

Recueils
MORIN

SOLUTIONS PROFESSIONNELLES NOTARIALES

Tome 4

Droit des affaires

**Droit commercial,
droit des sociétés**

16^e édition

par Nicolas Kilgus,
Anne de Ravel d'Esclapon,
Thibault de Ravel d'Esclapon
et Michel Storck

DEFRÉNOIS

un savoir-faire de
lextenso

Recueils Morin

SOLUTIONS
PROFESSIONNELLES
NOTARIALES

Tome 4

Droit des affaires

Droit commercial, droit des sociétés

16^e édition

Nicolas Kilgus

Anne de Ravel d'Esclapon

Thibault de Ravel d'Esclapon

Michel Storck

DEFRENOIS

un savoir-faire de
Lextenso

Dans la même collection

Initiés par Georges Morin, les « Recueils de solutions d'examens » évoluent pour répondre encore mieux aux attentes des professionnels du Notariat et aux évolutions de leur pratique quotidienne. Ainsi refondus, ils deviennent les Solutions professionnelles notariales en 4 tomes réunies dans la collection « Recueils Morin ».

Tome 1 : Actes courants, *Promesses de vente, ventes, prêts, échanges*, 16^e éd.

Tome 2 : Droit de la famille, *Régimes matrimoniaux, pacs, concubinage, divorce, libéralités, successions et indivisions*, 17^e éd.

Tome 3 : Opérations de construction, environnement, droit rural, 18^e éd.

Tome 4 : Droit des affaires, *Droit commercial, droit des sociétés*, 16^e éd.



© 2023, Defrénois, Lextenso

1, Parvis de La Défense • 92044 Paris La Défense Cedex

www.defrenois.fr

EAN : 9782856233610

ISSN : 2741-003X

Collection : Recueils Morin

Sommaire

Partie 1

Commerce	7
A. Cession de fonds de commerce.....	9
B. Location-gérance de fonds de commerce.....	135
C. Bail commercial.....	151

Partie 2

Sociétés	185
A. Société civile	187
B. Société en nom collectif.....	357
C. Société à responsabilité limitée	381
D. Société par actions	543
Table des modèles	681
Index	683
Table analytique	689

Partie 1

Commerce

A. Cession de fonds de commerce

Sous cette rubrique, nous avons sélectionné neuf dossiers :

Le premier est une cession de fonds de commerce « ordinaire » posant les questions classiques en la matière (**dossier 1**).

Le deuxième est une cession de fonds de commerce consentie par des vendeurs en difficultés financières moyennant un prix payé partie comptant et le surplus à terme (**dossier 2**).

Le troisième est la cession d'un débit de boissons, auquel est attachée la gérance d'un débit de tabacs, à une société (à constituer), accompagnée de la vente de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds (**dossier 3**).

Le quatrième a pour objet la cession d'un débit de boissons, exploité dans un immeuble dont le cédant est propriétaire ; le prix de cession est payé par l'acquéreur grâce à un prêt bancaire cautionné par une brasserie qui demande, en contrepartie, la conclusion d'un « contrat de bière » (**dossier 4**).

Dans le cinquième, sont définis les éléments du choix, pour un commerçant, entre l'extension de son activité commerciale et la cession de son fonds de commerce de boucherie (**dossier 5**).

Le sixième est une cession d'officine de pharmacie, dont le titulaire est séparé de fait de son épouse, au profit d'un jeune confrère qui recourt à un prêt bancaire cautionné par ses parents (**dossier 6**).

Le septième présente deux particularités : le fonds est indivis entre une mère et son fils mineur ; l'acquéreur est de nationalité suisse et réside à Genève (**dossier 7**).

Enfin les deux derniers (**dossiers 8 et 9**) sont des répartitions amiables du prix de cession d'un fonds de commerce entre divers créanciers privilégiés et chirographaires.

- Cession de fonds de commerce
- Capacité du vendeur
- Cadre juridique de l'acquisition
- Fiscalité
- Formalités

Éléments du dossier

M. Jacques Dubois et M^{me} Michelle Dupuis, son épouse, sont propriétaires d'un fonds de commerce d'épicerie libre-service qu'ils ont créé il y a vingt ans et qu'ils exploitent, à titre individuel, dans des locaux qu'ils occupent en vertu d'un bail commercial.

Ils vous font part de leur intention de vendre ce fonds de commerce, compte tenu des difficultés qu'ils ont rencontrées ces derniers mois, notamment en raison de l'ouverture d'un hypermarché.

Ils ont trouvé acquéreurs pour ce fonds : M. Jean Dupont et Mlle Louise Durand (ceux-ci ne sont ni mariés, ni engagés par un pacte civil de solidarité) sont intéressés mais ils ne souhaitent pas reprendre le contrat de travail à mi-temps dont bénéficie M^{me} Duval, afin d'assurer une meilleure rentabilité de l'affaire.

Il vous est précisé que :

- M. et M^{me} Dubois-Dupuis se sont mariés sans contrat de mariage, le 3 septembre 1965 ;
- le fonds de commerce est situé dans une zone rurale, à quelques kilomètres de Clermont-Ferrand ;
- le chiffre d'affaires mensuel actuel est de l'ordre de 15 000 € ;
- vendeurs et acquéreurs se sont mis d'accord sur un prix total de 150 000 € s'appliquant : aux éléments incorporels pour 80 000 €, au matériel pour 50 000 € et aux marchandises pour 20 000 €.

