, il peut être fait application du mécanisme de la subrogation réelle<sup>843</sup>. Il en va de même si le bien est détruit et donne lieu au versement d'une indemnité. Cette dernière prendrait effectivement la place du bien perdu<sup>844</sup>.

**954.** Il sied de soulever l'hypothèse où le bien acquis en remplacement d'un autre, dans le patrimoine personnel, serait un bien nécessaire à l'exercice de l'activité professionnelle de l'EIRL. En l'espèce, l'entrepreneur va devoir faire sortir ce bien de son patrimoine personnel, et le faire entrer dans le patrimoine affecté<sup>845</sup>. Faute pour lui de respecter cette exigence, le gage

---

<sup>841</sup> B. MALLET-BRICOUT, « L'affectation d'un patrimoine : fonctionnement et cessation », *op. cit.*, pp. 43-44, n° 82.

<sup>842</sup> A-M. LEROYER et J-F PILLEBOUT, « EIRL et droits des régimes matrimoniaux et des successions », in F. TERRÉ, (*dir.*), *EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, *op. cit.*, pp. 113-130.

<sup>843</sup> B. MALLET-BRICOUT, *op. cit.*, pp. 43-44, n° 87.

<sup>844</sup> B. MALLET-BRICOUT, *ibidem*.

<sup>845</sup> C. com., art. L. 526-6 al 2.

des créanciers s'étendrait, en l'espèce, à l'ensemble des deux patrimoines<sup>846</sup>. Au demeurant, dans cette hypothèse, il n'y aura pas de remplacement automatique<sup>847</sup>.

**955. Mouvement entre les deux patrimoines.** Sans le formuler de façon claire et formelle pour le moment, le législateur admet qu'il y a des interactions entre les patrimoines affecté et non affecté<sup>848</sup>. Ainsi, il peut y avoir des flux de biens entre ces patrimoines. Par exemple, pour renforcer le gage des créanciers professionnels en vue d'obtenir un crédit, l'entrepreneur peut, durant le fonctionnement du patrimoine affecté, sortir un bien de son patrimoine personnel pour l'intégrer au patrimoine professionnel. Postérieurement à l'affectation, des biens peuvent être intégrés au patrimoine d'affectation. En l'espèce, si ces biens s'avèrent nécessaires à l'activité professionnelle, une déclaration complémentaire devra être effectuée en conséquence<sup>849</sup>.

**956. Modification de l'objet de l'activité professionnelle.** En cas de modification de l'objet de l'activité professionnelle, l'entrepreneur doit veiller à la cohérence entre l'affectation et ce changement. Il doit procéder à la radiation du registre auquel il est immatriculé, si la nouvelle activité est totalement étrangère à l'activité d'origine<sup>850</sup>.

**957. Affectation postérieure d'un bien immobilier.** Si un bien immobilier est affecté au patrimoine professionnel postérieurement à l'affectation, l'entrepreneur doit faire une déclaration complémentaire au registre où la déclaration initiale a été déposée. Il ne pourra pas se départir des règles de publicité prévues en ce cas<sup>851</sup>.

**958. Affectation postérieure d'un bien commun ou indivis.** Si un bien commun ou indivis est aussi affecté postérieurement à la constitution du patrimoine d'affectation, une déclaration complémentaire est également exigée. Cette dernière devra être accompagnée de documents attestant de l'accord de l'autre conjoint ou des coïndivisaires, ainsi que de leur information préalable sur les droits des créanciers professionnels sur le patrimoine affecté<sup>852</sup>.

**959. Sortie d'un bien du patrimoine affecté.** Le législateur ne s'est pas encore prononcé sur cette question. Rien ne semble, *a priori*, s'opposer à une telle hypothèse. D'autant plus qu'il y a un risque qui pèse sur le gage des créanciers professionnels. En effet, l'entrepreneur pourrait

---

<sup>846</sup> « Il est également responsable sur la totalité de ses biens et droits en cas de fraude ou en cas de manquement grave aux obligations prévues à l'article L. 526-13 », cf. C. com., art. L. 526-12 al 7 ; v. B. MALLEY-BRICOUT, *op. cit.*, pp. 43-44, n° 88.

<sup>847</sup> Sur l'appréciation de ses solutions, cf. MALLEY-BRICOUT, « L'affectation d'un patrimoine : fonctionnement et cessation », *op. cit.*, pp. 43-44, n° 89.

<sup>848</sup> C. com. art., 526-18.

<sup>849</sup> B. MALLEY-BRICOUT « L'affectation d'un patrimoine : fonctionnement et cessation », *op. cit.*, pp. 43-44, n° 91.

<sup>850</sup> B. MALLEY-BRICOUT, *ibidem*.

<sup>851</sup> T. LEOBON, *Droit commercial, op. cit.*, p. 82 ; B. MALLEY-BRICOUT, *ibidem*.

<sup>852</sup> C. com. art. L. 526-11.

soustraire des biens importants du patrimoine affecté en les aliénant, même frauduleusement. Le législateur devrait entrevoir cette hypothèse. Il pourrait, par exemple, préconiser une modification ou une actualisation de la déclaration d'affectation<sup>853</sup>.

Le fonctionnement du patrimoine affecté n'implique pas que la prise en compte de ces différents événements. Il soulève aussi la question des revenus du patrimoine affecté et des difficultés auxquelles il peut faire face.

## **2 : Revenus du patrimoine affecté**

**960.** Le but ultime de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est de réaliser du profit, tout en limitant sa responsabilité.

**961. La liberté de l'EIRL dans la répartition des revenus par patrimoine.** En principe, les revenus de l'activité professionnelle entrent dans le patrimoine affecté. La loi donne le droit à l'entrepreneur de décider de la répartition des revenus entre les deux patrimoines<sup>854</sup>. Le problème, en l'espèce, c'est la possibilité offerte à l'entrepreneur, au détriment des créanciers, de priver le patrimoine affecté de ces biens. D'autant plus que le législateur ne fixe aucune limite quant au montant.

**962. Protection des créanciers professionnels.** Pour les créanciers professionnels, l'entrepreneur ne transfère pas la propriété de ses revenus à une autre personne, puisqu'il reste titulaire des deux patrimoines. Autrement dit, en cas d'abus ou de fraude, il pourrait toujours répondre sur l'ensemble de ces patrimoines<sup>855</sup>.

**963. Protection des créanciers personnels.** Les créanciers personnels ne sont pas lésés non plus. Ils ont le droit de se faire payer sur les revenus du patrimoine affecté. Ainsi, l'article L. 526-12 *in fine* du Code de commerce prévoit qu'« [en] cas d'insuffisance du patrimoine non affecté, le droit de gage général des créanciers mentionnés au 2° du présent article peut s'exercer sur le bénéfice réalisé par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée lors du dernier exercice »<sup>856</sup>.

Les deux hypothèses ci-dessus révèlent surtout le manque réel d'étanchéité entre les patrimoines privé et professionnel<sup>857</sup>.

**964.** En somme, de nombreuses règles encadrent le fonctionnement du patrimoine affecté. Certaines sont relatives aux événements affectant l'entrepreneur, tandis que d'autres visent les

---

<sup>853</sup> D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 229, n° 468; B. MALLET-BRICOUT, *op. cit.*, p. 49, n° 92.

<sup>854</sup> C. com. art., L. 526-18.

<sup>855</sup> C. com. art. L. 526-14; CSS. art., L. 133-4-7; LPF, art. L. 273 B.

<sup>856</sup> C. com. art., L. 526-12 *in fine*.

<sup>857</sup> B. MALLET-BRICOUT, *op. cit.*, p. 52 et 56, n° 95 et 101.

événements touchant à ses patrimoines. La liste des cas sus exposés n'est donc pas exhaustive. Par ailleurs, d'autres règles encadrent la fin du patrimoine affecté ou sa transmission. Au demeurant, l'examen de tout ce qui précède révèle certaines lacunes de l'EIRL.

## **II : Transfert, transmission et autres questions liées au patrimoine affecté**

**965.** Le patrimoine affecté peut, à terme, être transféré, ou être transmis (A). Du reste, le mécanisme de l'EIRL, malgré ses atouts, présente des lacunes qui, aujourd'hui, poussent à entrevoir d'autres mécanismes tendant à limiter la responsabilité du commerçant et des autres professionnels (B).

### **A : Transfert et transmission du patrimoine affecté.**

**966.** La transmission du patrimoine d'affectation survient en cas de décès (1). Il peut aussi être transféré entre vifs (2).

#### **1 : Transmission pour cause de mort**

**967.** La déclaration d'affectation qui est l'acte fondateur de l'EIRL cesse *mutatis mutandis* de produire ses effets, entre autres, en cas de décès de l'entrepreneur. Le législateur a en effet prévu qu'« [en] cas de renonciation de l'entrepreneur individuel à responsabilité à l'affectation ou en cas de décès de celui-ci, la déclaration mentionnée à l'article L. 526-7 cesse de produire ses effets »<sup>858</sup>. Dans ce cas, il revient aux héritiers, aux ayants droits ou au mandataire de porter la mention du décès au registre qui a servi pour la déclaration.

**968. Maintien de la limitation du gage des créanciers.** L'affectation reste opposable aux créanciers. En sorte qu'ils n'ont pour gage que celui qui était le leur au moment du décès. Autrement dit, les créanciers professionnels ne pourront pas se faire payer sur le patrimoine privé de l'entrepreneur décédé<sup>859</sup>.

**969. Possibilité de maintien de l'affectation.** L'affectation ne cesse pas si l'un des héritiers manifeste sa volonté de poursuivre l'activité pour laquelle le patrimoine a été préalablement affecté<sup>860</sup>. En l'espèce, après avoir manifesté sa volonté, il devra procéder au dépôt d'une déclaration de reprise, au registre auquel a été effectuée la déclaration initiale d'affectation<sup>861</sup>.

---

<sup>858</sup> C.com. art. L.526-15 al 1.

<sup>859</sup> C.com. art., L. 526-15 al 1 *in fine*.

<sup>860</sup> C. com. art., L526-16 al 1.

<sup>861</sup> C. com. art., L.526-16 al 1.

La transmission à cause de mort n'est du reste pas la seule issue pour le patrimoine affecté. Ce dernier peut encore être transféré entre vifs.

## **2 : Transfert entre vifs**

**970.** Le patrimoine affecté peut faire l'objet d'une cession, d'un transfert de propriété ou d'un apport en société. Pour leur opposabilité, ces opérations exigent de l'entrepreneur qu'il procède simplement à une nouvelle déclaration pour l'information des tiers, notamment des créanciers et ce, au registre auquel la déclaration initiale a été faite<sup>862</sup>.

**971. Cession de fonds de commerce et cession du patrimoine affecté.** Ici, l'EIRL produit la plénitude de ses effets recherchés par le législateur pour faire face aux limites du fonds de commerce. En effet, sans substitution ni novation à leur égard, le cessionnaire, le donataire, ou le bénéficiaire de l'apport est débiteur des créanciers de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée qui avait affecté un patrimoine alors que la cession du fonds de commerce, elle, n'entraîne que le transfert de ses éléments actifs<sup>863</sup>.

Contrairement au fonds de commerce, les dettes et les créances du commerçant EIRL ne lui sont pas, en l'espèce, personnelles. Dès lors, par exemple, la cession de son « fonds » emporte directement transfert de ces éléments au cessionnaire. Mieux, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est dispensé du formalisme contraignant de la cession, ou de l'apport en société, du fonds de commerce prévu aux articles L. 141-1 à L. 141-22 du Code de commerce et 150 à 153 de l'acte uniforme OHADA portant sur le droit commercial général.

**972. Opposition à la cession du patrimoine affecté.** Comme au moment de la constitution de l'EIRL, les créanciers de l'entrepreneur disposent d'un droit d'opposition en cas de cession du patrimoine affecté. Il s'agit précisément des créanciers professionnels dont les créances sont antérieures à la cession et ceux auxquels la déclaration n'est pas opposable. Ils peuvent s'opposer à la transmission du patrimoine affecté dans le mois de sa publication<sup>864</sup>.

---

<sup>862</sup> C.com. art., L. 526-17 al 1.

<sup>863</sup> C. com. art. L. 526-17 al 3 et 6; M-H. MONSERIE-BON, « Brèves réflexions sur les contrats et l'EIRL », *Bull. Joly entr.*, 2011, n° 1, p. 65 ; D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 231, n° 473.

<sup>864</sup> C. com. art. L. 526-71, II.

## **B : Limites de l'EIRL**

**973.** Il est important de relever que l'EIRL présente des lacunes même si ce régime est une réponse pertinente du législateur français à la crise actuelle du fonds de commerce. Ainsi, outre le fait que le principe de l'unité du patrimoine semble survivre malgré tout (1), de nombreuses critiques sont formulées à l'endroit de ce mécanisme (2).

### **1 : Une survivance du principe de l'unité du patrimoine**

**974.** Le but du législateur, en créant l'EIRL, était de limiter la responsabilité des professionnels, commerçants, agriculteurs, artisans et professionnels libéraux. Le régime de l'EIRL leur offre ainsi des réponses à certaines difficultés, qu'ils n'avaient pas avec les règles applicables à leurs fonds respectifs dont le modèle est le fonds de commerce.

**975. Une étanchéité fragile entre les patrimoines.** Avec l'EIRL, le professionnel dispose d'au moins deux patrimoines. S'il peut céder le patrimoine d'affectation, il lui reste toujours un patrimoine qu'il ne peut pas céder. Il s'agit précisément de son patrimoine non affecté qui répond, en principe, des dettes personnelles. « Toute personne a au moins un patrimoine personnel, qu'il lui est impossible d'abdiquer »<sup>865</sup>. En cas de fraude ou de manquement aux règles de comptabilité entre autres qui lui sont imposées, l'entrepreneur répond de ses obligations sur l'ensemble de ses deux patrimoines, le patrimoine affecté et le patrimoine personnel<sup>866</sup>. Dès lors, il ne serait pas inexact de dire que le principe de l'unité du patrimoine, *personnel*, survit à la création de l'EIRL<sup>867</sup>.

**976.** Cette analyse trouve écho auprès de la doctrine qui songe actuellement à d'autres solutions comme la pro-personnalité. « D'une certaine manière, l'on pourrait encore affirmer aujourd'hui que le droit français est régi par la « théorie de l'unité du patrimoine personnel »<sup>868</sup>. Cette affirmation est encore plus vraie en droit OHADA où l'EIRL n'existe pas encore. Le législateur OHADA pourrait d'ailleurs aussi tirer des leçons des autres limites de l'EIRL dans la perspective de sa réponse à la crise du fonds de commerce.

---

<sup>865</sup> D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 231, n° 173.

<sup>866</sup> C. com. art. L. 526-14; CSS. Art. L. 133-4-7; LPF, art. L. 273 B.

<sup>867</sup> D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 231, n° 173.

<sup>868</sup> D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 229, n° 469.

## 2 : Autres limites du régime de l'EIRL

977. Pour une partie de la doctrine, certaines lacunes du régime de l'EIRL suffisent à le remettre en cause dans son ensemble<sup>869</sup>. Ainsi, sans prétendre à l'exhaustivité, on notera quelques reproches qu'elle lui fait.

978. D'abord, le législateur de 2010 n'a pas véritablement réglé la question de l'EIRL à l'aune du droit des procédures collectives<sup>870</sup>. Aussi pointe-t-on généralement l'incomplétude et les difficultés liées à son régime fiscal<sup>871</sup>.

979. Ensuite, la protection de l'entrepreneur est limitée avec l'opposabilité, conditionnelle, de l'affectation aux créanciers antérieurs à celle-ci<sup>872</sup>. Cette critique paraît un peu excessive. La protection de l'entrepreneur est certes importante, mais elle ne doit pas déboucher sur une forme d'impunité. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il est compréhensible que ce dernier réponde sur l'ensemble de ses biens, professionnels et privés, en cas de fraude manifeste.

---

<sup>869</sup> Pour ROUSSEL : « Quoique réduits au strict minimum, ces garde-fous suffisent à justifier, chez les réfractaire à l'EIRL, une remise en cause de tout l'édifice de protection », F. ROUSSEL, « EIRL et droit du crédit et des sûretés. Le financement », in F. TERRÉ (dir), *EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, op. cit., p. 93 à 112, n° 254 ; M. MANJUCQ, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée : quelle utilité ? », Rev. Proc. Coll. 201, n° 2, p. 1. ; F-X. LUCAS, « De la fausse bonne idée à la vraie calamité », *Bull. Joly sociétés* avril 2010, n° 4, p. 311.

<sup>870</sup> M. MANJUCQ « EIRL et droit des procédures collectives », in F. TERRÉ (dir), *EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, op. cit., pp. 111-112, n° 261.

<sup>871</sup> S. JAMBORT, « Les lacunes du régime fiscal de l'EIRL », *Bull. soc. Joly* 2011, n° 3, p. 261 ; P. SERLOOTENS, « Fiscalité. De l'EURL à l'EIRL : une réforme à contresens », *LPA*, 28 avril 2011, n° 84, p. 24.

<sup>872</sup> F. ROUSSEL, op. cit., pp. 93-110, n° 250.

## **Conclusion du chapitre 1**

**980.** L'EIRL permet au commerçant, entre autres professionnels, d'intégrer dans son exploitation les biens exclus du fonds de commerce. Ce dispositif aboutit, lui, à la création d'un patrimoine d'affectation et donc d'une universalité de droit afin de limiter la responsabilité de l'entrepreneur. Dès lors, l'actif de l'exploitation répond en principe, seul, de son passif. L'avènement de l'EIRL est le fruit d'un long processus marqué par le respect et la préservation du principe de l'unité du patrimoine, avant sa remise en cause. L'EIRL a ceci d'original, entre autres, qu'il est un patrimoine d'affectation ne donnant pas lieu à la création d'une personne morale, contrairement à l'EURL. Un régime juridique propre lui a été consacré par le législateur, de sa constitution à sa transmission globale.

**981.** Toutefois, le dispositif de l'EIRL n'attire pas tous les commerçants et les autres professionnels. Ses règles sont jugées par certains comme étant trop complexes. Ses lacunes peuvent être évitées ou limitées par le législateur OHADA en instituant, lui, le mécanisme de la pro personnalité, notamment en droit OHADA.



## CHAPITRE 2 : LA PRO-PERSONNALITÉ, SOLUTION ENVISAGEABLE PAR LE LÉGISLATEUR OHADA

982. Parmi les solutions possibles pour faire évoluer la nature du fonds de commerce, il y a le concept de pro-personnalité. Celui-ci reste une solution envisageable, notamment par le droit OHADA, même si le législateur français a opté pour l'EIRL<sup>873</sup>. Permettant de concilier divers intérêts<sup>874</sup>, cette notion s'inscrit dans un mouvement prônant la compatibilité entre la divisibilité de la personnalité avec la théorie de l'unité du patrimoine<sup>875</sup>. L'idée de personnalité professionnelle, ou pro-personnalité, permet de diviser en deux la personnalité juridique, tout en conservant l'unité de la personne physique. Le patrimoine est une émanation de la personnalité juridique et, il dure aussi longtemps que cette personnalité demeure<sup>876</sup>. Dès lors, puisqu'il y aurait désormais deux personnalités, professionnelle et privée, il y aurait par conséquent aussi deux patrimoines. L'un serait le gage général des créanciers professionnels, et l'autre le gage général des créanciers privés. Au demeurant, chaque personnalité ne disposerait toujours que d'un seul et unique patrimoine. Après avoir ainsi clarifié cette notion de pro-personnalité (section 1), il conviendra d'envisager son régime juridique (Section 2).

---

<sup>873</sup> F. MACORIG-VENIER, « Observations sur l'EIRL et les sûretés », *op. cit.*, n° 9 ; E. DUBUISSON, « La non-adoption de la pro personnalité, in *Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL)*, Dr. et pat., avril, 2010, p. 75 ; Il convient de souligner ici que le fait que le droit français n'a pas opté pour la pro personnalité ne remet pas en cause la pertinence de ce mécanisme. C'est simplement le contexte, marqué par l'avance prise par le projet de création de l'EIRL, qui ne l'a pas permis. Cf. C. BARREAU, « Les dispositifs tendant à limiter le risque entrepreneurial », *op. cit.*, p. 529.

<sup>874</sup> Notamment la protection du patrimoine du commerçant, entre autres professionnels, et celle de ses créanciers, cf. C. BARREAU, *op. cit.*, p. 529.

<sup>875</sup> E. DUBUISSON : « L'exploitation du fonds à risque limité- proposition pour instaurer une pro-personnalité », in *Propriété incorporelles, 105<sup>e</sup> congrès/Notaires de France*, ACNF 2009, n° 4409 s., p. 1193, A.L. THOMAS-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : Essai critique*, *op. cit.*, p.346, n° 944 à 946. ; A. WEIL et F. TERRÉ, *Droit civil, Les obligations*, 4<sup>e</sup> édition, Précis Dalloz 1987, n° 88, p. 84.

<sup>876</sup> S. SCHILLER, *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 33, n° 27.

## **Section 1 : Le concept de pro personnalité**

**983.** Pour comprendre la notion de pro-personnalité, il faudrait en donner la définition et montrer comment elle se structure (§1). Aussi, en la comparant avec des notions voisines, cela permet d'en cerner l'intérêt (§2).

### **§1 : Approches définitionnelle et structurelle de la notion de pro personnalité**

**984.** La pro-personnalité consiste en un dédoublement de la personnalité juridique (I), et en une limitation du gage des créanciers en fonction de la nature de la dette, selon que cette dernière est professionnelle ou privée (II).

#### **I : Dédoublement de la personnalité juridique**

**985.** Traditionnellement, la personnalité juridique est unique et le patrimoine, qui en est l'émanation, est tout aussi unique. La pro-personnalité va à l'opposé de ce schéma classique. Elle repose, elle, sur un dédoublement en amont de personnalité juridique (A), et sur une séparation en aval du patrimoine (B).

#### **A : Séparation en amont de la personnalité juridique**

**986.** Certes, la personnalité juridique se dédouble (1), mais la personne physique reste unique. C'est donc une seule et même personne qui va jouir de deux personnalités (2).

##### **1 : Séparation de la personnalité**

**987. Notion de personnalité juridique.** La personnalité juridique, qui manque par ailleurs au fonds de commerce, est au cœur du mécanisme de la pro-personnalité proposé ici. Pour rappel, c'est l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations<sup>877</sup>. C'est une émanation de la personne en tant qu'individu<sup>878</sup>. Plus exactement, en l'espèce, il s'agit de sa faculté à agir sur son patrimoine, et donc à choisir telle ou telle dépenses, tel investissement plutôt que tel autre.

---

<sup>877</sup> G. CORNU, *Droit civil, Les personnes*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> édition, 2007, p. 26, n° 13 ; S. MAUCLAIR, *Droit des personnes*, Ellipses, 2019, p. 5.

<sup>878</sup> S. SCHILLER, *Droit des biens, op. cit.*, p. 33, n° 27.

**988.** S'agissant de la pro personnalité à proprement parler, elle consiste en la création d'un patrimoine professionnel distinct du patrimoine privé, sur la base d'un dédoublement de la personnalité juridique<sup>879</sup>.

**Vie privée, vie professionnelle, personnalité juridique.** La notion de pro-personnalité s'appuie sur l'idée que la personne, tout en restant la même, agit différemment dans son activité professionnelle et dans la sphère privée. Par exemple, ses achats pour son activité professionnelle ne sont pas forcément les mêmes que ceux nécessaires à sa vie privée. De ce postulat, on tire la nécessité de séparer sa personnalité juridique selon la sphère, privée ou professionnelle, où agit la personne. Au résultat, il y a, d'une part, la personnalité civile, pour la vie extraprofessionnelle. D'autre part, il y a la personnalité professionnelle ou pro-personnalité, pour les affaires professionnelles<sup>880</sup>. Dès lors, pour l'exercice de son activité professionnelle, l'entrepreneur individuel bénéficie d'une personnalité spécifique, et donc d'un patrimoine spécifique aussi<sup>881</sup>. Bien que la personnalité juridique se dédouble, l'unicité de la personne, elle, reste préservée.

## **2 : Préservation de l'unicité de la personne**

**989.** La notion de pro-personnalité conduit à un dédoublement de la personnalité juridique. Toutefois la personne reste la même. C'est donc une seule et même personne, physique, qui va disposer de deux personnalités différentes, l'une professionnelle et l'autre privée<sup>882</sup>. Aussi, le dédoublement préconisé ici ne concerne que les personnes physiques. Le mécanisme de la pro-personnalité n'est pas adapté aux personnes morales, car la personnalité des personnes morales, c'est-à-dire leur aptitude à agir sur leur patrimoine, est limitée par l'objet de la société tel que prévu dans leurs statuts<sup>883</sup>.

**990. Personne et personnalité.** La personnalité est consubstantielle à la personne, mais elle s'en distingue. En effet, la personne, c'est l'être humain fait de chair et de sang. C'est la personne humaine dans son intégralité, corps et âme<sup>884</sup>. Elle est le support sur lequel viennent se fixer les droits subjectifs. Et, c'est justement la personnalité juridique qui permet de jouir

---

<sup>879</sup> C. BARREAU, « Les dispositifs tendant à limiter le risque entrepreneurial », *op. cit.*, p. 529.

<sup>880</sup> C. DE LA RIVIERE, « Unicité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité », *op. cit.*, p. 64. ; E. DUBUISSON : « L'exploitation du fonds à risque limité-proposition pour instaurer une pro-personnalité » *op. cit.*, p. 1192, n° 4413 ; C. BARREAU, *op. cit.*, p. 529.

<sup>881</sup> DUBUISSON *op. cit.*, p. 1192, n° 4414. ; N. DISSAUX, « Fonds de commerce. Généralités », *Jurisque* commercial, Fascicule. 201, octobre. 2010. p. 5, n° 6.

<sup>882</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1192, n° 4413.

<sup>883</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>884</sup> G. CORNU, *Droit civil, Les personnes, op. cit.*, p. 29, n° 15.

desdits droits. Elle, elle n'est que l'aptitude reconnue à la personne humaine, et accessoirement à la personne morale, d'être sujet de droits<sup>885</sup>.

**991.** En résumé, la notion de pro-personnalité aboutit à un dédoublement de la personnalité juridique pour une seule et même personne physique. Le patrimoine étant une émanation de cette personnalité juridique, il devient multiple, lui aussi, mais reste unique pour chaque personnalité.

## **B : Division en aval du patrimoine**

**992.** La séparation des patrimoines en aval se fait en fonction de l'usage, professionnel ou privé, qui est fait de chaque bien ou groupe de biens (1). Même s'il y a augmentation du nombre de patrimoines, le principe de l'unité du patrimoine n'est fondamentalement pas remis en cause (2).

### **1 : Une division patrimoniale fondée sur l'usage des biens**

**993.** Une fois que la séparation des personnalités est établie, chacune d'elle dispose de son patrimoine. Mais, puisqu'il s'agit toujours de la même personne physique, il faudrait organiser la répartition de ses biens dans les deux patrimoines. Autrement dit, il faudrait déterminer les biens qui entrent dans le patrimoine professionnel, et ceux qui restent dans le patrimoine privé.

**944. Détermination de l'appartenance des biens aux différents patrimoines.** Le principe serait que c'est la personnalité agissante qui détermine l'appartenance du bien au patrimoine privé ou au patrimoine professionnel. En sorte que, en cas d'opération, si l'acte juridique impliquant un bien porte expressément la marque de la pro-personnalité, le bien appartient au patrimoine professionnel. Si, au contraire, il porte la marque de la personnalité privée, le bien appartient au patrimoine privé<sup>886</sup>.

**995. Contestation de l'appartenance d'un bien à un patrimoine donné.** Si l'appartenance du bien est discutée, la preuve contraire pourra être reçue selon les règles du droit commun<sup>887</sup>. Ainsi la preuve incomberait à celui qui voudrait contester le titre<sup>888</sup>.

---

<sup>885</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1190, n° 4411.

<sup>886</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1198, n° 4443.

<sup>887</sup> PH. TIGER, « Droit de la preuve dans l'espace OHADA : introduction générale », *Revue de droit uniforme africain*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>888</sup> PH. TIGER, *ibidem*.

La personnalité privée étant la règle, et la pro-personnalité étant l'exception ; en cas de silence de l'acte sur la pro-personnalité, le bien sera considéré comme appartenant au patrimoine privé<sup>889</sup>.

