

## Fonds de commerce

Alessandro Stanziani

Autant la notion de fonds de commerce est peu ou prou connue du large public, autant elle est cruciale à la fois pour les juristes et les professionnels. Elle renvoie en effet aux modalités de transmission des boutiques (de commerçants et d'artisans), restaurants, magasins, sans oublier les hôtels et les cabinets professionnels (Hilaire, 1986).

Le fonds de commerce définit le prix à accorder à l'ensemble des activités pratiquées, voire à ses potentialités, donc à la clientèle actuelle et éventuelle. Du coup, une analyse historique des pratiques et des notions liées à celle de « fonds de commerce » possède des enjeux intellectuels de taille, à commencer par le rôle du commerce, du commerce au détail en particulier, dans le développement économique : dans quelle mesure le commerce, moteur de l'économie du XII<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle, laisse-t-il réellement la place à l'industrie à partir du XIX<sup>e</sup> siècle ? Le retour d'intérêt actuel pour les services et le capital immatériel ne témoignent-ils plutôt de la place cruciale, sur la longue durée, de ces activités dans l'évolution des économies de marché ?

La notion de fonds de commerce renvoie également à la question de savoir quel prix attribuer aux éléments immatériels du capital, dans la mesure où le fonds, nous le verrons, inclut non seulement les stocks et les « murs de boutique », mais aussi les brevets, la marque et l'enseigne commerciale, la clientèle et la confiance. L'estimation de ces éléments est essentielle dans les opérations de transmission de fonds, aussi bien les ventes, que les successions. Ce qui renvoie au troisième champ d'investigation lié à la notion de fonds de commerce : le lien entre famille et activité économique. Les aspects généraux de ce problème sont traités ailleurs (V. Famille, famille et entreprise). Le fonds de commerce permet d'examiner un aspect particulier, quoique essentiel, de cette relation, à savoir, la manière de distinguer le rôle du capital initial apporté par chacun des époux, de leur rôle dans l'activité courante du fonds. Cette estimation suscite des tensions qui renvoient aux rapports de pouvoir à l'intérieur de la famille, entre mari et femme, d'une part, entre parents et enfants, d'autre part.

En même temps, la possibilité de donner un prix au capital immatériel représenté par le fonds constitue, pour la famille et son entreprise, un atout en matière de crédit, dans la mesure où la tension traditionnelle entre dot et recours au crédit extérieur, en général accordé par le commerçant de gros, se retrouve modifiée précisément par la possibilité d'obtenir des financements liés aux potentialités du fonds et à son capital immatériel. Autrement dit, la reconnaissance économique et juridique du fonds se situe au carrefour du marché du crédit et de celui du mariage (Hirsch, 1991).

Mais, finalement, la possibilité même de reconnaître le fonds et ses potentialités comme garantie d'un crédit exprime un changement plus fondamental encore au sein du capitalisme, à savoir, le passage du capitalisme foncier au capitalisme financier. Ce passage s'exprime, de manière générale, dans celui de financements liés au capital accumulé, notamment sous forme de propriété foncière, à des financements qui s'ancrent plutôt aux potentialités de l'activité concernée. La bourse constitue l'exemple le plus éclatant de cette évolution ; cependant, nous allons voir que le nantissement des fonds de commerce est également important car il soutient le renouveau des petites entreprises à l'ère du grand capital boursier. Mieux, ces deux phénomènes sont liés entre eux, car les réformes en matière de faillite et de sociétés

s'influencent mutuellement avec celles en matière de fonds de commerce et de régime matrimonial.

\*\*\*

Depuis l'époque moderne au moins, l'essor des boutiques caractérise la ville, en Europe, comme en Asie et au Maghreb ; cette dynamique s'inscrit dans un long trend ascendant accompagné de fluctuations qui sont finalement celles de la conjoncture, par rapport à laquelle le nombre de boutiques constitue tout aussi bien le résultat que la cause. Jusqu'à la fin du XIXe l'histoire de la boutique se superpose avec celle de la famille ; au XXe siècle, l'essor des grands magasins, puis des supermarchés est venu bouleverser cet état des choses, sans l'anéantir pour autant, les boutiques familiales jouant un rôle toujours important dans le commerce au détail (Coquery, 2000, Daumas, 2002, Angiolini, Roche, 1995). Ce résultat peut s'expliquer avant tout par le fait que nombre de boutiquiers, contrairement à l'image qu'en donne Zola dans « Au bonheur des dames » ne sont guère réticents aux innovations ; seulement, ils sont contraints par l'accès aux ressources et par les formes économiques et juridiques de valorisation de leur savoir-faire.

