

Protection du vendeur: les garanties légales et conventionnelles

Table des matières	p.
Introduction	935
A. LA PROTECTION LÉGALE DU CÉDANT	938
1. <i>Le droit de rétention</i>	940
2. <i>Le droit de 'revendication'</i>	943
3. <i>L'action en résolution</i>	944
4. <i>Le privilège du vendeur d'effets mobiliers</i>	947
B. LES GARANTIES CONVENTIONNELLES	954
1. <i>La clause résolutoire expresse</i>	954
2. <i>La clause de réserve de propriété</i>	957
3. <i>L'utilisation d'actes juridiques autres que la vente pure et simple</i>	958
a) La location-vente ou la location-financement du fonds de commerce?	958
b) La vente à réméré des titres de société	960
4. <i>Octroi au vendeur d'une garantie conventionnelle au sens strict</i>	961
a) En cas de vente d'un fonds de commerce	961
b) En cas de cession d'actions ou de parts sociales	963
5. <i>De quelques clauses qu'il serait utile d'insérer dans le contrat de vente</i>	966
a) La clause pénale	966

- b) La clause de solidarité et d'indivisibilité
- c) Les sûretés négatives

967

968

Conclusion

970

Index

971

INTRODUCTION: DÉLIMITATION DU SUJET

1. Les termes 'transmissions d'entreprises' recouvrent des réalités fort diverses. Dans le cadre de cette étude consacrée à la protection du vendeur, nous n'envisagerons que les transmissions effectuées à titre onéreux, donnant lieu au paiement d'un prix en échange d'un transfert de propriété: quelles sont, en cas de vente d'une entreprise, les garanties légales et conventionnelles qui assouplissent l'obligation principale de l'acheteur, c'est-à-dire payer le prix de vente, et qui donnent ainsi au vendeur une plus grande chance d'obtenir effectivement ce paiement (1)?

Dans ce cadre, il ne sera donc pas traité de certaines opérations qui, bien que permettant d'opérer un transfert du pouvoir de contrôle d'une société, ne peuvent être qualifiées de vente comme, par exemple, la modification des majorités au sein de l'actionnariat par le biais d'une augmentation de capital.

2. Nous distinguerons deux hypothèses.

Nous verrons l'hypothèse de la cession d'une entreprise lorsqu'une personne (physique ou morale) vend le fonds de commerce dont elle est propriétaire, c'est-à-dire l'ensemble des éléments actifs corporels et incorporels groupés par cette personne (ou par un propriétaire précédent) pour être affectés à une exploitation commerciale. En ce qui concerne la notion de fonds de commerce, nous renvoyons à l'exposé précédent de Mlle I. LEBBE (2). Rappelons brièvement que, en l'absence d'une définition légale (3), la nature du fonds de commerce reste controversée. La doctrine et la jurisprudence majoritaire tend à considérer le fonds de commerce comme une universalité de fait, distincte des éléments corpo-

(1) Nous nous référons ici à la définition des sûretés donnée par I. MOREAU-MARGRÈVE: 'un mécanisme, créé et reconnu pour tel, qui a pour but et pour effet de fournir à un créancier donné une plus grande chance d'obtenir effectivement le paiement d'une dette' (I. MOREAU-MARGRÈVE, 'Évolution du droit et de la pratique en matière des sûretés', in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Séminaire de la C.D.V.A. des 17 et 18 nov. 1982, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 81).

(2) *Supra*, pp. 833 et s.

(3) Diverses dispositions légales mentionnent ou envisagent le fonds de commerce. Outre la loi du 25 octobre 1919, modifiée par l'A.R. n° 282 du 30 mars 1936, relative à la mise en gage du fonds de commerce, on peut citer les art. 10 et 11 L. du 30 avril 1951 relative aux baux commerciaux, l'art. 1199 C. jud., l'art. 107 C. succ., l'art. 1408 C. civ., l'art. 2 C. comm., l'art. 12 A.R. 20 juillet 1964 sur les registres du commerce... Aucune de ces législations ne définit le fonds de commerce. L'art. 2 de la loi du 25 octobre 1919, la seule législation qui régit une opération juridique portant sur le fonds de commerce, ne contient qu'une énumération, non exhaustive, des éléments qui le composent, ceux-ci ne se retrouvant pas toujours nécessairement dans tous les fonds de commerce.

lité de ces éléments (4). L'objet du contrat de vente est l'universalité même que constitue le fonds de commerce et non les éléments composant le fonds, pris séparément (5) (6).

À côté de la vente du fonds de commerce, nous envisagerons une seconde hypothèse. Lorsque l'entreprise est organisée sous la forme d'une société, sa transmission peut se réaliser par le biais d'une 'cession de contrôle', opération juridique par laquelle un ou plusieurs actionnaire(s) vend(ent) un paquet d'actions ou de parts 'représentatives d'une partie importante du capital, permettant

(4) En ce qui concerne la notion de fonds de commerce, voir not.: L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. II, 1947, pp. 15 et s., n° 3 à 10; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. I, 2^{ème} éd., 1976, pp. 394 et s., n° 432; J. VAN GINDERACHTER, *De la nature du fonds de commerce*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Polydore Pee, 1938, n° 52 et s.; M. VERCRUYSSSE et E. LAUWERS, *Le fonds de commerce*, t. I, *La cession du fonds de commerce et des baux commerciaux*, Bruxelles, Larciat, 1967, pp. 15 et s., n° 7 à 14; C. GUILLEMYN, *La cession de fonds de commerce, d'entreprises, d'actions*, Éd. Créatif, 1991, p. 25 et s.; R. SAVATIER, 'Avènement et dépassement de la théorie juridique du fonds de commerce', in *Liber Amicorum baron Louis FRÉDÉRICQ*, t. II, Gand, E. Story-Scientia, 1966, pp. 901 et s.; P. NEMERY DE BELLEVAUX, 'Le "fonds de commerce" constitue-t-il en droit belge une entité juridique propre, spécialement au regard du droit des successions?', *J.T.*, 1976, p. 321; I. MOREAU-MARGREVE, 'Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce', note sous Cass., 8 avr. 1976, *R.C.J.B.*, 1980, pp. 131 et s., n° 4; A. DELAHAYE, 'La cession d'un fonds de commerce entre personnes physiques en Belgique', in *La cession d'une P.M.E.*, Journées notariales de Louvain, 1982, pp. 22 et s.

(5) L. FRÉDÉRICQ, *o.c.*, t. II, p. 51, n° 26; M. VERCRUYSSSE et E. LAUWERS, *o.c.*, pp. 87 et s., n° 73; C. GUILLEMYN, *o.c.*, p. 61.

(6) La cession d'un fonds de commerce peut aussi se réaliser sous la forme d'un apport en nature du fonds à une société. Tel sera le cas par exemple lorsqu'un commerçant apporte son fonds de commerce à une société qu'il vient de constituer et dont il est l'actionnaire majoritaire, ou lorsqu'une société apporte une branche d'activités à une autre société (Cass., 4 mars 1982, *R.C.J.B.*, 1984, pp. 175 et s., note de M. FONTAINE, 'L'apport d'une branche d'activités et la cession des contrats'). Dans un arrêt du 27 juin 1975 (Cass., 27 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 1052; *R.W.*, 1975-1976, col. 989, note de M. FLAMÉE; *Rev. prat. soc.*, 1975, p. 219, note P.C.), la Cour de cassation, après avoir énoncé que la cession à titre d'apport est en principe régie par les règles de la vente, fait application de l'article 546 de la loi sur les faillites pour rejeter l'action en résolution intentée par les apporteurs qui se plaignaient que les actions privilégiées qu'ils devaient recevoir n'avaient jamais été créées. Peut-on déduire de cette décision que, assimilant la cession à titre d'apport, aussi qualifiée 'vente-apport', au contrat de vente, la Cour de cassation reconnaît à l'apporteur, quant à la garantie de la rémunération de l'apport, le régime légal de protection reconnu au vendeur impayé? D'éminents auteurs critiquent cependant cette analyse de l'apport en société: il ne s'agit pas d'un contrat synallagmatique donnant lieu au paiement d'un prix de vente mais d'un engagement unilatéral, l'apporteur étant non pas payé mais rémunéré, le plus souvent en droits sociaux (voir J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, 'Les sociétés commerciales, Examen de jurisprudence (1972-1978)', *R.C.J.B.*, 1981, pp. 237 et s., n° 7; C. GUILLEMYN, *o.c.*, pp. 131 et s.). Dans cette optique, l'apporteur ne jouira pas de la protection légale dont bénéficie le vendeur.

titres et non sur le fonds de commerce (8).