**996. Les biens mixtes.** Ils dépendront des deux patrimoines, à hauteur de ce que le titre donnera comme information à leur sujet. Une indivision, dont les règles de mise en œuvre seront le droit commun en la matière, sera ainsi établie<sup>890</sup>. Au demeurant, des moyens de preuve seront préconisés en cas d'absence de titre. On pourra, par exemple s'appuyer sur le dépôt par l'entrepreneur des comptes de bilan avec un tableau des immobilisations. Ainsi, à titre illustratif, l'inscription du bien dans les immobilisations fera présumer son appartenance au patrimoine professionnel<sup>891</sup>.

**997.** Même s'il y a désormais deux patrimoines, le principe de l'unité du patrimoine reste préservé.

## **2 : Respect du principe de l'unité du patrimoine**

**998. À chaque personnalité juridique correspond un seul et unique patrimoine.** L'idée de pro-personnalité n'entraîne pas une pluralité de patrimoine pour une même personnalité juridique. Tout au plus, c'est la personne physique qui, disposant d'une personnalité juridique dédoublée, agit sur les patrimoines en utilisant soit la personnalité civile, soit la pro-personnalité<sup>892</sup>.

**999. Divisibilité de la personnalité et unicité du patrimoine.** La notion de pro-personnalité s'inscrit dans un mouvement doctrinal plus vaste prônant la compatibilité entre la divisibilité de la personnalité et l'unicité du patrimoine<sup>893</sup>. Ainsi, A-L. THOMAS-RAYNAUD affirme : « Les personnalités sont par définition liées à une personne qui est unique. La personne humaine ramène à l'unité la pluralité de personnalités reconnues par la loi. Même s'il y a pluralité de personnalité, il y aura toujours une personne »<sup>894</sup>.

---

<sup>889</sup> Pour les concepteurs de la théorie de la pro-personnalité : « La personnalité civile est le principe, la pro-personnalité l'exception ». Cf. E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1193, n° 4414.

<sup>890</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1198, n° 4443.

<sup>891</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>892</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1192, n° 4413.

<sup>893</sup> G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Bibli. dr. privé, t. 253, LGDJ 1996, p. 195, n° 195 ; G. FARJAT : « Entre les personnes et les choses, les centre d'intérêts », *RTD. civ.*, 2002, p. 221 et s. spéc. p. 232 ; A. WEIL et F. TERRÉ, *op. cit.*, p. 8, n° 88 ; O. SAVARY et E. DUBUISSON, « Proposition pour un statut de l'entrepreneur individuel : le concept de « pro-personnalité », *Dr. et Patr.* n° 180, avril 2009, p. 40.

<sup>894</sup> A.L. THOMAS-RAYNAUD, *op. cit.*, p.433 n° 947 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, op. cit.*, p. 189, n° 195.

**1000.** Ainsi, la pro-personnalité consiste, dans un premier temps, en un dédoublement de la personnalité juridique. La personne reste néanmoins la même. Malgré l'augmentation du nombre de patrimoines, consubstantielle à celle du nombre des personnalités, le principe de l'unité du patrimoine reste préservé. Le second aspect de la pro-personnalité c'est la limitation du gage des créanciers.

## **II : Limitation du gage des créanciers à raison de la personnalité dont procède la dette**

**1001.** Du fait du dédoublement de la personnalité juridique et l'augmentation des patrimoines qui en découle, il y a un cantonnement des dettes professionnelles à raison de la pro-personnalité ou personnalité professionnelle (A). L'analyse de cette limitation de responsabilité permet d'apprécier l'étanchéité du patrimoine privé tant recherchée (B).

### **A : Cantonnement des dettes professionnelles à raison de la pro-personnalité**

**1002.** Les recours des créanciers professionnels sont limités seulement aux actifs dédiés à l'activité professionnelle (1). Inversement, le patrimoine privé répond des dettes non professionnelles (2).

#### **1 : Limitation des recours des créanciers professionnels au patrimoine professionnel**

**1003.** Le but du mécanisme de la pro-personnalité est évidemment de limiter la responsabilité de l'entrepreneur. Il y parvient car il entraîne un cantonnement des dettes professionnelles à raison de la pro-personnalité. Autrement dit, les créanciers professionnels n'ont pour gage général que le patrimoine professionnel. Ainsi, leurs recours doivent être dirigés sur les biens procédant de la pro-personnalité ou personnalité professionnelle, et non sur les biens privés qui, eux, procèdent de la personnalité civile<sup>895</sup>.

**1004.** Au demeurant, même si elle est limitée au patrimoine professionnel, la responsabilité de l'entrepreneur agissant sous la pro-personnalité reste absolue et indéfinie, mais uniquement sur les actifs dédiés à l'exercice de sa profession<sup>896</sup>. Quid des dettes non professionnelles ?

---

<sup>895</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1193, n° 4415.

<sup>896</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1197, n° 4430.

## **2 : Limitation des recours des créanciers non professionnels au patrimoine privé**

**1005.** Tout ce qui ne procède pas de la pro-personnalité relève de la personnalité civile<sup>897</sup>. L'entrepreneur agissant avec sa personnalité civile répond de ses dettes sur son patrimoine privé. En d'autres termes, les dettes procédant de la personnalité civile sont couvertes par l'ensemble des biens de la personne, exceptés ceux dédiés à l'exercice de son activité professionnelle. Il sied de relever que la personnalité d'une personne physique qui agit généralement est plutôt sa personnalité civile. Il n'en est *a priori* autrement que si elle agit par l'effet de sa pro-personnalité. Dès lors, souligne E. DUBUISSON, « La personnalité civile est le principe, la pro-personnalité l'exception »<sup>898</sup>.

**1006.** La pro-personnalité conduit à un fractionnement du patrimoine en sous-ensembles. Le but est de protéger le patrimoine privé contre les effets des recours professionnels. Ainsi, il apparaît judicieux d'apprécier l'étanchéité qu'apporte ce mécanisme audit patrimoine privé.

## **B : Étanchéité du patrimoine privé**

**1007.** Face aux conséquences des recours, parfois abusifs, des créanciers professionnels, la pro-personnalité permet de rendre étanche le patrimoine privé de l'entrepreneur. Ainsi, en principe, il n'y a pas de responsabilité personnelle susceptible d'engager ce patrimoine privé (1). Ce principe n'est toutefois pas sans exceptions (2).

### **1 : Absence de responsabilité personnelle**

**1008.** La pro-personnalité permet d'agir professionnellement. Cependant, en conférant au professionnel une aptitude à agir, elle engendre une responsabilité. Cette responsabilité est dédiée au patrimoine professionnel. Elle n'est donc pas personnelle<sup>899</sup>.

La responsabilité de l'entrepreneur née des actes procédant de sa personnalité professionnelle ou pro-personnalité est donc limitée. Elle est d'autant plus limitée que la pro-personnalité n'est pas une personne morale. En effet, la pro-personnalité ne vaut que pour les personnes physiques<sup>900</sup>.

En l'espèce, contrairement au dirigeant d'une personne morale, l'entrepreneur agissant avec sa personnalité professionnelle n'a pas la responsabilité personnelle que ce dirigeant aurait en cas

---

<sup>897</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1193, n° 4414.

<sup>898</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>899</sup> O. SAVARY et E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 40.

<sup>900</sup> N. DISSAUX, *op.cit.*, n° 6 ; E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1192, n° 4413.

de faute commise pendant sa gestion, pas plus que s'il outrepassait ses pouvoirs limités par des statuts. E. DUBUISSON fait ainsi observer : « L'entrepreneur a alors une responsabilité vraiment limitée puisqu'il n'existe aucune cause particulière permettant au créancier professionnel de recourir sur le patrimoine privé. En effet, par rapport à sa personnalité civile, l'entrepreneur apparaît sous sa pro-personnalité comme si c'était quelqu'un d'autre »<sup>901</sup>.

**1009.** Cette absence de responsabilité personnelle est néanmoins tempérée par quelques cas de recours exceptionnels des créanciers professionnels sur le patrimoine privé.

## **2 : Limites à l'absence de responsabilité personnelle**

**1010.** La pro-personnalité permet d'avoir une responsabilité vraiment limitée pour l'entrepreneur, tant et si bien qu'elle n'est que professionnelle. Toutefois, il est admis que celle-ci puisse s'étendre. En ce cas, deux principales exceptions sont prévues.

**1011. En cas de fraude.** Les créanciers professionnels peuvent recourir au patrimoine privé en cas de fraude. Il en est ainsi quand l'entrepreneur use intentionnellement de manœuvres pour nuire aux intérêts de ses créanciers professionnels. Il en va de même en cas de désordre dans les affaires de l'entrepreneur entraînant une confusion des patrimoines professionnel et privé.

**1012. En cas de mise en jeu de la responsabilité civile.** L'étanchéité du patrimoine privé prend un coup quand l'entrepreneur met en jeu sa responsabilité civile, par opposition à la responsabilité professionnelle, en consentant des garanties sur son patrimoine privé.

**1013.** En résumé, la notion de pro-personnalité se caractérise par un dédoublement de la personnalité juridique. L'augmentation, en amont, du nombre de personnalités juridiques entraîne, en aval, celle des patrimoines qui leur sont respectivement attachés. La notion de pro-personnalité suppose aussi une limitation de responsabilité. En sorte qu'il y a un cantonnement des dettes en fonction de la personnalité, privée ou professionnelle, dont elles procèdent. Ainsi présentée, la notion de pro personnalité ne se confond pas avec certaines notions voisines.

## **§2 : Pro-personnalité et notions voisines**

**1014.** La pro-personnalité présente de nombreux avantages par rapport à des notions voisines, à certains dispositifs qui ont déjà vu le jour. Ces mécanismes voisins partagent avec elle certains aspects comme la recherche d'une limitation de responsabilité, ou certaines règles de création. Néanmoins, la pro-personnalité s'en distingue à bien d'égards. On pourrait en faire une

---

<sup>901</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1197, n° 4430.

appréciation par rapport à l'entrepreneur du droit OHADA, et l'EURL (I). Une comparaison avec le patrimoine d'affectation s'avère aussi édifiante (II).

## **I : Pro-personnalité, Entrepreneur du droit OHADA, et EURL**

**1015.** En offrant plus d'atouts, la pro-personnalité se distingue aussi bien de l'entrepreneur (A), que de l'EURL (B).

### **A : La pro-personnalité et l'Entrepreneur du droit OHADA**

**1016.** Il convient de présenter le statut de l'entrepreneur du droit OHADA (1) avant de le comparer avec le mécanisme de la pro-personnalité (2).

#### **1 : L'entrepreneur en droit OHADA**

**1017.** Le statut de l'entrepreneur est prévu par l'acte uniforme de OHADA révisé, portant sur le droit commercial général, aux articles 30 et suivants. Ce texte identifie les professionnels qui sont éligibles à ce statut. Il prévoit par ailleurs les règles qui leur sont applicables. À la suite du législateur OHADA qui identifie les personnes concernées par ce mécanisme<sup>902</sup>, on peut définir l'« entrepreneur » comme un professionnel indépendant qui participe au dynamisme de la vie économique par l'exercice d'une activité professionnelle, commerciale ou civile<sup>903</sup>.

**1018. Les personnes concernées.** Le statut d'entrepreneur est ouvert à l'entrepreneur individuel exerçant une activité professionnelle civile, artisanale, agricole ou commerciale. Autrement dit, ce sont les professionnels libéraux, les artisans, les agriculteurs ou les commerçants qui sont éligibles à ce statut. Ceux qui exercent une activité industrielle ne sont pas concernés. Ils ne font pas partie de l'énumération légale de ces entrepreneurs individuels prévue par l'article 30 de l'AUDCG-REVI<sup>904</sup>. Le législateur OHADA n'en donne pas la définition. Aux termes de l'article 30 précité on déduit qu'il renvoie pour cela aux législations des États membres de l'OHADA, ce qui, au demeurant, est regrettable. Le dernier alinéa de ce texte dispose ainsi : « Chaque État partie fixe les mesures incitatives pour l'activité de l'entrepreneur notamment en matière d'imposition fiscale et d'assujettissement aux charges sociales »<sup>905</sup>. Ce renvoi aux droits des États membres est source d'instabilité. En effet, à cause

---

<sup>902</sup> *Infra.*, n° 1018.

<sup>903</sup> D. TRICOT, « Statut du commerçant et de l'entrepreneur », *op. cit.* ; E. SANGO KABONGA, « Les entités économiques en droit OHADA », *op. cit.*, p. 5.

<sup>904</sup> AUDCG-REVI, art. 30 al 1 : « L'entrepreneur est un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole ».

<sup>905</sup> AUDCG-REVI, art. 30 *in fine*.

de cette méthode, la définition de la notion d'entrepreneur individuel peut varier selon les États. En conséquence, les personnes éligibles aux statuts d'entrepreneur peuvent différer d'un pays un autre. Un État pourrait refuser la qualité d'entrepreneur individuel à une personne qu'un autre État reconnaîtrait comme tel. Ceci est contraire à la finalité du droit OHADA qui est justement d'harmoniser les législations de ses États membres. Il eût été plus ingénieux pour le législateur africain de prévoir une définition qui fasse consensus et qui aurait été la même pour tous les États partie.

**1019. Les effets du statut d'entrepreneur.** L'application du statut d'entrepreneur a pour effet d'astreindre celui qui y est soumis à une série de règles, qui sont la contrepartie des avantages qu'il offre parallèlement<sup>906</sup>.

Aux termes de l'article 31 de l'Acte uniforme concerné ici, l'entrepreneur est tenu d'établir, dans le cadre de son activité, au jour le jour, un livre mentionnant chronologiquement l'origine et le montant de ses ressources en distinguant les règlements en espèces des autres modes de règlement d'une part ; la destination et le montant de ses emplois d'autre part. Ce texte ajoute que le livre en question doit être conservé pendant une durée minimum de cinq ans, et l'article 32 du même texte complète cette deuxième condition.

**Nécessité d'une déclaration au lieu d'une immatriculation.** L'entrepreneur étant dispensé de l'immatriculation, il doit néanmoins effectuer une déclaration d'activité auprès du greffe de la juridiction compétente.

**1020.** Les règles qui font la quintessence du régime juridique de l'entrepreneur ont pour finalité de conduire les acteurs économiques à partir de l'illégalité à la légalité. Elles doivent donc être incitatives, en matière fiscale, par exemple. Aussi est-il difficile pour un entrepreneur de développer son activité si le coût élevé des charges est pour lui un obstacle. Cela n'est pas de nature à l'inciter à quitter l'informel au cas où il y est déjà. Il revient, là aussi, aux États d'alléger les charges sociales de l'entrepreneur. Ainsi, le statut de l'entrepreneur, en plus de le dispenser de certaines formalités comme l'immatriculation au RCCM<sup>907</sup>, a pour effet de procurer à l'entrepreneur individuel un régime fiscal avantageux et un abaissement des charges sociales<sup>908</sup>. En cela, il est proche de mécanismes comme l'auto-entrepreneur, mis en place en droit

---

<sup>906</sup> S. KUATE TAMEGHE, « Entrepreneur », *op. cit.*, n° 4.

<sup>907</sup> Registre du commerce et du crédit mobilier

<sup>908</sup> AUDCG, art. 30 al 9.

français<sup>909</sup>. Ici, il convient surtout de rapprocher le statut d'entrepreneur de la pro personnalité, dans une démarche comparative.

## 2 : Pro-personnalité et Entrepreneur

**1021.** Si, comme l'entrepreneur, la pro-personnalité ne s'adresse qu'aux personnes physiques exerçant une activité indépendante, la pro-personnalité diffère du statut de l'entrepreneur à bien d'égards et offre plus d'avantages.

**1022. Différences d'objectifs.** Le but de la création du régime de l'entrepreneur était de lutter contre le secteur informel, en favorisant les conditions d'un exercice légal des activités des professionnels concernés<sup>910</sup>. L'objectif de la pro-personnalité serait, lui, de limiter leur responsabilité. Néanmoins, la pro-personnalité intègre l'objectif du statut de l'entrepreneur, apparaissant ainsi plus complet.

**1023. La pro-personnalité, un dispositif plus complet.** Avec la pro-personnalité il est possible de concilier l'objectif de faire sortir l'entrepreneur de l'informel avec celui de la limitation de sa responsabilité. Ainsi, il ne s'agirait pas simplement de l'inciter à se conformer à la loi, encore faudrait-il lui offrir une protection. L'adoption par le droit OHADA de la pro-personnalité viendrait parfaire le statut de l'entrepreneur. Elle serait ainsi bénéfique pour les entrepreneurs individuels. L'entrepreneur et son exploitation ne forme qu'une seule et même entité<sup>911</sup>. Si bien que sa défaillance sur le plan professionnel a potentiellement des répercussions sur le plan personnel, pour lui et pour sa famille<sup>912</sup>. La pro-personnalité viendrait corriger cette limite<sup>913</sup>, parmi tant d'autres<sup>914</sup>. Aussi, le décès de l'entrepreneur entraîne la fin de l'exploitation, car la déclaration prévue pour sa création est personnelle<sup>915</sup>. Cela peut avoir des conséquences dommageables pour ses créanciers, entre autres partenaires en affaires<sup>916</sup>. Or, avec l'immatriculation, la pro-personnalité survit *mutatis mutandis* au décès de l'entrepreneur<sup>917</sup>.

---

<sup>909</sup> D. TRICOT, « Statut du commerçant et de l'entrepreneur », *op. cit.*, p. 68 ; F. PERROTIN, « Loi LME : un texte favorable aux petites entreprises », *LPA*, n° 177, septembre, 2008, p. 3 et s.

<sup>910</sup> L. YONDO BLACK, « Les enjeux de la réforme : une volonté de favoriser la création d'entreprise, les échanges commerciaux et la confiance dans la zone OHADA », *op. cit.*, p. 45 ; P.J. BIKANDA, « Informalisation des économies africaines et logiques marketing des unités de production informelles (UPI) », *Gérer et décider*, vol.1, janvier 2005, n°1, p. 105.

<sup>911</sup> S. KUATE TAMEGHE, « Entrepreneur », *op. cit.*, n° 5.

<sup>912</sup> AUPSRVE, art., 53.

<sup>913</sup> *Infra.*, n° 1070 à 1073.

<sup>914</sup> I. MAYELA, « Les inconvénients du statut de l'entrepreneur pour un commerçant », *op. cit.* ; Outre les inconvénients listés ici, le statut de l'entrepreneur présente d'autres limites. Par exemple, il en va ainsi de l'absence du droit au bail, de l'absence du droit à une fixation judiciaire du montant du loyer. Tout cela est lié au choix de la déclaration d'activité au détriment de l'immatriculation.

<sup>915</sup> AUDCG-REVI, art., 64.

<sup>916</sup> S. KUATE TAMEGHE, *op. cit.*, n° 4.

<sup>917</sup> *Infra.*, n° 1090.

Au demeurant, l'instauration de la pro-personnalité serait en phase avec la mission assignée par le législateur OHADA aux États-membres en faveur de l'entrepreneur, dans le dernier alinéa de l'article 30 de l'AUDCG-REVI. Ce texte dispose en effet que chaque État partie fixe les mesures incitatives pour l'activité de l'entrepreneur<sup>918</sup>.

**1024. Différence fondée sur la souplesse de la pro-personnalité.** L'entrepreneur doté de la pro-personnalité est astreint à moins d'obligations particulièrement contraignantes que l'entrepreneur. Par exemple, à la différence du titulaire de la pro-personnalité, l'entrepreneur ne doit pas voir son chiffre d'affaires dépasser un certain montant s'il veut conserver son statut<sup>919</sup>. En outre, il est tenu d'établir, dans le cadre de son activité, au jour le jour, un livre mentionnant chronologiquement l'origine et le montant de ses ressources, en distinguant les règlements en espèces des autres modes de règlement d'une part, la destination et le montant de ses emplois d'autre part. Ce livre doit être conservé pendant cinq ans au moins<sup>920</sup>. Toutes ces exigences ne sont pas envisagées dans le cadre de la pro-personnalité.

Par ailleurs, l'entrepreneur qui exerce des activités de vente de marchandises, d'objets, de fournitures et denrées ou de fourniture de logement doit tenir un registre, récapitulé par année. Ce registre se doit de présenter le détail des achats, en précisant leur mode de règlement et les références des pièces justificatives. En plus, tous ces éléments doivent être conservés<sup>921</sup>. Une telle obligation n'est pas envisagée pour la pro-personnalité. Elle peut constituer une recommandation dans la mesure où il est à prévoir que ces éléments soient importants face à certaines situations, notamment en cas de besoin de preuve.

**1025.** En somme, le régime de l'entrepreneur n'accorde pas à l'entrepreneur une limitation de sa responsabilité. Et, il s'avère aussi plus contraignant dans sa mise en œuvre. Celant étant, par ses atouts, la pro-personnalité peut constituer une opportunité pour ces entrepreneurs, sortis ou voulant sortir du secteur informel. D'autant plus qu'elle apparaît comme un mécanisme encore plus avantageux que certains dispositifs déjà existant comme l'EURL.

---

<sup>918</sup> AUDG-REVI, art. 30 al 7.

<sup>919</sup> E. SANGO KABONGA, « Les entités économiques en droit OHADA », *op. cit.*, p. 6 ; AUDCG-REVI, art 30 al 2.

<sup>920</sup> AUDCG, art. 31.

<sup>921</sup> AUDCG-REVI, art. 32.

## **B : La pro-personnalité et l'EURL**

**1026.** La pro-personnalité se démarque de l'EURL car elle propose une plus grande simplicité dans sa constitution (1). Aussi suppose-t-elle une plus grande souplesse dans son fonctionnement (2).

### **1 : Simplicité de la constitution de la pro-personnalité par rapport à l'EURL**

**1027.** Si le but commun du mécanisme de la pro-personnalité et de celui de l'EURL est de limiter le risque entrepreneurial, le premier se distingue du second par la simplicité qu'il offre au moment de sa constitution. En effet, l'EURL nécessite diverses démarches et formalités. Par exemple, elle requiert pour sa formation, l'élaboration des statuts. Elle nécessite un apport en capital. Aussi exige-t-elle, outre un siège social, un objet bien défini. En revanche, la pro-personnalité, elle, n'exige ni démarche ni formalité particulièrement contraignante comme celles de l'EURL. L'entrepreneur bénéficie de l'avantage du bénéfice automatique d'un statut légal de droit commun<sup>922</sup>. Outre au moment de sa formation, la pro-personnalité se démarque aussi de l'EURL par son fonctionnement plus souple.

### **2 : Fonctionnement plus souple de la pro-personnalité par rapport à celui de l'EURL**

**1028.** Au prisme de leurs fonctionnements respectifs, la pro-personnalité offre une plus grande souplesse par rapport à l'EURL.

**1029. Dispenses pour la pro-personnalité de contraintes propres aux sociétés.** Avec sa personnalité professionnelle, l'entrepreneur est dispensé du respect de certaines exigences comptables, administratives et fiscales auxquelles sont soumis les sociétés et autres groupements<sup>923</sup>.

**1030. Plus de possibilités d'activités à exercer pour la pro-personnalité.** Le bénéficiaire de la pro-personnalité peut exercer certaines activités que le mécanisme de l'EURL ne lui permet pas d'exercer. C'est par exemple le cas de l'activité de buraliste<sup>924</sup>.

**1031. Absence de limitation de la durée de vie pour la pro-personnalité.** Le Code civil exige une durée de vie pour l'EURL<sup>925</sup>, tandis que la pro-personnalité peut durer aussi longtemps que

---

<sup>922</sup> E. DUBUISSON *op. cit.*, p. 1206, n° 4455.

<sup>923</sup> D. BERT et F. PLANCKEEL, *Cours de droit commercial et des sociétés*, *op. cit.*, p. 140, n° 442.

<sup>924</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1206, n° 4455.

<sup>925</sup> C. civ, art. 1838 : « La durée de la société ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans ».

vit l'entrepreneur. Cette dernière a ainsi une durée de vie indéterminée, contrairement à l'EURL dont la durée de vie est légalement limitée<sup>926</sup>.

**1032.** Au reste, la pro-personnalité est la même pour toutes les activités de l'entrepreneur, et son patrimoine professionnel recueille tous ses biens dédiés à ces activités, alors que la multiplication des sociétés entraîne consubstantiellement un émiettement des activités source de désorientation pour les créanciers<sup>927</sup>.

**1033. Avantage de la pro-personnalité au point de vue de la limitation de responsabilité.** La pro-personnalité est plus avantageuse que l'EURL. Par exemple, la notion d'abus de biens sociaux est étrangère à la pro-personnalité<sup>928</sup>. Autrement dit, contrairement au cas de la pro-personnalité, l'EURL reste exposée à la mise en cause d'une responsabilité personnelle si, par exemple, il outrepassé ses pouvoirs statutaires ou commet des fautes dans sa gestion<sup>929</sup>.

**1034.** En somme, qu'il s'agisse de sa constitution et sa structuration, ou qu'il s'agisse de son fonctionnement, la pro-personnalité ne se confond pas avec l'entrepreneur du droit OHADA et avec l'EURL. Par rapport à ces mécanismes, elle offre plus d'avantages. Il va de même avec les patrimoines affectés.

## **II : Pro-personnalité et patrimoines d'affectation**

**1035.** Le concept de patrimoine d'affectation se décline en diverses approches. La notion générale de patrimoine d'affectation diffère de la pro-personnalité (A). Cette dernière se distingue aussi de ses déclinaisons particulières (B).

### **A : La pro-personnalité et la notion générale de patrimoine d'affectation**

**1036.** La pro-personnalité et la notion générale de patrimoine d'affectation se démarquent l'une de l'autre à propos de la limitation de la responsabilité (1), mais aussi par leurs effets respectifs (2).

---

<sup>926</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1206, n° 4455.

<sup>927</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>928</sup> À propos de la notion d'abus de biens sociaux, cf. S. SCHILLER, *Droit des biens, op. cit.*, p.34, n° 28 ; W. JAMES NGOUE, « La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de société anonymes en droit OHADA », in *L'effectivité du droit OHADA*, PUA, 2006, p. 199 ; C. com., art. L. 241-3 et s.

<sup>929</sup> Comme l'EURL, et contrairement à l'EURL, l'entrepreneur qui agit avec sa pro-personnalité n'a pas d'intérêt supérieur à respecter, car elle ne donne pas lieu à la création d'une personne morale, « L'intérêt social est standard, qui impose d'agir dans le respect des éléments fondamentaux de la société. L'intérêt social transcende les intérêts égoïstes des associés et exprime une norme de comportement, une sorte de devoir être », cf. D. BERT et F. PLANCKEEL, *op. cit.*, p. 141, n° 443 ; E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1206, n° 4455.

## **1 : Pro-personnalité et patrimoine d'affectation à propos de la limitation de responsabilité**

**1037.** En comparant, de façon générale, les notions de patrimoine d'affectation et celle de pro-personnalité, on constate que la première suppose une unicité de la personnalité juridique.

**1038. Unicité de la personnalité juridique pour le patrimoine d'affectation.** En ce cas, on isole une masse de biens, un patrimoine, sans créer une personnalité corrélative. Or, puisqu'il n'y a qu'une seule personnalité, en cas de défaillance, cette unicité de personnalité entraîne une unicité de responsabilité. Concrètement, si l'actif affecté ne parvient pas à couvrir le passif corrélatif, le patrimoine privé, non affecté, de l'entrepreneur ne serait pas épargné. Ses créanciers professionnels pourront y orienter leurs recours. Ici, l'unicité de la personnalité, et donc de responsabilité, ne permet pas à l'entrepreneur de sécuriser efficacement son patrimoine privé.

**1039. Double personnalité juridique pour le mécanisme de la pro-personnalité.** La pro-personnalité suppose, elle, deux personnalités différentes avec chacune sa responsabilité. Pour rappel, il s'agit de la personnalité professionnelle ou pro-personnalité, et de la personnalité civile. En l'espèce, l'entrepreneur ne répond de son passif professionnel que sur le patrimoine de la pro-personnalité. Ainsi, de façon générale et contrairement au patrimoine d'affectation, la pro-personnalité offre à l'entrepreneur une sécurisation plus efficace de son patrimoine privé<sup>930</sup>. La pro-personnalité se démarque aussi sur le plan des effets particuliers.

## **2 : Pro-personnalité et effets particuliers de la notion générale de patrimoine d'affectation**

**1040.** En ce qui concerne les effets particuliers de la pro-personnalité et de la notion générale de patrimoine d'affectation, sans être exhaustif, on peut en retenir deux.

