
M.E.S., Numéro 134, Vol. 1, mai – juin 2024

<https://www.mesrids.org>

Dépôt légal : MR 3.02103.57117

N°ISSN (en ligne) : 2790-3109

N°ISSN (impr.) : 2790-3095

Mis en ligne : le 31 mai 2024



Revue Internationale des Dynamiques Sociales
Mouvements et Enjeux Sociaux
Kinshasa, mai - juin 2024

POUR L'ADOPTION D'UNE RÉGLEMENTATION PROPRE A LA LOCATION GÉRANCE DU FONDS DE COMMERCE EN DROIT OHADA

par

NOAR PELERIN

Chef de Travaux, Université de Bandundu,

MUWAWA MAKINDUNDA

*(Tous) Apprenants, Faculté de Droit,
Université de Kinshasa*

Résumé

Cette réflexion plaide pour l'adoption d'une réglementation propre, étoffée et détaillée en faveur de la location-gérance partant de son importance dans le monde des affaires. Cette convention par laquelle le propriétaire du fonds de commerce, personne morale ou physique concède en location est donc un palliatif pour le propriétaire lorsqu'il ne veut ou ne peut plus exploiter ses fonds pour ne percevoir que des redevances. Actuellement, il n'existe que très peu des dispositions particulières principalement deux textes : le Décret du 30 juillet 1888 et le titre premier de l'acte uniforme relatif au bail à usage professionnel. D'où, la nécessité d'une réglementation adéquate.

Mots-clés : *Fonds de commerce, location gérance, commerçant, locataire gérant, propriétaire loueur, commerce, commerçant personne physique, commerçant personne morale, adoption, réglementation, acte de commerce.*

Abstract

This reflection calls for the adoption of clean, comprehensive and detailed regulations in favor of rental management based on its importance in the business world. This agreement by which the owner of the business, legal or natural person grants rental is therefore a palliative for the owner when he no longer wants or can no longer exploit his funds to only collect royalties. Currently, there are very few specific provisions, mainly two texts: the Decree of July 30, 1888 and the first title of the uniform act relating to leases for professional use. Hence the need for adequate regulation.

Keywords : *Business, rental management, trader, tenant manager, owner-renter, trade, trader natural person, trader legal entity, adoption, regulation, commercial act.*

INTRODUCTION

L'exercice de commerce gravite autour de plusieurs éléments spéciaux pour lesquels leur ensemble se désigne sous la terminologie générique du « *fonds de commerce* » (1).

Dans l'entendement du commun de mortels, le concept a toujours été conçu sous l'angle singulier du capital dont dispose un commerçant dans l'exercice de son commerce, alors qu'il est ipso facto erroné.

Le fonds de commerce en tant qu'une universalité absorbante, la clientèle, le nom commercial, l'enseigne formant donc noyau qui ne correspond pas malheureusement aux éléments constitutifs obligatoires analysés en détail comme les autres éléments attachés au fonds de commerce (2).

Face à la complexité légale, jurisprudentielle et doctrinale pour déterminer avec exactitude les éléments du fonds de commerce, qui du reste, est le support d'une activité commerciale, une particulière attention doit y être préservée en vue d'assurer la survivance du commerce.

D'où, faudra-t-il analyser minutieusement ces multiples mécanismes juridiques relatifs à la protection du fonds de commerce.

En sus de tout ce qui précède, l'examen de la question soulève plusieurs problèmes, lesquels ne peuvent trouver des réponses qu'en interrogeant scrupuleusement le législateur.

Par ailleurs, le fonds de commerce est le socle même de la crédibilité et de la solvabilité d'une opération économique. D'où plusieurs interrogations sont mises en exergue notamment quelle solution que le législateur Ohada apporte-t-il pour palier à cet épineux problème ? En outre, au regard de l'expérience vécue par les Etats parties à l'instar de la RDC, quelle est alors la teneur de l'efficacité de la protection mise en place par le législateur africain en faveur du fonds de commerce ? En ce qui concerne la location-gérance.

¹ BORIS MARTOS, Nannette PILKINGTON, *Le droit uniforme issu de l'OHADA*, Litec, Paris, 2014, p.47

² AKWETE PEDRO SANTOS, Commentaire de l'article 136 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, in *Ohada, traité et acte uniforme commenté et annexés*, 4^{ème} éd., juriscope, Cedex, Paris, 2010.

Le fonds de commerce peut faire l'objet d'une exploitation directe par le commerçant qui s'investit personnellement ou de manière indirecte, dans le cadre d'un contrat de location - gérance. La location - gérance peut être entendue dans les termes suivants, comme une convention par laquelle, le propriétaire du fonds de commerce, personne physique ou morale en concède la location, à un gérant, personne physique ou morale qui l'exploite à ses risques et périls. Subsidiairement de ce qui précède, nous posons les questions suivantes :

- quels sont les avantages et les inconvénients de la location gérance ?
- pourquoi les personnes déchues ne peuvent pas consentir la location gérance du fonds de commerce ?
- comment le législateur protège-t-il les parties au contrat de location afin qu'il constitue réellement le socle de la crédibilité et solvabilité des opérations économiques ?

