

Université 7 Novembre A Carthage

Institut des Hautes Etudes Commerciales



Mémoire de fin d'études

Le fonds de commerce

Protection et évaluation

Encadré par : M^{lle} TURKI Azza

*Elaboré par : BEN FRADJ Aymen
BEN AFIA Houssem*

Année Universitaire 2003-2004

Remerciements

Au terme de ce modeste travail, nous tenons à remercier tous ceux qui avaient contribué à mener à bon port cette entreprise dévouée au sérieux et à l'application zélée de ce que nous avons appris dans cette vénérable institution qu'est l'IHEC Carthage.

Nous tenons également à exprimer notre gratitude envers notre professeur encadreur, Mlle TURKI Azza, qui nous a fourni une aide généreuse et inestimable.

Table de matières

Introduction	1
Chapitre introductif : Les éléments constitutifs du fonds de commerce	3
Section I : Définition du fonds de commerce	3
Section II : Les éléments du fonds de commerce	4
I : Les éléments incorporels	4
1 – La clientèle et l’achalandage	4
2 – Le nom commercial et l’enseigne	6
3 – Le droit au bail	8
4 – Autres éléments incorporels	10
II : Les éléments corporels	11
1 – Le matériel	11
2 – Les marchandises	11
Partie I : La protection du fonds de commerce	12
Chapitre 1 : La protection du fonds de commerce à l’égard du bailleur	13
Section I : Le bail commercial	14
I : La forme et la durée du bail	14
1 – La forme du contrat	14
2 – La durée du contrat	14
3 – La résolution du contrat	16
II : L’objet du contrat	17
III : La cession du bail et la sous-location	18
1 – La cession du bail	18
2 – La sous-location	18
Section II : La propriété commerciale	19
I : Conditions pour l’attribution de la propriété commerciale	19
II : Procédures de renouvellement du bail	21
III : Le refus de renouvellement	23
1 – Le refus de renouvellement avec paiement de l’indemnité d’éviction	23
2 – Le refus légitime de renouvellement	25
Section III : La fixation du loyer	28
I : Les éléments servant pour la détermination du loyer	28
II : La révision du loyer	30
Chapitre 2 : La protection des autres éléments du fonds de commerce	32
Section I : Protection contre la concurrence déloyale	33
I : les atteintes à la loyauté	34
1 – Le dénigrement	34
2 – La confusion	37
3 – La désorganisation	38
II : L’action en concurrence déloyale	40
1 – Les conditions d’exercice	40
2 – Exercice de l’action	44
3 – Les sanctions de l’action	47
Section II : La protection contre la contrefaçon	48
I : La protection des brevets d’invention	49
1 – Les brevets d’invention	49
2 – La contrefaçon	52

II : La protection des marques	54
1 – La notion de marques de fabrique	54
2 – La contrefaçon	57
III : La protection des dessins et modèles	59
1 – La notion des dessins et modèles	60
2 – La contrefaçon	62
Partie II : L'évaluation du fonds de commerce	65
Chapitre 1 : Les principes d'évaluation	66
Section I : L'utilité économique du fonds de commerce	66
I : Utilité du fonds de commerce	66
II : Utilité de placement du fonds de commerce	67
Section II : Facteurs de la valeur d'un fonds de commerce	68
I : La rentabilité	68
1 – Le prix de la rentabilité	68
2 – Mesure de la rentabilité	69
II : Le coefficient de placement	73
1 – Constance du coefficient de placement	73
2 – Variations du coefficient de placement	73
III : Valeur du fonds de commerce	75
1 – Valeur globale du fonds de commerce	75
2 – Importance respective des éléments constitutifs du fonds	76
Chapitre 2 : Les méthodes d'évaluation du fonds de commerce	79
Section I : Les méthodes mathématiques	79
I : Méthode Retail	79
II : Méthode Leake	81
III : Méthode Manfred Berliner	82
IV : Méthode Gustave Muller	82
V : Méthode Friedlander	82
VI : Méthode Euler	83
VII : Méthode Schalenbach, Moral et Goedeke	83
Section II : Les méthodes empiriques	84
I : Evaluation par comparaison	84
II : Evaluation en fonction des bénéfices	85
III : Evaluation en fonction de l'actif net et des bénéfices nets antérieurs	88
IV : Evaluation en fonction du chiffre d'affaire	89
V : Evaluation d'après la valeur unitaire du mètre carré boutique	89
VI : Evaluation d'après le loyer du local	90
VII : Evaluation par référence aux valeurs antérieures	90
VIII : Evaluation d'après le montant de la redevance de gérance	91
Section III : Les limites des méthodes utilisées	93
I : Le taux de capitalisation	93
II : Le bénéfice	94
III : La durée de vie du fonds de commerce	94
IV : Le taux de rendement des actifs	94
Section IV : Proposition des méthodes d'évaluation pour parvenir à une estimation du fonds de commerce plus réaliste	95
I : Utilisation d'un barème pour l'évaluation du fonds de commerce	95
II : Evaluation en fonction de l'actif net et des bénéfices	97
Conclusion générale	99

Introduction

Le fonds de commerce est une notion juridique née de la pratique commerciale.

C'est ainsi que la législation française inspiratrice de celle tunisienne a précédé les autres législations européennes dans la nouvelle adaptation de l'idée de fonds de commerce.

Mais comment peut on définir le fonds de commerce ?

Le code de commerce tunisien ne donne pas de définition du fonds de commerce.

Face à cette carence de la loi, la doctrine et la jurisprudence ont essayé de le définir.

Seulement ni l'une ni l'autre ne donnent du fonds de commerce une définition unanimement acceptée.

D'une part, il s'agit d'ensemble d'éléments corporels et incorporels appartenant au commerçant, réunis, en vue de rechercher et retenir la clientèle.

D'autre part, font partie du fonds de commerce, les biens mobiliers affectés à l'exercice d'une activité commerciale, ce fonds comprend essentiellement la clientèle et l'achalandage.

La transition est ainsi faite pour parler de la diversité des éléments composant le fonds de commerce.

Cette variété d'éléments, de nature juridique distincte l'une de l'autre, a posé un problème quant à la notion juridique du fonds de commerce (autonomie patrimoniale et caractères juridiques.).

Or la nature juridique du fonds de commerce est nécessaire à déterminer vu l'importance économique qu'a le fonds de commerce de nos jours, puisqu'il n'est pas seulement un moyen d'activité commerciale mais constitue aussi un objet de transaction, de spéculation et un instrument de crédit.

C'est pourquoi, le législateur tunisien est intervenu pour protéger le fonds de commerce dans ses éléments incorporels, ainsi que pour pouvoir atteindre une solution adéquate pour l'évaluation des fonds de commerce en vertu de l'importance de ces deux aspects dans la vie économique.

Pour toutes ces raisons, on a essayé d'aborder ces deux problèmes (protection du fonds de commerce en première partie, et son évaluation en deuxième partie), lors de nos études.

Dans la première partie, après avoir énuméré les éléments constitutifs du fonds de commerce, on essayera d'étudier la protection de ces éléments .

Dans la seconde partie, on soulèvera le problème de l'évaluation en citant les différentes méthodes de cette opération.

Chapitre introductif

Les éléments constitutifs du fonds de commerce

Section I : Définition du fonds de commerce

On appelle fonds de commerce l'ensemble des biens meubles qu'un commerçant organise et assemble pour conquérir une clientèle tels que le matériel, les stocks, le nom commercial, le droit au bail, les droits de propriétés commerciales et industrielles.

Tous ces éléments constituent, d'après l'article 189 du code de commerce, le fonds de commerce et contribuent à fixer sa valeur.

Le fonds de commerce se distingue au sein du patrimoine du commerçant parce qu'il constitue un ensemble de biens affectés à l'exercice d'une activité bien déterminée.

Cette affectation des biens, pour constituer le fonds, ne signifie pas pourtant que le fonds de commerce constitue une entité juridique.

En l'état actuel du droit, la notion du fonds de commerce présente incontestablement une utilité technique parce qu'elle permet au commerçant de céder à un seul commerçant son fonds de commerce, de le donner en nantissement ou de le donner en location gérance, de ce point qu'apparaît la nécessité d'aborder l'évaluation du fonds de commerce qu'on a traité en deuxième partie.

La première originalité c'est que le fonds de commerce ne regroupe que des éléments mobiliers, autrement dit l'immeuble ne fait pas partie du fonds.

Le fonds de commerce désigne une notion commune à l'ensemble des industriels et commerçants qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales.

On peut même affirmer que le fonds de commerce est un élément nécessaire à toute exploitation industrielle ou commerciale.

Section II: Les éléments du fonds de commerce

L'article 189 du code de commerce distingue parmi les éléments qui composent le fonds de commerce les éléments incorporels et les éléments corporels dont il dresse la liste mais on pourrait dire que l'énumération n'est pas complète et doit être actualisée pour tenir compte de l'évolution des pratiques commerciales.

I- Les éléments incorporels :

Les éléments incorporels du fonds de commerce sont essentiellement la clientèle, l'achalandage, le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail et les droits de propriété industrielle et commerciale.

1-La clientèle et l'achalandage

a-La clientèle :

Elément fondamental du fonds de commerce, la clientèle est l'ensemble de personnes qui ont l'habitude de se fournir chez un commerçant en raison de ses qualités professionnelles.

D'après l'article 189 du code de commerce la clientèle est indispensable pour l'existence du fonds de commerce, il en résulte qu'en absence de cet élément le fonds perd sa qualification juridique.

Toutefois, si la clientèle est un élément nécessaire du fonds de commerce ce n'est cependant pas un élément suffisant, il faut en effet en plus de clientèle un point de fixation c'est à dire un emplacement, un signe de ralliement, nom commercial et marque de fabrique.

Il est à noter que la clientèle doit être réelle et certaine, autrement dit, une clientèle virtuelle ou potentielle hypothétique ne serait prise en considération, alors cette affectation permet de déterminer avec précision la date d'apparition et de cessation du fonds de commerce.

Le fonds de commerce est constitué dès la première opération traitée avec le premier client c'est à dire lorsqu'il y a un commencement d'exploitation du fonds de commerce.

Le fonds de commerce disparaît lorsque aucun client ne vient s'approvisionner auprès de ce fonds de commerce, autrement dit, la disparition de la clientèle provoque la disparition du fonds de commerce.

En deuxième lieu, la clientèle doit être personnelle à l'exploitant, la difficulté ici est d'avantage pratique que juridique car dans certaines situations si l'existence de la clientèle est indéniable, son rattachement est incertain.

Ainsi, le droit à la clientèle signifie d'une part que le commerçant peut défendre ce droit contre ses concurrents, ces derniers peuvent les attirer par des moyens licites et loyaux tel que la publicité, techniques commerciales, et d'autre part que

le vendeur du fonds doit garantir l'acheteur contre l'éviction c'est à dire qu'il ne peut pas reprendre la clientèle qu'il a vendue.

Il faut indiquer que la clientèle dépend de plusieurs facteurs parmi lesquels :

- ✓ Situation du fonds de commerce : L'emplacement du fonds.
- ✓ Les qualités professionnelles du commerçant : ses connaissances et son comportement.
- ✓ Qualités et variétés des produits ou prestations.
- ✓ Conjoncture économique : Le fonds de commerce dépend de la situation économique du pays.
- ✓ La concurrence : Les autres concurrents peuvent attirer la clientèle d'autrui par des procédés commerciaux légitimes.
- ✓ Le comportement des consommateurs :

b-L'achalandage :

L'achalandage est souvent confondu avec la clientèle, il correspond à la partie des acheteurs qui entrent d'une manière occasionnelle dans un magasin en raison de sa situation et non pas par les qualités du commerçant(clientèle de passage).

Cependant, on constate à travers ceci que la clientèle et l'achalandage s'avèrent insuffisante pour maintenir le fonds de commerce qui doit se reposer sur d'autres supports.

2-Le nom commercial et l'enseigne :

a-Le nom commercial :

Le nom commercial est l'appellation sous laquelle une personne exerce un commerce.

Le nom commercial peut être différent du nom patronymique du commerçant il peut être un prénom, un pseudonyme, un nom de fantaisie, pour les sociétés ce nom peut être une raison sociale ou une dénomination sociale.

Le nom commercial apparaît comme un élément de ralliement de la clientèle, et de même si c'est un nom patronymique, il fait partie du fonds de commerce et à ce titre il se transmet avec le fonds, à moins qu'il ne soit expressément exclu dans l'acte.

- Le nom commercial constitue un élément important dans la constitution du fonds de commerce pour cela la jurisprudence tient compte de plusieurs facteurs pour décider la protection contre la concurrence déloyale.
- Le nom commercial est protégé contre la concurrence déloyale en cas de détournement ou risque de détournement de la clientèle.
- Le nom commercial ne peut être protégé que dans la région géographique où se trouve la clientèle liée au fonds de commerce.
- Le nom commercial ne peut être protégé que lorsqu'il présente une certaine spécificité.
- Le commerçant peut utiliser des caractéristiques spécifiques pour être distingué de ses concurrents surtout ceux ayant les mêmes noms patronymiques.

Alors, on constate d'après ces précautions pour la protection du nom commercial qu'il est nécessaire d'avoir un nom assez intéressant pour gagner un fonds de commerce rentable.

b- L'enseigne :

،j,n C'est l'emblème figuratif que le commerçant place sur la devanture de son établissement et sur ses papiers commerciaux (factures, correspondance...) et qui sert à individualiser le fonds de commerce, elle est constituée par une dénomination de fantaisie : (café de la poste...) ou par le nom d'une personne « chez X... »

Cet élément peut être confondu dans la plupart du temps au nom commercial, mais l'enseigne doit être originale, non banale et ne doit pas constituer en une appellation générale.

D'autre part, le commerçant a le droit de protéger son enseigne (comme c'est le cas du nom commercial) contre la concurrence déloyale effectuée par les usurpations et les imitations, à condition que ses concurrents lui causent un préjudice dans le même territoire en se référant à des règles de droit relatives.

3-Le droit au bail :

Le droit au bail est le droit de jouissance des locaux loués et qui est particulièrement important lorsque le locataire exerce une profession commerciale, ce droit est d'autant plus important lorsqu'il y a différents phénomènes de la rareté des locaux à usage commercial.

Le droit au bail va aussi conférer au locataire commercial ce que l'on appelle « le droit à la propriété commerciale » c'est à dire un véritable droit de renouvellement du bail.

a-Le bail commercial :

■ Le contrat : le bail commercial peut être réalisé par écrit ou un contrat verbal, la durée du bail doit être au minimum de 2 ans pour acquérir le droit à la propriété commerciale, si la période est inférieure le bail ne constitue pas à proprement parler un bail commercial.

■ La chose louée : Il s'agit d'un local à usage commercial où s'exploite un fonds de commerce. La destination de ces locaux est fixée par le contrat de bail, et la loi impose au locataire d'user de la chose louée suivant la destination qui lui a été donnée par le bail.

■ Le loyer : Le loyer des baux commerciaux est libre en principe et fixé par les parties contractantes, toutefois il connaît une dérogation lorsque l'une des parties demande sa révision après l'expiration de 3 ans depuis l'entrée en jouissance du locataire.

b-La propriété commerciale :

C'est le droit d'obtenir le renouvellement du bail commercial à l'expiration du contrat ou à défaut de renouvellement d'obtenir une indemnité d'éviction. Le droit au renouvellement est accordé à tous les locataires commerçants qui exploitent par eux même ou par leurs préposés un fonds de commerce dans les locaux loués pour une durée minimale de deux années. Le droit au renouvellement n'a pas en principe à être invoqué par le bénéficiaire car le bail commercial qui dure deux années successives donne à son titulaire un droit de renouvellement par le fait de la loi.

Quant à l'indemnité d'éviction, elle se mesure à la valeur marchande du fonds de commerce selon des critères imposés par la pratique et l'usage de la profession à quoi il faut ajouter les frais normaux de réaménagement et de reconstruction.

Il est à signaler que les droits de chaque partie (locataire et bailleur) en ce qui concerne cette propriété commerciale auraient étudié en deuxième partie.

Les droits de propriété industrielle et commerciale ou droits intellectuels :

On range traditionnellement sous ce titre :

Les brevets d'invention : c'est un titre qui donne droit aux chercheurs et aux industriels qui ont découvert une invention d'avoir le monopole exclusif de son utilisation pendant un certain temps.

- Marque de fabrique : C'est un signe apposé sur les produits d'un commerçant pour les distinguer de ceux des concurrents et pour leur conférer un pouvoir attractif sur la clientèle.

Est considéré comme marque de fabrique le nom patronymique sous une forme distinctive, une dénomination, emblème, relief, empreinte, cachet, et c...

- Dessins et Modèles industriels : Ils relèvent de l'esthétique industrielle.

Le dessin peut être défini comme étant une combinaison de lignes et de couleurs sur une surface plane.

- Les droits de propriété littéraire et artistique : Les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques jouissent durant leur vie entière du droit exclusif de vente, de reproduction de représentation et de distribution de leurs ouvrages sur tout le territoire tunisien.

