

L'UTILITÉ D'UNE LOCATION-GÉRANCE

Caractéristiques

Un transfert d'exploitation

La gérance libre, appellation courante de la location-gérance, permet au propriétaire d'un fonds de commerce de continuer à tirer profit de son actif commercial tout en se déchargeant des soucis de l'exploitation personnelle. Par opposition au gérant salarié qui gère pour le compte du propriétaire, le gérant libre exploite le fonds à ses risques et périls, moyennant le versement d'une redevance.

L'article L. 144-1 du code de commerce définit ainsi le contrat : tout contrat ou convention par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls est régi par les dispositions du chapitre IV du livre I du code de commerce (anciennement art. 1^{er} de la loi 56-277 du 20 mars 1956).

Ordre public et volonté des parties. Un contrat correspondant à la définition légale doit être qualifié de location-gérance, même si les parties l'ont dénommé différemment (CA Paris 31 mars 1994, D. 1994 IR 122).

Concession d'un fonds de commerce entre deux sociétés. L'opération, non concrétisée par un écrit, par laquelle une société concède à une autre société, dans un intérêt économique commun, un fonds de commerce exploité par cette dernière société à ses risques et périls relève de la législation sur la location-gérance ; il n'est pas nécessaire de rapporter la preuve d'une volonté non équivoque des parties de conclure un contrat de location-gérance (cass. com. 23 mars 1999).

Des lignes de force

La location-gérance permet à un chef d'entreprise de se décharger du souci de la gestion de son fonds et des détails matériels de son administration pendant un certain temps.

Le chef d'entreprise conserve son capital tout en obtenant des revenus au moyen des redevances versées par le locataire gérant. Chacune des parties doit trouver un intérêt à l'opération, d'où la nécessité de fixer une redevance correspondant à la rentabilité de l'affaire et permettant au locataire-gérant de réaliser un bénéfice.

La location-gérance permet une vente du fonds au moment le plus adéquat.

Le locataire-gérant peut tester les potentialités du fonds et ses perspectives de rendement.

Le locataire-gérant a la possibilité, au cours de la vie du contrat, de se procurer les fonds nécessaires à son achat.

La location-gérance permet d'assurer une continuité de l'exploitation du fonds de commerce et du fonds artisanal.

Le fait de donner un fonds en location-gérance n'est pas une cession et n'entraîne pas d'imposition spécifique. La personne est considérée comme poursuivant sous une autre forme son activité ; ainsi, l'imposition des plus-values latentes ne peut intervenir.

Lorsque la redevance annuelle n'excède pas 90 000 €, le propriétaire du fonds pourra se prévaloir de l'exonération des plus-values professionnelles s'il cède le fonds de commerce loué 5 ans au moins avant la date de la mise en location effective du fonds (le délai de 5 ans reste fixé au début d'activité pour les contribuables qui remplissaient les conditions d'exonération lorsqu'ils ont consenti à la location-gérance de leur activité ; voir fiche 18).

Des points de faiblesse

La location-gérance présente certains risques :

- le propriétaire du fonds est responsable solidairement avec l'exploitant de toutes les dettes d'exploitation contractées par le gérant pendant les 6 mois qui suivent la publication du contrat ;
- pendant toute la durée du contrat, le propriétaire du fonds est débiteur solidaire des impôts dus par le locataire-gérant à raison de l'exploitation du fonds. Cette solidarité porte sur les impôts directs et notamment sur l'impôt sur le revenu ou sur l'IS (mais pas sur les autres impôts tels que la taxe sur le chiffre d'affaires ; voir fiche 19) ;
- la valeur du fonds repose sur la qualité professionnelle et morale du locataire-gérant ; le bailleur n'a pas de droit de regard sur la gestion de l'entreprise. Toute incompétence ou négligence du gérant se traduit rapidement par une diminution substantielle de la valeur de l'entreprise concédée (voir fiche 10) ;
- la fin de la location-gérance reste une opération délicate, notamment en ce qui concerne la restitution des matériels (voir fiche 13).

Principales applications

Distribution

La location peut être une technique retenue dans le cadre d'un circuit de distribution. Un producteur peut, par exemple, souhaiter avoir ses propres points de vente et en confier la gestion à un gérant libre plutôt que de recourir à une gérance salariée.

