

# 1

## La location-gérance du fonds de commerce

La location-gérance du fonds de commerce, encore appelée « gérance libre » par opposition à la gérance salariée, est une création de la pratique, qui permet de transférer, au locataire, la qualité de commerçant exploitant le fonds de commerce à ses risques et périls.

Historiquement, ce contrat fut créé pour pallier la difficulté qui survenait lorsque le commerçant ne pouvait plus assurer matériellement son activité, faute de capacité. La figure classique était celle de l'enfant mineur qui a hérité du commerce de ses parents, alors qu'il n'avait pas la capacité juridique pour l'exploiter. Dans l'attente de la majorité, le fonds pouvait continuer à être exploité au moyen du contrat de location-gérance. D'autres situations peuvent permettre le recours opportun à la location-gérance, telles que, notamment, la transmission de l'entreprise pour laquelle la location-gérance se présente comme un préalable, une période probatoire au cours de laquelle le candidat à l'acquisition peut vérifier si l'entreprise lui convient.

Originellement réglementée par une loi n° 56-277 du 20 mars 1956, la location-gérance fut codifiée, sans changement, dans le nouveau Code de commerce aux articles L. 144-1 et suivants. Au terme de ce texte, la location-gérance est « le contrat ou la convention par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède partiellement ou totalement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls ».

Après avoir présenté les conditions de la location-gérance (1.1), il conviendra d'en examiner les effets (1.2).

## 1.1 Les conditions du contrat de location-gérance

Pour que la location-gérance puisse valablement produire ses effets, il convient de respecter des conditions de fond et des conditions de forme.

### 1.1.1 Les conditions de fond de la location-gérance

La location-gérance du fonds de commerce, comme du fonds artisanal, suppose, au préalable, qu'il existe un fonds de commerce. L'existence juridique de ce dernier est conditionnée par l'existence d'une clientèle attachée aux éléments corporels et incorporels permettant l'exploitation économique. Faute de clientèle (comme dans le cas d'un emplacement au marché ou d'une autorisation d'occupation du domaine public), le fonds ne saurait exister et, partant, aucun contrat de location-gérance ne saurait être valablement conclu.

Notons que certaines activités rechignent à connaître l'existence d'un contrat de location-gérance : les pharmacies, sauf en cas de décès du pharmacien exploitant (C. santé publ., art. L. 5125-17), les entreprises de spectacles, autres que cinématographiques, pour lesquelles une autorisation ministérielle est requise, les entreprises de transports publics et de location de véhicules industriels, elles aussi soumises à une autorisation administrative (C. com., art. D. 144-3).

Parce qu'il doit s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés (ou au registre des métiers si l'activité est artisanale), le locataire doit avoir la capacité commerciale.

Autrement dit, il doit pouvoir exploiter un fonds en son nom et pour son compte. Si un mineur émancipé est capable, comme un majeur, pour tous les actes de la vie civile, en revanche, il lui faut obtenir une autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation, puis du président du tribunal de grande instance par la suite, pour exercer une activité commerciale (C. civ., art. 413-8). Quant au mineur non émancipé, il ne peut toujours pas exercer une activité commerciale, et ne saurait donc être partie en qualité de locataire d'un contrat de location-gérance.

Par ailleurs, le preneur ne doit pas faire l'objet d'incompatibilités (fonctionnaire) ou de déchéances (interdictions d'exercer dans le commerce), à peine de nullité du contrat.

Si le preneur à bail est une société (société de gérance, souvent conclue entre le propriétaire du fonds loué et le repreneur désigné ou pressenti avec passation de pouvoir programmé dans la société d'exploitation et promesse de cession du fonds à la société lorsque les capitaux auront été réunis), il faut que l'activité du fonds loué corresponde à son objet social.

Pendant la gérance, le preneur a la qualité de commerçant et est soumis à toutes les obligations qui en découlent (C. com., art. L. 144-2).