4-Autres éléments incorporels :

L'article 189 du code de commerce mentionne : « tout autre bien nécessaire à l'exploitation du fonds ».

Il faut par conséquent considérer comme faisant partie du fonds de commerce certaines licences et autorisations administratives d'une part et certaines créances et dettes d'autre part.

a-les licences et autorisations administratives :

L'exercice de certaines activités commerciales est subordonné à des licences ou autorisations administratives.

Elles sont en principe personnelles c'est à dire qu'elles ne font pas partie du fonds de commerce et ne peuvent pas être cédées avec lui.

Toutefois, certaines licences et autorisations administratives sont objectives et en conséquence elles font partie du fonds de commerce, elles peuvent être alors cédées, louées avec le fonds.

b-Les créances et les dettes :

Le principe est que les créances et les dettes ne font pas partie du fonds de commerce. Cependant, certains contrats conclus par le commerçant passent en vertu de la loi à celui qui bénéficie du fonds (contrats de travail, contrats d'assurance).

II- Les éléments corporels :

1-Le matériel :

Il s'agit d'une machine, de l'équipement, des outils qui vont servir à l'exploitation du fonds de commerce.

Ils peuvent être absolument essentiels, il s'agit d'équipement de transport, comme il peut être inexistant par exemple un fonds de commerce de distribution, un bureau d'étude.

2- Les marchandises :

On parle surtout des stocks mais ces marchandises peuvent être inexistantes.

Toutefois, il faut appliquer une distinction entre matériel et marchandises et pour cela il faut appliquer un critère de bon sens ; le matériel est un élément stable au sein du fonds de commerce alors que les marchandises qui ont vocation à être vendues constituent un élément fugitif.

Il faut signaler qu'en matière du nantissement du fonds de commerce les marchandises ne font pas partie de l'assiette d'évaluation.

PARTIE I : LA PROTECTION DU FONDS DE COMMERCE

Chapitre 1

LA PROTECTION DU FONDS DE COMMERCE A L'EGARD DU BAILLEUR

La valeur du fonds de commerce dépend de son exploitation, du développement de son activité et de sa clientèle qui en constitue un élément essentiel.

Pour cette raison, le fonds de commerce est protégé contre la concurrence déloyale au moyen des lois sur la concurrence et sur les droits des propriétés industrielles, littéraires et artistiques.

L'élément essentiel qui sert à rallier la clientèle consiste dans le droit au bail qui est le seul garant de la stabilité du fonds de commerce.

En raison de l'importance de cet élément, le législateur a accordé au propriétaire du fonds de commerce, le droit au renouvellement du bail ou droit de la propriété commerciale dans la loi numéro 77-37 du 25/5/77 :

La propriété commerciale est définie par la doctrine comme étant le droit pour le locataire commerçant d'obtenir soit le renouvellement de son bail à l'expiration de celui-ci, soit à défaut une indemnité d'éviction.

La loi du 25/5/77 a réglementé les conditions dans lesquelles le commerçant peut bénéficier de la propriété commerciale ainsi que les conditions de renouvellement du bail et des modalités de révision du loyer.

Section I : LE BAIL COMMERCIAL

Le contrat de bail commercial est un contrat par lequel l'une des parties le propriétaire d'un immeuble ou bailleur s'engage à assurer à l'autre partie la jouissance des lieux moyennant un prix ou loyer. Il convient donc d'étudier la forme et la durée du bail, l'objet du bail, la cession du bail et la sous-location.

I- La forme et la durée du bail :

1- La forme du contrat :

Le contrat du bail peut être écrit ou verbal, si le contrat est constaté par un écrit, il est généralement établi pour une durée déterminée.

Le contrat est verbal non seulement quand il n'est pas constaté par un écrit mais aussi si un écrit existe mais ne fixe pas la durée du contrat.

L'article 1 de la loi du 25/5/77 pose comme condition pour que le commerçant puisse se prévaloir des dispositions légales relatives à la propriété commerciale qu'il justifie d'une exploitation pendant deux années successives d'un FC dans les locaux qui lui sont loués.

2- La durée du contrat :

Le bail commercial présente une spécialité par rapport au bail civil au niveau de la fin du contrat.

Le bail commercial ne prend pas fin par l'arrivée du terme prévu par les parties et au terme de l'article 4 alinéa 1 de la loi du 25/5/77 :

« par dérogation aux articles 791et792 du COC, les baux soumis aux dispositions de la présente loi ne cessent que par l'effet d'un congé donné dans les délais prévus six mois à l'avance ».

Le congé doit aux termes de l'article 4 alinéa 5 de la loi être donné par un exploit d'huissier notaire.

Cet exploit doit à peine de nullité indiquer les motifs pour lesquels le congé est donné, il doit aussi contenir la reproduction intégrale des dispositions de l'article 27 de la loi qui énonce les dispositions suivantes :

« Le locataire qui entend soit contester les motifs de refus de renouvellement invoqués par le bailleur soit demander le paiement de l'indemnité d'éviction ou qui n'accepte pas les conditions proposées pour le nouveau bail doit saisir la juridiction compétente dans les 3 mois de la notification du congé ou de la réponse du propriétaire prévue à l'article 5 de la présente loi, passé ce délai il sera forclos et sera réputé soit avoir renoncé au renouvellement ou à l'indemnité d'éviction soit avoir accepté les conditions nouvelles exigées ».

Si un congé n'est pas donné ou si le congé est nul, le bail est renouvelé par tacite reconduction, dans ce cas, le contrat devient à durée indéterminée et on ne peut y mettre fin qu'en respectant la formalité du congé dans les délais prévus par la loi.

A défaut de congé signifié par le propriétaire, le locataire qui veut obtenir le renouvellement de son bail peut, au terme de l'article 5 de la loi, demander le renouvellement de son bail au propriétaire soit dans les 6 mois qui précèdent l'expiration du bail soit à tout moment au cours de sa reconduction.

Cette demande doit être adressée au propriétaire par un exploit dressé par un huissier notaire.

Elle doit à peine de nullité indiquer que si le propriétaire ne fait pas connaître au locataire dans les 3 mois de la demande son acceptation ou son refus ou une acceptation sous de nouvelles conditions, le bailleur est réputé avoir accepté la demande et le bail est renouvelé pour les mêmes conditions. La demande de renouvellement doit reproduire les dispositions de l'article 27 de la loi.

3- La résolution du contrat :

Le bail peut prendre fin avant le terme prévu par les parties dans le cas de sa résolution. La résolution peut, soit être prononcée par une décision judiciaire, soit résulter d'une clause résolutoire.

La résolution est prononcée par le tribunal en cas d'infraction grave aux clauses du contrat tel que le refus de paiement des loyers ou modification de la structure de l'immeuble. La résolution judiciaire est soumise à l'appréciation souveraine du juge du fonds.

La résolution peut aussi être due à une clause résolutoire insérée dans le contrat, le juge constate dans ce cas l'existence de la clause et l'infraction commise aux dispositions du contrat et prononce un jugement constatant l'application de la clause et l'anéantissement du contrat.

Si la clause de la résolution de plein droit invoquée est relative au non-paiement du loyer, le bailleur ne peut l'invoquer et demander la mise en jeu de la clause résolutoire qu'après 3 mois de l'établissement d'une sommation de payer adressée au locataire par voie d'huissier notaire conformément aux dispositions de l'article 23 de la loi du 25/5/77.

Cette sommation doit, à peine de nullité, mentionner l'obligation pour le locataire de payer dans le délai de 3 mois.

Ce délai peut cependant être prorogé par un accord des parties. A défaut de paiement des loyers par le locataire dans le délai de 3 mois, la résolution du contrat est prononcée d'office.

II- L'objet du contrat :

Le contrat de location doit être relatif à un local utilisé pour une activité commerciale, industrielle ou artisanale. Cette notion a été élargie par la loi du 25/5/77 à d'autres activités tel que l'enseignement privé.

Le locataire doit au terme de l'article 767 du COC utiliser la chose louée conformément à sa destination.

Le contrat de location peut dans certains cas restreindre les activités pouvant être exercées dans le local au moyen d'une clause de spécialisation.

Cette clause est de nature à permettre au propriétaire de l'immeuble d'en contrôler l'utilisation, le non respect par le locataire de la clause de spécialisation entraîne en principe la résolution du contrat.

Le contrat de location peut aussi contenir une clause d'exclusivité.

La clause d'exclusivité est une clause par laquelle le propriétaire des murs attribue au locataire l'exclusivité pour l'exercice d'une activité donnée.

Par cette clause, le bailleur s'interdit de louer un autre local dans l'immeuble pour l'exercice de la même activité, cette clause a une valeur obligatoire pour le

bailleur qui s'expose à une action en dommage- intérêt et en annulation du bail s'il ne le respecte pas.

III- La cession du bail et la sous-location :

La loi du 25/5/77 a posé des règles spéciales qui dérogent aux règles prévues par le COC concernant la cession du bail et la sous-location.

1- La cession du bail :

La cession du bail est définie comme étant l'acte par lequel le titulaire d'un bail ou locataire ne transmet dans tous ses droits et obligations à un tiers ou cessionnaire qui prendra sa place dans le contrat.

La cession du bail commercial est permise par l'article 33 de la loi du 25/5/77 qui pose la règle au terme de laquelle toutes les clauses insérées dans le contrat de location ayant pour but d'interdire au locataire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise sont nulles.

Le propriétaire du fonds de commerce dispose de la liberté totale de céder son bail avec le fonds de commerce. Cette cession doit cependant être signifiée au propriétaire à moins que ce dernier ne l'accepte par un acte ayant date certaine.

2- La sous-location :

La sous-location est définie comme étant le fait par le locataire de louer le local dont il est locataire à une tierce personne et de recevoir de son sous locataire un loyer alors qu'il continue à payer le loyer à son propriétaire.

La sous-location qu'elle soit totale ou partielle est interdite au terme de l'article 20 alinéa 1 de la loi du 25/5/77 à moins de clause contraire dans le contrat de location ou que le propriétaire autorise la sous-location.

Dans le cas où le contrat autoriserait le locataire à sous-louer tout ou partie du local, le propriétaire doit en cas de sous-location être appelé à concourir à l'acte conformément aux dispositions de l'article 20 alinéa 2 de la loi du 25/5/77.

Le locataire qui veut sous-louer doit faire connaître au propriétaire son intention de sous-louer par un exploit d'huissier notaire.

Le propriétaire doit dès les 15 jours informer le locataire de sa volonté de concourir à l'acte de sous-location.

Si le propriétaire ne répond pas dans le délai ou s'il refuse de participer, il est passé outre son refus si la sous-location est autorisée par le contrat.

Le propriétaire peut dans le cas où le loyer de la sous-location dépasse le loyer principal demander une augmentation du loyer conformément aux dispositions de l'article 20 alinéa 3 de la loi du 25/5/77.

Section II : LA PROPRIETE COMMERCIALE

La propriété commerciale est définie comme étant le droit pour le locataire d'obtenir le renouvellement du bail commercial à l'expiration du contrat ou à défaut une indemnité d'éviction.

Pour bénéficier de ce droit certaines conditions doivent être remplies, le renouvellement du bail est soumis à une procédure spéciale et le refus par le propriétaire fait naître au profit du locataire certains droits.

I- Conditions pour l'attribution de la propriété commerciale :

La location doit être relative à un local, la location d'un fonds de commerce ou location gérance ne fait pas naître le droit à la propriété commerciale.

Le locataire doit disposer d'un contrat de location régulier l'occupant même de bonne foi ne dispose pas du droit à la propriété commerciale.

L'article 1 de la loi du 25/5/77 indique le local objet du bail doit être utilisé pour une activité commerciale industrielle ou artisanale.

Dans l'article 2 de la loi, le législateur a élargi la notion de locaux qui peuvent donner lieu à un bail commercial, sont inclus :

- Les baux des locaux ou d'immeubles quand leur utilisation est indispensable à l'exploitation du fond s'il appartient au propriétaire du local ou est exercée l'activité commerciale.
- Les lieux des terrains nus sur lesquels ont été édifiés postérieurement à la location des constructions à usage commercial, industriel ou artisanal à condition que ces constructions aient été élevées et exploitées avec le consentement expresse ou tacite du propriétaire.
- Les baux des terrains nus sur lesquels ont été édifiées postérieurement à la location des constructions à usage commercial, industriel ou artisanal à condition que ces constructions aient été élevées et exploitées avec le consentement expresse ou tacite du propriétaire.
- Les baux des locaux abritant des établissements d'enseignement privé, le locataire doit être commerçant, un industriel ou un artisan.

Le fonds de commerce doit être exploité effectivement au moins pendant deux années successives, cette exploitation n'est pas nécessairement personnelle.

Elle peut être réalisée par les proposés du bénéficiaire ou résultats de l'exploitation par le précédant propriétaire.

L'exploitation du fonds de commerce doit être continue, les locaux loués d'une manière saisonnière ne donnent pas droit à la propriété commerciale.

II- Procédures de renouvellement du bail :

Le renouvellement du bail peut être demandé soit par le bailleur soit par le locataire.

Généralement, c'est le bailleur qui prend cette initiative en vue de modifier les clauses du contrat surtout celle relative au montant des loyers.

La demande de renouvellement est faite sous la forme d'un congé avec proposition de renouvellement moyennant un autre loyer.

Le locataire peut lui aussi, six mois avant l'expiration du bail ou à tout moment après son expiration, demander le renouvellement du bail.

La demande de renouvellement doit aux termes de l'article 5 de la loi être établie par un exploit par voie d'huissier notaire. Le propriétaire peut soit accepter de renouveler le bail soit refuser.

L'acceptation peut être tacite ou expresse, cette acceptation est tacite si le bailleur ne répond pas au bailleur dans les trois mois de la réception de la demande de renouvellement, dans ce cas le bailleur est réputé avoir accepté le renouvellement aux mêmes conditions et pour la même durée.

La réponse du bailleur est expresse quand il répond à la demande du locataire par voie d'huissier notaire et cela selon la même procédure que la demande de renouvellement soit pour accepter le renouvellement pour la même condition soit pour l'accepter tout en proposant de nouvelles conditions soit pour refuser.

Dans les deux derniers cas, le bailleur doit indiquer le motif de son refus ou les nouvelles conditions dans l'exploit adressé au locataire.

Cet exploit doit reproduire les dispositions de l'article 27 de la loi.

Le locataire qui veut contester soit les nouvelles conditions proposées, soit les motifs de refus de renouvellement ou qui demande le paiement de l'indemnité d'éviction doit actionner le bailleur en justice dans les trois mois de la signification du contrat.

Cette action est portée devant le président du tribunal de première instance du lieu de situation du fonds de commerce quand elle a pour objet la fixation du prix du loyer ou bien la durée de renouvellement ou une condition accessoire de ces éléments conformément aux dispositions de l'article 28 de la loi.

Dans le mois de sa signification de la décision judiciaire définitive, fixant le nouveau loyer ou les nouvelles conditions, les parties doivent, aux termes de

l'article 29 alinéa 2 de la loi dresser le nouveau bail conformément aux conditions fixées par la décision judiciaire.

Si le bailleur ne fait pas parvenir dans ce délai au locataire un projet de bail conforme à la décision judiciaire, ou si un accord n'est pas conclu entre les parties, la décision judiciaire vaut contrat de location.

En dehors de ce cas ou le législateur a prévu une compétence territoriale particulière, les autres actions en justice à l'encontre du bailleur ou du locataire sont portées selon les règles de droit commun relatives à la compétence territoriale et à la compétence d'attribution et ce conformément aux dispositions de l'article 21 de la loi du 25/5/77.

III- Le refus de renouvellement :

Le bailleur peut mettre fin au bail en refusant de la renouveler.

Cette décision du bailleur présente une grande gravité pour le commerçant qui risque de perdre une grande partie de sa clientèle et de ses bénéfices au cas où il quitterait le local où se trouve son fonds de commerce.

En raison de la gravité de cette décision, le législateur a prévu la possibilité de dédommagements du locataire en cas de refus de renouvellement sous la forme de l'indemnité d'éviction.

1- Le refus de renouvellement avec paiement de l'indemnité d'éviction :

Le bailleur peut au terme de l'article 7 alinéa 1 de la loi du 25/5/77 refuser le renouvellement du bail, il doit cependant adresser au locataire un préavis au moins avant six mois l'informant de sa volonté de ne pas renouveler le bail

Ce préavis peut être adressé au locataire à tout moment mais il doit lui accorder un délai de six mois.

Le bailleur doit payer au locataire dont il refuse de renouveler le bail une indemnité d'éviction conformément aux dispositions de l'article 7 alinéas 2 de la loi.

Cette indemnité doit être égale au préjudice causé au locataire par le défaut de renouvellement.

Elle doit au terme de l'article 7 alinéas 3 de la loi comprendre notamment la valeur marchande du fond déterminé suivant les usages de la profession, les frais normaux de déménagement et réinstallation, ainsi que les droits d'enregistrement à payer pour l'acquisition d'un fonds d'une même valeur.

L'indemnité d'éviction est fixée par le juge du fonds qui a recours généralement à une expertise judiciaire pour évaluer le fonds de commerce.

