




Ventes et transmissions d'entreprises

Planification, succession, négociation, intégration, fiscalité

Une manifestation de
Académie de la Chambre fiduciaire SA

Hôtel de la Paix

Lausanne, le 20 mars 2014



Pot-pourri juridique autour du contrat de vente d'entreprises

Sébastien Bettschart

ABELS Avocats

Docteur en droit, LL.M. (New York University)
Chargé d'enseignement (Université de Genève)



Académie
de la Chambre fiduciaire



Plan

1. Objet de la vente
2. Les actions comme objet de la vente
3. Sécuriser le transfert des actions
4. Absence de *closing*
5. Quelques clauses "*boilerplate*"
6. Juridiction étatique ou arbitrage?

1. Objet de la vente

- Vente d'actifs (APA)
 - A titre singulier (CO)
 - Transfert de patrimoine (LFus)
 - "*La cession d'un patrimoine ou d'une entreprise appartenant à des sociétés commerciales ... est régie par la LFus.*" (181 IV CO)
 - Actifs et passif sont transférés *uno actu*. Quid des contrats?
 - Immeubles (70 II LFus)
 - Publicité (RC), information des associés et protection des créanciers et des travailleurs
 - => Rare en pratique
 - Contrats de travail
 - Transfert (333 CO)
 - Consultation (333a CO) => 77 II LFus

1. Objet de la vente (suite)

- Vente d'actions (SPA)
 - D'un point de vue économique => l'entreprise
 - D'un point de vue juridique => les actions
 - Distinction en théorie importante s'agissant des garanties

*"Le contrat de vente d'entreprise doit être qualifié de contrat de vente mobilière (187 ss CO) ... **Les garanties contractuelles portent sur les actions vendues** et non sur les éléments du patrimoine de la société. Le vendeur ne répond de la valeur économique des actions que s'il a fourni des **garanties spécifiques**." (traduit de l'Arrêt du TF du 14 janvier 2013 – 4A_321/2012)*

1. Objet de la vente (suite)

- Vente d'actions (SPA) (suite)
 - En pratique, portée limitée ... si le contrat est bien conçu
 - Régime dispositif des garanties ("*rep. & warranties*") en droit suisse
 - Seuils, plafonds, etc.
 - *Seller's knowledge*
 - Materialité
 - Concept de *disclosure* (200 CO)
 - Vérification et avis des défauts (201 CO)
 - Prescription (210 CO) => 2 ans (1.1.2013)

1. Objet de la vente (suite)

- *Signing / Closing*
 - Principe: signature avec exécution différée et soumise à conditions
 - Exception: signature et exécution immédiate
 - Quelques principes juridiques à retenir
 - Le contrat de vente ne transfère pas en soi la propriété (184 CO)
 - Le transfert de patrimoine ne déploie ses effets qu'avec l'inscription au RC (73 LFus)
 - La cession, acte de disposition, doit revêtir la forme écrite et porter sur tous les éléments essentiels (165 I CO)
≠ "...undertake/agree/etc to assign..."
= "...hereby assign/transfer..."

1. Objet de la vente (suite)

- Exemple: Contrat de donation entre Dr X. et Dr Y.

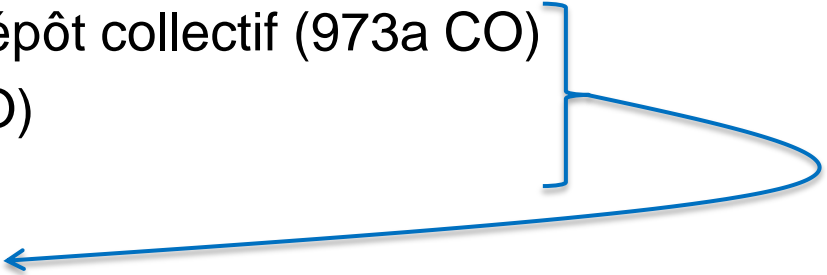
*"Acte générateur d'obligation: Le donateur **donne et transfère ses droits de propriété** sur les actions nominatives N. 1 à 100 d'X AG et le donataire **reprend** les actions nominatives N. 1 à 100 d'X AG comme seul propriétaire."*

*('Verpflichtungsgeschäft: Der Geschenkgeber **schenkt und überträgt sein Eigentum** an den Namenaktien Nr. 1 bis 100 der X. _____ AG und die Beschenkte **übernimmt** die Namenaktien Nr. 1 bis 100 an der X. _____ AG in ihr Alleineigentum.')*

*Le texte clair et spécifique de cette disposition ne couvre que l'acte générateur d'obligation, et non l'acte de disposition relatif aux actions dont est question."
(traduit de l'Arrêt du TF du 22 février 2010 – 4A_633/2009 c. 4.2)*

=> Les actions n'ont **pas** été transférées.