En réalité, surtout au XIXe siècle, les disponibilités en capitaux des boutiques dépendent de trois éléments principaux : le mariage et la dot éventuelle ; le crédit commercial accordé par les commerçants de gros ; la possibilité qu'a le boutiquier de valoriser son savoir-faire, sa réputation et sa clientèle.

Ainsi, jusqu'aux réformes du code civil de 1942 et 1965, la dot et le contrat de mariage sont essentiels pour la naissance et la survie d'une boutique. L'ambition de la plupart des aspirants boutiquiers est celle d'épouser la fille d'un autre boutiquier qui apporterait un fonds de commerce en dot ou, du moins, les capitaux nécessaires à en acquérir un. Avec le déclin progressif, à partir du XIXe siècle, du régime dotal, les époux ont le choix entre deux contrats de mariage : soit ils adoptent la communauté des biens soit ils préfèrent la communauté réduite aux acquêts, cette dernière solution connaissant un succès grandissant au fil du temps. A la différence de la communauté simple, elle permet en effet à la femme et surtout à sa famille de récupérer facilement la dot en cas de dissolution du mariage (Faure, 1979, Clio, 1998, Laroche-Gisserot, 1988).

C'est dans ce cadre juridique que la question se pose de comment tenir compte de la contribution de chaque époux au succès (ou à la faillite) du fonds et de distinguer, pour chacun, le rôle du capital apporté de celui du travail. Autrement dit, si le fonds prend de la valeur au fil du temps (ou si, inversement, il se dévalorise), comment ces modifications seront-elles partagées entre les époux ?

Les juges (il s'agit avant tout des juges civils, car comme nous le montrerons, les tribunaux de commerce refusent tout au long du XIXe siècle d'admettre l'existence juridique des fonds de commerce) distinguent deux situations : s'il était démontré que la valeur du fonds dépend avant tout de son emplacement et moins de l'activité des époux en tant que telle, alors, sauf clause contraire dans le contrat de mariage, la valeur du fonds et la contribution de chacun des époux à sa valorisation tombent sous le régime de la communauté des biens. Au contraire, là où les qualités des promoteurs sont reconnues dans la valorisation du fonds, alors la question de leur évaluation se pose. Le XIXe siècle ne présente à ce sujet aucune solution claire et définitive, les juges appréciant suivant la situation particulière, mais, bien entendu, dans le cadre d'un droit de la famille largement favorable au mari. Il est ainsi assez difficile pour les femmes d'obtenir gain de cause en cas de litige : leur travail n'est reconnu que dans la mesure où il a été assuré dans le cadre de l'entreprise familiale gérée par le mari et il reste très difficile pour elles d'apporter des preuves tangibles dans la mesure où les éléments qui sont le plus pris en compte par le juge, correspondance commerciale, factures, lettre de change, etc.,

sont presque toujours au nom du mari. C'est pourquoi, au mieux, la femme ne peut espérer que récupérer sa dot initiale (et seulement si le contrat de mariage choisi le permet).

En même temps, il serait réducteur d'interpréter cette situation comme la seule expression de la domination du mari sur la femme. Quoique centrale, cette question n'est pas la seule. Ainsi, lorsque la boutique est en difficulté, le mari fait souvent signer les engagements par sa femme, précisément parce que, en cas de faillite, elle ne pourra pas être tenue pour responsable face aux créanciers.

Il faut également tenir compte du fait qu'il existe des métiers où les femmes sont nombreuses à gérer des fonds de commerce (hôtellerie, fleuristes, marchandes de mode etc.). Cependant, lorsqu'elles sont mariées, ces femmes ont besoin de l'autorisation de leur mari pour exercer un commerce et, à partir de là, elles ne peuvent souvent pas disposer à leur gré du fonds. Quant aux veuves, elles sont formellement libres, en réalité assez souvent encouragées, pour des raisons qui tiennent à la fois aux pressions sociales et à l'insertion dans le milieu professionnel, à se remarier (Faure, 1979).