Enfin, le preneur doit s'engager à exploiter le fonds conformément à sa destination, c'est-à-dire sans en changer l'activité.

Concernant le bailleur (qui peut être aussi une personne morale, ce qui d'ailleurs est fréquent avant une fusion), plusieurs conditions étaient également exigées (C. com., art. L. 144-3) :

- ▶ D'une part, il devait avoir été, pendant au moins sept ans, commerçant ou artisan, ou avoir exercé les fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique d'une entreprise commerciale ou artisanale.
- ▶ D'autre part, il doit avoir exploité, pendant deux ans, le fonds qu'il donne en location. Notons que lorsque le fonds est un bien commun, cette condition n'est exigée que des époux qui participent à l'exploitation du fonds ; partant, seul celui qui exploite le fonds participe à l'acte de location.

L'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004, portant simplification du droit et des formalités des entreprises, a cependant réformé le droit sur ces deux points :

- ▶ D'une part, l'exigence de sept années de « professionnalité » n'est plus requise.
- ▶ D'autre part, si l'exigence d'exploitation du fonds pendant deux ans est toujours exigée du titulaire du fonds, en revanche elle n'est plus applicable au conjoint attributaire du fonds à la suite de la dissolution du régime matrimonial, lorsque le conjoint a participé à l'exploitation du fonds pendant au moins deux ans avant la dissolution du régime matrimonial et son partage.

Ces aménagements ont clairement été adoptés en vue d'encourager le recours à ce régime juridique afin de faciliter la transmission et la reprise d'entreprises. En effet, le premier aménagement se focalise sur le seul délai de deux ans d'existence du fonds qui est le seul à véritablement garantir l'existence d'une clientèle.

La seconde simplification vise seulement, en cas de dissolution du régime matrimonial (après décès, divorce ou séparation de corps), à permettre au conjoint attributaire du fonds de bénéficier de la même faveur, pour autant que ce dernier ait, lui aussi, participé pendant deux ans à l'exploitation du fonds (C. com., art. L. 144-5, 7°).

Les anciennes exceptions légales et jurisprudentielles concernant ces conditions n'en demeurent pas moins valables. En effet, la loi prévoit que les exigences de durée sont écartées de plein droit au profit de certaines personnes, à savoir : l'État, les collectivités locales, les établissements de crédit, les incapables et les héritiers ou les légataires. De plus, les délais prévus peuvent être réduits, voire supprimés par ordonnance du président du tribunal en cas d'impossibilité d'exploiter du bailleur directement ou par l'intermédiaire de ses préposés (cas de l'enfant mineur, du majeur devenu incapable, héritiers, C. com., art. L. 144-4) ou en cas de procédure collective frappant le fonds et en présence d'une offre de reprise sérieuse (C. com., art. L. 642-13).

Relevons qu'en cas d'indivision (indivision successorale, par exemple), chaque co-indivisaire ne peut disposer que de sa quote-part ; aussi, l'unanimité est-elle requise, la location-gérance dépassant le cadre des actes d'administration (C. civ., art. 815-3). Toutefois, en cas d'urgence (dépérissement du stock, par exemple) ou si l'intérêt commun l'exige, un indivisaire peut demander, au président du tribunal de grande instance, l'autorisation de passer seul le contrat de location-gérance. En revanche, lorsque le fonds est commun à des époux, il semble que les conditions légales ne puissent être remplies que par un seul d'entre eux.

Enfin, pour que la location-gérance soit valable, le bailleur doit toujours avoir la possibilité de reprendre son fonds de commerce. Si ces conditions ne sont pas remplies, le contrat est nul, de nullité absolue, et le bailleur du fonds perd le bénéfice de la propriété commerciale à l'égard du bailleur des murs.

## **1.1.2 Les conditions de forme de la location-gérance**

Même si la loi n'impose pas formellement la rédaction d'un écrit, en pratique il est exigé. Cet écrit n'est pas une condition de validité, mais d'opposabilité du contrat aux tiers en raison des exigences de publicité. Il peut être authentique ou sous seing privé. Notons que la phase de la rédaction et de la signature de l'écrit consignant le contrat de location-gérance peut faire intervenir un tiers : le propriétaire de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité.

