

LA LOCATION-GERANCE

Formation du 19 novembre 2020

Grégory STRUGEON

Avocat associé

PARTHEMA Avocats - Nantes

Introduction

- Méfiance législative historique :
- Régime
 - protection des tiers
 - protection des salariés
 - Conditions strictes allégées au fur et à mesure.



Introduction

❖ Intérêts de la location –gérance :

- Souplesse de l’outil contractuel,
- pour le propriétaire du fonds: possibilité d’éviter les risques de son exploitation,
- Pour le locataire-gérant : tester le potentiel d’exploitation du fonds,
- Instrument de restructuration des entreprises,
- Certains avantages fiscaux,
- Souplesse en cas de rupture car pas d’indemnité.



Distinction avec d'autres régimes proches

❖ Commissionnaire:

- L.131-2 du Code de commerce:
 - Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant. pour le propriétaire du fonds: possibilité d'éviter les risques de son exploitation,
- Le commissionnaire agit en son nom mais pour le compte du commettant.
- Il est propriétaire de son fonds de commerce mais pas des marchandises qu'il vend.
- Intérêt principal : seule figure de distribution opaque qui permet de garder la maîtrise sur les prix des produits.



Distinction avec d'autres régimes proches

❖ Gérance mandat:

- L.146-1 du Code de commerce:
 - Le gérant-mandataire est une personne physique ou morale qui gère un fonds de commerce pour le compte d'un mandant, lequel reste propriétaire du fonds et continue à supporter les risques liés à cette exploitation moyennant une commission proportionnelle au chiffre d'affaires,
- Il exploite donc le fonds pour le compte du mandant et au risques et périls du mandant, au contraire du locataire-gérant qui exploite le fonds qui lui est confié pour son propre compte
- Commission proportionnelle au CA perçue par le propriétaire
- Le mandant rembourse au gérant les avances et frais engagés pour l'exploitation du fonds + indemnisation des pertes essuyées du fait de sa gestion
- Au contraire du mécanisme de location-gérance, le gérant mandataire est tenu de respecter les normes de gestion et d'exploitation du fonds fixées par l'enseigne.



Distinction avec d'autres régimes proches

❖ Gérant salarié:

- Le contrat de gérance libre est très différent du contrat de gérance salariée.
- Le gérant salarié est un mandataire ou préposé, rémunéré par le propriétaire du fonds de commerce, qui a le droit de lui donner des instructions.
- le gérant salarié ne supporte pas personnellement les risques de l'exploitation du fonds. Il bénéficie généralement de la législation sociale en faveur des salariés.



Distinction avec d'autres régimes proches

❖ Gérant de succursale:

- Notion le plus souvent croisée à l'occasion du contentieux de requalification de statut de franchisé en gérant de succursale (indemnisations diverses).
- 3 conditions cumulatives:
 - la fourniture exclusive ou quasi-exclusive des marchandises par le fournisseur (propriétaire du fonds de commerce) ;
 - la fourniture ou l'agrément du local par le fournisseur ;
 - l'imposition par le fournisseur des conditions de travail et de prix des produits au franchisé.



Distinction avec d'autres régimes proches

❖ Crédit-bail de fonds de commerce

- Le fonds de commerce peut faire l'objet d'un contrat de crédit-bail. Sont exclues toutes opérations de location à l'ancien propriétaire du fonds de commerce ou de l'établissement artisanal (car cela revient à une cession déguisée).
- Quid possibilité de prévoir une option d'achat avec déduction des loyers (opération de crédit ?)



Le régime de la location-gérance

❖ Les relations entre les parties sont régies par:

- Les articles L.144-1 à L.144-13 du Code de commerce (Ordre public des dispositions légales. Sanction = nullité),
- Le contrat,
- et, dans le silence du contrat, les règles relatives au louage d'immeubles.



Le régime de la location-gérance

❖ Dernières réformes marquantes du régime

- Réforme de 2004: suppression de l'obligation d'être commerçant depuis 7 ans.
- Loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019: disparition de l'obligation d'exploiter personnellement le fonds pendant 2 ans
 - L'esprit de cette règle était notamment de lutter contre la spéculation de fonds de commerce
 - Nécessité de caractériser l'existence d'un fonds de commerce pour permettre une location-gérance (clientèle).