Vous apprenez, par ailleurs, que les acquéreurs disposent de 30 000 € et qu'ils envisagent de solliciter un prêt auprès d'une banque, à moins que M. et M^{me} Dubois acceptent qu'une partie du prix soit payée à terme.

Enfin, M^{me} Dubois vient d'être victime d'un grave accident de la circulation, elle se trouve dans un état de coma profond.

I. Vous examinez les différents problèmes posés par le sujet.

II. Vous réunissez les pièces nécessaires à l'établissement de votre acte.

III. Vous étudiez les indications fiscales de l'opération, tant à l'égard du vendeur que de l'acquéreur.

IV. Formalités postérieures : vous indiquez les formalités à exécuter à la suite de la signature de la vente ainsi que les principaux délais à respecter et leurs finalités.

V. Vous rédigez le paragraphe « Prix ».

Résolution du dossier

Dépourvu de difficulté particulière, ce dossier n'en présente pas moins l'intérêt d'illustrer les multiples questions et les nombreux réflexes que nécessite la régularisation d'une cession de fonds de commerce.

Après avoir examiné les différentes questions posées par la cession envisagée (I), nous nous attacherons à étudier ses incidences fiscales tant à l'égard du vendeur que de l'acquéreur (II), ainsi qu'à préciser les formalités préalables et postérieures à l'établissement de l'acte (III).

I. Questions posées par la cession envisagée

Les questions à examiner sont relatives : à la capacité des vendeurs, au choix d'un cadre juridique pour l'acquisition en commun du fonds de commerce, au transfert du droit au bail, aux conditions de paiement du prix et à celles du licenciement de l'employée du magasin ; enfin, il ne semble pas inutile de rappeler les exigences de forme posées par les textes en vigueur qui commandent la validité de la cession.

A. Capacité des vendeurs

À propos de celle-ci, trois points retiennent ici l'attention :

a. Le premier, naturellement, consiste à déterminer le *régime matrimonial* de M. et M^{me} Dubois : ceux-ci, mariés sans contrat le 3 septembre 1965, c'est-à-dire avant la date d'entrée en vigueur (1^{er} février 1966) de la loi du 13 juillet 1965, sont soumis à l'ancien régime légal de la communauté de biens meubles et acquêts, étant supposé bien entendu, en l'absence d'indication contraire : qu'ils n'ont pas déclaré, dans les délais légaux, se soumettre au nouveau régime légal¹ et qu'ils n'ont pas, ultérieurement, changé de régime matrimonial².

Dès lors, le fonds de commerce « qu'ils ont créé il y a vingt ans », donc au cours du mariage, est un bien commun³ dont l'aliénation nécessite l'accord des deux époux en vertu de l'article 1424 du Code civil⁴.

b. Or, justement, M^{me} Dubois qui, à la suite d'un grave accident de la circulation, « se trouve dans un état de coma profond », est dans l'impossibilité de donner son consentement à la vente.

En effet, lorsqu'un époux se trouve ainsi « hors d'état de manifester sa volonté », les dispositions des régimes matrimoniaux – auxquelles la loi invite à recourir de préférence à l'ouverture d'une tutelle (v. C. civ., art. 428)⁵ –, spécialement les règles des articles 217 et 219, 1426 et 1429 du Code civil, permettent de remédier à cette situation.

Les articles 217 et 219, qui relèvent du régime primaire impératif et qui s'appliquent par conséquent à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial, prévoient qu'un époux peut être

1. Rappelons que les articles 16 et 17 de la loi du 13 juill. 1965 permettaient aux époux mariés avant son entrée en vigueur de se placer sous le nouveau régime légal par déclaration conjointe devant notaire et ce, avant le 31 déc. 1967 (fixé initialement au 1^{er} août 1966, le délai pour faire la déclaration conjointe a été reporté au 31 déc. 1967 par la loi n° 66-861 du 22 nov. 1966). Sur les dispositions transitoires de la loi de 1965, v. notamment G. MORIN, *Defrénois* 1965, art. 28749, p. 577 et s.
2. L'article 1397 du Code civil, qui autorise, sous certaines conditions, le changement de régime matrimonial, est applicable aux époux mariés avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 juill. 1965 (v. art. 15 de ladite loi). Cette vérification relativement à un éventuel changement de régime matrimonial est désormais d'autant plus névralgique que la loi n° 2019-222 du 23 mars 2018 (art. 8) a abrogé le délai de deux ans qu'il convenait de respecter avant d'opérer un changement. De manière bien plus fréquente, et sans délai de carence, les époux peuvent modifier leur régime matrimonial.
3. La solution serait la même si les époux Dubois se trouvaient soumis à l'actuel régime légal de communauté de biens réduite aux acquêts.
4. Rappelons également que ce texte, qui régit l'administration des biens communs (domaine de la « cogestion »), concerne indifféremment les époux mariés sous l'ancien régime légal de la communauté comme ceux mariés sous le nouveau régime légal (sur l'application de ces dispositions aux époux mariés avant le 1^{er} févr. 1966, v. G. MORIN, art. préc. ; *adde*, M. VION, « Les dispositions transitoires de la loi du 23 déc. 1985 relative à l'égalité des époux », *Defrénois* 1986, art. 33649, n° 6 et s., p. 81).
5. Sur ce point, v. notamment, J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, *Defrénois*, mai 2009, n° 267, p. 225.

autorisé par justice soit à *passer seul un acte déterminé pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire* (C. civ., art. 217)⁶, soit à *représenter son conjoint empêché, d'une manière générale ou pour certains actes particuliers, dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial* (C. civ., art. 219).

