

entreprise : options juridiques

Paul Hermant

I. INTRODUCTION

Deux voies s'ouvrent principalement à l'acquéreur d'une entreprise exploitée dans le cadre d'une personne morale (généralement une société), l'acquisition d'actifs et/ou passifs de cette société et l'acquisition d'actions ou de parts de cette société.

Ces deux opérations, proches par leur but, sont néanmoins différentes à plus d'un titre, tant dans les conditions de leur mise en œuvre que dans leurs conséquences.

Cet article se concentrera sur les aspects juridiques des cessions d'actions ou parts. Certaines remarques seront néanmoins formulées relativement aux cessions d'actifs, pour souligner principalement ce qui les différencie des cessions d'actions et les critères pouvant présider au choix entre ces deux options.

Les autres méthodes d'acquisition d'entreprises, qui s'inscrivent dans un cadre légal impératif laissant moins de place aux aménagements contractuels, ne seront pas examinées. Il s'agit essentiellement des fusions, scissions et apports de branche d'activité ou d'universalité.

Les aspects fiscaux des acquisitions d'entreprises ne seront pas non plus abordés.

2. DIFFÉRENCES ENTRE LES CESSIONS D'ACTIFS ET LES CESSIONS D' ACTIONS

Au-delà de certaines circonstances de fait qui rendent un type d'opération plus opportun que l'autre (par exemple si le vendeur souhaite conserver certains actifs), plusieurs différences importantes doivent être soulignées.

2.1. Identité de l'acquéreur et du vendeur

Dans le cas de la cession d'actifs, c'est la société elle-même qui conclut la convention, par l'intermédiaire de ses organes. En effet, puisque la plupart des sociétés jouissent de la personnalité morale, celles-ci disposent d'un patrimoine distinct de celui de leurs actionnaires.

Quant à l'organe compétent pour ce faire, il s'agira soit du (ou des) délégué(s) à la gestion journalière de la société si l'opération entre dans les limites de cette gestion, soit de l'organe général de gestion (conseil d'administration pour la S.A., gérant ou conseil de gérance pour la S.P.R.L.).

Au contraire de la cession d'actifs où la convention est passée avec la société elle-même, ce sont les actionnaires qui contractent avec l'acheteur en cas de cession d'actions. Une convention devra donc être en principe établie avec chaque vendeur (même si, en pratique, un seul contrat est souvent signé entre l'acquéreur et l'ensemble des vendeurs).

2.2. Objet de la cession

(i) Cession d'actifs

Si la cession porte sur des actifs (voire sur une partie du passif), les parties peuvent omettre de la cession certains éléments de l'actif ou du passif de la société cédée. La cession peut ne concerner que certains actifs déterminés, porter sur une branche d'activité ou sur le fonds de commerce de la société. Il n'en est toutefois pas ainsi si les parties décident de soumettre l'opération au régime des apports de branche d'activité prévu par les articles 174/54 et suivants LCSC, auquel cas les passifs se rapportant à la branche cédée seront transférés de plein droit.

La cession d'un fonds de commerce ou d'une branche d'activité présente un inconvénient de taille: de lourdes formalités d'opposabilité de la cession aux tiers. En effet, le transfert de chacun des éléments compris dans ce fonds se réalise selon les modalités qui lui sont spécifiquement applicables (voir toutefois le point (iii) ci-après).

En ce qui concerne la cession des contrats par exemple, le Code civil reste silencieux. La doctrine scinde donc de tels contrats en dettes et créances, appliquant à chacune les règles de transmission qui les concernent.

Par ailleurs, le caractère intuitu personae de certains contrats devra être pris en compte. Enfin, en matière d'autorisations administratives, permis ou autres subsides, l'ac-

Un des principes fondamentaux du droit belge est le consensualisme. Selon ce principe, le simple consentement des parties suffit, qu'il y ait ou non document écrit, à créer un contrat.

quéreur devra accomplir les formalités requises pour leur transfert, voire demander de nouvelles autorisations si elles ne sont pas transmissibles. En ce qui concerne le transfert des contrats de travail, signalons la convention collective de travail n° 32bis du 7 juin 1985.

(ii) Cession d'actions

Si la cession porte sur des actions, les parties n'ont en principe pas la possibilité d'omettre de la cession certains éléments de l'actif ou du passif de l'entreprise cédée: même le passif occulte sera transféré. En effet, vis-à-vis des tiers, la personne morale ne change pas: seule l'identité des actionnaires est modifiée. En réalité, les éléments d'actif ou de passif ne sont pas juridiquement "cédés", la société dont les titres, eux, sont cédés en reste en effet propriétaire. On ne pourrait parler à cet égard que de cession "économique" de l'actif et du passif de la société.