Préparation à une transmission

La location-gérance peut être utilisée dans un cadre familial dans la perspective d'une transmission d'entreprise avec le recours souvent à une société d'exploitation (voir fiche 15) ; cette location constituera le premier volet de l'opération de passation de pouvoirs au profit de l'héritier désigné qui aboutira à l'apport du fonds ou à la vente.

Cette passation de pouvoirs peut d'ailleurs s'effectuer en deux temps :

- le chef d'entreprise reste pendant une certaine période à la tête, par exemple, de la société exploitant le fonds pour en assurer la continuité, puis laisse la place à son successeur ;
- le successeur est associé à la gestion et intéressé aux bénéfices.

Dans une convention, le successeur est assuré qu'il pourra devenir propriétaire du fonds.

La location-gérance est aussi un préalable à l'apport du fonds à une société d'exploitation.

Adaptation des clauses du contrat. Le contrat de location-gérance, dans une perspective de transmission, nécessite une adaptation particulière afin de traduire la volonté précise des parties.

Le contrat doit être élaboré dans un contexte plus général qui est celui de la préparation de la succession, avec ses différents aspects.

Il doit prendre en considération le fait que l'objectif visé est le transfert du fonds à l'héritier désigné. Toutefois, le chef d'entreprise ne négligera pas l'hypothèse où l'expérience n'est guère concluante et le caractère réversible du contrat doit être maintenu.

L'aspect familial ne doit pas non plus fausser l'équilibre du contrat, les rapports contractuels, pour être efficaces, devant être équitables.

Donation du fonds de commerce. Le régime de paiement différé et fractionné ne peut être accordé lors de la donation d'un fonds de commerce qui n'est pas exploité personnellement par le donateur, mais donné en location-gérance à une SARL dont le donateur est également associé. Mais il est admis que le régime du paiement différé et fractionné est maintenu lorsque la location-gérance a été conclue préalablement à la donation (voir fiche 16).

Perte du régime de report d'imposition des plus-values. Désormais et sur option, les plus-values réalisées lors de la transmission d'une entreprise soumise à l'IR par donation ou succession bénéficie d'un report d'imposition et sont exonérées à l'issue d'un délai de cinq ans. La mise en location-gérance de tout ou partie de l'entreprise fait échec à ce régime. La mise en location-gérance suite au décès met fin au report d'imposition (voir fiche 18).

Reprise d'entreprise

Le recours à la location-gérance s'exerce aussi dans le cadre d'une reprise d'entreprise et d'une prise de contrôle ; elle permet, à travers des schémas plus ou moins complexes, de réduire le prix d'acquisition des titres d'une société et, parfois, de résorber des déficits.

Location-gérance et société holding. Afin de conférer à une société holding ayant acquis une autre société cible une activité source de profit, il est parfois conseillé de donner à la société holding la location-gérance du fonds de commerce de la société dont elle assure le contrôle.

La société cible donne son fonds de commerce en location-gérance à la société holding. Durant la période de remboursement de l'entreprise, les intérêts des emprunts créant un déficit sont imputés sur les bénéfices d'exploitation du fonds ; ainsi, les frais financiers sont déductibles des résultats de la société holding. La société cible propriétaire du fonds reçoit une redevance. Lorsque l'emprunt est remboursé, les deux sociétés sont fusionnées.

Cette opération reste vulnérable au regard de l'abus de droit et de l'acte anormal de gestion.

Par ailleurs, la location-gérance peut être contraire à l'intérêt social de la société cible, notamment si le montant de la redevance versée par la société holding est insuffisant pour couvrir les charges de la société cible.

Location-gérance et indivision

La location-gérance peut se révéler judicieuse en présence d'une indivision portant sur un fonds de commerce ou d'industrie ou d'un établissement artisanal. Le plus souvent, elle n'est qu'une variante de la solution contractuelle de l'indivision (convention d'indivision) car la durée de la gérance est liée plus ou moins étroitement à celle présumée de la liquidation successorale. La conclusion d'un contrat de location portant sur un fonds de commerce indivis doit être consentie par l'ensemble des indivisaires (voir fiche 3). Les conditions de durée ne sont pas applicables aux héritiers ou légataires d'un commerçant ou d'un artisan décédé, ainsi qu'aux bénéficiaires d'un partage d'ascendant.