En effet, le contrat de bail immobilier, permettant d'exploiter le fonds dans un lieu appartenant à une autre personne que le propriétaire du fonds, peut contenir une clause exigeant une telle participation. Plus encore, ce contrat de bail immobilier peut valablement interdire la mise en location-gérance du fonds. Mais la clause du bail commercial interdisant la sous-location est impuissante à prohiber la location-gérance.

Le contrat fait l'objet d'une publicité dans les quinze jours de sa signature dans un journal d'annonces légales (JAL). À défaut, la qualité de commerçant du locataire est inopposable aux tiers, et le loueur est solidairement responsable des dettes liées à l'exploitation, jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois après l'accomplissement de la formalité (C. com., art. L. 144-7).

De surcroît, le locataire-gérant doit, sur tous ses documents commerciaux, faire mention de sa qualité et de son numéro d'immatriculation. En outre, à compter de cette date, les créanciers du fond bénéficient d'un délai de trois mois pour demander, au tribunal, le paiement immédiat de leurs dettes, s'il apparaît que la location-gérance du fonds met en péril leur recouvrement (C. com., art. L. 144-6).

Relevons qu'en cas de tacite reconduction, le contrat n'a pas besoin de faire l'objet d'une nouvelle publicité, dès lors que c'est le même contrat qui se poursuit. À compter de la conclusion du contrat, le bailleur peut se faire radier du registre du commerce et des sociétés (RCS), tandis que le preneur doit s'y inscrire.

Enfin, à la fin de la location-gérance, le locataire gérant doit se faire radier du RCS, et les parties doivent faire publier un extrait de fin de location-gérance au JAL.

## **1.2 Les effets du contrat de location-gérance**

Assez classiquement, il faut distinguer les effets du contrat entre les parties et vis-à-vis des tiers.

### **1.2.1 Les obligations réciproques entre les parties**

Le bailleur, qui demeure propriétaire du fonds (il peut donc le nantir ou le vendre) a le droit de percevoir les loyers. Il peut aussi imposer une clause d'exclusivité au locataire-gérant qui ne saurait cependant excéder dix années.

En contrepartie de ces droits, il supporte aussi des obligations. Il doit, ainsi, assurer la jouissance paisible de la chose louée au locataire gérant, c'est-à-dire l'exploitation paisible du fonds.

En conséquence, le propriétaire ne doit pas perturber l'exploitation du fonds par ses agissements, et en particulier, il ne doit pas faire concurrence à son locataire gérant. En outre, le bailleur ne peut pas intervenir dans l'exploitation (devoir de non-ingérence), mais cependant, il peut avoir un droit de contrôle sur la gestion et un droit général de surveillance de l'activité.

N'oublions pas que le bailleur peut redevenir l'exploitant de son fonds de commerce à l'expiration du contrat. C'est pourquoi, dans le contrat de location-gérance, il peut être prudent de prévoir une clause de non-rétablissement similaire à celle qui existe en matière de vente de fonds de commerce. Mais le bailleur qui fait concurrence à son preneur se nuit, à lui-même, puisqu'il contribue à diminuer la valeur de son propre fonds vu qu'il en est le propriétaire.

De plus, le bailleur est temporairement solidaire du preneur à l'égard des tiers. En effet, la publication de la mise en location-gérance dans un journal d'annonces légales fait courir un délai de six mois, dans lequel le bailleur est solidairement responsable des dettes d'exploitation du fonds au côté du preneur vis-à-vis des tiers (C. com., art. L. 144-7).