Le régime de la location-gérance

❖ Incidence de la réforme de 2019 et bail commercial

- Obligation de respecter les dispositions du bail commercial
- Non respect des conditions légales = absence du droit au renouvellement (article L.144-10 du Code de commerce)
- Mais limitation des cas de non-respect depuis la réforme de 2009
- Risque accru de requalification en bail commercial (mise en location-gérance d'un fonds nouvellement créé)
 - Prescription de deux ans



Le régime de la location-gérance

❖ Consentement : Loi Doubin et contrat de location gérance (L.330-3 Code de commerce)

- Article 1112-1 du Code civil applicable
- Loi DOUBIN - rappel : mise à disposition de l'enseigne et engagement d'exclusivité (d'approvisionnement ou d'activité)
 - Exemple d'application de la loi Doubin à la location-gérance: *Cass com 10 février 1998 n° 95-21906*
 - Exemple de refus d'application: *CA PARIS 3 oct 2018* (motivation contestable)
- Si c'est dans un réseau: application certaine (ex: System U)
- Gestion de risques: pour se prémunir du dol, information précontractuelle à développer en toutes hypothèses.



Le régime de la location-gérance

❖ Location-gérance dans le cadre d'une procédure collective:

- Distinction avec la gestion de l'article L.642-8 du Code de commerce
- Location-gérance dans le cadre du plan de cession (article L.642-13 du Code de commerce)
 - Par le Tribunal dans le cadre du plan de cession,
 - Au profit du candidat repreneur,
 - Pour deux ans maximum,
 - Avec obligation d'acquérir.



Le régime de la location-gérance

❖ Disposition du FDC par le Loueur

- Le loueur reste propriétaire du fonds de commerce et peut en disposer librement (sauf clause contraire):
 - Apport
 - Nantissement
 - Cession
- Attention: si du fait de cette disposition, le contrat de location gérance prend fin, le bailleur est alors tenu d'indemniser le locataire gérant (Art 1744 du code civil). Rare hypothèse d'indemnisation.
- Opposabilité du contrat de location gérance à l'acquéreur du fonds: régime débattu (article 1743 du Code civil).
 - Préconisation: transmission par avenant



Le régime de la location-gérance

❖ Droit commun de la vente en matière de garanties en faveur du locataire

– Garantie des vices cachés :

- Les vices dont le bailleur doit répondre sont uniquement les vices cachés affectant:
 - soit le fonds pris dans son ensemble,
 - soit un élément du fonds individuellement considéré.
- En fonction de la gravité du vice, le gérant peut demander soit la résiliation du contrat, soit la diminution du prix de la location.
- Limitation ou suppression conventionnelle de cette garantie possible mais valable uniquement pour les vices ignorés du loueur, c'est-à-dire à condition que ce dernier soit de bonne foi.



Le régime de la location-gérance

❖ Droit commun de la vente en matière de garanties en faveur du locataire

- **Garantie d'éviction** : le loueur doit essentiellement assurer la jouissance paisible du fonds loué au locataire
- Il faut distinguer deux sortes d'évictions:
 - éviction totale, qui suppose de laisser entier le fonds, au profit notamment du propriétaire qui le revendique:
 - possibilité de solliciter la résiliation de la location-gérance et réclamer des dommages et intérêts au propriétaire du fonds.
 - éviction partielle qui ne porte que sur un ou plusieurs éléments du fonds.
 - si l'éviction est peu importante, possibilité de demander une diminution proportionnelle du montant de la redevance, à condition d'avoir dénoncé le trouble au propriétaire du fonds (art. 1726 du Code civil). .



Le régime de la location-gérance

❖ Droit commun de la vente en matière de garanties en faveur du locataire

- **Pas de garantie des troubles de fait:** Le loueur n'a pas à répondre des troubles de fait subis par le gérant dans la jouissance du fonds (article 1725 du Code civil):
 - l'installation d'un concurrent à faible distance,
 - invention d'objets concurrents à ceux vendus.
- Quid de la **garantie de la rentabilité** ?
 - Le manque de rentabilité est indemnisable que si issu d'éléments compris dans la garantie de jouissance ou de délivrance. Sinon exploitation à ses risques et périls.



Le régime de la location-gérance

❖ Droit commun de la vente en matière de garanties en faveur du locataire

- **Garantie du fait personnel** : elle interdit au propriétaire du fonds de faire tout ce qui pourrait faire diminuer la valeur du fonds loué ou qui entraverait l'exploitation du locataire-gérant.
 - Il ne peut évincer le preneur de certains éléments du fonds, comme l'enseigne ou bien encore le nom commercial.
 - Interdiction de faire, directement ou non, et sous quelque forme que ce soit concurrence au locataire-gérant.
- Obligation inhérente au contrat: pas nécessaire qu'elle soit expressément stipulée.
- Mais qui peut être aménagée contractuellement (précisions des limites conformément au principe de la liberté du commerce et de l'industrie).