D'abord, la pro-personnalité n'est pas une exception au principe de l'unité du patrimoine comme l'est le patrimoine d'affectation. Le mécanisme de la pro-personnalité peut cohabiter avec ce principe<sup>931</sup>, et cela n'est pas sans implications. En effet, le fait que le patrimoine d'affectation soit une exception à l'unité du patrimoine implique ceci que, si certaines règles ne sont pas respectées, en cas de procédure collective ou de faillite personnelle, la division du patrimoine sera mise à mal. Le patrimoine privé sera ainsi exposé aux recours des créanciers professionnels. La pro-personnalité propose une séparation plus étanche des patrimoines dont

---

<sup>930</sup> V., sur ce point : E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1207, n° 4457 à 4458.

<sup>931</sup> *Supra* n° 989.

l'omission des règles ci-dessus évoquées ne saurait fatalement remettre en question dans les cas sus décrits<sup>932</sup>.

**1041.** Ensuite, le patrimoine d'affectation pose le problème de l'identification des biens affectés et des biens non affectés à l'activité professionnelle. Cela pose des difficultés pour déterminer la nature, l'étendue et l'existence des droits sur chaque bien des deux ensembles. Alors qu'il suffit de se référer à la personnalité agissant sur un bien dans le cas de la pro-personnalité. En l'espèce, c'est l'unicité de la personnalité juridique titulaire ayant deux patrimoines, dans le cas du patrimoine d'affectation, face au dédoublement de cette personnalité juridique dans l'hypothèse de la pro-personnalité qui fonde encore cette différence<sup>933</sup>.

La pro-personnalité se démarque aussi des approches particulières du patrimoine d'affectation.

## **B : La pro-personnalité et les approches particulières du patrimoine d'affectation**

**1042.** La notion de patrimoine d'affectation a été déclinée de diverses manières en vue de limiter la responsabilité des travailleurs indépendants. On peut, sans prétendre être exhaustif, comparer la pro-personnalité avec la version du patrimoine d'affectation issue du rapport CHAMPAUD (1). L'EIRL est, elle aussi, une version du patrimoine d'affectation, dont la comparaison avec la pro-personnalité n'est pas inutile (2).

### **1 : La pro-personnalité et la version du patrimoine d'affectation du rapport CHAMPAUD**

**1043.** L'entreprise personnelle à responsabilité limitée est l'une des premières approches particulières du patrimoine d'affectation<sup>934</sup>. Elle résulte du rapport CHAMPAUD de 1978 et constitue la première tentative d'introduction en droit français d'un patrimoine professionnel<sup>935</sup>. En la comparant avec la pro-personnalité, on constate ceci : contrairement à elle, la pro-personnalité offre plus de souplesse. Celle-ci évite ainsi de définir un patrimoine indisponible d'ordre public, en sachant que cette situation conduit à rechercher une compensation économique en faveur du crédit par la mise en place d'une caisse de garantie jugée impossible à mettre en œuvre<sup>936</sup>.

---

<sup>932</sup> E. DUBUISSON, *op.cit.*, p. 1208, n° 4459.

<sup>933</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>934</sup> D. BERT et F. PLANCKEEL, *Cours de droit commercial et des affaires, op. cit.*, p. 138 à 139.

<sup>935</sup> C. CHAMPAUD, « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée : rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'EPRL dans le droit français », *RTD com.* 1979, p. 579.

<sup>936</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1209, n° 4461.

**1044.** Au demeurant, l'EPRL proposait aussi une remise en cause du principe de l'unité du patrimoine contrairement à la pro-personnalité. Elle supposait déjà une unicité de la personnalité juridique, avec une division de son patrimoine et les difficultés qui s'en seraient suivies, à savoir : vulnérabilité du patrimoine privé en cas de défaillance de l'entrepreneur, difficultés à déterminer l'appartenance des biens à tel ou tel patrimoine. Attachées au patrimoine d'affectation de façon générale, ces difficultés ne sont pas étrangères à l'EIRL par rapport auquel la pro-personnalité présente aussi des avantages.

## **2 : La pro-personnalité et EIRL**

**1045.** L'EIRL est une version particulière du patrimoine d'affectation dont la comparaison avec la pro-personnalité justifie l'intérêt pour celle-ci.

**1046. Une plus grande souplesse offerte par le mécanisme de la pro-personnalité.** L'EIRL exige une comptabilité, alors que cette comptabilité n'est pas obligatoire pour la pro-personnalité<sup>937</sup>. Elle requiert certaines formalités que la pro-personnalité permet à l'entrepreneur d'éviter. C'est par exemple le cas de l'évaluation préalable de la déclaration des biens affectés à l'activité professionnelle<sup>938</sup>.

**1047.** Contrairement à la pro-personnalité, cette version particulière ne prévoit pas le *contrat avec soi-même*<sup>939</sup>. Avec l'EIRL, il n'y a, contrairement à la pro-personnalité, qu'une seule personnalité, c'est d'elle que procèdent le patrimoine général et le patrimoine d'affectation. Cela explique aussi que la pro-personnalité offre une limitation de responsabilité meilleure par rapport à l'EIRL. Ne serait-ce que par sa structure, la notion de pro-personnalité renvoie à deux personnalités. Chacune d'elle répond de ses dettes sur le patrimoine qui lui est attaché. Alors que la notion de patrimoine d'affectation suppose, elle, une seule personnalité, avec deux patrimoines. Certes, l'EIRL opère une division du patrimoine et une limitation de responsabilités, mais celles-ci restent particulièrement conditionnées au respect des nombreuses exigences faites, en amont, à l'entrepreneur.

Ces exemples non exhaustifs montrent que la pro-personnalité offre une plus grande souplesse.

**1048.** Il ressort que la notion de pro-personnalité consiste en la division de la personnalité juridique en deux. On obtient ainsi, pour la même personne, une personnalité privée et une personnalité professionnelle qu'on appelle aussi pro-personnalité. Chacune d'elle dispose d'un

---

<sup>937</sup> D. LEGAIS, *op. cit.*, p. 172, n° 333.

<sup>938</sup> D. LEGAIS, *op. cit.*, p. 170, n° 329.

<sup>939</sup> Sur l'idée de « contrat avec soi-même », cf. *infra.*, n° 1069.

patrimoine unique. Les recours des créanciers professionnels sont limités au patrimoine qui procède de la pro-personnalité. Sur plusieurs plans, notamment celui de la limitation de la responsabilité, la pro-personnalité apparaît plus avantageuse par rapport à des dispositifs qui lui sont relativement proches. Son régime juridique devrait lui permettre d'offrir plus d'avantages à l'entrepreneur.

## **Section 2 : Régime juridique envisageable**

**1049.** Comme préconisé par le 15<sup>e</sup> congrès des notaires de France, dans la perspective de doter la pro-personnalité d'un régime juridique, il convient d'envisager son apparition et son application (§1). Il conviendra enfin de faire un bilan, après avoir envisagé sa disparition (§2).

### **§1 : Apparition et application de la pro-personnalité**

**1050.** Il s'agit, ici, de voir comment la pro-personnalité apparaît (I), et comment elle devrait fonctionner (II).

#### **I : Apparition de la Pro-personnalité**

**1051.** Deux grandes étapes caractériseront l'apparition de la pro-personnalité, il s'agit de l'immatriculation (A), qui précèdera l'accès aux règles de la pro-personnalité (B).

##### **A : L'immatriculation**

**1052.** L'immatriculation est l'acte créateur de la pro-personnalité (1). Elle n'est pas sans enjeux (2).

##### **1 : Principe de l'immatriculation**

**1053.** La pro-personnalité commence avec l'immatriculation, et dure aussi longtemps que la personne est immatriculée comme professionnelle. L'immatriculation peut se définir comme étant une « manifestation formelle de l'enregistrement de la personne dans un système d'identification lui donnant une aptitude à agir dans un domaine particulier »<sup>940</sup>. Ainsi, l'immatriculation est à la pro-personnalité ce qu'est la déclaration à l'état-civil pour les personnes physiques<sup>941</sup>.

En droit français, en matière de fonds commerce et des sociétés, l'immatriculation se fait au registre du commerce et des sociétés. Pour les artisans, elle se fait au répertoire des métiers. Pour les agriculteurs et les professionnels libéraux, il n'y a pas de fichier national public. Tout au plus existe-t-il des systèmes de numérotation internes à ces professions<sup>942</sup>.

---

<sup>940</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1194, n° 4419.

<sup>941</sup> C. BARREAU, *op. cit.*, p. 529.

<sup>942</sup> C. BARREAU, *ibidem*.

**1054. Originalité du droit OHADA avec le RCCM.** En droit OHADA, il y a, pour tous ces professionnels, le registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM)<sup>943</sup>. C'est ce registre qui devrait ainsi répertorier tous les entrepreneurs optant pour le mécanisme de la pro-personnalité. De ce point de vue, le droit OHADA a l'avantage d'offrir un fichier unique tandis que le droit français en prévoit plusieurs, en fonction des professions. Ainsi, l'immatriculation sera le critère de la pro-personnalité, son acte fondateur. Cette formalité n'est pas sans intérêt, loin de là.

## **2 : Enjeux de l'immatriculation**

**1055.** Outre ses effets généraux, identification des professionnels, octroi de l'aptitude à agir dans un domaine ; l'immatriculation dont il est question ici revêt un intérêt particulier.

**1056. Manifestation de la pro-personnalité.** Elle permet de repérer chez les personnes physiques le dédoublement de leur personnalité juridique. Autrement dit, elle permet de déceler chez ces personnes, de façon objective, l'avènement de la pro-personnalité à côté de la personnalité civile, puisqu'aucun changement externe n'est apparent en l'espèce sur la personne physique et son état civil.

**1057.** L'émergence de la pro-personnalité ne se manifestant pas sur l'entrepreneur en tant que personne, c'est l'immatriculation qui permet de la repérer. Ainsi : « l'immatriculation remplit parfaitement ce rôle : marquer la personne d'un signe propre à l'état professionnel sans altérer les signes de son état civil »<sup>944</sup>. En sorte que l'apparition de la personnalité de la personne physique a lieu par sa naissance ; tandis que celle de pro-personnalité a lieu par l'immatriculation<sup>945</sup>. Après son immatriculation, le professionnel va pouvoir accéder au régime de la pro-personnalité, c'est la seconde étape.

## **B : L'accès au régime de la pro-personnalité**

**1058.** Pour accéder à la pro-personnalité, il n'y a pas d'apport en capital requis (1), ni d'autres formalités particulières (2).

### **1 : Absence d'apport en capital**

**1059.** Pour la reconnaissance de la pro-personnalité, il n'est pas nécessaire que soit effectué un apport en capital, même à titre symbolique. L'existence de la pro-personnalité n'est pas

---

<sup>943</sup>AUDCG-REVI, art. 35.

<sup>944</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*, p. 1195, n° 4421.

<sup>945</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

conditionnée par un quelconque capital professionnel. Ainsi, même si ce capital venait à disparaître, la pro-personnalité subsistera, aussi longtemps que le professionnel sera actif. Inversement, si l'entrepreneur cesse son activité, la pro-personnalité disparaît malgré la survie d'un capital<sup>946</sup>.

**1060.** Il résulte que la pro-personnalité se rattache à la mobilisation de son industrie par l'entrepreneur, plutôt qu'à l'apport d'un capital par celui-ci<sup>947</sup>. Aucune autre formalité particulière n'est exigée.

## **2 : Absence de formalités particulières**

**1061.** Il n'y a aucune formalité particulière pour l'accès au régime de la pro-personnalité, en dehors de l'immatriculation<sup>948</sup>. Cela s'explique par le fait, entre autres, que la pro-personnalité n'a pas besoin de statuts, d'objet social, et d'organes sociaux<sup>949</sup>. L'absence de ces éléments rend inutiles toutes les formalités de création de cette nature, plus adaptées à la société, même unipersonnelle.

**1062.** Ici, les formalités prévues dans le cadre du patrimoine d'affectation, pour mettre en évidence la différenciation entre les biens, sont inutiles<sup>950</sup>.

**1063.** Au reste, l'avènement de la pro-personnalité emporte quelques conséquences pratiques<sup>951</sup>. Par exemple, elle soulève la question du domicile ou de la localisation de l'activité professionnelle. En l'espèce, il est préconisé que la personne n'est pas tenue de changer de domicile. Son adresse en tant que personne physique pourra être précisée lors de l'immatriculation et portée à la connaissance du public, pour servir sa pro-personnalité<sup>952</sup>.

**1064.** En somme, en dehors de l'immatriculation qu'elle exige, la pro-personnalité est un statut dont l'accès ne requiert pas de formalité particulière. Après avoir ainsi examiné son accès, il convient d'envisager quelques aspects de son application possible.

## **II : Application de la pro-personnalité**

**1065.** Le régime de la pro-personnalité devrait être en mesure de répondre à des questions originales. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut déjà évoquer quelques-unes. Ainsi, on

---

<sup>946</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1195 à 1196, n° 4423.

<sup>947</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>948</sup> C. PHILIPPE, « Le devenir de l'auto-entrepreneur », mémoire DSN, Rennes 1, mai 2010, p. 128 et s.

<sup>949</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1195 à 1196, n° 4424.

<sup>950</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1195 à 1196, n° 4423.

<sup>951</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1196, n° 4426 à 4427.

<sup>952</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1195 à 1196, n° 4425.

abordera la question du contrat avec *soi-même* (A), avant d'envisager le cas de l'entrepreneur doté de la pro-personnalité et marié sous le régime de la communauté légale (B).

## **A : La pro- personnalité et la question particulière du contrat « avec soi-même »**

**1066.** Dans son application, la pro-personnalité pose, entre autres, le problème du contrat avec soi-même de façon générale (1), et celui du contrat de travail avec soi, en particulier (2).

### **1 : Le contrat avec soi-même**

**1067.** La pro-personnalité soulève la question du contrat avec *soi-même* parce que, bien qu'il y ait deux personnalités, c'est la même personne physique qui agit. Cette personne, agissant avec sa pro-personnalité peut être conduite à contracter avec elle-même en mettant en jeu sa personnalité civile<sup>953</sup>. Des implications pratiques à cette situation sont par ailleurs nombreuses<sup>954</sup>.

Cette question se pose en cas de mise à disposition d'un bien personnel à l'activité professionnelle<sup>955</sup>.

**1068.** La situation ici décrite renvoie surtout à la question de la signature. Autrement dit, la validité de certains actes avec soi-même serait-elle conditionnée par une double signature, celle de la pro-personnalité et celle de la personnalité civile ?

Il est prévu qu'une seule signature serait nécessaire pour engager la personne sous ses deux qualités quand elles procèdent de la même personnalité. Cependant, elle devra signer deux fois quand elle agira au titre de sa personnalité civile et de sa personnalité professionnelle. Cette signature devra apparaître deux fois, et devra être la même<sup>956</sup>. Quid du contrat de travail avec soi-même ?

---

<sup>953</sup> C'est déjà le cas s'agissant de la livraison à soi-même en matière de TVA, cf. E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1199, n° 4437 ; Sur l'hypothèse pour l'entrepreneur agissant avec sa pro personnalité de consentir une garantie sur son patrimoine personnel, notamment un cautionnement, cf. P-M. LE CORRE, « L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté » ; *D.* 2011, p. 91 ; A. GUESMI, « EIRL versus EURL à l'aune du des procédures collectives », *D.* 2011, p. 104 et s.

<sup>954</sup> Indivision sur un bien entre les deux personnalités, ou répartition des démembrements du droit de propriété sur ce bien, cf. E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1195 à 1196, n° 4425.

<sup>955</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>956</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

## **2 : Le contrat de travail avec « soi-même »**

**1069.** Eu égard au fait que le contrat avec soi est envisageable avec la pro personnalité, il apparaît judicieux de s'interroger sur la possibilité pour l'entrepreneur de conclure précisément un contrat de travail avec lui-même. De même qu'il est inconcevable de s'unir à soi-même dans le cadre d'un mariage, de même il est inconcevable d'imaginer un lien de subordination avec soi. Comme le contrat de mariage, le contrat de travail ne saurait être conclu avec soi-même. Celui-ci met en scène la personne, restée unique, malgré le dédoublement de sa personnalité. « Ainsi, pour tous les contrats qui mettent en œuvre la personne au-delà de la personnalité, le contrat avec soi-même n'est pas concevable »<sup>957</sup>. Le régime de la pro-personnalité invite aussi à s'intéresser à la notion de responsabilité, sous le prisme de la communauté légale.

## **B : Pro-personnalité et responsabilité à l'aune de la communauté légale**

**1070.** Ici, il sera question de voir le traitement envisageable pour les masses de la communauté des biens, aussi bien active (1) que passive (2).

### **1 : Pro-personnalité et masse active de la communauté**

**1071.** Ici, la question est de savoir si, quand l'entrepreneur est marié sous le régime de la communauté, le patrimoine engrangé grâce à l'exercice de sa pro-personnalité est un actif commun ou non. En l'espèce, on considèrera que les biens professionnels amassés durant la communauté ne feront pas partie de celle-ci. La raison en est que le patrimoine de la pro-personnalité est clairement séparé du patrimoine civil de l'entrepreneur. En d'autres termes, seuls les biens relevant de la personnalité civile seront communs à l'entrepreneur et à son épouse<sup>958</sup>. Cela est d'autant plus justifié que, dans cette hypothèse, l'époux « commun en biens jouissant d'une pro-personnalité agit comme s'il était une personne différente »<sup>959</sup>. Il en sera ainsi, même si la communauté est universelle<sup>960</sup>.

**1072.** Cependant, en cas de cessation de l'activité professionnelle, la pro-personnalité va disparaître. Les biens professionnels qu'il aura amassés tomberont dans son patrimoine restant, à savoir le patrimoine civil. La communauté légale subsistant, le patrimoine civil de l'époux

---

<sup>957</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1200, n° 4440.

<sup>958</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1201, n° 4443.

<sup>959</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>960</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

comprendra la masse de biens propres d'une part, et la masse de biens communs d'autre part<sup>961</sup>. Aussi, il serait envisageable de faire application des articles 1401 à 1406 du Code civil pour déterminer les biens professionnels qui tomberont dans l'une ou l'autre des deux masses<sup>962</sup>.

## **2 : Pro-personnalité et masse passive de communauté**

**1073.** La question des dettes professionnelles de l'époux commun en biens jouissant de la pro-personnalité est importante, car si ses créanciers ont la possibilité de se faire payer sur les biens communs, la pro-personnalité perd son utilité. D'autant plus que son but est justement de protéger l'entrepreneur dans sa vie privée. Dès lors, un certain nombre de règles sont préconisées.

**1074.** D'abord, la communauté ne sera pas concernée quand une dette sera payée grâce aux revenus professionnels<sup>963</sup>. Ensuite, si la dette est payée sur les deniers propres de l'époux jouissant de la pro-personnalité, il n'y aura pas droit à récompense. Aussi, si des deniers communs servent à payer une dette, la communauté sera titulaire d'une créance. Enfin, si la dette est payée sur deniers propres du conjoint de l'époux professionnel ayant la pro-personnalité, il y aura une créance à son profit et, si cette dette est payée sur le patrimoine professionnel, il y aura une créance contre le patrimoine privé<sup>964</sup>. Les questions relatives à la propriété, aux produits et aux pouvoirs communs ne sont pas ignorées. Il faudra s'en référer aux dispositions du Code civil comme son article 1421, et les articles 1401 et suivants<sup>965</sup>.

**1075. Liquidation de la communauté.** La pro-personnalité ne sera pas sans conséquences s'agissant de la dissolution de la communauté par séparation des biens ou par divorce. En ces cas, le régime de la communauté sera dissous. Dès lors, chaque époux reprendra ses biens propres. Concernant le patrimoine professionnel de l'époux jouissant de la pro-personnalité, il reviendra à ce dernier ; avec cette réserve que, si les deniers de la communauté ont été parfois utilisés au profit du patrimoine professionnel, l'époux qui en est titulaire devra verser l'équivalent d'une récompense à l'autre époux<sup>966</sup>. Dans le même sens, le congrès des notaires de France a prévu qu'il sera fait application des articles 1437, 1401 *in fine*, et 1469 du Code civil français. On pourrait envisager l'application de leurs équivalents dans les États-membres de l'OHADA ayant procédé à des modifications en cette matière.

---

<sup>961</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>962</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>963</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>964</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1202, n° 4444.

<sup>965</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1202, n° 4445

<sup>966</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1202-1203, n° 4446.

**1076.** Il ressort que la question du « contrat avec soi-même » revêt un caractère particulier. Cela tient à l'originalité de la pro-personnalité, qui suppose deux personnalités différentes pour une même personne. Même si celle de la communauté des biens semble plus ordinaire, elle n'en est pas moins particulière en l'espèce. Cette liste de questions que devra poser la pro-personnalité n'est pas exhaustive. Ainsi, il faudra parfaire son régime juridique. D'ores et déjà, on peut envisager des règles pour la fin de la pro-personnalité, avant de l'évaluer.

## **§2 : Disparition de la pro personnalité et évaluation du dispositif**

**1077.** Avant de tirer quelques enseignements du dispositif de la pro-personnalité ici préconisé (II), on envisagera des règles relatives à la cessation de l'activité justifiant l'existence de cette personnalité professionnelle, c'est-à-dire des règles pour sa fin (I).

### **I : La pro-personnalité au prisme des cessations volontaire et involontaire de l'activité**

**1078.** La cessation de l'activité justifiant l'existence et l'usage de la pro-personnalité sera soit volontaire (A), soit involontaire (B).

#### **A : Pro-personnalité et cessation volontaire d'activité**

**1079.** L'immatriculation conditionne l'existence de la pro-personnalité. Elle disparaît ainsi avec la radiation de l'entrepreneur du registre qui la recueille, quand il cesse volontairement son activité (1). Toutefois, même en cas de cessation volontaire de son activité, l'entrepreneur peut voir sa pro-personnalité simplement mise en sommeil (2).

##### **1 : Cessation avec radiation**

**1080.** La cessation volontaire de l'activité qu'un entrepreneur individuel exerce avec sa pro-personnalité entraîne une disparition de son immatriculation professionnelle *es qualité*. On parle en ce cas de radiation dont résulte une disparition de la pro-personnalité. Cette dernière ne peut réapparaître que par une nouvelle immatriculation. Le patrimoine professionnel qui, en l'espèce, était attaché à la pro-personnalité perd son existence autonome pour se greffer au patrimoine civil<sup>967</sup>. Toutefois, cette fusion des patrimoines ne peut intervenir qu'après liquidation du patrimoine professionnel. Celle-ci aboutit à un résultat soit positif, soit négatif. C'est précisément dans le premier cas de figure que le patrimoine professionnel est incorporé

---

<sup>967</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1203, n° 4449.

au patrimoine civil. Dans la seconde hypothèse, une procédure collective devra s'appliquer. Néanmoins, elle se limitera au patrimoine professionnel<sup>968</sup>.

**1081.** Par ailleurs, l'entrepreneur qui bénéficiait de la pro-personnalité perdra le bénéfice de la division patrimoniale, s'il y a une fraude ou une confusion des patrimoines résultant de l'absence de liquidation<sup>969</sup>.

**1082.** Il est envisageable que l'entrepreneur puisse ne pas retirer son immatriculation même en cessant volontairement son activité. On parlera ainsi de mise en sommeil de la pro-personnalité.

## **2 : Mise en sommeil de la pro-personnalité**

**1083.** Quand l'entrepreneur, en cessant volontairement son activité, ne retire pas son immatriculation, sa personnalité professionnelle ou pro-personnalité ne disparaît pas ; tout au plus est-elle mise en sommeil<sup>970</sup>. L'hypothèse ici envisagée peut résulter d'une volonté de l'entrepreneur qui, ayant cédé son activité, souhaite conserver sa pro-personnalité et son patrimoine professionnel, pour réinvestir dans une autre activité. En ce cas, son patrimoine professionnel, tenu à l'écart de son patrimoine civil, reste identifiable<sup>971</sup>.

**1084.** L'entrepreneur peut être tenté de profiter de cette mise en sommeil, notamment de la division des patrimoines professionnel et civil qu'elle lui confère. En ce cas, il est envisageable que toute personne intéressée puisse procéder à une réquisition de radiation pour réunifier les patrimoines restés séparés<sup>972</sup>.

Au demeurant, la cessation d'activité qui entraîne, en principe, la fin de l'immatriculation et la disparition de la pro-personnalité peut ne pas être volontaire.

## **B : Pro-personnalité et cessation involontaire**

**1085.** La pro-personnalité peut disparaître du fait de la cessation involontaire de l'activité occasionnant la fin de l'immatriculation. Il en sera ainsi en cas de procédure collective (1), ou en cas de décès de l'entrepreneur (2).

---

<sup>968</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>969</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>970</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>971</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>972</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

## 1 : Cessation forcée en cas de procédure collective

**1086.** En cas de procédure collective, notamment la liquidation judiciaire, seuls les actifs professionnels devront être concernés<sup>973</sup>.

**1087.** Aussi, si le patrimoine professionnel contient plusieurs entreprises, elles seront cédées successivement jusqu'à ce que l'ensemble du passif soit apuré<sup>974</sup>.

**1088.** Par ailleurs, il sied de souligner que la liquidation judiciaire concernera, non pas la pro-personnalité, mais plutôt les biens dépendant du patrimoine professionnel. Cela trouve une justification dans le fait que la pro-personnalité n'est pas une personne morale<sup>975</sup>.

**1089.** Cependant, il ne s'agit pas, ici, d'offrir une impunité à tout prix à l'entrepreneur en tant que personne physique. S'il encourt des sanctions, celles-ci entraîneront la paralysie de sa pro-personnalité, aussi longtemps que durera leur application. Toutefois, la personnalité civile devra être épargnée<sup>976</sup>. Quid du cas du décès de l'entrepreneur ?

## 2 : Cessation en cas de décès de l'entrepreneur

**1090.** En cas de décès de l'entrepreneur doté de la pro-personnalité, il se pose deux préoccupations, à savoir : le sort de son immatriculation, et ce qu'il doit advenir de son patrimoine professionnel.

**1091. Le devenir de l'immatriculation.** S'agissant de son immatriculation, elle demeure jusqu'à sa radiation justifiée par un acte de décès. Il n'est pas totalement exclu que cette immatriculation prenne fin par prescription<sup>977</sup>. Les héritiers de l'entrepreneur qui était doté de la personnalité professionnelle pourront également obtenir le maintien temporaire de cette immatriculation, pour les besoins de la succession. Cette faculté est envisageable sur le fondement de l'article L. 145-1 du Code de commerce français<sup>978</sup>. En droit OHADA, ils disposent d'un délai de trois mois durant lesquels l'immatriculation peut être maintenue<sup>979</sup>.

Conformément à l'article 57 de l'AUDCG-REVI, le droit OHADA valide l'idée selon laquelle la fin de l'immatriculation met aussi fin à la pro-personnalité<sup>980</sup>.

**1092. Le devenir du patrimoine professionnel.** En ce qui concerne le patrimoine professionnel, puisque la pro-personnalité est attachée à la personne, et ce patrimoine, lui, est

---

<sup>973</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1204, n° 4451.

<sup>974</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>975</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>976</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1204, n° 4452.

<sup>977</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1204 à 1205, n° 4453.

<sup>978</sup> C. com, art. L. 145-1.

<sup>979</sup> AUDCG-REVI, art. 55 al 2 et AUDCG-REVI, art. 111 al 1 et 2.

<sup>980</sup> AUGDC-REV, art. 57 : « La radiation emporte la perte des droits résultant de l'immatriculation ».

attaché à elle, il perd sa raison d'être quand cette personne décède. Dès lors, ce patrimoine sera liquidé. Aussi sera-t-il fait application de l'article 724 du Code civil français qui dispose que : « Les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt. Les légataires universels sont saisis dans les conditions prévues au titre du présent livre. À défaut, la succession est acquise à l'État, qui doit se faire envoyer en possession »<sup>981</sup>.

Au demeurant, les héritiers auront aussi, en l'espèce, le droit d'accepter ce patrimoine ou d'y renoncer. Le droit successoral en la matière sera appliqué.

**1093.** En somme, toutes ces règles ne sont pas exhaustives. Il s'agit de tracer les grandes lignes d'un régime juridique envisageable pour la pro-personnalité. La priorité est que le principe de la pro-personnalité soit acté. Pour cela, à la lumière de ce qui précède, il apparaît opportun de dresser un bilan de cette notion.

## **II : Évaluation du mécanisme de la pro-personnalité**

**1094.** Ici, il s'agit d'insister sur l'intérêt d'opter pour la notion de pro-personnalité, à la lumière des développements précédents. Sans être exhaustive, on peut mettre l'accent, d'une part, sur sa simplicité et son efficacité (A). D'autre part, tout en s'inquiétant des possibles dérives à éviter, on relèvera qu'elle apparaît comme une sorte de compromis, tant elle ne heurte pas le principe de l'unité du patrimoine dont l'utilité n'est pas contestée malgré tout (B).