Quant au preneur, il a pour obligation principale de payer le loyer appelé redevance ; elle peut être fixe et/ou variable (C. com., art. L. 144-11 et 12), payée mensuellement ou selon une autre périodicité. Très fréquemment, la redevance intègre une partie fixe et une partie assise sur le chiffre d'affaires. Il est permis d'introduire une clause d'échelle mobile qui permet une révision automatique du loyer chaque fois que par le jeu de cette clause (qui doit prendre appui sur des éléments objectifs, tels que, par exemple, la valeur locative) le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus du quart par rapport au précédent. En vue de garantir le paiement de la redevance, il est généralement exigé un dépôt de garantie qui sera restitué en fin de contrat.

Le preneur doit, par ailleurs, gérer le fonds en bon père de famille ; à défaut il est possible d'agir en résolution du contrat. Par principe, il lui est permis d'exploiter plusieurs fonds même si, en pratique, cela est peu fréquent, sauf lorsque le bailleur était lui-même exploitant de plusieurs fonds et que le contrat de location-gérance porte sur l'ensemble de l'activité économique de ce dernier.

Le locataire gérant est tenu d'exploiter le fonds sans changer sa destination, c'est-à-dire sans changer l'activité exercée, ni sa localisation.

La sous-location du fonds ou la vente de celui-ci est interdite car le contrat de location-gérance est un contrat conclu *intuitu personae*, sauf si le bailleur donne son consentement à l'opération.

### **Pour aller plus loin**

La mise en location-gérance du fonds de commerce n'est pas considérée comme une cession ou une cessation d'activité. Il y a simplement changement dans le mode d'exploitation du fonds. Ainsi, il n'y a donc pas d'imposition immédiate des bénéfices ni des plus-values.

Il reste que le bailleur devra inclure, dans sa déclaration, les bénéfices réalisés du 1<sup>er</sup> janvier à la date de la conclusion du contrat de location, puis les redevances attachées à ce même contrat. Elles sont imposables, selon le cas, à l'impôt sur le revenu (IR) au taux de droit commun dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux si le bailleur est une personne physique, à l'impôt sur les sociétés (IS) si c'est une société soumise à cet impôt.

Les déficits éventuellement dégagés ne seront pas imputables sur le revenu global étant donné que la location-gérance n'est pas considérée comme une activité professionnelle (le bailleur relève des bénéfices industriels et commerciaux ou BIC non professionnels), mais sur les revenus catégoriels constitués par les loyers. Ce principe d'absence d'incidences fiscales connaît cependant deux exceptions :

- ▶ D'une part, lorsque le fonds mis en location-gérance a préalablement bénéficié du régime de report de taxation des plus-values exigibles au décès de l'exploitant. Faute pour le bénéficiaire de la transmission à titre gratuit d'exploiter personnellement le fonds pendant cinq années, les plus-values d'actif immobilisé vont se trouver taxées (CGI, art. 41, I-e).
- ▶ D'autre part, certaines provisions inscrites au bilan de l'entreprise peuvent être remises en cause si le changement d'exploitation les rend sans objet.

Le locataire gérant, quant à lui, va être imposé sur les bénéfices nets qu'il réalise à l'IR au titre des bénéfices industriels et commerciaux ou à l'IS, selon le cas.

Les redevances qu'il verse au bailleur seront déductibles de ses bénéfices, sauf si le contrat de la location-gérance dissimule une cession déguisée ou si le montant de la redevance est exagéré par rapport à la valeur locative du fonds.

## **1.2.2 Les effets à l'égard des tiers**

La principale garantie des créanciers du bailleur est le fonds de commerce qui se trouve dans le patrimoine de leur débiteur. Cette garantie ne disparaît donc pas avec la location, puisqu'il n'y a pas transfert de propriété du fonds qui demeure dans le patrimoine du créateur.

Néanmoins, la valeur du fonds mis en location-gérance risque de diminuer si le bailleur a mal choisi le preneur ; ce qui réduit les chances de remboursement des créanciers.

La publicité du contrat de location-gérance dans un JAL va informer les créanciers du bailleur. Ces derniers ont alors la possibilité de saisir le tribunal de commerce, dans un délai de trois mois à compter de cette publicité, pour demander la déchéance du terme, c'est-à-dire pour demander le règlement immédiat de leur dette, s'ils estiment qu'il existe un risque (C. com., art. L. 144-6).