Décès-divorce. Le conjoint attributaire du fonds ayant participé à son exploitation peut désormais donner en location-gérance ce fonds (voir fiche 5).

Location-gérance, remède à des incapacités

La location-gérance reste la solution préconisée lorsque le fonds de commerce est échu, par legs ou succession, à un mineur ou à une personne exerçant une fonction incompatible avec l'activité commerciale.

En présence d'un mineur recevant un fonds par succession ou donation, le contrat de location-gérance est conclu par ses parents et la condition relative à la durée d'exploitation n'est pas requise (voir fiche 3).

Lorsque le fonds de commerce appartient à un majeur incapable, la location-gérance est également une technique permettant d'éviter la vente du fonds. Selon le degré de protection de l'incapable majeur, les autorisations à solliciter ne seront pas les mêmes (voir fiche 3).

Location-gérance préparatoire à une fusion

Les opérations de fusion sont souvent longues et s'étalent sur plusieurs mois. Aussi, il convient de gérer la continuité d'exploitation pendant toute la période de réalisation. La société absorbante doit reprendre en charge les opérations actives et passives accomplies par la société absorbée entre la date de la clôture d'un exercice et le jour de la concrétisation. La rétroactivité des effets de la fusion apporte certains éléments de réponse pour la reprise des écritures comptables mais pas pour l'ensemble des actes de gestion et notamment ceux ayant trait au personnel.

Une solution consiste à donner à la société absorbante en location-gérance le fonds d'entreprise jusqu'à la date de réalisation de la fusion. La société absorbante, pendant toute la période intercalaire, exploite à ses risques et périls les actifs de la société devant être absorbée. L'ensemble des contrats de travail est transféré avec les effets y attachés en application de l'article L. 122-12 du code du travail.

Délais d'exploitation. La société absorbée doit être immatriculée au RCS depuis au moins 7 ans ; elle doit en outre exploiter le fonds donné en location-gérance depuis 2 ans au moins ; à défaut, une dispense judiciaire devra être sollicitée et obtenue.

Solidarité. En pratique, la société devant être absorbée restera solidaire avec la société absorbante des dettes contractées par celle-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds ; en effet, la responsabilité solidaire du loueur avec le locataire-gérant dure pendant les 6 mois suivant la publication du contrat ; ce délai sera, dans la plupart des cas, celui correspondant à la période « intercalaire » nécessaire à la préparation de l'opération de fusion.

Entreprise en difficulté

Le jugement qui arrête le plan de cession peut autoriser la conclusion d'un contrat de location-gérance comportant l'engagement d'acquiescer à son terme, même en présence de toute clause contraire, notamment dans le bail d'immeuble, au profit de la personne qui a présenté l'offre d'acquisition permettant, dans les meilleures conditions, d'assurer le plus durablement l'emploi et le paiement des créanciers. L'entreprise doit être effectivement cédée dans les 2 ans du jugement arrêtant le plan. Si le locataire-gérant n'exécute pas dans les conditions et délais fixés par le plan son obligation d'acquiescer, le tribunal ordonne, d'office ou à la demande du liquidateur ou du ministère public, la résiliation du contrat de location-gérance et la résolution du plan sans préjudice de tous dommages et intérêts (c. com. art. L. 642-13 à L. 642-17).

Action contre le loueur. En cas de redressement ou de liquidation judiciaires, le représentant des créanciers ne peut agir en responsabilité solidaire envers le loueur (voir fiche 11, rubrique « Redressement judiciaire », p. 69).

Textes inapplicables. L'article L. 642-14 du code de commerce précise que les dispositions légales relatives à une exploitation pendant 2 années au moins sont inapplicables (c. com. art. L. 144-3 et L. 144-4) ; il en est de même de la solidarité du loueur pendant 6 mois à compter de la publication du contrat (c. com. art. L. 144-7).

Absence de location-gérance en période de sauvegarde. Le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaires ne peut plus autoriser la conclusion d'un contrat de location-gérance. Les anciens articles L. 621-34 et L. 621-35 sont abrogés par le nouveau dispositif. La location-gérance ne peut intervenir que dans le cadre d'un plan.