Cet état de choses ne changera qu'avec les réformes du code civil de l'après seconde guerre mondiale ; à partir de ce moment et jusqu'à nos jours, les droits de la femme commerçante sont reconnus et, avec eux, ses responsabilités en matière de dettes (V. entreprise et famille).

Bien entendu, le rôle de la femme et ses droits sont étroitement liés à ceux des enfants. Au XIXe, comme pendant une bonne partie du XXe siècle, dans le commerce, il arrive assez souvent que les enfants relèvent le fonds et continuent l'activité de leur père. En cas de mort prématurée de ce dernier, cette transmission s'opère parfois par l'intermédiaire de la mère qui garde en gestion le fonds jusqu'à ce que les enfants atteignent l'âge adulte.

Cependant, cette transmission n'est pas automatique et, en tout cas, elle l'est moins qu'on ne l'a souvent affirmé. Ainsi, à Paris, au XIXe siècle, le tiers seulement des petits fils des boutiquiers sont eux-mêmes boutiquiers ; ce taux s'élève à environ 50% pour la première génération. Afin de garder le fonds, les fils légitimes du commerçant vont souvent lutter dans les cours de justice contre d'autres successeurs, à commencer par les apprentis et commis. En cas de mort prématurée du père, ces conflits ne peuvent se désamorcer, et, encore, de manière partielle, qu'avec le mariage de la veuve avec l'apprenti ou l'employé. Cette solution est assez répandue mais provoque aussi maints conflits non seulement entre les enfants de l'ancien boutiquier et leur beau-père, mais également entre ce dernier et sa femme au sujet de l'évaluation des contributions de chacun en capital comme en travail (Faure, 1979). Une fois de plus, l'histoire des boutiques se place au carrefour de l'histoire des familles et de celle des formes de financement de leurs activités. Ces deux éléments sont liés entre eux : la remise en cause du rôle de la famille dans la gestion de l'entreprise et du marché du mariage dans son financement dépendent et influencent à leur tour les autres possibilités d'emprunt dont dispose le commerçant.

Au XVIIIe siècle déjà, les discussions se multiplient sur le fait de savoir si l'achalandage, c'est-à-dire la clientèle, ainsi que le savoir-faire du négociant, l'emplacement de la boutique, bref, ses éléments immatériels, peuvent être évalués et pris en considération dans les ventes et dans les successions des fonds de commerce (Hilaire, 1986, Hirsch, 1991). La Révolution ne résout pas ces problèmes, loin de là. La notion de fonds de commerce est absente aussi bien du code civil que du code de commerce ; la raison en est qu'une majorité de juristes estime que la propriété immatérielle du fonds est incompatible avec la notion de propriété qui est à la base des nouveaux codes et qui s'identifie avant tout à la propriété foncière. Ce point de vue trouve le soutien intéressé des commerçants de gros, aussi bien lors des réunions préparatoires aux codes que dans les tribunaux de commerce. La raison en est que les commerçants de gros sont les principaux créanciers des détaillants et estiment que la reconnaissance juridique du fonds et de la propriété immatérielle réduiraient leurs garanties vis-à-vis de ces derniers.

Ces éléments permettent de voir sous un angle nouveau certaines conclusions de l'historiographie en matière de commerce. Ainsi, l'association, bien connue en histoire économique et sociale du XIXe siècle, du commerce de gros avec le crédit et du commerce de détail avec l'endettement s'appuie sur un contexte légal fortement voulu et maintenu en vie par les élites commerciales. Le petit commerçant est limité dans son endettement par le fait qu'il ne peut pas donner en gage son fonds et qu'il est obligé d'avoir recours soit à des garanties immobilières soit à l'aide du marchand de gros. C'est précisément cette emprise des négociants sur les détaillants qui explique, surtout en périodes de difficultés, et donc, au tournant des années 1830-40 et surtout après 1875, l'entêtement de ces derniers et de leurs associations pour que le fonds de commerce et son nantissement reçoivent une reconnaissance légale.