Les articles 1426 et 1429 du Code civil, concernent, eux, les seuls époux soumis à un régime communautaire. L'article 1426, notamment, prévoit que « *si l'un des époux se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté*, ou si sa gestion de la communauté atteste l'inaptitude ou la fraude, l'autre conjoint peut demander en justice à lui être substitué dans l'exercice de ses pouvoirs ».

En l'espèce, compte tenu du caractère temporaire – du moins il faut l'espérer – de l'impossibilité pour M^{me} Dubois d'exprimer sa volonté, c'est aux dispositions du régime primaire impératif qu'il suffit de recourir et, plus précisément, à l'article 217 du Code civil, sur le fondement duquel M. Dubois doit se faire autoriser à passer seul la cession du fonds commun et à en encaisser le prix⁷.

La mise en œuvre de l'article 217 invite à opérer une distinction, le juge compétent n'étant pas toujours le même. En effet, l'article 1286 du Code de procédure civile invite à distinguer deux situations :

- si la demande a pour fondement l'impossibilité pour un époux de manifester sa volonté, la demande doit être adressée au juge des tutelles. La procédure applicable est alors celle applicable en matière gracieuse (CPC, art. 1289 et 1289-1). Partant :
 - le demandeur doit déposer une requête (seul ou assisté par un avocat), précisant l'acte envisagé et accompagnée de tous éléments de nature à établir l'impossibilité pour son conjoint de manifester sa volonté, notamment d'un certificat médical (article 1289-1 alinéa 1 du Code de procédure civile) ;
 - le juge peut, soit d'office, soit à la demande des parties, ordonner toute mesure d'instruction ;
 - le juge entend le conjoint à l'audience sauf avis médical contraire ;
 - le juge peut organiser un débat contradictoire (article 1213 du Code de procédure civile) et entendre toute personne qu'il souhaite ;
 - le jugement est notifié par le greffe par courrier recommandé avec accusé de réception, aux parties et aux éventuels tiers dont les intérêts risquent d'être affectés par le jugement ;
 - le jugement est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours à compter de la notification ; les parties, et les tiers auxquels le jugement a été notifié, peuvent interjeter appel à son encontre ; l'appel se fait par courrier recommandé avec accusé de réception adressé au greffe du juge des tutelles ; le juge peut alors soit modifier ou rétracter sa décision, soit transmettre le dossier à la cour d'appel ;
- si la demande a pour fondement un refus (injustifié) du conjoint d'accomplir l'acte litigieux, la demande sera formée par requête devant le juge aux affaires familiales. Cette hypothèse n'étant pas celle retenue, il n'est pas nécessaire de développer.

c. Le troisième point est relatif à la situation des époux Dubois au regard d'une *éventuelle procédure collective*, d'autant plus qu'ils ont, de leur propre aveu, « *rencontré des difficultés depuis ces derniers mois* ». Il convient donc, bien évidemment, de vérifier préalablement que les intéressés

6. On rappelle que ce texte s'applique non seulement lorsque l'autre époux est hors d'état de manifester sa volonté, mais encore lorsqu'il oppose un refus qui n'est pas justifié par l'intérêt de la famille.

7. Sur le domaine respectif des articles 217 et 219 du Code civil, v. notamment, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, éd. A. Colin, n° 132 et s.

n'ont pas fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou ne sont pas en état de redressement ou de liquidation judiciaires. Pour être informé sur ce point il faut requérir une copie de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés où sont mentionnées d'office les décisions prononçant le redressement ou la liquidation⁸. Si tel était le cas, les pouvoirs des époux Dubois sur l'ensemble de leurs biens pourraient être limités.

Cependant, même si aucune décision de cette nature n'a été publiée, subsiste le risque que les intéressés soient en état de cessation des paiements, auquel cas la cession se trouverait avoir été effectuée pendant la période suspecte au cours de laquelle certains actes du débiteur sont susceptibles d'être annulés (sur la date de cessation des paiements, v. C. com., art. L. 631-8). En particulier, sont déclarés nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, tous les actes à titre gratuits translatifs de propriété mobilière ou immobilière, tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie (C. com., art. L. 632-1). D'autre part, et de manière plus générale, les actes à titre onéreux accomplis après la date de cessation des paiements peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur avaient connaissance de la cessation des paiements (C. com., art. L. 632-2). Ainsi, en l'espèce, si les époux Dubois se trouvaient en état de cessation de paiement, la cession pourrait être ultérieurement annulée si la vente était conclue pour un prix notablement inférieur à la valeur réelle du fonds ou si, même conclue à un prix correspondant à cette valeur, l'acquéreur connaissait l'état de cessation de paiement.

Dans l'hypothèse du dossier, cependant, on admettra que M. et M^{me} Dubois non seulement ne font l'objet d'aucune procédure collective mais encore qu'ils ne sont apparemment pas en état de cessation de paiement et que les acquéreurs sont de bonne foi : dès lors, la cession étant consentie à des conditions normales et à un prix correspondant à la valeur du fonds, peut valablement être passée.