Le régime de la location-gérance

❖ Droit commun de la vente en matière de garanties en faveur du locataire

- Garantie du fait personnel et **clause de non-rétablissement**
- Pour être valable, elle doit être limitée:
 - quant à l'objet du commerce interdit,
 - quant au temps (à défaut de précision: pendant la durée de la LG),
 - et au lieu.
- En cas de violation, plusieurs moyens d'action contre le propriétaire :
 - suspension du paiement de la location,
 - action en responsabilité civile contre le bailleur,
 - demande de fermeture du fonds exploité au mépris de l'interdiction (cumulable avec une demande de dommages et intérêts),
 - demande de résiliation du contrat de location-gérance.



Le régime de la location-gérance

❖ Obligation d'entretien

- Différent car possibilité de prévoir clause contraire, notamment sur des obligations matérielles.
- En revanche sur les éléments immatériels essentiels du fonds de commerce, il incombe au loueur de faire les démarches sous peine d'engager sa responsabilité vis-à-vis du locataire gérant:
 - Renouvellement du bail commercial
 - Renouvellement de la marque attachée au fonds



Le régime de la location-gérance

❖ Exploitation du fonds de commerce par le locataire-gérant

- En bon père de famille
- Selon sa destination
- Pas d'extension d'activité: cela constituerait une modification de l'activité initiale, possibilité interdite au locataire-gérant car elle entraîne un changement dans la destination donnée au fonds de commerce loué
- Sans détourner la clientèle



Le régime de la location-gérance

❖ Redevances:

- Condition essentielle du contrat de location-gérance
- La redevance doit être versée périodiquement.
- Revenu du patrimoine pour le loueur.
- Accessoires de la redevance: s'y ajoutent les impôts, contributions, taxes et autres charges fiscales auxquels le fonds est ou peut être assujetti.



Le régime de la location-gérance

❖ Redevances et clause d'échelle mobile:

- Clause qui fera varier le prix de la location du fonds, en fonction d'un indice déterminé, permettant d'indexer le loyer
 - Cumulable avec une partie variable du loyer
- Ordre public: le choix des indices est limité au prix des biens, produits ou services ayant une relation directe avec l'objet de la convention ou l'activité des parties, à l'exclusion de tout autre indice (notamment une référence le niveau général des salaires et des prix).
- Variation obligatoire à la hausse et à la baisse sous peine de nullité de la clause (*Cass. Com; 18 mars 2020, n° 18-22050*).



Le régime de la location-gérance

❖ Redevances et révision judiciaire

- Révision judiciaire de la redevance (art. L.144-11 et L.144-12 C. Com):
 - Si, par le jeu de la clause, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus du $\frac{1}{4}$ par rapport au prix précédemment fixé contractuellement, ou par décision judiciaire,
 - Ou lorsque l'indice choisi par les parties vient à disparaître, la révision du loyer ne peut intervenir que si les conditions économiques se sont modifiées au point d'entraîner une variation de plus du $\frac{1}{4}$ de la valeur locative du fonds.
- Procédure: à défaut d'accord amiable des parties sur la révision du loyer, l'instance est introduite et jugée conformément aux dispositions de l'article L. 144-12 du Code de commerce.
 - Loyer adapté par le magistrat à la valeur locative équitable au jour de la notification



Le régime de la location-gérance

❖ Dépôt de garantie et cautionnement

- **Dépôt de garantie:** en l'absence de privilège, il est d'usage en pratique, d'imposer au locataire-gérant l'obligation d'effectuer entre les mains du bailleur ou d'un tiers convenu, un dépôt de garantie destiné à répondre de l'exécution loyale et correcte des obligations que le bail du fonds de commerce ou artisanal
 - liberté contractuelle des parties pour en définir le régime
- **Cautionnement personnel:** une tierce personne peut également se porter caution du locataire-gérant au profit du bailleur.