Puisqu'il n'y a pas de transfert juridique des éléments d'actif et de passif en cas de cession d'actions, le désavantage évoqué plus haut et lié aux formalités d'opposabilité n'existe pas, sous réserve de l'une ou l'autre exception.

(iii) Option en cas de cession d'une universalité ou d'une branche d'activité

Pour éviter les lourdes formalités décrites ci-dessus, les parties à une cession d'actifs peuvent néanmoins choisir, en vertu de l'article 174/64 LCSC, de soumettre la cession d'une universalité ou d'une branche d'activité au régime des apports d'universalité ou de branche d'activité organisé par les articles 174/53 et suivants LCSC. Dans ce cas, la cession entraînera de plein droit le transfert des éléments d'actif et de passif constituant l'universalité ou la branche d'activité, et la seule condition particulière d'opposabilité de l'opération aux tiers, prévue à l'article 174/59 LCSC, est la publication visée à l'article 10, §4 LCSC.

3. TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ ET LIMITES LÉGALES ET CONVENTIONNELLES À LA CESSIBILITÉ DES ACTIONS

3.1. Le transfert de propriété des actions

Le transfert de la propriété des actions est réalisé entre les parties par un simple échange de consentement, conformément au droit commun. Cependant, la cession ne sera op-

posable aux tiers (et notamment à la société ayant émis les actions cédées) que moyennant le respect de certaines formalités.

En vertu de l'article 43 LCSC, la cession des actions nominatives émises par une société anonyme (ou une société en commandite par actions) devra faire l'objet d'une inscription dans le registre des actions nominatives de la société, signée par le cédant et le cessionnaire ou leurs mandataires. Le cas échéant, la cession peut également être rendue opposable en respectant les formalités prévues par l'article 1690 du Code civil.

Enfin, le conseil d'administration peut, sous sa responsabilité, inscrire un transfert constaté par "la correspondance ou d'autres documents établissant l'accord du cédant et du cessionnaire". Le transfert des parts émises par une S.P.R.L. est également rendu opposable aux tiers par l'inscription dans le registre des parts en vertu de l'article 125 LCSC. En ce qui concerne les actions au porteur, l'article 45 LCSC subordonne l'opposabilité aux tiers de leur cession à leur tradition, puisque les titres au porteur sont assimilés à des meubles corporels. Afin de transférer la propriété de ces titres dès l'échange des consentements, le contrat de cession mentionnera utilement le numéro des actions transférées, même si la société ne reconnaîtra de toute façon comme actionnaire que le porteur du titre.

3.2. Limites à la libre cessibilité des actions

Dans les sociétés anonymes, on considère traditionnellement que la libre cessibilité est un élément essentiel de l'action. La situation est différente pour les autres types de sociétés. Leur caractère "fermé" est consacré par le législateur pour les SPRL (article 126 LCSC) et les sociétés coopératives (article 142 LCSC).

En outre, les statuts ou conventions d'actionnaires peuvent prévoir des clauses limitant la libre cessibilité, qui devront être prises en compte au moment d'organiser une cession.

4. LA NÉGOCIATION DE L'ACQUISITION: LA PHASE PRÉCONTRACTUELLE

4.1. Les documents précontractuels

Les contrats commerciaux sont rarement conclus sans contacts préalables et négociations parfois longues et laborieuses. C'est particulièrement vrai dans le cas des conventions d'acquisition d'entreprises.

Certains documents sont parfois signés pendant cette phase précontractuelle, et leur portée juridique varie grandement selon leur contenu. Il s'impose d'être très prudent lors de la rédaction de tels documents, tant leurs effets peuvent s'avérer catastrophiques dans le chef de leur(s) signataire(s): certains de ces documents peuvent en effet s'apparenter, si l'on n'y prend garde, à de véritables engagements contractuels.

En effet, un des principes fondamentaux du droit belge est le consensualisme. Selon ce principe, le simple consentement des parties suffit, qu'il y ait ou non document écrit, à créer un contrat. On recommande donc traditionnellement d'inclure dans les documents préliminaires quelques mots précisant clairement que les parties n'ont pas l'intention de faire naître des obligations, même si un tel langage ne suffit pas toujours à mettre les parties à l'abri du risque de voir de tels documents engendrer des obligations.