Outre cette introduction, la structure de cette étude comporte deux points, le premier donne un aperçu général sur la location de fonds de commerce et le second analyse le contrat de location gérance de fonds de commerce. Une brève conclusion met un terme à notre étude.

I. APPERCU GENERAL SUR LA LOCATION GERANCE DE FONDS DE COMMERCE

1.1. Fonds de commerce

Le fonds de commerce se définit selon l'article 135 de l'acte uniforme OHADA du droit commercial général comme un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle³. Nous estimons que la définition donnée par le législateur OHADA est imprécise scientifiquement et incorrecte. Les imprécisions que nous relevons dans cette définition sont les suivantes :

- Le fonds de commerce est un ensemble de biens meubles corporels et incorporels et non un ensemble de moyens ;
- Le but de fonds de commerce ne peut se résumer à attirer et conserver la clientèle, mais beaucoup plus à fidéliser. Dans ce cadre, la définition la plus correcte serait celle donnée par la doctrine et qui est la suivante : « le fonds de commerce est l'ensemble de biens meubles corporels et incorporels constituant une universalité de faits mis en place par le commerçant pour attirer, conserver, mais beaucoup plus à fidéliser la clientèle⁴ ». La question du fonds de commerce pour être bien comprise mérite l'explication de quelques notions dont notamment : les éléments du fonds de commerce, le régime fiscal, l'achat du fonds de commerce et les différentes façons de transmettre le fonds de commerce.

1.1.1. Eléments du fonds de commerce

Le fonds de commerce est composé de deux types d'éléments : les éléments corporels d'un côté et les incorporels de l'autre côté. Les éléments corporels font ce qui est concret, visible et réel. Les murs, le mobilier, les équipements, entre autres, font partie des éléments corporels qui composent le fonds de commerce. Par contre, les éléments incorporels, eux sont impossibles à quantifier physiquement. Il s'agit notamment de la clientèle, le nom commercial, le brevet d'invention, la marque de fabrique, le contrat de bail entre autres⁵.

1.1.2. Régime fiscal du fonds de commerce

L'exploitation du fonds de commerce constitue une source fiscale non négligeable. Le fonds de commerce peut être dans un premier temps assuré directement soit par le propriétaire, soit confié à un tiers par le biais d'un contrat. Si le fonds de commerce est exploité par le propriétaire, il est redevable de nombreuses impositions découlant de l'activité commerciale du fonds de commerce. Cependant, les profits découlant de certaines activités peuvent être d'un régime spécifique. Si le fonds de commerce est exploité par un tiers ; les incidences fiscales découlant de l'exploitation d'un fonds de commerce ne sont pas bien précisées par le droit. Mais si son exploitation procède d'une mise en société du fonds, l'apport qui est fait et l'exploitation entraînent que l'ensemble des opérations seront soumises à la fiscalité spécifique à ces sociétés⁶. L'achat du fonds de commerce dans le cadre de l'achat d'un fonds de commerce, le vendeur et l'acheteur ont l'obligation de suivre un cheminement tout tracé. En outre, lorsque les discussions sont entamées avec le cédant, il est plus que recommandé de diagnostiquer le fonds de commerce afin de s'assurer qu'il correspond aux projets de l'acheteur, et en déceler les avantages et les défis. Ce diagnostic

³ Article 135 de l'acte uniforme précité.

⁴ Jean-Victor Mboyo, Droit de la concurrence, première licence, Faculté de Droit, Université Révérend Kim, année académique 2022-2023, p.4.

⁵ DERRIDA (F), *Location-gérance de fonds de commerce*, Dalloz Rep. Commercial, V. location_gérance.

⁶ DERRIDA (F), op cit

s'étend à la zone dans laquelle se trouve le commerce, la concurrence et au potentiel du marché⁷. Les différentes manières de transmettre le fonds de commerce, la transmission de fonds de commerce peut s'effectuer à titre onéreux dans le cadre d'une vente, d'un apport en société, mais aussi à titre gratuit, dans le cadre d'une transmission successorale. En cas de transmission successorale d'un fonds de commerce, ce mécanisme de l'attribution préférentielle permet de sauvegarder l'ensemble des éléments du fonds de commerce, en unité économique.

1.2. Location-gérance

Selon les dispositions de l'article 138 de l'acte uniforme OHADA définit la location - gérance comme étant une convention par laquelle, le propriétaire du fonds de commerce, personne physique ou morale en concède la location, à un gérant, personne physique ou morale qui l'exploite à ses risques et périls⁸. Dans le cadre de la location-gérance du fonds de commerce, le propriétaire de celui-ci devient passif, il ne recevra que les loyers, mais ne pourra pas s'immiscer dans la gestion quotidienne du fonds, car celle-ci appartient désormais au locataire-gérant. La location-gérance précède souvent la cession du fonds de commerce, car cela permet au locataire gérant de ne pas tout de suite acquérir ce fonds et d'évaluer sa réelle valeur et son potentiel avant de l'acquérir. Son refus peut être donné pour un motif. Le contrat de la location gérance peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée.