Le régime de la location-gérance

❖ Contrats en cours – Relation commerciales

- Pas de transfert automatique au profit du locataire-gérant donc à prévoir conventionnellement (avec l'intervention ou l'accord écrit du co-contractant):
 - Fournisseurs
 - Prestataires
 - Assurance RC Pro
- Quid de la reprise des historiques de relation commerciale établies L.442-1, II ? Comme en matière de cession de FDC (Cass. Com; 15 septembre 2015, n° 14-17964)
 - Responsabilité du loueur en cas de rupture brutale des relations commerciales avec un partenaire du fait de la mise en location gérance
 - Si le locataire gérant poursuit la relation commerciale établie, il reprend alors l'historique et doit respecter un préavis adapté en cas de rupture.



Le régime de la location-gérance

❖ Salariés

- Tous les contrats de travail en cours d'exécution à la conclusion du contrat de location-gérance doivent être poursuivis par le locataire-gérant en application de l'article L. 1224-1 du Code du Travail, et ce, même si ce texte ne fait pas expressément référence à la location-gérance.
- Par conséquent, lorsque le gérant ne souhaite pas continuer un contrat de travail, il doit respecter la réglementation applicable en matière de licenciement et notamment payer les indemnités dues au salarié concerné.



Le régime de la location-gérance

❖ Stocks

- Préférable d'en faire un acte de cession séparé ou possibilité de prévoir une clause de reconstitution du stock en fin de location gérance (plus aléatoire et risqué pour le loueur)
- Dans ce cas la cession du stock est soumise à TVA car non transmis dans le cadre d'une universalité (régime cession de FDC).



Le régime de la location-gérance

❖ Créanciers du Loueur

- Créanciers antérieurs : la mise en location-gérance du fonds de commerce peut faire courir au propriétaire plusieurs dangers.
 - il risque de voir fondre une partie de son gage si à la suite de l'exploitation par le gérant, le fonds perd de sa valeur.
 - le propriétaire pouvant répondre des dettes du gérant, il risque de se retrouver en concours avec les créanciers de ce dernier.
- Déchéance du terme (article L. 144-6 du Code de commerce): le tribunal de commerce peut déclarer immédiatement exigibles les dettes afférentes à l'exploitation du fonds, à la demande des créanciers, au moment de la location du fonds, s'il estime que la location-gérance met en péril leur recouvrement.



Le régime de la location-gérance

❖ Créanciers du loueur

- Créanciers inscrits sur le fonds: la location-gérance leur est opposable aux créanciers inscrits sur le fonds
- Voies d'exécution: étant donné que le fonds de commerce est resté dans le patrimoine du bailleur-propriétaire, ses créanciers conservent toute possibilité d'exercer des voies d'exécution forcée sur les différents éléments du fonds, sauf les biens appartenant au locataire et notamment les marchandises, ou d'en poursuivre la vente globale en vertu des articles L. 143-8 et suivants du Code de commerce.



Le régime de la location-gérance

❖ Créanciers du locataire-gérant

- Solidarité du bailleur (article L. 144-7 du Code de commerce): jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de 6 mois à compter de cette publication, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds.
- Notion de « dettes contractées »: à l'exclusion des délits et quasi-délits
- Pas de responsabilité du fait des préposés
- Le loueur qui paye dispose d'une action récursoire contre le locataire gérant



Le régime de la location-gérance

❖ Créanciers du locataire-gérant

- Solidarité en matière fiscale: le propriétaire d'un fonds de commerce est solidairement responsable avec l'exploitant, et, par conséquent, avec le locataire-gérant, des impôts directs établis en raison de l'exploitation du fonds (CGI, art. 1684-3) jusqu'à la publication du contrat de location-gérance



La cessation de la location-gérance

❖ Durée: déterminée ou indéterminée

– Coïncidence avec la durée du bail commercial:

- Le contrat de gérance ne peut avoir pour effet de prolonger la durée du bail de l'immeuble, même s'il ne venait à expiration qu'après le terme de celui-ci.
- A l'issue du contrat de bail immobilier, le propriétaire peut donc, en principe, obtenir l'expulsion du gérant, sous réserve de dommages-intérêts que ce dernier pourrait demander au bailleur du fonds de commerce (répercussion d'une partie de l'indemnité d'éviction sur le locataire gérant).
- Nécessité de faire coïncider la durée du bail avec celle de la location gérance



La cessation de la location-gérance

❖ Arrivée du terme si le contrat est à durée déterminée

- Possibilité d'une tacite reconduction
- La tacite reconduction s'opère pour une durée indéterminée et non pour une durée fixe,
- le contrat ne donne lieu à aucune publicité nouvelle, sauf stipulation contraire de la location-gérance en cas de reconduction tacite.