Le bailleur peut cependant revenir sur sa décision de ne pas renouveler le bail, il agit ainsi quand il estime que l'indemnité d'éviction est très élevée.

Le bailleur ne peut exercer ce droit au terme de l'article 30 alinéa 2 de la loi après l'écoulement de 15 jours de la date où la décision judiciaire est devenue définitive, il doit dans ce cas supporter les frais de justice et accepter le renouvellement du bail.

Le propriétaire ne peut exercer ce droit que si le locataire n'a pas encore quitté les lieux et n'a pas déjà loué un immeuble ou acheté un autre fonds de commerce.

En cas de renouvellement du bail, après exercice par le propriétaire du droit de repentir, les conditions de renouvellement sont fixées conjointement par les deux parties et à défaut d'accord, elles sont fixées par le président du tribunal de premier instance du lieu de situation du fonds de commerce conformément aux dispositions de l'article 28 de la loi.

En vue de garantir au locataire évincé tous ses droits, le législateur a posé la règle au terme de laquelle le locataire ne peut être obligé à quitter les lieux avant d'avoir reçu l'indemnité d'éviction qui lui est due à moins que le propriétaire ne lui verse une indemnité provisionnelle dont le montant est fixé par le président du tribunal de première instance du lieu de situation de fonds de commerce.

Dans le cas où l'immeuble appartiendrait à l'état ou à une collectivité publique le renouvellement du bail peut être refusé si le local est destiné à des travaux d'utilité publique.

Le refus de renouvellement doit être signifié au locataire par un préavis de six mois et le locataire a droit à une indemnité d'éviction conformément aux dispositions de l'article 7 de la loi du 25/5/77.

En cas d'expropriation de l'immeuble pour cause d'utilité publique, l'autorité bénéficiaire de l'expropriation peut au terme de l'article 17 de la loi offrir au propriétaire du fonds de commerce évincé un local équivalent situé à l'emplacement de l'immeuble exproprié ou dans le voisinage au lieu de l'indemnité d'éviction.

Le propriétaire du fonds de commerce évincé aura droit dans ce cas à une indemnité compensatrice de sa privation de jouissance et s'il y a lieu de la moins-value de son fonds ainsi que les frais de déménagement et de réinstallation.

2- Le refus légitime de renouvellement :

Le bailleur peut dans certains cas refuser de renouveler le bail sans supporter l'obligation au locataire une indemnité d'éviction ou en payant une indemnité réduite.

a- Le refus de renouvellement sans paiement d'indemnité d'éviction :

L'article 8 de la loi du 25/5/77 prévoit deux cas où le bailleur ayant droit de refuser le renouvellement du bail sans être tenu de payer une indemnité d'éviction, ces deux cas sont les suivants :

- l'existence d'un motif grave et légitime à l'encontre du locataire
- en cas où l'immeuble est insalubre et qui doit être démolie totalement ou partiellement

α) Refus de renouvellement pour motif grave :

Le bailleur est en droit de refuser le renouvellement du bail s'il existe un motif grave et légitime à l'encontre du locataire en cas par exemple d'utilisation abusive du local.

β) Refus de renouvellement pour insalubrité de l'immeuble :

Si l'immeuble où est exploité le fonds de commerce est insalubre, qu'il menace ruine et qu'il doit être démoli partiellement ou totalement et que cet état est reconnu par les autorités administratives compétentes, le bailleur peut refuser le renouvellement du bail.

Le locataire dispose cependant en cas de reconstruction de l'immeuble si ce dernier comporte des locaux commerciaux d'un droit de priorité pour louer dans l'immeuble reconstruit.

Pour bénéficier de ce droit de priorité, le locataire doit à peine de déchéance, en quittant les lieux et au plus tard dans les trois mois qui suivent son départ, informer le propriétaire de sa volonté d'user ce droit par un exploit d'huissier notaire indiquant son nouveau domicile.

Il doit aussi informer le propriétaire de tout changement de domicile par voie d'huissier notaire dans les délais.

b- Refus de renouvellement avec paiement d'indemnité réduite :

La loi du 25/5/77 permet dans certains cas au bailleur de reprendre le local et de refuser le renouvellement tout en payant une indemnité réduite. Ces cas sont les suivants :

◆ La reprise par le propriétaire pour la reconstruction de l'immeuble :

Le propriétaire peut au terme de l'article 9 de la loi du 25/5/77 refuser de renouveler le bail pour reconstruire l'immeuble.

Il doit dans ce cas payer au locataire évincé une indemnité égale à quatre années de loyer. Le locataire a le droit dans ce cas de rester dans le local jusqu'au commencement effectif des travaux et il dispose d'un droit de priorité pour louer un local dans l'immeuble reconstruit si ce dernier comporte des locaux commerciaux conformément aux dispositions de l'article de l'article 10 de la loi du 25/5/77.

◆ La reprise par le propriétaire de l'immeuble en vue de l'habiter lui même où de le faire habiter par ses descendants ou ses ascendants :

Si le bailleur ne dispose pas d'une habitation correspondant à ses besoins normaux ou à ceux des membres de sa famille vivant habituellement avec lui et que ces besoins correspondent à une use normale du local loué et que ce local peut être adapté à ses besoins par des simples travaux d'aménagement, il peut au terme de l'article 13 de la loi reprendre et mettre fin au bail en payant au locataire une indemnité égale au loyer de 5 années. Dans ce cas le propriétaire doit signifier un congé au locataire conformément aux dispositions de l'article 4 de la loi.

Ce droit à la reprise ne peut pas être utilisé par le propriétaire si les locaux sont affectés à l'exploitation d'un local ou d'un meuble (location de chambres meublées).

Le propriétaire peut ne reprendre qu'une partie du local mais cela n'est possible que si la reprise partielle ne porte pas atteinte à l'exploitation et à l'habitation du locataire, le bénéficiaire de la reprise doit occuper le local repris dans les 6 mois à compter du départ du locataire et le local ne peut pendant six années être affecté à une activité commerciale, industrielle ou artisanale faute de quoi le locataire aura droit à une indemnité d'éviction et le propriétaire encourt une amende de 100 à 1000D.

◆ Le propriétaire peut, au terme de l'article 12 de la loi, différer pendant 3 années le renouvellement du bail en vue de surélever l'immeuble.

Si les travaux nécessitent l'éviction temporaire du locataire, ce dernier a droit à une indemnité dont le montant ne peut dépasser le loyer de 3 années.

◆ Le propriétaire peut au terme de l'article 14 de la loi refuser le renouvellement du bail s'il a obtenu une prime de construction pour bâtir une habitation sur le terrain nu ou loué nu, cette reprise ne peut porter que sur la partie du terrain non construite.

Si les travaux sont de nature à empêcher le locataire de continuer son exploitation, il a droit à une indemnité égale au loyer de 4 années.

Section III : La fixation du loyer

Le loyer est fixé librement par les parties au moment de la conclusion du contrat de location. La relation contractuelle basée sur le contrat de location étant appelée à durer, le loyer doit normalement être révisé au cours du bail pour le faire correspondre aux fluctuations économiques afin qu'il soit équitable.

A défaut d'accord entre les parties sur le loyer au moment du renouvellement du bail le législateur a prévu les éléments qui servent pour la fixation du loyer par une décision judiciaire.

I- Les éléments servant pour la détermination du loyer :

En l'absence d'un accord des parties sur la révision du loyer après l'expiration de la durée du bail, l'article 22 de la loi a prévu un certain nombre d'éléments pour servir de base pour la détermination d'un loyer équitable. Le loyer est fixé en tenant compte des éléments suivants :

-
- La surface totale réelle affectée à la réception du public ou à l'exploitation en tenant compte de la vétusté (l'ancienneté) et de l'équipement des locaux mis par le propriétaire à la disposition de l'exploitant, de la nature et de la destination de ces locaux ainsi que de leurs accessoires et de leur dépendance. Il peut en outre être tenu compte de la surface des ouvertures sur vus par rapport à la surface totale du local.
 - La surface totale réelle des locaux annexes éventuellement affectés à l'habitation de l'exploitant ou de ses proposés.
 - Les éléments commerciaux ou industriels en tenant compte d'une part de l'importance de la ville, du quartier, de la vue et de l'emplacement, et d'autre part, de la nature de l'exploitation et des commodités offerts pour son accomplissement.
 - Les charges imposées au locataire : les éléments pris en considération par la loi sont relatifs aux caractéristiques du local : sa superficie, les équipements dont ils bénéficient, la destination des lieux et la situation commerciale du local.

Dans la pratique, l'évaluation du loyer est effectuée suite à une expertise judiciaire qui prend en général comme base pour l'évaluation du loyer les éléments suivants :

- le taux d'augmentation du coût de la vie depuis la conclusion du contrat de location ou son renouvellement.
- la valeur foncière du local en tenant compte du prix du terrain, du coût de la construction et de la vétusté du local.

II- La révision du loyer :

Le loyer peut au terme de l'article 24 de la loi être révisé à la demande du bailleur ou du locataire.

La demande de révision ne peut être faite au terme de l'article 25 de la loi que 3 ans au moins après la date d'entrée en jouissance du locataire ou après le point de départ du bail renouvelé.

Le propriétaire peut cependant au terme de l'article 25 de la loi présenter une demande de révision du loyer sans avoir à respecter le délai de 3 années en cas de vente du fonds de commerce.

La demande de révision doit au terme de l'article 24 de la loi être faite par un exploit établi par un huissier notaire.

Cet exploit doit être conforme aux conditions prévues pour le congé et reproduire les dispositions de l'article 27 de la loi.

La demande doit mentionner le montant du loyer demandé.

A défaut d'accord entre les parties sur le montant du loyer dans les 3 mois de la signification de la demande, celle-ci est jugée par le président du tribunal de première instance du lieu de situation du fonds de commerce qui est saisi par la partie qui a reçu la demande conformément aux dispositions de l'article de l'article 28 de la loi.

La demande de révision des loyers ne peut, au terme de l'article 26 alinéa 2 de la loi, être recevable que si les conditions économiques se sont modifiées au point d'entraîner une variation de + du $\frac{1}{4}$ de la valeur locative fixée par le contrat ou par décision judiciaire.

Durant l'action en justice en fixation du loyer, le locataire est tenu, au terme de l'article 29 de la loi, de continuer à payer les loyers échus au prix ancien.

Le nouveau prix est du à partir de la date indiquée par la demande à moins que les partis ne conviennent d'une date plus ancienne ou plus récente.

Chapitre 2

LA PROTECTION DES AUTRES ELEMENTS DU FONDS DE COMMERCE

Sachant que le fonds de commerce est composé d'autres éléments incorporels, à côté du droit au bail, la protection de ce dernier est insuffisante pour assurer la protection du FC.

Encore faut-il en ajouter la protection des autres éléments tel que la clientèle, l'achalandage, le nom commercial, l'enseigne, les droits de propriété industrielle appelés aussi droits intellectuels... ?

Or une distinction est nécessaire entre ces éléments.

Si la clientèle constitue un élément obligatoire du fonds de commerce, dont la recherche et la conservation sont les buts poursuivis par le commerçant, les autres éléments tournent autour de cette notion de clientèle.

Ainsi, l'enseigne et le nom commercial sont rattachés à la clientèle puisqu'ils servent à la rallier.

En plus, les droits de propriété industrielle (brevets d'invention, marques de fabrique, dessins et modèles) ont en commun d'assurer à leurs titulaires le monopole d'une clientèle.

Vu l'importance de cette clientèle, il y a eu toujours une compétition entre les industriels et les commerçants pour la conquête de la clientèle.

Au départ, les juristes se faisaient une représentation quelque peu théorique de cette compétition.

Leur analyse s'apparentait à la théorie économique de Walras sur la concurrence pure et parfaite.

Très vite, cependant ils se confrontaient à la triste réalité que certaines entreprises abusaient de cette libre concurrence en ayant recours à des procédés et méthodes que condamnait la profession dans son ensemble.

D'ailleurs, ces procédés ne nuisaient pas seulement aux professionnels mais aussi aux consommateurs.

C'est pourquoi le législateur et la jurisprudence sont intervenues pour combattre et condamner ces excès de la concurrence en assurant :

- la protection contre la concurrence déloyale.
- la protection contre la contrefaçon.

Section I : Protection contre la concurrence déloyale

D'après le code de la concurrence déloyale et abusive ; publié le 01/03/1944 par le Comité Général d'Organisation du Commerce français, la concurrence déloyale est définie comme étant :

« Le fait d'un commerçant qui de mauvaise foi détourne ou essaie de détourner la clientèle, nuit ou tente de nuire aux intérêts d'un concurrent par des moyens contraires aux lois, aux usages ou à l'honnêteté professionnelle ».

Ainsi, définie, la notion de concurrence déloyale apparaît incertaine et a besoin d'être précisée afin de ne pas la confondre avec d'autres notions voisines.

Et c'est dans le but de montrer l'autonomie de cette notion que le doyen Roubier a proposée de la distinguer de la concurrence illégale et interdite.

Enfin, et pour cerner la notion de la concurrence déloyale, la question qu'on pourrait se poser est de savoir où se situe la frontière entre les comportements loyaux et déloyaux.

C'est pourquoi, on dérivera les principales atteintes à la loyauté avant d'envisager leur sanction à savoir l'action en concurrence déloyale.

I- Les atteintes à la loyauté :

Ces atteintes à la loyauté se manifestent sous la forme de comportements et procédés déloyaux.

Or, traditionnellement, ces procédés sont classés sous trois rubriques à savoir :

Le dénigrement, la confusion, et la désorganisation.

1- Le dénigrement :

Le dénigrement peut être défini comme le propos tendant à jeter le discrédit sur la personne ou les produits ou services du concurrent.

Ainsi défini, le dénigrement se distingue de la simple critique par le fait que le premier est une faute, le second est un droit.

Le dénigrement ne commence qu'avec des critiques systématiques voulant discréditer le concurrent.

En plus, le dénigrement est constitutif de concurrence déloyale, combien même les critiques formulées contre les concurrents seraient fondées.

Le dénigrement est généralement l'œuvre d'un concurrent.

Faudrait-il croire que le dénigrement provenant d'un non concurrent échappe à tout reproche ?

Pour être répréhensibles, les informations litigieuses doivent viser la personne, l'entreprise ou les produits d'un concurrent (pris individuellement) ou d'un groupe de concurrents déterminé (voire même toute la profession).

En plus, pour que le dénigrement soit constitué, il est nécessaire que la victime soit identifiée ou tout au moins, facilement identifiable. En effet, il n'est pas nécessaire que sa désignation soit expresse, elle peut n'être qu'implicite dès lors qu'elle est suffisamment claire et transparente. C'est ainsi que l'affichage par un restaurateur dans son établissement d'une addition avec une pancarte portant la mention « ce que vous ne verrez pas ici », alors que la proximité d'un seul autre restaure de même nature dans la localité permettait à la clientèle de penser que cette addition provenait de ce concurrent, a été considéré comme une concurrence déloyale.

Le dénigrement peut être implicite ou explicite. Dans ce dernier cas, il doit être contenu dans une note d'information ou tout autre document à usage externe c'est à dire dont les tiers ont pris connaissance.

Une autre forme répandue du dénigrement est la publicité.

D'après la jurisprudence française, il y a dénigrement dans le fait de donner une publicité prématurée à des poursuites judiciaires intentées contre un concurrent ou même à une décision de justice non définitive quel que soit d'ailleurs l'issue du procès.

Mais, quant-est-il alors de la victime de contrefaçon ?

Sur ce point, la jurisprudence française paraît hésitante.

Son, jugement, en effet diffère selon que l'action en contrefaçon a été engagée ou non.

Ainsi, l'affirmation absolue que « l'envoi de circulaires aux distributeurs d'un concurrent assortis de menaces de poursuites en contrefaçon est un acte de dénigrement si aucune action n'a été engagée » est plutôt nuancée s'il existe déjà une action.

A ce titre, la même juridiction précise que l'envoi à la clientèle d'une circulaire mettant en garde contre les risques d'une contrefaçon ne constitue pas un dénigrement, mais un moyen légitime de prévenir la clientèle, en particulier si cette mise en garde est rédigée en termes mesurés.

Est plus délicate, la question de publicité comparative.

Cette forme classique de dénigrement consiste par le commerçant de faire une publicité comparant ses produits à ceux des concurrents, il choisit généralement les produits et les concurrents de façon à ce que la comparaison tourne à son avantage.

Cette pratique a été, depuis longtemps, interdite parce qu'elle est constitutive de dénigrement.

Seulement, les tentatives de modification de la réglementation de la publicité comparative ont commencé à partir de 1986.

En effet, la cour de cassation française, dans un arrêt très remarqué a battu le principe selon lequel la publicité comparative est un dénigrement.

Elle a affirmé que « n'est pas illicite une publicité qui se borne à la comparaison des prix auxquels des produits identiques sont vendus, dans les mêmes conditions, par des commerçants différents contribuent ainsi à assurer la transparence d'un marché soumis à la concurrence ».