3. Ni la vente de fonds de commerce, ni la vente des titres ne font l'objet d'une législation réglementant ces opérations juridiques de façon globale (9) (10). Les règles du Code civil en matière de contrat de vente s'ap-

(7) D. DEVOS, 'La vente d'actions au porteur d'une société anonyme', in *Mélanges offerts à Raymond VANDER ELST*, t. I, Bruxelles, Éd. Némésis, pp. 155 et s., n° 7 et les réf. cit. Voir égal.: J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, t. I, 2^{ème} éd., p. 116, n° 105; Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3^{ème} éd., revue et mise à jour par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, t. II, Bruxelles, Éd. Swinnen, 1982, pp. 16 et s., n° 752 et s.; P. VAN OMMESLAGHE et Th. TILQUIN, 'Les fusions et acquisitions. Aspects juridiques', in *Fusions et acquisitions*, Éd. Roullata Books, p. 96, n° 19; J. PAILLUSSEAU, 'La cession de contrôle', *J.C.P.*, 1986, I, 3224; J. PAILLUSSEAU, 'La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle)', *J.C.P.*, 1992, I, 3578.

(8) Dans un arrêt du 26 avr. 1966 (*Pas.*, 1966, I, p. 1152; *Rev. prat. soc.*, 1968, p. 84, note), la Cour de cassation, rappelant la distinction entre la personnalité de la société et celles des actionnaires, refuse de considérer la vente par ceux-ci de tous les titres sociaux comme une vente de fonds de commerce, lequel reste la propriété de la société; ces deux opérations diffèrent par la personnalité du cédant (les actionnaires dans le premier cas, la société dans le second) et par l'objet de la vente (les titres ou les actifs). Voir égal. C. GUILLEMYN, *o.c.*, pp. 173 et s.; S. VAN CROMBRUGGE, 'De rechtsverhouding tussen de koper en de verkoper van een controleparticipatie. Verkoop van maatschappelijk vermogen of handelszaak der vennootschap?', *R.D.C.*, 1983, pp. 188 et s.

(9) P. VAN OMMESLAGHE et Th. TILQUIN, *o.c.*, pp. 89 et s., n° 8. Deux tentatives pour réglementer la cession du fonds de commerce ont échoué. Le projet de loi du 20 nov. 1946 sur la protection de la loi du 30 avr. 1951 sur les baux commerciaux, contenait à l'origine des dispositions relatives à la vente du fonds de commerce. Dans le texte final, seuls les articles 10 et 11 envisagent l'hypothèse de la cession d'un fonds de commerce lorsque ce dernier est exploité dans un immeuble loué. Deux ans plus tard, la proposition de loi du 28 juin 1956 concernant la cession et la mise en gage du fonds de commerce, déposée par M. NOSSENT (*Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 1955-1956, n° 576), n'eut pas un destin plus heureux. Concernant le contenu de cette proposition, voir L. DU FAUX, 'La cession de fonds de commerce - Éléments de droit comparé', in *La cession d'une P.M.E.*, Louvain, 1982, p. 66, n° 5.8 et p. 72, n° 9.5.

(10) Des dispositions particulières au droit des sociétés régissent certains aspects de la cession d'actions. Les art. 42 et s. et 124 et s., L. coord. sur les sociétés restreignent la cessibilité des titres. Il faut citer également la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisitions, ainsi que les deux arrêtés royaux pris en exécution de cette loi; l'A.R. du 10 mai 1989 et l'A.R. du 8 novembre 1989 relatif aux offres publiques d'acquisitions et aux modifications de contrôle des sociétés. Toutefois, aucune disposition ne modifie la nature du contrat de vente conclu par le cédant et le cessionnaire, ni les garanties du cédant quant au paiement du prix. À cet égard, les règles du droit commun de la vente s'appliquent. Le principe de l'application des règles du contrat de vente à la cession de titres est fréquemment rappelé en jurisprudence à l'occasion des litiges soulevés par l'acquéreur qui s'aperçoit que la situation financière de la société est moins brillante qu'il ne le croyait quand il a acheté les actions de cette société, et qui recourt alors aux notions d'erreur, de dol ou de garantie des vices cachés. En ce qui concerne cette question, nous renvoyons à l'exposé suivant de M.-Cl. ERNOTTE (*infra*, pp. 973 et s.).

pliquent dans la mesure où des dispositions particulières n'y dérogent pas et compte tenu de la spécificité de l'objet vendu, le fonds de commerce d'une part, les actions ou parts sociales d'autre part.

Notre exposé comprend deux parties. La première concerne la protection légale du cédant, la seconde, les garanties conventionnelles auxquelles le cédant peut songer, lors de la cession, pour se prémunir contre le non-paiement du prix par le cessionnaire.

A. LA PROTECTION LÉGALE DU CÉDANT

4. La protection dont jouit le cédant d'une entreprise est celle que la loi accorde au vendeur de meubles impayés.

En effet, dans le cas d'une cession d'actions ou de parts sociales, nous avons affaire à une vente de meubles corporels si les titres sont au porteur, ou de meubles incorporels s'il s'agit de titres nominatifs. En ce qui concerne le fonds de commerce, sa nature mobilière incorporelle fait l'unanimité en doctrine comme en jurisprudence (11).

Parmi les éléments composants du fonds de commerce, le droit au bail est un des plus fréquemment cités. Il arrive toutefois que, plutôt que dans un immeuble loué, le commerçant exploite son fonds dans un immeuble par nature qui lui appartient en pleine propriété. Dans cette hypothèse, lorsqu'il vend son fonds de commerce, le cédant peut aussi transférer au cessionnaire la propriété de l'immeuble. Cela modifie-t-il la situation du vendeur en ce qui concerne les garanties légales assurant le paiement du prix? Nous verrons en effet que les garanties du vendeur d'immeubles, bien qu'elles soient (presque (12)) identiques à celles du vendeur de meubles, obéissent à un régime juridique différent.

La nature incorporelle du fonds de commerce, ensemble d'éléments dont la plupart sont de nature incorporelle (les brevets, les marques, la clientèle, le nom commercial, l'enseigne, l'organisation commerciale...) fait obstacle à son immobilisation par destination économique, même lorsque, du fait de l'exploitation

(11) Voir toutes les références citées *supra* à propos de la notion de fonds de commerce à la note 4.

(12) Le vendeur d'immeubles bénéficie comme le vendeur d'effets mobiliers de l'exception d'exécution, de l'action résolutoire et d'un privilège spécial sur le bien vendu. En revanche, la bizarre action en 'revendication' de l'art. 20, 5°, al. 6, de la loi hypothécaire n'est offerte qu'au seul vendeur de meubles.

commerciale dans un immeuble par nature appartenant au même propriétaire, les éléments corporels (le mobilier et l'outillage) deviennent immeubles par destination.

Une controverse existe quant à la question si un immeuble par nature peut faire partie du fonds de commerce (13). L'autonomie des volontés permet certes aux parties au contrat de vente de considérer entre elles le droit de propriété sur l'immeuble comme faisant partie du fonds de commerce cédé. Toutefois, le fonds de commerce n'est pas considéré, en droit belge, comme une universalité juridique dont la nature mobilière incorporelle effacerait la nature propre des éléments qui le composent. 'La mise en œuvre du statut applicable aux biens incorporels ne pourra avoir lieu à l'encontre des dispositions d'ordre public' (14). À l'égard des tiers, l'immeuble ne peut donc que conserver sa nature immobilière ce qui a pour conséquence, par exemple, d'imposer le respect des formalités de la transcription au registre de la conservation des hypothèques pour rendre opposable le transfert de la propriété de l'immeuble. Les tiers, et principalement les autres créanciers de l'acheteur, sont aussi bien évidemment intéressés par les garanties du vendeur impayé, lesquelles garanties pourraient avoir pour effet de faire échapper le bien vendu à la loi du concours. À ce point de vue, il faudra donc considérer la vente comme portant sur deux objets distincts, le fonds de commerce, meuble incorporel, d'une part, et l'immeuble d'autre part, et ventiler si nécessaire le prix entre ces deux postes. Le cédant jouira des garanties du vendeur de meubles pour la part correspondant au prix du fonds de commerce, et de celles du vendeur d'immeuble pour le prix de vente de l'immeuble. Le plus souvent, il y aura eu deux ventes qui, quoique indivisibles dans l'esprit des parties, auront donné lieu à la rédaction de deux *instrumenta*: la cession de fonds de commerce, dont l'opposabilité n'est soumise à aucune publicité (15), ne fait généralement l'objet que d'un acte sous seing privé, contrairement à la vente de l'immeuble dont la transcription au registre de la conservation des hypothèques nécessite un acte authentique.