Les créanciers du locataire gérant sont dans une situation beaucoup plus précaire, car le fonds exploité par leur débiteur ne se trouve pas dans son patrimoine. Toutefois, la loi vient là encore leur conférer une garantie : le bailleur est solidairement responsable au côté du preneur des dettes nécessaires à l'exploitation pendant le délai de six mois suivant la publication du contrat de location dans un JAL (C. com., art. L. 144-7).

À l'issue de ce délai, le bailleur n'est plus tenu. Par conséquent, les créanciers devront prendre les dispositions nécessaires pour s'assurer d'être payés (caution d'un tiers, par exemple).

Notons que l'Administration fiscale est dans une situation privilégiée puisque pendant toute la durée du contrat, le loueur est codébiteur solidaire des impôts directs assis sur le fonds (CGI, art. 1684, 3°).

De plus, à la fin de location-gérance, les dettes contractées par le locataire gérant afférentes à l'exploitation du fonds ou de l'entreprise artisanale sont immédiatement exigibles (C. com., art. L. 144-9).

Comme en matière de cession, certains contrats seront automatiquement transmis au preneur. Tel est le cas des contrats de travail (C. trav., art. L. 1224-1). En revanche, les autres contrats ne le sont pas en vertu de l'effet relatif des conventions (C. civ., art. 1165). Toutefois, contractuellement, il est possible d'exiger du preneur qu'il poursuive certains contrats, tels que le contrat de bail ou les contrats d'assurance.



Enfin, il convient de s'intéresser au sort du bail commercial lorsque le bailleur n'est pas le propriétaire du local dans lequel le fonds est exploité. La location-gérance transfère la jouissance du fonds. Ainsi, le preneur peut exploiter le fonds dans le local. Toutefois, il n'a pas la propriété commerciale et ne peut donc pas réclamer le droit au renouvellement du bail qui bénéficie au seul bailleur. En sens inverse, le locataire n'a pas à acquitter les loyers commerciaux qui incombent au preneur à bail, à savoir son propre bailleur de fonds.

### **1.3 La fin du contrat de location-gérance du fonds de commerce**

La fin du contrat de location-gérance fait l'objet de peu de dispositions légales :

- ▶ la publicité est identique à celle du début (avis dans un JAL) ; et
- ▶ les dettes contractées par le locataire pendant l'exploitation deviennent immédiatement exigibles.

Pour le reste, c'est le droit commun du bail qui trouve à s'appliquer.

Généralement, cette fin survient lors de la survenance du temps prévu ou d'un autre événement prévu par les parties (vente du fonds, meilleure santé du propriétaire...).

Relevons que, normalement, à l'expiration de la durée initiale prévue, le contrat cesse de plein droit. Toutefois, si le preneur est laissé dans les lieux, il doit pouvoir invoquer le bénéfice des articles 1738 et 1959 du Code civil relatifs à la tacite reconduction ; celle-ci n'est envisageable que si le propriétaire ne proteste pas.

Du côté du bailleur, celui-ci reprend le fonds dans l'état où il se trouve ; ce qui représente un danger : il peut récupérer un fonds qui a perdu une partie ou toute sa valeur.

Le locataire-gérant, quant à lui :

- ▶ peut devoir supporter la perte de valeur du fonds, voire sa disparition si celle-ci lui est imputable (par exemple, non-exploitation), et
- ▶ ne peut prétendre à aucune gratification à la fin du contrat ; même s'il a fait prospérer le fonds, il n'a normalement droit à aucune indemnité.

Se pose néanmoins la question d'éventuelles restitutions.

Pour les biens qui existaient à l'origine du contrat, il n'y a pas de difficultés : ceux-ci doivent revenir au bailleur. L'angle d'approche est quelque peu différent avec les améliorations éventuellement apportées au fonds par le locataire pendant le contrat de location-gérance.