C'est à partir de 1992 que la publicité comparative est autorisée en France, par la loi n°92-60 du 08/01/1992.

La loi précise en plus que la comparaison qui utilise soit la citation ou la représentation de la marque d'autrui, soit la citation ou la représentation de la raison sociale, du nom commercial ou de l'enseigne d'autrui n'est autorisée que sous des conditions très strictes.

En résumé, cette comparaison doit être objective et porter sur des caractères essentiels significatifs, pertinents et vérifiables de biens ou services de même nature et ne peut concerner que des produits vendus dans des conditions identiques et doit indiquer la durée pendant laquelle sont maintenus par l'annonceur.

2- La confusion :

Ce procédé appelé confusion ou imitation d'un concurrent est un procédé très courant de la concurrence déloyale.

Autrement dit c'est l'acte de concurrence déloyale le plus naturel.

Il consiste à susciter une confusion dans l'esprit de la clientèle du concurrent afin de l'attirer à soi.

En effet, le concurrent est naturellement conduit à vouloir profiter du succès de son rival en tentant de provoquer une confusion dans l'esprit de la clientèle.

C'est ainsi que le client se méprendre sur l'identité de celui avec lequel il traite ou sur l'origine de ce qu'il acquiert.

La jurisprudence française se contente donc d'un risque de confusion, ce qui signifie qu'il n'est pas nécessaire que la confusion se soit produite.

On se demande alors sur quoi cette recherche de confusion peut-elle porter ?

Elle peut porter sur des éléments différents à savoir : les produits eux-mêmes, la publicité, la présentation du magasin, la présentation des produits(emballages...) et les signes distinctifs.

Mais, il s'agit de savoir la nature de ces signes distinctifs.

Ce sont ceux qui désignent d'une part l'entreprise ou ceux qui désignent ses produits ou ses services d'autre part.

Pour la première catégorie, étant donné que les signes distinctifs désignant l'entreprise sont le nom commercial, la dénomination sociale et l'enseigne alors on se contentera de définir ces notions.

De même, concernant la deuxième catégorie de signes distinctifs désignant les produits et services de l'entreprise ; l'analyse relative aux faits constitutifs de confusion de marques sera étudiée dans ce qui suit.

Il est bien certain que les raisons de ce choix sont motivées et découlent du fait qu'ici l'action en concurrence déloyale s'apparente et joue un rôle comparable à l'action en contrefaçon qui protège les créations et signes distinctifs de manière privative tel que les brevets, les marques, enseignes, dessins et modèles.

On rappellera brièvement à la fin la définition de nom commercial et dénomination sociale tout en montrant la nuance entre ces deux notions voisines.

Le nom commercial a été défini comme étant la dénomination qui désigne l'entreprise ou le fonds de commerce, dans son existence ou son activité.

Le droit sur le nom commercial s'analyse en un droit de propriété.

Ainsi, il a été jugé que « la société qui a acquis un nom commercial mais qui ne l'a pas utilisé est considérée comme dépourvue de tout droit sur ce nom ». De même, pour le droit sur la dénomination sociale qui est un droit de propriété.

Seulement, ce droit est réservé aux sociétés de capitaux et individualise la personne morale prise en elle-même.

3- La désorganisation :

La troisième et dernière atteinte à la loyauté de la concurrence c'est la désorganisation.

Or on distingue traditionnellement entre la désorganisation de l'entreprise ou fonds de commerce concurrent et la désorganisation générale du marché.

A ce sujet, le législateur tunisien a énuméré la liste des actes constitutifs de désorganisation.

En effet, aux termes de l'article 5 de la loi n°95-42 du 24/04/1995 modifiant et complétant la loi n° 91-64 du 29/07/1991 relative à la concurrence et aux prix :

« Sont prohibées les actions concertées et les ententes expresses ou tacites visant à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché, lorsqu'elles tendent à :

- ✓ Faire obstacle à la fixation des par le libre jeu de l'offre et de la demande.
- ✓ Limiter l'accès au marché à d'autres entreprises ou le libre exercice de la concurrence.
- ✓ Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique.
- ✓ Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

Sont prohibés, dans tous les cas, les contrats de concession et de représentation commerciale exclusive.

Est prohibé, également, l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché intérieur ou sur une partie substantielle de celui-ci.

L'exploitation abusive d'une position dominante peut consister en refus de vente, en ventes liées, en prix minimums imposés en vue de la revente ou en condition de vente discriminatoire.

Est nul de plein droit tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à l'une des pratiques prohibées en vertu du présent article.

Par contre, « *ne sont pas considérées comme anticoncurrentielles, les ententes et les pratiques dont les auteurs justifient qu'elles ont pour effet un progrès technique ou économique et qu'elles procurent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte* ».

II- L'action en concurrence déloyale

Pour protéger le commerçant contre le détournement de sa clientèle, la loi lui a accordé la possibilité d'exercer l'action en concurrence déloyale en respectant certaines conditions et procédures d'exercice conduisant ainsi à des sanctions.

1- Les conditions d'exercice :

Si la théorie de l'action n'a pas été définie par le législateur tunisien, les conditions de l'action ont été par contre énoncées dans l'article 19 du code des procédures civiles et commerciales.

En effet, « *l'exercice de l'action appartient à toute personne ayant qualité et capacité pour faire valoir en justice ses droits. Le demandeur avoir intérêt dans l'exercice de l'action... »*

Autrement dit ces conditions sont relatives à la personne du plaideur, l'objet de l'action et le délai pour agir.

a- Les conditions tenant à la personne du laideur :

Ces conditions sont au nombre de trois soit : l'intérêt, la qualité et la capacité.

Or cette dernière condition à savoir la capacité n'est pas considérée comme une condition nécessaire à l'exercice de l'action en justice car elle touche le fond du droit.

L'intérêt est considéré comme la mesure des actions, puisque « pas d'intérêt, pas d'action ».

L'exigence d'intérêt pour pouvoir agir en justice a pour conséquence d'exclure tous ceux qui ne retiennent aucune utilité d'action.

En effet, les juges ne sont pas chargés de donner des solutions théoriques c'est à dire qui ne reflètent pas d'intérêt en pratique.

Seulement la notion d'intérêt est imprécise, ce qui a poussé la doctrine et la jurisprudence à l'analyser. Ces examens jurisprudentiels ont fait ressortir que l'intérêt doit être légitime, né et actuel.

La notion de légitimité implique qu'il est nécessaire que la partie qui agit fasse état d'un intérêt juridiquement protégé.

C'est l'absence d'intérêt ainsi qualifié qui fit longtemps déclarer irrecevables quelques actions.

Ainsi, il importe peu que l'intérêt résulte d'un contentieux subjectif ou objectif c'est à dire le demandeur de l'action soit qu'il soutient qu'il a été

porté atteinte à un droit subjectif soit qu'il demande de vérifier s'il a été porté atteinte à une règle objective.

A mon avis, l'action en concurrence déloyale peut être intentée suite à un contentieux subjectif ou objectif.

Dans le premier cas, le demandeur de l'action réclamera la sanction d'un droit subjectif à savoir son droit de propriété de nom commercial...

Dans le second cas, l'action tend à défendre la règle de loyauté de la concurrence au lieu du droit de propriété.

La règle serait objective dans la mesure où l'action est intentée par les syndicats pour défendre les intérêts professionnels de ses membres ou bien c'est le ministère public qui va exercer l'action publique.

Enfin, il est à remarquer qu'une autre classification d'intérêt légitime a été retenue par la doctrine et la jurisprudence : L'intérêt visé peut être patrimonial, extra patrimonial ou moral, il sera protégé de la même manière.

Il ne suffit pas pour agir en justice d'invoquer un intérêt légitimement protégé encore faut-il qu'il soit né et actuel ?

La question est alors de savoir s'il faut toujours attendre la violation effective du droit pour agir ou éventuellement agir préventivement à l'aide d'action préventive.

Certes les actions préventives comportent un risque. Cependant, elles sont utiles, c'est pourquoi le système judiciaire tunisien ne les rejette pas en totalité.

En effet, certaines actions préventives sont interdites, d'autres par contre sont autorisées.

Il s'agit pour les actions préventives interdites d'un intérêt éventuel qui aboutit souvent au renversement du principe de la charge de la preuve.

Par contre, d'autres actions préventives ont été admises car :

- Les actions déclaratoires visent à obtenir du juge la déclaration d'un droit ou encore l'existence ou l'inexistence d'une situation juridique suite à un litige en puissance.
- Les actions de sauvegarde qui évoquent un motif légitime pour conserver ou établir avant tout procès la preuve d'un fait dont dépendra l'action.
- La dénonciation de nouvelles œuvres suite aux troubles éventuels causés aux processeurs.

En plus de la notion d'intérêt légitime, né et actuel, pour pouvoir agir en justice, l'intéressé doit se prévaloir de la qualité c'est à dire d'un intérêt direct et personnel.

La notion de qualité englobe trois situations possibles :

- Le plaideur invoque un droit subjectif.
- le plaideur n'est pas titulaire d'un droit subjectif et soutient qu'il a un intérêt légitime.
- Le plaideur personne physique ou morale est représentée par un contrat de mandat

Ainsi, les examens jurisprudentiels ont réservé la qualité aux particuliers ; on se demande alors quel est le sort des actions menées par les groupements d'associations, syndicats...

b- Les conditions tenant à l'objet de l'action :

Après avoir vérifié les conditions d'intérêt et qualité, le juge apprécie l'objet de l'action.

En effet, la demande ne doit pas avoir été jugée. Cet obstacle s'appelle l'autorité de la chose jugée.

Dès l'instant qu'une prétention a été soumise à l'appréciation d'un juge, elle ne peut plus servir d'aliment pour un nouveau procès.

c- Les conditions tenant à la nécessité du délai pour agir :

L'exercice de l'action est toujours enfermé dans certains délais qu'on appelle prescription.

Cette notion a été instituée par le législateur en vue de faire régner l'ordre social.

En concurrence déloyale, la prescription de l'action publique entraîne celle de l'action civile.

L'exercice de l'action diffère selon le fondement de l'action en concurrence déloyale.

2- Exercice de l'action :

a- Selon le fondement civil :

L'action en concurrence déloyale serait civile et intentée en vue d'obtenir des dommages et intérêt.

A ce sujet, l'article 92 du COC a énoncé : « peuvent donner lieu à des dommages et intérêts, sans préjudice de l'action pénale, les faits constituant une concurrence déloyale » et par exemple :

- le fait d'user d'un nom ou d'une marque à peu près similaires à ceux appartenant légalement à une maison ou fabrique déjà connue, ou à une localité ayant une réputation collective, de manière à induire le public en erreur sur l'individualité du fabricant et la Provenance du produit.
- le fait d'user enseigne, tableau, inscription, écriteau, ou autre emblème quelconque, identique ou semblable à celui adopté légalement par un

négociant, ou commerce de produits semblables, de manière à détourner la clientèle de l'un au profit de l'autre.

- le fait d'ajouter au nom d'un produit les mots : façon de..., d'après la recette de ..., ou autres expressions analogues, tendant à induire le public en erreur sur la nature ou l'origine du produit.

- le fait de faire croire par des publications ou autres moyens, que l'on est le cessionnaire ou le représentant d'une autre maison, ou établissement connu.

Aux termes de cet article, l'action en concurrence déloyale serait assimilée à une action en responsabilité civile dont les éléments constitutifs seraient : la faute, le préjudice et le lien de causalité.

Tout d'abord, sachant que « chacun est responsable du dommage moral ou matériel qu'il a causé, non seulement par son fait, mais par sa faute, lorsqu'il est établi que cette faute en est la cause directe », la faute constituerait une condition nécessaire à l'exercice de l'action en concurrence déloyale.

La faute résulterait alors d'agissements contraires aux usages commerciaux qui « consistent à omettre ce qu'on était tenu de faire, soit à faire ce dont on était tenu de s'abstenir, sans intention de causer un dommage ».

Ainsi, l'intention de nuire au concurrent n'est pas nécessaire.

Par exemple, en matière d'imitation ou confusion du nom commercial, celui qui utilise sans droit le nom d'autrui sera condamné pour concurrence déloyale,

même s'il prouve qu'il ignorait totalement l'existence d'une utilisation antérieure de ce nom par autrui. La seule chose que le demandeur aura donc à établir est son antériorité d'usage du nom en cause.

Ensuite, sachant que « tout fait quelconque de l'homme qui, sans l'autorité de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur que ce fait en est la cause directe ».

Le préjudice consisterait alors dans la perte de clientèle, ce qui est évidemment très difficile à caractériser ! Vu la nature mouvante de la clientèle et les divers critères qui peuvent influencer sur le comportement de consommateur.

Ainsi, seul un préjudice même éventuel pourra permettre l'octroi des dommages et intérêts.

Enfin, il faudrait prouver le lien causalité entre la faute et le préjudice. Par exemple : les tribunaux ont tendance à présumer le lien de causalité lorsque la concurrence déloyale et la baisse de chiffre d'affaires sont établies.

Or cette tâche est délicate car la chute du volume des ventes peut provenir au moins, en partie d'autres causes !

b- Selon le fondement pénal :

L'action en concurrence déloyale serait pénale.

Or comme toute infraction pénale, il faut la réunion de trois éléments constitutifs à savoir : l'élément légal, moral et matériel.

L'élément légal est une conséquence du principe de la légalité des peines.

Selon ce principe, il n'y a pas d'infraction s'il n'y a pas une loi qui punit cette infraction.

Seulement, la lecture du code pénal tunisien fait ressortir l'absence de peines relatives à la concurrence déloyale.

On pourrait alors penser que l'action en concurrence déloyale n'a pas de fondement légal pour être considérée comme infraction pénale, surtout qu'en France, quelques critiques seulement ont été apportées au premier fondement de

l'action c'est à dire le fondement civil : « absence de faute, absence de préjudice et, partant, absence de lien de causalité entre cette faute et ce préjudice, voilà qui nous éloigne singulièrement de la responsabilité civile »

Cette lacune en droit tunisien a été comblée par le législateur en instituant dans la loi relative à la concurrence et aux prix les infractions relatives aux pratiques anticoncurrentielles et leurs sanctions.

3- Les sanctions de l'action :

Il y a deux types de sanctions : celles qui sont prévues par la commission de la concurrence et celles qui sont pénales.

a- Les sanctions administratives :

La commission sanctionne les pratiques anticoncurrentielles. En effet, (les opérateurs ayant méconnu l'une des prohibitions édictées aux articles 5 et 6 de présente loi, sont sanctionnés, sans préjudice de peines par les tribunaux, par une amende pécuniaire infligée par la commission de la concurrence instituée par l'article 9 de la présente loi.

Le montant de la dite amende ne peut excéder 5% du chiffre d'affaires réalisé en Tunisie par l'opérateur concerné au cours du dernier exercice écoulé.

« le conseil de concurrence peut également, le cas échéant :

- adresser les injonctions aux opérateurs concernés pour mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, dans un délais déterminé, ou leur imposer des conditions particulières dans l'exercice de leur activité.
- prononcer la fermeture provisoire de ou des établissements incriminés, pendant une période n'excédant pas trois mois.

Toutefois, la réouverture des dits établissements ne peut intervenir qu'après qu'ils aient mis fin aux pratiques objet de leur condamnation ».

Et c'est dans le but d'appuyer ces décisions, que « le ministre compétent est habilité à prendre toutes les mesures nécessaires pour l'exécution des décisions de la commission rendues à l'encontre des contrevenants... ».

b- Les sanctions judiciaires :

A coté des sanctions administratives prévues par le conseil de la concurrence ; ce dernier peut engager des sanctions judiciaires en « faisant transmettre le dossier au parquet en vue d'engager les poursuites pénales ».

Ainsi « sous réserve des dispositions de l'article 6 de la présente loi et après accomplissement de la procédure prévue à l'alinéa 3 de l'article 20 de la présente loi, est puni d'un emprisonnement allant de seize jours à une année et d'une amende de 2000D à 10000D ou de l'une de ces deux peines seulement, toute personne physique qui, par des moyens détournés, aura pris une part déterminante dans la violation des interdictions édictées par l'article 5 de la présente loi ».

Section 2: LA PROTECTION CONTRE LA CONTREFAÇON

A coté de la concurrence déloyale ; la contrefaçon constitue-t-elle aussi une atteinte à la liberté de commerce.

Traditionnellement ; on l'oppose à la concurrence déloyale.

La contrefaçon, dit-on, est la violation d'un droit privatif, la concurrence déloyale est la violation d'un devoir.

Toutefois ; cette opposition tranchée entre les deux notions est récusée par une partie de la doctrine.

Ce qui nous intéresse, c'est que la contrefaçon désigne toute atteinte portée au monopole d'exploitation ou au monopole d'utilisation qui découle de l'un des droits de propriété industrielle (brevets d'invention, dessins et modèles, marques de fabrique...).

C'est pourquoi, l'exposé sera divisé en trois parties où on évoquera à part le type de protection associé aux brevets d'invention, marques de fabrique et dessins et modèles.

I- La protection des brevets d'invention :

Les inventions ou créations industrielles dont l'objet est technique et utilitaire, sont susceptibles d'une protection par brevets, eux-mêmes protégés par le droit de la concurrence sous forme d'action en contrefaçon.

