

LA CONTINUITÉ DU FONDS DE COMMERCE – LE RÔLE DE L'EXPERT-COMPTABLE ET DU CONSEIL FISCAL

Deux journées d'étude...
A la clé, une analyse multidisciplinaire bien comprise

Que la notion de fonds de commerce constitue une notion discutée relève de l'évidence ! Tout le monde s'accorde à dire que les situations qu'elle appréhende varient au cas par cas selon les caractéristiques et la finalité économique de l'ensemble auquel elle s'applique et selon la volonté des parties. Certaines sont tellement larges qu'elles sont proches, voire s'identifient à des cessions d'entreprises. D'autres sont limitées, le plus souvent au cœur immatériel du fonds de commerce : nom commercial, enseigne, marque, relation avec la clientèle.... Mais pour conclure à l'existence d'un fonds de commerce, doctrine et jurisprudence s'accordent sur la nécessité d'une clientèle, à tout le moins potentielle.

La grande liberté laissée aux parties, notamment dans la détermination des éléments cédés et les évolutions et mutations que peut connaître l'activité exercée, commande

pourtant d'en connaître tous les contours exacts. Tout en ne perdant pas de vue que l'entreprise est évaluée en continuité d'activité, en "going concern". Tout qui entend se forger une opinion sur la valeur d'un fonds de commerce doit donc pouvoir apprécier les informations dont il dispose dans un contexte prospectif. Différente selon l'angle d'attaque, la réalité du fonds de commerce ne saurait être appréhendée que dans sa globalité: les aspects de droit privé comptent autant que les dispositions comptables ou fiscales.

On ne le sait que trop...

Dans les PME, la disparition du patron n'a pas que des conséquences sur la bonne marche de l'entreprise, mais souvent des effets dramatiques sur sa valeur. Et un fonds de commerce valant plusieurs millions en "going concern" peut ne plus rien valoir quelques jours après son décès....

Organisées à Leuven et Bruxelles, respectivement le 5 et 15 décembre 2000, les deux journées d'étude¹ qui font l'objet du présent compte-rendu entendaient répondre à ce besoin d'information de nos membres. C'est, en effet, à une analyse multidisciplinaire de la notion mouvante du fonds de commerce que nous convièrent les éminents spécialistes qui animèrent avec brio ces manifestations. Placées respectivement sous la direction scientifique des professeurs Herman Cousy et Bernard Tilleman de la KUL Leuven et du professeur Anne Benoît-Moury de l'Université de Liège, la réussite de ces journées d'étude témoigne de tout l'intérêt d'une collaboration avec les milieux universitaires.

LE CONCEPT DE CONTINUITÉ : UNE NOTION CENTRALE DANS NOTRE PROFESSION ...

D'entrée de jeu, notre Président rappela la position centrale qu'occupe le concept de continuité de l'entreprise dans notre pratique professionnelle. Tant l'expert-comptable que le conseil fiscal doivent veiller à son maintien et à sa mise en oeuvre permanente, tout en gardant à l'esprit que c'est la finalité économique et la continuité de la gestion qui en constituent les actes directeurs, bien davantage que les seuls motifs fiscaux.

¹ Vous trouverez le compte rendu détaillé de la journée organisée à Leuven dans l'édition néerlandaise de notre revue en page 23. Il vous est également loisible de commander l'ouvrage "Fonds de commerce", prochainement disponible (Voyez IEC-Info).

En proposant, dès les premiers signes avant-coureurs, une analyse subtile des problèmes qui peuvent notamment découler de l'absence d'une stratégie à long terme, nos membres peuvent d'évidence concourir d'une manière significative à éviter une rupture du "going concern" et de l'emploi qui y est lié. En matière de cession de fonds de commerce, le concept prend une allure particulière. Par l'organisation de ces deux journées d'étude, l'Institut entendait le dire clairement et mettre à la disposition de ses membres un manuel pratique de la cession du fonds de commerce.

ASPECTS CONTRACTUELS ET CLAUSES CONVENTIONNELLE DE GARANTIES

Me Alain Foriers, Avocat au barreau de Bruxelles et chargé de cours à l'U.L.B., traita ensuite des aspects contractuels de la cession d'un fonds de commerce. Quoi que cette notion ne fasse en droit privé l'objet d'aucune réglementation spéciale, ni d'ailleurs d'une définition légale quant à sa portée générale, il est généralement admis que le fonds de commerce constitue une universalité dont font partie des biens meubles tant corporels qu'incorporels variables, et somme toute, disparates.