Étant donné la nature mobilière du fonds de commerce et des titres sociaux, notre étude envisagera principalement les garanties du vendeur de meubles. L'hypothèse du fonds de commerce contenant un immeuble par nature ne sera

(13) L. FRÉDÉRICQ, *o.c.*, t. II, p. 22, n° 6 et p. 43, n° 22; J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, t. I, 2^{ème} éd., pp. 402 et s., n° 443, b); M. VERCRUYSSSE et E. LAUWERS, *o.c.*, pp. 24 et s., n° 12; J. VAN GINDERACHTER, *o.c.*, n° 154; C. GUILLEMYN, *o.c.*, p. 35.

(14) L. FRÉDÉRICQ, *o.c.*, t. II, p. 26, n° 7.

(15) Les art. 4 et 13 L. coord. relative au registre du commerce rendent certes obligatoire, avec sanctions pénales à la clef, la mention dans le registre du commerce de la cession du fonds de commerce, mais cette formalité ne conditionne pas l'opposabilité aux tiers de ce transfert de propriété, même si elle leur offre un bon moyen d'être informé. Par ailleurs, cette mention ne nécessite pas que la cession inscrite soit établie par un acte authentique.

évoquée que pour signaler les points sur lesquels diffère le régime juridique des garanties du vendeur d'immeuble (16).

5. En droit commun, le vendeur de meubles payé se voit reconnaître pas moins de quatre garanties: le droit de rétention, le droit de revendication, l'action en résolution et le privilège du vendeur de biens mobiliers. Cette protection prometteuse s'avère toutefois inefficace au moment où le vendeur en a le plus besoin (17).

Dans quelle mesure le vendeur du fonds de commerce et le vendeur des titres d'une société disposent-ils de ces garanties dans les cas où elles leur seraient utiles?

1. *Le droit de rétention* (art. 1612 et 1613 C. civ. et 570 C. comm.)

6. Premier moyen de défense, le droit de rétention est une application en matière de vente, par les articles 1612 et 1613 du Code civil, répétée par l'article 570 de la loi sur les faillites, du principe général de droit de l'exception d'inexécution (18). L'*exceptio non adimpleti contractus* permet au vendeur de refuser la délivrance de la chose vendue tant que l'acheteur n'offre pas de payer le prix

(16) Cf. *infra*, nos 15 et 21.

(17) J. HEENEN, 'Les garanties du vendeur de meubles et leurs avatars', note sous Cass., 18 nov. 1971, R.C.J.B., 1973, pp. 5 et s. Concernant la situation du vendeur de meubles payé en général, voir R. PIRET, *Le droit au prix du vendeur de meubles corporels et ses garanties*, Louvain, Librairie René Fonteyn, 1941; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1960, p. 198, n° 464 et pp. 691 et s.; J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, t. IV, 1965, pp. 328 et s., n° 2785 et s.; DE PAGE, *o.c.*, t. IV, 3^{ème} éd., pp. 238 et s., n° 209 et s.; F. t'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 238 et s., n° 463 et s.; A.-M. STRANART, *Les sûretés*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1992, pp. 72 et s., n° 50 et s.; *Le droit des sûretés*, ouvrage collectif, Liège, Éd. Jeune Barreau, 1992, pp. 110 et s.; J. CAEYMAEX, *L'entreprise face à un partenaire défaillant*, Bruxelles, Éd. De Boeck, 1993, pp. 189 et s., n° 331 et s.; J. CAEYMAEX, *Manuel des sûretés mobilières*, Liège, Éd. Jeune Barreau, mise à jour août 1993, chap. 22; E. SCHREUDER, 'La protection juridique du vendeur non payé d'effets mobiliers', *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1979, pp. 13 et s.; F. CLAFYS BOUÏAERT et A. GOEDEREN, 'Rechtsmiddelen voor de niet-betaalde verkoper bij de verkoop van de roerende goederen', *Jura Falc.*, 1991-1992, pp. 91 et s. L'exposé qui suit s'inspire évidemment de ces lectures; nous nous permettrons cependant de ne pas répéter ces références pour chacune des garanties légales du vendeur de meubles, à l'exception des passages s'inspirant de trop près des ouvrages cités, ou traitant de points de droit controversés ou qui ne seraient pas envisagés par tous ces auteurs.

(18) Les concepts juridiques de droit de rétention et exception d'inexécution ne sont pas identiques, mais ils se rejoignent dans cette hypothèse, comme dans le cadre de tout contrat synallagmatique où l'obligation propre au créancier qui se plaint de l'inexécution de son débiteur consiste en la restitution d'une chose.

convenu et dû. Il s'agit donc d'une mesure provisoire, l'exécution des obligations réciproques étant suspendue.

Cette garantie est certainement la plus efficace de celles dont bénéficie le vendeur impayé; elle seule reste opposable nonobstant la faillite de l'acheteur (19) et permet au vendeur qui conserve la détention de la chose, de conserver également les autres garanties. Le vendeur pourra donc mettre fin à cette situation provisoire soit en demandant la résolution de la vente, soit en se prévalant du privilège qui garantit le paiement du prix, cela même après la faillite de l'acheteur.

7. Toutefois, pour qu'il puisse bénéficier de l'exception d'inexécution, il faudra que l'acheteur soit en défaut de payer une créance exigible. La vente doit donc avoir été conclue sans terme. L'article 1613 du Code civil permet cependant au vendeur qui a concédé un terme quant au paiement du prix, d'opposer l'exception d'inexécution si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en déconfiture. Il ne s'agit d'ailleurs pas véritablement d'une exception à l'exigence d'une créance de prix exigible puisque dans une telle hypothèse (faillite ou déconfiture du débiteur), il y a déchéance du terme en vertu de l'article 1188 du Code civil (20). Selon cette même disposition, le débiteur encoure également la déchéance du terme lorsque par son fait, il a diminué les sûretés données par le contrat à son créancier (21). Les parties peuvent en outre ajouter conventionnellement d'autres causes de déchéance du terme (22).

Par ailleurs, l'exception d'inexécution suppose surtout que le vendeur n'ait pas encore délivré le bien vendu, qu'il ait toujours la détention de cette chose. Pour des raisons commerciales, le vendeur est souvent contraint à renoncer à cette arme précieuse en livrant la chose avant le complet paiement du prix.

8. S'ils répondent à ces deux préalables (créance de prix exigible et pas encore de livraison) et pour autant qu'ils agissent de bonne foi (23), le vendeur du

(19) L'opposabilité aux tiers de l'exception d'inexécution en cas de faillite du débiteur de l'obligation inexécutée a été affirmée à plusieurs reprises par la Cour de cassation: Cass., 7 nov. 1935, *Pas.*, 1936, I, p. 38 et les concl. du Proc. gén. P. LECLERCQ; Cass., 22 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1230; Cass., 27 sept. 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 133 et Cass., 12 sept. 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 41.

(20) DE PAGE, *o.c.*, t. IV, 3^{ème} éd., p. 243, n° 213; LIMPENS, *o.c.*, p. 675, n° 1994.

(21) Nous reviendrons ultérieurement sur cette cause légale de déchéance du terme. Voir *infra*, n° 16.

(22) Cf. *infra*, n° 37.

(23) L'exigence de bonne foi dans l'invocation de l'exception d'inexécution suppose notamment le respect d'une certaine proportionnalité dans la suspension des obligations. Seul un manquement

fonds de commerce (24) et le vendeur de titres représentatifs du capital d'une société peuvent sans contester le droit de rétention en cas de non-paiement du prix par le cessionnaire et suspendre l'exécution de leur obligation de délivrance.