Ces deux aspects sont si étroitement liés qu'ils tendent à se superposer : la reconnaissance légale du fonds pose problème non pas pour les marchandises, les outils et les murs de la boutique, mais avant tout pour l'achalandage. Ce dernier constitue à son tour la garantie principale que le gestionnaire du fonds aimerait voir reconnue pour le nantissement du fonds. Cette opération, à la différence du nantissement ordinaire (V. Crédit commercial), ne serait pas accompagnée de la dépossession du bien du débiteur (le boutiquier en l'occurrence) de la part du créancier. Au contraire, le boutiquier pourrait continuer à gérer sa boutique. C'est précisément cette possibilité qui est refusée par les juges commerciaux et par les commerçants de gros qui estiment que, de cette manière, le créancier n'aurait guère de garanties. C'est là une question tout à fait cruciale dans l'histoire du crédit. Depuis le XIIIe siècle au moins, et encore plus avec les codes napoléoniens, le crédit à moyen et long terme repose sur des garanties foncières ou, pour les biens meubles, sur leur transfert dans les mains du créancier (V. crédit long). Au contraire, les boutiquiers souhaitent bénéficier d'un crédit sans garantie hypothécaire et sans être privés de leur fonds. Ils demandent un crédit fondé sur les gains à venir et sur les potentialités du fonds.

Cette question est constamment évoquée par tous ceux qui ne disposent pas de garanties foncières et elle est soulevée encore aujourd'hui, par exemple, pour les nouveaux projets et pour les PME.

Il s'agit alors de comprendre les raisons pour lesquelles le nantissement des fonds, si longtemps refusé, est progressivement admis en droit français au tournant du XIXe et du XXe siècle. Parmi les institutions favorables à cette réforme, le fisc joue un rôle important dès le XVIIIe siècle. En effet, la reconnaissance légale du fonds permet d'augmenter la valeur des actifs soumis à taxation, aussi bien lors des ventes de fonds que lors des successions.

Vers les années 1880, cette orientation de longue date du fisc trouve le soutien de nombreux parlementaires et responsables de l'administration sollicités par l'impact que la crise des petites entreprises (artisanat, commerce, agriculture) a sur le débat politique. La pression que ces secteurs exercent sur les élus et, de manière générale, l'attention que la Troisième République consacre à la petite entreprise, encouragent les uns et les autres à rechercher des moyens permettant de mieux défendre ces petites entreprises. L'accès à de nouveaux crédits via le nantissement constitue là une solution privilégiée.

Finalement, de plus en plus nombreux sont les commerçants de gros qui sont favorables au nantissement des fonds soit parce qu'ils y ont eux-mêmes recours soit parce qu'ils souhaitent, par ce biais, prendre le contrôle de la gestion des boutiques, en principe interdit par la séparation légale entre commerce au détail et commerce de gros (V. Commerce, commerçant).

De ce fait, une première loi en 1898 et encore plus celle de 1909 reconnaissent l'existence juridique du fonds de commerce et à la pratique de son nantissement. Les résultats sont immédiats : les nantissements se multiplient, tout comme la circulation des fonds. L'accès à

ces nouvelles formes de crédit contribue à son tour à décloisonner le marché du crédit des boutiques, jusqu'à alors presque exclusivement limité à la famille d'une part, au commerce de gros de l'autre.