Dans ce cadre, nous signalerons en premier lieu que le bailleur, qu'il soit une personne physique ou morale doit avoir exploité pendant deux ans au moins en qualité de commerçant, le fonds mis en gérance. Notons cependant que ce délai peut être réduit, sans pouvoir être inférieur à un an par la juridiction compétente, lorsque la personne physique ou morale justifie qu'elle a été dans l'impossibilité d'exploiter le fonds personnellement ou par l'intermédiaire de ses préposés⁹.

Mais ce délai indiqué ci-dessus ne s'applique pas :

- à l'Etat ;
- aux collectivités locales ;
- aux incapables, en ce qui concerne le fonds dont ils étaient propriétaires avant survenance de leur incapacité ;
- aux héritiers ou légataires d'un commerçant décédé en ce qui concerne le fonds exploité par ce dernier ;
- aux mandataires de justice changés à titre libre que ce soit, de l'administration d'un fonds de commerce, à condition qu'ils y aient été autorisés par la juridiction compétente et qu'ils aient satisfait aux mesures de publicités prévues.

La conclusion de ce contrat comporte une exigence de publicité. En effet, tout contrat de location-gérance doit être publié par la partie la plus diligente et aux frais du locataire-gérant, dans la quinzaine de sa date sous forme d'extrait, dans un journal habilité à publier les annonces légales et paraissant dans le lieu où le fonds de commerce est inscrit au registre du commerce et du crédit mobilier¹⁰. Nous remarquons ici que cette formalité ne concerne pas la formation proprement dite du contrat. Nous en avons toutefois parlé étant donné l'incidence que sa non-réalisation peut avoir sur ce contrat au regard des tiers.

L'Acte Uniforme retient en cette matière une condition qui ne peut manquer de susciter des interrogations. C'est l'interdiction faite aux personnes déchues de l'exercice d'une profession commerciale de consentir une location-gérance¹¹. Celle qui frappe les interdits est pleinement justifiée car un interdit se trouve comme le mineur, sous le régime de la représentation¹².

La première surprend le fait de donner un fonds de commerce en location n'est pas un acte de commerce, n'a rien de commercial. En concédant son fonds en location, le bailleur n'exerce pas le commerce et cette location de son fond est d'autant plus justifiée que par le fait de sa déchéance, la loi lui interdit de faire le commerce, donner son fonds en location est pour lui une façon de se conformer à la loi. C'est une anomalie à notre avis cela d'autant plus que la location-gérance n'est pas reprise dans l'énumération des actes de commerce bien que celle-ci soit purement indicative¹³ (60).

⁷ Idem.

⁸ Article 138 de l'acte uniforme portant droit commercial général du 15 décembre 2010.

⁹ Article 141 alinéa 1 et 142 de l'acte uniforme sous-examen

¹⁰ Article 139 alinéa 2 du même Acte Uniforme

¹¹ Article 141, idem.

¹² Article 833 de la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille

¹³ Voir article 3 du même Acte Uniforme

1.3. Locataire-gérant

L'acte uniforme de droit OHADA ne définit pas le terme de locataire – gérant. Mais il se limite juste de parler de locataire gérant sans définir ce terme. Selon la doctrine, le locataire-gérant est une personne à laquelle le propriétaire d'un fonds de commerce, cède, par le biais d'un contrat et contre redevance, l'exploitation de son fonds ¹⁴.

Aussi à la différence du gérant salarié, le locataire gérant n'a aucun lien de subordination par rapport au propriétaire. Il exploite le fonds d'autrui mais pour son compte (¹⁵).

II. ANALYSE DU CONTRAT DE LA LOCATION GERANCE DE FONDS DE COMMERCE

2.1. Conditions de la formation du contrat de la location gérance

Lors de la formation du contrat de location-gérance, le locataire gérant doit remplir un certain nombre de conditions qui s'imposent à lui. Aussi le contrat exige les conditions de fonds et de conditions de forme que nous allons analyser tour à tour.

2.1.1. Conditions de fonds

Les conditions de fonds que doit remplir le locataire-gérant sont définies par l'article 139 de l'Acte uniforme portant droit commercial général. Elles sont exigées du locataire-gérant en tant qu'une personne qui doit faire des actes de commerce. C'est en remplissant ces conditions que le locataire-gérant peut réclamer ses droits. C'est pourquoi, avant d'assurer la protection du locataire-gérant, il faut examiner sa qualité de commerçant et sa soumission aux obligations des commerçants.