S'ajoute à ce risque, et, il faut bien le dire, à la confusion quant à la portée juridique de ces documents, un nombre impressionnant de termes qualifiant de tels documents, sans qu'il existe pour autant de définition précise relative à chacun de ceux-ci. On parle ainsi de lettre d'intention, d'accord de principe, de protocole d'accord, de gentlemen's agreement, de mémorandum d'entente, auquel s'ajoute le traditionnel cortège des équivalents sémantiques anglo-saxons.

4.1.1. La lettre d'intention

Il s'agit d'un document unilatéral: elle émane d'une des parties et est étrangère à toute acceptation de son destinataire. Par contre, il ne faut y voir, en principe, aucun engagement unilatéral de volonté: elle n'est que l'expression d'une intention. Elle peut d'ailleurs se borner à faire le point sur les négociations ou à exprimer l'une ou l'autre remarque quant à la suite à donner à ces négociations.

La lettre d'intention peut néanmoins, dans certains cas, avoir de réelles conséquences juridiques. Elle peut, d'une part, avoir une influence non négligeable sur l'appréciation de la responsabilité éventuelle de son signataire en cas de rupture des pourparlers. Elle peut également contenir tous les éléments du contrat proposé (points sur lesquels son signataire entend s'engager fermement) et constituer par là même une véritable offre.

Il n'existe pas, en droit belge, de règles particulières relatives à ce type de documents. Il faut donc les analyser à l'aune des règles de droit commun. Puisqu'en vertu de l'article 1108 du Code civil, un contrat existe valablement dès que des parties ayant la capacité de contracter expriment leur consentement à propos d'un objet certain et licite, la force obligatoire de ces documents dépendra de leur contenu, quelle que soit la qualification qui leur a été donnée par les parties.

En droit belge, que l'initiative de départ consiste en une lettre d'intention ou en de simples relations informelles, la liberté contractuelle et son corollaire, la liberté de négocier

simultanément ou successivement avec plusieurs partenaires, impliquent que la rupture des pourparlers est un droit incontesté. Cependant, il faut être attentif à ne pas user de ce droit de manière fautive (par exemple, si la partie ayant rompu les pourparlers et ayant pris l'initiative de la négociation n'a jamais vraiment eu l'intention de conclure). Une rupture fautive entraînerait en effet la responsabilité extra-contractuelle de son auteur.

4.1.2. L'accord de principe

Les accords de principe sont des documents par lesquels les parties expriment leur volonté de négocier, ou de poursuivre les négociations. Les parties s'engagent donc contractuellement à négocier de bonne foi. Ils prévoient en général la procédure de cette négociation, les documents qui devront être fournis par les parties, etc. L'accord de principe fait naître une obligation de négocier devant s'exécuter de bonne foi et dont la rupture injustifiée entraînerait cette fois la responsabilité contractuelle de son auteur.

Mais à nouveau, il peut arriver qu'un "accord de principe" contienne en réalité tous les éléments d'un contrat (d'acquisition, par exemple) et constitue par conséquent une convention obligatoire, dont l'inexécution sera sanctionnée par la responsabilité contractuelle.

4.1.3. Clause "subject to contract"

Afin d'être certain que le document précontractuel n'engendre aucune obligation, la pratique internationale encourage souvent le recours à la formule "subject to contract". Cette expression, qui trouve son origine dans le droit anglais, signifie que la validité du document sur lequel figure cette clause est subordonnée à la conclusion effective du contrat.

Cette clause standard, dont les effets ne font aucun doute en droit anglais, se heurte néanmoins au principe du consensualisme évoqué ci-dessus et n'est pas suffisante, en droit belge, pour empêcher les documents précontractuels d'avoir force obligatoire s'ils réunissent les conditions pour engendrer des obligations.

4.2. Les audits

Pendant la période de négociations précédant la conclusion de la convention de cession, sont souvent réalisés des audits financier, comptable et juridique. On ne saurait trop insister sur l'importance de ces audits. En effet, dans le cas de la cession d'actions, la personnalité juridique de la société acquise n'est pas affectée par le changement d'actionnariat. Elle conservera donc l'ensemble de ses droits et obligations vis-à-vis de ses débiteurs et créanciers, de telle sorte que la valeur de l'investissement de l'acquéreur risque d'être réduite à cause de passifs "occultes", dont l'origine ou la cause serait antérieure à la cession.

