

# LA TRANSMISSION D'ENTREPRISES

Salon des Entrepreneurs

6 février 2008

## LA TRANSMISSION A TITRE ONEREUX

Hervé CHEMOULI

Avocat à la Cour



# LES REGLES JURIDIQUES DE LA TRANSMISSION D'ENTREPRISE

## A. LA NEGOCIATION

### 1) La rupture de pourparlers

#### a) Le principe de l'abus

L'échec est une éventualité normale.

Mais, moment de liberté apprécié souverainement par les tribunaux.

#### b) Critère de responsabilité : la bonne ou mauvaise foi

L'acquéreur n'est pas réellement intéressé.

Volonté de recueillir des informations confidentielles

Comportement désinvolte (Cass. Com. 21/01/04, n° 99-20898)

Négociations parallèles avec autre acquéreur

(Cass. Com. 26/11/03, n°00-243)



limiter les correspondances

Insérer la mention « projet » sur tout document



# LES REGLES JURIDIQUES DE LA TRANSMISSION D'ENTREPRISE

## A. LA NEGOCIATION

### 1) La rupture de pourparlers

#### c) Le dommage et son indemnisation

La perte de chance : une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains espérés du contrat de cession.

(Cass. Civ3 28/06/06, n°04-20040)

#### d) Convention de « break up fee »

Objet : se protéger contre le vendeur qui ne donnerait pas suite par le remboursement des frais engagés.

Motifs divers : choix d'un autre partenaire, découverte d'un vice...

Qui supportera la charge de l'indemnité ? La cible ou les actionnaires ?

# LES REGLES JURIDIQUES DE LA TRANSMISSION D'ENTREPRISE

## A. LA NEGOCIATION

### 2. La lettre d'intention

A ne pas confondre avec la lettre de confort

- a) **Définition** : manifestation d'intérêt non engageante car formulée de façon ni suffisamment précise ni suffisamment ferme pour générer une obligation de faire en cas d'acceptation par son destinataire.

Eviter les termes : « conclusion du contrat définitif », « vendeur », « acheteur »

- b) **Quand doit-elle intervenir ?** Variable

- c) **Structure** : motivation, principaux termes de la transaction, calendrier, clauses obligatoires,

« MAC clause » : clause de changement substantiel qui oblige à une renégociation en cas de bouleversement des éléments de la négociation modifiant l'équilibre des discussions ou l'intérêt d'une partie.



# LES REGLES JURIDIQUES DE LA TRANSMISSION D'ENTREPRISE

## A. LA NEGOCIATION

### 2. La lettre d'intention

#### d) Obligations des parties

**Principale obligation du cédant** : l'exclusivité. Comment ne pas s'y soumettre ou l'amender ?

**Obligation de l'acquéreur** : caractère plus ou moins engageant de la lettre d'intention qui est fonction de la marge de manœuvre de sortie.

Appréciation par le juge de la commune intention des parties



# LES REGLES JURIDIQUES DE LA TRANSMISSION D'ENTREPRISE

## B. LE PROTOCOLE D'ACCORD

**Objectif** : constater l'accord des parties et prévoir la solution des conflits.

Document juridique élaboré, le plus large et complet possible.

**Points essentiels** :

- Qui vend ? Qui achète ?
- Objet de la transaction
- Le prix : au moins déterminable selon modalités précises : fixe, révisable, « earn out » (Cass.com.10/03/98, n° 96-10168).  
« earn out » ≠ garantie de passif (négocié le non cumul)  
comptant, à terme ? Sous quelles conditions et garanties ?  
Date de transfert de propriété, de jouissance ? Etc...



Vente de fonds de commerce : délai d'opposition des créanciers  
(Cass. Com. 24/05/05, n° 01-15337) – intérêt du séquestre



# LES REGLES JURIDIQUES DE LA TRANSMISSION D'ENTREPRISE

## C. LE PACTE D'ACTIONNAIRES ET SES CLAUSES SENSIBLES

Objet : fixer les conditions d'exercice du pouvoir, de contrôle du flux des actionnaires, définir les droits financiers, conditions de sortie.