La délivrance des actions ou parts sociales, au porteur ou nominatives, s'effectue par la remise des titres. La cession du titre nominatif devra également faire l'objet d'une inscription sur le registre des actions nominatives de la société pour que ce transfert soit opposable aux tiers et en premier lieu à la société.

La délivrance du fonds de commerce se réalise lorsque le vendeur met le fonds de commerce à la disposition de l'acheteur de façon à ce que celui-ci puisse l'exploiter (25), cela en lui délivrant les éléments composants du fonds par le mode propre à leur nature respective: tradition réelle des objets corporels, remise des clefs pour la délivrance des locaux et de leur contenu, remise des titres représentant les éléments incorporels, remise des fichiers et autres documents concernant la clientèle, ... (26).

9. Le vendeur de meubles perd son droit de rétention dès l'instant où il se défait de la détention matérielle de la chose, quand bien même l'acheteur n'en aurait pas encore pris possession. L'article 568 de la loi sur les faillites permet cependant au vendeur de 'revendiquer' les marchandises qu'il aurait déjà expédiées à l'acheteur avant que celui-ci ne soit déclaré en faillite, à la condition que ces marchandises ne soient pas encore entrées dans les magasins de l'acheteur au jour du jugement déclaratif de la faillite (27).

→ grave du débiteur justifie le refus par le créancier d'exécuter son obligation (voir Cass., 10 déc. 1954, *Pas.*, 1955, I, p. 359; Cass., 8 déc. 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 382; Cass., 15 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1179). Cependant, il ne semble pas exclu que, face à une inexécution partielle légère, le créancier puisse suspendre une partie proportionnelle de son obligation, pour autant évidemment que celle-ci soit divisible. Voir à ce sujet les études de J.H. HERBOTS, 'L'exception d'inexécution et la mesure à garder dans le contrat de bail', sous Cass., 6 déc. 1986, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 563 et s., et de M.E. STORME, 'De exceptio non adimpleti contractus als uitlegdraag. Uitwerking van enkele aspecten in verhouding tussen partijen, meer bepaald evenredigheid en volgorde van de prestaties en bewijst', *R.W.*, 1989-1990, pp. 313 et s.

(24) J. VAN GINDERACHTER, *o.c.*, p. 173, n° 180; M. VERCRUYSSSE et E. LAUWERS, *o.c.*, p. 152, n° 148.

(25) L. FRÉDÉRICQ, *o.c.*, t. II, p. 67, n° 36.

(26) M. VERCRUYSSSE et E. LAUWERS, *o.c.*, p. 115, n° 104; C. GUILLEMYN, *o.c.*, pp. 77 et s.

(27) L'art. 568 C. comm. accorde au créancier ce que l'on appelle un droit de stoppage *in transitu*, droit d'arrêter les marchandises en cours de route. La jurisprudence a en outre reconnu au vendeur le droit de reprendre les marchandises entrées dans les magasins de l'acheteur après la déclaration de faillite. La jurisprudence refuse toutefois d'étendre l'art. 568 à d'autres hypo-

→

Quoique l'article 568 de la loi sur les faillites ne mentionne expressément que la vente de marchandises, les justifications généralement attribuées à cette disposition légale, à savoir d'une part, l'idée que la chose vendue n'avait pas encore rejoint le patrimoine apparent de l'acheteur et n'a donc pas augmenté son crédit auprès des tiers, et d'autre part, le principe de la cristallisation des droits des créanciers au jour de la faillite, autorisent son application à la vente d'autres biens meubles, même destinés à la vie privée du failli dans l'hypothèse où l'acheteur commerçant est une personne physique. Eu égard cependant à l'emploi des termes 'expédiés' et 'délivrés', les auteurs favorables à cette extension de l'article 568, limitent le champ d'application de cette disposition aux biens corporels (28).

Le vendeur du fonds de commerce (29) comme celui de titres nominatifs ne pourront donc se prévaloir du bénéfice de l'article 568 de la loi sur les faillites. Quant à la vente de titres au porteur, il s'agit certes de meubles corporels et théoriquement l'article 568 pourrait s'appliquer. On admettra toutefois que l'hypothèse est assez théorique; la remise des titres s'effectuant de la main à la main, on envisage mal un décalage de temps suffisant entre la délivrance par le vendeur et la prise de possession par l'acheteur pour qu'il y ait place entre-temps pour une déclaration de faillite de l'acheteur!

2. Le droit de 'revendication' (art. 20, 5°, al. 6, L. hypoth.)

10. Nous n'accorderons que peu d'attention à cette institution héritée du passé (30), d'une utilité telle que l'on a pu parler de 'désert jurisprudentiel' (31). Mal nommée, cette action s'apparente plutôt à une saisie; elle permet au vendeur de retrouver la détention de la chose, indépendamment de la propriété qui, sauf convention contraire, a été transférée à l'acheteur dès l'échange de consentement (art. 1138 C. civ.). Récupérant la détention matérielle de la chose vendue, le vendeur sera de nouveau en mesure d'opposer l'exception d'inexécution.

→ thèses de concours que la faillite, tel, par exemple, le concordat. Voir J. VAN COMPERNOLLE, 'Les sûretés réelles en droit belge', in *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles, Feduci, Paris, 1984, p. 110, n° 77; E. SCHREUDER, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1979, pp. 32 et s., n° 22 et s.; Cass., 18 nov. 1971, *R.C.J.B.*, 1973, pp. 5 et s. et la note de J. HEENEN, déjà citée, spéc. n° 19 et s.; P. COPPENS et F. t'KNNT, 'Les faillites, les concordats et les privilèges, Examen de jurisprudence (1979-1983) et (1984-1990)', *R.C.J.B.*, 1984, p. 534, n° 90 et *R.C.J.B.*, 1991, p. 524, n° 115 et 116.

(28) Voir PIRET, *o.c.*, p. 127, n° 59; E. SCHREUDER, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, p. 34, n° 22.

(29) L. FRÉDÉRICQ, *o.c.*, t. II, p. 65, n° 35.

(30) Concernant l'origine historique de l'action en revendication de l'art. 20, 5°, al. 6, L. hypoth.; voir DE PAGE, *o.c.*, t. IV, 3^{ème} éd., pp. 247 et s., n° 216 et 218.

(31) J. HEENEN, *o.c.*, in *R.C.J.B.*, 1973, p. 12, n° 6.

L'absence totale de jurisprudence concernant cette action s'explique par les conditions très strictes auxquelles est soumis son exercice. Non seulement il doit s'agir d'une vente sans terme et l'objet vendu doit être resté identifiable dans le patrimoine de l'acheteur (32), dans le même état qu'au jour de la livraison, mais surtout, la 'revendication' ne peut être poursuivie que dans les huit jours de la livraison et même dans ce très court laps de temps, cette action disparaît en cas de faillite de l'acheteur (art. 546 L. sur les faillites).

3. L'action en résolution (art. 1184 et 1654 à 1657 C. civ.)

11. Les articles 1654 et suivants du Code civil constituent, à une exception près (33), la reproduction du droit commun de la résolution judiciaire des contrats synallagmatiques (34). En cas de manquement grave de l'acheteur à ses obligations, le vendeur peut donc demander au juge de prononcer la résolution du contrat de vente. Le juge appréciera tant la légalité de cette demande, c'est-à-dire l'existence d'une inexécution imputable à l'acheteur, que l'opportunité de l'anéantissement des relations contractuelles (35). Les parties peuvent écarter ce pouvoir d'appréciation du juge quant à l'opportunité de la rupture par un pacte commissaire exprès. Nous y reviendrons dans la seconde partie de notre étude.

En cas de vente moyennant rente viagère, l'article 1978 du Code civil écarte le droit de résolution du vendeur pour non-paiement des arrérages. Cette disposition n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent prévoir une clause contraire (36).

La résolution prononcée par le juge anéantit le contrat de vente avec effet rétroactif et restitution par les parties de ce qu'elles auraient déjà perçu en exécution du contrat résolu. Le vendeur retrouve ainsi la propriété et la possession du bien vendu qui est censé n'avoir jamais quitté son patrimoine, tandis qu'il doit restituer à l'acheteur la partie du prix qui aurait éventuellement déjà été versée.

(32) Ce droit de revendication est dépourvu du droit de suite. Voir J. LIMPENS, 'Het recht van zaakgevolg bij verkoop van handelszaak', *T. not.*, 1940, pp. 140 et s., n° 24 à 27.