### **A : Simplicité et efficacité du mécanisme de la pro-personnalité**

**1095.** La pro-personnalité a le mérite d'être simple (1) et efficace (2).

#### **1 : Un mécanisme simple**

**1096.** La simplicité de la pro-personnalité repose, d'abord, sur le fait que pour sa création, elle n'exige qu'une simple immatriculation. Le bénéficiaire est ainsi épargné de nombreuses démarches dont les lourdeurs peuvent constituer un frein. La pro-personnalité a le mérite d'apparaître comme un régime supplétif dans la mesure où son régime sera appliqué du seul fait de l'immatriculation *ès-qualités* de l'entrepreneur<sup>982</sup>.

**1097.** Aussi, l'usage par l'entrepreneur de cette immatriculation dans un acte juridique permet de mettre en évidence le fait qu'il agit avec sa pro-personnalité. En sorte que l'absence de ladite immatriculation dans un acte accompli par l'entrepreneur fera présumer l'usage de la

---

<sup>981</sup> C. civ, art. 724.

<sup>982</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1211, n° 4466.

personnalité civile. Ainsi, la pro-personnalité, grâce à la seule immatriculation qu'elle requiert, permet l'identification facile de l'entrepreneur selon qu'il agit à titre professionnel ou à titre privé<sup>983</sup>. Certes, le commerçant utilise déjà son immatriculation dans les actes juridiques pour être identifié comme tel, mais il y a d'autres enjeux avec la pro-personnalité. En effet, le commerçant traditionnel n'a qu'un patrimoine, or celui qui est doté de la pro-personnalité en a deux. Dès lors, il est important que les partenaires en affaires ou les créanciers sachent quel est le patrimoine qui est engagé, à travers la personnalité utilisée, civile ou professionnelle.

**1098.** Au demeurant, dans la perception des revenus résultant de l'exercice d'une activité avec sa pro-personnalité, l'entrepreneur est épargné des attentes et autres retards de paiement. En effet, ces revenus passent de son patrimoine professionnel à son patrimoine privé par un simple virement de compte à compte, qu'il ordonne lui-même. Outre sa simplicité, la pro-personnalité est aussi source d'efficacité.

## **2 : Un mécanisme efficace**

**1099.** L'efficacité du concept de pro-personnalité consiste en ceci : d'abord, il offre une bonne protection pour le patrimoine professionnel. Autant le patrimoine privé est protégé des recours des créanciers professionnels, autant le patrimoine professionnel est à l'abri du recouvrement des dettes privées. Il est, par exemple, protégé des effets de la liquidation de la communauté en cas de divorce de l'entrepreneur<sup>984</sup>.

**1100.** Ensuite, la pro-personnalité offre l'avantage à l'entrepreneur de pouvoir contracter avec lui-même<sup>985</sup>. En effet, dans l'exercice de son activité, il est généralement emmené à passer des contrats importants. C'est par exemple le cas du contrat de bail qui, selon le cas, peut conditionner l'exercice matériel de son activité<sup>986</sup>. Souvent aussi, ses co-contractants peuvent avoir des défaillances nuisibles à l'exercice de son activité professionnelle. Or, avec la pro-personnalité, le co-contractant de l'entrepreneur peut être cet entrepreneur lui-même. Le contrat avec soi-même lui évite certaines défaillances que pourraient avoir ses partenaires en affaires<sup>987</sup>.

**1101.** Enfin, l'exercice d'une activité professionnelle exige bien souvent la constitution d'un capital. Cette exigence du capital peut être un frein à l'entrepreneuriat pour les personnes ne pouvant pas la remplir. La pro-personnalité, elle, ne requiert pas de capital. En cela, elle est aussi d'une grande efficacité, en plus de sa simplicité. Ces quelques exemples montrent l'intérêt

---

<sup>983</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

<sup>984</sup> E. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 1211, n° 4467.

<sup>985</sup> *Supra* n° 1069.

<sup>986</sup> *Supra* n° 354 à 362.

<sup>987</sup> E. DUBUISSON, *ibidem*.

pour le droit OHADA de recourir à la pro-personnalité. D'autant plus qu'elle est conciliable avec le principe de l'unicité du patrimoine.

## **B : La notion de pro-personnalité et le principe de l'unité du patrimoine**

**1102.** La pro-personnalité a l'avantage de pouvoir cohabiter avec le principe de l'unité du patrimoine (1). Mais, un risque de pluri-personnalité est peut-être à craindre (2).

### **1 : Compatibilité entre pro-personnalité et unicité du patrimoine**

**1103.** Le principe de l'unité du patrimoine a longtemps constitué un obstacle à la mise en place de mécanismes tendant à protéger le patrimoine privé du commerçant. Face au dilemme posé par la préservation de l'intérêt des créanciers et la protection du patrimoine du commerçant et sa famille, le législateur a eu du mal à trancher. Le principe de l'unité du patrimoine a longtemps résisté et a presque survécu<sup>988</sup>. La pro-personnalité permet, contrairement aux dispositifs existants<sup>989</sup>, ni de la contourner, ni de la remettre en cause. En effet, l'unité du patrimoine s'accommode de la pro-personnalité<sup>990</sup>.

**1104.** La notion de pro-personnalité met en évidence le fait que patrimoine est attaché non pas à la personne en tant que telle, mais plutôt à sa personnalité qui, au regard du Droit, commence avec sa naissance. Dès lors, dans la mesure où on lui reconnaît deux personnalités, professionnelle et privée, on lui reconnaît aussi deux patrimoines attachés chacun à une des deux personnalités. Et, chaque personnalité n'a qu'un seul patrimoine. C'est ainsi que la pro-personnalité ne heurte pas le principe de l'unité du patrimoine. Schématiquement, elle aboutit à une unité de la personne, avec deux personnalités, et un patrimoine unique pour chacune de ses personnalités.

**1105.** La résistance dont a fait preuve le principe de l'unité du patrimoine atteste de son importance. Plutôt que de le heurter, la notion de pro-personnalité a le mérite de pouvoir cohabiter avec ce principe. L'admission d'une personnalité professionnelle ne devrait pas être une porte ouverte aux abus. Il faudrait, par exemple, s'interroger sur le risque de pluri-personnalités.

---

<sup>988</sup> Même avec l'EIRL, qui est la première véritable remise en cause de l'unité du patrimoine par l'application de la théorie du patrimoine d'affectation, la séparation des patrimoines, professionnel et privé, reste conditionnée par la non-violation de certaines règles par l'entrepreneur. En sorte que, s'il manque à ses obligations, l'unité du patrimoine réapparaît, et les créanciers professionnels peuvent à nouveau exercer leur recours sur le patrimoine privé.

<sup>989</sup> Il s'agit notamment de l'insaisissabilité des biens, de l'EURL, de la fiducie, ou encore de l'EIRL.

<sup>990</sup> A-L. THOMAS-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 50.

## 2 : Pro-personnalité et risque de pluri-personnalité

**1106.** Si la loi peut octroyer une personnalité pour la sphère professionnelle de la vie du commerçant, rien ne semble interdire qu'elle puisse le faire pour d'autres domaines de la vie de ce commerçant. Ainsi, on pourrait se retrouver avec une personnalité pour la sphère privée, une personnalité pour la sphère professionnelle, et une ou plusieurs autres pour d'autres sphères de la vie du commerçant. Il y aurait par conséquent aussi au moins trois patrimoines. Si cela renforçait la protection du commerçant, elle amenuiserait davantage le gage des créanciers commerciaux déjà réduit avec l'idée de pro-personnalité.

**1107.** Aussi lointaine que puisse paraître cette situation, elle est à prendre en considération. Comme le souligne C. DE LA RIVIERE, une résidence au bord de la mer, un bateau et son droit d'ancrage pourraient constituer une nécessité à l'équilibre de l'entrepreneur, à sa santé voire à sa réussite professionnelle. Ces éléments peuvent être des moyens de repos physique et psychologique face au tumulte de la vie professionnelle et familiale. Dès lors, précise l'auteur, « Une psycho-personnalité serait pour lui garantie de paix et tranquillité à l'égard de certains créanciers »<sup>991</sup>. Ces biens ne répondraient que des dettes procédant de cette psycho-personnalité-là.

**1108.** Aussi, et surtout, l'entrepreneur pourrait solliciter d'autres personnalités en cas d'exercice de plusieurs activités différentes les unes des autres. Du fait de l'émiettement du patrimoine, les banques et autres pourvoyeurs de fonds risquent de craindre pour le recouvrement de leurs créances. L'accès au crédit serait plus difficile, et l'investissement prendrait un coup.

---

<sup>991</sup> C. DE LA RIVIERE, « Unicité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité », *op. cit.*, p. 65.

## Conclusion du chapitre 2

**1109.** Dans l'optique de faire face aux limites actuelles de la notion de fonds de commerce, le droit OHADA pourrait instituer la personnalité professionnelle ou pro-personnalité. Cette solution a ceci d'avantageux qu'elle tient compte des limites des dispositifs déjà existants, sans toutefois les remettre en cause, enrichissant ainsi le choix offert aux professionnels. L'idée de pro-personnalité, tout en assurant une séparation des patrimoines privé et professionnel, est compatible avec le respect de la théorie, résistante, de l'unité du patrimoine.

**1110.** Elle consiste en un dédoublement de la personnalité, en amont, et en une limitation du gage des créanciers, en aval, à raison de la personnalité dont procède la dette. La personne reste unique, mais sa personnalité devient duale. La pro-personnalité agit dans la sphère professionnelle, et la personnalité privée agit dans le cadre des activités relevant de la vie privée. Dans les deux cas, chaque personnalité a un patrimoine unique qui est le gage général de chaque type de créanciers. L'acte de création et le critère de cette pro-personnalité serait l'immatriculation.

## Conclusion du titre 2

**1111.** En somme la résolution de la crise du fonds de commerce peut aussi passer par l'évolution de sa nature juridique. Pour cela, le droit français en a fait un patrimoine d'affectation, remettant ainsi en cause le principe de l'unité du patrimoine. Il a institué l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010. En l'espèce, l'affectation des biens par l'entrepreneur individuel ne donne pas lieu à la création d'une personne morale. Ce régime de l'EIRL est la première véritable application de la théorie du patrimoine d'affectation.

**1112.** À la suite du législateur français, celui de l'OHADA pourrait, lui, opter pour l'institution de la pro-personnalité. L'antériorité du mécanisme de l'EIRL est un atout pour le législateur OHADA, qui a l'occasion d'en éviter les écueils. La pro-personnalité permet un dédoublement de la personnalité juridique. Une seule personne physique se retrouve alors avec une personnalité professionnelle et une personnalité privée. Le gage des créanciers se trouve alors limité à raison de la personnalité dont procède la dette. Le principe de l'unité du patrimoine est préservé car, à chaque personnalité correspond un patrimoine unique. Dans le patrimoine professionnel ainsi créé, tous les biens exclus du fonds trouvent leur place.

## **CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE**

**1113.** Pour donner une véritable unité au fonds de commerce, il faudrait faire évoluer sa composition, ainsi que sa nature juridique. L'assiette du fonds de commerce devrait être étendue aux créances, aux dettes et aux contrats. Il faudrait aussi accorder une meilleure place aux monopoles d'exploitation. Comme pour les éléments mobiliers précités, les obstacles traditionnels à l'inclusion des biens et droits immobiliers sont surmontables. Dès lors, ces derniers devraient eux-aussi pouvoir intégrer le fonds de commerce.

**1114.** Aussi, pour faire évoluer la nature du fonds de commerce, le mécanisme de l'EIRL apparaît comme une solution crédible. Il a été adopté en droit français par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010. Il permet de faire du fonds de commerce un patrimoine d'affectation. Il est donc une remise en question du principe de l'unité du patrimoine.

**1115.** En plus de cette solution du droit français, le législateur OHADA pourrait instituer la pro-personnalité. Il s'agit d'un mécanisme qui aboutit à un dédoublement de la personnalité. Celui-ci permet à une seule et même personne de disposer de deux personnalités juridiques. L'une sera personnelle, et l'autre professionnelle. Puisque le patrimoine est lié à la personnalité, le commerçant qui en disposera de deux, aura consubstantiellement deux patrimoines. Le patrimoine professionnel ou pro-personnalité répondra ainsi, seul, du passif professionnel.



## CONCLUSION GÉNÉRALE

**1116.** Au soir de cette réflexion, la conception actuelle de la notion de fonds de commerce s'avère en déphasage avec la réalité de la vie des affaires.

**1117. Causes et manifestations de la crise du fonds de commerce.** La crise du fonds de commerce s'explique par la désunion de cette notion. Cette absence d'unité résulte, en partie, des lacunes de sa composition.

**1118. Une composition inadaptée.** Les éléments qui, actuellement, entrent dans l'assiette du fonds de commerce sont insuffisants à assurer son unité. Certains y sont obligatoirement présents. Il s'agit essentiellement de la clientèle, à laquelle le droit OHADA associe le nom et de l'enseigne. À ces éléments, s'ajoutent d'autres qui, eux, sont malheureusement facultatifs, malgré l'importance qu'ils peuvent avoir. Dans cette seconde catégorie d'éléments, en dehors des éléments corporels, on y trouve d'autres éléments incorporels, notamment les monopoles d'exploitation et le droit au bail. Ainsi, la composition du fonds de commerce présente des limites. D'autant plus que de nombreux éléments en sont purement et simplement exclus. Il s'agit précisément des créances, des dettes, des contrats et des immeubles. S'il est vrai que, à titre exceptionnel, par la loi, la jurisprudence ou la pratique contractuelle, certains de ces éléments exclus peuvent se transmettre avec le fonds de commerce ; il n'en demeure pas moins que le principe de leur exclusion reste bien ancré. La mise à l'écart de ces éléments, et le caractère facultatif de nombreux autres, à l'instar des monopoles d'exploitation, entraînent une dévalorisation du fonds de commerce. Dans ce cas, privé des biens et des droits immobiliers, le fonds de commerce ne regroupe que des éléments mobiliers. On constate que non seulement certains éléments mobiliers sont écartés, mais aussi que ceux qui sont admis peuvent, en raison de leur caractère facultatif, se retrouver également exclus.

**1119.** Avec ces exclusions, il pèse sur le fonds de commerce un risque d'éclatement et de disparition. S'agissant du risque d'éclatement, il vient du fait que, par exemple, en cas de vente forcée, le fonds et l'immeuble qui l'abrite ne seront pas toujours cédés à la même personne. Or, l'acquéreur de l'immeuble n'est pas tenu de consentir un bail à l'adjudicataire du fonds de commerce. En ce qui concerne le risque de disparition, il est particulièrement manifeste pour les fonds exploités dans des immeubles spécialement aménagés. En l'espèce, un cinéma, un hôtel, ou une usine sont des fonds voués à la disparition si leur exploitant se retrouve privé de l'immeuble aménagé pour leur exploitation.

**1120.** L'exclusion des monopoles d'exploitation donne un autre exemple caractéristique du risque de disparition qui pèse sur le fonds de commerce. Par exemple, un débit de boissons requiert, pour son exploitation, une licence. Puisqu'il s'agit d'un élément facultatif dans la composition du fonds de commerce, l'acquéreur d'un tel fonds doit donc veiller à inclure la licence dans les éléments qui seront cédés avec le fonds commercial. Car, faute d'une telle inclusion, il ne pourra pas exploiter le fonds acquis, parce que les licences ne se transmettent pas systématiquement avec le fonds. Dès lors, celui-ci est voué à la disparition. Ainsi, la désagrégation de la notion de fonds de commerce résulte de sa composition actuelle, en partie.

**1121. Une nature juridique inadaptée.** La désunion de la notion de fonds de commerce résulte également de sa nature. Le fonds de commerce n'a pas de personnalité juridique. Cela veut dire qu'il n'a pas l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations. Il est un objet et non un sujet de droit. Il manque ainsi d'autonomie patrimoniale. En conséquence, il n'a pas d'actif et de passif corrélatifs. Ainsi, en réalité, les créances et les dettes liées au fonds de commerce ne se transmettent pas avec lui. Elles restent attachées au commerçant qui est en le propriétaire. Cette situation est compromettante. Car, le cessionnaire d'un fonds ne peut pas bénéficier des créances issues de l'exploitation du fonds acquis. De même, le cédant ne peut pas se défaire des dettes liées à l'exploitation du fonds cédé. Il risque par ailleurs, dans ces conditions, une ruine personnelle, en cas d'échec professionnel.

**1122.** S'il est vrai que le fonds de commerce consiste en une affectation d'une partie du patrimoine, en principe unique, du commerçant à l'exercice de son activité professionnelle, il ne devient pas pour autant un patrimoine d'affectation. Le droit a longtemps refusé d'appliquer au fonds de commerce cette notion de patrimoine d'affectation. Par leur commune destinée, qui est l'affectation à l'exercice d'une activité professionnelle, les éléments du fonds de commerce font de celui-ci une universalité. Nonobstant, chacun de ces éléments conserve sa nature et son régime propre. Il peut être cédé ou donné à gage indépendamment des autres éléments. Dès lors, le fonds de commerce n'est pas une universalité de droit, mais plutôt une universalité de fait. Il n'est qu'un assemblage d'éléments disparates. On y trouve que des éléments d'actifs. Le fonds de commerce est, par ailleurs, un bien. Celui-ci a une nature mobilière, et incorporelle. C'est, au demeurant, cette nature qui est à l'origine de l'exclusion traditionnelle des immeubles de la composition du fonds de commerce.

**1123.** Il apparaît que la désunion de la notion de fonds de commerce est la manifestation générale de sa crise actuelle. Elle résulte de sa composition d'une part, et de sa nature juridique

d'autre part. Afin de résoudre cette crise du fonds de commerce, sans prétendre à l'exhaustivité, la présente réflexion est assortie de solutions envisageables.

**1124. Solutions envisageables pour résoudre la crise du fonds de commerce.** L'unité du fonds de commerce se révèle comme l'enjeu majeur de la résolution de sa crise actuelle. Pour la résoudre, il faudrait donc donner au fonds de commerce une certaine cohérence. Dans cette perspective, il sied de faire évoluer sa composition et sa nature juridique.

**1125. Extension de la composition du fonds de commerce aux éléments actuellement exclus.** S'agissant de la composition du fonds de commerce, l'idée est d'y inclure tous les éléments qui en sont exclus, qui concourent à son unité, et qui devraient lui rendre sa valeur véritable. Cette inclusion concerne les créances, les dettes, et les contrats. Il s'agit aussi *mutatis mutandis* des monopoles d'exploitations et du bail commercial. On a d'ailleurs pu observer que ce bail n'est plus réservé seulement aux commerçants, preuve de son importante valeur. En France, comme dans les États-membres de l'OHADA, son application s'étend désormais au-delà de la sphère commerciale et à des professionnels non commerçants. Le législateur OHADA a formellement consacré cette évolution du bail. Ainsi, en droit OHADA, le « bail à usage professionnel » a pris la place du « bail commercial ».

Il faudrait aussi inclure les immeubles dans la composition du fonds de commerce. Les considérations théoriques qui ont, jusqu'à présent, fondé l'exclusion de tous ces éléments, mobiliers et immobiliers, peuvent être surmontées en vue de leur admission dans la composition du fonds de commerce. C'est par exemple le cas de l'idée selon laquelle l'immeuble, ayant le plus de valeur, ne pourrait intégrer le fonds de commerce qui, lui, est un meuble. L'inclusion de tous ces éléments est d'avantage possible en faisant évoluer la nature du fonds de commerce. C'est la seconde démarche dans la recherche de son unité.

**1126. Faire du fonds de commerce une universalité de droit.** En ce qui concerne donc l'évolution de la nature juridique, il est possible de faire du fonds de commerce un patrimoine d'affectation.

**1127. L'EIRL, le choix du droit français.** L'avènement de l'EIRL est le résultat d'un long processus. Le dogme de l'unité du patrimoine a longtemps été un obstacle à la transformation du fonds de commerce en patrimoine d'affectation. Mais, à l'origine, conçu par la doctrine, ce principe n'avait pas de force obligatoire. Par la suite, le législateur l'a assorti d'un certain nombre d'exceptions en le consacrant. Néanmoins, le principe de l'unité du patrimoine a résisté.

Le législateur, avant de le remettre en question, s'est longtemps contenté de le contourner. C'est ainsi qu'il a créé, par exemple, l'EURL qui est une personne morale. Le respect du principe de l'unité du patrimoine explique aussi le choix du mécanisme de l'insaisissabilité pour limiter la responsabilité du commerçant.

**1128.** La remise en cause du principe de l'unité du patrimoine s'est faite par touches successives. Une première tentative, avec la création de l'EPRL, a été avortée. Puis, il y a eu des mécanismes comme la fiducie, l'agent des sûretés ou le transfert fiduciaire de somme d'argent. L'avènement de l'EIRL constitue le tournant décisif dans la recherche de la limitation du risque entrepreneurial. C'est la première véritable remise en question légale de la théorie de l'unité du patrimoine. L'EIRL est une application de la théorie inverse du patrimoine d'affectation. Ainsi, l'EIRL permet de faire évoluer la nature du fonds de commerce en universalité de droit. Dès lors, comme les immeubles ; les créances, les dettes, et les contrats y trouvent leur place. Ils deviennent cessibles avec le fonds. Aussi, le mécanisme de l'EIRL entraîne une limitation de la responsabilité du commerçant, entrepreneur à responsabilité limitée. L'actif affecté à son activité professionnelle répond seul du passif né de cette activité, du moins dans le principe. L'EIRL consiste donc en ceci que, le commerçant affecte une portion de son patrimoine général à l'exercice de son activité professionnelle. Le régime juridique qui accompagne cette institution de l'EIRL prévoit des règles pour rendre cette affectation opposable aux créanciers. Le droit français avait une alternative entre l'EIRL et la pro-personnalité. Il a opté pour l'EIRL. La pro-personnalité est une solution envisageable par le droit OHADA. Cette solution viendrait élargir le champ des solutions possibles pour refaire l'unité de la notion de fonds de commerce.

**1129. Possibilité d'instituer la pro-personnalité en droit OHADA.** La pro-personnalité permet un dédoublement de la personnalité juridique. En d'autres termes, la personne physique reste unique, mais elle va disposer de deux personnalités juridiques distinctes. L'une sera professionnelle, et l'autre sera personnelle. Le patrimoine étant consubstantiel à la personnalité, disposant de deux personnalités, la personne aura parallèlement deux patrimoines. La séparation de la personnalité qui, en amont, aboutit à deux personnalités, professionnelle et personnelle, permet d'avoir, en aval, deux patrimoines à savoir : un patrimoine professionnel et un patrimoine personnel.

**1130.** Le mécanisme de la pro-personnalité aboutit par ailleurs à une limitation du gage des créanciers à raison de la personnalité dont procède la dette. La personnalité professionnelle ou

pro-personnalité est dédiée aux dettes nées de l'activité professionnelle. Tandis que la personnalité privée est dédiée aux dettes nées dans le cadre de la vie privée. Par ce mécanisme, on parvient une fois de plus à faire du fonds de commerce une universalité de droit. Dès lors, tous les éléments exclus y trouvent chacun une place. Aussi deviennent-ils cessibles avec lui.

**1131.** Ainsi, les mécanismes de l'EIRL et de la pro-personnalité permettent de faire évoluer la nature juridique du fonds de commerce. Ajoutés à la démarche qui consiste à faire évoluer sa composition, ils constituent autant de solutions envisageables pour faire face à la crise de cette notion. Il convient de souligner que cette réflexion a été menée dans un contexte marqué aussi par une dématérialisation de l'activité économique. Elle s'accompagne parallèlement de la numérisation du fonds de commerce. Celui-ci devient un bien numérique composé, lui-même, d'un ensemble de nouveaux biens immatériels. Pour tenir compte cette réalité, la conception et le régime du fonds de commerce mériteraient d'être appréciée à l'aune de l'avènement de sa version électronique.



# BIBLIOGRAPHIE

## I : TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

### A : DROIT OHADA

**BITSAMANA (H.A)**, *Dictionnaire OHADA*, l'Harmattan, Paris, 2016.

**EQUIPE HSD**, *Droit commercial en Afrique*, EDICEF, 1989.

**FÉNÉON (A) et GOMEZ (J.R)**, *Droit commercial général, commentaires*, OHADA, EDICEF, Vanves, 1999.

**ISSA SAYEGH (J), LOHOUES-OBLE (J)**, *Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, 2002.

**MARTOR (B), PILKINGTON(N), SELLERS (D), THOUVENO(S)**, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, 2004.

**NGUEBOU TOUKAM (J)**, *Le droit commercial général dans l'acte uniforme OHADA*, PUA, Yaoundé, 1998.

**OHADA**, *Droit des sociétés commerciales et du GIE*, EDICEF, 1998.

**OHADA**, *Le nouveau droit des affaires en Afrique*, pcw.

**OHADA**, *Memento, droit des sociétés commerciales et GIE*, OHADA, 1998.

**PÉDRO SANTOS(A), YADO TOÉ**, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

**POUGOUÉ (P.G)**,

*-(dir), Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011.

*-Recueil d'études sur l'OHADA et les normes juridiques africaines*, PUAM, 2013.

**SOCCO (R)**, *Le Droit africain*, Dalloz, 2003.

**TIGER (P.H)**, *Le droit des affaires en Afrique*, OHADA, 1999.

## **B : DROIT FRANCAIS**

**ATTIAS (C)**, *Droit civil : les biens*, 8ème édition, Litec, 2005.

**AUBRY (C) et RAU (C)**,

-*Droit civil français*, par ESMEIN, 7<sup>e</sup> édition, RID comp., 1961, p. 848.

-*Cours de droit civil français*, 5<sup>e</sup> édition par E. BARTIN, t. IX, Libr. Gén. Jurispr. 1917.

**AUZON (O)**, *Le droit du commerce électronique*, Dupuits fleuri, 2004.

**AZEMA (J) et GALLOUX (J.C)**, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2017.

**BARBIERI (J.F), DUPEY(R), LAFFORGUE(A)**, *Société et groupement agricole*, 1ere édition, Delmas, 1992.

**BEAUDOIN (E)**, *Les grands domaines de l'empire romain*, Larose, Paris, 1899.

**BINCTIN (N)**, *Droits de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2016.

**BERT(D) et PLANCKEEL (F)**, *Cours de droit commercial et des affaires*, 4<sup>e</sup> édition, Gualino, 2018-2019.

**BLATTER (JP)**, *Droit des baux commerciaux*, 5<sup>e</sup> édition, Le Moniteur, 2012.

**BOISTEL (A)**, *Précis de droit commercial*, 2<sup>e</sup> édition, Thorin, Paris, 1978.

**BRAILLAUD (J.P)**, *Droit commercial*, Hachette, 2000.

**BRAUD (A)**, *Droit commercial*, 5<sup>e</sup> édition, Gualino-Lextenso, Paris, 2013.

**BOURASSIN (M) et BRÉMOND (V)**, *Droit des sûretés*, 7<sup>e</sup> édition, Sirey, 2020.

**BUFFELAN-LANORE(Y) et LARRIBAU-TERNEYERE(V)**,

-*Droit des obligations*, 12<sup>e</sup> édition, Sirey, 2010.

-*Droit civil : Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 16<sup>e</sup> édition, Sirey, 2009.

**BUSSY(J)**, *Droit des affaires*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2004.

**CABRILLAC (R)**, (*dir*), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 2019.

**CARBONNIER (J)**,

-*Droit civil, Les obligations*, tome 4, 22<sup>e</sup> édition, PUF Thémis, 2000.

-*Les personnes*, PUF, 1996.

**CANIN (P)**,

-*Droit des affaires*, 4<sup>e</sup> édition, Hachette, 2010.

- *Droit commercial*, 6<sup>e</sup> édition, Hachette, 2014.

**CAVALDA (C)**, *Droit des affaires de l'Union Européenne*, Litec, 2010.

**CENTRE DE RECHERCHE SUR LE DROIT DES AFFAIRES (Paris)**, *La clientèle appropriée : fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique*, Litec, 2004.

**CHAPUT(Y)**, *Aborder le droit des affaires*, Seuil, Paris 1997.

**CHATRY (S) et LE CAM (S)**, *Droit de la propriété intellectuelle, Synthèse du cours-Définitions-Exercices*, 2<sup>e</sup> édition, Studyrama, 2018.