Dans un premier temps, il examina les éléments essentiels de la convention de cession, leur caractère variable, mais également la délicate question du prix. Et de préciser que toutes les formules sont possibles : somme forfaitaire arrêtée par la convention, rente viagère ou montants à régler à échéances régulières pendant une période déterminée, le cas échéant, liés en tout ou en partie aux chiffres d'affaires et résultats réalisés par le cessionnaire, voire enfin un prix provisoire révisable à la hausse ou à la baisse, par exemple à la lumière d'un audit à réaliser après la vente, pour autant que la convention détermine les modalités de révision. Il examina ensuite des obligations des parties, et plus spécialement du vendeur, notamment dans les nombreux cas où le transfert de propriété ne coïncide pas avec la vente, ainsi que les épineux problèmes découlant de la garantie des vices cachés.

Les clauses conventionnelles de garantie furent ensuite, pour Me Didier Matray, Avocat au barreau de Liège, le sujet d'un brillant exposé au cours duquel cet éminent spécialiste, après une tentative de synthèse des éléments constitutifs d'un fonds de commerce, traita plus particulièrement de la portée et des conditions de validité des clauses de non-concurrence ainsi que de l'efficacité des garanties relatives au paiement du prix. En l'occurrence, l'acheteur effectue l'acquisition dans l'optique d'une poursuite de l'activité et il souhaite que son vendeur

s'abstienne de reprendre cette clientèle par l'exercice, après la vente, d'une activité concurrente. De l'autre côté, le vendeur a pour souci principal, sinon exclusif, de percevoir le prix de vente, mais ce paiement est différé dans de nombreuses situations. Dans l'hypothèse où l'achat du fonds de commerce est contracté par plusieurs personnes, il démontra enfin tout l'intérêt d'insérer dans le contrat une clause de solidarité et d'indivisibilité.



Le professeur Anne Benoît-Moury, de l'Université de Liège

QUI DIT CESSION DIT NÉCESSAIREMENT ÉVALUATION ...

Déterminer la valeur d'un fonds de commerce est une tâche à laquelle les experts judiciaires, les experts-comptables et les réviseurs d'entreprises sont confrontés en de nombreuses occasions. Que l'on pense, par exemple, aux rapprochements d'entreprises, aux litiges liés à une cession de parts sociales, aux missions d'arbitrage en cas de dispute entre associés, voire d'expertise judiciaire ou d'expertise en matière de droit de succession, ou encore, mais pour les réviseurs d'entreprises uniquement, en cas d'apport en nature ou de quasi-apport.

Tout le monde s'accorde à dire qu'il ne s'agit pas, loin s'en faut, d'une tâche aisée. C'est donc devant un public très intéressé que M. André Killesse, réviseur d'entreprise bien connu, mais également professeur invité HEC Liège et chargé de cours à l'Université de Liège fit part de toute sa connaissance et de son expérience sur la question.

Chaque entreprise, précisa-t-il d'emblée, a ses caractéristiques propres, son environnement économique et social, une position déterminée sur le marché qui font que chaque cas d'évaluation est un cas d'espèces qu'il faut analyser avec toutes les nuances voulues. Un fonds de commerce n'a de valeur que s'il dégage un espoir de rendement futur. Cet espoir peut se baser sur des effets antérieurs positifs et stables, sur des projets estimés solides, alors que les résultats antérieurs sont faibles, voire négatifs. L'entreprise étant en période de démarrage, il n'est pas rare qu'il n'existe pas de période de référence, ou à l'inverse, elle peut présenter un beau passé, mais la valeur de son fonds de commerce sera faible, nulle, voire négative, parce que l'avenir sera inquiétant pour l'une ou l'autre raison. Décrocher la formule magique applicable en toute quiétude et en toute circonstance est d'autant plus illusoire que l'évaluation d'un fonds de commerce ne peut être séparée du contexte qui la justifie. Une situation conflictuelle entre associés ou le décès de la cheville ouvrière de l'entreprise sont autant de facteurs influents dont il faut tenir compte.

Traitant ensuite des principes et techniques dévaluation, Monsieur Killesse privilégia la méthode basée sur le rendement qui consiste à calculer le bénéfice annuel moyen passé ou futur, ou une combinaison des deux et à

l'actualiser sur un certain nombre d'années. Plus les paramètres sont favorables, plus l'acquéreur sera, en effet, amené à accepter un "pay-back", un "retour sur investissement" relativement long.

Dès l'instant où les données comptables de l'exploitant précédent sont fiables et que l'entreprise est normalement gérée, il posa en principe que l'évaluation du fonds de commerce sur base du rendement – passé ou future – est la seule approche économique indiscutable, quelle que soit la taille de l'entreprise.

Pas de formule passe-partout

Seul le jugement d'un professionnel compétent et indépendant garantit que toutes les nuances voulues et toutes les corrections nécessaires seront apportées tout au long du processus d'évaluation.

