

# **Avocat droit commercial – Interview 3/2/17 de Sophie PETROUSSENKO, Avocate à la Cour de PARIS, par Pauline de Waele, journaliste-reporter Revue des Comptoirs**

**Interview 3/2/17 de Sophie PETROUSSENKO, Avocate à la Cour de PARIS, Par Pauline de Waele, journaliste-reporter Revue des Comptoirs**

Le Cabinet d'Avocats Petroussenko intervient aux côtés des CHR afin de les aider à optimiser les opérations d'achat et de vente et également des contrats de location-gérance de leur fonds de commerce depuis 18 ans.

Depuis la loi Sapin 2 du 5 janvier 2017, le propriétaire du fonds de commerce n'a plus à régler les impôts directs (IR, IS, CFE, etc.) de son locataire gérant en cas de non – paiement à l'administration fiscale. C'est une grande avancée et cela va permettre un développement accru de la location gérance.

Quels sont les conditions d'accès pour le professionnel de la restauration (locataire-gérant) à la location-gérance ?

La location gérance est différente de la gérance salariée puisque par définition le locataire gérant est indépendant. Le gérant salarié exploite aux risques et périls du propriétaire et non aux siens, alors que le gérant libre exploite en son nom propre et à ses risques pendant le cours de la location gérance. La location-gérance est utile pour un commerçant qui n'a pas les moyens d'acheter un fonds de commerce et qui veut débiter une activité ou alors lorsque le commerçant veut apprécier les potentialités d'un fonds de commerce avant une acquisition.

Les conditions d'accès à la gérance libre sont les suivantes :

- le propriétaire du fonds doit avoir exploité le fonds durant 2 ans au moins (sauf s'il en a hérité ou en cas de dérogation du Président du TGI),
- le locataire-gérant doit s'assurer que le propriétaire du fonds a obtenu l'accord du propriétaire des murs,
- le Locataire gérant devra être immatriculé au registre du commerce et des sociétés lorsqu'il commencera à exploiter,
- le locataire gérant doit régler un dépôt de garantie. Le montant du dépôt de garantie est laissé à la discrétion des parties. En pratique il correspond de 3 à 6 mois. Il permet de garantir le matériel et son état, le paiement de la redevance.
- enfin, il faudra une publication d'un avis au Journal d'annonces légales dans les 15 jours suivant la signature.

1. Lors de la négociation, quels sont les points essentiels à définir ?

Lors de la négociation, plusieurs points sont à définir.

Tout d'abord, concernant le montant de la redevance à régler par le locataire gérant au propriétaire du fonds de commerce de CHR : elle peut être fixe ou variable et est librement calculée par les parties. Il conviendra de préciser le mode de calcul et les modalités de révisions. En tout état de cause, elle ne doit pas être trop importante : l'administration fiscale pourrait considérer qu'elle est constitutive d'une partie du prix de vente dans le cas où le locataire-gérant reprend le fonds à l'issue de location-gérance et appliquer le régime d'imposition notamment des plus values.

Le dépôt de garantie, la consistance du fonds doit également être déterminée, tout comme l'activité exercée qui doit respecter celle du bail principal.

Souvent existe une clause permettant au loueur du fonds de suivre la gestion en ayant la possibilité de consulter la gestion du locataire-gérant et l'évolution de sa situation financière.

Le contrat de location-gérance doit organiser la durée et fin du contrat. La durée peut être déterminée (1 an, 2 ans...) ou indéterminée ( avec faculté de résiliation 3 mois à l'avance le plus souvent). À la fin du contrat le propriétaire du fonds reprend son fonds sans versement d'indemnité au locataire gérant.

L'insertion d'une clause de non-concurrence permet d'éviter qu'à la fin du contrat le locataire-gérant se rétablisse dans le même domaine d'activité et ce dans une période et une zone géographique déterminées.

Enfin, il est possible aussi d'adosser au contrat de location gérance une promesse d'achat du fond par le locataire gérant à un prix fixé à l'avance, et ce quel que soient les fluctuations de l'activité du locataire gérant pendant 1, 2, 3 ans ou plus. Ceci est favorable pour l'une ou l'autre des parties selon les fluctuations. La fin du contrat impose que les parties aient prévu la reprise de marchandises. Enfin, il faut s'assurer de la loyauté du bailleur durant le contrat. Il est normal que le bailleur propriétaire du fonds de commerce ne fasse pas concurrence dans le secteur géographique déterminé.

## 2. Quels sont les risques si le contrat est mal négocié ?

L'une ou l'autre des parties peut en subir des conséquences importantes.

Dans l'immédiat, le bailleur est responsable du loyer et des contrats de travail. De plus, durant les six premiers mois à compter de la publication au journal d'annonces légales de la location-gérance, il est responsable des dettes contractées par son locataire pour l'exploitation du fonds (exemple : dettes vis-à-vis du brasseur au titre d'un contrat de bière, contrat de prêt...). Pour le propriétaire du fonds de commerce, si le locataire gérant n'exploite pas le fonds correctement, cela peut donc entraîner à terme son dépôt de bilan. Concernant le locataire-gérant, une redevance trop élevée par rapport au chiffre d'affaire peut avoir des conséquences néfastes. De même en cas de clauses trop étouffantes pour le locataire gérant telle une reprise des obligations d'approvisionnement exclusif du propriétaire du fonds vis-à-vis d'un brasseur.