Cependant, les audits ne peuvent constituer une garantie absolue pour l'acquéreur: certains éléments négatifs peu-

vent n'avoir pas été décelés ou se révéler bien après la date de l'acquisition. C'est pourquoi il est d'usage aujourd'hui d'inclure dans les conventions d'acquisition des listes parfois extrêmement longues de garanties. Il existe certes des garanties légales de droit commun (voir ci-dessous), mais celles-ci posent problème en raison du caractère particulier de l'objet de la cession d'actions.

5. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ ET DE FORME DES CONVENTIONS DE CESSION D' ACTIONS

Comme toute convention, les conventions de cession d'actions doivent respecter les conditions de validité des conventions en général. Selon l'article 1108 du Code civil déjà mentionné, le consentement des parties ne peut, notamment, avoir été vicié. De plus, une convention de cession d'actions est avant tout un contrat de vente: les règles relatives aux conditions de validité et de forme et aux obligations des parties du droit commun de ce contrat s'appliquent donc à la cession d'actions.

5.1. Les principaux vices de consentement

5.1.1. L'erreur

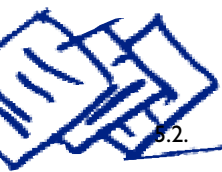
L'erreur est une représentation fautive ou inexacte de la réalité. Selon l'article 1110 du Code civil, l'erreur n'est cause de nullité d'une convention que si elle porte sur la substance de cette convention, ou s'il s'agit d'une erreur-obstacle.

L'erreur sur la valeur des actions acquises ne peut, selon la jurisprudence, entraîner la nullité de la cession, à moins cependant que les acquéreurs ne puissent établir que "dans l'esprit de toutes les parties à la convention, soit la composition active et passive du patrimoine de la société, soit le rendement des actions, ont constitué des éléments déterminants du consentement des acquéreurs, en l'absence desquels ceux-ci n'auraient pas contracté", ce qui répond à la définition de l'erreur substantielle.

5.1.2. Le dol

Le dol est toute tromperie commise lors de la conclusion d'une convention, qui a amené l'autre partie à contracter alors qu'à défaut, soit elle n'aurait pas contracté (dol principal), soit elle aurait contracté mais à des conditions différentes, moins onéreuses (dol incident). Seul le dol principal peut entraîner la nullité de la convention.

De nombreuses décisions ont conclu à l'annulation de conventions de cession d'actions pour dol. La réticence, l'abstention de parler, peut également être constitutive de dol lorsque le vendeur avait l'obligation de parler ou si elle s'accompagne de manœuvres ou de déclarations mensongères. On ne considère pas cependant qu'il existerait en toute circonstance une obligation générale de renseigner l'autre partie sur tout élément qui présenterait pour elle un intérêt dans l'appréciation du contrat à conclure.



6.2. Le prix

En vertu du principe du consensualisme, dès que les parties sont d'accord sur la chose à transférer et sur son prix, il y a transfert de propriété avec, sauf clause contraire, transfert des risques attachés à la perte de la chose.

Mais puisque la cession d'action est une vente, elle ne sera valable que si son prix est déterminé ou déterminable, et ce en vertu de l'article 1591 du Code civil. Le prix est déterminable s'il peut être déterminé sur la base d'éléments objectifs qui sont soustraits à la volonté des parties.

Il est à noter que la détermination du prix ne peut dépendre de la volonté d'une partie ou de la réalisation d'accords postérieurs à la conclusion de la vente. L'utilisation d'une formule mathématique suffit généralement pour donner à ce prix un caractère déterminable.

Les parties peuvent cependant confier la détermination du prix à un tiers, qu'il soit ou non désigné par elles. La convention doit contenir les éléments de calcul du prix.

5.3. Conditions de forme

Une convention de cession d'actions ne suppose le respect d'aucune condition de forme, pas même la rédaction d'un écrit, toujours en vertu du principe de consensualisme. Si le contrat est civil, la preuve ne pourra toutefois en être apportée, sauf si elle porte sur un montant de moins de quinze mille francs, que par un écrit, qu'il s'agisse un acte authentique ou d'un acte sous seing privé (article 1341 du Code civil).

Dans la pratique, cependant, il est rare de ne pas recourir à la rédaction de contrats écrits tant il est vrai que certaines clauses de garantie ont une importance considérable.



6. LES OBLIGATIONS DU VENDEUR

6.1. Les garanties légales

L'article 1603 du Code civil dispose que: "[Le vendeur] a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend". En ce qui concerne la seconde obligation, l'obligation de garantie, l'article 1625 du Code civil prévoit que "La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets: le premier est la possession paisible de la chose vendue [garantie d'éviction]; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires [garantie des vices cachés]".