1- Les brevets d'invention :

La législation relative aux brevets d'invention est relativement ancienne puisqu'elle remonte au décret du 26/12/1888.

En Tunisie, les découvertes et inventions nouvelles sont protégées par des titres appelés brevets délivrés pour 5,10,15 ou 20 ans selon la demande du déposant.

a- La notion d'invention :

Pour être protégée, l'invention doit avoir un objet précis qui a des caractéristiques bien précises.

Aux termes de l'article 2 de la loi, est considérée comme invention ou découverte nouvelle « l'invention de nouveaux produits industriels, l'invention de nouveaux moyens ou l'application nouvelle de moyens connus pour l'obtention d'un résultat ou d'un produit industriel ».

A ce niveau, certaines notions doivent être clarifiées.

Ainsi, le produit nouveau ne doit pas s'agir de la découverte d'un produit naturel jusque-là inconnu et doit se distinguer des produits similaires par des caractéristiques et avantages.

De même, pour les moyens nouveaux qui peuvent procurer un résultat déjà connu ou inconnu.

Seulement l'application nouvelle de moyens connus peut présenter des difficultés dans la pratique dans la mesure où il s'agit de transporter à un domaine dans lequel elle n'avait jamais pu être appliquée une technique déjà connue dans d'autres domaines.

En plus, l'objet de l'invention doit avoir un caractère industriel, nouveau qui est synonyme d'une activité inventive.

C'est pourquoi, le législateur tunisien exclut du champ d'inventions brevetées, « les plans et combinaisons de crédit ou de finance, ainsi que les inventions dont la vulgarisation serait contraire aux lois et bonnes mœurs. Si l'invention se rapporte à des données alimentaires ou à des médicaments, le brevet ne pourra être délivré pour le produit même, mais exclusivement pour les procédés spéciaux relatifs à sa fabrication ».

Et déclare que « sont nuls et de nul effet, les brevets délivrés si la découverte, invention ou application n'est pas aux termes de l'article 3, susceptible d'être brevetée ».

b- Les droits et obligations du breveté :

Pour protéger l'invention, l'inventeur doit remplir certaines obligations en vue de jouir des droits relatifs à la propriété industrielle.

Parmi les obligations de l'inventeur :

- Le dépôt d'une demande de brevet en personne ou par mandataire ou adresser par la poste, sous plis fermé et cacheté de l'Institut National de la Normalisation et de la Propriété Industrielle.

Cette demande doit indiquer une élection de domicile en Tunisie, être limitée à un objet principal, mentionner la durée de protection, indiquer sommairement et précisément l'objet de l'invention et être signée par le déposant ou son mandataire.

- Une description en double exemplaire de la découverte, invention ou application faisant l'objet du brevet demandé.
- Les échantillons ou dessins, en double exemplaire, qui seraient nécessaires à l'intelligence de la description.
- Un bordereau des pièces déposées.
- Le cas échéant le pouvoir de mandataire.
- Le paiement des redevances relatives au dépôt et à la première annuité, à la publication de l'avis de dépôt et à la publication de la délivrance du brevet.

Les titulaires de brevet doivent, sous peine de déchéance, acquitter régulièrement les annuités de maintien en vigueur de leur brevet, aux dates anniversaires de la délivrance.

- L'obligation d'exploitation du brevet c a d il est légitime que l'inventeur tire profit de son brevet. C'est ainsi que « le breveté qui n'aura pas mis en exploitation sa découverte ou invention dans la Régence dans le délai de deux ans, à partir du jour de la signature du brevet, ou qui aura cessé de l'exploiter pendant deux années consécutives, à moins que, dans l'un ou l'autre cas, il ne justifie des causes de son inaction ».

Une fois, ces obligations remplies ; l'inventeur jouira :

- D'un droit moral : puisqu'il sera désigné comme tel même s'il n'est pas le déposant.
- D'un monopole d'exploitation : puisqu'il va bénéficier d'un droit exclusif d'exploitation et pourra par la suite en tirer profit.
- D'un droit de propriété puisque les brevets sont objets de propriété industrielle et par la suite peuvent être soumis à toutes les opérations juridiques tel que la cession...

En définitif, la législation sur les brevets a pour objectif de concilier d'une part l'intérêt général que les inventions profitent à la collectivité et d'autre part l'intérêt des inventeurs qui ont besoin d'encouragement.

La loi organise donc en leur faveur un monopole temporaire d'exploitation, après quoi l'invention tombe dans le domaine public.

Toutefois, l'inventeur ne peut pas être contraint à publier sa découverte. Il existe donc des inventions non brevetées, l'inventeur renonçant à ses risques et périls au bénéfice de la protection légale.

2- La contrefaçon :

Si la contrefaçon est constitutive de délit en droit tunisien, alors il y a lieu de déterminer les éléments constitutifs de ce délit en premier lieu puis la procédure propre à l'action en contrefaçon.

a- Les éléments constitutifs du délit :

Les frais matériels de contrefaçon sont énoncés dans les articles 34 et 35. il s'agit de « toute atteinte portée aux droits du breveté, soit par la fabrication de produits, soit par l'emploi des moyens faisant l'objet de son brevet ».

En plus, « ceux qui auront sciemment recelé, vendu ou exposé en vente ou introduit sur le territoire de la Régence un ou plusieurs objets contrefaits seront punis de mêmes peines que les contrefacteurs ».

Ainsi, le législateur opère une distinction entre la fabrication d'une part, cette distinction cache derrière elle une volonté du législateur de retenir l'intention frauduleuse seulement en cas de fabrication.

En effet, le fabricant est toujours présumé de mauvaise foi : il est considéré comme ne pouvant pas ignorer l'existence du brevet.

En revanche, le vendeur de produits contrefaits ne sera contrefacteur que s'il a agi en connaissance de cause, laquelle, en pratique, résultera d'un avertissement ou d'une mise en demeure d'avoir à cesser les actes litigieux. Ces actes, doivent en plus porter sur un titre régulier et publié.

Le titre est régulier si le brevet est valable c a d n'est pas déclaré nul selon l'article 24.

En plus, le propriétaire ne doit pas être déchu de ses droits tels que mentionnés dans l'article 26.

Ce titre régulier doit être publié c'est à dire « inscrit sur un registre des brevets et avis en sera donné dans le journal officiel » pour que les tiers prennent connaissance de l'existence de brevet.

D'ailleurs, les faits antérieurs à la publication de la délivrance du brevet ne sont pas considérés comme contrefaisant.

b- L'action en contrefaçon :

C'est en premier lieu, le titulaire du brevet qui peut agir en contrefaçon.

Ce sont ensuite, l'ayant droit au profit duquel la cession a été régulièrement inscrite au registre spécial des brevets, le ministère public, sur la plainte de la partie lésée qui pourront agir en contrefaçon.

Le premier acte de la procédure est en principe la saisie contrefaçon.

Celle-ci permet de rapporter la preuve de l'existence de contrefaçon.

A ce niveau, l'article 41 du décret du 01/03/1956 a énoncé la procédure suivante :

« Les propriétaires de brevet pourront, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de première instance ou du président du tribunal régional, faire procéder, par tous huissiers ou agents d'exécution tunisiens, à la désignation et descriptions détaillées avec ou sans saisie, des objets prétendus contrefaits. L'ordonnance sera rendue sur simple requête et sur la présentation du brevet... »

Seulement, le requérant doit respecter le délai de huitaine outre un jour.

A défaut de délais, la saisie sera nulle et le requérant sera exposé à des dommages et intérêts.

Deux types d'actions sont prévus par la loi.

Il s'agit en premier lieu de l'action civile. Celle-ci est exercée devant le tribunal civil.

Elle aboutit en principe au paiement des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi.

L'action pénale n'est quant à elle exercée par le ministère public que sur plainte de la partie lésée. Il en résulte que le désistement de la partie civile à la suite de transaction éteindra l'action pénale.

En application du principe « le civil tient le pénal en l'état », le tribunal civil a constaté la réalité de la contrefaçon.

En plus, son jugement portera sur le paiement d'une amende de 100 a2000 Piastres s'il s'agit d'une première infraction. « Dans le cas de récidive, il sera prononcé, outre l'amende portée aux articles 84 et 85 un emprisonnement d'un mois a six mois ... »

Les dispositions de 1 à 55 du code pénal seront appliquées.

II- LA PROTECTION DES MARQUES :

La marque est souvent confondue avec d'autres signes distinctifs utilisés dans le commerce et l'industrie. C'est pourquoi, on va définir la notion de marque puis examiner la protection apportée pour lutter contre la contrefaçon.

1- La notion de marques de fabrique :

La marque est un signe distinctif, susceptible de représentation graphique qui permet à une personne physique ou morale de distinguer dans le commerce ses produits ou services de ceux d'un tiers.

Elle ne doit pas être confondue avec le nom commercial, la dénomination sociale qui sert à individualiser une entreprise ou l'enseigne qui individualise un établissement, et qui sont protégés seulement contre la concurrence déloyale.

a- La notion de marque :

L'article premier, du décret du 03 juin 1889 portant loi sur les marques de fabrique donne une énumération indicative des signes pouvant être considérés comme marques de fabrique et de commerce.

Les noms sous une forme distinctive, les dénominations, emblèmes, empreintes, timbres, cachets, vignettes, reliefs, lettres, chiffres, enveloppes

et tous autres signes servant à distinguer les produits d'une fabrique ou les objets d'un commerce.

A la lecture de cet article, on comprend que le législateur insiste sur le caractère arbitraire et nouveau.

Le caractère arbitraire d'une marque signifie l'indépendance entre le signe utilisé et l'objet ou le service auquel il s'applique.

La marque peut être donc constituée par un terme de fantaisie, un terme étranger au produit.

Le caractère nouveau est contre implicite. Il en a été tenu compte par analogie aux brevets.

On se demande alors s'il est nécessaire de retenir ce critère surtout que l'INNORPI enregistre les marques sans procéder à un examen de nouveauté.

Il appartient en effet aux déposants de s'assurer qu'il n'existe pas de dépôts antérieurs de marques identiques ou voisines s'appliquant à des produits identiques ou similaires.

Toutefois, depuis 1992, l'INNORPI s'est dotée d'insister automatique de recherches d'antériorité qui portent sur toutes les marques tunisiennes enregistrées.

De même, l'INNORPI a acquis des disques compacts ROMARIN contenant des informations sur toutes les marques internationales actuellement en vigueur.

b- Les droits et obligation du titulaire de la marque :

Seules sont protégées les marques déposées, ce dépôt peut être effectué soit par le titulaire lui-même soit par un mandataire auprès de l'INNORPI.

Le dossier de dépôt comprend :

- ❖ deux exemplaires de la marque ne dépassant pas 10 cm de cote.
- ❖ un film (le positif) destiné à la publication de la marque dans « Muwassafat » le mensuel officiel édité par l'INNORPI.
- ❖ une quittance de paiement de la redevance de dépôt.
- ❖ une liste des produits et/ou services pour lesquels la marque est ou sera utilisée : Cette notion de spécialité de la marque est très importante en ce sens qu'elle constitue la limite de la protection accordée aux titulaires.
- ❖ un pouvoir, le cas échéant pour mandataire (ou copie du JORT ou copie conforme du statut pour le gérant, PDG...)

Le dépôt d'une marque assure une protection de 15 ans. Cette période est renouvelable indéfiniment au moyen, à chaque fois, d'un nouveau dépôt.

Contrairement aux brevetés, les titulaires d'une marque et par la suite la sanction du défaut d'exploitation à savoir la déchéance ne peut être demandée par tout intéressé lorsque la marque n'a pas été exploitée.

Ne serait ce la une défaillance dans la législation relative aux marques ?

En conclusion, la propriété d'une marque commerciale s'acquiert par le dépôt, non par l'usage. Ce dépôt assure au titulaire de la marque la propriété de tout ce qui s'y attache le droit exclusif d'exploitation (utilisation, vente, octroi en licence d'exploitation ...) et surtout la protection contre d'éventuels contrefacteur et imiteur.

2- La contrefaçon :

Les atteintes portées à la marque de fabrique ne se limitent pas à la contrefaçon mais englobent l'imitation frauduleuse et la non-apposition d'une marque obligatoire et les délits connexes.

a- Les éléments constitutifs du délit :

La constatation du délit suppose la régularité du titre, autrement, la marque doit avoir été régulièrement déposée, enregistrée et publiée.

Ainsi les actes de contrefaçon antérieures à la déposition de la marque ne sont pas constitutifs de délit de contrefaçon pénalement punissable du fait que « *nul ne peut revendiquer la propriété exclusive d'une marque, s'il n'a pas déposé au greffe du tribunal de son domicile :*

- trois exemplaires du modèle de cette marque.

- un cliché typographique de cette marque ».

La question est de savoir si celui qui utilise un signe non déposé, mais qui pourrait être protégé en tant que marque, peut intenter, à l'avenir également, l'action en concurrence déloyale contre un usager ultérieur d'un signe identique ou semblable, dès lors qu'il existe un danger réel de faux rattachement.

Selon l'avis de Chavannes, chacun peut s'emparer d'une marque celle-ci étant faute de dépôt : il n'y aurait d'exception, pour autant que les règles relatives à la marque notoirement connue n'entrent pas en jeu, que pour le cas de fraude.

D'ailleurs, Mathély est d'avis contraire et pense que les règles relatives à la lutte contre la concurrence déloyale restent applicables.

Il reste à attendre qu'à l'avenir, on arrivera par l'action en concurrence déloyale à assurer une certaine protection aux signes distinctifs, non déposés, utilisés pour des marchandises et des services, si ce n'est pas déjà le cas aujourd'hui.

Les faits matériels du délit de contrefaçon ont été, par contre, énumérés dans la loi, à ce titre sont punissables :

- Ceux qui ont contrefait une marque ou fait usage d'une marque contrefaite.
- Ceux qui ont frauduleusement apposé sur leurs produits ou les objets de leur commerce une marque appartenant à autrui.
- Ceux qui ont sciemment vendu ou mis en vente un ou plusieurs produits revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleuse.

La mauvaise foi ou intention frauduleuse apparaît dans le délit de contrefaçon du fait que le contrefacteur ne peut pas ignorer l'existence du dépôt.

Au contraire, en matière d'imitation frauduleuse, l'intention frauduleuse doit être reconnue par le tribunal pénal.

Ainsi, la loi distingue deux modalités quant au degré de similitude présentée par la marque protégée et le signe qui en constitue la contrefaçon : la contrefaçon proprement dite et l'imitation frauduleuse de nature à tromper les tiers.

En tant que contrefaçon, il faut donc comprendre la reproduction des éléments essentiels de la marque.

Il y a imitation lorsqu'un signe est tellement semblable à la marque protégée que le consommateur risque de confondre les deux signes.

La loi distingue aussi un troisième type distinctif d'atteinte à la marque : c'est la non-apposition d'une marque obligatoire qui a été prévu dans 1 à 17 de la loi relative aux marques de fabrique.

b- L' action en contrefaçon :

Elle permet au propriétaire de la marque de faire prononcer des sanctions civiles et pénales des atteintes à son droit.

L'exercice de l'action revient donc au titulaire du droit sur la marque et au ministère public vu que l'affaire touche l'ordre public, même en absence de plainte du titulaire de la marque.

Cette disposition est donc contraire à celle relative à la matière des brevets. Cette action sera exercée contre toute personne utilisant la marque sans autorisation de son propriétaire et seulement pour les faits postérieurs à la date de dépôt et publication de la marque.

C'est le tribunal pénal qui est compétent pour juger l'action pénale. Par contre, l'action civile, tendant à obtenir réparation du préjudice subi grâce à des dommages et intérêts, peut être soit jointe à l'action pénale, soit portés devant le tribunal de première instance compétent.

Quant aux sanctions, elles ont été prévues dans les articles 15, 16, 17 et 18 de la loi.

III- La protection des dessins et modèles :

La protection des dessins et modèles constitue le dernier volet de la propriété industrielle.

Après avoir défini la notion de brevets d'inventions, marques de fabrique, on va définir les dessins et modèles avant d'en déterminer la protection contre la contrefaçon.

1- La notion de dessins et modèles :

Tout comme le brevet et la marque, le dessin et modèle fait l'objet d'un ancien décret du 25/02/1911 tel que modifié par le décret du 08/12/1955.

a- le dessin et modèle :

L'article premier de la loi apporte une définition de la notion de modèle industriel.

Il s'agit d'une forme plastique nouvelle ou de tout produit fabriqué se différenciant de ses similaires soit par une configuration distincte et reconnaissable lui conférant un caractère de nouveauté, soit par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant une physionomie propre et nouvelle.

Le dessin, a été défini, dans la jurisprudence, comme étant, l'assemblage de lignes ou de couleurs, ou des deux, qui se développe en deux dimensions.

Ainsi définis, les dessins et modèles ont un caractère nouveau.

Seulement, ce caractère nouveau ne doit pas être pris dans son sens strict car rien n'est tout à fait nouveau.