2. Les actions comme objet de la vente

- Type d'actions (SA)
 - Nominatives => titres à ordre
 - Au porteur => titres au porteur
 - Forme d'actions
 - Emises sous forme de titres individuels ou de certificats
 - Titres pas émis
 - Certificats d'actions en dépôt collectif (973a CO)
 - Certificat global (973b CO)
 - Droits-valeurs (973c CO)
 - Intermédiés ou non (LTI) ←
- 

2. Les actions comme objet de la vente (suite)

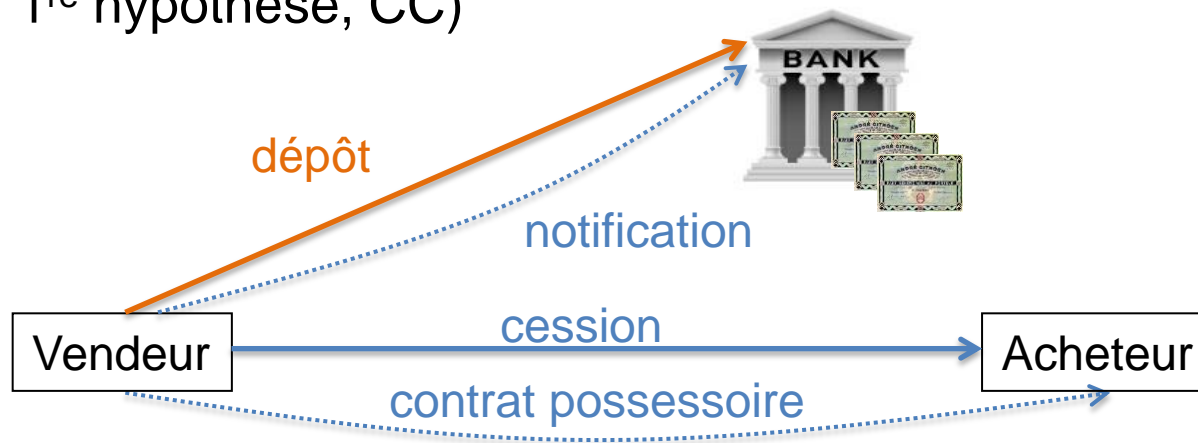
- Mode de transfert
 - Endossement (1003 *cum* 1152 II CO) et transfert de la possession (967 I et II CO)
 - Transfert de la possession (967 I CO)
 - Cession (164 CO) et transfert de la possession
 - Cession (164 CO)
 - Bonification (24 LTI)

2. Les actions comme objet de la vente (suite)

	Nominatives	Au porteur	Titres pas émis	Droits-valeurs	Titres intermédiés
Endossement + transfert	O	-	-	-	-
Transfert	-	O	-	-	-
Cession + transfert	O	O	-	-	-
Cession	-	-	O	O	O
Bonification	-	-	-	-	O

2. Les actions comme objet de la vente (suite)

- Le transfert de possession (habituellement remise du titre à l'acheteur) peut se faire par *délégation de la possession* (924 I, 1^{re} hypothèse, CC)



- Contrat possessoire
 - Aucune exigence de forme
 - Produit des effets vis-à-vis du tiers dès que celui-ci a été informé (924 II CO)

2. Les actions comme objet de la vente (suite)

- Restrictions au transfert
 - Actions nominatives non intégralement libérées (685 I CO)
 - Actions nominatives liées (685a CO)
 - Interdiction de cession (164 I CO et 30 III LTI vs. 685b VII CO)
 - Restrictions conventionnelles

2. Les actions comme objet de la vente (suite)

- Ciel! Où sont les actions?
 - Anticiper => due diligence
 - Action en annulation (971, 981 ss et 1072 ss *cum* 1152 II CO) => pas la société
 - Solution pratique consistant pour le CA à (ré-)émettre les titres en faveur de l'acquéreur?
 - *Squeeze-out merger* (8 II et 18 V LFus)
- Ciel! Le vendeur n'était pas propriétaire des actions vendues
 - Actions au porteur (935 CC)
 - Actions nominatives (1006 II *cum* 1152 II CO)

2. Les actions comme objet de la vente (suite)

- Ciel! Le vendeur n'était pas propriétaire des actions vendues (suite)
 - Titres intermédiés (29 LTI)
 - Cession => nullité
Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet
 - Garanties (171 I ou 192 CO)

2. Les actions comme objet de la vente (suite)

- Ciel! Les actions ne sont pas valables
 - Actions émises avant l'inscription au RC (644 et 652h III CO)
 - Actions au porteur non intégralement libérées (683 CO)
 - Actions ne correspondant pas à la réalité sociale
 - Garanties