B. Choix d'un cadre juridique pour l'acquisition du fonds de commerce

Contrairement à M. et M^{me} Dubois, les acquéreurs, M. Dupont et Mlle Durand, ne sont pas mariés, ni engagés par un pacte civil de solidarité, de sorte qu'il convient d'examiner selon quelle modalité ils entendent réaliser l'acquisition en commun du fonds de commerce. En l'occurrence, deux solutions s'offrent principalement à eux : l'achat en indivision ou la constitution d'une société, obligatoirement à forme commerciale, compte tenu de l'objet social.

a. Première solution : l'achat en indivision. – La solution apparemment la plus simple – dans l'immédiat – consisterait pour les intéressés à acquérir le fonds de commerce en indivision, chacun payant la quote-part du prix et des frais correspondant à ses droits indivis. Mais l'indivision est un état précaire auquel les indivisaires peuvent mettre fin à tout moment en demandant le partage (C. civ., art. 815). De surcroît, depuis les réformes opérées par la loi du 23 juin 2006⁹ et la loi de simplification du droit du 12 mai 2009¹⁰, la règle de l'unanimité traditionnelle en la matière a été ramenée à la majorité des deux tiers, qu'il s'agisse de biens meubles (loi de 2006) ou d'immeubles (loi de 2009). Cet état de précarité s'avère par conséquent encore plus marqué. Sans doute les intéressés ont-ils la possibilité de conférer une certaine stabilité à cette situation en concluant une convention d'indivision ; cependant la durée de cette convention ne peut

8. En pratique, il faut demander, préalablement à toutes choses, l'extrait K bis au greffe du tribunal de commerce ; il est également possible de consulter le registre national du commerce regroupant un double de toutes les immatriculations faites en France. L'interrogation peut être faite très simplement à partir du nom ou de la dénomination sociale du débiteur (<http://infogreffe.fr> ; www.cnrgc.fr). V. encore, J.-P. SÉNÉCHAL, « Le notaire et les procédures collectives », *Defrénois* 1997, art. 36679, spéc. n° 7. V. également, S. REZEK, *Achat et vente de fonds de commerce*, Litec, 4^e éd. 2009, spéc. p. 303 et s. ; F.-X. LUCAS, « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juill. 2005 », *BJS* 2005, § 262, p. 1181 et s.

9. Sur laquelle v. R. CRÔNE, B. GELOT et M.-C. FORGEARD, *Le nouveau droit des successions et des libéralités*, *Defrénois*, 2007, n° 149 et s., p. 80 et s.

10. Sur laquelle v. *Defrénois*, *Supplément rapide*, n° 10 du 3 juin 2009, p. 5 et s.

excéder cinq ans et exige, pour son renouvellement, l'accord unanime et exprès des indivisaires (C. civ., art. 1873-3, al. 1^{er}). En outre, même si la convention peut être conclue pour une durée indéterminée, cette solution n'est pas meilleure d'un point de vue de la stabilité : dans ce cas, le partage peut être provoqué à tout moment, pourvu que ce ne soit pas de mauvaise foi ou à contretemps (C. civ., art. 1873-3, al. 2)¹¹. Cette instabilité potentielle, qui caractérise l'indivision, fait de celle-ci, ainsi qu'on l'a remarqué, « un état transitoire qui doit être, à plus ou moins long terme, dénoué par le partage »¹² et la fait réserver aux situations dans lesquelles les parties souhaitent essentiellement *conserver* le patrimoine commun.

Lorsque les intéressés entendent, au contraire, faire fructifier leurs apports – et tel est le cas de deux personnes qui achètent ensemble un fonds de commerce – le cadre sociétaire correspond davantage au but¹³ poursuivi¹⁴. Par ailleurs, le cadre sociétaire permet de séparer le patrimoine personnel des associés de celui de la société d'une part¹⁵, de limiter les risques de confusion entre les patrimoines des associés d'autre part. C'est donc la création d'une société qu'il faut conseiller en l'espèce aux acquéreurs.

b. Seconde solution : la création d'une société. – Compte tenu de l'objet social – l'exploitation du fonds de commerce – et de la taille de l'entreprise, c'est la création d'une société qu'il faut envisager ici, très certainement une SARL ou une SAS. Il ne saurait être question, dans le cadre de ce dossier, de rappeler, même brièvement, les caractéristiques de ces sociétés¹⁶. On observera seulement, qu'en l'espèce, la société à créer aura pour objet l'acquisition et l'exploitation du fonds de commerce.

Jusqu'au 31 décembre 2008, le capital social des SAS devait être au minimum de 37 000 € (C. com., art. L. 224-2). Depuis le 1^{er} janvier 2009 (L. n° 2008-776 du 4 août 2008, dite « LME », art. 59, II)¹⁷ et sauf dispositions législatives ou réglementaires applicables à certaines activités, le montant du capital des SAS est librement fixé par les statuts (C. com., art. L. 227-2). Il peut être symbolique (1 €) mais doit figurer dans les statuts.

Il en va de même pour les SARL¹⁸ qui, depuis la loi « LME » du 1^{er} août 2003, autorisent un capital librement fixé par les statuts (C. com., art. L. 223-2).

Sans, encore une fois, entrer dans le détail des règles de fonctionnement de ces deux types de sociétés, on peut préciser que la SAS connaît un grand développement en raison de sa souplesse.

Il n'en demeure pas moins que la liberté contractuelle dont bénéficient les fondateurs a pour contrepartie une rigueur accrue dans la rédaction des statuts, en regard du droit des sociétés.