**COHEN (A)**, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey, 1948, Paris.

**CORNU (G)**,

-*Vocabulaire juridique de l'association HENRY CAPITANT*, 13<sup>e</sup> édition, PUF, 2020.

-*Vocabulaire juridique*, 11<sup>e</sup> édition, PUF, 2015.

-*Droit civil : les biens*, 13<sup>e</sup> édition, Montchrestien, 2007.

-*Droit civil, Les personnes*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> édition, 2007.

-*Vocabulaire juridique*, 6<sup>ème</sup> édition, PUF, 2006.

-*Linguistique juridique*, 2<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2000.

-*Vocabulaire juridique de l'association HENRY CAPITANT*, 8<sup>e</sup> édition, PUF, 2000.

**COURBE (P) et LATINA (M)**, *Droit des biens*, 9<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2019.

**DECOCQ (A)**, *Droit Européen des affaires*, 2<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2010, Paris.

**DE JUGLART(M) et IPPOLITO (B)**, *Traité de droit commercial*, tome 1, 4<sup>e</sup> édition, Montchrestien, 1978.

**DEKEUWER-DEFOSSEZ (F) et BLARY-CLEMENT(E)**,

-*Droit Commercial, acte de commerce, fonds de commerce, commerçant, concurrence*, 12<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2019.

*-Droit Commercial, acte de commerce, fonds de commerce, commerçant, concurrence, 11<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2015.*

*-Droit commercial, actes de commerce, fonds de commerce, commerçant, concurrence, 10<sup>e</sup> édition, Montchrestien, 2010.*

**DELPECH (X)**, *Le fonds de commerce : Achat-Vente-Exploitation-Gérance-Évaluation-EIRL*, 18<sup>e</sup> édition, Delmas, 2011-2012.

**DIDIER (P) et DIDIER (P.H)**, *Droit commercial*, t. I, Economica, 2005.

**DIDIER (P)**, *Droit commercial*, Dalloz, 2001.

**DONDERO (B)**, *Droit des sociétés*, 6<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2019.

**DROSS (W)**, *Droit des biens*, 2<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2014

**DUGUIT (L)**, *Traité de droit constitutionnel*, Tome III, 2<sup>e</sup> édition, Boccard, 1913.

**DUPERYRON (C)**, *Droit Agraire 1<sup>er</sup> volume Droit de l'exploitation*, 2<sup>e</sup> édition, Economica, 1994.

**DUPUIS (M)**, *Droit commercial*, Ellipses, 2018.

**FIORI-KHAYAT (C)**, *Droit des affaires, sociétés civiles et commerciales*, Studyrama, 2007.

**GAFFIOT (F)**, *Dictionnaire illustré latin-français*, Hachette, 1934.

**GATSI (J)**, (*dir*), *L'effectivité du droit OHADA*, PUA, 2006.

**GIRON (P)**, *Droit commercial*, 7<sup>e</sup> édition, Foucher, Malakoff, 2013.

**GUEVEL (D)**,

*-Droit commercial et des affaires*, 3<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2007.

*-Droit des affaires*, LGDJ, 1999.

**GUYON (Y)**, *Droit des affaires : Droit commercial général et sociétés*, tome 1, Economica, 2003, Paris.

**HESS-FALLON (B), SIMON (A)**, *Droit des affaires*, 19<sup>e</sup> édition, Sirey, 1999.

**HILAIRE (J)**, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986.

**HOUIN (R), (Bibliothèque de droit commercial),** *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, t. I, 2<sup>e</sup> édition, Sirey, 1976

**HOUIN (R), DODIERE(R), LEGEAIS (D),** *Droit commercial*, tome 1, 9<sup>e</sup> édition, Sirey 1993.

**HOUTCIEFF (D),**

*-Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, contrats commerciaux, concurrence, instrument de paiement et de crédit*, 4<sup>e</sup> édition, Sirey 2016

*Droit commercial : actes de commerce, commerçant, fonds de commerce, instruments de paiement et de crédit*, 3<sup>e</sup> édition, Sirey, 2011.

**JACQUEMONT(A),** *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>e</sup> édition, Litec, 2011.

**LAROUSSE,** *Dictionnaire de la langue française, poche*, Larousse, 2013.

**LARROUMET (C),** *Droit Civil- Les biens, Les droits réels principaux*, T.2, 5<sup>e</sup> édition, Economica, Paris, 2006.

**LE CANNU (P) et DONDERO (B),** *Droit des sociétés*, 3<sup>e</sup> édition, Montchrestien, 2009.

**LECOURT (A),** *Droit des affaires*, Ellipses, 2006.

**LEFEBVRE (F),**

*-Droit commercial : fonds de commerce, contrat, biens de l'entreprise, crédit, garanties, recouvrement, entreprise en difficultés*, Francis Lefebvre, 2010.

*-Droit commercial*, Francis Lefebvre, 2009.

**LEFEBVRE (J),** *Leçons de droit des biens*, 2<sup>e</sup> édition, Ellipses, 2013.

**LEGEAIS (D),**

*-Droit commercial et des affaires*, 27<sup>e</sup> édition, Sirey, 2021.

*-Droit commercial et des affaires*, 25<sup>e</sup> édition, Sirey, 2019.

*-Droit commercial et des affaires*, 24<sup>e</sup> édition, Sirey, 2017.

*-Droit commercial et des affaires*, 19<sup>e</sup> édition, Sirey, 2011.

**LEOBON (T),** *Droit commercial*, Breal, 2018.

**LE PETIT ROBERT 1,** *Dictionnaire de la langue française*, Larousse, 2012.

**LIENHARD (A)**, *Procédures collectives, prévention, sauvegarde, sauvegarde financière accélérée, redressement judiciaire, liquidation judiciaire, sanctions, procédure*, 5<sup>e</sup> édition, Delmas, 2013.

**LEVIS (A)**,

-*Droit commercial*, Lamy, 2001.

-*Droit commercial*, Lamy, 2015.

**LITTRÉ (E)**, *Dictionnaire de la langue française*, t. 2, Hachette, 1874.

**LUCAS (F.X) et PORACCHIA (D)**, *Manuel de droit commercial*, PUF, 2018.

**LYON-CAEN (CH) et RENAUD (L)**, *Traité de droit commercial*, tome 3, 5<sup>e</sup> édition, LGDJ.

**MALAURIE (P) et AYNÈS (L)**,

-*Droit des biens*, 8<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2019.

-*Droit des biens*, 7<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2017.

-*Cours de droit civil -Les biens-La publicité foncière*, 4<sup>e</sup> édition, Cujas, 1998.

**MARIE LAITIER (Y)**, *Droit comparé*, Dalloz, 2009.

**MARTY(G) et RAYNAUD (P)**, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, RID comp., 1963.

**MATHIEU (M.L)**, *Droit civil, les biens*, 3<sup>e</sup> édition, Sirey, 2013.

**MAUCLAIR (S)**, *Droit des personnes*, Ellipses, 2019.

**MÉMÉTEAU (G)**, *Droit des biens*, 7<sup>e</sup> édition, Paradigme, 2014.

**MERLE (P), FAUCHON (A)**, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 23<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2019.

**MESTRE (J), PANCRAZI(M), ARNAUD-GROSSI (I), MERLAND (L) et TAGLIARINO-VIGNAL (N)**, *Droit commercial, Droit interne et aspects de Droit international*. 29<sup>e</sup> édition, LGDJ.

**MESTRE (J), PUTMAN(E), VIDAL (D)**, *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, 1995.

**MOLFESSIS (N)**, *Droit commercial*, Economica, 2005.

**MONIER (R)**, *Manuel élémentaire de droit romain*, Domat, Montchrestien tome 1, 1945.

**MOUSSERON (P), CHATAIN-AUTAJON (L)**, *Droit des sociétés*, Joly, 2013.

**PASSA (J)**, *Traité de droit de la propriété industrielle*, tome 2, LGDJ, 2013.

**PEDAMON (M), et KENFACK (H)**, *Droit commercial : Commerçant et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, 4<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2020.

**PETIT (B)**,

*Droit commercial*, 6<sup>e</sup> édition, LexisNexis, 2016.

-*Droit commercial*, 4<sup>e</sup> édition, Litec, 2007.

-*Droit commercial*, 2<sup>e</sup> édition, Litec, 2002

**PIEDELIEVRE (S)**,

- *Droit commercial, Actes de commerce-Commerçants, Fonds de commerce, Concurrence-Consommation*, 1<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2017.

-*Acte de commerce, commerçant, fonds de commerce*, 6<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2008.

**PIETTE (G)**, *Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles*, Galino, 2013.

**PLANIOL (M) et RIPERT (G)**, *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, t. 7, par ESMEIN et GABOLDE, 1931.

**RABU (G)**, *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> édition, Ellipses, 2019.

**RAYNARD (J), TREFIGNY(P) et PY (E)**, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2016.

**REBOUL-MAUPIN (N), LASBORDES-DE VIRVILLE (V)**, *Droit commercial*, Vuibert, 2013.

**RENAULT (M.H)**, *Histoire du droit des affaires*, Ellipses, 2006.

**RENAULT-BRAHINSKY (C)**, *Droit des obligations*, 10<sup>e</sup> édition, Gualino.

**REYGROBELLET(A)**, *Fonds de commerce*, Dalloz, 2005.

**RICHARD (E), DELVILLE (JP), GUIHEUX (G), et HERAIL (M)**, *Droit des affaires : question actuelles et perspectives historiques : formation du droit des affaires, qualité de commerçant, fonds de commerce, sociétés commerciales, effets de commerce, faillite*, Presse universitaire de Rennes, Rennes.

**RIPERT (G) et ROBLLOT (R),**

- *Traité de droit des affaires, t 1, Du droit commercial au droit économique*, par L. VOGEL, LGDJ, coll. « Traité », 21<sup>e</sup> édition, 2020.

- *Droit commercial*, par VOGEL, tome 1, volume 1, 18<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2001.

- *Traité de droit commercial*, par M. GERMAIN et L. VOGEL, tome 1, 17<sup>e</sup> édition. LGDJ, 1998.

**RIPERT (G) et BOULANGER (J),** *Traité élémentaire de droit civil, Obligations, contrats, sûretés réelles*, t 2, 1952.

**RIPERT (P),** *Dictionnaire des dictons, proverbes et maximes*, Maxi poche, 2000.

**REINHARD (Y), et CHAZAL (J.P),** *Droit commercial*, 6<sup>e</sup> édition, Litec, 2001.

**REINHARD(Y) et THOMASSET-PIERRE(S),** *Droit commercial : Actes de commerce. Commerçant. Fonds de commerce. Concurrence. Consommation*, 7<sup>e</sup> édition, Litec, 2008.

**SAINTOURENS (B),** *Droit des affaires*, 2<sup>e</sup> édition, Presse universitaire de Grenoble, 2002.

**SAINT-PAU (J-C) (dir),** *Traité de Droit de la personnalité*, Lexis Nexis, 2013.

**SALEILLE (S),** *De la personnalité juridique*, 2<sup>e</sup> édition, Rousseau 1922.

**SALOMOND (R),** *Précis de droit commercial*, PUF, 2005.

**SAVATIER (R),** *La théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> édition, Dalloz.

**SCHILLER (S),** *Droit des biens*, 9<sup>e</sup> édition, 2019.

**SINÉ (L),** *Droit commercial et des sociétés*, 4<sup>e</sup> édition, Dumond, 1995.

**STARCK (B), ROLAND(H) et BOYER (L),** *Introduction au droit*, 5<sup>e</sup> édition, Litec, 2000.

**SZRAMKIEWIEZ (R),** *Histoire du des Affaires*, Montchrestien, 1989.

**THALLER (E),** *Traité élémentaire de droit commercial*, Arthur Rousseau, 1898, Paris.

**TERRÉ (F) et SIMLER (P),** *Droit civil, Les biens*, 10<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2018.

**TERRÉ (F) et FENOUILLET (D),** *Droit civil : Les personnes. Personnalité-Incapacité-Protection*, 8<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2012.

**TERRÉ (F), SIMLER (P) et LEQUETTE (Y),** *Droit civil, les obligations*, 11<sup>e</sup> édition, Dalloz.

**TEYSSIÉ (B)**, *Droit des personnes*, 20<sup>e</sup> édition, LexisNexis, 2018.

**VARNEROT (V)**, *Leçons de droit de la propriété littéraire et artistique*, Ellipse, 2012.

**VIDAL (D)**., *Grand arrêt du Droit des Affaires*, Sirey, 1992.

**WEIL (A) et TERRÉ (F)**, *Droit civil, Les obligations*, 4<sup>e</sup> édition, Dalloz, 1987.

**ZENATI (F) et REVET (T)**, *Les biens*, 2<sup>e</sup> édition., PUF, 1997.

## **II : OUVRAGES SPECIAUX, THÈSE ET MONOGRAPHIES**

### **A : DROIT OHADA**

**AHOU (D)**, « Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaison avec le droit français ». Thèse, Bordeaux, 2015.

**BILONG (A)**, « La sécurisation du commerce électronique dans l'espace OHADA », thèse, Lyon 2017.

**CENTRE DU COMMERCE INTERNATIONAL**, *Guide juridique OHADA pour les entreprises du Mali*, CNUCED/OMC, 2006.

**DIFFO TCHUNKAM (J)**,

*-Droit des activités économique et du commerce électronique : l'esprit du droit commercial général issu de la réforme du 15 Décembre 2010*, L'harmattan, 2012.

*-La « cyberactivité » du droit africain des affaires*, Lamy droit, 2012.

**HOUNGBEDJI RAUCH (D)**, *Le vade-Mecum de l'OHADA*, AIF 2007.

**ISSA SAYEGH(J) et LOHOUES (J)**, *Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, 2002.

**KONÉ (M)**, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA : Comparaison avec le droit français*, LGDJ, 2003.

**MAKAN (D)**, « La vente commerciale en droit OHADA », Thèse, Orléans 2007.

**MARTOR (B), PILKINGTON (N), SELLERS (D) et THOUVENOT (S)**, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, 2004.

**MODI KOKO (H.D)**, *Droit communautaire des affaires OHADA-CEMAC, tome 1 droit commercial général et de la concurrence*, Danoïa, 2008.

**NGNOU (J)**, « Le fonds de commerce en république centrafricaine », thèse, 1994.

**NGUEBOU (J)**, *Le droit commercial général dans l'acte uniforme OHADA*, PUA, 1998.

**OHADA**, *Le nouveau droit des affaires en Afrique*, pcw,

**OHADA.**, *Le droit des affaires au service de l'intégration économique africaine*, OHADA, Yaoundé, 2006.

**POUGOUE (PG)**, *Introduction critique à l'OHADA*, PUAUF, 2008.

**POUGOUE (PG) et FOKO (A)**, *Le statut du commerçant dans l'espace OHADA*, PUAUF, 2005.

**SAMBE (O) et IBRA DIALLO (M)**, *Guide pratique des sociétés commerciales et Groupement d'intérêt économique*, E.C.J, 1998.

**SANNY YAYA (M)**, « Le droit de l'OHADA face au commerce électronique », thèse, paris, 2011.

**YAYI LIPAMY (J)**, « Essai sur la recherche d'un régime juridique du commerce électronique dans les pays francophones d'Afrique sub-saharienne », thèse, Nantes, 2015.

**PIETTE COUDOL (T)**, *Le numérique au service du droit de l'OHADA et des États parties*, LGDJ, 2016.

## **B : DROIT FRANCAIS**

**ACHACHE (V)**, « L'approche juridique de la sécurité des paiements dans le commerce électronique », Atelier national de reproduction des thèses, 2008.

**ALBARIAN (A) et MOURON (P)**, *Actualité jurisprudentielle 2013-2014 : droit des sociétés commercial, entreprise commerciales*, Lamy, 2013.

**ALIAS (R)**, « Situation respective du bailleur d'immeuble et du créancier nanti d'un fonds de commerce », thèse, Toulouse 1938.

**ASSADI (D)**, *Le e-commerce pour les PME : guide pratique*, Collection l'Expert poche, 2013.

**BARRET (O)**, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001.

**BÉNABENT(A)**, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2013

**BENILLOUCHE (M) et BERREBI (J)**, *Leçons de droit commercial*, Ellipses, 2010.

**BERNARD (A)**, « La rémunération des professions libérales en droit romain », thèse, Paris, 1935.

**BOULEZ (J)**, « Essai sur l'entreprise individuelle. La société unipersonnelle », thèse, Lyon, 1974.

**BROUILLAUD (J.P)**, *Guide du droit des affaires*, Ellipse, 2009.

**BRUNEAU (C)**, « La reconnaissance du fonds libéral et ses conséquences », mémoire, Lille, 2006.

**CHATAIN-AUTAJON (L)**, *La notion de fonds en droit privé*, Litec, 2006.

**CHAZAL (J.P)**, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, Defrénois, 2001.

**COILLOT (J)**, « Le rôle de l'immeuble dans la notion de fonds de commerce », Thèse, Lille, 1960.

**COLLART DUTILLEUL(F) et DELEBECQUE (PH)**, *Contrat civils et commerciaux*, 11<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2019.

**COLMER (A)**, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial, t. I, Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 1997.

**COURBE (P) et LATINA (M)**, *Droit des biens*, 9<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2019.

**DEFAULTIER (J)**, *EURL, entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée : création, gestion, évolution*, 10<sup>e</sup> édition, Delmas, 2005.

**DELBERT (J)**, « Les contrats de transfert de clientèle civile », Thèse, 1944.

**DELPECH (X)**, *Le fonds de commerce : Achat-Vente-Exploitation-Gérance-Évaluation-EURL*, 18<sup>e</sup> édition, Delmas, 2011.

**DEMOLOMBE (C)**, *Cours de Code Napoléon, De la distinction des biens*, tome 1, Nabu press, 2011.

**DENIZOT (A)**, *L'universalité de fait*, Fondation Varenne, 2008.

**DEPAMBOUR-TARRIDE L**, *Les Origines du fonds de commerce : l'apparition de la clientèle dans les sources parisiennes*, Sirey, 1985.

**DELANDE (A.L)**, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, thèse Bordeaux, 1922.

**DEMOULIN (M)**, *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Bruylant, 2003.

**DERRUPÉ (J)**, *L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale*, Mélanges F.

**DESNOS (P)**, *EURL, entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Eyrolles, Paris, 2011.

**DONDERO (B)**, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, PUAM, 2006.

**DISSAUX (N) et JAMIN (C)**, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2015.

**DROSS (W)**, *Droit des biens*, 2<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2014.

**DRUFFIN-BRICA (S)**, *L'essentiel du droit des biens*, 5<sup>e</sup> édition, Gualino, 2010.

**DUBOS (B)**, *Essai sur la notion de fonds de commerce électronique*, ANRT, Université de Lille 3, Villeneuve d'Ascq, 2010.

**DUBUISSON (E)**,

- *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Litec, 2010.

- *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Litec, 2004.

**DUMAS (R)**, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, L'harmattan, 2008.

**DUMOUCHEL (A)**, « Étude juridique de la clientèle des fonds de commerce et des professions libérales », thèse, 1907.

**EL AYOUBI (O)**, « Le contrat du commerce électronique sur l'Internet : formation et exécution », Atelier national de reproduction des thèses, 2012.

**ENDRÉO (G) et VIANDER (A)**, *Redressement et liquidation judiciaire*, Litec, 1986.

**ÉTUDE ET DOCUMENTS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS**, « Le fonds de commerce, gage de crédit », Série générale, 1976-1

**EZZO (H.A)**, « Le paiement électronique en matière d'opérations bancaires et de commerce en ligne », Atelier national de reproduction des thèses, 2013.

**FARAGGI (B)**, *Commerce électronique et moyens de paiement*, Dunod, Paris, 1998.

**FARJAT (G)**, *Le domaine économique*, 2<sup>e</sup> édition, 1982.

**FIALON (L)**, « Du nantissement des fonds de commerce », Thèse, Bordeaux, 1909.

**FOYER (J) et VIVANT (M)**, *Le droit des brevets*, PUF, 1991.

**GARY (R)**, « Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit », Thèse, Bordeaux, 1931.

**GRUNZWEIG(SF)**, *Le fonds de commerce et son passif propre*, LGDJ, 1938.

**HIEZ (D)**, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ, thèse, Bibliothèque de droit privé, 2003.

**HILAIRE (J) et TURLAN (J)**, *Les contingences historiques du fonds de commerce*, CREDA, L'entreprise personnelle, tome 2, Litec, 1981.

**HULOT (M)**, *Les cinquante livres du digeste ou pandectes de l'Empereur Justinien*, Behmer et Lamort 1804.

**JACOB (D)**, *E-commerce : les bonnes pratiques pour réussir*, Edipro, 2012.

**JOLY (C)**, *Le paiement en ligne : sécurisation juridique et technique*, Hermes, science, Lavoisier, 2005, Paris.

**KRAJESKI (V-D)**, « L'intuitu personae dans les contrats », thèse, 1998, Doctorat et Notariat, 2001.

**KERIM (A) et ABDEL AZIZ (M)**, *La Clientèle commerciale ou les éléments incorporels du fonds de commerce*, Vaney-Burnier, 1932.

**KUHN (C)**, *Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité*, Thèse, Paris I, 2003.

**LAINE (G)**, « La cession du fonds libéral », Mémoire, la Réunion, 2010.

**LAVALLETTE-SIMON (M)**, *L'immobilisation des fonds de commerce et la loi de 1909*, G. Ficker, 1913.

**LECOMTE (D)**, *L'EURL, structure d'organisation de l'entreprise*, L'Harmattan, Paris, 2004.

**LEFEBVRE (F)**,

-*Société civil 2015*, Francis Lefebvre, 2015.

-*Profession libérales 2014-2015* Francis Lefebvre, Levallois, 2014.

**LEFEBVRE (J)**, *Leçons de droit des biens*, Ellipses, 2013.

**LEFLOCH (P)**, *Le fonds de commerce- essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, LGDJ, 1986.

**LEGRAND (V)**, *Entreprise individuelle à responsabilité limitée*, Delmas, Paris, 2011.

**LEMEUNIER (F)**, *Fonds de commerce : achat et vente, exploitation et gérance*, 16<sup>e</sup> édition, Delmas, 2004.

**LINANT BELLEFOND (X)**, *Le droit du commerce électronique*, PUF, Paris, 2005.

**LOISEAU (GR)**, « Le nom, objet d'un contrat », thèse, Paris I, LGDJ, 1997,

**LOUCHOUARN (D)**, *La profession (approche juridique de la notion)*, thèse, Lyon III, 1998.

**MALAURIE (P) et AYNÈS (L)**,

-*Droit des biens*, 8<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2019.

-*Cours de droit civil- Les biens- La publicité foncière*, 4<sup>e</sup> édition, Cujas, 1998.

**MAZEAUD (L) et DU PONTAVICE (E)**, *Exercices de droit commercial*, Montchrestien 1986.

**MOLINIER (A)**, « La cession d'un hôtel : transmission de l'activité et de l'immeuble », Mémoire, Bordeaux, 2013.

**ORTOLAN, (M)**, *Explication historique des Institutes de l'Empereur Justinien*, tome 1, 8<sup>e</sup> édition, Plon, 1870.

**PAILLUSSEAU (J), LAZARSKI(H), CAUSSAIN (J.J) et PEYRAMAURE (P)**, *Cession d'entreprise*, 4<sup>e</sup> édition, Dalloz,1999.

**PHILIPPE (C)**, « Le devenir de l'auto-entrepreneur », mémoire DSN, Rennes 1, mai 2010.

**PLATEAU (A)**, « Solutions opérationnelles d'une transaction électronique sécurisée et respectueuse de la vie privée », thèse, Caen, 2013.

**POLLAUD-DULIAN (F)**, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, Economica, 2011.

**ROBERT (C)**, « Cession d'un site internet marchand : véritable cession de fonds de commerce ? », Mémoire, Lille, 2012.

**SAVATIER (J)**,

-*Étude juridique de la profession libérale*, LGDJ, 1947.

-*L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français*, tome 2, Mélanges offerts à JACQUES MAURY, Dalloz- Sirey, 1960

**SAYAG (A) et JAUFFRET\_SPINOSI (C)**, *L'entreprise personnelle 1. Expérience européenne*, Étude du CREDA, Litec, 1978.

**SEIDOWSKY (O)**, *Le fonds de commerce numérique*, Thèse, Paris 2006.

**SERLOOTEN (P)**, *EURL : Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, Joly,1994

**SERLOOTEN (P) et MONSERIE (M.H)**, *Les sociétés unipersonnelles*, Joly, 2008.

**SORBIER (M)**, *La clientèle commerciale : cession, location et partage*, l'Harmattan, 2003.

**SIFFREIN (M)**, *Œuvre de Pothier*, t. 15, Chanson, 1821.

**TADROS (A)**, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, Dalloz, 2013.

**TERRÉ (F)**, *EURL : L'entreprise individuelle à responsabilité limitée*, Litec, Paris, 2010.

**THOMAS-RAYNAUD (A.L)**, *L'unité du patrimoine : Essai critique*, Doctorat & Notariat, tome 25, Defrénois, 2007.

**THUYSBAERT (P)**, « Fonds de commerce et clientèle civile en droit fiscal », R. Fonteyn, 1935, Louvain.

**TOURTONDE (J)**, *Du Droit à la clientèle dans le fonds de commerce*, Thèse, Toulouse, 1937.

**TURPIN(A)**, « Approche patrimoniale de la clientèle hospitalisée en clinique », thèse, Montpellier, 2007.

**TRAVAUX DU 60<sup>e</sup> CONGRÈS DES NOTAIRES (Strasbourg 1962)**, « Le statut juridique du fonds de commerce », Litec 1962.

**VALETTE-ERCOLE (V)**, *Fiches de Droit des biens*, Ellipses, 2007.

**VIALLA**, *L'introduction du fonds libéral en droit positif français*, bibliothèque de droit de l'entreprise, tome 39, Litec, 1998.

**WÉRY (E)**, *Facture, Paiements et Monnaie électroniques*, Litec, 2003.

**ZENATI-CASTAING (F) et REVET (T)**, *Les biens*, 3<sup>e</sup> édition, PUF, 2008.

**ZUELGARA (H)**, *La cession des clientèles libérales*, Atelier national de reproduction des thèses, 1999.

### **III : ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS**

#### **A : DROIT OHADA**

**ALGADI (A.S) et ELKOUBI (L)**, « La résolution de plein droit des contrats en droit OHADA des procédures collectives », Revue congolaise de droit et des affaires, n° 8, 2012.

**ANOUKAHA (F) et TJOUEN (A.D)**, *Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en droit OHADA*, Coll. DU, PUA, Yaoundé, 1999.

**ASSANE TOURE (P)**, « Le nouveau visage de l'action en résiliation du bail à usage professionnel dans l'acte uniforme sur le droit commercial général », [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

#### **BAKARY (T)**

- « Sort du bail à usage professionnel en OHADA au décès du preneur » Jurifis, édition spéciale, n° 12, octobre 2012.

- « Brèves observations au sujet du bail commercial à durée déterminée et des conditions de son renouvellement par reconduction suivant le droit OHADA ». [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

**BIKANDA (P.J)**, « Informatisation des économies africaines et logiques marketing des unités de production informelles (UPI) », Gérer et décider, vol.1, janvier 2005, n°1.

**BROU KOUAKOU (M)**, « Le nouvelle acte uniforme portant organisation des sûretés et l'accès au crédit dans l'espace OHADA », Juris ohada, n° 2.

**DIFFO TCHUNKAM (J)**, « La distinction droit civil-droit commercial à l'épreuve de l'OHADA : une prospective de droit matériel uniforme », Revue de droit uniforme 2009-1/2.

**DIOUF (N)**, « Infraction en relation avec les NTIC et procédure Pénale » Revue sénégalaise de droit des affaires, n° 3 et 4, P. 59.

**FARGA (G)**, « Réforme de droit économique et développement de l'Afrique » Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires-Pratique professionnelle, n° 2, Mars 2013.

#### **FOKO (A)**,

- « Fonds de commerce » in **POUGOUE, (P.G) (dir) Encyclopédie du droit OHADA**, Lamy 2011, pp. 804-865.

- « Bail commercial / bail à usage professionnel » in **POUGOUE, (P.G) (dir), *Encyclopédie du droit OHADA***, Lamy 2011, pp.400-438.

- « La rationalisation du domaine de l'arbitrage (Une étude à la lumière des droits français et de l'OHADA) », Penant, Octobre-Décembre, 2014, n° 889, p. 425 et s.

**GATSI (J)**, « Le recouvrement des créances bancaires en droit OHADA » in *L'effectivité du droit OHADA*, PUA, 2006, p.160.

