

La reprise d'entreprise au Portugal : Analyse et partage de bonnes pratiques

V - Le Contentieux de la reprise d'entreprise

Une fois l'entreprise reprise (sous forme *d'asset deal* ou de *share deal*), le repreneur doit assurer la continuité de l'activité, mais cherche également à comprendre si la situation de l'entreprise achetée est conforme aux informations qui lui ont été données dans le cadre de la vente. Il s'attache aussi à prévoir les conséquences d'éventuelles dissimulations ou divergences pouvant engendrer des hausses du passif ou des baisses de l'actif de l'entreprise reprise.

Selon l'ordonnancement juridique dans lequel l'opération de reprise est réalisée et la loi applicable au contrat d'acquisition de l'établissement commercial (*asset deal*) ou de participations sociales (*share deal*), la doctrine et la jurisprudence n'en sont pas au même point.

En France, la mise en œuvre, l'interprétation et le régime de la « Garantie d'Actif et de Passif » ainsi que de la garantie de la GAP ont déjà donné lieu à plusieurs décisions de justice, à divers niveaux de juridictions et à des positions doctrinales nombreuses, pas toujours concordantes

Ce qui confère une certaine sécurité juridique (certes relative) aux parties à l'opération de reprise.

Au Portugal, il en va différemment, sans doute parce que l'utilisation de ces mécanismes de garantie, notamment des fameuses clauses de « representations and warranties » importées des pays de Droit « anglo-saxon », est encore récente.

Ainsi, et bien que cette série d'articles soit relative à la reprise d'entreprise au Portugal, nous présenterons ci-après (I) **l'approche, du point de vue du Droit français, du Contentieux relatif à la cession d'une entreprise et à la GAP** et (II) **l'état actuel du Droit portugais face au contentieux de la reprise d'entreprise.**

1. En France : La garantie d'actif et de passif (GAP) comme principal instrument de règlement des conflits post acquisition d'entreprise

Le plus souvent, après la reprise d'une entreprise, et lorsque l'acquéreur considère que l'entreprise achetée ne correspond pas aux éléments divulgués pendant l'opération d'acquisition, et/ou que de

mauvaises surprises en tous genres apparaissent (provisions qui n'ont pas été passées, prévisionnel financier irréalizable, conflit avec le bailleur, conflits sociaux, terrain pollué, litige avec le principal fournisseur de la société, voire société en état de cessation des paiements,...), ce dernier décide d'en notifier le cédant l'informant qu'il entend mettre en jeu la garantie d'actif et de passif.

Dans cette situation, l'acquéreur peut solliciter que soit prononcée la nullité de la vente, et/ou que lui soit remboursé une partie du prix d'acquisition, et/ou encore que la garantie d'actif et de passif soit actionnée.

Il convient alors d'être extrêmement réactif, car il est certain que les garanties de la GAP seront activées dans les jours suivants, afin de s'opposer à la mise en jeu des éventuelles garanties de la GAP qui ont été fournies (garantie à première demande, cautionnement, nantissement de titres etc.).

Comme évoqué dans l'Episode 4 de cette série d'articles sur *la reprise d'entreprise*, il est fréquent (voire fondamental) pour l'acquéreur d'une société de faire souscrire au vendeur une garantie d'actif et de passif.

Cela permet à l'acquéreur de se protéger contre des hausses du passif ou des baisses de l'actif, n'apparaissant pas dans les comptes sociaux transmis dans le cadre de la cession, mais étant révélés postérieurement.

Dans ces cas-là, deux principales possibilités :

- Si l'évènement découvert ne remet pas en cause l'exploitation de la société, l'acquéreur peut solliciter uniquement son indemnisation sur le fondement de ce passif nouveau.
- Si l'exploitation de la société est compromise par l'évènement découvert, l'acheteur peut solliciter la nullité de la cession, ou un remboursement quasi-intégral du prix d'acquisition par le vendeur (sous réserve des dispositions particulières du contrat).

S'il est manifeste que le cédant avait sciemment dissimulé des informations pour convaincre le repreneur de signer l'acquisition d'une entreprise ou la reprise d'un commerce, il peut être déposée une plainte pénale pour escroquerie contre le vendeur.

Dans tous les cas, réagir vite est essentiel pour être efficace.

Par ailleurs, il arrive fréquemment aussi qu'un repreneur soit déçu du montant des sommes garanties,

du fait de la diminution du plafond de la garantie au fil des années, ce dont il n'avait pas conscience au jour de la signature de la GAP.