Sur un plan fiscal, la SAS est assimilée à une SA et, partant, assujettie à l'IS (CGI, art. 1655 *quinquies*). Toutes les règles relatives à l'impôt sur les sociétés, imposition des revenus mobiliers, rémunération des dirigeants, etc., sont applicables.

11. V. notamment sur ce point, G. MORIN « Bref aperçu de la loi du 31 déc. 1976 relative à l'organisation de l'indivision », *Defrénois* 1977, art. 31514, spéc. n° 84 à 90.

12. F. CAPORALE, « Société et indivision », *Rev. sociétés* 1977, p. 265, spéc. n° 22. R. CRÔNE, M.-C. FORGEARD et B. GELOT, *op. cit.*, p. 102 et s., n° 199 et s.

13. F. CAPORALE, *loc. cit.*, n° 23.

14. Et, en un certain sens, s'avère moins risqué ; en effet, il ne faut pas perdre de vue que l'indivision peut, dans certaines circonstances, être requalifiée en société de fait ; si l'exploitation est commerciale, les indivisaires, alors requalifiés associés verront leur responsabilité engagée solidairement (C. civ., art. 1872-1, sur renvoi de l'art. 1873, C. civ.).

15. À noter toutefois que la récente réforme en faveur de l'entrepreneur individuel (loi n° 2022-172 du 14 févr. 2022) opère, de plein droit, une séparation entre les patrimoines professionnels et non professionnels de l'entrepreneur. De ce seul point de vue, le recours à la société n'est plus nécessaire, même s'il faut admettre que l'existence d'une personne morale facilite cette distinction des patrimoines en pratique.

16. V. *infra*, dossiers n° 27 à 38.

17. Sur laquelle v. *Defrénois*, *Supplément rapide*, n° 14 du 26 août 2008, p. 10 et s.

18. Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003, *JO* du 5 août 2003 ; *Defrénois* 2003, *Lég.*, p. 271 et s. ; *Defrénois*, *Supplément rapide*, n° 16 du 26 sept. 2003, p. 10 et s.

La SARL paraît, dans un cas comme celui du dossier, d'approche plus facile pour les deux acquéreurs. En effet, les dispositions légales la concernant sont plus nombreuses, ce qui, d'une certaine manière, ne nécessite pas de « tout prévoir » dans les statuts, surtout si les parties souhaitent un fonctionnement « classique ». C'est donc ce cadre que nous retiendrons pour l'acquisition du fonds.

Les SARL sont, sur le plan fiscal, également assujetties à l'impôt sur les sociétés.

Toutefois, si elles le souhaitent, les SARL peuvent opter pour le régime fiscal des sociétés de personnes si les conditions suivantes sont remplies :

- la société exerce une activité industrielle, commerciale, artisanale ou agricole ;
- la société doit être formée uniquement entre parents en ligne directe (enfants, parents, grands-parents...) ou entre frères et sœurs ainsi qu'entre conjoints et partenaires d'un PACS.

Cette seconde condition fait ici défaut, les acquéreurs n'étant ni conjoints ni partenaires d'un pacte civil de solidarité.

Rappelons également que toutes les sociétés assujetties à l'IS (SA non cotées, SAS, SARL) peuvent, pendant une durée de cinq années à compter de leur création, opter pour le régime des sociétés de personnes ; le capital et les droits de vote doivent être contrôlés à 50 % par des personnes physiques, 34 % devant être détenus directement par les dirigeants et les membres de leur foyer fiscal. La société emploie moins de 50 salariés et réalise un chiffre d'affaires HT annuel ou un total de bilan inférieur à 10 millions d'euros au cours de l'exercice (CGI, art. 239 *bis* AB).

Une telle option mérite d'être envisagée dans le cas présent : quand une entreprise est déficitaire, en particulier au cours de ses premières années d'existence (l'entreprise ne va pas très bien et le changement de dirigeant risque d'impliquer une baisse du chiffre d'affaires dans un premier temps), appartenir au régime des sociétés de personnes peut permettre aux différents associés personnes physiques de diminuer leurs impôts personnels en réaffectant leur quote-part du déficit. Par ailleurs, sous le régime des sociétés de personnes, l'entreprise se soustrait aussi à des possibles problèmes de trésorerie liés aux soldes de l'impôt sur les sociétés et à ses paiements anticipés. Enfin, pour les sociétés dégageant de faibles bénéfices ou pour celles dont les associés ne sont que très peu imposés, ce régime permet de bénéficier de taux d'imposition sur les bénéfices relativement bas.

S'agissant de la rédaction des statuts, le capital pourra ici être fixé à 30 000 € et sera reparti entre M. Dupont et M^{me} Durand en proportion de leurs apports respectifs¹⁹.

Les statuts devront, bien entendu, organiser la gérance et préciser les conditions d'agrément éventuelles des transmissions de parts aux héritiers ou aux membres de la famille des associés. Enfin, il faut rappeler que, dans le cas où la cession du fonds de commerce et le prêt souscrit pour cette acquisition (v. *infra*, D) devraient intervenir avant l'immatriculation de la société – formalité à compter de laquelle celle-ci acquiert la capacité juridique – il conviendrait de suivre scrupuleusement les règles prévues par l'article R. 210-5 du Code de commerce pour permettre la reprise de ces actes par la société²⁰.

