



Tous droits réservés

## DROIT COMMERCIAL

### Séance 7 : Le fonds de commerce

I.	La clientèle, élément essentiel du fonds de commerce	3
A)	La notion de clientèle	3
1)	La définition de la clientèle	3
2)	La clientèle : élément indispensable du fonds de commerce	3
B)	Les caractères de la clientèle du fonds de commerce	4
1)	Le caractère actuel, certain et réel de la clientèle	4
2)	Le caractère personnel de la clientèle	4
3)	Le caractère commercial de la clientèle	6
II.	Les éléments facultatifs du fonds de commerce	6
A)	Les éléments corporels	6
1)	Le matériel et l'outillage	6
2)	La marchandise	7
3)	Le sort des immeubles	7
B)	Les éléments incorporels	8
1)	Le droit au bail	8
C)	Les éléments d'identification de l'entreprise commerciale	8
1)	Le nom commercial	8
2)	L'enseigne	9
3)	Le nom de domaine	10
4)	Les droits de propriété intellectuelle	10
5)	Les autorisations administratives ou licences	10



**Définition :** Le fonds de commerce est l'ensemble de biens mobiliers corporels et incorporels appartenant à un commerçant que celui-ci regroupe pour exercer son activité commerciale.

**Nature du fonds de commerce :**

- Il s'agit d'un **bien meuble incorporel**. C'est une entité abstraite, incorporelle.
- Il ne comporte **aucun bien immobilier**.
- Il s'agit d'une **universalité de fait**



**Définition (universalité de fait) :** ensemble de biens formant un tout, traité globalement comme un bien unique

C'est un ensemble homogène et permanent, distinct des éléments qui le composent.

**Réglementation du fonds de commerce :** Il s'agit d'une création de la pratique, consacrée par le législateur en 1898. **Il n'y a aucune réglementation d'ensemble** dans le Code de commerce. Seules certaines opérations relatives au fonds de commerce sont réglementées, en particulier la vente et la location-gérance.

L'**article L. 141-5 C. Com.** (cession du fonds de commerce) dresse la **liste non exhaustive** des éléments composant le fonds de commerce.

Le fonds comporte notamment :

- Des **éléments incorporels** : « *l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage* »,
- Des **éléments corporels** : « *le matériel et les marchandises* ».

# I. La clientèle, élément essentiel du fonds de commerce

## A) La notion de clientèle

### 1) La définition de la clientèle

L'**article L. 141-5 C. Com.** mentionne « la clientèle et l'achalandage ».



**Définition :** La clientèle est l'ensemble des personnes qui entretiennent des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles avec un professionnel. C'est un synonyme d'achalandage. Il s'agit de la possibilité de contrats futurs et renouvelés. C'est la valeur attachée au courant d'affaires existant autour de l'exploitation et qui, compte tenu des habitudes et des probabilités, se maintiendra si les éléments de cette exploitation demeurent rassemblés.

### 2) La clientèle : élément indispensable du fonds de commerce



**Attention :** La liste de **L. 141-5 C. Com.** est seulement indicative. Tous les éléments mentionnés ne sont pas nécessaires pour constituer un fonds de commerce.



**À retenir :** La clientèle est le seul élément nécessaire et indispensable du fonds de commerce (**Req. 15 févr. 1937 ; Com. 31 mai 1988**). Sans clientèle, il ne peut y avoir de fonds de commerce.

Les autres éléments du fonds sont **facultatifs**.

La clientèle est un élément **incorporel**. Elle est protégée par l'action en concurrence déloyale (cf. séance n° 10).

## B) Les caractères de la clientèle du fonds de commerce

### 1) Le caractère actuel, certain et réel de la clientèle



**À retenir :** La clientèle ne doit pas être virtuelle, potentielle, ou future. Elle doit exister de manière actuelle.

La cessation définitive d'exploitation emporte disparition clientèle.

La Cour de cassation admet toutefois qu'une cessation temporaire d'exploitation n'emporte pas disparition de la clientèle (**Civ. 3<sup>e</sup> 15 sept. 2010, n° 09-68.521**).

### 2) Le caractère personnel de la clientèle



**À retenir :** La clientèle doit être réellement attirée par le fonds.



**Exemple :** La clientèle peut être attirée par la qualité des marchandises vendues, ou des prestations proposées, par la notoriété du commerçant, etc.