Lorsque l'amélioration concerne l'accroissement de la clientèle, la plus-value est incorporée au fonds, et elle appartient donc au propriétaire. La plus-value sera comprise dans le prix de cession du fonds.

Ainsi, dans un récent arrêt<sup>1</sup>, il a été jugé que pour un expert-comptable, le fait de louer sa clientèle à une société anonyme d'expertise-comptable qu'il avait constitué avec cinq autres confrères avant de céder, des années plus tard, ladite clientèle à la société, ne lui permettait pas de céder la clientèle au prix de sa valeur au jour de la cession, mais au prix de sa valeur au jour du contrat de location, déniait au bailleur le droit de bénéficier de l'accroissement de clientèle due à l'action du locataire.

En revanche, si le locataire gérant a acquis de nouveaux éléments incorporels, la valeur de ces éléments appartient au preneur ; en cas de cession du fonds à l'échéance, cette sur-valeur ne sera donc pas comprise dans l'éventuel prix de cession.

Si le locataire gérant a développé une nouvelle branche d'activité (avec le consentement du bailleur) qui a attiré une nouvelle clientèle distincte de celui du fonds loué, alors il y a création d'un nouveau fonds de commerce dont le propriétaire est le preneur. Néanmoins, à la fin de la location-gérance, si le bailleur reprend son fonds, il récupérera aussi le nouveau fonds moyennant le versement d'une indemnité au preneur. Alors, si le preneur achète le fonds du propriétaire, le prix de cession ne tiendra pas compte de la valeur du nouveau fonds qu'il a créé.

En pratique, il est recommandé de prévoir une clause, au terme de laquelle il est expressément exclu que toutes les améliorations (matérielles comme immatérielles) donnent lieu à la moindre indemnisation du preneur.

À cet égard, un sort particulier doit être réservé aux immobilisations composant le fonds de commerce qui doivent faire l'objet d'un règlement.

Le renouvellement peut être réalisé par le bailleur. Selon le droit commun (C. civ., art. 1719-2° et 1720), l'entretien et la réparation des immobilisations constituent une obligation qui incombe au bailleur. Dans la pratique, cette obligation est reportée très souvent sur le preneur.

.....  
1 CE, 23 avril 2008 : Bull. Joly 2008, p. 894.

Également, il peut être opéré, dans le contrat, une répartition des charges d'entretien et de réparation : les grosses réparations incombant au bailleur et les dépenses d'entretien incombant au preneur.

Mais cette solution implique une participation active de la part du bailleur dans la gestion. De plus, lorsque la location-gérance a été réalisée dans le but de transmettre l'entreprise, cette disposition ne facilite pas la transmission, puisqu'elle ne permet aucun glissement du propriétaire vers le locataire gérant.

En effet, la location-gérance est très avantageuse en matière de transmission d'entreprise lorsque le contrat prévoit que les éléments du fonds de commerce qui se déprécient par le temps (matériels et outillages) seront remplacés par le locataire gérant qui en deviendra propriétaire. Cette solution est très courante dans la pratique, car elle permet de diminuer la valeur du fonds du montant des immobilisations remplacées au jour du rachat. Il y a un glissement de la valeur du fonds (correspondant au montant des immobilisations remplacées) du patrimoine du propriétaire vers celui du preneur successeur.

Toutefois, dans le contrat, il est nécessaire de préciser les modalités et les conditions selon lesquelles le bailleur deviendra propriétaire des immobilisations renouvelées en cas de reprise de son fonds (clause de rachat, par exemple). Dans le cas contraire, l'administration peut estimer que le bailleur n'a plus de possibilité de reprendre son fonds, et, peut prononcer la nullité du contrat de location-gérance ou requalifier la location-gérance en cession déguisée, sur le fondement de l'abus de droit. L'élément essentiel est que le bailleur puisse toujours reprendre le fonds. Dans le cas inverse, l'Administration fiscale verra, dans le contrat de location-gérance, une vente déguisée et requalifiera le tout.