3. Sécuriser le transfert des actions

- Hypothèse de départ
 - Double vente, par exemple closings successifs
 - Seconde vente (en principe) valable
 - Conséquences pour le premier acheteur
- Contrat d'escrow
 - Mécanisme
 - Limites
 - Interdiction de cession prévue par les statuts
 - Actions liées

3. Sécuriser le transfert des actions (suite)

- Contrat d'escrow doublé d'un nantissement
 - Mécanisme
 - Réalisation
- Autres

3. Sécuriser le transfert des actions (suite)

- Intermédiation financière (LBA)
 - Pouvoir de disposition de l'escrow agent
 - Activité exercée à titre professionnel (7 OIF)
 - Produit brut > CHF 20'000 par année civile
 - 20 clients ou plus
 - Valeurs patrimoniales > CHF 5'000'000
 - Transaction > CHF 2'000'000
 - Activité spécifique à la profession d'avocat (321 CP)
Circulaire FINMA 2011/1 – Activité intermédiaire financier au sens de la LBA, n. 119 ss
 - Compétences professionnelles de l'avocat requises
 - Lien direct avec un mandat juridique précis
 - ≠ contrats standardisés simples

4. Absence de closing

- Hypothèses de départ
 - Acheteur ne trouve pas le financement
 - Vendeur a trouvé un nouvel acheteur
- Conséquences de l'inexécution (102 ss CO)
- Solutions contractuelles
 - *Break fee*
 - Contrat d'escrow
 - Preuve du financement
 - Régime dérogatoire à 102 ss CO

4. Absence de closing (suite)

- Solutions contractuelles (suite)

*"Si l'Acheteur **n'exécute pas ses obligations à la Date d'Exécution**, pour quelque raison que ce soit, le Vendeur aura le choix, à sa seule discrétion:*

*(a) d'exiger de l'Acheteur qu'il exécute ses obligations conformément au Contrat étant entendu que le Prix sera augmenté d'une **pénalité** de CHF [•] pour chaque mois entier ou entamé à compter de la Date d'Exécution jusqu'au jour où le Prix majoré conformément à la présente disposition sera effectivement payé au Vendeur; ou*

*(b) **de renoncer définitivement à l'exécution des obligations de l'Acheteur**, étant entendu que le Vendeur pourra exercer ce droit en tout temps, même s'il a préalablement exercé le droit prévu à l'alinéa (a) ci-dessus.*

*Dans l'hypothèse visée à l'alinéa (b) ci-dessus, l'Acheteur s'engage irrévocablement à payer au Vendeur **une indemnité forfaitaire pour non-exécution** de CHF [•]."*

5. Quelques clauses "*boilerplate*"

- Clause de *best efforts*

"Chaque Partie fournira ses meilleurs efforts / efforts commercialement raisonnables / efforts raisonnables en vue de la réalisation des conditions suspensives avant le Closing."

- Clause d'intégralité

"Le Contrat contient l'ensemble de l'accord des Parties et remplace tout accord, négociation, correspondance, engagement et communication antérieurs entre les Parties en relation avec l'objet du Contrat."

- Clause de non-modification orale

"Le Contrat ne pourra être modifié si ce n'est par un accord écrit entre les Parties."

5. Quelques clauses "*boilerplate*"

- Clause de non-renonciation

"Le fait que l'une des Parties n'exige pas l'exécution d'une disposition du Contrat ne pourra pas être considéré comme une renonciation à ladite disposition, ni être interprété comme une renonciation à invoquer une autre inexécution."

- Clause de divisibilité

"Toute disposition du Contrat qui serait, en tout ou en partie, en contradiction avec le droit impératif sera dissociable, et toute nullité, totale ou partielle, d'une telle clause n'affectera pas la validité du reste du Contrat."

6. Juridiction étatique ou arbitrale?

- Critères de choix
- Choix de l'institution de l'arbitrage
- Rédaction de la cause d'arbitrage

"Tous litiges, différends ou prétentions nés du présent contrat ou se rapportant à celui-ci, y compris la validité, la nullité, la violation, ou la résiliation du contrat, seront tranchés par voie d'arbitrage conformément [à la procédure accélérée du / au] Règlement suisse d'arbitrage international de la Swiss Chambers' Arbitration Institution en vigueur à la date à laquelle la notification d'arbitrage est déposée conformément à ce Règlement. [Le nombre d'arbitres est fixé à [un/trois]. Le siège de l'arbitrage sera [nom d'une ville en Suisse]. L'arbitrage se déroulera en [insérer la langue désirée].]"

Merci de votre attention

Sébastien Bettschart
ABELS Avocats

1, r. Michel-Roset – 1201 Genève
T 022 715 07 00 – F 022 715 07 01

bettschart@abels.pro
www.abels.pro