**Attention :** Le commerçant qui ne fait que bénéficier de la clientèle d'un autre n'est pas titulaire d'un fonds de commerce, en l'absence de clientèle propre (**AP, 24 avril 1970**).

→ Le cas particulier des commerces intégrés dans un ensemble plus vaste :



**Exemple :** buvette d'un hippodrome, fleuriste dans un centre commercial, etc.

**Question :** Les clients sont-ils attirés par le commerce lui-même ou se rendent-ils dans ce commerce uniquement parce qu'il est situé à proximité d'un autre commerce qui les a réellement attirés ?

- Initialement, la jurisprudence considérait que les commerces intégrés n'avaient pas de clientèle propre, le commerçant n'était donc pas titulaire d'un fonds de commerce.
- Depuis les arrêts **Civ. 3<sup>e</sup> 5 févr. 2003** et **Civ. 3<sup>e</sup> 1<sup>er</sup> oct. 2003**, la Cour de cassation a posé 3 critères pour déterminer l'existence d'une clientèle propre :
  - L'existence d'un **local stable et permanent**,
  - Les **moyens mis en œuvre** par le commerçant lui ont **permis de capter la clientèle**,
  - L'existence d'une **autonomie de gestion** (= absence de contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité).



**Exemple :** libre choix des horaires d'ouverture



**À retenir :** Même si le commerçant profite de la notoriété d'un autre commerce situé à proximité, il est titulaire d'un fonds de commerce si ces 3 conditions sont remplies.

→ Le cas particulier du contrat de franchise :



**Définition :** contrat par lequel une personne (franchiseur), concède à une autre personne (franchisé), le droit d'utiliser ses éléments d'identification (nom commercial, enseigne, marque) et parfois son savoir-faire, moyennant le versement d'une redevance.

**Question :** Le franchisé, qui tire parti de la notoriété de la marque et du savoir-faire du franchiseur, dispose-t-il d'une clientèle propre ?

Oui, à deux conditions (**Civ. 3<sup>e</sup> 27 mars 2002, n° 00-20.732**) :

- Le franchisé a **mis en œuvre des moyens** pour **capter** la clientèle,
- Le franchisé bénéficie d'une **autonomie de gestion** dans l'exploitation de la clientèle.

### 3) Le caractère commercial de la clientèle

La clientèle doit être exploitée par un **commerçant** ayant pour objet de réaliser des actes de commerce.

La clientèle commerciale s'oppose à la **clientèle civile** de nature libérale (ex : médecin, avocat) ou artisanale.

## II. Les éléments facultatifs du fonds de commerce

L'**article L. 141-5 C. Com.** (relatif à la cession du fonds de commerce) dresse une **liste non exhaustive** des éléments pouvant composer le fonds de commerce :

- **Éléments incorporels** : « *l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage* »,
- **Éléments corporels** : « *le matériel et les marchandises* ».

Cette **liste** est seulement **indicative**. La clientèle est le seul élément **nécessaire et indispensable**. Les autres éléments du fonds sont **facultatifs**.

### A) Les éléments corporels

#### 1) Le matériel et l'outillage

Il s'agit par exemple des machines, des outils, des meubles meublants, etc.

Tous ces éléments font naturellement partie du fonds.

En cas de vente du fonds, ils sont transmis avec lui, à condition que ce matériel appartienne au propriétaire du fonds.

Ces éléments sont facultatifs.



**Exemple :** un bureau de change ne comporte généralement ni matériel ni outillage.

## 2) La marchandise

Il s'agit des produits destinés à être vendus à la clientèle.

La marchandise est présente surtout pour les activités d'achat pour revendre.

Cet élément est facultatif.



**Exemple :** les commerces de prestation de service n'ont pas de marchandise.

## 3) Le sort des immeubles

→ Si le commerçant est **propriétaire** de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité alors l'immeuble ne fait pas partie du fonds de commerce.



**Attention :** le fonds de commerce ne peut comporter que des biens meubles.

En cas de vente du fonds et du local, deux actes de vente séparés sont nécessaires.

→ Si le commerçant est **locataire** de l'immeuble : le droit au bail fait partie du fonds de commerce.

## B) Les éléments incorporels

### 1) Le droit au bail

Si le commerçant est **locataire** de l'immeuble, il est titulaire du « *droit au bail* ». Il s'agit du droit de créance dont le locataire commerçant est titulaire à l'encontre du bailleur (propriétaire des murs).