**FOCHE (F) et OUAFO BEPYASSI (V)**, « Le droit de l'HOADA : Un capital vital pour le redressement de l'économie africaine », in **J. GATSI (dir), *L'effectivité du droit OHADA***, PUA, 2006, p. 49.

**ISSA-SAYEGH (J)**,

- « Présentation des dispositions sur le droit commercial général », ohadata D-06-06.

- « Introduction au traité et aux actes uniformes de l'OHADA ». [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

- « Transactions sur immeubles et fonds de commerce : gestion immobilière, conditions d'exercice » Direction des journaux officiels, 1997.

**KALIEU ELONGO (Y.R)**, « Propriété retenue ou cédée à titre de garantie », in **POUGOUE, (P.G) (dir), *Encyclopédie du droit OHADA***, Lamy 2011, p.1443-1450.

**KAMTA FENDOPE (E.M)**, « Associés », in **POUGOUE, (P.G) (dir), *Encyclopédie du droit OHADA***, Lamy 2011, pp. 353-374.

**KENFACK (P) et AGBOYIBOR (P.K)**, « Récent développement du projet d'harmonisation du droit des affaires » RDA avril 1996.

**KOUADIO (K)**,

- « Bilan et perspectives de l'ohada », *Ecodroit*, n° 11, mai 2002, pp. 10-20.

- « Les atouts et les faiblesses de la réglementation uniforme de l'ohada », *Actualités économiques*, édition juridique n° 4/2012, p. 89.

**SANGO KABONGA (E)**, « Les entités économiques en droit OHADA », Ohadata, D-17-02.

**S. KUATE TAMEGHE,**

- « Entreprenant », in *POUGOUE (P.G), (dir) Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy 2011, pp. 774-784.

- « Hypothèses sur le dol de la cession du fonds de commerce : réflexions à partir du droit issu du Traité OHADA » *Revue internationale de droit africain EDJA*, 2008, n° 79, pp. 9-36.

**MAGAGI ZEINABOU ABDOU (G)**, « la vente électronique dans les espaces UEMOA CEDEAO et OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n°4 Septembre 2014.

**MASAMBA (R) et POUGOUE (P.G)**, « Attractivité économique du droit OHADA », in *POUGOUE (P.G), Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy 2011, pp. 376-399.

**MBAYE (K)**, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », *LPA*, 13 octobre 2004, n° 205, pp. 4-7.

**MEUKE (B.Y),**

- « Réussir la reprise du fonds de commerce dans l'espace OHADA », *Jurifis info*, décembre 2010.

- « Brèves observations sur le bail commercial dans les procédures collectives de l'OHADA », [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

**MENSAH ATTOH (K.S)**, « L'Afrique et la cyberjustice », *revue de l'ERSUMA*, mars 2014.

**MEYER (P)**, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Revue Penant*, n° 855.

**MOUSSA (D)**, « L'encadrement du bail commercial, les hésitations entre protectionnisme et libéralisme : Étude comparative France, USA, Canada, OHADA », *JurifisInfos*, n°13, Nov/Déc. 2013, pp. 16-33.

**MIENDJIEM (I.L)**, « Nantissement », in *POUGOUE(PG), (dir), Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy 2011, pp. 1149-1175.

**NDAM (I)**, « Du bail commercial au bail à usage professionnel », *Penant*, n° 889, octobre-décembre 2014, pp. 466-507.

**NEMEDEU (R)**, « société unipersonnelle en droit OHADA », in *POUGOUE (P.G), (dir), Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy 2011, pp. 2049-2054.

**NGOMBE (B-Y)**, « Le droit d'auteur dans les États membres de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) : une harmonisation inachevée », *Bulletin du droit d'auteur*, janvier-mars 2005.

**NGOUE (W-J)**, « La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de société anonymes en droit OHADA », in J. GATSI (dir), *L'effectivité du droit OHADA*, PUA, 2006, p. 199.

**NSIE (E)**, « La sanction de l'inexécution de la vente commerciale en droit uniforme africain », *Penant* n° 850 janvier-mars, 2005.

**OBLE LOHOUES-OBLE (J)**, « Innovations dans le droit commercial général », *Petites affiches*, 13 octobre, 2004, n° 205.

**ONANA ETOUNDI (F)**,

- « La sécurisation judiciaire de l'investissement en Afrique : à propos du rôle joué par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA », *Actualités juridiques*, n° 53, 2007.

- « OHADA : jurisprudence thématique, commentée et annotée de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (1997-2008) » coll. *Pratique du contentieux de droit des affaires*, mai 2009.

- « La cyber justice au service des opérateurs africains et arabes : état du contentieux civil africain », *revue de l'ERSUMA : Droit des affaires-Pratique professionnelles*, n° spécial, IDEF, Mars 2014.

« Les expériences d'harmonisation des lois en Afrique », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires-Pratique professionnelles*, n°1, juin, 2012.

**OUTARA (A)**, « L'expulsion du preneur en vertu d'un bail commercial : compétence du juge des référés-expulsion ou compétence du juge du fond ? », *Ecodroit*, n° 13-14, juillet-août, 2002.

**PAILLUSSEAU (J)**, « Le droit OHADA, un droit très important et original », *JCPE*, n° 5, 2004.

**POHE TOKPA (D)**, « Personnalité morale des sociétés », in *POUGOUE (P.G)*, (dir), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, pp. 1344- 1379.

**PAILLUSSEAU (J)**, « Le droit de l'OHADA, un droit très important et original », *JCP E*, n° 5, 2004.

**POUGOUE (P.G), JAMES (J.C), KALIEU ELONGO (Y.R), BOUBOU (R), KENFACK (P), DOUAJNI (G), MOUTHIEU NJANDEU (M.A), BATOUAN BOUYOM (J.A),** « Actes de uniformes », *In* POUGOUE (P.G), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy 2011, pp. 19-173.

**SOH (M),** « Insaisissabilité et immunité d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes », *Juridis périodique*, n° 51, 2002.

**TIGER (P.H),** « Droit de la preuve dans l'espace OHADA : introduction générale », *Revue de droit uniforme africain*, n° 1.

**TRICOT (D),**

- « Statut du commerçant et de l'entrepreneur », *Dr. et patr.*, n° 201, mars 2011.

- « Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA : Bail à usage professionnel et fonds de commerce » *Drt et Patr.*, 2011.

- « Bail à usage professionnel et fonds de commerce » *Drt. et patr.*, n° 281, mars 2011.

**WAMBO (J),** « Bail commercial et domaine public en droit OHADA : étude de jurisprudence », *Revue de l'ERSUMA*, n° 2, mars 2013.

**WANDJI KAMGA (A.D),** « Les biens et droits insaisissables », *in* POUGOUE (P.G), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, pp. 440-461.

**YONDO BLACK (L),** « Les enjeux de la réforme : une volonté de favoriser la création d'entreprises, les échanges commerciaux et la confiance dans la zone OHADA », *Drt et Patr.*, n° 201, mars 2011, p. 67 et s.

## **B : DROIT FRANCAIS**

**ANDRÉ (F)**, « De la patrimonialisation à la commercialisation des clientèles civiles et des professions libérales », RTD com., 1995, 556.

**ASSOCIATION POUR LE COMMERC EN LIGNE**, « Services en ligne : modèles économiques et systèmes de paiement », ACSEL 2004.

**AUBERT (JL)**, « Cession de dette », D. 1996, n° 1.

**AUSSÉDAT (J)**, « Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation », Rev. soc., 1974.

**BAERT (S)**, « Un site internet est-il un fonds de commerce ? », legalnews.fr, 29 avril 2009.

**BEAUDOIN (E)**, « Les grands domaines de l'empire romain », NRH, 1897, p. 543 et s

**BAERT (S)**, « Un site internet est-il un fonds de commerce ? », www.legalnews.fr, 29 avril 2009.

**BARBIER (H) et HEINICH (J)**, « Clientèle », Dalloz, janvier 2016.

**BARREAU (C)**, « Les dispositifs tendant à limiter le risque entrepreneurial », Defrénois, 30 mars 2011, n° 6.

**BATAILLER (F)**, « *Les béati possidentes* du droit administratif », RD. Public, 1965.

**BAUDET (L)**, Bibliothèque de l'Assemblée nationale, 1909, Chambre des députés.

**BERNARD (A)**, « L'autorisation administrative et le contrat de droit privé », RTD. com., 1987,

**BILIAU (M) et JAMIN (CH)**, Defrenois, 1997, article 36633.

**BLAISE (J.B)**, « Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité », RTD com. 1966, pp. 827-880.

**BLATTER (J-B)**, « Baux professionnels : quoi de neuf ? », AJDI, 1998.

**BOCCARA (B)**, «La concession immobilière», JCP G 1969, I, 2245, n° 33-34.

**BOULAGER (F)**, « Un des nouveaux aspects des métamorphoses du droit au bail : la concession immobilière de la loi du 30 décembre 1967 », D. 1968, Chronique, n° 17.

**BOUQUET (B)**, « Repenser l'exclusion traditionnelle des immeubles », Gaz. Pal., 4 juin, 2009, n° 155.

**BOUREL**, « Revue générale de droit commercial », 1938, p. 164 et s.

**BURHN (A), et SCHNEIDER (F)**, « Informal economy size data. Shadow Economies and Corruption All Over the World: Revised Estimates for 120 Countries », *in* Economics E-journal.

**CABRILLAC (M)**, « Vers la disparition du droit commercial », *Études foyer*, p. 329.

**CALAIS-AULOIS (J)**, « Les incertitudes jurisprudentielles sur l'existence du fonds de commerce » *in* *L'entreprise personnelle, t. II, critique et prospective*, Litec, 1981.

**CATALA (P)**, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne ». *RTD. civ.*, 966, p. 206.

**CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE, (Paris)** « Le paiement en ligne : des moyens techniques et juridiques pour la sécurisation du e-commerce », CCIP, 2000.

**CHAMPAUD (C)**,

- « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée : rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'EPRL dans le droit français », *RTD. com.*, 1979.

- « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967.215.

**CHAUMONT (E)**, « Les noms de domaines, des biens numériques pas comme les autres ? », *in* *Les biens numériques*, CEPRISCA, Colloque 2015, p. 196.

**CHAUVEAU (P)**, « le fonds de commerce, patrimoine d'affectation ? », *D.*, 1939.

**COLLOMB (P)**, « la clientèle du fonds de commerce », *RTD. com.*, 1979,

**COLOMBET (CL)**, « Le nom et les propriétés incorporelles », *D.*, 1989, chr. 31.

**COTTON (G)**, « De l'exploitation agricole à l'entreprise agricole : aperçu historique », *RDR* 1997 n° 250, p. 78.

**DÉRRUPÉ (J)**,

- « L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale », *in* F. TERRÉ, *Jurisclasseur* 1999.

- « Fonds de commerce et clientèle », *in* mélange A. JAFFRET, p. 234 et s.

« La distinction de la clientèle et de l'achalandage », *in* *Étude offertes à JEAN SAVATIER*, PUF, 1992.

**DE FONT-RÉAULX (P)**, « Les fondations en droit français » *Semaine internationale de Paris* 1937.

**DE LA RIVIERE (C)**, « Unicité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité », *Drt et patr.*, n° 190, mars 2010.

**DEVÈZE (J)**, « Le financement de l'entreprise individuelle », *LPA*, 7 septembre, 1994.

**DIDIER (P)**

- « Réflexion prospective : au-delà du fonds de commerce », *in La clientèle appropriée : fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique*, Centre de recherche sur le droit des affaires, Litec, 2004, p. 259, n°427.

- « à quoi sert le concept de clientèle ? », *in Liber amicorum J. CALAIS-AULOY, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 339.

- « La terre et le droit commercial », *in Mélanges H. CABRILLAC*, p. 153 s.

**DONDERO (B)**, « L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné, À propos de la loi du 15 juin 2010 », *JCP G*, 21 juin, 2010, n° 252, pp. 1274-1277.

**DUBUISSON (E)**, « La non-adoption de la pro personnalité, *in Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL)*, *Dr. et pat.*, avril, 2010.

**DUBUISSON (E) et GERMAIN (M)**, « Pourquoi recourir au régime de l'EIRL ? », *in F. TERRÉ (dir) EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Litec, 2010, pp. 11-22.

**DURAND (A) et HACHETTE (L) et Cie**, 1854, n° 42.

**DUPLAN MIELLET (S)**, « Baux commerciaux », *Defrénois*, 2000, 37171.

**FARJAT (G)**, « Entre les personnes et les choses, les centre d'intérêts », *RTD. civ.*, 2002, p. 221 et s.

**FERRÉ ANDRÉ (S)**, *De la patrimonialisation à la commercialisation des clientèles civiles et des professions libérales (propos sur quelques décisions de jurisprudence)*, *RTD. com.*, 1995.

**FREDERICQ (BL)**, « Avènement et dépassement de la théorie juridique du fonds de commerce », *in Liber amicorum*, 1966.

**FOYER (J)**, « Présentation générale de la loi d'orientation agricole », *RDR*, 2006.

**GARBIT (P)**, *Lamy droit commercial*, 2003, pp. 462-463.

**GUESMI (A)**, « EIRL versus EURL à l'aune du des procédures collectives », *D.* 2011, p. 104 et s.

**HELOT (S)**, « La place de l'intuitu personae dans les sociétés de capitaux », *D.* 1991, chrono.

**ITEANU (O)**, « Les contrats du commerce électronique », in *Aspects juridiques du commerce électronique*, Dr. et patr. 1997, 52.

**IZORCHE (M.L)**, *JCP*, E, 1994, I, 310.

**JAMBORT (S)**, « Les lacunes du régime fiscal de l'EIRL », *Bull. soc. Joly* 2011, n° 3.

**JEANTET (F-C)**, « Aspect du droit économique », in *Mélanges Hamel*, p. 33.

**JAUFFRET (A)**, *RTD. com.* 1968, 312.

**LAMBERT-FAIVRE (Y)**, « L'entreprise et ses formes juridiques », *RTD. com.* 1968, 912.

**LAMETTE (D)**, « L'innovation contractuelle », *D.* 2008, Chron. p. 1152.

**LEBEL (C)**, « Biens de l'exploitation-Éléments du fonds de commerce-Biens exclus », *Jurisclasseur Entreprise individuelle*. Fascicule 1040.

**LE CORRE (P.M)**, « L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté » ; *D.* 2011, p. 91.

**LÉCUYER (H)**, « La spécificité traditionnelle du fonds de commerce et sa mise en concurrence contemporaine par des notions voisines », *Gaz. Pal.*, 4 juin, 2009, n° 7.

**LEGRAND (V)**, « Faut-il supprimer la déclaration notariée d'insaisissabilité ? », *D.* 2015. 2387.

**LELOUP (J)**, « Le fonds de commerce, une notion à rénover », *Gaz. Pal.*, 4 juin, 2009, n° 155.

**LEROY (C)**, « Réflexion sur l'autonomie et la suprématie du droit économique », *RID éco*, 2000, 377.

**LEROYER et J-F PILLEBOUT (A.M)**, « EIRL et droits des régimes matrimoniaux et des successions », in F. TERRÉ (*dir.*), *EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Litec, 2010, pp. 113-130.

**LEVIS (M)**, « Le site internet : de l'incorporel au virtuel », *AJDI*, décembre, 2001, p. 1073.

**LIBCHABER (CH)**, *Defrénois*, 2001, jurisprudence, p. 431.

**LIENHARD (A)**, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », D, 2003. 1898.

**LOISEAU (G)**,

- « Typologie des choses hors commerce », RTD. civ., 2000, 47.

- « Nom de domaine et internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif », D. 1999, chron. p. 246, n° 5.

**LONGUET (B)**, Rep. Min. n° 87878, JOAN Q, 26 septembre, 2006, p. 10072.

**LOYER (H)**, « En appliquant la loi du 29 juin 1935 », in *Les études pratiques du droit commercial*, tome 3, LGDJ, 1937.

**LUCAS (F.X)**, « De la fausse bonne idée à la vraie calamité », Bull. Joly sociétés, avril 2010, n° 4.

**LYON-CAEN (CH)**, « De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804 », in *Livre du centenaire : Code civil, 1804-1904*, Dalloz, Paris 2004, 208.

**MACORIG-VENIER (F)**, « Observations sur l'EIRL et les sûretés », Joly, sociétés, n° 3, p. 253.

**MAILLER (E)**, « L'universalité de fait », RTD. civ., 2012, p. 651.

**MALLET-BRICOUT (B)**, « L'affectation d'un patrimoine : fonctionnement et cessation », in F. TERRÉ (dir), *EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Litec, 2010, pp. 41-64.

**MANJUCQ (M)**,

- « EIRL et droit des procédures collectives », in F. TERRÉ (dir), *EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Litec, 2010, pp. 11-112.

- « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée : quelle utilité ? », Rev. proc. coll., 2010/2, repère.

**MARTIN (D.R)**,

- « De la monnaie », in Mél. BLAISE, *Economica*, 1995.

- « L'affectation d'un patrimoine : constitution du patrimoine », in F. TERRÉ (*dir*), *EIRL, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Litec, 2010, pp. 25-40.

**MATHELY (A)**, *Le droit français des signes distinctifs*, Lib. jour. not., 1984.

**MAQUET (C.H)**, « Professions libérales et patrimonialité » JCP, 1956, édition G, I, 1373.

**MENDOZA-CAMINADE (A)**, « La notion de fonds de commerce à l'épreuve de l'Internet : faut-il admettre le fonds de commerce électronique ? », in *Mélange en l'honneur de PH. LE TOURNEAU*, Libre droit, Dalloz, 2008

**MONEGER (J)**, « Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce » AJDI, décembre 2001, p. 1042-1044.

**MOREAU (J)**, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », AJDA 1965.

**MONSERIE-BON (M.H)**, « Brèves réflexions sur les contrats et l'EIRL », Bull. Joly entr, 2011, n° 1.

**NOTTÉ(G)**, « Loi d'orientation agricole n° 2006-11 du 5 janvier 2006 », JCP E 2006.

**NURIT-PONTIER (I)**, « Dispense d'immatriculation de l'auto-entrepreneur : une simplification non dénuée de risque », D., 5 mars 2009, n° 9, p. 585 et s.

**PANCRAZI (M.E)**, « Repenser l'exclusion traditionnelle des contrats et obligations ». Gaz. Pal., 4 juin, 2009 n° 155.

**PAILLUSSEAU (J)**,

- « Le droit est aussi une science d'organisation », RTD. com., 1989.

- « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », Recueil Dalloz, cahier du droit des affaires, 2003, p. 262.

**PEDAMON (M)**, « Loi du 20 juillet 1983, extension du statut des baux commerciaux aux coopératives de crédit », RTD. com., 1984.

**PELLISSIER (J)**, « Fonds de commerce commun exploité dans un immeuble propre : problème de l'existence d'un droit au bail », D. 1962, chronique 20.

**PERES (C)**, « Laliberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats et de la Chancellerie », D. 2009, Chron.

**PEROCHON (F)**, « L'efficacité des mécanismes de préventions des risques : l'EIRL », in *Loi de sauvegarde des entreprises. Risques et responsabilité en droit des procédures collectives, Actes colloque*, Caen, Rev. proc. coll., 2010/6, dossier n° 5.

**PERROTIN (F)**, « Loi LME : un texte favorable aux petites entreprises », LPA, n° 177, septembre, 2008, p. 3 et s.

**PIEDELIEVRE (S)**, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », JCP, 2003. 163.

**PIERRE (J.L)**, « L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer », JCP E, 2009, 2184.

**POLLAUD-DULIAN (F)**, « Les méthodes d'affaires en droit des brevets », in *Les droits et le Droits, Mélanges dédiés à B. BOULOC*, 2006, p. 871.

**PRIGENT (S)**, « Protection du patrimoine du commerçant individuel et déclaration d'insaisissabilité », Defrénois, 2009. 1809.

**RADOUX (D)**, « Aspects juridiques du désinvestissement : remise en cause de la prépondérance de la clientèle ? », JCP 1991, 1, 3533.

**RAPP (L), TERNEYERE (P) et SYMCHOWICZ (N)**, « La « vénalité » de la réglementation économique », in *Lamy droit public des affaires*, 2004.

**RENET (T)**,

-*L'argent et le droit*, APD, 1998, t. 42.

- « Introduction », in *Le patrimoine professionnel d'affectation (première analyse de l'EIRL)*, Dr. et pat., avril 2010.

-RTD. civ., 1996, p. 1009.

**REVERDY (P.M)**, « Bilan et perspective de l'insaisissabilité », JCP E, 2011. 1208.

**RONZANO (A)**, « Clientèle et fonds de commerce sur l'internet », in Y. CHAPUT (*dir.*), *La clientèle appropriée, fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique*, Litec, 2004.

**ROTONDI (M)**, « La limitation de la responsabilité dans l'entreprise individuelle », RTD. com., 1968.

**ROUSSEL-GALLE (PH)**, « La déclaration d'insaisissabilité, une alternative à la société pour protéger le patrimoine du débiteur défaillant », in Mélanges M. GERMAIN, LexisNexis, 2015.

**ROUSSEL (F)**, « EIRL et droit du crédit et des sûretés. Le financement », in F. TERRÉ (*dir*), *EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Litec, 2011, pp. 93-110.

**SAINTOURENS (B)**,

- « Le bail commercial des non commerçant » In *Étude DERRUPÉ*, Paris, 1991, p. 9.

-Rev. sociétés, 2010, p. 351, n° 57.

**SAVARY (O) et DUBUISSON (E)**,

- « Proposition pour un statut de l'entrepreneur individuel : le concept de « pro-personnalité », Dr. et Patr., n° 180, avril, 2009.

- « Un site internet est-il un fonds de commerce ? », Lamy droit, avril 2009, n° 37.

**SAYAG (A)**,

- « L'entreprise individuelle : faux débats et vraies questions », in Étude offerte à RENÉ RODIÈRE, Dalloz, 1982.

- « Faut-il supprimer le critère de la clientèle ? », Petites affiches, avril, 2009, n° 86.

**SERLOOTENS (P)**, « Fiscalité. De l'EURL à l'EIRL : une réforme à contresens », LPA, 28 avril 2011, n° 84, p. 24

**SCHILLER (S)**, « Quelle perméabilité contractuelle entre le patrimoine affecté et le patrimoine non affecté ? », Drt. et pat., avril 2010.

**SEIDOWSKY (O)**, « Le fonds de commerce numérique », thèse, Paris II, 2006, Ronéo.

**SERRA (Y)**.,

- « La clientèle », Drt. et patr., juillet / aout 1996, p. 67.

- « L'opération de cession de clientèle civile après l'arrêt du 7 novembre 2000 : dorénavant, on fera comme d'habitude », D. 2001, Chronique p. 2295.

**SILLARD (J)**, « Le commerçant propriétaire de l'immeuble où il exploite son fonds de commerce », Sirey, 1933.

**SPETH (F)**, « La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne », *Revue internationale de droit comparé*, Paris, 1958. p. 486.

**STEINMETZ (F)**, « Les ventes immobilières et le droit commercial à la suite des lois du 13 juillet 1967 et du 9 juillet 1970 ». *RTD. com.*, 1973, pp. 471 et s.

**STOFFEL-MUNK (P) et DECOCQ (G)**, « L'avènement du fonds de commerce électronique », *Gaz. Pal.*, 4 juin, 2009, n° 155.

**TERRÉ (F)**, « La personne et ses patrimoines. Des pépins par milliers », *JCP G*, 2010, 1328.

**TERRE-FORNACCIARI (D)**, « L'autonomie de la volonté », *RS morales et politiques*, 1995, p. 255, 264.

**THIBIERGE (C)**, « Source du droit, source de droit. Une cartographie ». In *Mélange de P. JESTAZ*, Dalloz, 2006, p. 530 et s.

**THOMAS-RAYNAUD (A.L)**, « Protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel et droit des créanciers : vers quel équilibre ? », in *Actes colloque Lamy droit. aff. 2010, Corte*, RLDA, juin 2010.

**TRAVAUX DU 60<sup>e</sup> CONGRÈS DES NOTAIRES**, « Le statut juridique du fonds de commerce », *Litec*, Strasbourg, 1962, p. 639.

**VALERY (J)**, « Maison de commerce et fonds de commerce », *Annales de droit commercial*, 1902, p. 218, n° 12.

**VANZETTI (A)**, « Le fonds de commerce et la propriété commerciale dans la communauté économique », *D.* 1960, *Chronique* 20, p. 114.

**VERBIEST (T) et LE BORNE (M)**, « Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ? », *Gaz. Pal.*, 2002.

**VIALLA (F)**, *JCP E*, 1999, jurisprudence, p. 1589.

**VIGUIER (D)**, « La protection du patrimoine du chef d'entreprise (la déclaration d'insaisissabilité) », *D.*, 22 janvier 2009, p. 179 et s.

**VILAR (C)**, « Fonds de commerce et marché d'intérêt national », RTD.com., 1973, spec., p. 39, n° 17.

**WICKER (G)**,

-*Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, p. 189, n° 195.

- *Personne morale*, Rép. Dalloz civ., n° 9 et s.

**ZATTARA-GROS (A.F)**, in Journ. Sociétés., mai 2010, n° 76, p. 44.

## **IV : OBSERVATIONS, COMMENTAIRES ET NOTES DE JURISPRUDENCE**

### **A : DROIT OHADA**

**BINCTIN (C)**, Note sous CSR-OAPI, 28 avril 2017, décision n° 00216/OAPI/CSR, LEDAF, novembre 2017, n° 10, p. 5.

**DJOGBENOU (J)**, « Commentaire de l'avis n° 1/2003/EP du 14 juin 2003 de la CCJA. Quel sort a la compétence du juge des référés en matière de résiliation du bail commercial et l'expulsion du preneur au regard de l'article 101 AUDCG », Revue trimestrielle de droit et jurisprudence des affaires, n° 1, p. 115.

**ISSA-SAYEGH (J)**, obs. sous. TGI. Ouagadougou, 10 janvier 2000, Revue burkinabé de droit, n° 42, ohadata J-05-248.

**PEDRO SANTOS (A)**, Commentaire sous l'article 103 de l'AUDCG, in *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3<sup>e</sup> édition, Juriscope, 2008.

**NSIE (E)** « Des Noms Commerciaux », cf. Commentaire de l'annexe V de l'accord de Bangui (OAPI), p. 5.

### **B : DROIT FRANÇAIS**

**AYNÈS (L)**, note sous Cass.1<sup>ère</sup> civ., 12 novembre 1998, *D.* 1999.167.

**BARBIERI (J.F)**, note sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 juillet 1991 *JCP G* 1992, II, 21825.

**BÉRAUD (R)**, note sous Trib. civ., Marseille 23 mai 1952, *JCP* 1953, 528, II, 7777.

**BILIAU (M) et JAMIN (CH)**, note sous Cass. Com. 6 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 118.

**BOYER (L)**, note sous T. civ., Pau, 22 octobre 1954, *D.* 1955, jur. p. 625.

**BURST (J.J)**, note sous 27 mai 1986, *D.* 1987. 22.

**CHAVANNE et AZEMA**, obs. sous Cass. com., 3 mars 1981, *RTD. com.*, 1981, 744.

**CHÉRON**, note sous Cass. civ. 27 juin 1944 : *DC* 1944, 93.

**COHEN (A)**,

-note sous Cass. Com. 21 juin 1950, *JCP* 1950, II, 5898.

- note sous Cass. com., 6 décembre 1982, JCP 1984, II, 20158.

- note sous Cass.com., 2 août 1949 S., 1950, I, 81.

- note sous Com., 8 février 1949, JCP., 1949. II, 4974.

**CORDONNIER**, note sous Cass req., 15 février 1937, DP., 1938,1,13.

**DEPADT-SEBAG (V)**, note sous Civ. 3<sup>e</sup> 23 janvier 2002, D, 2002. IR.618.

**DALEAU (J)**, obs. sous com. 20 mars 2007, D, 2007.1087.

**DERRUPÉ (J)**,

-obs. sous Com. 31 mai 1988, RTD.com., 1988, p. 609.

- obs. sous Cass. Com., 13 mai 1980, Bull. civ., IV, n° 200 ; RTD. com. 1980, p. 761.

-obs. sous CA Paris, 19 juin 1991, RTD. com., 1991, p. 566, n° 2.

- note sous Civ. 3 mai 1978, RTD. civ., 1978-559.

- note sous Com. 1<sup>er</sup> f février 1973, Bull. civ. IV, n° 52.

- note sous Cass. Com., 27 février 1973, esp., D. 1974, 283.

- obs. sous Com. 30 mai 1988, Bull. civ. IV, n° 180, p.126.