2.1.1.1. Qualité de commerçant du locataire-gérant

L'acte uniforme dans son article 139 dispose que : « le locataire gérant a la qualité de commerçant, et est soumis à toutes les obligations qui en découlent ». En tant que commerçant, le locataire –gérant doit remplir les conditions d'accès et d'exercer des professions commerciales. Dans ce cadre ; l'acte uniforme définit la capacité d'exercer le commerce, les incompatibilités et les interdictions de faire le commerce¹⁶. Mais on peut ajouter que l'exercice de certaines activités commerciales est soumis nécessairement à une autorisation préalable : licence, agrément quelconque, diplôme exigé¹⁷.

Pour ce qui concerne la capacité, l'article 7 de l'acte uniforme portant droit commercial général, dit que le mineur, dès qu'il est émancipé peut avoir la qualité de commerçant et effectuer des actes de commerce. Quant à la femme mariée, l'acte uniforme a bilatéralisé cette condition : désormais, il n'est plus question de la femme mariée, mais du conjoint commerçant. L'acte uniforme ne contient aucune disposition sur les majeurs incapables. Mais on peut conclure que ces personnes ne peuvent pas être locataire-gérants. Alors que les règles de capacité visent à protéger le candidat lui-même, les autres restrictions ont été faites pour protéger l'intérêt général¹⁸. Comme nous l'avons dit, c'est le cas de l'incompatibilité, interdiction, la déchéance et les autorisations. Selon l'article 8 de l'acte uniforme portant droit commercial général, certaines activités sont incompatibles avec l'exercice du commerce. Mais les actes accomplis par ces personnes restent valables à l'égard des tiers de bonne foi. Sauf que le locataire-gérant ne peut jamais s'en prévaloir. La chambre commerciale de la cour de cassation française est allée dans le même sens que l'acte uniforme portant droit commercial général en décidant que : « si la qualité de fonctionnaire est incompatible avec celle de commerçant, cette incompatibilité ne peut être invoquée par un fonctionnaire qui a pris un fonds de commerce en location-gérance pour se soustraire à ses obligations contractuelles¹⁹ ». Le locataire-gérant ne doit pas seulement avoir la qualité de commerçant, il est aussi soumis aux obligations qui en découlent.

2.1.1.2. Obligations du locataire-gérant en tant que commerçant

Le locataire-gérant devient commerçant dès la conclusion de contrat de location-gérance. Il a donc les obligations sociales et fiscales à remplir pour l'entreprise, ainsi que celles propres à sa qualité de commerçant. L'acte uniforme portant droit commercial général et l'acte uniforme relatif au droit comptable ont classé ces obligations en deux : les unes relatives à la tenue d'une comptabilité et les autres relatives à la publicité légale. S'agissant des obligations comptables, l'article 1 alinéa 1 de l'acte uniforme relatif au droit comptable dispose que : « toute entreprise doit mettre en place une comptabilité destinée à l'information externe ou à son propre usage ».

¹⁴ <https://www.previsissima.fr> lexique juridique consulté à Kinshasa, le 15 juillet 2023 à 19 h45

¹⁵ FUNGONGO MBOMA D., Droit commercial général, troisième graduat, Faculté de Droit, université de Kinshasa, 2022-2023, p.178.

¹⁶ GERVAIS MUBERANKIKO, La protection du locataire-gérant en droit OHADA, p.56.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Ibidem, p.57.

¹⁹ Com. 30 janvier 1996: Bull.civ., Iv, no 30.

Pour ces obligations, les articles 13 et 14 de l'acte uniforme portant droit commercial général nous donnent la liste des documents qu'il faut à tout commerçant et l'article 17 de l'acte uniforme relatif au droit comptable nous donne, les règles de tenue de ces documents. Ces documents doivent respecter les principes fondamentaux de régularité, sincérité et de fidélité²⁰.

Pour la location-gérance, ces livres permettent aussi de connaître l'évolution de l'entreprise qui n'appartient pas au locataire. Ils servent aussi de base aux impositions fiscales et sont aussi des moyens de preuve. En matière de publicité légale, les clients, les fournisseurs et le public ont besoin de renseignements sur la solvabilité du commerçant, étant donné que l'entreprise vit assez du crédit. Mais avant de donner les crédits, les créanciers doivent avoir connaissance précise et complète de la situation de l'entrepreneur. La publicité se fait par l'immatriculation du commerçant au RCCM.

Cette inscription permet de contrôler l'application des conditions d'exercice de la profession commerciale, donne aussi certaines informations concernant le commerçant et assure la sécurité des tiers. La publicité par l'immatriculation au RCCM est consacrée par l'article 34 et suivant de l'acte uniforme portant droit commercial général. Avant de bénéficier de sa protection, le locataire-gérant doit respecter ces obligations qui sont à la charge de tout commerçant. Enfin, on peut signaler que le locataire-gérant a une troisième obligation qui est le respect des règles de police administrative du commerce propre à son type d'activité. Le non-respect de ces obligations peut provoquer l'application des sanctions du droit pénal ou commercial. Le seul respect de ces conditions doit aussi respecter la forme.