Relevons qu'en pratique, la location-gérance est très souvent le préalable à une transmission du fonds. Cette transmission peut être réalisée au moyen de la cession progressive des éléments composant le fonds ou au moyen d'une option d'achat. Toutefois, l'une et l'autre de ces deux techniques présentent des dangers :

- ▶ Dans le premier cas, dès que le bailleur ne pourra plus reprendre le fonds à la fin du contrat, le contrat de location pourra fiscalement être requalifié de contrat de vente. Il en ira de même, dès lors que le bailleur cédera, au preneur, la clientèle ou un élément sans lequel la clientèle ne peut plus être exploitée. La requalification est fondée sur l'abus de droit, les parties étant réputées avoir dissimulé la vente (LPF, art. L. 64).

- Dans le second cas, la promesse de vente existe dès la conclusion du contrat. Autrement dit, les parties conviennent qu'une partie des redevances s'imputera sur le prix du fonds. On évoque alors la gérance-vente qui combine un contrat de location et une promesse de vente et/ou d'achat.

Ainsi donc, la location-gérance peut être assortie d'une promesse de vente. Celle-ci peut être unilatérale ou synallagmatique. Dans le cas où elle est unilatérale, pour être valable, elle doit être passée par écrit et enregistrée à la recette des impôts sous dix jours (CGI, art. 1840 A et C. civ., art. 1589-2). Au plan civil, il faut que le prix de la promesse soit déterminé, ou à tout le moins déterminable ; il est possible de s'en remettre à l'office d'un expert (C. civ., art. 1592).

Si la promesse de vente est unilatérale, cela signifie que seul le bailleur s'est engagé à céder le fonds de commerce au preneur, si celui-ci désire l'acheter.

La promesse de vente est synallagmatique, dès lors que le locataire gérant s'engage à acheter le fonds, et le bailleur s'engage à le lui céder à un prix déterminé ou déterminable indiqué dans le contrat ; ce qui rend la vente parfaite et transfère immédiatement la propriété du fonds.

Dans cette situation, il n'y a donc plus de location-gérance.

Selon la jurisprudence et la doctrine, la gérance-vente est valide lorsque les parties n'ont pas d'intention frauduleuse (par exemple, frauder les droits d'un tiers, différer le paiement des droits d'enregistrement...).

En cas d'intention frauduleuse des parties (volonté de dissimuler la vente), la gérance-vente est requalifiée en cession de fonds de commerce.

L'administration requalifie, sur le fondement de l'abus de droit, la gérance-vente en cession de fonds de commerce (LPF, art. 64). Pour prouver l'abus de droit, l'administration a simplement à démontrer que l'opération a été réalisée dans un but exclusivement fiscal.

Les tribunaux ont élaboré une liste d'indices qui permet de découvrir la cession de fonds dissimulée. Les principaux indices sont l'exagération des redevances par rapport à la valeur locative du fonds, l'imputation des redevances sur le prix de vente fixé à l'avance, le droit pour le preneur de céder la gérance ou encore l'obligation pour le preneur de payer les charges foncières.

La gérance vente requalifiée en cession de fonds de commerce entraîne la nullité de l'acte sur la base de la violation des règles de cession de fonds de commerce (non-respect des règles de publicité, omission des mentions obligatoires) et l'inopposabilité à l'administration de la qualification du contrat donnée par les parties (l'administration fiscale exigera que soient acquittés les impôts dus en raison de la cession de fonds de commerce majorés des intérêts de retard).

Enfin, si le bailleur décide de céder le fonds mis en location-gérance à un tiers, il semble qu'il faille considérer que le contrat de location-gérance sera opposable au tiers acquéreur, dès lors qu'il aura été régulièrement publié et que le contrat de cession en mentionne l'existence. Il y a là une précarité certaine, pour le locataire gérant, qu'il convient d'anticiper le cas échéant au moyen d'une clause temporaire d'inaliénabilité.