Pour être complet : il est à rappeler l'intérêt que pourrait présenter la création d'une société en participation régie par l'article 1871 du Code civil afin de pérenniser une indivision. Cette société

19. Il conviendra de bien étudier la répartition des parts entre M. Dupont et Mlle Durant de façon à permettre à celui d'entre eux qui assurera la gérance de bénéficier des avantages sociaux des salariés. Mémento *F. Lefebvre, Sociétés commerciales*, n° 5250 et s. et spéc. n° 5269.

20. Sur ce point, v. notamment G. LESGUILLIER, *SARL, La création*, éd. Joly, n° 144 à 164 ; G. DAUBLON, « Validité des actes et contrats réalisés par les sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce », *Defrénois* 1977, art. 31393, p. 657 et s. ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, Economica, n° 165, p. 168. Pour une application en jurisprudence, v. Cass. 1^{re} civ., 26 août 2000, *Defrénois* 2001, art. 37351, p. 569, note R. CRÔNE.

dépourvue de personnalité morale et non contrainte à des formalités d'immatriculation et de dépôt des comptes au greffe peut néanmoins avoir une personnalité fiscale, voire opter à l'impôt sur les sociétés. Les associés conviennent librement de l'objet, du fonctionnement, de la durée. La société étant dépourvue de personnalité morale, l'apport indivis serait fait en jouissance sans générer aucune fiscalité ce qui assurerait la pérennité voulue à l'indivision. L'activité étant commerciale, il est à rappeler qu'à l'égard des tiers les associés agissant pour le compte de la société en qualité d'associé seraient tenus solidairement comme dans une SNC (C. civ., art. 1871-1). Cette dernière règle invite toutefois à ne pas proposer la SEP aux acquéreurs !

C. Transfert du droit au bail

Le fonds de commerce à céder étant exploité dans des locaux occupés « en vertu d'un bail commercial », deux questions au moins se posent à propos de celui-ci.

La première consiste à se faire communiquer le contrat de bail et à vérifier la date et la durée du contrat sur lesquelles le dossier ne dit mot. Si l'on suppose que la cession intervient en 2022 et que le bail a été conclu en 1989 – date du début d'exploitation de M. et M^{me} Dubois il y a vingt ans – et régulièrement reconduit par périodes de neuf ans, soit en 1998, 2007, 2016, le bail en cours expirera en 2025. Au regard de la chronologie, il conviendra d'être attentif car, pour bénéficier du droit au renouvellement, le locataire doit respecter diverses conditions : il doit être propriétaire du fonds de commerce, être immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers et, surtout, il doit avoir exploité le fonds de commerce, de manière effective, dans les locaux au cours des trois années qui ont précédé la date d'expiration du bail ou de sa reconduction. Et, lorsqu'une cession de droit au bail intervient au cours des trois dernières années du contrat de bail commercial, le nouvel acquéreur ne peut demander le renouvellement de son bail que s'il a exploité lui-même le fonds depuis au moins trois ans et cela même s'il exerce la même activité que le cédant. Pour éviter d'être privé du droit au renouvellement pour défaut d'exploitation, le cessionnaire doit négocier avec le propriétaire.

À noter également, que l'article L. 145-9 du Code de commerce dispose qu'à défaut de congé ou de demande de renouvellement, le bail se prolonge tacitement au-delà du terme fixé par le contrat.

La deuxième question porte sur les conditions dans lesquelles le droit au bail peut être transmis au cessionnaire. En effet, si les conventions tendant à *interdire* purement et simplement au locataire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds sont prohibées (D. 30 septembre 1953, art. 35-1), en revanche, les clauses *réglementant* la cession du bail, notamment en la subordonnant à une autorisation du propriétaire, quelquefois même à une intervention du bailleur à un acte authentique, sont valables et doivent être scrupuleusement respectées ; à défaut la cession du bail risquerait d'être déclarée inopposable au bailleur et pourrait constituer un motif de résiliation ou de refus de renouvellement²¹.

Il faut donc impérativement vérifier si le bail – comme cela est probable – comporte une clause de cette nature. Et, à cet égard, il convient de rappeler que l'acceptation de la cession du bail par le bailleur dans l'acte authentique dispense de la signification prévue par l'article 1690 du Code civil.

21. Sur ce point, v. notamment DERRUPPÉ, BRIÈRE DE L'ISLE, MAUS et LAFARGE, *Baux commerciaux*, n° 172 et *Guide des baux commerciaux*, Annales des loyers, 1995, n° 728 et s. ; Ch.-H. GALLET, « Cession du droit du bail et responsabilité du rédacteur d'actes », note sous Cass. com., 11 mai 1999, *LPA*, n° 62 du 28 mars 2000, p. 20 ; L. RUET, *Baux commerciaux*, Defrénois, 2^e éd., 2006 ; v. également, C. PROOST, « Vente de fonds de commerce par acte sous signatures privées et cession de bail par acte authentique séparé : danger ! », *Defrénois* 2008, art. 38849. Sur le droit au bail et sur les fonds de commerce en général, v. les travaux du 105^e congrès des notaires de France, Lille, mai 2009, *Les propriétés incorporelles*, éd. CEE, 2009.

D. Conditions du paiement du prix

Les acquéreurs, ne disposant que de 30 000 €, envisagent de solliciter un prêt auprès d'une banque pour financer le complément de prix, « à moins que M. et M^{me} Dubois acceptent qu'une partie du prix soit payée à terme ».