2.2. Conditions de forme

La validité de tout contrat exige le respect des conditions de fonds et de forme. La location-gérance comme les autres contrats doit respecter ces conditions. Dans ce paragraphe, nous allons examiner les conditions de forme exigées lors de la formation du contrat de la location gérance. Ce contrat exige un écrit lors de sa formation et la publicité du contrat de location-gérance.

2.2.1. Ecrit du contrat de la location-gérance

L'acte uniforme portant droit commercial général n'a pas exigé l'écrit comme condition de validité du contrat de location-gérance. Mais il est sous-entendu qu'il faut au moins un écrit sous seing privé. La location-gérance est habituellement conclue sous la forme d'une convention écrite²¹. Pour les professeurs Feneon et Gomez, cités par Gervais Muberankiko, la location gérance doit être constatée par un acte authentique et sous seing privé dument enregistré et contenant certaines mentions obligatoires. Le législateur français lui aussi n'impose pas la forme écrite.

Mais la jurisprudence a décidé que : « compte tenu des obligations de publicité qui pèsent sur les contractants, il paraît difficile de se contenter d'un accord verbal²² ». Enfin, on peut dire que lors de la formation du contrat de la location gérance, le législateur n'impose pas la forme écrite comme condition de validité du contrat, mais exige l'écrit comme moyen de preuve. Même si l'acte uniforme n'impose pas la forme écrite pour le contrat de location-gérance, il soumet les parties à des obligations de publicité.

2.2.2. Publicité du contrat de la location-gérance

L'acte uniforme portant droit commercial général impose dans ses articles 139 et 140, la publicité du contrat de location-gérance. Tout contrat de location-gérance doit en outre être publié, par la partie la plus diligente et aux frais du locataire-gérant, dans la quinzaine de sa date, sous forme d'extrait dans un journal habilité à publier les annonces légales et paraissent dans le lieu où le fonds de commerce est inscrit au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier. Le contrat doit être publié dans un journal habilité à recevoir les annonces légales, dans les 15 jours de sa conclusion puis inscrit au R.C.C.M²³ Le propriétaire du fonds et le locataire-gérant, de manière concomitante, sollicitent leur propre immatriculation ou modification de leur inscription antérieure.

La fin de la location gérance donne lieu aux mêmes mesures de publicité. Lorsque le contrat de location-gérance est renouvelé par tacite reconduction, il n'est pas nécessaire de procéder à une nouvelle publicité du contrat, dès lors que la nature de l'exploitation et l'identité de l'exploitant restent inchangées par rapport à la publication initiale²⁴. L'article 140 de l'acte uniforme portant droit commercial général impose que le locataire-gérant doit indiquer sous peine de sanctions pénales, en tête des bons de commande, facture et autres documents à caractère financier ou commercial de sa qualité de locataire-

²⁰ GERVAIS MUBERANKIKO, op cit, p.59.

²¹ GERVAIS MUBERANKIKO, op cit, 61.

²² MORTOR (B), PILKINGTON (N), SELLER (D) et THOUVENOT (S) cité par Gervais Muberankiko, p.61.

²³ Article 139, al.3 de l'acte uniforme portant droit commercial général.

²⁴ Idem.

gérant du fonds de commerce ainsi que son numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier. Le locataire-gérant n'est en fin de compte que le locataire gérant d'un fonds qui ne lui appartient pas et les tiers doivent en être informés. Le défaut de publicité n'entraîne pas la nullité de la location-gérance. Toutefois, les conditions de publicité sont sanctionnées par une inopposabilité de la location-gérance aux tiers.

En plus, le non-respect des mesures de publicité dans le délai n'entraîne pas la nullité du contrat de location gérance. Un tel manquement autorise une action des tiers (créanciers du locataire gérant) à l'encontre du loueur. Dans ce cas, pour protéger les créanciers du locataire-gérant, le propriétaire reste responsable des obligations contractées par son successeur dans l'exploitation du fonds. Pour cette raison, le propriétaire a intérêt à faire publier le contrat afin d'être déchargé de ces dettes. Quant au locataire-gérant, la publicité est organisée de telle manière que les tiers sachent bien que le fonds n'est pas sa propriété. Au contraire, pour le droit français, le décret no 86-465 du 14 mars 1980 relatif aux modalités de publicité a considérablement simplifié les mesures de publicité. Ainsi, le loueur n'est plus tenu de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés et le locataire-gérant n'est plus tenu d'indiquer sur toutes ses factures, lettres, tarifs, sa qualité du locataire gérant ainsi que le nom, la qualité et le numéro d'immatriculation au registre du commerce du fonds.

2.3. Effets de la location gérance

Le contrat de location-gérant comme tout autre contrat produit des effets. Ces effets peuvent se produire à l'égard du propriétaire du fonds (le propriétaire-loueur), à l'égard du locataire-gérant et à l'égard des tiers au contrat.