La signature d'une GAP peut, malheureusement, dans certains cas, ne pas suffire à protéger le repreneur.

D'autres solutions existent, notamment la procédure d'annulation pure et simple de la cession pour dol.

Cette procédure peut également permettre au repreneur d'obtenir des dommages et intérêts. Cette solution présente notamment l'avantage, par rapport à la GAP, de pouvoir obtenir des dommages et intérêts supérieurs au plafond d'indemnisation prévu par la GAP.

En outre, la prescription légale du dol est de 5 ans à compter de la découverte du dol, alors que la durée de mise en œuvre de la GAP est souvent, en pratique, de 3 ans.

2. Au Portugal : La lente acceptation des clauses de « Rep & Warranties »

Les clauses de « déclarations et garanties », originaires du droit anglo-saxon (Rep&Warranties), sont aujourd'hui largement utilisées dans les contrats de cession d'entreprise (fonds de commerce ou participations sociales) soumis au Droit portugais.

Bien que leur utilisation ait été validée par le *Suprême Tribunal de Justice* portugais (voir notamment l'Arrêt du 1^{er} mars 2016), les juridictions et les auteurs de droit civil et commercial portugais ont encore souvent du mal à les appliquer et à les combiner avec les régimes légaux qui pourraient, a priori, être également applicables aux mêmes situations de fait couvertes par ces dispositions contractuelles de « déclarations et garanties ».

Ainsi, et sans rentrer ici dans l'analyse théorique et doctrinale de la validité de ces clauses, notez à peine qu'il existe encore au Portugal une grande incertitude quant au régime légal applicable au contenu et à l'inexécution d'un contrat de cession d'une entreprise, au sens large.

Cette incertitude provient non seulement du fait d'être face à une réalité complexe (la participation sociale ou le fonds de commerce en tant que faisceau de droits et obligations sociétaires ayant une valeur économique dépendant d'une situation sous-jacente de la société), mais également de la complexité et des propres difficultés de l'application du régime des divers instituts juridiques concernés, notamment ceux de l'achat vente de la chose grevée ou défectueuse, la responsabilité contractuelle en général, l'interprétation et l'intégration du négoce juridique, l'erreur et la responsabilité

contractuelle en général, l'interprétation et l'intégration du négoce juridique, l'erreur et la responsabilité précontractuelle

Pour rester pratique, voici quelques pistes de réflexion sur l'interprétation et la mise en œuvre de clauses de « déclarations et garanties ».

Elles sont fréquemment source de contentieux dans la phase postérieure à l'acquisition d'une entreprise :

- ❖ Les limitations dans le temps des « déclarations et garanties » :

Il est fréquent, dans la pratique du marché M&A, d'établir un délai pour l'exercice des droits de l'acquéreur dans les cas où les déclarations et garanties prévues au contrat de cession ne correspondent pas à la réalité (souvent entre 1 et 3 ans).

Ces clauses sont traditionnellement considérées comme protectrices du cédant. Toutefois, aux termes de la loi, l'acquéreur peut avoir un intérêt équivalent à prévoir cette durée.

En effet, dans l'application du régime d'achat vente de la chose défectueuse, les droits de l'acquéreur peuvent devenir caduques dans un délai de 6 mois après la cession de la participation sociale.

Autre difficulté : lorsque les parties conviennent d'un délai de prescription des clauses de déclarations et garanties différent des délais légaux, cette disposition est-elle valable ?

- Tout va dépendre du traitement juridique donné à la question :
 - Si nous sommes en présence d'application des règles de la responsabilité contractuelle, la stipulation d'un délai de prescription des clauses de déclarations et garanties, dans le cadre de l'article 330 du Code Civil portugais, ne devrait pas poser de problème ;
 - Si nous sommes en présence de droits indisponibles, cette stipulation n'est pas possible ;
 - Si la situation est traitée comme une question d'achat vente de la chose grevée ou défectueuse, cela devient plus discutable que les délais de prescription/caducité prévus dans la loi soit laissé à la libre volonté des parties à un contrat de cession d'entreprise.

Sans donner de réponse définitive à cette question, une piste de discussion et de réflexion serait de mettre en balance les principes suivants : (i) le principe de l'autonomie des parties, (ii) les principes généraux de stabilité, célérité et sécurité des transactions commerciales et (iii) le respect de l'équilibre du contrat pour chacune des parties, cédant et acquéreur.