Document extra-statutaire => grande liberté

Non respect => dommages et intérêts (art. 1134)

(Cass.com. 03/11/04, n°00-14271)

- Clauses relatives au contrôle du capital (agrément, préemption, inaliénabilité, sortie conjointe, clause d'entraînement)
- Clauses relatives aux dividendes (actions de préférence au profit des investisseurs avec droits pécuniaires renforcés)
- Clauses relatives à l'information et organisation du pouvoir
- Clauses de collaboration exclusive, etc...

Toutes ces clauses sont négociables



# EVALUATION DE LA GARANTIE DE PASSIF

## A. DEFINITION DE LA GARANTIE DE PASSIF

- Les garanties légales sont insuffisantes => la garantie de passif est issue de la pratique des affaires
- La garantie de passif : acte qui garantit l'authenticité des éléments comptables ayant permis de valoriser la cible lors des négociations.
- En cas de différence comptable ultérieurement constatée, le vendeur sera tenu d'indemniser l'acquéreur
- Elle est systématiquement réclamée par l'acquéreur. A défaut ne pourrait se prévaloir de son ignorance
- Le vendeur ne doit pas la craindre.
- Garantie de valeur : moins souvent exigée, plus complexe à élaborer.



# EVALUATION DE LA GARANTIE DE PASSIF

## B. ALTERNATIVES : GARANTIE DE LA GARANTIE ASSURANCE DE LA GARANTIE

### 1. Garantie de la garantie

L'acquéreur doit être certain que le cédant, le moment venu, sera à même de garantir ses déclarations par le remboursement du passif mis à sa charge.

Tenir compte de l'importance de l'enjeu.

Formes de la garantie de la garantie (caution, garantie à première demande,...)

Dégressivité dans le temps

Réticence des établissements financiers.



# EVALUATION DE LA GARANTIE DE PASSIF

## B. ALTERNATIVES : GARANTIE DE LA GARANTIE ASSURANCE DE LA GARANTIE

### 2. L'assurance de la garantie

Principe

Durée et montant

Intérêt pour le vendeur : optimisation des conditions de cession, transfert des risques, limitations des engagements hors bilan,...

Intérêt pour l'acquéreur : Faciliter le processus d'indemnisation, résoudre certaines situations de conflit d'intérêt,...

Conditions de souscription : périmètre de couverture,  
exclusions et limites



# EVALUATION DE LA GARANTIE DE PASSIF

## C. LEUR MISE EN APPLICATION

### 1) Garantie de passif

Information du cédant dans un certain délai,

Communication de documents,

Qui mène les procédures ?

Tendance de la jurisprudence : sévérité à l'égard des acquéreurs

Cass. Com 28 mars 2006, n° 04-15762

Cass. Com 27 septembre 2005, n° 02-14923

Cass. Com 14 décembre 2004, n° 01-16969

Contre un cédant :

Cass. Com 17 janvier 2006, n° 04-11597

Cass. Com 9 juin 2004, n° 02-11990

CA Paris, 25<sup>ème</sup> ch. B, 5 mars 2004 (risque environnemental)



# EVALUATION DE LA GARANTIE DE PASSIF

## C. LEUR MISE EN APPLICATION

### 2) Garantie de la garantie et assurance de la garantie

#### a) Garantie de la garantie

Garantie à première demande : garantie autonome mais  
précaution à prendre : être précis dans la formulation

L'imprécision => contestation du garant

Attitude des tribunaux : seuls l'abus et la fraude sont surtout  
sanctionnés.

#### b) Assurance de la garantie

Existence d'un préjudice, fait générateur antérieur, événement  
inconnu.

Police « vendeur » : assurance type RC (sauf attitude dolosive)

Police « acheteur » : assurance type dommage



# NOUVELLES DISPOSITIONS DE LA LOI DUTREIL DU 2 AOUT 2005 ET LEURS APPLICATIONS

## A. RAPPEL DES PRINCIPALES DISPOSITIONS JURIDIQUES

### 1) La formation du chef d'entreprise

Amélioration du système existant par des mesures d'accompagnement, d'information et de conseil.