La cessation de la location-gérance

❖ Dénonciation des contrats à durée indéterminée

- Faculté pour chacune des parties d'y mettre fin en donnant congé suivant les principes généraux en la matière.
- Préavis : Celui prévu au contrat mais quid de l'application de la rupture brutale des relations commerciales ?
 - Jurisprudence récente: alors que la loi dit que le contrat de gérance mandat peut être résilié à tout moment, le juge dit que le gérant a droit au respect d'un préavis suffisant à charge pour le propriétaire du fonds de commerce d'engager sa responsabilité (Cass com 2 oct 2019, 18-15.676).



La cessation de la location-gérance

❖ Résiliation du contrat de location-gérance

- Types de résiliation:
 - Résiliation amiable
 - Résiliation judiciaire pour défaut d'exécution de leurs obligations respectives
- Pas de résiliation en cas d'ouverture d'une procédure collective du locataire gérant même si une clause le prévoit



La cessation de la location-gérance

❖ Formalités requises en fin de gérance

- Publicité de fin de gérance (article L. 144-1 du Code de commerce):
 - inscription modificative au registre du commerce et des sociétés,
 - publicité au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
 - et insertion dans un journal d'annonces légales.
- Radiation du RCS: Le locataire-gérant reste tenu contractuellement envers le bailleur à l'obligation de la radiation du registre du commerce pour permettre au propriétaire de reprendre l'exploitation et ce, à peine de dommages-intérêts.



La cessation de la location-gérance

❖ Droits et obligations des parties en fin de contrat

– Propriété commerciale:

- Situation du locataire-gérant – La doctrine et la jurisprudence sont fixées de la façon la plus formelle = refus au gérant du bénéfice de la propriété commerciale.
 - Le bail du fonds de commerce n'est pas susceptible de renouvellement, car il n'a pour objet ni un local, ni un immeuble, ni un terrain.
- Situation du propriétaire du fonds: conserve le droit de se prévaloir de la loi sur la propriété commerciale à l'encontre du propriétaire de l'immeuble



La cessation de la location-gérance

❖ Droits et obligations des parties en fin de contrat

Cas où le fonds loué appartient au bailleur de l'immeuble et que le bail porte en même temps sur les deux:

- pas d'indemnité d'éviction mais une indemnité de plus-value (article L.145-46 du Code de commerce)
- L'indemnité de plus-value correspond:
 - soit à la plus-value apportée au fonds,
 - soit à la plus-value apportée à la valeur locative de l'immeuble en raison des améliorations matérielles.
- Portée pratique de l'article L. 145-46 du Code de commerce limitée:
 - Uniquement améliorations matérielles (pas de clientèle),
 - Pas d'ordre public .



La cessation de la location-gérance

❖ Droits et obligations des parties en fin de contrat

- Restitution du fonds de commerce par le gérant:
 - Pas d'indemnité pour le loueur pour la dépréciation qu'ont pu subir ces éléments en raison de circonstances indépendantes de la volonté du gérant.
 - À l'inverse, le locataire-gérant ne peut réclamer aucune indemnité pour les augmentations de valeur que les éléments corporels ont pu comporter, indépendamment de son fait et de sa volonté.



La cessation de la location-gérance

❖ Droits et obligations des parties en fin de contrat

- Interdiction de se rétablir:
 - Pendant de l'obligation de restitution de la clientèle
 - complétée le cas échéant par une clause de non-rétablissement
 - Validité de la clause si respect des conditions habituelles
- En cas de disparition de la clientèle (exemple: liquidation judiciaire): pas de possibilité de reprendre l'exploitation donc échec au transfert des salariés (Cass. Com; 9 juillet 2019, n° 18-12373).



La cessation de la location-gérance

❖ Droits des tiers en fin de contrat

– Créanciers du gérant:

- Exigibilité immédiate (article L. 144-9 du Code de commerce).
- Déchéance pour toutes les créances nées de l'exploitation, qu'elles soient chirographaires, privilégiées ou même hypothécaires.



La cessation de la location-gérance

❖ Droits des tiers en fin de contrat

– Sort des contrats conclus par le locataire-gérant

- Principe: non transmission des contrats au loueur dans le cadre de la restitution du fonds
- Contrats de travail: lorsqu'ils sont en cours à la fin du contrat de location-gérance, ils subsistent et sont transmis au propriétaire du fonds en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