## 3. Comment limiter ces risques et se prémunir de difficultés futures ?

Il faut rédiger les clauses du contrat de manière équilibrée notamment concernant la redevance, les obligations de bonne gestion du fonds. Il peut aussi être demandé que le propriétaire consacre à son locataire gérant 1 mois ou 2 après le début de la location gérance, pour qu'il lui montre la manière dont est exploité le fonds.

Le locataire devra collaborer avec le bailleur sur la manière d'améliorer la valeur du fonds, et surtout respecter la clause de non-concurrence qui doit être prévu pour protéger le bailleur de fonds. En tout état de cause, il faut que chaque partie se renseigne sur l'autre sur la solvabilité et le sérieux de l'autre dans la profession

4. Par qui se faire aider ?

Il est conseillé de se faire assister par un avocat spécialisé sur la question des CHR.

5. Comment fixer le montant de la redevance ?

Le montant de la redevance est fixé librement par les parties. Il peut s'agir d'une somme fixe ou alors les parties peuvent convenir d'un pourcentage (sur les bénéfices / le CA / ou les 2). Le montant de la redevance inclut une part de loyer principal payé par le propriétaire du fonds mais aussi les frais afférents au fonds (fonctionnement).

La redevance est soumise à la TVA au taux de 20%. Le bailleur peut la répercuter sur le locataire si cela est prévu dans le contrat. Dans ce cas, le locataire gérant récupère la TVA de celle qu'il paie.

6. Les contrats conclus couvrent quelle période (un an, deux ans...) ?

Le contrat de location-gérance peut être conclu à durée déterminée pour une période de 1 ou 2 ans en général avec une clause possible de renouvellement. Dans ce cas, les parties doivent s'y prendre suffisamment tôt pour renégocier les termes du contrat. A défaut, la location-gérance cesse sans indemnités pour le locataire gérant.

Le contrat peut également être à durée indéterminée. Dans ce cas il est généralement prévu que la résiliation se fasse moyennant un préavis de 3 mois.

Dans ce cas également, il n'y aura pas d'indemnité prévue pour le locataire gérant sauf clause contraire prévue au contrat. Par ailleurs, si le contrat est assorti d'une promesse de vente au locataire-gérant, il faudra faire attention sur le plan fiscal à ce que l'administration des impôts ne requalifie pas en prix de vente la redevance qui aurait été versée pendant 1 ou 2 ans ou plus et qui serait déduite d'un accord commun des parties.

7. Au terme de cette période, comment renégocier le contrat ? Sur quels points faut-il être particulièrement vigilant ?

Au terme du contrat, tout dépend si le locataire-gérant a su augmenter de manière significative le chiffre d'affaire du CHR. Si oui, le bailleur du fonds souhaitera augmenter le montant de la redevance ou à défaut récupérer le fonds.

En revanche, si le montant du chiffre d'affaire a diminué alors le locataire gérant pourra renégocier à la baisse le montant de la redevance quitte à ce que ce soit temporaire. Il conviendra d'être vigilant sur le montant de la redevance.

8. Quels sont les avantages de ce type de contrat pour le professionnel de la restauration ? Et inconvénients ?

Avantages pour le locataire-gérant : Si le locataire-gérant n'a pas les moyens et qu'il ne peut ou ne veut pas prétendre à un crédit, il peut tout de même exploiter un fonds. De plus, en cas de promesse de vente adossée, cela permet au locataire gérant d'exploiter le fonds et d'en constater la viabilité avant d'acquérir puisque le fonds a au moins 2 ans d'existence.

Inconvénients pour le locataire-gérant : A la fin du contrat, le bailleur reprend le fond. Ainsi, même si le locataire gérant a développé le fonds et a augmenté le chiffre d'affaires, il ne touchera en principe aucune indemnité.

Avantages pour le bailleur du fonds : Le bailleur ne peut peut-être pas exploiter le fonds ou ne souhaite pas l'exploiter car il a reçu en héritage ou exploite déjà un autre fonds. Ou encore il souhaite voire développer son fonds davantage. La location-gérance est un moyen pour le bailleur d'enrichir son patrimoine tout en n'étant pas présent. Il va calculer le taux de rentabilité moyen de son fonds de commerce qui placé en location gérance, peut-être meilleur qu'un placement en valeur mobilière. En encaissant une redevance fixe, il améliore la rentabilité de son placement en cas de diminution d'activité du fonds pendant la gérance libre. Enfin, le bailleur récupère le fonds à la fin du contrat.

Inconvénients pour le bailleur de fonds : Si le locataire gérant n'arrive pas à gérer le fonds. Il faut rappeler que le bailleur est responsable des contrats conclus par le fonds dans les conditions indiquées plus haut. Il est vrai que lorsque le propriétaire du fonds retrouvera son fonds au terme du contrat il le retrouvera dans l'état où le locataire gérant l'a laissé. A noter le risque si le contrat de location gérance est mal conclu et dure trop longuement, qu'il soit requalifié et qu'il se considère comme propriétaire du fonds.

SELARL Cabinet d'avocats Sophie PETROUSSENKO