(33) La seule dérogation apportée au droit commun par l'art. 1655 C. civ. est d'ôter au juge le pouvoir d'accorder à l'acheteur un délai de paiement si l'acheteur est en danger de perdre la chose et le prix. Voir DE PAGE, *o.c.*, t. IV, 3^{ème} éd., p. 258, n° 227; LIMPENS, *o.c.*, pp. 692 et s., n° 2034.

(34) Outre les références citées *supra* à la note 17, voir, en ce qui concerne la résolution des contrats synallagmatiques: DE PAGE, *o.c.*, t. II, 3^{ème} éd., 1964, pp. 800 et s., n° 831 et s.

(35) Voir M. FONTAINE, 'La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive', sous Cass., 16 janv. 1986 et Mons, 21 juin 1983, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 12 et s.

(36) Voir J. LIMPENS, *o.c.*, pp. 699 et s., n° 2046 et s.

Le vendeur peut également réclamer des dommages-intérêts correspondant au montant du dommage subi du fait de l'inexécution de l'acheteur et qui ne serait pas réparé par la résolution du contrat et la restitution de l'objet de la vente (37).

12. La résolution de la vente du fonds de commerce entraîne la restitution du fonds dans l'état où il se trouve au jour de cette résolution. En effet, l'objet de la résolution tout comme celui de la vente est l'universalité que constitue le fonds et non les éléments qu'il contenait lors de la vente. Le vendeur pourrait toutefois réclamer des dommages-intérêts couvrant la perte de valeur économique du fonds de commerce depuis la conclusion du contrat, à la condition que cette diminution de valeur résulte non de circonstances économiques indépendantes de l'acheteur mais d'une mauvaise exploitation du fonds par ce dernier. Compte tenu de l'effet rétroactif de la résolution, l'acheteur est également tenu de restituer les bénéfices tirés de l'exploitation du fonds de commerce à l'époque où celui-ci était en sa possession (38).

De même, la résolution d'une cession d'actions ou de parts sociales oblige l'acheteur à la restitution des titres ainsi que de tous les dividendes et autres sommes d'argent qu'il aurait perçus de la société en tant qu'actionnaire entre la vente et la résolution.

13. La résolution du contrat de vente place le vendeur impayé dans une situation privilégiée par rapport aux créanciers de l'acheteur puisque, au lieu de servir au paiement proportionnel de tous les créanciers en concours, le bien vendu, qui figurait dans le patrimoine de l'acheteur, revient en pleine propriété au bénéficiaire exclusif du vendeur impayé qui a obtenu la résolution de la vente. Cette résolution serait dès lors une protection très efficace pour celui-ci si le législateur, soucieux de protéger les autres créanciers, n'en avait pas limité les effets vis-à-vis des tiers. L'article 20, 5°, alinéa 7, de la loi hypothécaire, qui lie le sort de l'action en résolution à celui de l'action en 'revendication' prévu à l'alinéa précédent, a pour effet de rendre cette résolution inopposable aux créanciers de l'acheteur dans pratiquement tous les cas de concours entre ces derniers et le vendeur impayé.

Le concours naît dès l'instant où un ou plusieurs créanciers ont déjà collectivement (faillite, concordat) ou individuellement (saisie) mis en œuvre leur droit sur l'objet vendu, appréhendé séparément ou avec d'autres biens, ou sur l'ensemble

(37) Le montant de ces dommages et intérêts pourrait être déterminé dans le contrat de vente, par une clause pénale. Cf. *infra* n° 24.

(38) Voir J. VAN GINDERACHTER, *o.c.*, p. 183, n° 191 et 192; M. VERCRUYSSSE et E. LAUWERS, *o.c.*, p. 155, n° 153 et pp. 103 et s., n° 88 et s.

du patrimoine du débiteur (39). Dès lors, le vendeur, quoiqu'il conserve à l'égard de l'acheteur le droit de demander la résolution de la vente, ne pourra plus faire valoir les effets de cette résolution à l'égard des autres créanciers de l'acheteur avec lesquels il vient en concours sur l'objet vendu, sauf l'hypothèse plus qu'exceptionnelle où il se trouverait dans les conditions draconiennes requises pour pouvoir intenter l'action revendicatoire de l'article 20, 5°, alinéa 6 (vente sans terme, moins de huit jours écoulés depuis la livraison); encore cette dernière possibilité disparaît-elle également en vertu de l'article 546 de la loi sur les faillites, lorsque l'acheteur est déclaré en faillite.

Rappelons toutefois que le vendeur qui a conservé la détention de la chose et est en mesure de soulever l'exception d'inexécution, peut, même en cas de faillite de l'acheteur, demander la résolution de la vente et en opposer les effets aux tiers.

Il est en outre unanimement admis que sont parfaitement opposables aux créanciers les effets d'une résolution prononcée après la naissance du concours, dès lors que l'action en résolution a été *intimée avant la survenance du concours*: le jugement prononçant la résolution rétroagit au jour d'introduction de la demande. La jurisprudence a déjà appliqué cette solution à maintes reprises, admettant notamment l'opposabilité au curateur de la faillite de l'acheteur d'une action en résolution introduite la veille du jugement déclaratif de la faillite (40).

14. L'article 20, 5°, alinéa 7, de la loi hypothécaire et l'article 546 de la loi sur les faillites ne limitent les effets de la résolution de la vente qu'à l'égard des créanciers de l'acheteur. Ces dispositions ne mentionnent pas les autres tiers concernés par ces effets, à savoir ceux qui, entre la vente et sa résolution, auraient acquis de l'acheteur des droits réels portant sur le bien mobilier vendu. Certes, dans bien des cas, l'article 2279 du Code civil offrira à ces sous-acquéreurs une protection suffisante; elle leur permettra de s'opposer avec succès à l'action en revendication intentée par le vendeur qui, ayant obtenu la résolution de la vente, retrouve un droit de propriété qu'il est censé n'avoir jamais perdu. Ces sous-acquéreurs ne pourront toutefois bénéficier de la protection possessoire que s'ils sont entrés en possession de bonne foi, avec juste titre, des droits réels portant sur un bien meuble corporel.

(39) Sur la notion de concours, voir not. M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992; F. T'KINT, *o.c.*, pp. 51 et s., n° 85; J. CAEYMAEX, *o.c.*, pp. 23 et s., n° 16 et s.; E. SCHREUDER, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1979, p. 29, n° 18.
(40) *Comm. Gand*, 28 janv. 1983, *R.W.*, 1982-1983, col. 2149. Voir la jurisprudence citée par P. COPPENS et F. T'KINT, 'Examen de jurisprudence', *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1984, p. 533, n° 89 et *R.C.J.B.*, 1991, p. 518, n° 111.

Dans nos deux hypothèses, la vente de titres ou la vente d'un fonds de commerce, seuls les sous-acquéreurs de titres au porteur, assimilés à des meubles corporels, et les sous-acquéreurs d'éléments corporels du fonds de commerce, éléments acquis *ut singuli*, trouveront dans cette disposition une protection contre la résolution de la vente initiale. En revanche, le vendeur du fonds de commerce et le vendeur de titres nominatifs qui auraient obtenu la résolution de la vente pourront revendiquer respectivement contre le sous-acquéreur du fonds de commerce (pour autant que ce fonds soit toujours identifiable) et contre le sous-acquéreur des titres nominatifs, puisque s'agissant de meubles incorporels, l'article 2279 du Code civil ne pourra être invoqué (41).

15. Comme nous l'avons vu, lorsque l'immeuble par nature dans lequel est exploité le fonds de commerce est vendu en même temps que celui-ci, le vendeur est protégé en ce qui concerne le paiement du prix de vente de l'immeuble, par les garanties reconnues par la loi au vendeur d'immeuble (42). Or, l'action en résolution de la vente pour non-paiement du prix du vendeur d'immeuble obéit à un régime juridique différent de celui de l'action en résolution du vendeur d'effets mobiliers. Les articles 20, 5°, de la loi hypothécaire et 546 de la loi sur les faillites lui sont inapplicables; la survenance du concours est donc sans effet sur son opposabilité aux tiers. En revanche, l'article 28 de la loi hypothécaire lie l'inopposabilité de cette action en résolution à l'extinction du privilège spécial sur l'immeuble vendu accordé au vendeur impayé par l'article 27, 1°, de la même loi (43).