Objectif : permettre la prise en charge des frais par des organismes de financement ad hoc

**Décrets d'application : 7 décembre 2005 – 23 août 2006**

### 2) Le conjoint collaborateur

Constat : les repreneurs de petites entreprises associent souvent leur conjoint à la reprise.

Objectif : obliger le couple à donner un statut au conjoint du repreneur : associé, salarié (préférable) ou collaborateur (plus complexe).

**Décret attendu sur le calcul du rachat de cotisations sur six ans.**



# NOUVELLES DISPOSITIONS DE LA LOI DUTREIL DU 2 AOUT 2005 ET LEURS APPLICATIONS

## A. RAPPEL DES PRINCIPALES DISPOSITIONS JURIDIQUES

### 3) La provision pour investissement

Objectif : égalité de traitement fiscal entre les entreprises IS et IR afin de permettre le développement des secondes.

Traduction : provision de 5.000 €/an (maxi : 15.000 €).

Précaution : Bloquer les fonds.

Investissement amortissable (compensé en partie par la réintégration de la provision aux résultats)

En parallèle, une **provision pour « mise en conformité »** est aussi instituée : Intérêt certain dans une transmission d'une entreprise d'un cédant qui part en retraite.

Instruction fiscale attendue pour l'application de ces provisions.

# NOUVELLES DISPOSITIONS DE LA LOI DUTREIL DU 2 AOUT 2005 ET LEURS APPLICATIONS

## A. RAPPEL DES PRINCIPALES DISPOSITIONS JURIDIQUES

### 4) Les prêts participatifs

Dispositif étendu aux entreprises individuelles.

Systeme en désuétude jusque là : recherche de la responsabilité du prêteur considéré comme commanditaire.

La loi vient supprimer ce risque pour les entreprises à l'IR.

Conditions de rémunération assises sur les performances.

Taux d'intérêt faible avec participation aux résultats :

- participation prioritaire au bénéfice,
- participation sur la plus-value lors de la cession du bien,
- participation par rétrocession de marge.



# NOUVELLES DISPOSITIONS DE LA LOI DUTREIL DU 2 AOUT 2005 ET LEURS APPLICATIONS

## A. RAPPEL DES PRINCIPALES DISPOSITIONS JURIDIQUES

### 5) Droit de préemption des communes

Périmètre : fonds de commerce ou artisanal, droit au bail dans une zone de sauvegarde du commerce de proximité.

Déclaration préalable du cédant.

Le silence de la commune vaut renonciation.

Si le droit est exercé, la commune a un an pour céder.

Accord préalable du bailleur

Difficultés :

- le bailleur ne connaît pas immédiatement l'acquéreur final.
- Et si le bailleur ne donne pas son accord ?
- Problème de la déspécialisation
- Pendant le délai d'1 an, non exploitation => le fonds n'existe plus

Inefficacité en cas de cession de parts de sociétés

**Parution d'un décret d'application attendu**



# NOUVELLES DISPOSITIONS DE LA LOI DUTREIL DU 2 AOUT 2005 ET LEURS APPLICATIONS

## A. RAPPEL DES PRINCIPALES DISPOSITIONS JURIDIQUES

### 6) La gérance mandat

Dispositions déjà existantes : 1984 à 2010 du Code civil.

Loi Dutreil : introduction de dispositions précises dans le Code de commerce

Objectif : clarifier la situation du gérant-mandataire

Définition : personne physique ou morale qui gère un fonds moyennant une commission proportionnelle au chiffre d'affaires, pour le compte d'un mandant, lequel reste responsable de l'exploitation à l'égard des tiers.

Modalités : inscription du mandataire au RCS ou RM (+ contrat)

Obligation de pré-information du mandant

Rémunération et résiliation : dispositions légales précises



# NOUVELLES DISPOSITIONS DE LA LOI DUTREIL DU 2 AOUT 2005 ET LEURS APPLICATIONS

## B. FOCUS SUR QUELQUES DISPOSITIONS

### 1) Le tutorat

Elargissement du dispositif existant : inscription dans le Code de commerce, amélioration des conditions de couverture

Convention signée entre le repreneur et le cédant, lequel travaille et bénéficie parallèlement de sa retraite et d'une couverture sociale.