6.1.1. La garantie d'éviction

La première garantie que le vendeur d'actions doit donner à l'acquéreur est de ne pas troubler par son propre fait la possession paisible de l'acquéreur de ces actions. Le fait que cette garantie entraînerait de manière implicite une obligation de non-concurrence est controversé. Les parties seront dès lors bien inspirées en exprimant de manière explicite une clause de non-concurrence dans la convention de cession. Afin d'être valable, cette dernière doit être limitée dans le temps, dans l'espace et quant à son objet.



Le vendeur doit également garantir l'acheteur contre un tiers prétendant avoir sur les actions vendues un droit qui vient diminuer ceux de l'acheteur: ce dernier appellera le vendeur en garantie, qui sera tenu de prendre fait et cause pour lui et, éventuellement, de réparer les conséquences de l'éviction. La cause de la prétention juridique du tiers doit néanmoins être antérieure à la vente.

6.1.2. La garantie des vices cachés

Il s'agit sans aucun doute de la garantie la plus problématique en matière de cession d'actions. En effet, l'objet de la vente (les actions) implique que seul un vice caché affectant les actions cédées, et non pas un vice affectant la société émettrice des actions (une moins-value du patrimoine social, par exemple), est susceptible de donner lieu à garantie. De plus, seuls les vices cachés empêchant ou restreignant l'usage de la chose vendue, donc des actions (article 1641 du Code civil) sont susceptibles d'être garantis. Dans le cas d'une cession d'actions, l'usage de la chose vendue se limite à l'exercice des prérogatives attachées aux actions cédées, à savoir le droit de vote, le droit aux dividendes et le droit au partage de l'avoir social. On peut citer comme cas d'application la vente d'actions fausses ou la vente d'actions dont les droits sont suspendus. En revanche, le défaut total ou partiel de libération des actions cédées (qui est un manquement à l'obligation de délivrance) ou la moins-value de l'action ou du patrimoine de la société ne donnent pas lieu à la garantie légale des vices cachés.

6.2. Les garanties conventionnelles

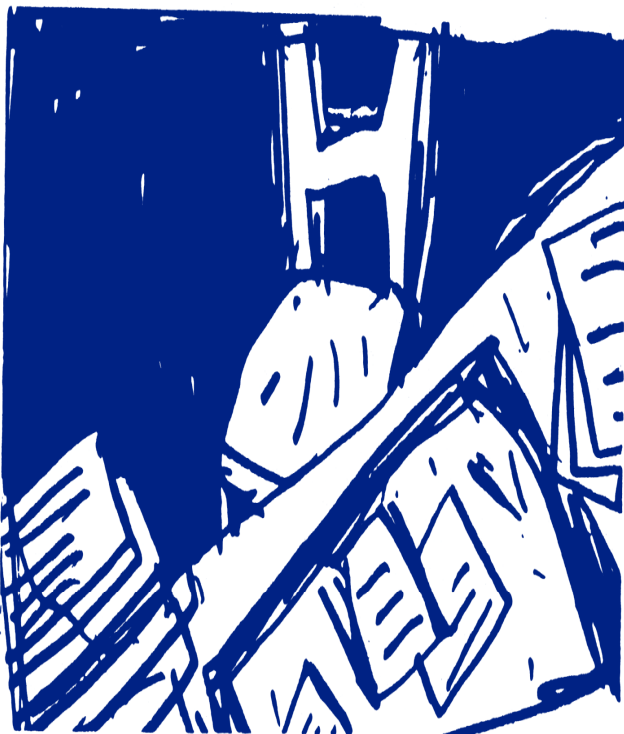
Au vu de ce qui vient d'être exposé, le cessionnaire aura donc intérêt à exiger du cédant qu'il lui garantisse contractuellement, au-delà donc de ses obligations légales, certains éléments relatifs à l'entreprise dont les actions sont cédées. De plus, puisque, juridiquement, le passif de la société n'est pas à charge du cédant (la responsabilité d'un actionnaire est limitée à son apport), mais à charge de la société, on considère qu'il n'y a pas de garantie de principe du passif social.

Les clauses de garantie ont pour objet d'assurer à l'acquéreur des actions la concordance entre le prix de vente des actions et leur valeur réelle, eu égard à la santé de la société les ayant émises (voir encadré).