4. Le privilège du vendeur d'effets mobiliers (art. 20, 5°, L. hypoth.)

16. L'article 20, 5°, de la loi hypothécaire reconnaît au vendeur non payé d'effets mobiliers un droit de préférence sur l'objet vendu, qu'il s'agisse d'un bien meuble corporel ou incorporel (44).

Dans l'hypothèse d'une cession de titres, le privilège porte donc sur les actions ou parts sociales cédées.

(41) L. FRÉDÉRICQ, *o.c.*, t. II, p. 25, n° 7; J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, t. I, 2^{ème} éd., p. 398, n° 436; M. VERCRUYSSSE et E. LAUWERS, *o.c.*, p. 28, n° 15, p. 156, n° 153 et p. 107, n° 94; C. GUILLEMYN, *o.c.*, p. 37; J. LAMPENS, *o.c.*, *T. not.*, 1940, pp. 142 et s., n° 28 à 34.

(42) *Cf. supra* n° 4.

(43) Voir DE PAGE, *o.c.*, t. VII, 2^{ème} éd., pp. 301 et s., n° 400 et s.

(44) L'article mentionne les effets mobiliers sans distinguer selon leur nature corporelle ou incorporelle et la doctrine est unanime pour reconnaître ce privilège au vendeur impayé d'un meuble incorporel. Voir DE PAGE, *o.c.*, t. IV, 3^{ème} éd., p. 248, n° 216; R. PIRET, *o.c.*, p. 69, n° 29; J. VAN GINDERACHTER, *o.c.*, p. 173, n° 181; M. VERCRUYSSSE et E. LAUWERS, *o.c.*, p. 158, n° 156.

En cas de vente d'un fonds de commerce, le privilège porte sur l'universalité que constitue le fonds et non pas sur les seuls éléments que contenait le fonds de commerce au jour de la vente. Le droit de préférence du vendeur s'exercera sur le fonds tel qu'il existe au jour où ce droit est mis en œuvre, avec tous les éléments nouveaux qui auraient été intégrés au fonds après la vente (45). En ce cas particulier, le privilège du vendeur a donc une assiette fluctuante, dont la valeur économique dépend par ailleurs fortement de l'activité du cessionnaire. Ce dernier, quoique propriétaire du fonds et donc libre de l'exploiter ou non et d'en disposer à son gré, pourrait pourtant se voir obligé de maintenir le fonds de commerce, s'il veut éviter d'être déchu du bénéfice du terme concédé quant au paiement du prix, en vertu de l'article 1188 du Code civil, pour cause d'une diminution par son fait de l'assiette du privilège du vendeur (46). Cette opinion est certes controversée: l'article 1188 du Code civil mentionne les 'sûretés données par le contrat', ce qui a été interprété comme restreignant cette cause de déchéance du terme à la diminution des sûretés conventionnelles (47). Il n'y a cependant aucune raison d'opérer une telle distinction entre les sûretés conventionnelles et les garanties légales; le créancier comptait probablement tout autant sur ces dernières lorsqu'il a accepté de concéder le terme (48).

17. La créance garantie par ce privilège couvre le prix de vente en principal et accessoires (les frais d'actes et autres accessoires de la vente visés à l'article 1593 du Code civil) ainsi que les intérêts convenus en contrepartie du terme octroyé quant au paiement du prix. En revanche, les intérêts de retard, qu'ils soient dus en vertu de l'article 1153 du Code civil ou en vertu d'une clause pénale, ne font pas partie du prix de vente et ne bénéficient pas du privilège (49).

(45) J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, t. I, 2^{ème} éd., p. 409, n° 451; J. VAN GINDERACHTER, *o.c.*, pp. 173 et s., n° 181 et s.; M. VERCRUYSSSE et E. LAUWERS, *o.c.*, p. 158 et s., n° 156.

(46) J. VAN GINDERACHTER, *o.c.*, p. 172, n° 178; J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, t. I, 2^{ème} éd., p. 409, n° 451; *contra*: M. VERCRUYSSSE et E. LAUWERS, *o.c.*, p. 143, n° 137 et p. 148, n° 145.

(47) Cette opinion a été émise par LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVII, pp. 214 et s., n° 202; elle a été assez généralement suivie par la jurisprudence (not. Comm. Bruxelles, 17 juil. 1948, *J.C.B.*, 1949, p. 200 et Comm. Bruxelles, 28 oct. 1949, *J.C.B.*, 1950, p. 278, ces deux décisions concernant la perte du privilège du cessionnaire du fonds de commerce en raison de la sous-alléation de celui-ci). Voir à ce sujet, E. VIEUJEAN, 'Le terme de droit suspensif', in *Les Nouvelles, Droit civil*, t. IV, vol. 2, n° 1182 et s.

(48) Voir E. VIEUJEAN, *o.c.*, spéc. n° 1193 et s.

(49) R. PIRET, *o.c.*, pp. 69 et s., n° 29; E. SCHREUDER, *o.c.*, in *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1979, pp. 48 et s., n° 36 et s.; F. t'KINT, *o.c.*, p. 283, n° 464; J. CAFYMAEX, *o.c.*, p. 199, n° 345.

18. Le privilège du vendeur d'effets mobiliers est toutefois une protection peu efficace pour son titulaire tant sont nombreuses et importantes les causes d'extinction affectant ce privilège spécial sur meuble.

1. Tout d'abord, la destruction de la chose vendue entraîne évidemment l'extinction du privilège dont il était l'assiette, sauf éventuellement la subrogation réelle prévue à l'article 10 de la loi hypothécaire: le droit de préférence du vendeur se reporte sur les indemnités auxquelles l'acheteur aurait droit en raison du sinistre à l'encontre d'une compagnie d'assurance ou d'un tiers responsable de cette perte.

2. Qu'il porte sur n'importe quel bien meuble corporel ou incorporel, le privilège spécial du vendeur impayé ne peut subsister si son assiette n'est plus identifiable dans le patrimoine de l'acheteur. Il disparaîtra par exemple si le fonds de commerce vendu est absorbé par celui dont l'acheteur était déjà propriétaire auparavant. Notons, en ce qui concerne les titres au porteur, que ceux-ci sont identifiés par le numéro d'ordre qui leur est attribué en vertu de l'article 41 des lois coordonnées sur les sociétés (50).

3. Comme il est généralement admis que les privilèges mobiliers ne sont pas munis du droit de suite (51), ce privilège disparaît en cas de sous-alléation du bien vendu; néanmoins, la jurisprudence admet que le droit de préférence du vendeur se reporte sur la créance de prix de vente qui resterait dû à l'acheteur (52).

Fondant sur l'article 2279 du Code civil ce principe de l'absence de droit de suite des privilèges mobiliers, M. J. VAN GINDERACHTER en restreint l'application au privilège sur meubles corporels et reconnaît donc un droit de suite au privilège du vendeur d'un fonds de commerce (53). Il s'agit toutefois d'une position isolée et critiquée: la protection possessoire du sous-acquéreur n'est pas

(50) Les titres au porteur ne peuvent donc être considérés comme des choses fongibles (J. VAN RYN et J. HEENEN, 'Examen de jurisprudence sur les titres négociables', *R.C.J.B.*, 1972, p. 395, n° 49).

(51) DE PAGE, *o.c.*, t. IV, 3^{ème} éd., p. 248, n° 216; t. VI, p. 725, n° 771; R. PIRET, *o.c.*, pp. 74 et s., n° 33; E. SCHREUDER, *o.c.*, in *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1979, p. 43, n° 30, 6° et p. 51, n° 41; J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.*, in *Les sûretés*, Feduct, 1984, p. 107, n° 70; F. t'KINT, *o.c.*, p. 110, n° 200 et 201. Voir aussi J.L. LEDOUX, 'Chronique de jurisprudence, Les sûretés réelles', *J.T.*, 1987, p. 309, n° 68.

(52) Voir E. DIRIX, 'Zakelijke subrogatie', *R.W.*, 1993-1994, p. 275.

(53) J. VAN GINDERACHTER, *o.c.*, pp. 174 et s., n° 182 et s.

la seule justification de cette absence du droit de suite, l'article 46 de la loi hypothécaire étant également invoqué (54).