Autrefois de pratique courante, le paiement à terme – crédit consenti par le vendeur –, doit maintenant lui être formellement déconseillé en raison du risque encouru par lui au cas où l'acquéreur ferait ultérieurement l'objet d'une procédure de sauvegarde ou d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. En effet, les restrictions apportées par les textes au droit de poursuite individuelle des créanciers rendent illusoire « l'efficacité des garanties offertes au vendeur en cas de paiement à terme »²².

Il en résulte qu'en pratique, le crédit dont a besoin l'acquéreur « doit être laissé aux banques dont c'est le métier » et il serait « plus qu'imprudent que le vendeur se substitue à ce professionnel »²³.

C'est donc effectivement auprès d'une banque que les acquéreurs – ou plus exactement la SARL (v. *supra*, B) – doivent, en l'occurrence, solliciter un prêt de 120 000 € qui leur permettra de compléter le financement de leur acquisition.

Compte tenu de l'importance du prêt par rapport à la valeur du fonds, il est d'ailleurs vraisemblable que la banque ne se contentera pas des privilèges légaux mais qu'elle exigera d'autres garanties telles la caution des associés ou une hypothèque sur un immeuble leur appartenant.

E. Licenciement de l'employée du magasin

Afin « d'assurer une meilleure rentabilité de l'affaire » les acquéreurs, est-il précisé, « ne souhaitent pas reprendre le contrat de travail à mi-temps dont bénéficie M^{me} Duval ».

Cependant, il résulte de l'article L. 1224-1 du Code du travail, que « s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». Dès lors, la cession du fonds de commerce entraînera en principe la cession du contrat de travail de l'employée du magasin.

C'est la raison pour laquelle, en pratique, les acquéreurs qui n'entendent pas poursuivre les contrats de travail demandent généralement au cédant de procéder lui-même, préalablement à la vente, à leur résiliation. Sans doute l'intention manifestée par le cessionnaire de poursuivre seul l'exploitation ne constitue-t-elle pas, pour le cédant, une cause légitime de rupture du contrat de travail d'un salarié de l'entreprise transférée²⁴ mais, en revanche, l'article L. 1224-1 précité du Code du travail ne fait pas obstacle à un licenciement fondé sur des raisons économiques ou techniques.

En l'occurrence, M. Dubois, compte tenu des difficultés rencontrées ces derniers mois, peut donc, semble-t-il, engager une procédure de « licenciement » justifiée par ce motif d'ordre économique. Si tel est le cas, M. Dubois devra justifier, préalablement à la cession, que la procédure a bien été engagée. L'acte de cession en fera mention et il sera préférable de préciser dans cet acte que les conséquences de cette procédure, quelle qu'en soit l'issue, demeureront à la charge des cédants. Il est d'autant plus important de procéder au licenciement du salarié avant la cession du fonds que, à défaut, celui-ci dispose d'un droit d'information qui peut venir retarder la vente. En effet, la loi Hamon (n° 2014-856) du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire a

22. J.-P. LE MAZIER, in « La transmission des entreprises : vaincre les obstacles », rapport au 86^e congrès des notaires de France, p. 593 à 598.

23. J.-P. SÉNÉCHAL, obs. sous CA Douai, 1^{re} ch., 13 mai 1991, *Defrénois* 1992, art. 35256, n° 5, p. 596 et s.

24. V. Cass. soc., 17 juill. 1990, *Bull. civ. V.*, n° 372, p. 222.

instauré l'obligation, pour le cédant d'un fonds de commerce, d'en informer ses salariés, mécanisme codifié au sein des articles L. 141-23 et suivants du Code de commerce. L'objectif poursuivi par le législateur était d'encourager les salariés à la reprise de leur entreprise en vue d'assurer la survie de cette dernière : il ne s'agit pas d'un droit de préemption ou de priorité accordé aux salariés mais un simple droit d'être informé de la volonté de leur employeur de céder son fonds.

Cette obligation s'impose aux entreprises n'ayant pas l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise et aux entreprises ayant l'obligation de mettre en place un tel comité comprenant entre 50 et 250 salariés réalisant un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros. L'obligation d'information des salariés s'impose d'une part en cas de cession d'un fonds de commerce et d'autre part en cas de cession d'une participation majoritaire dans une société. Elle concerne tous les salariés, y compris les salariés en arrêt maladie ou en congé maternité ainsi que les apprentis, mais non les intérimaires et les stagiaires, et ne s'applique pas en cas de cession à un conjoint, un ascendant ou un descendant.

La cession ne peut intervenir que deux mois après que tous les salariés ont reçu l'information. Toute offre d'achat présentée par un salarié doit être adressée au propriétaire cédant sans délai. Celui-ci est totalement libre de choisir s'il souhaite ou non entrer en négociation avec un ou plusieurs salariés. Le refus du vendeur d'étudier ou d'accepter une offre n'a pas à être motivé. Il peut ne pas répondre s'il le souhaite. Dans sa version initiale issue de la loi Hamon, le dispositif prévoyait que le non-respect de l'obligation d'information ouvrait aux salariés la possibilité d'agir en nullité contre la cession. Il s'agissait d'une nullité relative et facultative. Le juge n'était pas obligé de déclarer la cession nulle. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite loi Macron, a remplacé la nullité de la cession par l'instauration d'une amende civile. Cette amende s'applique dans tous les cas où l'obligation d'informer les salariés s'impose. Les textes prévoient désormais que la juridiction saisie peut, à la demande du ministère public, prononcer une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 % du montant de la vente.