La sanction de droit commun attachée au non respect de garanties contractuelles est l'action en dommages et intérêts, l'indemnité devant compenser la moins-value subie par le cessionnaire sur les actions cédées. Le contrat prévoira le plus souvent les modalités de l'appel à garantie (procédure, franchise ou montant minimum, montant maximum, durée de la garantie, etc.), qui pourra être couvert par une sûreté (garantie bancaire ou rétention provisoire d'une partie du prix).

Si l'acquéreur souhaite que la convention de cession puisse être résolue en cas de non respect des garanties, conformément à l'article 1184 du Code civil, il sera utile de le prévoir explicitement dans la convention de cession.

7.



OBLIGATIONS PARTICULIÈRES DE NOTIFICATION

Outre les formalités statutairement ou conventionnellement prévues, relatives notamment aux clauses d'agrément et de préemption (voir ci-dessus) ou celles qu'implique une clause de changement de contrôle insérée dans un contrat, certaines lois ou règlements prévoient l'information de certains organismes de l'opération envisagée.

7.1. Informations à communiquer dans le cadre de la loi sur l'expansion économique

L'article 36 de la loi du 30 décembre 1970 sur l'expansion économique prévoit que toute opération visant à aliéner une fraction représentative d'un tiers au moins du capital d'une entreprise dont les fonds propres sont au moins de cent millions de francs et dont l'activité se situe sur le territoire national, doit être portée préalablement à la connaissance du Ministre des Affaires Economiques, du Ministre des Finances et du Secrétaire d'Etat de l'Economie de la Région concernée. L'autorisation de ces administrations n'est nullement requise: il s'agit d'un simple devoir d'information dont la violation n'est pas sanctionnée.

7.2. Le conseil d'entreprise

L'article 25 de l'arrêté royal du 27 septembre 1973 portant réglementation des informations à fournir aux conseils d'entreprise dispose que le conseil d'entreprise doit être préalablement informé dès lors que la cession est susceptible d'avoir des conséquences importantes pour l'entreprise. Il s'agit également d'une simple obligation de consultation dont la violation n'est pas sanctionnée.

7.3. Les autorités de concurrence

Tant la loi belge du 26 avril 1999 sur la protection de la concurrence économique que le droit européen disposent que certaines concentrations entre entreprises doivent être notifiées aux autorités de contrôle compétentes si certains critères, dans le détail desquels il ne sera pas entré ici, sont remplis.

7.4. Les sociétés cotées

Des règles spécifiques, dans le détail desquelles il ne sera pas entré ici, réglementent la publicité des acquisitions de titres de sociétés de droit belge dont les titres conférant le droit de vote sont en tout ou en partie admis à la cote officielle d'une bourse de valeurs située dans un Etat membre de la Communauté Européenne.

7.5. Les offres publiques d'acquisition

L'acquisition d'actions par le biais d'une offre publique d'acquisition est soumise à des règles particulières reprises, pour leur plus grande partie, dans la loi du 2 mars 1989 et dans l'arrêté royal du 8 novembre 1989 relatif aux offres publiques d'acquisition et aux modifications du contrôle des sociétés. Les offres publiques de vente restent essentiellement régies par l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935. Ces réglementations, qui ne seront pas examinées dans le cadre de cet article, s'appliquent même si la société n'est pas cotée ou n'a pas fait publiquement appel à l'épargne.

7.6. Les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne

L'article 1er, §2, alinéa 2 de l'arrêté du 8 novembre 1989 précité définit une société ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, comme la société dont les titres sont admis à la cote officielle ou traités aux ventes publiques supplémentaires d'une bourse de fonds publics et de charges du Royaume, et les sociétés autres que celles précitées dont les titres sont répandus dans le public. L'article 38 du même arrêté dispose que toute personne physique ou morale qui envisage d'acquérir le contrôle exclusif ou conjoint d'une société de droit belge ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, par une ou plusieurs opérations portant sur les titres d'une telle société, doit en aviser la Commission bancaire et financière cinq jours au moins au préalable. Lorsque le contrôle est acquis avec prime de contrôle ou surpris, l'article 41 de l'arrêté oblige l'acquéreur des titres d'offrir au public la possibilité de céder tous les titres qu'il possède par le biais d'une OPA ou d'un maintien de cours.

7.7. Secteurs particuliers

Des obligations particulières existent également dans certains secteurs, tels ceux des établissements de crédit, des entreprises d'assurances et des entreprises d'investissement.