Le vendeur qui a perdu son privilège du fait de la sous-alienation pourrait toutefois obtenir des dommages-intérêts sur base des articles 1382 et suivants du Code civil à la condition d'établir que, en achetant le bien en question, le sous-acquéreur a participé à la violation des obligations contractuelles du premier acheteur, parce qu'il savait ou aurait dû savoir que ledit bien était toujours grevé du privilège du vendeur (55).

4. Le privilège du vendeur d'effets mobiliers s'éteint en cas d'immobilisation par destination économique du bien vendu (art. 20, 5°, al. 2, L. hypoth.). (56).

Cette hypothèse d'extinction du privilège n'affectera toutefois pas le vendeur du fonds de commerce puisque, comme nous l'avons déjà dit (57), ce fonds de commerce, meuble incorporel, ne peut, en tant que tel, être immobilisé par destination économique, même si du fait de son exploitation dans un immeuble par nature appartenant à l'acheteur, les éléments corporels seront considérés comme des immeubles par destination économique.

(54) Voir J. LAMPENS, *o.c.*, in *T. not.*, 1940, pp. 130 et s., n° 3 à 23; M. VERCRUYSE et E. LAUWERS, *o.c.*, pp. 158 et s., n° 156. Sur un plan théorique, notons que pour certains auteurs, la justification de l'absence de droit de suite réside dans la notion même du privilège spécial sur meuble, considéré non pas comme un droit réel, mais comme une cause de préférence attachée à la créance (voir B. POPLAWSKI, *La notion de privilège*, Bordeaux, 1913; I. MOREAU-MARGRÈVE, 'Du conflit entre un bailleur et un créancier gagiste sur fonds de commerce', note sous Cass., 11 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, pp. 370 et s.).

(55) Il s'agit d'une application particulière de la théorie de la tierce complicité. Dans un arrêt du 15 fév. 1990 (*J.L.M.B.*, 1990, p. 1486), la cour d'appel de Liège rejette une telle action en responsabilité intentée contre un garagiste auquel il ne peut être reproché, lorsqu'on lui propose le rachat d'un camion ayant quatre ans, alors que la durée normale du financement de l'achat d'un tel véhicule neuf est de trois ou quatre ans, de ne pas avoir recherché si ce véhicule d'occasion était ou non grevé d'un privilège. En revanche, par un arrêt du 3 déc. 1992 (*D.A.O.R.*, 1993, n° 28, p. 99), la cour d'appel de Liège accueille une action semblable. Les faits étaient toutefois différents: le sous-acquéreur était un vendeur professionnel qui rachetait à son client un tracteur pour un prix supérieur à celui du nouveau tracteur qu'il lui vendait, opération jugée en elle-même suspecte, et, ayant eu en main la facture établie lors du premier achat, mentionnant, avec signature du greffier du tribunal de commerce de Dinant, le dépôt d'une copie de cette facture au greffe, ce professionnel avait négligé de vérifier si cette facture avait été intégralement payée. (56) Pendant une durée limitée de cinq années, le vendeur de biens d'équipement professionnel pourra toutefois conserver son privilège nonobstant l'immobilisation de ces biens, à condition que ce vendeur ait pris soin de déposer sa facture au greffe du tribunal de commerce du domicile de l'acheteur dans les 15 jours de la livraison (art. 20, 5°, al. 3 et 4, L. hypoth.).

(57) Cf. *supra* n° 4.

Quant aux titres sociaux, leur affectation à une exploitation se déroulant sur un immeuble par nature appartenant au même propriétaire est très difficilement concevable.

5. Enfin et surtout, l'article 546 de la loi sur les faillites fait perdre son privilège au vendeur de meubles en cas de faillite de l'acheteur, hypothèse de concours par excellence, sauf l'exception prévue, pour une durée limitée à cinq ans, en faveur du vendeur de biens d'équipement professionnel à la condition du dépôt de la facture, dans les 15 jours de la livraison, au greffe du tribunal de commerce du domicile de l'acheteur. Dès lors que le fonds de commerce est considéré comme un ensemble, il semble logique que le vendeur du fonds de commerce ne puisse bénéficier de l'exception prévue par l'alinéa 2, de l'article 546 en ce qui concerne les machines et outillages contenus dans le fonds (58).

19. L'article 546 de la loi sur les faillites est l'une des deux raisons pour lesquelles le privilège du vendeur du fonds de commerce est très peu efficace. Rares seront les hypothèses où une telle situation (acheteur d'un fonds de commerce étant en défaut de payer son créancier) se présentera sans que la faillite de l'acheteur ne soit finalement prononcée.

Le second motif de cette inefficacité résulte de la nature même de ce fonds de commerce, meuble incorporel, universalité de fait non appréhendée par la loi. Pas plus que le créancier gagiste sur fonds de commerce, le vendeur privilégié ne pourrait s'opposer à la saisie par les tiers créanciers d'éléments matériels séparés du fonds (59). Par ailleurs, aucune disposition légale ni dans le Code judiciaire, ni dans la loi du 25 octobre 1919 relative à la mise en gage du fonds de commerce, ne prévoit de saisie spécifique du fonds de commerce dans son ensemble, de sorte que la saisie de l'ensemble se révèle théoriquement impossible (60); il semble que dans la pratique, on recourt à certains accommodements (61).

(58) R. PRET, *o.c.*, p. 86, n° 40 et réf. cit.

(59) Civ. Bruxelles, 11 mai 1935, *Pas.*, 1935, III, p. 136; L. FRÉDÉRICQ, *o.c.*, t. II, pp. 28 et s., n° 8.

(60) L. FRÉDÉRICQ, *o.c.*, t. II, pp. 28 et s., n° 8; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Fac. Dr. Lg., 1988, pp. 76 et s., n° 43; M. VERCRUYSE et E. LAUWERS, *o.c.*, pp. 28 et s., n° 15. Selon MM. VAN RYN et HEENEN (*o.c.*, t. I, 2^{ème} éd., p. 398, n° 436, en note subp. 1), le privilège n'est efficace que dans le seul cas où le fonds a été revendu: si le sous-acquéreur n'a pas payé le prix, le vendeur originaire pourra pratiquer une saisie-arrêt sur la créance de prix (cf. *supra* n° 18, a: le droit de préférence se reporte sur le prix encore dû). Voir, en ce qui concerne les difficultés de réalisation du gage sur fonds de commerce, I. MOREAU-MARGRÈVE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1980, pp. 157 et s., n° 26 et s.

(61) Concernant la saisie du fonds de commerce, nous renvoyons à l'exposé de G. DE LEVAL.

À supposer toujours qu'une telle situation se présente sans entraîner la faillite de l'acheteur (auquel cas l'art. 546 de la loi sur les faillites règle le sort du privilège), le privilège du vendeur du fonds de commerce pourrait entrer en conflit avec les droits de préférence d'autres créanciers. Tel sera le cas par exemple si l'acheteur a mis en gage le fonds de commerce auprès d'un organisme de crédit en garantie d'un prêt. À notre avis, le conflit entre le vendeur et ce créancier gagiste se résoudrait au bénéfice de ce dernier par application de l'article 23 de la loi hypothécaire, sauf si au moment où il a accepté le gage sur fonds de commerce en garantie de sa créance, ce créancier savait que ce fonds était toujours grevé du privilège du vendeur impayé (62). En raison du peu d'intérêt pratique de la question, nous n'examinerons pas tous les autres conflits de rang qui pourraient théoriquement surgir entre le vendeur impayé et d'autres créanciers de l'acheteur sur certains éléments du fonds.

Enfin, le vendeur du fonds de commerce perdra tout espoir quant à l'utilité de son privilège s'il s'interroge sur la valeur économique que peut encore avoir le fonds de commerce à partir du moment où il est établi que l'acheteur n'en paye pas le prix. Il a déjà été remarqué que les organismes bancaires n'ont aucune illusion sur la valeur de réalisation du gage sur fonds de commerce, garantie qu'ils se font concéder principalement à des fins de publicité du crédit octroyé ou de contrôle de la gestion des affaires de leur client (63).

20. En vertu de l'article 546 de la loi sur les faillites, le privilège du vendeur d'actions ou parts sociales représentatives du capital d'une société disparaît en cas de faillite de l'acheteur de ces titres, c'est-à-dire du nouvel actionnaire. En revanche, la faillite de la société en question n'affectera pas l'existence du privilège, mais plutôt la valeur des actions dont il est l'assistée.