2.3.1. Effets à l'égard du bailleur

Le bailleur est en même temps propriétaire de l'immeuble qui abrite le fonds de commerce, il doit en faire jouir pleinement et paisiblement le locataire-gérant et y effectuer toutes grosses réparations devenues nécessaires et urgentes. Il s'agit notamment de celles des gros murs, des voûtes, des portes, des toitures, des murs de soutènement, des murs de clôture, des fosses septiques et des puisards.

Concernant le matériel et équipement, il doit les livrer en bon état de servir à l'usage auquel, ils sont destinés. Ainsi, il lui doit garantir contre les vices cachés²⁵.

Faire jouir pleinement et paisiblement implique de la part du bailleur l'obligation de garantir le locataire-gérant contre les troubles de droit. Il est responsable envers ce dernier au trouble de jouissance survenu de son fait ou du fait de ses ayants-droits ou de ses préposés²⁶. Il lui doit à fortiori garantir contre les troubles du droit²⁷.

Enfin, c'est l'évidence même, si le propriétaire du fonds est commerçant, il est tenu de faire modifier à ses frais son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier par la mention de la mise en location-gérance de son fonds²⁸.

Passons aux obligations qui incombent au locataire-gérant.

2.3.2. Effets à l'égard du locataire

La première obligation à laquelle il est soumis est celle de payer au bailleur du fonds un loyer correspondant à la redevance due pour la jouissance des locaux et un loyer pour la jouissance des éléments corporels et incorporels du fonds de commerce tels que décrits dans le contrat de location-gérance. Ces deux éléments du loyer sont obligatoirement déterminés de façon séparée dans le contrat même si leurs échéances sont fixées aux mêmes dates²⁹.

Il a également l'obligation d'user des éléments du fonds et des locaux en bon père de famille et suivant la destination qui leur a été donnée par le bail ou suivant celle présumée par les circonstances à défaut de convention³⁰.

Il a aussi comme autre obligation celle de procéder aux réparations d'entretien, ce qu'on appelle *égale réparations locatives* ou mêmes *entretien*³¹.

²⁵ Article 106 alinéa 1, 2 et 3 de l'Acte Uniforme sous-examen et 376 du CCCLIII

²⁶ Article 109 de l'acte uniforme précité.

²⁷ Article 383 du CCCLIII

²⁸ Article 139 alinéa 4 de l'acte uniforme sous examen.

²⁹ Article 138 alinéa 2 du même Acte uniforme

³⁰ Articles 385, alinéa 1 du CCCLIII et 113 alinéa 1 de l'Acte Uniforme sous-examen

³¹ Article uniforme 401 du CCLIII et 114 alinéa 1 de l'Acte Uniforme

Enfin, il est tenu d'indiquer en tête de ses bons de commande, factures et autres documents à caractère financier ou commercial avec son numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, sa qualité de locataire-gérant du fonds³².

2.2.3. Effets à l'égard des tiers au contrat

Le contrat de location gérance étant un contrat qui produit ses effets, les tiers à ce contrat doivent être protégés pour que leurs créances ne soient pas mises en péril par la convention intervenue entre le propriétaire-loueur du fonds de commerce et locataire-gérant qui cède à ce dernier son fonds. Si les créanciers estiment que la mise location-gérance du fonds de commerce met en péril le recouvrement de leurs créances, ils peuvent, dans les trois mois de l'insertion dans le journal d'annonces légales, faire prononcer la déchéance du terme et faire déclarer l'exigibilité de leurs créances.

Par ailleurs, jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de 6 mois à compter de cette publication, le propriétaire-loueur est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par ce dernier à l'occasion de l'exploitation du fonds de commerce cédé à titre de contrat³³.

L'action est introduite par tout intéressé, à peine de forclusion, dans le délai de trois mois de la date de publication du contrat de location-gérance, tel que prévu à l'article 139 de l'Acte uniforme³⁴. En outre, dans les rapports avec le propriétaire de l'immeuble, le propriétaire-loueur du fonds de commerce conserve sa qualité de preneur en bail. Le renouvellement du bail commercial doit être demandé par le propriétaire loueur et non par le locataire gérant. Enfin, en cas de cession du fonds de commerce mis en location gérance, le locataire gérant ne dispose d'aucun droit opposable à l'acquéreur, ni même à un créancier à qui le fonds serait attribué en nantissement par le propriétaire. L'acquéreur peut donc décider de mettre immédiatement un terme au contrat de location gérance.

2.4. Durée et fin de la location gérance

2.4.1. Durée de location gérance

L'acte uniforme OHADA sur le droit commercial général n'impartit aucune condition de durée au chapitre de la location - gérance. Les parties sont alors libres de fixer par voie de dispositions contractuelles la durée de la location - gérance³⁵. Rien n'interdit non plus aux parties de ne pas indiquer de durée, auquel cas la location - gérance sera à durée indéterminée. Toutefois il y a lieu de préciser que le contrat de location - gérance n'étant pas une situation de longue durée, il excède rarement trois ans. En fait, nous concluons à disant que le contrat de location-gérance est un contrat à durée déterminée. Une durée courte peut être fixée par les parties dans leurs engagements contractuels.