Dans le cadre d'entreprises moyennes ou grandes, il faut donc nécessairement se baser sur les résultats, quitte à les redresser pour les besoins de l'analyse, en enlevant les éléments anormaux, comme les charges et profits exceptionnels, les amortissements jugés excédentaires ou trop faibles; les éléments non récurrents des rémunérations anormalement élevées ou anormalement faibles des dirigeants, des frais personnels des dirigeants, des occupations de locaux à des conditions anormales. Si les profits du passé ne sont pas considérés comme pertinents, il faudra analyser les résultats prévisionnels et leur caractère raisonnablement réaliste. Une telle prévision, souligna-t-il n'est pas chose aisée de sorte que les praticiens recourent parfois à une moyenne, pondérée ou non entre les résultats passés et les résultats futurs.

En dépit d'une pratique relativement courante, nota-t-il encore, les évaluations coutumières, la plupart du temps basées sur le volume d'activité réalisé ou potentiel, ne peuvent, en principe, trouver à s'appliquer que dans le cadre des petites affaires, des petits commerces, dans des situations donc où le bénéfice annuel n'est pas représentatif de l'activité.

Explicite, le message de M. Killesse au terme de son exposé s'articule autour de deux axes. L'évaluation d'un fonds de commerce ne peut être enfermée dans un carcan rigide. A l'évidence, elle ne consiste pas à appliquer de manière mécanique des formules toutes faites, plus ou moins simples ou sophistiquées. Elle doit au contraire reposer sur le jugement d'un professionnel compétent et indépendant qui, fort de l'empirisme qu'il aura acquis au cours de son expérience, saura appliquer les nuances voulues et les corrections nécessaires.

AU CŒUR DE CONTROVERSES SANS CESSER RENOUVELÉES...

Me Christine Biquet-Mathieu, Chargé de cours à la faculté de droit de l'Université de Liège où elle enseigne le droit des sûretés et du crédit, consacra ensuite son intervention à la problématique du nantissement du fonds

de commerce. Le gage sur fonds de commerce a été conçu comme un instrument de crédit au bénéfice des commerçants qui ne sont pas propriétaire de l'immeuble dans lequel ils exercent leur activité. Outre qu'il opère sans dessaisissement, le gage sur fonds de commerce présente la particularité de grever un ensemble, nécessairement fluctuant, composé de biens meubles corporels et incorporels. Parmi ces valeurs, la clientèle est le critère le plus important pour identifier le fonds de commerce grevé.

Comme en témoignent les nombreuses décisions qui le concernent, cet instrument de crédit s'est pourtant relevé, à bien des égards, décevant, et se trouve à l'origine de nombreuses controverses. Dans une sorte de guide anti-déconvenue de la matière, Me Christine Biquet-Mathieu nous proposa, à la lumière de la jurisprudence et de la législation de la dernière décennie, une analyse fouillée de questions comme l'assiette de la sûreté, la publicité, le droit de suite, la réalisation du gage et les conflits de rang, toutes notions d'importance dès lors que le gage continue à grever le fonds de commerce en quelque mains qu'il passe. Fort opportunément, l'oratrice rappela que le concordat et la faillite ne sont pas sans incidence, loin de là, sur les droits du créancier gagiste. L'introduction d'une procédure en concordat fait obstacle à la réalisation du gage. De même, l'octroi du sursis provisoire empêche non seulement que la réalisation soit poursuivie, mais également qu'une saisie soit initiée, pour autant que soient payés les intérêts et charges ayant pris cours depuis l'octroi du concordat. Quant au jugement déclaratif de faillite, il paralyse ni plus ni moins le droit pour le créancier de poursuivre la réalisation de son gage, et ce jusqu'à la clôture du procès-verbal de vérification des créances.

Reste, conclut Me Christine Biquet-Mathieu au terme d'un exposé très instructif, que la sûreté constituée par le gage sur le fonds de commerce demeure affectée de fragilité. Outre le risque de perte de sûreté dans le cas où le fonds de commerce nanti aurait perdu de son individualité, le créancier gagiste doit encore compter avec le risque d'échec de l'activité exercée. En ce cas, il n'est pas rare, en effet, que la valeur de réalisation du fonds de commerce soit plus que symbolique.

LES ASPECTS PATRIMONIAUX ET FAMILIAUX

Après le déjeuner, Me Jean-Louis Jeghers, Vice-Président du Conseil francophone de la Fédération des notaires relança les débats en focalisant l'attention sur les aspects patrimoniaux et familiaux. De manière fort vivante, cet auteur de plusieurs publications en matière de trust, fiducie, droit de sociétés, droit de la construction nous rappellera essentiellement quelques règles élémentaires – mais trop souvent ignorées – du droit civil propres à la création, la gestion et la transmission de fonds de commerce exercées en personne physique (ou entreprise individuelle) appartenant en tout ou en partie à des personnes mariées.