Il s'agit d'un élément incorporel du fonds qui sera cédé en même temps que le fonds en cas de cession (cf. Séance 8 relative au bail commercial).

Cet élément est facultatif.

## C) Les éléments d'identification de l'entreprise commerciale

### 1) Le nom commercial



**Définition :** Il s'agit de la dénomination sous laquelle le commerçant fait connaître son activité.



**Exemple :** nom de fantaisie, nom de famille, etc.



**À retenir :** Le choix du nom commercial est libre (sauf risque de confusion avec un concurrent préexistant).

→ **Affaire Bordas, Com. 12 mars 1985** : si le nom commercial est le **nom patronymique** du commerçant personne physique, l'usage de ce nom dans l'exercice du commerce en fait un signe distinctif qui **se détache de la personne** et acquiert un **caractère patrimonial** permettant de l'inclure parmi les éléments du fonds du commerce. (≠ en droit civil : il existe un principe d'inaliénabilité et d'incessibilité du nom patronymique).





**Exemple :** Si le nom patronymique a été inséré dans les statuts d'une société, le commerçant est réputé avoir cédé l'usage de son nom patronymique à la personne morale. Il ne peut plus par la suite exiger la cessation de l'utilisation de son nom de famille comme signe distinctif par la société.

→ Si le nom de famille a été cédé avec le fonds de commerce, le cédant personne physique ne peut plus utiliser son propre nom à des fins commerciales, sauf si l'activité est totalement différente (**arrêt Ducasse Civ. 3<sup>e</sup> 6 mai 2003**).

Le nom commercial est protégé par l'action en concurrence déloyale.

## 2) L'enseigne



**Définition :** Il s'agit de l'apposition sur le lieu d'exploitation d'un signe distinctif individualisant l'établissement.



**Exemple :** l'enseigne peut correspondre au nom commercial, être une dénomination de fantaisie, un simple emblème (forme, image), etc.

Le choix de l'enseigne est **libre**, sauf risque de confusion avec un concurrent préexistant.

L'enseigne est protégée par l'action en **concurrence déloyale**, à condition d'être suffisamment originale.



**Exemple :** l'image d'un croissant pour une boulangerie n'est pas suffisamment originale.

### 3) Le nom de domaine



**Définition :** Il s'agit de la désignation du site internet de l'entreprise.

Le choix du nom de domaine est libre, sauf risque de confusion avec un concurrent préexistant.

Le nom de domaine est protégé par l'action en **concurrence déloyale**.

### 4) Les droits de propriété intellectuelle



**Définition :** il s'agit des droits conférant à leur titulaire une exclusivité d'exploitation régie par le Code de la propriété intellectuelle (CPI).

Il en existe trois :

- **Le brevet d'invention (L. 611-10 et s. CPI)** : invention nouvelle susceptible d'application industrielle (protection de 20 ans).
- **La marque (L. 711-1 et s. CPI)** : signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale, déposée auprès de l'INPI (protection de 10 ans renouvelable).
- **Les dessins et modèles (L. 511-1 et s. CPI)** : objet industriel, usuel ou artistique, déposé à l'INPI (protection de 5 ans, renouvelable jusqu'à 25 ans).

Ces droits sont protégés par **l'action en contrefaçon**, qui est une action en responsabilité civile, et par des **sanctions pénales** si l'atteinte est volontaire.

### 5) Les autorisations administratives ou licences



**À retenir :** En principe, en cas de cession du fonds, le cessionnaire n'a pas besoin de demander une nouvelle autorisation.



**Exemple :** licence d'exploitation d'un débit de boisson (**Com. 7 mars 2006, n° 04-13.569**).



**Attention :** Par exception, certaines autorisations sont exclues du fonds de commerce, car elles ont été consenties « *intuitu personae* », c'est-à-dire qu'elles sont attachées à la personne de son titulaire.



**Exemples :**

- Concession d'un emplacement sur un marché (**Com. 4 février 2014, n° 12-25.528**).
- Autorisation d'exploiter une discothèque (**Com. 5 avril 2012, n° 11-10.321**).

Dans ce cas, si le fonds de commerce est vendu, l'acquéreur devra formuler une nouvelle demande d'autorisation.