On pourrait alors parler de caractère original et distinctif.

Vu cette ressemblance avec l'invention, on se demande alors quel est le sort d'un objet considéré à la fois comme un modèle et comme une invention brevetable, dont les éléments constitutifs de nouveauté du modèle sont inséparables de ceux de l'invention, sera-t-il soumis à la loi relative aux brevets ou celle relative aux dessins et modèles.

b- Les droits et obligations du titulaire de dessin et modèle :

D'après l'article 2 de la loi : « nul ne peut revendiquer ce droit, ni bénéficier de la protection que le présent décret a pour but d'assurer à son exercice, sans avoir préalablement procédé, conformément aux articles

4,5,6,7,et 8 du dit décret, au dépôt de dessin ou du modèle dont il entend se réserver l'exploitation ou la vente.

La première obligation du titulaire de la marque est donc de préparer le dossier de dépôt qui comportera essentiellement :

- deux exemplaires de l'objet ou de chaque objet a déposer.

-
- une déclaration de dépôt en double exemplaire indiquant les noms, prénoms et domicile.
 - le nombre jusqu'à 50 maximum par dépôt et la nature du ou des objets à déposer ainsi que le mode de dépôt (dépôt à découvert dont le public pourra prendre connaissance ou dépôt sous pli fermé qui ne sera pas divulgué au public)
 - la mention que le ou les objets ou leurs illustrations ont été déposés en double exemplaires.
 - la période de protection choisie 5, 10, ou 15 ans.
 - une quittance de paiement des redevances de dépôt.
 - un pouvoir dûment légalisé le cas échéant.

A ce niveau on se demande sous quelle forme secrète ou publique doit être effectué le dépôt ?

Le déposant a intérêt à opter pour la forme publique s'il tient à exploiter immédiatement le dessin ou modèle qui l'a créé. Ainsi en cas de contrefaçon, il aura la possibilité d'introduire sa demande en justice.

Au contraire, le déposant a intérêt à opter pour la forme secrète s'il ne va pas exploiter immédiatement le dessin.

Au terme de l'article 21 alinéa 2 : « L'effet postérieur au dépôt, mais antérieur à sa publicité, ne peuvent donner lieu, en vertu de ce même décret, à une action, même au civil, qu'à charge par la partie lésée d'établir la mauvaise foi de l'inculpé ».

En plus de l'obligation de dépôt, le titulaire du dessin et modèle a une obligation de créer les redevances à l'INNORPI.

En effet, le coût dépend de la durée de la protection demandée et des nombres des objets à déposer.

A ce titre, le titulaire du dessin payera une redevance de protection ou renouvellement, de revendication de priorité, de publicité par objet déposé sous forme de photographie, de conservation de dépôt, et de délivrances de certificats d'enregistrement.

Une fois, ces obligations remplies, le titulaire du dessin et modèle jouira d'une présomption de propriété des dessins déposés en cas de litige judiciaire.

En plus, il bénéficiera d'un monopole d'exploitation des dessins et modèles ainsi déposés, pendant toute la période de protection choisie soit 5,10 ou 15 ans.

Enfin, le titulaire sera protégé contre d'éventuelles contrefaçons.

2- La contrefaçon :

Même en absence de textes dans le code pénal considérant la contrefaçon des dessins et modèles comme une infraction, on peut la considérer comme telle.

La victime a toujours le choix entre la juridiction pénale et civile.

a- Les éléments constitutifs du délit :

Contrairement aux autres objets de la propriété industrielle à savoir les brevets de marques, en matière de dessins et modèles le législateur n'a pas énuméré les actes constitutifs de délit.

Cependant, l'article 21 comporte une formule très générale qui énonce : « toute atteinte portée sciemment aux droits garantis par le présent est punie d'une amende de... ».

Face à cette lacune, on se référera au droit français pour définir la contrefaçon des dessins.

Il s'agit de toute reproduction totale ou partielle par un tiers non autorisé par l'auteur ou ses ayants droits d'une œuvre protégée.

Cependant, dans la plupart des cas, la contrefaçon aura pour but de créer une confusion dans l'esprit du public. Il y aura alors concurrence déloyale, celle-ci pouvant coexister ou non avec la contrefaçon.

Ainsi la confusion n'est pas une condition nécessaire de la contrefaçon, le seul emprunt d'autrui sans son consentement suffit.

On se demande enfin, si seule la reproduction constitue l'élément matériel du délit ou bien faut-il en ajouter la mise en vente et l'exposition d'objets contrefaits puisqu'en matière de brevets, ces actes sont assimilés à la contrefaçon proprement dite.

En ce qui concerne l'élément moral à savoir l'intention frauduleuse, la loi fait une distinction selon que les faits sont antérieurs ou postérieurs au dépôt et dans ce dernier cas selon qu'ils sont antérieurs ou postérieurs à la publicité du dépôt.

C'est ainsi que :

« Les faits antérieurs au dépôt ne donnent ouverture à aucune sanction décrivant du présent décret.

- les faits postérieurs au dépôt, mais antérieurs à sa publicité, ne peuvent donner lieu, en vertu de ce même décret, à une action, même au civil, qu'à charge par la partie lésée d'établir la mauvaise foi de l'inculpé.

- lorsque les faits sont postérieurs à la publicité du dépôt, leurs auteurs peuvent exciper de leur bonne foi, mais à la condition d'en reporter la preuve ».

b- L'action en contrefaçon :

Cette action peut être exercée par la partie intéressée tel que désignée par la loi. Or cette définition est assez large et imprécise.

En général, le titulaire du droit en contrefaçon peut être le titulaire du dépôt c a d l'auteur ou le créateur du dessin, ses ayants droits et même le ministère public.

Pour pouvoir agir en justice, l'intéressé doit apporter un certificat démontrant qu'il a déposé le modèle. Ainsi une demande de dépôt est insuffisante.

S'agissant d'un délit, tous les moyens sont admis. Mais le législateur a mis à la disposition des victimes de contrefaçon un mode particulier de preuve : la saisie contrefaçon.

La saisie peut prendre deux formes : saisie réelle et saisie description.

La saisie réelle consiste en « la confiscation au profit de la partie lésée, des objets dont la fabrication ou la vente porte atteinte aux droits... ».

La saisie description, comme son nom l'indique, consiste en la description, comme son nom l'indique, consiste en la description des objets contrefaisant.

Le saisissant dispose ainsi d'un délai de quinze jours pour intenter l'action à la justice. A défaut, la saisie est nulle et la victime de la saisie peut réclamer des dommages et intérêts.

Outre, les sanctions pénales, « *les délinquants peuvent en outre être privés du droit de participer aux élections des chambres de commerce pendant un temps qui n'excèdera pas 10 ans. Le tribunal peut ordonner l'affichage du jugement dans les lieux qu'il détermine et son insertion intégrale ou par extrait dans les journaux qu'il désigne, le tout aux frais du condamné* ».

PARTIE II : L'ÉVALUATION DU FONDS DE COMMERCE

*Chapitre 1***LES PRINCIPES D'ÉVALUATION****Section I : L'UTILITE ECONOMIQUE DU FONDS DE
COMMERCE**

Le fonds de commerce se présente du point de vue économique comme un instrument de travail et un moyen de placer le capital.

Son utilité tend de plus en plus à devenir capitaliste.

I-Utilité du fonds de commerce :

Le fonds de commerce est un instrument de travail qui permet d'échapper à la servitude du salariat. En effet le commerçant est professionnellement autonome, il dirige comme il l'entend une activité propre à satisfaire des goûts d'initiative et de responsabilité.

Dans le cas de fonds de commerce à faible rendement, il se réduit parfois à la seule appréciation de cet avantage d'autonomie, de tels fonds ne sont pas dépourvus de valeur parce que le droit de travailler de façon indépendante a une valeur économique qui se dégage pour toute profession même libérale.

D'autre part, lorsqu'on se propose de capitaliser le rendement normal d'une exploitation pour obtenir sa valeur, c'est une erreur que de déduire du revenu net, comme le préconisent certains auteurs, une somme équivalente à la rémunération du travail fourni ; c'est plutôt pour garder le profit intégral de ce travail sans souci de ventilation des bénéfices que l'acquisition a été faite. Il est difficile de fixer le montant de ce salaire car

les situations de gérant appointé ou de directeur commercial sont rares et tel qui a les moyens d'acquérir un fonds de commerce serait pour des raisons diverses dans l'impossibilité de trouver l'une de ces situations.

II- L'utilité de placement de fonds de commerce :

Le fonds de commerce dispose d'une utilité de placement relative à la sécurité du capital et d'autre part à la rentabilité.

En effet l'investissement du capital dans l'achat de fonds de commerce assure pour la part des bénéfices excédant la rémunération normale du travail fourni, c'est une rentabilité qui est souvent intéressante. Le développement de la propriété commerciale a permis l'appréciation de placement du fonds de commerce.

Cependant, le droit du preneur demeure malgré tout théoriquement personnel et temporaire.

Le placement ainsi constitué est bien sûr, moins tranquille que celui ayant pour objet un immeuble, il est aussi plus aléatoire parce que toute activité commerciale est sujette à des crises qui peuvent affecter soit l'activité économique totale du pays soit seulement la branche exploitée.

Le fonds de commerce est de nos jours un mode de placement recherché, la relative stabilité du revenu, la consolidation croissante des droits des commerçants vis-à-vis du bailleur, la défaveur des modes traditionnels de placement ont eu pour effet de créer une nouvelle forme de capitalisme.

D'autre part, il y a lieu d'indiquer que le fonds de commerce est aussi un moyen de spéculation. En effet certaines personnes achètent un fonds de commerce soit comme une valeur refuge pour sauvegarder le patrimoine soit pour gagner sur la revente.

Section II : FACTEURS DE LA VALEUR D'UN FONDS DE COMMERCE

En période normale, l'utilité d'un fonds de commerce réside pour sa plus grande part dans le revenu que l'acquéreur espère en tirer. Ce revenu futur est en général considéré comme à peu près égal au bénéfice annuel des années passées lorsque l'exploitation a été normale. A défaut le revenu doit être normalisé c'est à dire réajusté. Ce réajustement comporte une bonne part d'aléas.

En ce qui concerne les fonds de commerce vendus, l'appréciation des bénéfices futurs est encore plus incertaine s'il y a changement dans la nature de l'activité, aussi faut il la négliger s'il s'agit d'une exploitation normale et d'un genre correspondant à l'emplacement parce que le vendeur ne saurait envisagé un prix inférieur à la valeur actuelle du fonds considéré par rapport à l'activité effectivement exercée, mais dans tous les cas cette valeur est un minimum.

I- LA RENTABILITE :

1- Le prix de la rentabilité :

Pour exercer une activité commerciale, il faut consentir à se dessaisir d'un capital liquide, certain et fongible, contre la simple perspective d'un revenu et sans avoir la certitude absolue de récupérer intégralement un jour les sommes ainsi investies.

En raison de ces aléas, le placement est spéculatif, mais toute circonstance tendant à assurer soit la régularité du revenu soit la récupération intégrale du capital diminue ces aléas et tend à abaisser le taux de capitalisation.

Cet accroissement de sécurité se traduit par un enrichissement relatif du bien générateur du revenu tel est le cas pour les immeubles. En effet un immeuble récent et en bon état comporte la perspective d'un revenu régulier se développant sur des longues années, cette situation a pour conséquence d'augmenter la valeur du bien et de diminuer le taux de capitalisation.

Il a été considéré pour le vendeur que la valeur de rentabilité perdue est égale à l'estimation que fait l'acquéreur de la rentabilité gagnée.

Cependant lorsqu'une personne achète un fonds de commerce, elle met en jeu d'une part le travail qu'elle devra fournir et la totalité de la somme d'argent dont elle sera privée pour toute la période d'exploitation et d'autre part le revenu futur qu'elle escompte, le rapport qui existe entre ces deux éléments peut s'exprimer comme suit :

$$\text{Capital engagé} = n * \text{revenu net}$$

2- Mesure de la rentabilité :

Généralement, le propriétaire de fonds de commerce s'intéresse surtout à la somme qu'il doit immobiliser de façon permanente dans l'exploitation et dont il attend un revenu. C'est donc en se basant sur le revenu net probable que le propriétaire va décider quelle somme lui paraît correspondre à un investissement global raisonnable.

Si par exemple, il escompte un revenu net de 40.000D, il acceptera d'investir 240.000D parce que relativement à l'objet de l'entreprise au lieu et à l'époque de l'acquisition la capitalisation du revenu se fait couramment au taux de 16.7% mais ces 240.000D qui pour l'acquéreur constituent un

maximum vont se répartir au fonds de roulement(70.000D), le reste pour le prix de revient de l'affaire (140.000D) et 30.000D au fisc et aux intermédiaires.

Par conséquent le coefficient à appliquer au revenu doit tendre à traduire non la valeur du fonds de commerce, mais le montant du capital investi de manière à fixer la rentabilité globale et réelle de l'entreprise, il faut donc distinguer entre le taux de placement, et le taux de capitalisation. Le capital engagé est défini comme étant :

Capital engagé= valeur du fonds + frais d'achat + fonds de roulement
d'où

Valeur du fonds= n * revenu net – (fonds de roulement + frais d'achat)

a- Le fonds de roulement :

Le fonds de roulement a une incidence sur la rentabilité réelle. En effet, si les marchandises se règlent par traites et sont parfois déjà vendus la facture se présente ; par contre il existe un stock de départ nécessaire, qui pendant toute la durée de l'exploitation représente souvent un capital considérable.

D'autre part, il existe des déboursés permanents, tels que dépôts de garantie, loyers d'avance, salaire du personnel, et c... qui même portés aux frais généraux constituent une avance de fonds.

Il en résulte que la rentabilité réelle d'une entreprise est appréciée inexactement si l'on ne tient pas compte du fonds de roulement.

La question qui peut être posée est celle de la déduction du bénéfice l'intérêt du fonds de roulement. Certains auteurs proposent la déduction du bénéfice net, pour l'estimation du fonds, l'intérêt normal des

sommes que l'exploitant doit nécessairement placer dans son entreprise comme fonds de roulement.

Cette pratique n'est pas recommandable. Le commerçant qui investit de l'argent et une certaine somme de travail qu'il fournit dans une activité commerciale ne fait pas de distinction dans la rémunération qu'il reçoit au titre de ses diverses prestations (prix d'achat, frais d'acquisition, fonds de roulement et travail) il spécule ce revenu global.

A partir d'un exemple on peut montrer que l'on doit s'abstenir de ventiler l'intérêt revenant aux diverses prestations consenties par le commerçant. Soit un fonds de commerce dont le prix de revient proprement dit est de 150.000D (prix d'achat et frais d'acquisition), un fonds de roulement de 80.000D, l'investissement total s'élève à 230.000D. Si le bénéfice commercial est supposé égal à 30.000d, on déduit la rémunération normale du travail fourni, arbitrée à 22.000D et l'intérêt à 10% du fonds de roulement soit 8.000d, on voit qu'il ne reste plus de revenu à capitaliser pour compenser la déboursé en prix de revient comme il n'y a pas de raison de ne pas évaluer l'intérêt de ces 150.000D pour les porter aux frais généraux, on aboutirait ainsi à déduire que le prix de revient du fonds est égal à n fois la perte annuelle.

b- Les facteurs directs de la rentabilité :

La rentabilité globale d'un fonds de commerce étant un facteur essentiel et principal de sa valeur il convient donc de voir les facteurs de cette rentabilité ainsi que son incidence sur le revenu.

Nous avons vu précédemment que :

$$\mathbf{n^*revenu\ net = valeur\ du\ fonds + frais\ d'achat + fonds\ de\ roulement}$$

$$\mathbf{revenu\ net = vente - (achats + frais\ généraux)}$$

Le revenu net dépend d'une part de l'importance des ventes et d'autre part des frais généraux de l'entreprise, les achats sont proportionnels aux possibilités d'écoulement de la marchandise objet du fonds de commerce.

Dans l'estimation d'un fonds de commerce, l'étude des frais généraux est capitale car l'incidence de ces frais sur la détermination comptable du bénéfice net est évidente. Il faut donc procéder à des réajustements par exemple réintégrer au bénéfice les amortissements excessifs, fournitures diverses empruntées à l'entreprise, et c...

Il existe de multiples moyens de vérifications comptables, des normes permettant de juger si la part relative des frais généraux est en rapport avec les usages de la branche exploitée et de conclure à une bonne ou mauvaise exploitation.

- Chiffre d'affaire : le volume des affaires réalisées par une entreprise est fonction des achats, et d'autre part il varie selon la clientèle et l'achalandage dont l'entreprise dispose.
- La clientèle et l'achalandage : la clientèle et l'achalandage sont très importants qu'on les assimile le plus souvent au fonds de commerce. Pour trouver les véritables fondements de la valeur, il faut dégager les causes de la clientèle ou de l'achalandage.
- Le loyer : le loyer afférent au fonds de commerce doit retenir l'attention de l'expert.

En effet, toute variation du loyer afférent aux locaux d'exploitation peut avoir une incidence sur la valeur du fonds de commerce.