- obs. sous Cass. Com 31 mai 1988 : Bull. civ. IV, n° 180, p. 126.

**DERRIDA**, note sous Com., 8 décembre 1987, D, 1988, Jur. 52.

**DROSS (W)**, note sous Cass. civ. 1<sup>ere</sup> 2 mai 2001, D, 2002 p. 759.

**FABIANI (D)**, note sous CA. Paris 11 juillet 1986, D. 1987, 55.

**ESMEIN (P)**,

-note sous CA Douai 5 février 1963, D. 1963, jur. p. 727.

- note sous TGI Béthune 6 mars 1962, D. 1962, jur. p. 727.

**FREIJ (I)**, note sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 juillet 1991 D 1993, jur. p. 93.

**GHESTIN (J)**, note sous Com. 12 mars 1985, D, 1985. 471.

**HALLOUIN (J.C)**, obs. sous Com., 6 mai 2003, D, 2004. 263.

**HL**, note sous Cass. civ., 1<sup>ere</sup> 27 décembre 1963, AJDA, 1964, p. 240.

**HONORAT (J)**, note sous Com. 1<sup>er</sup> février 1973, Rep. Defrénois, 1985, 1378.

**JAUFFRET (A)**,

-obs. sous CA Lyon 12 mars 1959, RTD.com., 1959, p. 864, n° 5.

- obs sous T. civ Seine, 9 novembre 1954, Gaz. Pal. 1955., RTD. com., 1955.303.

**LAGARDE (G)**, note sous Cass. civ., 21 juillet 1937, S. 1938, 1, p. 337.

**LALOU (H)**, note sous Paris, 24 févr. 1931, DP., 1931.2.17.

**LE CANNU (P)**, obs. sous ; Com., 6 mai 2003, Bull. Joly, 2003. 923.

**LOISEAU (G)**, note sous Com., 6 mai 2003, D., 2003. 2228.

**MARTIN (L.M)**, obs. *in* Banque, 1975, p. 1133.

**MAZEAUD (D)**, note sous Cass. Com. 6 mai 1997, Rép. Defrenois, 1997, article 36633.

**MAZEAUD (L)**,

-note sous Trib. Com. Saint-Etienne 4 septembre 1926, D. 1929 2<sup>e</sup> partie, p. 33.

- note sous Paris. 12 juin 1928, D., 1929.233.

**MEYNAL (H)**, note sous Cass. req., 23 février 1891 : S. 1892, 1, 73.

**MESTRE (J)**, obs. sous CA. Paris 11 juillet 1986, RTD. com. 1087, 539.

**MOULY (J)**, note sous Cass. Soc. 10 décembre 1997. p. 711, JCP E, 1998, II, 711.

**PARLÉANI (G)**, obs. sous Com., 6 mai 2003, Rev. Sociétés, 2003. 548.

**F. PERROCHON (F)**, obs. sous Cass. com., 12 février 1991, Bull. civ., IV, n° 69, D. 1993, somm. p. 291.

**POLLAUD-DULLIAN**, note sous Cass. com., 27 février 1990 : JCP, 1990, II,21545.

**PRÉVAULT (J)**, note sous CA Limoges 26 novembre 1990, D. 1992, jur. p. 452.

**REVET (T)**, obs. sur Com., 5 mars 2002, RTD. civ., 2002, p. 327.

**ROUSSEAU**, note sous Cass. req. 15 février 1937, S, 1937, I, 169

**SAINT-ALARY**, note sous Cass.com., 2 août 1949. JCP, 1949, 2, 5188.

**SAVATIER (R)**, note sous Cass. Com., 25 avril 1963, D, 1963, jur. p.713.

**VIALA (F)**., note sous Cass. civ. 7 novembre 2000, Bull. civ. I, n° 273, p. 183.

**VOIRIN (P)**, note sous Cas. civ. 21 juillet 1937, DP, 1940, 1, 17.

**WAHL**, note sous CA Pau 6 novembre 1911, S. 1913, 2, p. 183

**ZENATI (F)**, sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 juillet 1991, RTD. civ. 1992, p. 144.

## **V : TEXTES, CODES, ET DOCUMENTS OFFICIELS**

### **A : DROIT OHADA**

Accord de BANGUI.

Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général.

Acte Uniforme Révisé portant sur le Droit Commercial Général.

Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Économique.

Acte Uniforme Révisé relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Économique.

Acte Uniforme portant Organisation des Suretés.

Acte Uniforme révisé portant Organisation des Suretés.

Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif.

Acte Uniforme Révisé portant Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif.

Code CIMA.

Code du travail (Cameroun).

Code du travail (Gabon).

Loi burkinabè n° 83-16 du 9 septembre 1983 portant protection du droit d'auteur.

Traité du 17 octobre 1993 (à Port-Louis, en Ile Maurice).

Loi n°11-92/ ADP du 22 décembre 1992 portant Code du travail au Burkina Faso, art. 39.

Loi n° 95-15 du 12 janvier 1995 portant Code du travail en République de Côte d'Ivoire, art 11.8.

### **B : DROIT FRANCAIS**

Code du travail.

Code rural.

Code civil.

Code de commerce.

Code général des impôts.

Code monétaire et financier.

Code de la propriété intellectuelle.

Déc. N°98-274, 2 avril 1998 relatif au développement et à la promotion du commerce et l'artisanat et au répertoire des métiers, JO, 3 avril., p. 5171.

Déc n° 2010-249, 11 mars 2010, JO 12 mars, p. 4869.

Décret n°52-765 du 30 juin 1952 règlementant les rapports entre locataire et bailleur en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeuble où de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal en Afrique occidentale française. JORF, 3 juillet 1952.

JO, 12 juillet 1985, p. 7862 ; Bull. Joly, p. 755, § 247 et p. 693.

Loi sur les faillites et les banqueroutes du 28 mai- 8 juin 1838 (*Bull.* n.7417), D, 1938.

Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel.

Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 modifiant l'article 632 du Code de commerce français.

Loi n° 67-1253 dite loi d'orientation foncière, du 30 décembre 1967.

Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

Lois du 13 juillet 1967 et loi du 9 juillet 1970.

Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique.

Loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010, JO 28 juillet, p. 13925.

Loi n° 96- 603, 5 juillet 1996, relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, JO 6 juillet, p. 10199.

Loi sur les faillites et les banqueroutes du 28 mai- 8 juin 1838 (*Bull.*n.7417), D.1938.

Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010relative à l'entrepreneur individuel.

Loi n°87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat. N° 2007-211 du 19 février 2007.

Loi 99-1121du 24 décembre 1999.

Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996.

Loi du 13 avril 1946.

Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985.

Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 modifiant l'article 632 du Code de commerce français.

Loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003, pour l'initiative économique, JCP édition G., I, 165, n°5.

Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée.

Loi n° 2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique modifiée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015.

Loi n° 95-66 du 20 janvier 1995 relative à l'accès à l'activité de conducteur et à la profession d'exploitant de taxi, CE 4 mai 1929.

Loi n° 95-66 du 20 janvier 1995 relative à l'accès à l'activité de conducteur et à la profession d'exploitant de taxi.

Loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967, dite loi d'orientation foncière.

Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.  
JORF n°0137 du 16 juin 2010 p. 10984.

Loi n° 67-5 du 3 janvier 1967 portant statut des navires et autres bâtiments de mer, art. 58 à 69.

## **VI: INTERNET**

[http: www.ohada.com](http://www.ohada.com)

[http: www.ohada.org.](http://www.ohada.org)

[http: www.legifrance.gouv.fr.](http://www.legifrance.gouv.fr)

[http: www.senat.fr](http://www.senat.fr)

[Http: www.courdecassation.fr.](Http://www.courdecassation.fr)

[Http : www larousse.fr.](Http://www.larousse.fr)

# INDEX ALPHABÉTIQUE

## A

Achalandage, 16, 33, 34, 61, 103, 332  
Action en concurrence déloyale, 45, 51  
Affectation, 17, 22, 27, 54, 58, 87, 98, 99, 129, 130, 131,  
132, 134, 135, 136, 137, 138, 140, 148, 151, 186, 213,  
242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 252, 253, 254, 255,  
256, 257, 259, 260, 261, 262, 263, 266, 267, 269, 271,  
282, 283, 284, 285, 300, 304, 306, 333, 335, 336, 337  
Attribution préférentielle, 106, 108, 109  
Auto-entrepreneur, 250, 251, 252, 254, 278, 289, 324,  
336  
Autorisations administratives, 66, 69

## B

Bail, 11, 20, 35, 36, 39, 43, 59, 61, 62, 101, 103, 106, 107,  
108, 109, 110, 111, 112, 151, 180, 185, 190, 194, 204,  
205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215,  
216, 218, 224, 233, 297, 303, 305, 326, 327, 328, 329,  
338, 341  
Bail à usage professionnel, 11, 20, 62, 204, 205, 207,  
208, 209, 210, 211, 212, 218, 305, 326, 327, 328  
Bail commercial, 11, 20, 35, 36, 39, 43, 59, 61, 62, 101,  
103, 108, 112, 185, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210,  
212, 218, 233, 305, 326, 328, 329, 338, 341  
Bien, 13, 14, 17, 18, 20, 22, 23, 24, 31, 39, 41, 43, 44, 45,  
47, 48, 50, 52, 55, 58, 60, 63, 64, 73, 74, 76, 83, 89,  
90, 91, 93, 94, 95, 96, 100, 102, 103, 106, 107, 109,  
110, 111, 114, 118, 120, 121, 122, 123, 124, 128, 129,  
138, 139, 142, 143, 144, 146, 154, 155, 156, 157, 158,  
160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 170, 180,  
184, 185, 187, 190, 198, 213, 217, 218, 220, 222, 223,  
225, 226, 227, 231, 233, 240, 241, 242, 247, 248, 257,  
260, 261, 272, 273, 276, 277, 279, 281, 284, 290, 291,  
297, 303, 304, 324  
Bien incorporel, 89, 161, 162, 163, 164, 165, 168

Bien meuble, 17, 18, 22, 90, 93, 142, 156, 157, 158, 167,  
168, 170  
Biens immobiliers, 21, 159, 204, 222, 230  
Biens mobiliers, 13, 41, 222  
Brevet, 68, 69, 200

## C

Chose, 31, 40, 54, 83, 89, 96, 120, 121, 122, 123, 146,  
147, 156, 162, 163, 165, 166, 180, 183, 198  
Chose hors commerce, 121  
Clientèle, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37,  
38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 51, 52, 57, 59, 61, 64, 69,  
71, 80, 81, 111, 112, 120, 144, 164, 165, 167, 168,  
184, 194, 197, 198, 200, 215, 225, 227, 303, 311, 321,  
322, 324, 325, 332, 333, 337, 338  
Commerçant, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 34,  
35, 36, 37, 41, 42, 43, 51, 53, 57, 61, 62, 66, 70, 74,  
75, 77, 78, 81, 86, 94, 99, 100, 103, 104, 105, 106,  
110, 112, 116, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 137, 140,  
141, 144, 148, 149, 150, 151, 152, 160, 166, 168, 176,  
177, 178, 180, 181, 182, 185, 186, 193, 204, 205, 206,  
212, 213, 215, 216, 224, 226, 231, 232, 241, 244, 245,  
246, 247, 249, 250, 253, 263, 264, 267, 269, 277, 279,  
297, 298, 299, 301, 304, 306, 311, 312, 313, 315, 319,  
330, 337, 338, 339  
Contrat, 27, 46, 61, 63, 64, 66, 75, 77, 80, 83, 84, 86,  
120, 147, 151, 183, 185, 189, 190, 191, 194, 195, 196,  
210, 211, 218, 285, 290, 291, 293, 297, 313, 322, 323,  
331  
Contrat avec soi-même, 285, 290, 291, 293, 297  
Créance, 76, 129, 139, 150, 177, 179, 184, 187, 191, 222,  
292  
Crédit-bail, 54, 180, 190  
Crise, 11, 12, 21, 22, 24, 27, 154, 170, 172, 174, 235, 237,  
244, 265, 300, 303, 304, 305, 307

## D

Dette, 75, 84, 125, 129, 145, 181, 187, 270, 274, 292, 300, 306, 331

Droit au bail, 31, 52, 61, 62, 63, 65, 71, 101, 107, 144, 145, 151, 165, 185, 200, 204, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 220, 223, 224, 226, 228, 233, 247, 279, 303, 331, 336

Droit de concession, 61, 63, 96, 220, 224, 228

Droit de gage, 152, 245

Droit des activités économiques, 19, 23, 208, 218, 336

Droits immobiliers, 64, 100, 103, 168, 174, 203, 204, 215, 223, 224, 225, 233, 301, 303

## E

Effet relatif des contrats, 74, 75, 179, 189, 191, 192, 195

EIRL, 7, 19, 120, 152, 235, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 259, 260, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 269, 282, 284, 285, 290, 298, 300, 301, 305, 306, 307, 312, 321, 324, 333, 334, 335, 336, 337, 338

Enseigne, 16, 17, 31, 37, 38, 39, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 51, 52, 61, 71, 95, 144, 165, 194, 198, 199, 200, 215, 303

Entreprenant, 20, 206, 249, 277, 278, 279, 280, 282, 330

EPRL, 7, 242, 284, 285, 306, 332

EURL, 7, 139, 151, 242, 250, 251, 266, 267, 277, 280, 281, 282, 290, 298, 306, 321, 323, 324, 334, 338

## F

Fiducie, 243, 252, 298, 306

Fonds agricole, 19, 23, 53, 112, 194, 215, 221, 225

Fonds artisanal, 19, 22, 41, 112, 215, 225

Fonds civils, 20, 22, 42, 77, 112, 204, 214, 215, 218, 219, 220, 223, 224, 225

Fonds de commerce, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 27, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 71, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85,

86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 116, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 135, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 159, 160, 161, 164, 165, 166, 167, 168, 170, 172, 174, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 233, 235, 237, 244, 245, 253, 264, 265, 267, 269, 270, 300, 301, 303, 304, 305, 306, 307, 311, 312, 313, 315, 318, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 330, 331, 332, 333, 334, 336, 337, 338, 339

Fonds libéral, 19, 40, 112, 215, 225, 320, 323, 325

Fongibilité, 17, 142, 146, 147, 148, 168

Fundus, 12, 13, 53, 93

## G

Gage des créanciers, 133, 134, 240, 253, 256, 261, 263, 270, 274, 299, 300, 306

Gage général, 139, 140, 245, 256, 258, 269, 274, 300

## H

Hypothèque, 99, 101, 104, 159, 160, 220, 222, 227, 228, 232, 247

## I

Immatriculation, 252, 254, 278, 279, 287, 288, 289, 293, 294, 295, 296, 300, 336

Immeuble, 23, 62, 63, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 137, 156, 157, 158, 159, 160, 167, 204, 209, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 233, 254, 303, 305, 320, 323, 331, 336, 339, 346

Immeuble par destination, 101

Immeuble spécialement aménagé, 227

Indivision, 107, 273, 290

intuitu fundi, 186

Intuitu fundi, 186

Intuitu personae, 82, 86, 186, 194, 195, 196, 322, 334

## L

Licence d'exploitation, 161, 197, 199

Limitation de responsabilité, 132, 133, 274, 276, 282, 283, 285

## M

Marque, 47, 48, 69, 70, 194, 197, 198, 200, 242, 254, 272

Meuble, 21, 23, 52, 64, 89, 90, 97, 98, 137, 156, 157, 159, 160, 161, 164, 167, 168, 221, 222, 228, 305

Meuble incorporel, 64, 156, 161, 167

Mobilisation par destination, 93, 94, 137

Monopole d'exploitation, 65, 162, 197, 198

## N

Nantissement, 13, 16, 18, 19, 22, 23, 27, 56, 57, 60, 61, 63, 64, 86, 87, 92, 93, 94, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 123, 145, 153, 159, 160, 164, 198, 200, 201, 202, 212, 215, 219, 220, 221, 223, 227, 228, 232, 247, 322

Nom commercial, 16, 17, 31, 37, 38, 41, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 61, 194, 215

## O

Objet de droit, 120, 122, 123, 168

Obligations, 24, 64, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 83, 85, 87, 113, 114, 116, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 151, 152, 162, 168, 176, 179, 180, 182, 183, 184, 185, 188, 189, 190, 191, 192, 194, 195, 203, 210, 214, 223, 237, 254, 257, 265, 269, 270, 280, 298, 304, 310, 314, 315, 316, 317, 321, 336

## P

Partage successoral, 106, 107, 108

Patrimoine, 7, 17, 23, 42, 77, 107, 108, 116, 123, 124, 125, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138,

139, 140, 141, 143, 145, 149, 150, 151, 152, 153, 162, 168, 182, 232, 235, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 250, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 267, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 282, 283, 284, 285, 286, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 304, 305, 306, 322, 323, 331, 332, 333, 335, 336, 337, 338, 339

Patrimoine d'affectation, 17, 116, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 149, 153, 168, 235, 237, 243, 244, 245, 252, 253, 258, 261, 263, 265, 267, 277, 282, 283, 284, 285, 289, 298, 300, 301, 304, 305, 306, 331, 332

Personnalité juridique, 18, 74, 76, 78, 114, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 123, 124, 126, 129, 130, 131, 135, 136, 141, 168, 170, 182, 183, 184, 189, 245, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 276, 283, 284, 285, 288, 300, 304, 306, 316, 321

Privilège du vendeur, 56, 58, 102, 103, 105, 200, 202, 220, 228

Pro personnalité, 267, 269, 270, 271, 276, 279, 280, 290, 291, 293, 333

Propriété industrielle, 49, 51, 66, 68, 70, 198, 310, 315, 324

Propriété intellectuelle, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 83, 145, 162, 310, 311, 345

Propriété littéraire et artistique, 66, 70, 163, 317

## R

res, 23, 89, 163, 221, 222, 230

## S

Stipulation pour autrui, 179

Sujet de droit, 31, 117, 118, 120, 122, 130, 131, 132, 133, 134, 272, 304

Surendettement, 140, 242

## T

Théorie de la fiction, 116, 117, 118, 119, 123

Théorie de la réalité, 116, 117, 118, 119, 121

## U

Unité du patrimoine, 23, 138, 139, 140, 141, 235, 237,  
238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 250, 252, 257, 265,  
267, 269, 272, 273, 274, 283, 285, 296, 298, 300, 301,  
305, 306, 324

Universalité, 17, 18, 21, 27, 114, 125, 129, 142, 143, 144,  
145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155,  
160, 168, 170, 235, 240, 244, 245, 267, 304, 305, 306,  
307, 321, 322, 323, 335

Universalité de droit, 17, 21, 27, 125, 142, 149, 150, 151,  
152, 153, 155, 168, 170, 235, 244, 245, 267, 304, 305,  
306, 307, 322

Universalité de fait, 17, 18, 21, 27, 114, 142, 143, 149,  
151, 152, 153, 154, 155, 168, 170, 244, 304, 321, 322,  
335

Universalité sui generis, 18

## V

Vente, 22, 23, 44, 55, 56, 57, 77, 82, 83, 86, 87, 91, 93,  
96, 97, 99, 100, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 110,  
126, 128, 147, 148, 178, 183, 196, 202, 211, 216, 220,  
227, 230, 231, 280, 303, 318, 323, 328, 329

# TABLES DES MATIÈRES

<b>SOMMAIRE .....</b>	<b>1</b>
-----------------------	----------

<b>REMERCIEMENTS .....</b>	<b>3</b>
----------------------------	----------

<b>LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS .....</b>	<b>5</b>
---	----------

<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE .....</b>	<b>11</b>
------------------------------------	-----------

I : Définitions des principaux termes du sujet .....	12
--	----

A : Le terme « crise » .....	12
------------------------------	----

B : La notion de fonds de commerce .....	12
--	----

1 : Approches définitionnelles en droit français et en droit OHADA .....	12
--	----

2 : Approches structurelles du fonds de commerce .....	15
--	----

C : Le terme « OHADA » .....	18
------------------------------	----

II : Contexte et objectifs de l'étude .....	19
---	----

III : Problématique et réponse provisoire .....	21
---	----

IV : Intérêt du sujet .....	22
-----------------------------	----

V : Méthodologie et plan de l'étude .....	24
---	----

<b>PREMIÈRE PARTIE : UNE CRISE RÉSULTANT DE LA DÉSUNION DE LA NOTION DE FONDS DE COMMERCE.....</b>	<b>27</b>
--	-----------

<b>TITRE 1 : UNE DÉSUNION RÉSULTANT DE LA COMPOSITION DU FONDS DE COMMERCE.....</b>	<b>29</b>
---	-----------

<b>CHAPITRE 1 : L'INSUFFISANCE DES ÉLÉMENTS ENTRANT DANS LA COMPOSITION DU FONDS DE COMMERCE.....</b>	<b>31</b>
---	-----------

<b>SECTION 1 : L'INSUFFISANCE DES ÉLÉMENTS OBLIGATOIRES .....</b>	<b>31</b>
---	-----------

§1 : LA CLIENTÈLE .....	32
-------------------------	----

I : Présentation de la notion de clientèle .....	32
--	----

A : Définition .....	32
----------------------	----

1 : La notion originelle de clientèle .....	32
---	----

2 : La notion de clientèle en droit positif .....	34
---	----

B : Les caractères de la clientèle.....	34
1 : Une clientèle « réelle et certaine ».....	35
2 : Une clientèle personnelle et licite .....	36
II : L'obsolescence de la clientèle comme critère du fonds de commerce .....	37
A : Un critère insuffisant.....	38
1 : La relativité de l'importance de la clientèle.....	38
2 : La question de l'appartenance de la clientèle au fonds de commerce .....	40
B : Un critère vieillissant et difficile à manier .....	42
1 : Le vieillissement du critère de la clientèle.....	42
2 : Un critère difficile à manier .....	43
§2 : L'ENSEIGNE ET LE NOM COMMERCIAL .....	43
I : L'enseigne.....	44
A : Présentation de l'enseigne.....	44
1 : Définition de l'enseigne.....	44
2 : Distinction de l'enseigne d'avec le nom commercial.....	44
B : Le régime juridique de l'enseigne .....	45
1 : Le choix et l'utilisation de l'enseigne.....	45
2 : Protection de l'enseigne.....	45
II : Le nom commercial .....	46
A : Présentation du nom commercial .....	46
1 : Définition du nom commercial .....	46
2 : Distinction du nom commercial d'avec des notions voisines .....	47
B : Le régime juridique du nom commercial.....	48
1 : L'acquisition et l'usage encadrés du nom commercial .....	49
2 : Protection du nom commercial .....	49
<b>SECTION 2 : L'INSUFFISANCE DES ÉLÉMENTS FACULTATIFS DU FONDS DE COMMERCE .....</b>	<b>52</b>
§1 : LES ÉLÉMENTS CORPORELS FACULTATIFS .....	52
I : Le matériel.....	52
A : Présentation du matériel .....	52
1 : Le matériel originel du fonds de commerce .....	53
2 : La modernisation du matériel du fonds de commerce.....	53
B : La place du matériel au sein du fonds de commerce .....	54
1 : Le rôle du matériel au sein du fonds de commerce.....	55
2 : La nature insuffisante du matériel.....	55
II : Les marchandises du fonds de commerce.....	56

A : Présentation des marchandises du fonds de commerce.....	57
1 : Définition des marchandises du fonds de commerce.....	57
2 : Distinction des marchandises d'avec le matériel.....	57
B : L'importance relative accordée aux marchandises au sein du fonds de commerce.....	58
1 : La place de la marchandise au sein du fonds de commerce.....	59
2 : La relativité de l'importance des marchandises .....	60
§2 : LES ÉLÉMENTS INCORPORELS FACULTATIFS .....	60
I : Les éléments de localisation du fonds de commerce .....	61
A : Le droit au bail .....	61
1 : Définition du droit bail .....	61
2 : La question du caractère facultatif du bail commercial.....	61
B : Les autres éléments de localisation du fonds de commerce .....	63
1 : Le droit de concession.....	63
2 : L'autorisation de stationnement et le droit d'occupation d'un emplacement sur un marché .....	64
II : Les monopoles d'exploitation .....	65
A : Les monopoles d'exploitation résultant d'autorisations administratives.....	66
1 : Les licences d'exploitation.....	66
2 : L'admission conditionnelle des licences d'exploitation au sein du fonds de commerce .....	67
B : Les monopoles correspondant à un savoir-faire, à un signe ou un sigle .....	68
1 : Les monopoles d'exploitation correspondant à un savoir-faire .....	68
2 : Les monopoles d'exploitation correspondant à un signe ou à un sigle .....	69
Conclusion du chapitre 1.....	71

**CHAPITRE 2 : L'INSUFFISANCE RÉSULTANT DES LIMITES DE LA COMPOSITION DU FONDS DE COMMERCE..... 73**

<b>SECTION 1 : LES LIMITES LIÉES À L'EXCLUSION DES CONTRATS ET DES OBLIGATIONS.....</b>	<b>73</b>
§1 : LE PRINCIPE DE L'EXCLUSION .....	73
I : Fondements du principe.....	74
A : Fondement implicite de l'exclusion des contrats et des obligations .....	74
1 : Fondement implicite de l'exclusion des contrats .....	74
2 : Fondement implicite de l'exclusion des dettes et des créances.....	75
B : Les autres fondements de l'exclusion des contrats et des obligations.....	76
1 : L'énumération légale des éléments du fonds de commerce .....	77
2 : Fondements jurisprudentiel de l'exclusion des contrats et des obligations .....	77

II : Les conséquences de l'exclusion des contrats, des créances et des dettes.....	78
A : Une exclusion contreproductive .....	78
1 : Une perte de la valeur du fonds de commerce .....	78
2 : Une complexification du régime juridique du fonds de commerce .....	79
B : Une menace contre l'existence du fonds de commerce .....	80
1 : Une menace liée à privation des contrats nécessaires à l'exploitation du fonds de commerce .....	80
2 : Une menace induite par l'exclusion des créances et des dettes .....	80
§2 : LES TEMPÉRMENTS À L'EXCLUSION DES CONTRATS ET DES OBLIGATIONS.....	81
I : Les tempéraments légaux à l'exclusion des contrats et des obligations .....	81
A : Les tempéraments légaux à l'exclusion des contrats .....	81
1 : La continuation des contrats en cours d'exécution .....	81
2 : La transmission du contrat d'assurance et du contrat d'édition .....	83
B : Les tempéraments légaux à l'exclusion des obligations .....	83
1 : Les tempéraments légaux à l'exclusion des dettes.....	84
2 : Les tempéraments légaux à l'exclusion des créances.....	85
II : Les tempéraments conventionnels au principe d'exclusion des contrats et des obligations .....	85
A : Les tempéraments conventionnels à l'exclusion des contrats de la composition du fonds de commerce .....	85
1 : Le mécanisme de l'inclusion conventionnelle à titre dérogatoire des contrats.....	86
2 : La portée du tempérament conventionnel à l'exclusion des contrats.....	86
B : Tempéraments conventionnels à l'exclusion des obligations .....	87
1 : Les tempéraments conventionnels à l'exclusion des dettes.....	87
2 : Les tempéraments conventionnels à l'exclusion des créances.....	87
<b>SECTION 2 : LES LIMITES LIÉES À L'EXCLUSION DES IMMEUBLES DE LA COMPOSITION DU FONDS DE COMMERCE .....</b>	<b>88</b>
§1 : LE PRINCIPE DE L'EXCLUSION DES IMMEUBLES .....	88
I : La justification du principe de l'exclusion des immeubles .....	88
A : Les <i>summae divisiones</i> .....	88
1 : La <i>summa divisio</i> entre les meubles et les immeubles .....	89
2 : La <i>summa divisio</i> entre le droit civil et le droit commercial .....	90
B : Justifications contemporaines de l'exclusion des immeubles .....	92
1 : Absence des immeubles de l'énumération légale des éléments du fonds .....	92
2 : Fondement jurisprudentiel de l'exclusion des immeubles .....	93
II : Le domaine du principe de l'exclusion des immeubles .....	95
A : L'application du principe d'exclusion aux immeubles par nature .....	95
1 : Présentation des immeubles par nature et application du principe.....	95