❖ Les clauses de non garantie :

Les clauses de déclarations et garanties diffèrent selon les contrats, selon le plus souvent du poids relatif des parties et du processus de négociation, devenant ainsi plus ou moins protectrices de l'une ou l'autre des parties en fin de négociation.

Il arrive même, selon les circonstances, que le cédant vende sa participation sociale ou cède son fonds de commerce avec une garantie minimale ou sans garantie du tout quant à la situation de la société ou du fonds cédé.

Ces clauses sont-elles valables au regard du Code Civil portugais ?

La doctrine majoritaire défend que ces clauses sont valables, bien qu'elles augmentent l'aléa et le risque du « négoce », car elles n'offensent aucun principe fondamental du droit qu'il conviendrait de protéger en sacrifiant le principe de l'autonomie des parties.

Néanmoins, une jurisprudence plus récente et certains auteurs viennent défendre que ces clauses limitent démesurément la responsabilité du vendeur.

Celle-ci étant prévue légalement dans le Code Civil portugais, elle ne peut être totalement évincée par simple décision des parties à un moment antérieur à la survenance du fait/dommage si la responsabilité du vendeur est en jeu.

Quoiqu'il en soit, et bien que considérant les clauses de déclarations et garanties légalement valables, il nous semble que de telles clauses ne pourront empêcher l'acquéreur de recourir au régime de l'erreur ou du dol (dans son sens juridico-technique).

❖ La survenance de contingences qui n'ont pas été prévues au contrat de cession.

Malgré l'habileté et parfois même l'imagination des rédacteurs de contrats de cession d'entreprises, il n'existe pas de contrats parfaits et il n'est donc pas rare que certaines situations surgissent et viennent à constituer une contingence/risque qui n'avait pas été prévue lors de la négociation et rédaction des accords de la transaction de cession d'entreprise (contrat, GAP, rep&warranties).

Comment traiter alors ces situations qui ne se trouvent pas couvertes par les clauses de déclarations et garanties ?

Une fois de plus, tout va dépendre de la position de l'auteur ou du juge vis-à-vis de l'autonomie des

clauses de déclarations et garanties face aux régimes légalement prévus en matière d'achat vente de la chose grevée ou de la chose défectueuse :

- Si on considère qu'il existe une totale autonomie et superposition des deux, il sera alors facile à l'acquéreur de recourir aux mécanismes légaux prévus au Code Civil portugais ;
- Si on considère que les clauses de déclarations et garanties doivent être analysées à la lumière des dispositions du Code Civil relatives aux instituts et régimes d'achat vente de la chose grevée, ou, de la chose défectueuse, la tâche sera plus ardue.

Bien qu'alléguant et démontrant une « lacune » du contrat, qu'est-ce qui permet d'affirmer que cette lacune n'était pas faite exprès ?

- Si le contrat prévoit une liste exhaustive et limitative des déclarations et garanties données par le cédant, il sera difficile de recourir aux mécanismes légalement prévus. Ce sera naturellement plus simple si le contrat prévoit une disposition déclarative et de garantie plus large.

Quoiqu'il en soit, il sera toujours possible de recourir, ici encore, au régime de l'erreur et du dol, ou bien même à la responsabilité précontractuelle, si bien entendu sont vérifiées les conditions d'application de ces régimes.

CONCLUSION

Les clauses de déclarations et garanties habituellement prévues dans les contrats de reprise d'entreprise sont, de fait, essentielles et fondamentales.

Cependant, et compte tenu de l'incertitude juridique qui existe autour du régime applicable aux situations de contentieux de la reprise d'entreprise et de la complexité des instituts légaux concernés, elles peuvent se révéler être à double tranchant, et ce quel que soient les parties prenantes à la reprise d'entreprise.

Une fois de plus, le recours à un conseil spécialisé en la matière est fortement recommandé.

Ce document est purement informatif et ne constitue pas une source de conseil juridique.

Les informations qu'il contient font référence à la date de sa divulgation et les lecteurs doivent demander un avis juridique avant de l'appliquer à des questions ou opérations spécifiques.

Aucune reproduction, divulgation ou distribution, en partie ou en totalité, du contenu de cette publication n'est autorisée sans consentement préalable.

Pour plus d'informations, contactez-nous : contact@msadv.pt