En même temps, ces tendances nouvelles posent nombre de problèmes, à commencer par la publicité à accorder aux transferts des fonds et à leur nantissement. Cette publicité est en effet cruciale afin, à la fois, de protéger les créanciers du boutiquier de la disparition de leurs créances, de garantir au vendeur le paiement du prix promis par l'acheteur et, finalement, d'assurer l'acheteur que le vendeur ne lui fera pas une concurrence déloyale en ouvrant une boutique similaire dans la rue d'à côté. La réputation du fonds lui-même se rattache à l'enseigne, mais aussi à celle du gestionnaire du fonds et aux services et produits qu'il offre. Sans doute, la réputation des acteurs économiques a-t-elle été prise en considération dans les travaux d'histoire économique : la réputation des marchands, des notaires, des producteurs de l'un ou de l'autre secteur (étoffes, vin, verrerie, etc.), voire même des travailleurs a été étudiée. L'idée sous-jacente est que la construction d'une réputation permet d'acquérir un avantage comparatif par rapport à la concurrence dans la mesure où l'acteur qui en est porteur bénéficie de la confiance de ses partenaires présents et potentiels, ce qui, à son tour, réduit ses coûts de transactions et lui permet d'obtenir des conditions plus avantageuses et d'élargir son réseau. Or, la jurisprudence du XIXe siècle va dans le sens que la cession du fonds inclut celle de l'enseigne et du nom. Cependant, ce schéma a du mal à préciser le lien entre réputation de l'acteur et réputation du produit ou du service livré. Ces deux formes de la réputation ne sont pas forcément synonymes : par exemple, la ponctualité dans les paiements, dans les livraisons, etc. contribue aussi à la réputation de l'acteur sans toucher forcément à la réputation du produit ou du service offert. En cas de divergence entre les deux formes de la réputation et en particulier en présence de tricherie de la part de l'acteur économique, la valeur économique de l'achalandage et de la réputation permettraient d'écarter cette situation : une entreprise n'a pas intérêt à tricher, car si elle le fait, elle perd la valeur de son achalandage et cette perte va être supérieure au gain engendré par la tricherie. Cependant, en droit, la cession du capital immatériel de l'entreprise ne cesse de poser problème. Il s'agit de savoir si la cession de la clientèle constitue oui ou non un élément constitutif du fonds et, donc, de sa cession. Cette question relève à la fois de la détermination du prix du fonds et des règles de la concurrence. Ainsi, à plusieurs reprises les commerçants qui cèdent leur fonds cherchent à convaincre leur acheteur de leur concéder le droit de garder le nom commercial du fait de la coïncidence de ce dernier avec le nom de famille. De manière générale, pour une bonne partie de la doctrine, mais aussi de la jurisprudence, la cession de la clientèle constitue un élément indispensable pour valider celle du fonds ; cependant, cette règle de non-concurrence n'oblige pas, bien entendu, la clientèle elle-même à rester fidèle à la même boutique et à son nouveau propriétaire. C'est donc moins le comportement de la clientèle qui est en cause que les raisons de son changement éventuel. Le repreneur du fonds qui perdrait sa clientèle cherche de manière systématique à expliquer ce résultat par la concurrence déloyale de son vendeur, se dernier expliquant la migration de la clientèle par les mauvais produits ou la mauvaise gestion de son repreneur. C'est pourquoi, certains juges distinguent la clientèle stable de la clientèle occasionnelle, cette dernière étant finalement comprise dans la notion plus générale d'achalandage. Ce qui veut dire que, précisément parce que les clients ne sont pas obligés de suivre, la cession de la clientèle constitue en quelque sorte le prix que l'acheteur est prêt à payer pour que son revendeur ne lui fasse pas de la concurrence sur le même terrain. C'est un prix de désistement, dit aussi règle de non concurrence, plutôt que le prix de la clientèle en soi.

En résumé, la valorisation de la boutique et de sa clientèle rentrent dans le cadre plus général des formes de financement du commerce au détail. Le nantissement du fonds de commerce s'accompagne donc d'une réforme importante des équilibres internes à la famille et en

particulier d'une reconnaissance juridique des capacités de la femme. Cette transformation est accompagnée d'une autre, plus fondamentale encore : le commerçant, qu'il soit homme ou femme, a accès au crédit non seulement sur la base de la propriété immobilière mais aussi et surtout en vertu de sa réputation.