#### Décret du 29 mars 2007 (rétroactivité au 01/01/06) :

- délai de conclusion : dans les deux mois de la cession,
- durée : 2 mois à 1 an maximum
- mentions précises sur la convention : but, montant, modalités...
- formalités de publicité

Conditions de perception de la retraite non définies

Régime de la rémunération : honoraires/commissions => BNC



# NOUVELLES DISPOSITIONS DE LA LOI DUTREIL DU 2 AOUT 2005 ET LEURS APPLICATIONS

## B. FOCUS SUR QUELQUES DISPOSITIONS

### 2) La prime de transmission d'entreprises

1982 : prime de départ en retraite => inconvénient : incitation à ne plus faire prospérer l'entreprise

=> Loi Dutreil corrige dysfonctionnements de cette prime.

Pas de cumul possible des deux primes.

Les deux non imposables.

#### Décret et arrêté du 29 mars 2007 : conditions d'application

- production d'un acte de cession et une convention de tutorat
- adresser la demande à la caisse du régime social des indépendants dans les trois mois de la liquidation de la retraite

Prime non incitative : 1.000 euros



# NOUVELLES DISPOSITIONS DE LA LOI DUTREIL DU 2 AOUT 2005 ET LEURS APPLICATIONS

## B. FOCUS SUR QUELQUES DISPOSITIONS

### 3) La location d'actions

Concerne les sociétés non cotées, SARL à l'IS (EURL, EARL ?)

Bailleur : personne physique ou morale

Preneur : personne physique

Titres visés : actions (y compris de préférence) et parts sociales

Régime fiscal attrayant : CGI art. 150-O et OE

Formalisme assez lourd (décret du 11/12/06 modifiant le décret du 23/03/67) : bail écrit, autorisé par les statuts, avec formalités de publicité et d'opposabilité.

Expertise sur la valeur en début et fin de société

Diverses mentions à peine de nullité :

- nature, nombre et identification des titres,
- durée du contrat et préavis,
- montant, périodicité du loyer et révision
- modalités de cession

Pour être opposable, formalités de signification ou d'authenticité



# NOUVELLES DISPOSITIONS DE LA LOI DUTREIL DU 2 AOUT 2005 ET LEURS APPLICATIONS

## B. FOCUS SUR QUELQUES DISPOSITIONS

### 3) La location d'actions (suite)

En cas de cession des titres, prévoir consentement du locataire

Droit de vote : le locataire vote l'affectation des bénéfices,

Autres prérogatives : le locataire est considéré comme usufruitier et le bailleur comme nu-propiétaire

Intérêt de la location :

- moins coûteux que le prêt de titres,
- pallie la difficulté de trouver des financements pour acquérir titres
- le repreneur fait la preuve de ses capacités => plus facile ensuite d'emprunter et moins d'exigence de garantie de passif
- facilite application pacte d'actionnaires
- facilité la reprise d'entreprises en difficultés
- alternative aux contraintes issues de la loi Dutreil sur la location-gérance

# NOUVELLES DISPOSITIONS DE LA LOI DUTREIL DU 2 AOUT 2005 ET LEURS APPLICATIONS

## B. FOCUS SUR QUELQUES DISPOSITIONS

### 4) Le crédit-bail d'actions

Même périmètre : sociétés non cotées

L'acte de location comporte une promesse unilatérale de vente.

Le prix tient compte des loyers déjà versés (valeur résiduelle)

Traitement fiscal aligné sur celui du fonds de commerce

Dénouement de l'opération : CGI 150-O D

- les loyers = charges déductibles des dividendes imposables
- si l'option est levée, le prix d'acquisition = prix effectivement payé

Intérêt du crédit-bail :

- la garantie de passif est moins justifiée
- liberté d'acquisition

Questions en suspens