F. Obligations imposées par la loi

Il semble utile de rappeler que, dans le but de moraliser les cessions de fonds de commerce et d'assurer l'information de l'acquéreur, la loi du 29 juin 1935 « relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce », un temps codifiée aux articles L. 141-1 (tel que modifié par la loi du 4 août 2008) et suivants du Code de commerce, imposait certaines obligations dont l'inobservation pouvait entraîner la nullité de la convention²⁵ et mettre en jeu la responsabilité du rédacteur de l'acte²⁶. L'expérience démontrait en effet que, malgré leur ancienneté, ces dispositions donnaient encore lieu à un contentieux relativement fréquent. C'est en raison de ce contentieux et du risque juridique qu'il faisait poser sur les cessions de fonds de commerce que le législateur est intervenu. La loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, entrée en vigueur le 21 juillet 2019, a abrogé l'article L. 141-1 du Code de commerce. Elle s'inscrit de la sorte dans la volonté d'un allègement du régime juridique du fonds de commerce initié par la loi Pacte en mai 2019. Pour mémoire, ces mentions obligatoires portaient, notamment, sur le nom du précédent acquéreur, la date et le prix auxquels il a acquis le fonds de commerce, le chiffre d'affaires et les résultats d'exploitation

25. Sur ce sujet, v. notamment, J.-P. LE MAZIER, « La protection de l'acquéreur du fonds de commerce », *Defrénois* 1990, art. 34725, p. 271 ; J.-G. RAFFRAY, « La rédaction de l'acte de vente de fonds de commerce », *JCPN* 1997, Prat. 3929, p. 217 ; G. TEILLIAS, « Les mentions obligatoires de la cession de fonds de commerce », *LPA*, 25 avr. 1997, p. 11. Pour une possibilité de régularisation, en cas d'omission d'une mention, v. Cass. com., 27 juin 2000, *Bull. civ.* IV, n° 132, p. 120, *Defrénois* 2001, art. 37348, n° 1, p. 513, obs. J. HONORAT. V. aussi M. DAGOT, « Le point sur les déclarations de chiffres d'affaires et de bénéfices commerciaux », *Defrénois* 2007, art. 38527.

26. V., par exemple (concernant la responsabilité d'un conseil juridique), Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1996, *Bull. inf. C. cass.*, 1^{er} avr. 1997, n° 347 ; J.-L. AUBERT, *La responsabilité civile des notaires*, Defrénois, 5^e éd., 2008, par R. CRÔNE.

ayant été réalisés durant les trois exercices comptables précédant la cession, etc. En l'absence de l'une de ces mentions, l'acheteur du fonds de commerce avait une année, à compter de la cession, pour solliciter la nullité de l'acte de vente. Avec la disparition des mentions obligatoires, le vendeur et l'acquéreur d'un fonds de commerce sont donc désormais libres de décider du contenu de l'acte de cession.

À noter toutefois que l'article L. 141-2 du Code de commerce n'a pour sa part pas été abrogé : il impose au vendeur et à l'acquéreur, de *viser*, le jour de la cession, tous les livres de comptabilité qui ont été tenus par le vendeur durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente, ce nombre étant réduit à la durée de possession du fonds si elle est inférieure à trois ans, ainsi qu'un document présentant les chiffres d'affaires mensuels réalisés entre la clôture du dernier exercice et le mois précédant celui de la vente.

Ces livres de comptabilité doivent, en outre :

- faire l'objet d'un *inventaire* signé par les parties et remis à chacune d'elles ;
- être *mis* par le cédant à la *disposition de l'acquéreur* pendant une durée de trois ans à compter de l'entrée en puissance de ce dernier.

Le défaut de communication de ces éléments n'est pas une cause de nullité de la vente²⁷. Néanmoins l'acquéreur pourrait agir en responsabilité contre le vendeur en cas de mauvaise foi de celui-ci.

II. Incidences fiscales de l'opération

A. À l'égard de l'acquéreur

1. Les droits d'enregistrement²⁸. – a. *Tarif de droit commun.*

1

Exemple de calcul des droits d'enregistrement dus pour les cessions de fonds de commerce

En application de l'article 719 du Code général des impôts, le *tarif de droit commun* des droits d'enregistrement dus pour les cessions de fonds de commerce est égal à :

- 0 % pour la fraction du prix n'excédant pas 23 000 € ;
- 3 % pour la fraction comprise entre 23 000 € et 107 000 € (2 % de droit budgétaire, 0,60 % de taxe départementale et 0,40 % de taxe communale) ;
- 3 % pour la fraction comprise entre 107 000 € et 200 000 € (0,60 % de droit budgétaire, 1,40 % de taxe départementale et 1 % de taxe communale) ;
- 5 % pour la fraction supérieure à 200 000 € (2,60 % de droit budgétaire, 1,40 % de taxe départementale et 1 % de taxe communale).

À noter que l'ensemble des droits portant sur une mutation de fonds de commerce ou une convention assimilée ne peut être inférieur à 25 € (minimum de perception prévu à l'article 674 du CGI).

En l'espèce, les droits d'enregistrement, dus sur le prix des éléments incorporels (80 000 €) et du matériel (50 000 €), seraient calculés comme suit :

Jusqu'à 23 000 €	néant
De 23 000 € à 107 000 € : 3 %	2 520 €

27. Cass. com., 12 oct. 2010, n° 07-17933.

28. BOI-ENR-DMTOM-10-20-20 du 12 sept. 2012.