2.4.2. Fin de location gérance

L'arrivée du terme stipulé met fin au contrat de location gérance à durée déterminée, sauf clause de reconduction tacite initialement prévue au contrat. La tacite reconduction s'opère pour une durée indéterminée, s'il n'est pas justifié que le bail a été conclu pour des périodes successives. Le contrat tacitement reconduit ne donne lieu à aucune publicité nouvelle. Si le contrat de location -gérance est à durée indéterminée, chacune des parties pourra y mettre valablement fin en donnant congé. En l'absence de dispositions OHADA particulières, les parties peuvent procéder à toutes sortes d'aménagements contractuels, notamment en édictant des règles de forme, de fond ou de procédure appropriées pour mettre fin au contrat.

En pratique, le contrat lui-même précise le délai de préavis ; à défaut il y aura lieu de se référer aux usages ou à l'équité. Les tribunaux peuvent accorder des délais plus longs, s'il s'avère que le préavis donné par l'une des parties paraît trop court. Le contrat peut prendre fin à la suite d'une résiliation amiable pour défaut d'exécution par le gérant ou le propriétaire de leurs obligations respectives, (exploitation insuffisante par le gérant, troubles de fait ou de droit provenant de tiers auxquels le bailleur n'aura pas réussi à mettre un terme). Il arrive qu'une partie au contrat cherche à mettre fin aux relations contractuelles par l'exercice d'une clause résolutoire de plein droit dont elle fait constater l'existence devant les tribunaux, au cas de non-paiement de redevance ou d'inexécution par le gérant ou le bailleur, des clauses et conditions de la convention, dûment constatés, suite à une sommation restée infructueuse, après un certain nombre de jours³⁶.

³² Article 140 alinéa 1 du même Acte Uniforme

³³ DANIEL BERT ET FREDERICK PLANCKEEL, *L'essentiel du droit commercial et des affaires*, édition 2017- 2018, p.249

³⁴ Article 144 de l'Acte Uniforme précité.

³⁵ DANIEL BERT ET FREDERICK PLANCKEEL, *op.cit.*, p.249.

³⁶ www.memoireonline.com consulté à Kinshasa, le 22 juillet 2023 à 20 h17'.

Le prononcé de la nullité du contrat de location - gérance entraîne la fin du contrat. Cette nullité est encourue lorsque le contrat ne remplit pas les conditions nécessaires à sa validité. Nous relevons toute fois que la violation des dispositions relatives à la publicité du contrat qui n'ont pour objet que l'information des tiers ne peut entraîner une annulation. L'annulation du contrat de location - gérance n'a d'effets qu'entre les parties. De même le décès du gérant ou l'impossibilité juridique ou de fait, pour celui-ci de continuer l'exploitation, pour cause d'emprisonnement ferme de longue durée, de maladie, d'incapacité physique, de faillite personnelle, d'interdiction d'exercer le commerce ou encore pour toute autre cause reconnue légitime entraînent la fin du contrat de location - gérance. Enfin la déclaration de cessation des paiements prononcée par décision de justice met fin au contrat de location- gérance, en dépit d'une clause contraire de maintien, ceci, en raison du caractère intuitu personae du contrat vis-à-vis du gérant³⁷.

2.5. Avantages et inconvénients de la location gérance

La location - gérance peut porter aussi bien sur tout ou partie du fonds de commerce dont l'exploitation entière ou partielle, est confiée au gérant - libre, moyennant paiement d'une redevance par ce dernier au propriétaire du fonds. Cette forme d'exploitation faite aux risques et périls du locataire gérant peut aider à sauvegarder la clientèle d'un fonds, le temps de régler une succession, ou permettre à un mineur encore incapable d'exercer un commerce, que l'exploitation se poursuive jusqu'à sa majorité, ou bien encore rendre possible, sous de nombreuses législations et dans des conditions exceptionnelles, la continuation de l'exploitation d'une société en redressement judiciaire.

D'autre part, ce type d'exploitation constitue un excellent outil pour un commerçant qui, avant son installation définitive, entend tester le marché, en faisant une sorte d'essai, situation dans laquelle, la technique de la location - gérance lui aura ainsi permis de créer un système d'incubation pour son entreprise, n'ayant pas nécessité de gros investissements. Elle constitue également, une excellente technique juridique de gestion décentralisée, dans le secteur de la distribution, à l'usage des pétroliers, notamment, par l'implantation de stations-service. Ne perdons pas de vue que la location - gérance est une situation qui revêt un caractère plutôt provisoire, de courte ou moyenne durée. Durant cette période, le locataire - gérant exploite, et à la fin du contrat il remet en l'état le fonds de commerce au propriétaire.