Enfin, l'évolution de la famille et des formes du crédit de la boutique intègre celle des réseaux de distribution en général (Bouvert-Gauer, 1997, Daumas, 2002, Meuleau, 1993). Les nouvelles ressources accordées aux organisations familiales aident ces dernières face à l'expansion des grands magasins ; le fait que la réputation et la qualification des produits et du négociant comptent en droit en augmente la valeur économique. Ce qui ne veut pas dire que les intermédiaires commerciaux et les producteurs ne soient pas en mesure de prendre le contrôle des petites boutiques ; seulement, ce contrôle passe par les contrats de fourniture (droit d'exclusivité, sa transmission en cas de cession de la boutique) ainsi que par l'évolution des règles de droit et de celles de la famille. C'est dire aussi qu'il n'y aura pas une seule et même solution dans toute l'organisation du commerce au détail, confronté aux grands magasins d'une part, aux intermédiaires et aux producteurs, d'autre part. Cette solution dépend des formes de valorisation du capital intangible et de la manière dont ces formes sont légitimées par le droit. Ces éléments influencent tout aussi bien l'accès des commerçants au crédit que leur possibilité de revendre et de valoriser leur activité. La dynamique historique des boutiques et des petites entreprises artisanales, et de nos jours celle des PME et des petites entreprises au sein du monde industriel comme dans les pays émergents, dépend de ces éléments.

#### **Archives sur fonds de commerce :**

Concernant les débats sur les normes à adopter, les questions concernant les fonds : ACCIP, Fonds de commerce : réglementation, prix, vente III-3.20 (6) 1881-1920.

Pour les transmissions des fonds :

Archives départementales, série D.U5 (droit, tribunaux civils) ; parquet : U7 ; tribunal de commerce de la seine : D11, U3 et D 14 U 3

Bordereau de nantissement ; registre des ventes et des nantissements ; registre d'inscription du privilège de nantissement. Ces documents contiennent : identité (nom, profession, âge) du créancier et du débiteur, nature, montant et objet ; description du fonds. Voir série : U3 des tribunaux de commerce.

Pour les faillites : D11U3 pour registres et dossiers des faillites, D 14 U3 pour les liquidations judiciaires.

Sur les conflits en matière de fonds : tribunal de commerce, tribunal de première instance, série U5.

Sur le fonctionnement des boutiques : Repos hebdomadaire dans les boulangeries, cafés restaurateurs, etc. 1874-1936, Archives nationales, F 22 380-392.

#### **Bibliographie :**

Pour une analyse de longue durée : Natacha COQUERY [éd.], *La Boutique et la ville. Commerces, commerçants, espaces et clientèles, XVIe-XXe siècle. Actes du colloque des 2, 3 et 4 décembre 1999 organisé par l'université François Rabelais de Tours*, Centre d'histoire de

la ville moderne et contemporaine/Publications de l'université François Rabelais, Tours, 2000, 505 p.

Sur l'époque moderne : Franco ANGIOLINI, Daniel ROCHE (ED.), *Cultures et formations négociantes dans l'Europe moderne*, EHESS, Paris, 1995.

Sur le XIXe siècle :

Marie BOUVERET-GAUER, « De la boutique au grand magasin, 50 ans de nouveauté à Paris, 1820-1870 », dans Jacques MARSEILLE (éd.) *La révolution commerciale en France. Du "Bon marché" à l'hypermarché*, Le Monde-éditions, Paris, 1997.

Jean-Claude DAUMAS, « De la production à la consommation : les logiques du marché, France, XIXe –XXe siècles », *Historiens et géographes*, 2002, 93, 380, 167-175.

Léon DUCLOS, *Des transformations du commerce de détail en France au XIXe siècle*, L. Boyer, Paris, 1902.

Alain FAURE, « L'épicerie parisienne au XIXe siècle ou la corporation éclatée », *Le mouvement social*, 108, 1979, p. 89-104.

Martin MEULEAU, « De la distribution au marketing, 1880-1939, une réponse à l'évolution du marché », *Entreprises et histoire*, 3, 1993, p. 61-74.

Sur le régime matrimonial et les boutiques :

« Femmes, dots et patrimoines », *Clio*, n. 7, 1998 (sous la coordination de Angela GROPPi et Agnès FINE).

Jean-Pierre HIRSCH, *Les deux rêves du commerce*, EHESS, Paris, 1991.

Florence LAROCHE-GISSEROT, « Pratiques de la dot en France au XIXe siècle », *Annales ESC*, 1988, 6, p. 1433-1452.

René RAYMOND, *Le déclin du régime dotal*, thèse, Aix, 1942.