II- LE COEFFICIENT DE PLACEMENT :

1- Constance du coefficient de placement :

En matière de fonds de commerce, il est vraisemblable que les amateurs procèdent comme pour les immeubles à une évaluation comparative des avantages et inconvénients de divers fonds correspondants à des activités différentes.

Si par exemple, une telle activité s'avère tout compte fait plus rémunératrice que toutes les autres et grâce à l'afflux des amateurs, les prix de ces fonds montent et l'équilibre se rétablit. C'est ainsi qu'on compare des choses qui à première vue paraissent incomparables par exemple un fonds de fleuriste et un fonds de chaussure.

Il convient de dire que pour toutes les entreprises qui ne demandent pas de connaissances spéciales et même dans une certaine mesure, pour celles qui en exigent mais dans ce cas avec un décalage dans le temps, il existe à un moment donné un taux dominant de rentabilité qu'il devrait suffire de corriger à un sens ou dans l'autre pour l'adapter aux particularités de chaque activité.

2- Variations du coefficient de placement :

Le coefficient de placement varie pour une même catégorie d'activités.

- Selon l'importance du revenu net : Il est faux de rapprocher seulement le revenu et prix d'achat sans retenir le même coefficient pour les revenus de grandeurs différents sous le prétexte qu'ils sont

produits par des entreprises ayant le même objet. C'est pour cette raison qu'il faut distinguer :

- Les entreprises de très faible importance : le titulaire d'un fonds de commerce à faible rendement (fonds rural) recueille un bénéfice net qui est presque exclusivement le produit de son travail, cela ne veut pas dire que le fonds est sans valeur.
- Les entreprises petites : le coefficient augmente dans ce cas progressivement au fur et à mesure que le travail est mieux rémunéré.
- Les entreprises importantes : à partir du moment où le revenu est tel qu'il excède notablement la rémunération normale du travail, l'exploitation devient particulièrement intéressante car il s'agit pour une part du revenu d'un produit pur du capital cela est si vrai que le fonds peut :
 - soit être tenu par un gérant recevant un salaire et intéressé au bénéfice.
 - soit exploité par un gérant libre servant un loyer au propriétaire.

Dans les deux cas, le titulaire du fonds de commerce se comporte comme un rentier.

- ✓ Selon les facilités d'exploitation : les activités difficiles comportent une capitalisation plus réduite que celle d'exploitation plus facile à retenir.
- ✓ Selon le degré du risque de l'exploitation : la capitalisation du revenu se fait toujours à un taux d'autant plus faible que le risque d'exploitation est plus élevé. Ce principe se vérifie en matière commerciale ou les fonds les moins exposés aux risques de crise ou de sous-consommation sont les plus recherchés. La sécurité d'exploitation ne dépend pas seulement de la garantie d'un revenu

régulier, elle résulte aussi du degré de certitude d'une récupération intégrale du capital investi dans l'entreprise.

Certes, le fonds de roulement est à tout moment récupérable, mais les droits de mutation et frais d'achats sont perdus.

III -VALEUR DU FONDS DE COMMERCE :

1- Valeur globale du fonds de commerce :

Comme il a été présenté précédemment, on a :

$$\begin{aligned} \text{Capital engagé} &= \text{valeur du fonds} + \text{frais d'achat} + \text{fond de roulement} \\ &= n \times \text{revenu net} \end{aligned}$$

Pour un revenu net déterminé, capitalisé à un dernier (n) donné, la valeur du fonds varie donc selon l'importance relative des deux autres postes d'investissement à savoir les frais d'achat et le fonds de roulement.

En supposant par exemple $n=3$ et revenu net 80.000 D, le montant total du capital engagé sera égal à 80.000×3 , soit 240.000

Si le vendeur est trop exigeant, le cessionnaire qui a pu dégager pour d'autres affaires qui lui étaient proposées à un taux net de capitalisation travail de 33% soit un dernier de 3 refusera de traiter et à moins de convenance personnelle (logement, quartier, travail plus facile, etc.), il donna la préférence à une autre activité ou à une autre affaire.

Pour s'assurer le dernier 3 que son enquête lui a révélé possible, le cessionnaire limitera son investissement à 240.000 D et la répartition des deux postes (fonds de roulement et prix de revient) se fera nécessairement de façon successive.

En retenant une hypothèse d'un acquéreur ne disposant que de 240.000 D, on peut raisonner de la façon suivante :

Par exemple prenons l'exemple d'une épicerie, il faut 60.000 D de fonds de roulement, la valeur du fonds de commerce s'établira à 150.000 D avec 30.000 D de frais d'achat.

On aura donc :

$$150.000D + 30.000D + 60.000D = 3 \times 80.000D = 240.000D$$

valeur frais fonds de n Bce K engagé
roulement

Le rapport valeur bénéfice = $150.000/80.000 = 1,875$ soit 1,9

Dans une autre affaire rapportant sensiblement le même bénéfice net de 80.000 et qui a un dernier de 3 implique un capital engagé de 240.000D,

le fonds de roulement peut être beaucoup plus élevé ; on peut par exemple prévoir une immobilisation constante de 120.000D.

Dans ce cas, compte tenu des frais d'achat, la valeur globale du fonds ne pourra excéder 90.000D on aura alors :

$$90.000D + 30.000D + 120.000D = 3 \times 80.000D = 240.000D$$

valeur frais fonds de n Bce K engagé
roulement

Le rapport valeur bénéfice = $90.000/80.000 = 1,125$ soit 1,1

2- importance respective des éléments constitutifs du fonds :

La valeur globale d'une entreprise est sujette à variation pour des fonds de même activité et surtout selon le genre de l'exploitation

poursuivie, il se produit dans la composition même du fonds des variations aussi importantes suivant les diverses natures d'activités commerciales.

En effet, le rapport éléments incorporels éléments corporels est loin d'être constant de sorte que la relation entre la valeur des éléments incorporels et le bénéfice annuel est de même très variable. Pour montrer ceci on peut procéder par des exemples.

Prenons le cas d'un fonds d'alimentation, on peut avoir :

$$46.000D + 9.000D + 5.000D = 3 \times 20.000D = 60.000D$$

valeur frais fonds de n Bce K engagé
roulement

Dans ce cas le matériel est insignifiant.

En revanche, dans une entreprise de menuiserie de même rapport, on aurait vraisemblablement :

$$180.000D + 18.000D + 7.000D + 17.000D = 3 \times 20.000D = 60.000D$$

éléments éléments frais fonds de n Bce K engagé
incorp. corporels roulement

Le rapport valeur des éléments incorporels / bénéfice net passe de 2,3 à 0,9.

C'est ainsi que les entreprises industrielles ou artisanales ont des valeurs d'éléments incorporels (clientèle, achalandage, droit au bail, etc.) relativement plus faibles que celle des commerce ordinaire de détail.

En réalité même pour ces exploitations, la ventilation est artificielle et le fonds de commerce a une valeur globale en relation avec le fonds de roulement, le revenu net et le taux normal de rentabilité.

C'est seulement en cas de faillite ou de liquidation que chaque élément vient à récupérer son individualité.

A partir de la formule précédente est qui est :

Capital engagé = valeur du fonds + frais d'achat + fonds de roulement

On peut procéder à l'analyse économique du fonds de commerce.

En effet, la structure économique du fonds de commerce est loin d'être homogène, c'est ainsi que dans certaines branches d'entreprise, l'un des éléments constitutifs peut prendre une importance considérable ou au contraire devient plus petit et même disparaît complètement.

Il est à signaler que l'élément « matériel et outillage » est prédominant dans la plupart des branches industrielles, très réduit dans un grand nombre de commerce de détail, parfois pratiquement nul dans certaines entreprises ayant pour objet la prestation de service d'ordre intellectuelle.

Chapitre 2

Les METHODES D'ÉVALUATION DU FONDS DE COMMERCE

Les méthodes d'évaluation du fonds de commerce peuvent être classés en deux catégories :

-La première catégorie comprend les méthodes mathématiques et considère que l'évaluation du fonds obéit à certains principes économiques qui permettent de raisonner avec exactitude suffisante n'importe quel fonds.

-Quant à la deuxième, elle s'appuie sur l'empirisme et estime au contraire qu'il est impossible de trouver une formule souple et développée permettant d'évaluer la valeur du fonds.

Section I : Les méthodes mathématiques

I- Méthode Rétail :

M. Rétail part de l'idée que le commerçant qui achète un fonds de commerce devient acquéreur parce qu'il espère tirer de ce fonds et pendant chacune des années restant à courir sur le bail un bénéfice éventuel suffisant pour rémunérer le capital engagé et le travail fourni.

Il dégage ainsi deux éléments prédominants : Le bénéfice éventuel et la durée du bail.

Le raisonnement est que les bénéfices futurs peuvent être comparés à une série d'annuités d'un capital placé à intérêts composés.

Par exemple : un fonds de commerce ayant une durée de bail de 15 ans, le revenu annuel est de 10.000D, si on suppose que le taux de placement est de 6%,

alors cette 10.000D représente une 1^{ère} tranche de 9433.962D

une 2^{ème} tranche de 8899.964D

et ainsi de suite on obtient une somme de 97.000D représentant la valeur actuelle des bénéfices futurs.

Ceci est considéré selon Rétail comme si le preneur va placer son capital à 6% à un montant initial de 10.000D pendant 15 ans, alors il verse le montant de 97.000D au vendeur comme étant les bénéfices qu'il espère acquérir éventuellement pendant la durée du bail, sans avoir retiré aucun profit, ni tenir compte du risque que le preneur prend en charge lors de l'achat du fonds de commerce, ce qui nécessite de déterminer la quote-part qu'il faudrait rester chez le preneur, pour cela Rétail a estimé que la somme de 97000 doit être répartie entre les deux intéressés, le cédant qui a contribué au développement du fonds et le cessionnaire qui en continuera l'exploitation, en conséquence Rétail a posé la formule suivante pour répartir le montant entre les deux parties en équité :

$$V = a (1-u^n)/2t$$

a : bénéfice annuel moyen du fonds

t :taux d'intérêt

n : : durée du bail

u : 1+t

$u^{-n} = 1/u^n$

Pour notre exemple le montant à payer par le preneur est de 48.561D. Cette méthode s'avère critiquable en vertu de l'influence majeure du droit au bail qui pourrait connaître quelques modifications au moment de

l'intervention du propriétaire du fonds qui ne peut refuser le renouvellement du bail commercial sans payer une indemnité d'éviction.

En d'autres termes, le droit de reprise sans indemnité ne pouvant être exercé par le propriétaire que dans des hypothèses exceptionnelles, il est incontestable qu'en règle générale le commerçant détient à l'expiration de son bail, un droit au bail ayant une valeur certaine et éventuellement cessible.

Alors de la simple éventualité de la reprise sans indemnité c'est à dire du placement à fonds perdus, M. Rétail fait une certitude et calcule la valeur comme si de façon certaine l'exploitation devait cesser au terme du bail en cours.

Dans l'exemple rapporté ci-dessus, la valeur actuelle d'un fonds devant rapporter 10000 par an se trouve fixée à 97000 parce qu'on a basé les calculs sur les quinze années de bail à courir et qu'on envisageait ni la plus petite récupération du capital initial ni la moindre reconduction du bail.

Ainsi il est à noter qu'il n'y a pas d'identité économique entre annuités d'intérêts composés et revenu commercial, et que le partage de la valeur actuelle des bénéfices éventuels est d'autant plus arbitraire que la rémunération de l'exploitant a été déduite du bénéfice net à capitaliser.

II- Méthode Leake :

M.Leake estime qu'un fonds de commerce est susceptible de procurer à son acheteur un superbénéfice qui s'amenuise rapidement à cause de la concurrence, mais l'acheteur peut remplacer ce superbénéfice par un autre lors de l'exercice de l'activité par l'acheteur.

Leake déduit du bénéfice l'intérêt des capitaux investis et la rémunération du travail de l'exploitant, il obtient la valeur du fonds en capitalisant le surplus du revenu.

C'est à dire le superbénéfice pendant un certain nombre d'années en utilisant la formule ci-après :

$$V = \frac{1}{t} (1 - \frac{1}{u^n}) (a - \frac{b}{t} - bn) + \frac{bn}{t}$$

Dans laquelle :

a : représente le montant du bénéfice de la première année.

b : diminution annuelle du bénéfice

t : le taux de placement

n : durée du bail

u : 1+t

Cette méthode présente plus de souplesse, car elle permet à l'utilisateur de choisir le taux de placement et la durée de capitalisation du superbénéfice.

III- Méthode Manfred Berliner :

Il suit le même raisonnement que l'auteur Leake mais en multipliant le résultat trouvé par le nombre d'années nécessaire à l'acquéreur pour permettre à une affaire analogue d'être productive.

IV- Méthode Gustav Muller :

Cette méthode est basée sur les mêmes principes que la précédente à la différence que le revenu net est capitalisé sur la base de double de l'intérêt attribué aux capitaux investis.

V- Méthode Friedlander :

Cette méthode déduit du bénéfice net l'intérêt des capitaux investis, ainsi que le revenu net est capitalisé selon les cas d'espèce à un taux d'intérêt déterminé.

VI- Méthode Auler :

On déduit de la même façon que les autres méthodes en capitalisant le revenu net sur la base d'un taux plus élevé que celui utilisé pour le capital investi.

Auler exige la déduction de moitié du résultat obtenu pour tenir compte du risque de concurrence.

VII- Méthode Schalenbach, Moral et Goedeke :

Ces auteurs suivent deux composantes qui sont la valeur de remplacement l'équipement de l'entreprise et la valeur établie par la capitalisation du bénéfice moyen en faisant la combinaison entre elles.

Il apparaît que la multitude des méthodes de l'évaluation explique l'impossibilité de trouver une formule générale d'évaluer le fonds de commerce susceptible de s'appliquer à toutes les entreprises, ainsi il est difficile d'évaluer une valeur de l'entreprise grâce à l'éloignement entre la valeur vénale de l'entreprise et les valeurs mathématiques utilisées, ainsi qu'il s'avère que ces méthodes précitées ne tiennent pas compte de compétence de l'exploitant, et parfois l'expérience et la pratique amènent l'expert à se détacher de toutes les écoles mathématiques de la valeur.

D'autre part, les principes économiques qu'elles contiennent pourront même être utilisés avec profit par l'estimateur qui aura à procéder à l'évaluation du fonds de commerce extrêmement singulier pour lequel il n'existe pas de comparaison.

Section II: Les méthodes empiriques

Ce sont des procédés d'évaluation directe.

I- Evaluation par comparaison :

Cette méthode suppose la connaissance du marché du fonds de commerce.

En effet l'expert doit avoir une idée sur les normes économiques et la situation commerciale de la ville dont le fonds se situe pour bien apprécier la valeur la plus précise.

L'expert peut alors tenir compte de :

- Des fonds de commerce présentant des nombreuses caractéristiques communes.
- Des prix demandés pour la vente et les marges qu'on pourrait avoir pour la négociation avec le vendeur.
- De l'emplacement du fonds, dimension des locaux, nature du fonds, ses éléments constitutifs et le chiffre d'affaire réalisé au sein de ce fonds

Il doit vérifier ainsi en se procédant à cette méthode :

- Des fonds de mêmes nature mais ayant des importances commerciales trop inégales.
- Des situations commerciales voisines mais non identiques.

- Des importants emplacements commerciaux qui auraient des cours très élevés en vertu de leur situation très proche d'une grande ville, par exemple.
- Des prix exprimés uniquement sur les déclarations fiscales car ils présentent toujours des fraudes fiscales.
- Des prix d'adjudication souvent faussés par le jeu des circonstances (date de l'adjudication mal choisie, publicité insuffisante, fonds longtemps fermé, mauvaise renommée de l'établissement,...).

D'autre part, l'expert retiendra évidemment les fonds similaires présentant de nombreuses caractéristiques communes, comme il aura intérêt à étudier les décisions judiciaires intervenues en matière d'expropriation dans le secteur intéressé.

Enfin, l'expert informé n'ignore pas les prix réels de vente pratiqués soit par la lecture des annonces, soit par ses relations avec les agences sérieuses s'occupant de telles transactions.

II- Evaluation en fonction des bénéfices :

L'estimation du fonds par cette méthode est comme suit :

$$V=n*B$$

n : coefficient déduit d'une observation objective du marché, variant normalement entre 1 et 10 pour exploitation normale

B : bénéfice moyen.

Le bénéfice moyen est défini comme étant la moyenne des bénéfices nets normaux que l'entreprise réaliserait dans l'avenir, il est calculé souvent pendant les trois dernières années à condition qu'il ne se réalise des causes extraordinaires de mauvais effets (décès, maladie, fermeture provisoire) ou

bien des bons effets (exposition ouverte), mais il ne faut pas négliger les effets qui modifient la situation définitivement.

L'estimation du fonds de commerce à partir du bénéfice moyen retient en premier lieu le bénéfice réel qui, parfois, ne correspond pas au bénéfice fiscal, pour cela ce dernier bénéfice doit être interprété avec prudence.