Par contre, la location gérance du fonds de commerce présente aussi certains inconvénients :

- jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de 6 mois à compter de cette publication, le propriétaire-loueur est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par ce dernier à l'occasion de l'exploitation du fonds de commerce cédé à titre de contrat.
- la mise location-gérance du fonds de commerce met en péril le recouvrement de leurs créances
- refus de renouvellement du bail à usage professionnel ;
- l'insolvabilité du locataire générant ;
- la vente frauduleuse du fonds de commerce par le locataire gérant,...

CONCLUSION

L'exploitation de fonds de commerce aujourd'hui dans le monde des affaires ne se fait pas seulement par le propriétaire du fonds, mais également par le contrat de location-gérance. Il faut signaler que le contrat de location-gérance ne se fait pas seulement entre les personnes physiques, mais aussi les personnes morales peuvent si elles ont la qualité de commerçant, concéder leur fonds de commerce en location-gérance.

Le contrat de location gérance étant un contrat comme tout autre contrat, il obéit aux conditions de fonds et de forme. En ce qui concerne les conditions de fonds, le locataire-gérant du fonds lui concédé par le propriétaire doit avoir la qualité de commerçant et se soumettre aux obligations qui en découlent. Pour les conditions de forme, l'acte uniforme portant droit commercial général n'a pas exigé l'écrit comme condition de validité du contrat de location-gérance. Mais cela exige l'écrit comme moyen de preuve. En outre, le contrat de location-gérance doit faire l'objet d'une publicité dans un journal officiel destiné à recevoir cette publicité en cet effet dans les 15 jours de sa conclusion.

Il faut noter que le contrat de location-gérance étant un contrat comme tout autre, il produit des effets à l'égard du propriétaire, du locataire-gérant et à l'égard des tiers. A l'égard du propriétaire-loueur, il a l'obligation de mettre le locataire-gérant en possession du fonds de commerce et ne pas troubler sa jouissance. Une obligation de non concurrence est donc liée à cette mise en possession. A l'égard du locataire gérant, si l'obligation de payer les loyers ou les redevances, qui sont pour la plupart de cas indexés sur le chiffre d'affaires, exploiter le fonds de commerce avec diligence, l'obligation de s'abstenir d'en

³⁷ Article 107 de l'acte uniforme OHADA sur les procédures collectives d'apurement du passif.

modifier la destination ni détourner la clientèle à son profit, etc. A l'égard des tiers, ces derniers doivent être protégés pour que leurs créances ne soient pas mises en péril par cette location-gérance. Enfin, l'arrivée du terme stipulé met fin au contrat de location gérance à durée déterminée, sauf clause de reconduction tacite initialement prévue au contrat.

Après étude de la location-gérance comme telle, nous constatons qu'il y existe très peu des dispositions particulières, ce qui fait que ce contrat est presque entièrement régi par deux textes : notre décret du 30 juillet 1888 relatif aux contrats ou obligations conventionnelles et le titre premier de l'acte uniforme sous examen relatif au bail à usage professionnel.

Il y a lieu de faire également mention, en ce qui concerne les sanctions de quelques dispositions de l'acte uniforme relatif à l'immatriculation au registre de commerce et de crédit mobilier et de notre décret du 6 mars 1951 instituant le registre de commerce. Il y a là un éparpillement des textes qui ne facilitent pas la maîtrise de ce contrat, dont l'intérêt n'échappe à personne.

Pour mettre fin à cette insécurité juridique, nous suggérons ce qui suit au législateur communautaire :

- d'autoriser les personnes déchues d'exercer la profession commerciale de consentir la location gérance de fonds de commerce ;
- d'étoffer les dispositions relatives à la fin du contrat de location gérance pour éviter l'arbitraire dans la résiliation du contrat par les parties;
- d'insérer la location gérance de fonds de commerce dans l'énumération des actes de commerce par nature.

L'adoption d'une réglementation propre, étoffée et détaillée à la location gérance nous paraît être la meilleure option à lever vu l'importance de la location gérance dans le monde des affaires.

BIBLIOGRAPHIE

- Acte uniforme OHADA sur les procédures collectives d'apurement du passif du 10 septembre 2015.
- Acte uniforme OHADA portant droit commercial général, du 15 décembre 2010.
- Acte uniforme relatif au droit comptable.
- Décret du 30 juillet 1888 sur les contrats ou les obligations conventionnelles.
- BERT (D) et PLANCKEEL (F), *L'essentiel du droit commercial et des affaires*, édition, Paris, 2017- 2018.
- DERRIDA (F), *Location-gérance de fonds de commerce*, Dalloz Rep. Commercial, V. location-gérance.
- MUBERANKIKO (G), *La protection du locataire-gérant en droit OHADA*, SL, SD.
- SAKATA M. TAWAB (G), *Droit commercial congolais*, éd. P.U.K, Kinshasa, 2012.
- Cour de cassation française du 7 juillet 1996, JCP.1996.2.14842.
- Com. 30 janvier 1996: Bull.civ., Iv, no 30.