2 : L'extension du principe de l'exclusion aux droits réels immobiliers.....	96
B : L'application du principe d'exclusion aux immeubles par destination .....	97
1 : Le mécanisme de l'immobilisation par destination .....	97
2 : Immobilisation par destination et exclusion des immeubles .....	98
§2 : LES EFFETS DE L'EXCLUSION DES IMMEUBLES .....	100
I : La dévalorisation du fonds de commerce.....	100
A : Amoindrissement du contenu du fonds de commerce .....	101
1 : La perte de nombreux éléments .....	101
2 : Diminution de l'assiette des garanties .....	102
B : Complexification du formalisme lors des opérations portant sur le fonds de commerce .....	104
1 : Complexification du formalisme de la cession du fonds de commerce .....	104
2 : Exigence d'un formalisme contraignant dans les opérations de garantie .....	104
II : Le risque d'éclatement ou de disparition du fonds de commerce .....	106
A : Le risque d'éclatement du fonds de commerce .....	106
1 : Risques d'éclatement en cas de vente forcée ou de partage successoral .....	106
2 : Risques d'éclatement en cas de dissolution du régime matrimonial ou d'attribution préférentielle .....	108
B : Le risque de disparition du fonds de commerce .....	110
1 : Risque de disparition induit par la privation de droits sur l'immeuble abritant le fonds de commerce .....	110
2 : Le risque de disparition du fonds lié à l'exclusion des immeubles spécialement aménagés .....	111
Conclusion du chapitre 2 .....	113
Conclusion du titre 1 .....	113

## **TITRE 2 : UNE DÉJUNCTION RÉSULTANT DE LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE.....114**

### **CHAPITRE 1 : L'ABSENCE DE PERSONNALITÉ JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE .....116**

#### **SECTION 1 : L'ABSENCE D'AUTONOMIE PATRIMONIALE .....116**

##### §1 : LE PRINCIPE DE L'ABSENCE DE PERSONNALITÉ MORALE .....

###### I : La notion de personnalité morale .....

###### A : Le débat doctrinal sur la conception de la notion de personnalité morale .....

###### 1 : La théorie de la fiction .....

###### 2 : La théorie de la réalité.....

###### B : La solution du droit positif .....

1 : La validation par la jurisprudence de la théorie de la réalité.....	118
2 : La préférence du droit positif français et du droit positif OHADA pour la théorie de la fiction .....	119
II : L'absence de personnalité morale du fonds de commerce .....	120
A : La nature de bien attribuée au fonds de commerce .....	120
1 : La qualification du fonds de commerce en « chose ».....	120
2 : La nature de « bien » reconnue au fonds de commerce .....	121
B : Le fonds de commerce, objet et non sujet de droit .....	122
1 : La qualification du fonds de commerce en objet de droit .....	122
2 : Distinction entre sujet et objet de droit .....	122
§2 : LES CONSÉQUENCES DE L'ABSENCE DE PERSONNALITÉ MORALE .....	123
I : L'absence d'actif et de passif corrélatif .....	123
A : Un contenu essentiellement actif .....	123
1 : La primauté des valeurs actives au sein du fonds de commerce .....	123
2 : Une relative présence des dettes .....	124
B : La réaffirmation du principe de l'absence de passif .....	125
1 : Un passif imposé comme une sanction .....	125
2 : Le caractère personnel du passif né de l'exploitation du fonds de commerce.....	126
II : L'intransmissibilité de principe des créances et des dettes .....	126
A : Le principe d'intransmissibilité des créances .....	126
1 : Justification théorique du principe .....	127
2 : Consécration juridique de l'intransmissibilité de principe de créances .....	127
B : Le principe d'intransmissibilité des dettes .....	128
1 : L'affirmation du principe d'intransmissibilité des dettes .....	128
2 : Particularisme de l'intransmissibilité des dettes .....	128
<b>SECTION 2 : L'EXCLUSION DU PATRIMOINE D'AFFECTION .....</b>	<b>129</b>
§1 : LA NOTION DE PATRIMOINE D'AFFECTION.....	129
I : Présentation de la notion de patrimoine d'affectation .....	130
A : Fondement de la notion.....	130
1 : L'affectation d'une masse de biens .....	130
2 : Le remplacement de la personne juridique par le but de l'affectation d'une masse de biens .....	131
B : Les caractères du patrimoine d'affectation.....	131
1 : L'existence d'un actif et d'un passif.....	131
2 : La transmissibilité des créances et des dettes du patrimoine d'affectation .....	132
II : Les implications de la notion de patrimoine d'affectation .....	132
A : La limitation de responsabilité et la protection des biens personnels .....	132

1 : La différenciation entre les dettes personnelles et les dettes professionnelles .....	133
2 : Les biens affectés : gage exclusif des créanciers professionnels .....	133
B : Pluralité patrimoniale.....	134
1 : Possibilité de disposer de plusieurs patrimoines.....	134
2 : Pluralité du gage des créanciers .....	134
§2 : L'INAPPLICABILITÉ AU FONDS DE COMMERCE .....	135
I : L'inapplicabilité tenant à l'absence actuel de personnalité morale du fonds de commerce .....	135
A : Le patrimoine, une émanation de la personnalité juridique .....	136
1 : L'impossibilité de détacher le patrimoine de la personne face au manque de personne morale du fonds de commerce.....	136
2 : L'exclusivité reconnue à la personne de disposer d'un patrimoine.....	136
B : L'obstacle tenant à l'admission au sein du patrimoine d'affectation de biens exclus du fonds de commerce .....	137
1 : L'admission des immeubles au sein du patrimoine d'affectation et leur interdiction de l'assiette du fonds de commerce.....	137
2 : L'existence d'un passif au sein du patrimoine d'affectation.....	138
II : L'inapplicabilité tenant au principe de l'unité du patrimoine .....	138
A : Le principe de l'unité du patrimoine .....	138
1 : Observations sur le principe de l'unité du patrimoine .....	138
2 : Palliatifs à l'unité du patrimoine.....	139
B : L'incompatibilité entre l'unité du patrimoine, le patrimoine d'affectation et le fonds de commerce .....	140
1 : Le maintien de principe de la notion de gage général des créanciers .....	140
2 : La possibilité de disposer de plusieurs fonds de commerce face à l'unité du patrimoine .....	141
Conclusion du chapitre 1 .....	141

## **CHAPITRE 2 : LA PRISE EN COMPTE GLOBALE DES ÉLÉMENTS DU FONDS DE COMMERCE .....**142

<b>SECTION 1 : LE FONDS DE COMMERCE, UNE UNIVERSALITÉ DE FAIT .....</b>	<b>142</b>
§1 : LE FONDS DE COMMERCE, UNE UNIVERSALITÉ .....	142
I : Un agrégat de biens formant un bien unique.....	143
A : Un assemblage d'éléments hétérogènes .....	143
1 : Un assemblage de biens formant une entité distincte de ses composantes .....	143
2 : L'hétérogénéité des biens assemblés.....	144
B : La destinée commune des éléments assemblés.....	144

1 : Le traitement commun réservé à tous les éléments de l'universalité .....	145
2 : La préservation du régime juridique de chaque élément de l'universalité.....	145
II : La fongibilité des éléments de l'universalité et du fonds de commerce.....	146
A : Le concept de fongibilité .....	146
1 : Définition.....	146
2 : Intérêt de la définition.....	147
B : Application de la fongibilité à l'universalité et au fonds de commerce .....	147
1 : Application à l'universalité .....	148
2 : Application au fonds de commerce .....	148
§2 : LE TYPE D'UNIVERSALITÉ APPLIQUÉ AU FONDS DE COMMERCE.....	149
I : Le rejet de l'universalité de droit.....	149
A : Un rejet discuté en doctrine.....	149
1 : La thèse favorable à l'universalité de droit.....	149
2 : L'insuccès de la thèse favorable à l'universalité de droit .....	150
B : Un rejet de principe de l'universalité de droit.....	151
1 : L'affirmation du rejet de l'universalité de droit.....	151
2 : Un rejet relativisé dans la pratique des affaires .....	152
II : Le choix de l'universalité de fait .....	153
A : Un choix commun au droit français et au droit OHADA.....	153
1 : Une position doctrinale commune .....	153
2 : Une convergence des textes sur le contenu uniquement actif du fonds de commerce .....	153
B : Les limites du choix de l'universalité de fait .....	154
1 : L'absence d'un régime juridique propre au fonds de commerce .....	154
2 : Les difficultés de qualification de la notion de fonds de commerce.....	155
<b>SECTION 2 : LE FONDS DE COMMERCE, UN MEUBLE INCORPOREL .....</b>	<b>156</b>
§1 : LE FONDS DE COMMERCE, UN MEUBLE .....	156
I : La notion de meuble.....	156
A : Clarifications sémantiques .....	156
1 : Définition du meuble.....	156
2 : Clarification des expressions « Meuble meublant » et « bien meuble » .....	157
B : Les différents types de meubles.....	158
1 : Les meubles par nature .....	158
2 : Les meubles par reconnaissance légale.....	158
II : L'assimilation du fonds de commerce à un meuble .....	159
A : Fondement légal de la nature mobilière du fonds de commerce .....	159

1 : L'assimilation du fonds de commerce à un meuble par le Code civil .....	159
2 : Atténuation légale de la nature mobilière du fonds de commerce .....	159
B : La consécration doctrinale et jurisprudentielle de la nature mobilière du fonds de commerce ...	160
1 : L'affirmation par la doctrine de la nature mobilière du fonds de comme .....	160
2 : Le rôle de la jurisprudence dans l'assimilation du fonds de commerce à un meuble.....	161
§2 LE FONDS DE COMMERCE, UN BIEN INCORPOREL .....	161
I : La notion de bien incorporel .....	162
A : Définition et identification des biens incorporels .....	162
1 : Définition du bien incorporel .....	162
2 : Identification des biens incorporels .....	162
B : Distinction d'avec les biens corporels .....	163
1 : Le critère de distinction .....	163
2 : L'intérêt de la distinction.....	164
II : La nature incorporelle du fonds de commerce.....	164
A : Une nature empruntée à ses éléments incorporels .....	164
1 : Prééminence des éléments incorporels .....	165
2 : Les effets attachés à la nature incorporelle du fonds de commerce .....	165
B : L'unanimité du droit français et du droit OHADA sur la nature incorporelle du fonds de commerce .....	167
1 : L'affirmation par la doctrine de la nature incorporelle du fonds de commerce .....	167
2 : L'affirmation par la jurisprudence de la nature incorporelle du fonds de commerce .....	167
Conclusion du chapitre 2 .....	168
Conclusion du titre 2 .....	168

**CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE .....**170

**DEUXIÈME PARTIE : LA CONSECRATION DE L'UNITÉ DU FONDS DE COMMERCE.....**172

**TITRE 1 : L'UNITÉ RÉSULTANT DE L'ÉVOLUTION DE LA COMPOSITION DU FONDS DE COMMERCE** 174

**CHAPITRE 1: L'ADMISSION DES ÉLÉMENTS MOBILIERS EXCLUS .....**176

**SECTION 1 : L'INCLUSION DES CRÉANCES ET DES DETTES.....**176

**§1 : JUSTIFICATIONS DE L'ADMISSION DES CRÉANCES ET DES DETTES.....**176

**I : Justifications de l'admission des créances.....**176

A : Une solution favorable aux aspirations des professionnels .....	177
1 : La volonté de bénéficier des avantages attachés aux créances.....	177
2 : L'inclusion des créances, une source d'efficacité du droit.....	177
B : La nécessité de consacrer des solutions existantes .....	178
1 : Consécration d'une démarche jurisprudentielle .....	178
2 : Vers la consécration de techniques contractuelles .....	179
II : Justifications de l'admission des dettes.....	179
A : Prise en compte de l'intérêt du cédant d'un fonds de commerce .....	180
1 : En cas de crédit-bail .....	180
2 : Le cas des dettes de salaires.....	180
B : Avantages pour les partenaires en affaires du commerçant .....	181
1 : La solvabilité du cessionnaire et la solidarité à la dette .....	181
2 : Le potentiel du fonds, meilleur gage pour les créanciers que les capacités de l'exploitant .....	182
§2 : MODALITÉS D'INCLUSION DES CRÉANCES ET DES DETTES .....	182
I : Levée des obstacles à l'inclusion des créances et des dettes .....	182
A : La question de l'absence de personnalité juridique du fonds de commerce .....	182
1 : Les créances et les dettes, accessoires suivant le sort fonds de commerce .....	183
2 : L'inclusion des obligations, une adjonction de débiteur .....	183
B : Compatibilité de l'inclusion des créances et des dettes avec la théorie du fonds de commerce ..	184
1 : Logique fondatrice de la construction de la notion de fonds de commerce.....	184
2 : Compatibilité avec l'inclusion des créances et des dettes .....	185
II : Mécanismes d'inclusion des créances et des dettes .....	186
A : Modalités d'inclusion des créances.....	186
1 : Inversion du principe d'exclusion des créances.....	186
2 : Critère d'admission des créances .....	186
B : Modalités de l'admission des dettes .....	187
1 : Inversion du principe d'exclusion des dettes.....	187
2 : La question du consentement des créanciers .....	187
<b>SECTION 2 : L'INCLUSION DES CONTRATS ET DES MONOPOLES D'EXPLOITATION .....</b>	<b>189</b>
§1-L'INCLUSION DES CONTRATS .....	189
I : Justifications de l'inclusion des contrats .....	189
A : L'importance des contrats.....	189
1 : L'importance des contrats pour la pérennité du fonds de commerce.....	189
2 : L'importance des contrats sur la consistance du fonds de commerce .....	190
B : Compatibilité de l'inclusion avec le principe de l'effet relatif des contrats .....	191

1 : L'effet relatif des contrats et fonds de commerce .....	191
2 : Un obstacle surmontable .....	192
II : Technique d'inclusion des contrats .....	193
A : Pour une inversion du principe de l'exclusion des contrats .....	193
1 : L'inversion du principe d'exclusion des contrats .....	193
2 : Une consécration des solutions existantes.....	193
B : Critère d'admission des contrats.....	194
1 : L'importance du contrat pour le fonds de commerce .....	194
2 : La question de l' <i>intuitu personae</i> .....	195
§2 : L'INCLUSION DES MONOPOLES D'EXPLOITATION .....	196
I : Justifications de l'inclusion des monopoles d'exploitation.....	197
A : L'importance des monopoles d'exploitation.....	197
1 : L'importance des monopoles d'exploitation pour l'existence de certains fonds de commerce ....	197
2 : L'importance des monopoles d'exploitation sur la valeur du fonds de commerce .....	198
B : La précarité injustifiée de la place actuelle des monopoles d'exploitation .....	198
1 : Une place subsidiaire réservée aux monopoles d'exploitations.....	198
2 : Effet de cette importance relative sur le fonds de commerce .....	199
II : Modalités de l'inclusion des monopoles d'exploitation .....	199
A : Intégration des monopoles d'exploitation parmi les éléments obligatoires .....	199
1 : La possibilité d'intégration des monopoles d'exploitation .....	199
2 : L'extension aux monopoles d'exploitation de la liste des éléments obligatoire du fonds.....	200
B : La nécessité de faire évoluer la loi .....	201
1 : L'évolution des dispositions relatives à la composition générale du fonds de commerce .....	201
2 : L'évolution des dispositions relatives aux opérations portant sur le fonds de commerce .....	201
Conclusion du chapitre 1.....	203

## **CHAPITRE 2 : L'INCLUSION DES BIENS ET DROITS IMMOBILIERS .....204**

<b>SECTION 1 : L'INCLUSION DU BAIL COMMERCIAL AU SEIN DU FONDS DE COMMERCE .....</b>	<b>204</b>
§1 : L'ÉVOLUTION DU BAIL COMMERCIAL EN BAIL À USAGE PROFESSIONNEL.....	204
I : Justifications de la mutation du bail commercial en bail à usage professionnel .....	205
A : L'extension des règles du droit commercial à des non-commerçants.....	205
1 : L'extension par la jurisprudence .....	205
2 : Une extension par la législation .....	205
B : L'extension de la matière commerciale.....	207

1 : Extension par la jurisprudence .....	207
2 : Extension par la législation .....	208
II : La matérialisation du bail à usage professionnel .....	208
A : Les changements relatifs à la conclusion du bail à usage professionnel .....	208
1 : Les personnes habilitées à consentir un bail à usage professionnel.....	209
2 : L'élargissement du champ d'application du bail à usage professionnel .....	209
B : Changements relatifs à l'exécution et à la résiliation du bail à usage professionnel.....	210
1 : L'exécution du bail à usage professionnel .....	210
2 : La résiliation du bail à usage professionnel .....	211
§2 : MODALITÉS D'INCLUSION DU BAIL AU SEIN DU FONDS DE COMMERCE .....	212
I : Hypothèses et solutions envisageables .....	212
A : En cas de cumul de la propriété du fonds de commerce et de l'immeuble l'abritant .....	212
1 : L'hypothèse d'un cumul des propriétés au début de l'exploitation .....	213
2 : L'hypothèse d'un cumul des propriétés survenu pendant l'exploitation du fonds .....	213
B : En cas de propriété du fonds de commerce uniquement .....	214
1 : Vers un droit au bail obligatoire au sein du fonds de commerce en droit OHADA .....	214
2 : Vers un droit au bail obligatoire au sein des fonds civils en droit français .....	215
II : Implications des solutions préconisées .....	216
A : Conditions d'applications .....	216
1 : Caractère nécessaire de l'immeuble à l'exploitation du fonds .....	216
2 : Effet de l'absence du caractère nécessaire de l'immeuble.....	216
B : En cas de contestations .....	217
1 : Sur le caractère nécessaire de l'immeuble pour le fonds .....	217
2 : Sur le montant du loyer .....	218
<b>SECTION 2 : L'INCLUSION DES IMMEUBLES DANS LE FONDS DE COMMERCE .....</b>	<b>219</b>
§1 : LA NÉCESSAIRE RECONSIDÉRATION DES OBSTACLES À L'ADMISSION DES IMMEUBLES.....	219
I : Le dépassement des divisions traditionnelles du droit.....	219
A : Cas de la <i>summa divisio</i> entre le droit civil et le droit commercial .....	219
1 : Un dépassement justifié par la multiplication des actes immobiliers à caractère commercial .....	219
2 : L'application aux fonds civils des règles du nantissement du fonds de commerce .....	220
B : Cas de la <i>summa divisio</i> entre les meubles et les immeubles .....	221
1 : A propos de la suprématie des immeubles sur les meubles.....	221
2 : La suprématie des immeubles sur les meubles, un obstacle surmontable.....	222
II : Levée de l'obstacle de l'énumération légale et extension de la solution aux fonds civils .....	223
A : Le dépassement de l'énumération légale des éléments du fonds de commerce .....	223

1 : Un dépassement justifié par la défaillance de l'énumération légale en droit français .....	223
2 : Un dépassement justifié par le caractère non exhaustif de l'énumération légale en droit OHADA .....	224
B : Extension de l'inclusion des immeubles aux fonds civils .....	224
1 : Une inclusion nécessaire .....	224
2 : Une inclusion possible .....	225
§2 : MODALITÉS D'INCLUSION DES IMMEUBLES ET ENJEUX .....	226
I : Modalités d'inclusion des immeubles .....	226
A : Critère d'admission de l'immeuble au sein du fonds de commerce.....	226
1 : Le critère de la nécessité de l'immeuble pour l'exploitation du fonds .....	226
2 : Une présomption de nécessité pour les immeubles spécialement aménagés .....	227
B : Préservation du régime particulier de l'immeuble .....	227
1 : En cas de transfert de la propriété du fonds de commerce.....	227
2 : En cas de nantissement du fonds de commerce .....	228
II : Les enjeux de l'inclusion des immeubles .....	230
A : Sur la valeur du fonds de commerce .....	230
1 : La valeur du fonds de commerce comportant des immeubles.....	230
2 : Le maintien de l'exploitation .....	230
B : Pour les usagers du fonds de commerce .....	231
1 : Une meilleure source de richesse pour l'exploitant .....	231
2 : Une meilleure assiette de garantie pour les créanciers.....	232
Conclusion du chapitre 2 .....	233
Conclusion du titre 1 .....	233

**TITRE 2 : L'UNITÉ RÉSULTANT DE L'ÉVOLUTION DE LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE.....235**

**CHAPITRE 1 : L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL À RESPONSABILITÉ LIMITÉE.....237**

<b>SECTION 1 : L'AVÈNEMENT DE L'EIRL .....</b>	<b>238</b>
§1 : LE PROCESSUS DE CRÉATION DE L'EIRL.....	238
I : Le dogme de l'unité du patrimoine à l'épreuve du temps.....	238
A : La fragilité originelle du principe de l'unité du patrimoine .....	238
1 : Fondement doctrinal du principe de l'unité du patrimoine .....	238
2 : La faiblesse du fondement doctrinal du principe de l'unité du patrimoine.....	239

B : Des exceptions originelles au principe de l'unité du patrimoine .....	239
1 : Exceptions en matière successorale .....	240
2 : Autres exceptions originelles à l'unité du patrimoine .....	240
II : De l'hésitation à la remise en cause du dogme de l'unité du patrimoine .....	241
A : Les attermoiements du législateur dans la remise en cause de l'unité du patrimoine .....	241
1 : Recours à de simples mécanismes de contournement .....	241
2 : Amorce d'un renoncement à l'unicité du patrimoine en droit français et en droit OHADA .....	242
B : La création de l'EIRL .....	244
1 : Une réponse du droit français à la crise du fonds de commerce .....	244
2 : Unicité de la personne et pluralité du patrimoine .....	245
§2 : PRÉSENTATION DE L'EIRL .....	246
I : Affectation d'un patrimoine à une activité professionnelle .....	246
A : Le principe de l'affectation .....	246
1 : Les personnes concernées .....	246
2 : Les biens affectés .....	247
B : Particularisme de l'affectation .....	248
1 : Une affectation exclusive .....	248
2 : Distinction de l'aliénation d'avec l'affectation des biens par l'EIRL .....	248
II : Originalité de l'EIRL .....	249
A : Absence de personne morale et caractère optionnel .....	249
1 : L'absence de personne morale .....	249
2 : Un dispositif optionnel .....	249
B : Distinction d'avec des notions voisines .....	250
1 : Distinction de l'EIRL d'avec l'EURL .....	250
2 : EIRL et auto-entrepreneur .....	251
<b>SECTION 2 : LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'EIRL .....</b>	<b>252</b>
§1 : LA CONSTITUTION DU PATRIMOINE D'AFFECTION .....	252
I : La déclaration du patrimoine d'affectation .....	252
A : Objectifs de la déclaration .....	253
1 : La publicité .....	253
2 : La réalité et la consistance du patrimoine affecté .....	253
B : Contenu et dépôt de la déclaration .....	254
1 : Contenu de la déclaration .....	254
2 : Dépôt de la déclaration .....	254
II : Effets de la déclaration .....	255

A : Opposabilité aux créanciers .....	255
1 : Opposabilité de plein droit .....	255
2 : Opposabilité aux créanciers antérieurs à la déclaration .....	256
B : La situation des créanciers par rapport au gage général .....	256
1 : Limitation du gage général .....	256
2 : Dispositif anti-abus pour les créanciers .....	257
§2 : LE FONCTIONNEMENT ET LA FIN DU PATRIMOINE AFFECTÉ .....	259
I : Le fonctionnement du patrimoine affecté .....	259
A : Évènement affectant l'entrepreneur .....	259
1 : Acquisition de la majorité par le mineur .....	259
2 : Évènements relatifs au statut matrimonial .....	259
B : Évènements touchant aux patrimoines de l'EIRL .....	260
1 : Mouvements affectant les patrimoines .....	260
2 : Revenus du patrimoine affecté .....	262
II : Transfert, transmission et autres questions liées au patrimoine affecté .....	263
A : Transfert et transmission du patrimoine affecté .....	263
1 : Transmission pour cause de mort .....	263
2 : Transfert entre vifs .....	264
B : Limites de l'EIRL .....	265
1 : Une survivance du principe de l'unité du patrimoine .....	265
2 : Autres limites du régime de l'EIRL .....	266
Conclusion du chapitre 1 .....	267

## **CHAPITRE 2 : LA PRO-PERSONNALITÉ, SOLUTION ENVISAGEABLE PAR LE LÉGISLATEUR OHADA...269**

<b>SECTION 1 : LE CONCEPT DE PRO PERSONNALITÉ .....</b>	<b>270</b>
§1 : APPROCHES DÉFINITIONNELLE ET STRUCTURELLE DE LA NOTION DE PRO PERSONNALITÉ .....	270
I : Dédoublement de la personnalité juridique .....	270
A : Séparation en amont de la personnalité juridique .....	270
1 : Séparation de la personnalité .....	270
2 : Préservation de l'unicité de la personne .....	271
B : Division en aval du patrimoine .....	272
1 : Une division patrimoniale fondée sur l'usage des biens .....	272
2 : Respect du principe de l'unité du patrimoine .....	273
II : Limitation du gage des créanciers à raison de la personnalité dont procède la dette .....	274

A : Cantonnement des dettes professionnelles à raison de la pro-personnalité .....	274
1 : Limitation des recours des créanciers professionnels au patrimoine professionnel .....	274
2 : Limitation des recours des créanciers non professionnels au patrimoine privé .....	275
B : Étanchéité du patrimoine privé .....	275
1 : Absence de responsabilité personnelle .....	275
2 : Limites à l'absence de responsabilité personnelle .....	276
§2 : PRO-PERSONNALITÉ ET NOTIONS VOISINES .....	276
I : Pro-personnalité, Entreprenant du droit OHADA, et EURL .....	277
A : La pro-personnalité et l'Entreprenant du droit OHADA .....	277
1 : L'entreprenant en droit OHADA .....	277
2 : Pro-personnalité et Entreprenant .....	279
B : La pro-personnalité et l'EURL .....	281
1 : Simplicité de la constitution de la pro-personnalité par rapport à l'EURL .....	281
2 : Fonctionnement plus souple de la pro-personnalité par rapport à celui de l'EURL .....	281
II : Pro-personnalité et patrimoines d'affectation .....	282
A : La pro-personnalité et la notion générale de patrimoine d'affectation .....	282
1 : Pro-personnalité et patrimoine d'affectation à propos de la limitation de responsabilité .....	283
2 : Pro-personnalité et effets particuliers de la notion générale de patrimoine d'affectation .....	283
B : La pro-personnalité et les approches particulières du patrimoine d'affectation .....	284
1 : La pro-personnalité et la version du patrimoine d'affectation du rapport CHAMPAUD .....	284
2 : La pro-personnalité et EURL .....	285
<b>SECTION 2 : RÉGIME JURIDIQUE ENVISAGEABLE .....</b>	<b>287</b>
§1 : APPARITION ET APPLICATION DE LA PRO-PERSONNALITÉ .....	287
I : Apparition de la Pro-personnalité .....	287
A : L'immatriculation .....	287
1 : Principe de l'immatriculation .....	287
2 : Enjeux de l'immatriculation .....	288
B : L'accès au régime de la pro-personnalité .....	288
1 : Absence d'apport en capital .....	288
2 : Absence de formalités particulières .....	289
II : Application de la pro-personnalité .....	289
A : La pro-personnalité et la question particulière du contrat « avec soi-même » .....	290
1 : Le contrat avec <i>soi-même</i> .....	290
2 : Le contrat de travail avec « <i>soi-même</i> » .....	291
B : Pro-personnalité et responsabilité à l'aune de la communauté légale .....	291

1 : Pro-personnalité et masse active de la communauté .....	291
2 : Pro-personnalité et masse passive de communauté .....	292
§2 : DISPARITION DE LA PRO PERSONNALITÉ ET ÉVALUATION DU DISPOSITIF .....	293
I : La pro-personnalité au prisme des cessations volontaire et involontaire de l'activité .....	293
A : Pro-personnalité et cessation volontaire d'activité .....	293
1 : Cessation avec radiation .....	293
2 : Mise en sommeil de la pro-personnalité .....	294
B : Pro-personnalité et cessation involontaire .....	294
1 : Cessation forcée en cas de procédure collective .....	295
2 : Cessation en cas de décès de l'entrepreneur .....	295
II : Évaluation du mécanisme de la pro-personnalité .....	296
A : Simplicité et efficacité du mécanisme de la pro-personnalité .....	296
1 : Un mécanisme simple .....	296
2 : Un mécanisme efficace .....	297
B : La notion de pro-personnalité et le principe de l'unité du patrimoine .....	298
1 : Compatibilité entre pro-personnalité et unicité du patrimoine .....	298
2 : Pro-personnalité et risque de pluri-personnalité .....	299
Conclusion du chapitre 2 .....	300
Conclusion du titre 2 .....	300
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE .....	301
<b><u>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</u></b>	<b>303</b>
<b><u>BIBLIOGRAPHIE .....</u></b>	<b>309</b>
<b><u>INDEX ALPHABÉTIQUE .....</u></b>	<b>349</b>
<b><u>TABLES DES MATIÈRES .....</u></b>	<b>353</b>