Il est à signaler que le bénéfice d'une activité commerciale n'est pas stable ce qui montre la tâche délicate de l'expert, d'autre part, les activités familiales différent des autres activités en ce qui concerne les charges déductibles (salaire du personnel, loyers et charges locatives des locaux professionnels, dépenses de réparation, primes d'assurance, impôts et taxes, frais divers,...).

En effet, il apparaît que le bénéfice net varie essentiellement en fonction des frais généraux, pour deux commerçants identiques, les bénéfices différent suivant qu'il s'agit d'une exploitation familiale ou d'une entreprise occupant plusieurs employés salariés.

Toutefois, la suivie de la méthode de moyen des bénéfices antérieurs montre quelques lacunes en ce qui concerne leur actualisation pour cela il faut tenir compte de taux d'inflation ou bien au contraire une déflation de niveau monétaire.

Cette méthode s'avère délicate en ce qui concerne la détermination des bénéfices en vérifiant les fraudes fiscales et les charges à déduire.

Plusieurs modes de calcul sont proposés par la doctrine et il existe deux procédés usuels :

Premier procédé :

Avant de calculer le bénéfice moyen, il faut pondérer le bénéfice des trois dernières années à l'aide de coefficients progressifs :

- 1 pour l'année la plus ancienne.
- 2 pour la deuxième année.
- 3 pour la dernière année.

Exemple : Soit le fonds A ayant les bénéfices suivants :

- Bénéfice 2001 : $32000 * 1 = 32000$
- Bénéfice 2002 : $35000 * 2 = 70000$
- Bénéfice 2003 : $40000 * 3 = 120000$

$$\text{Total} = 222000$$

-Bénéfice moyen des trois dernières années :

$$222000/6=37000$$

Soit le fonds B ayant les bénéfices suivants :

- Bénéfice 2001 : $38000 * 1 = 38000$
- Bénéfice 2002 : $35000 * 2 = 70000$
- Bénéfice 2003 : $32000 * 3 = 96000$

$$204000$$

Bénéfice des trois dernières années :

$$204000/6 = 34000$$

Deuxième procédé :

Ce procédé ne retient que le bénéfice de la dernière année, et d'après l'exemple précédent, le bénéfice retenu serait celui de l'année 2003 soit pour :

- Le fonds A en progression : 40000
- Le fonds B en progression : 32000

Toutefois, on constate qu'il n'est pas permis de recourir à l'estimation d'après le bénéfice que si l'on a la certitude de la connaître réellement, soit

que celui-ci correspond au bénéfice déclaré, soit qu'il puisse être établi facilement.

Il faut signaler aussi que l'évasion fiscale se rencontre dans les grandes entreprises de commerce, mais relativement aisée dans les fonds de commerce des prestations de services.

III- Evaluation en fonction de l'actif net et des bénéfices nets antérieurs :

Cette méthode est basée sur la capitalisation de l'excès net des bénéfices.

L'excès net des bénéfices est calculé comme étant la différence entre les bénéfices des années antérieures et le rendement normal, en se procédant à la multiplication de l'actif net total par le taux de rendement normal des actifs.

Cette méthode est basée sur la pondération des bénéfices de chaque année du facteur le plus faible jusqu'au plus élevé en se rapprochant dans le temps.

Ensuite, on calcule les excès des bénéfices moyens pondérés, la valeur du fonds de commerce est obtenue en capitalisant la somme de ces excès à un taux de capitalisation.

Comme pour le cas des autres méthodes, le taux de capitalisation doit tenir compte du taux de croissance des ventes et de l'inflation.

IV- Evaluation en fonction de chiffre d'affaire :

En vertu des difficultés que nous pouvons rencontrer en déterminant le bénéfice net, il y a lieu de dégager la valeur du fonds de commerce en fonction du chiffre d'affaire qui détecte moins d'erreurs dans tous les cas. Alors pour cela, il y a lieu de calculer le chiffre d'affaire moyen des exercices antérieurs en tenant compte bien sûr des modifications que l'avenir paraît avoir à ces résultats, dans ces derniers cas il est préférable de retenir le dernier chiffre d'affaire qui est le plus pratique, ainsi l'expert doit vérifier la progression normale de chiffre d'affaire au cours de temps, car il pourrait que l'exploitant augmente ses ventes dans l'intérêt de faire augmenter la valeur du fonds de commerce.

V- Evaluation d'après la valeur unitaire du mètre carré boutique :

Dans les grandes villes on arrive à déterminer la valeur du fonds de commerce par mètre carré boutique, car dans le commerce moderne on passe de la notion du fonds de commerce à celle de boutique ou bien de point de vente.

Dans des situations commerciales assez importantes l'expert se fonde le mètre carré boutique en vertu de son importance, c'est à dire pas de porte.

Cette notion de pas de porte est nécessaire surtout dans le cas d'une exploitation non rentable où il fallait tenir compte de l'indemnité que le propriétaire estimerait la retenir pour autorises le changement de l'activité.

VI- Evaluation d'après le loyer du local :

Cette méthode se présente très simple :

$$V = \text{montant du loyer} * n$$

Avec n est un coefficient qui est variable suivant la nature de l'activité exploitée et sa certitude.

L'application de cette formule soulève deux objections :

- Le loyer retenu ne correspond pas nécessairement à la valeur locative équitable, en vertu de mal révision ou bien lorsque le propriétaire exige à son locataire commercial un loyer au-dessus des normes habituelles.
- Le coefficient n est extrêmement variable, pour choisir ce coefficient il faut examiner le bail.

Pour l'estimation des fonds de commerce dont la clientèle reste étroitement liée aux qualités de l'exploitant, une telle évaluation conduirait forcément à un résultat inexact, en revanche, cette méthode d'évaluation s'applique avec certitude dans des secteurs où la notion de pas des portes et de point de vente est prépondérante.

VII- Evaluation par référence aux valeurs antérieures :

Cette méthode consiste à déterminer la valeur d'un fonds à partir d'une valeur antérieure en lui appliquant un correctif approprié.

Quelques difficultés pourraient apparaître surtout en déterminant les prix antérieurs ou bien en fixant le coefficient en se basant sur la conjoncture économique, l'état du fonds.

VIII- Evaluation d'après le montant de la redevance de gérance :

Lorsqu'un commerçant met son fonds en gérance libre, il se comporte en capitaliste.

Il laisse la charge et le souci de l'exploitation au gérant qui lui sert une rente qu'est la redevance de gérance.

Il n'est pas facile de fixer la valeur du fonds par la simple capitalisation de la gérance, car les acheteurs peuvent être induits par la gérance qui lui assure une rentabilité plus faible qu'escomptée, et car l'acte portant la convention de gérance libre est assortie dans la plupart du temps des conventions occultes qui dissimulent une partie des redevances.

Exemple:

Supposons qu'on a une société qui travaille dans le secteur industriel, ayant réalisé les bénéfices durant les trois dernières années et disposant du total d'actifs cités à la suite à titre d'exemple.

Il convient d'évaluer le fonds de commerce par des méthodes théoriques d'évaluation telles qu'elles ont été présentées précédemment.

Il y a lieu d'indiquer que pour des raisons d'ordre pratique, le taux de capitalisation ainsi que la durée du bail pour tout l'exemple seront les mêmes.

Le taux de capitalisation sera de 12% l'an, quant à la durée du bail, on supposera que cette dernière est de 8 ans.

Détermination du bénéfice moyen :

$$2001 : 105.300D * 1 = 105.300D$$

$$2002 : 108.900D * 2 = 217.800D$$

$$2003 : 87.600D * 3 = 262.900D$$

Bénéfice moyen = $585.900D/6 = 97.650D$

Détermination du fonds de commerce :

1) Méthode Retail :

Valeur du fonds de commerce est égale à :

$$FC = (97.650 * (1 - 1 * 1,12^{-8}) / 2 * 0,12) \\ = 240.000D$$

2) Méthode de l'actif net et des bénéfices antérieurs nets :

	2001	2002	2003
Total des actifs	3.126.632D	4.048.532D	3.108.632D
Taux de rendement des actifs	2,7%	2,4%	2,3%
Rendement des actifs	84.419D	97.165D	71.499D
Bénéfices	105.300D	108.900D	87.600D
Excès des bénéfices	20.881D	11.735D	16.101D
Coefficient de pondération	1	2	3
Excès des bénéfices pondérés	20.881D	23.470D	48.303D

Excès moyen des bénéfices = $92.654D/6 = 15.442D$

D'où FC = $15.442D/0,12 = 130.000D$

Section III : Les limites des méthodes utilisées

Suite à l'utilisation des méthodes présentées, on constate que ces dernières posent des problèmes et présentent des insuffisances.

En effet, chacune de ces méthodes d'évaluation pose des problèmes que ce soit d'ordre théoriques ou pratiques.

I- le taux de capitalisation :

Le choix du taux de capitalisation pose un problème. En effet, dans le cas les plus fréquents, le taux a été choisi arbitrairement.

Il serait plus rationnel d'utiliser le taux de capitalisation en tenant compte du facteur risque. Théoriquement, le taux de capitalisation t est égal :

$$t = T_{LT} \times R_F + R_E$$

où:

T_{LT} : est le taux sans risque

R_F : est le risque financier dépendent de la situation financière de l'entreprise

R_E : est le risque économique

Il est utile de préciser que R_E est très important dans la mesure où elle est variable et dépend des facteurs extérieurs à l'entreprise et qu'il est presque impossible de les contrôler par elle. Ainsi un hôtel aurait un R_E élevé puisque le secteur hôtelier est très dépendent de l'environnement socio-politique du pays et des relations avec l'extérieur.

Cependant un super marché aurait un taux de risque exploitation moins élevé.

II- Le Bénéfice :

La méthode Rétail et la méthode Leake supposent que tous les bénéfices générés sont attribués au fonds de commerce, or en réalité il y a d'autres facteurs qui contribuent pour générer des bénéfices que ces méthodes ignorent tel que le matériel d'exploitation.

D'autre part, il y a lieu de signaler que ces méthodes se passent sur des bénéfices antérieurs alors que l'évaluation du fonds de commerce sera plus proche de la réalité si elle est basée sur des bénéfices futurs.

III- La durée de vie du fonds de commerce :

Il y a lieu d'indiquer que la méthode Leake et Rétail se basent sur la durée du bail, ceci présente un certain risque dans le cas d'évaluation puisque la bail commercial peut être renouvelé, par conséquent la durée du bail sera plus élevée pour la méthode Rétail ainsi que pour celle de Leake et aboutir donc une valeur du fonds de commerce sous-estimée.

IV- Le taux de rendement des actifs :

Il serait plus intéressant de déterminer un taux de rendement des actifs par secteur au lieu d'un taux globale.

En effet, dans une économie telle que l'économie tunisienne, ce taux varie considérablement d'un secteur à un autre. Un exemple serait les secteurs réglementés comparés à un autre secteur non réglementé. Il est important de signaler que le taux de rendement des actifs reste dépendent des états financiers et de leurs exactitudes.

Section IV : Proposition de méthodes d'évaluation pour parvenir à une estimation du fonds de commerce plus réaliste

Nous avons vu précédemment que les méthodes d'évaluation du fonds de commerce posent des problèmes et des limites.

Dans ce qui suit nous proposerons de présenter deux méthodes d'évaluation du fonds de commerce.

Leur utilisation reste tributaire de données primaires pour la première méthode (méthode du barème) alors que la seconde suppose la disponibilité d'états financiers sincères et exacts.

I- Utilisation d'un barème pour l'évaluation du fonds de commerce :

Les barèmes constitueront des procédés simples d'évaluation s'inspirant des méthodes empiriques.

Un barème pour l'évaluation des fonds de commerce indiquera pour les différentes catégories d'entreprises des formules simples d'évaluation du type :

$$V = n \times R$$

Selon les usages spéciaux à chaque profession et le lieu, R représentera :

- Soit le bénéfice annuel ;
- Soit le chiffre d'affaires annuel, la recette journalière, la recette hebdomadaire)
- Soit un élément constitutif du chiffre d'affaire (nombre de journaux vendus, nombre de litres d'essence débités, etc.)
- Soit un élément permettant d'apprécier le potentiel de l'entreprise (nombre de chambres dans un hôtel, nombre de

places dans les cinémas et les garages, nombre de fauteuils dans les salons de coiffures, etc.).

Il est à noter que l'établissement d'un barème est une tâche très délicate qui ne peut être bien menée que par une observation objective et constante du marché des fonds de commerce. Il est nécessaire de connaître :

- ✓ Les prix réels de vente des fonds et non les prix exprimés dans les actes ;
- ✓ Les prix réels des entreprises considérées (chiffre d'affaires et bénéfices) ainsi que leur fonctionnement ;
- ✓ Les tendances du marché des fonds de commerce et d'industrie.

Le dépouillement des annonces dans les journaux tel que les journaux officiels et quotidiens fourniront des renseignements utiles. Il y a lieu de signaler d'autre part que les prix des transactions relatifs au fonds de commerce ne se trouvant pas en état de fonctionnement normal seront utilisées avec prudence.

Il est important de signaler que l'utilisation des barèmes ne peut pas conduire toujours à des estimations parfaites, il conviendra d'y apporter des corrections tenant compte de l'environnement dans chaque secteur considéré.

En conclusion, un barème doit refléter fidèlement les tendances de la conjoncture et doit être méthodiquement tenu à jour.

L'expert qui utilisera la méthode de barème doit vérifier son ancienneté et sa validité.

II- Evaluation en fonction de l'actif net et des bénéfices nets prévisionnels :

Dans ce qui suit, nous allons présenter une méthode d'évaluation basée sur la capitalisation de l'excès net des bénéfices futurs en tenant compte de la dévalorisation des excès des bénéfices futurs attribués au fonds de commerce, ces derniers sont définis comme étant la différence entre les bénéfices net des exercices futurs et le rendement des actifs prévisionnel.

Le rendement futur des actifs est obtenu en multipliant le total des actifs par le rendement des actifs prévisionnels.

Une pondération est attribuée pour chaque année, la plus élevée sera attribuée pour la première année et la plus faible pour la dernière année. Un excès des bénéfices prévisionnel pondéré est calculé et actualisé. (EBPPA) La valeur du fonds de commerce est déterminée comme étant le rapport :

$$V = \text{EBPPA} / \Sigma \text{ Pondération}$$

Pour estimer le taux de rendement des actifs prévisionnels et des bénéfices prévisionnels, l'utilisation des méthodes quantitatives peut être très utile pour une estimation rationnelle. En effet, l'utilisation de la régression linéaire et plus particulièrement le modèle auto-regressif se trouve justifié. La validité et la puissance du modèle peuvent être testée statistiquement. la forme générale de ce modèle est la suivante :

$$Y_t = \alpha + \beta_1 Y_{t-1} + \beta_2 Y_{t-2} + \dots + \beta_t Y_1 + \delta_t$$

où

α = est la constante du modèle

β_i : sont les coefficients

Y_t : sont les valeurs antérieures de la variable.

Dans notre cas c'est soit les bénéfices antérieurs soit le taux de rendement des actifs.

δ_t : est l'erreur du modèle

Dans tout ce qu'a précédé, on a essayé de présenter des méthodes qui pourraient aider l'expert dans son travail d'évaluation du fonds de commerce. Ces méthodes serviraient comme outil destiné à la détermination de la valeur du fonds de commerce.

CONCLUSION GENERALE

Il ressort de l'étude que nous avons présentée que, d'une part pour protéger le fonds de commerce et d'autre part pour l'évaluer, il est nécessaire de connaître en détails ses éléments constitutifs aussi bien sur le plan juridique que financier.

En effet, pour la protection du fonds de commerce, on doit tenir compte des relations existantes essentiellement entre le bailleur de fonds et le locataire afin d'apprécier les droits et obligations de ce dernier en vue soit de garder son fonds réalisé au cours des années d'exploitation, soit de prendre une contrepartie face à perdre le fonds de commerce.

Ainsi on doit tenir compte des problèmes de la concurrence qu'un exploitant pourrait rencontrer durant son activité d'exploitation au sein de son fonds de commerce.

En ce qui concerne l'évaluation du fonds, il est nécessaire de ne pas utiliser des méthodes empiriques tenant compte de la situation du fonds de commerce (quartier, activité, honorabilité du commerçant,...), et ne suffit pas d'appliquer des techniques quantitatives tenant compte des états financiers et documents accessoires, en vertu de la dépendance du fonds de commerce aux plusieurs facteurs internes et externes à l'entreprise.

Pour cette raison, l'expert chargé de la mission d'évaluation doit utiliser tous les moyens disponibles pour donner une valeur réelle au fonds de commerce.

Enfin, il est à noter que malgré la présence des textes législatifs qui jugent pour le problème de la protection, il reste l'obstacle majeur pour l'exploitation du fonds de commerce soit à l'égard du bailleur soit à l'égard des rivalités concurrentielles.

Et que malgré la multitude des méthodes d'évaluation consacrées au fonds de commerce il reste difficile à atteindre une valeur exacte pur un tel fonds cependant il s'avère comme un outil d'aide pour l'expert à une appréciation approximative qui serait prise en compte lorsque ceci est nécessaire.

