

## LE REGARD D'EXPERT

**ME VÉRONIQUE REHBACH ET ME PASCALE FAUCON**, avocats chez BMS' association d'avocats

# La cession de fonds de commerce en question

**LÉGISLATION** Reprendre une activité, étendre son réseau... cession de droit au bail ou de fonds de commerce ? Me Véronique Rehbach et Me Pascale Faucon, de BMS' association d'avocats, font le point sur la cession de fonds et la cession de droit au bail.

**FASHION DAILY NEWS :**

Quelles sont les différences essentielles entre un fonds de commerce et un droit au bail ?

**VÉRONIQUE REHBACH ET PASCALE FAUCON :**

Le fonds de commerce peut être défini comme l'ensemble des éléments corporels (matériel, mobilier, agencements, outillage, installations) et incorporels (clientèle, achalandage, droit au bail, nom commercial et enseigne, brevets, dessins et modèles, marques, licences) nécessaires à l'exploitation d'une activité commerciale, le critère pour la qualification du fonds de commerce étant l'existence d'une clientèle attachée à l'exploitation.

Quant au droit au bail, il s'agit d'un des éléments incorporels du fonds de commerce ; mais il existe indépendamment en tant que tel et donne droit au seul bénéficiaire d'un bail commercial.

**FDN :** Quels sont les critères du choix entre la cession d'un fonds de commerce et la cession d'un droit au bail pour un entrepreneur ?

**VR/PF :** L'entrepreneur a la possibilité de reprendre le droit au bail avec le fonds de commerce ou sans le fonds de commerce.

Soit l'entrepreneur souhaite acquérir une exploitation dans son ensemble, à savoir ses éléments corporels et incorporels, et exercer la même activité, auquel cas



Maître Véronique Rehbach ▲  
◀ Maître Pascale Faucon

une cession de fonds de commerce sera envisagée, soit il ne souhaite acquérir que le droit à la jouissance des locaux sans reprise de l'activité, auquel cas il ne rachètera que le droit au bail.

**FDN :** Cependant, dans certaines situations, ces critères ne permettent pas à l'entrepreneur de faire un choix entre l'un ou l'autre de ces schémas..., parfois l'hésitation est légitime.

**VR/PF :** En effet. Dans ce cas, certaines conséquences significatives peuvent aider l'entrepreneur à faire son choix.

Vis-à-vis de la relation avec le bailleur, la cession de fonds de commerce réserve au cédant une plus grande liberté. En effet, la cession du bail au profit de l'acquéreur du fonds de commerce, en cas de maintien de l'activité exercée, n'est pas soumise à l'accord du bailleur qui ne peut donc

s'y opposer ; le bail est poursuivi dans les mêmes conditions, notamment de loyer.

En revanche, la cession du seul droit au bail est interdite, sauf autorisation du bailleur, qui a le pouvoir d'agréer ou non l'acquéreur. Le bailleur en profitera souvent pour subordonner son autorisation à une augmentation du loyer, voire également pour solliciter le versement d'un "pas-de-porte".

Soulignons également que la cession du fonds de commerce implique nécessairement la reprise de l'ensemble des salariés attachés au fonds, et ce dans les mêmes conditions, notamment de salaire et d'ancienneté, en application de l'article L. 122-12 al. 2 du Code du Travail. Procéder à des licenciements avant la cession du fonds de commerce afin de parer à cette obligation sera source de contentieux sociaux ultérieurs...

Mais attention ! Il ne faut pas s'imaginer que l'on peut choisir entre la

cession du fonds de commerce et la cession du droit au bail uniquement au regard de leurs conséquences plus ou moins avantageuses.

En effet, la cession du droit au bail ne doit pas dissimuler une cession du fonds de commerce : tel sera le cas si la cession du bail est accompagnée de la cession indirecte de la clientèle. Dans cette hypothèse, à la demande d'un créancier s'estimant lésé, l'acte de cession encourra l'annulation, et l'acquéreur encourra l'éviction.

A l'inverse, la cession du fonds ne doit pas déguiser une simple cession de bail dans le but d'éviter l'autorisation du bailleur. Dans cette hypothèse, le bailleur pourrait en effet solliciter la résiliation du bail.

Enfin, rappelons que l'acquéreur du seul droit au bail devra faire preuve d'une grande vigilance au regard de sa faculté à obtenir le renouvellement du bail à l'expiration du terme contractuel. En effet, ce dernier doit pou-

voir justifier de trois ans d'exploitation effective dans les trois années qui ont précédé l'expiration du bail pour pouvoir prétendre au bénéfice du droit au renouvellement du bail. Le cas échéant, il perd le bénéfice de la propriété commerciale.

**FDN :** Et d'un point de vue fiscal, que faut-il retenir ?

**VR/PF :** En matière de droit d'enregistrement, la cession de fonds et la cession de droit au bail sont soumises au droit de 5 % sur la fraction du prix de cession supérieure à 23 000 €.

S'agissant de l'éventuel "pas-de-porte" exigé par le bailleur en cas de cession du seul droit au bail, celui-ci peut être traité par l'acquéreur, selon les cas, soit comme un complément de loyer déductible à étaler sur la durée du bail, soit comme le prix d'acquisition d'un élément incorporel.

Par ailleurs, dans le cas d'une cession de fonds de commerce, le vendeur pourra bénéficier d'une éventuelle exonération de plus-value, sous certaines conditions, notamment relative au prix de cession qui ne doit pas excéder 300 000 € (article 238 quindecies du CGI).

Rappelons enfin que depuis la Loi de Finances rectificative pour 2005, le transfert des marchandises liées à un fonds de commerce est dispensé de TVA (article 257 bis du CGI). ■