Sa conclusion tient en trois enseignements. Tout qui envisage de créer ou de reprendre un fonds de commerce devrait toujours tenir compte des règles civiles. Choisir un régime matrimonial adapté peut présenter un certain nombre d'avantages au niveau de la gestion et de la transmission d'un fonds de commerce. Mais il tombe également sous le sens que le chef d'entreprise aura tout intérêt à régler sa succession de son vivant. La transmission de l'entreprise sera beaucoup plus aisée et beaucoup plus sûre par disposition entre vifs que par testament. Dans ce cadre, les règles de cession d'un fonds de commerce à titre gratuit ou à titre onéreux ne sauraient être ignorées. La formule de la dévolution légale (usufruit/nue-propriété) compte au rang des plus satisfaisantes.

DERRIÈRE LES CHIFFRES, LA RÉALITÉ FISCALE ET LA QUALIFICATION JURIDIQUE...

Dresser en moins d'une demi-heure le paysage qui sous-tend la réalité fiscale du fonds de commerce n'est pas chose aisée.



Edward Van Ryswijck,
expert-comptable

Notre confrère, M. Edward Van Ryswijck releva pourtant le défi avec succès. Pour qu'il y ait fonds de commerce au sens fiscal du terme, souligne-t-il d'emblée, il doit toutefois s'agir, non pas d'éléments disparates, mais d'un ensemble cohérent permettant d'assurer une continuation

des activités du cédant par le cessionnaire. Cette idée de continuité est également centrale dans le régime de taxation des plus-values (ordinaire, cessation d'activité, apport, continuité de l'exploitation). Notre confrère aborda ensuite l'examen d'une question controversée, celle de l'amortissement du fonds de commerce.

De larges commentaires furent encore consacrés aux nouvelles formalités de notification de la cession du fonds de commerce, plus spécifiquement les conséquences liées au refus de certificat, en l'occurrence la non-opposabilité de la cession et la responsabilité solidaire du cessionnaire quant au paiement des dettes fiscales du cédant, limitée toutefois au montant du prix de cession convenu ou à la contre-valeur des parts reçues en contrepartie de la cession. Il conclut son exposé par un bref rappel des règles en matière d'impôts indirects,

Certificat fiscal

Le moyen d'éviter la non-opposabilité de l'acte de cession et la solidarité du cessionnaire quant au paiement des dettes fiscales du cédant.

en l'occurrence les articles 11 du CTVA et 169 du Code des droits d'enregistrement.

Ce que nous exposa ensuite Maître Isabelle Partsch-Lebbe, Avocat aux barreau de Bruxelles, sur l'apport en société d'un fonds de commerce, contribua assurément à main-

tenir la haute qualité des débats. Riche et nuancée, sa réflexion porta plus particulièrement sur la comparaison entre les notions de branche d'activité et de fonds de commerce. Bien que fort proches quant à leur contenu, elles ne sont pas identiques, la branche d'activité incluant des éléments qui ne font traditionnellement pas partie du fonds de commerce.

Dans le cadre de l'examen des formalités du transfert de la branche d'activité, c'est fort opportunément qu'il fut souligné enfin que tout apport de branche d'activité qui ne respecte pas les conditions légales relatives à la rédaction et à la publicité du projet d'apport et à la constitution de sûreté peut être déclaré inopposable à tout tiers sollicitant l'application de cette sanction. Dans ce cas, l'apporteur demeure tenu, vis-à-vis des tiers comme si l'apport n'avait jamais eu lieu. De même, la société bénéficiaire n'est pas considérée comme propriétaire des actifs transférés, lesquels sont censés encore faire partie du patrimoine de l'apporteur.

LAST BUT NOT LEAST, LE CONTRÔLE

Ouvertes par notre Président, la journée d'étude fut logiquement clôturée par notre Vice-Président. Dans son exposé sur les aspects de contrôle à l'occasion de l'apport en société d'un fonds de commerce, M. Gérard Delvaux passa en revue les modalités légales des opérations d'apport en nature et de quasi-apport. Illustrant son propos par de nombreux exemples pratiques chiffrés, tout en le ponctuant de réflexions constructives, c'est une véritable mise en perspective de la mission du réviseur d'entreprises qu'il nous délivra au cours de sa brillante intervention. Comme il se doit, l'aspect réglementaire ne fut pas négligé. Loin s'en faut. De longs développements furent ainsi consacrés au contrôle confraternel. Et c'est par l'examen des normes de l'I.R.E. relatives au contrôle des apports et des quasi-apports que notre Vice-Président clôtura fort à propos son exposé.



Gérard Delvaux,
Vice-Président de l'IEC