La saisie peut porter sur l'action proprement dite; il s'agira d'une saisie mobilière si les titres sont au porteur, et d'une saisie-arrêt pour les obligations nomi-

(62) C'est en effet l'art. 23 qui est appliqué par la jurisprudence pour résoudre le conflit entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et le vendeur de biens d'équipements privilégiés sur ces biens contenus dans le fonds de commerce. Cette hypothèse de concours est la plus courante puisque le vendeur de biens d'équipement professionnel est le seul vendeur de meubles qui peut conserver son privilège nonobstant la faillite de l'acheteur par le dépôt de la facture au greffe du tribunal de commerce. La jurisprudence semble considérer l'accomplissement de cette formalité comme un avertissement suffisant pour que le créancier perde la priorité que lui accorde l'art. 23 L. hypoth. Voir Cass., 29 mai 1964, *R.W.*, 1965-1966, col. 197, obs. C. CAENEFFEL; Cass., 10 nov. 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 343; *J.T.*, 1968, p. 61, note J. KIRKPATRICK; Cass., 28 sept. 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 103 et concl. préc. de l'Av. gén. E. KRINGS; Cass., 7 mai 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 1034.

(63) I. MOREAU-MARGRÈVE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1980, p. 171, n° 37; I. MOREAU-MARGRÈVE, *o.c.*, *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 149 et s.

natives. Le caractère fermé d'une société, dont la cessibilité des titres est restreinte par convention, ne peut rendre ces titres insaisissables mais peut conduire, en cas de saisie de tels titres et de refus d'agrément de l'adjudicataire par les coassociés, à la dissolution de la société (64). Au demeurant dans certains cas, la difficulté sera de trouver un acquéreur potentiel pour ces actions (65).

Plutôt que sur l'action elle-même, le vendeur pourrait exercer une saisie-arrêt sur les dividendes dont la distribution aux actionnaires a été décidée par la société ou sur la part à laquelle les titres donnent droit dans l'avoir social à la dissolution de la société.

Si l'acquéreur des actions ou parts sociales a donné ceux-ci en gage à un autre créancier, en garantie d'un prêt bancaire par exemple, le privilège du vendeur des titres viendra en conflit avec le droit réel du créancier gagiste. À nouveau, l'article 23 de la loi hypothécaire aboutirait à donner la préférence au créancier gagiste sauf si ce dernier savait que le prix d'acquisition des titres offerts en gage était encore dû. En cas de cession à titre fiduciaire des actions ou parts sociales, le vendeur originaire des titres perd son privilège mobilier puisque il est admis que celui-ci est dépourvu du droit de suite (66).

21. Revenons enfin une troisième fois à l'hypothèse de la cession d'un fonds de commerce comprenant un immeuble par nature (67). Le prix de vente de cet immeuble est garanti par le privilège spécial immobilier de l'article 27, 1°, de la loi hypothécaire, ce privilège obéissant à un régime juridique très différent de celui du privilège du vendeur d'effets mobiliers. En effet, parmi les causes de déchéance citées précédemment (68), les deux plus importantes, à savoir la sous-alienation du bien vendu et la faillite de l'acheteur, n'affectent pas le droit de préférence du vendeur sur l'immeuble vendu.

En revanche, ce privilège est soumis au respect d'une publicité instrumentaire pour son opposabilité aux tiers. Cette publicité est réalisée par la transcription de l'acte authentique de vente des termes duquel il résulte que le prix de vente n'a pas encore été intégralement payé. Cette transcription assure donc en même temps l'opposabilité du transfert de propriété et celle du privilège du vendeur en vertu des articles 30 à 34 de la loi hypothécaire. L'article 35 de cette loi oblige cependant le conservateur des hypothèques qui reçoit un tel acte à fin de trans-

(64) G. DE LEVAL, *o.c.*, pp. 88 et s., n° 50.

(65) Concernant la saisie des titres de société, nous renvoyons à l'exposé de G. DE LEVAL.

(66) Cf. *supra* n° 18, c.

(67) Cf. *supra* n° 4 et 15.

(68) Cf. *supra* n° 18.

cription à inscrire d'office le privilège dans le registre des inscriptions. Une clause formelle de l'acte de vente qui dispenserait le conservateur de prendre cette inscription aura pour effet de déchoir le vendeur de son privilège (art. 36, L. hypoth.). Il ne resterait à celui-ci qu'une hypothèque légale prenant rang à la date de son inscription (69). Rappelons en outre que la perte de ce privilège, quelle qu'en soit la cause, entraîne, en vertu des articles 28 et 36 de la loi hypothécaire, l'inopposabilité aux tiers (70) de l'action en résolution du contrat de vente pour non-paiement du prix.

B. LES GARANTIES CONVENTIONNELLES

22. Quels sont les mécanismes juridiques auxquels le vendeur pourrait songer afin de s'assurer de meilleures chances d'obtenir le paiement du prix ou au pire de limiter l'étendue de son dommage?

1. La clause résolutoire expresse

23. Une clause résolutoire expresse ou pacte commissaire exprès, inséré dans un contrat de vente permet au vendeur, si l'acheteur ne paye pas le prix de vente à l'échéance et après mise en demeure (sauf si la clause l'en dispense), de déclarer d'office la résolution de la vente, sans agir préalablement en justice. Cette clause présente l'avantage d'ôter au juge son pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de la rupture; saisi *a posteriori* par l'acheteur qui contesterait l'application de cette clause, le juge ne peut que vérifier si une inexécution fautive, imputable à l'acheteur, fondaient la déclaration de résolution du contrat.

La jurisprudence soumet cette résolution conventionnelle au même régime juridique que la résolution judiciaire (71). En vertu des articles 20, 5°, alinéas

(69) Voir DE PAGE, *o.c.*, t. VII, 2^{ème} éd., pp. 288 et s., n° 381 et s.; F. t'KINT, *o.c.*, pp. 340 et s., n° 688 et s.

(70) Au contraire de l'art. 36, l'art. 28, L. hypoth. énumère les tiers auxquels l'action en résolution est rendue inopposable à la suite de la déchéance du privilège de vendeur d'immeuble: il s'agit des tiers titulaires d'un droit réel sur l'immeuble, des sous-acquéreurs et des créanciers hypothécaires. Voir DE PAGE, *o.c.*, t. VII, 2^{ème} éd., 1957, n° 406.

(71) Il faut noter que cette solution n'a pas été retenue en matière de vente immobilière. En effet, l'art. 28 de la loi hypothécaire qui, comme nous venons de le voir (*cf. supra* n° 15 et 21), lie l'opposabilité de l'action en résolution au sort du privilège spécial sur l'immeuble vendu, est interprété restrictivement par de rares et anciennes décisions, approuvées par une partie de la doctrine (Bruxelles, 2 déc. 1868, *Pas.*, 1869, II, p. 257; Bruxelles, 9 mai 1901, *Pas.*, 1902, II, p. 7; LAURENT, *o.c.*, t. XXX, pp. 121 et s., n° 132 à 134; MARTOU, *Des privilèges et hypothèques*, t. II, p. 236, n° 617; LEPINOS, *Traité théorique et pratique de la transcription des privilèges* →

6 et 7, de la loi hypothécaire et 546 de la loi sur les faillites, en cas de concours sur le bien vendu, cette clause résolutoire sera donc inopposable aux autres créanciers de l'acheteur (72). À leur égard, le vendeur ne pourra se prévaloir des effets de cette clause que dans trois hypothèses:

- lorsque le vendeur a conservé la détention de la chose vendue et peut opposer le droit de rétention;

- lorsque le vendeur se trouve dans les conditions pour intenter l'action en 'revendication' de l'article 20, 5°, alinéa 6, de la loi hypothécaire (*cf. supra* n° 10: vente sans terme, livraison effectuée moins de huit jours auparavant, hypothèse de concours autre que la faillite de l'acheteur...);

- lorsque la clause résolutoire expresse a été invoquée avant la survenance de l'hypothèse de concours. La volonté du vendeur de faire jouer la clause résolutoire doit avoir été clairement exprimée, selon la forme indiquée par cette clause (73) (74).

→

ges et hypothèques, t. III, p. 234, n° 1211). Selon DE PAGE (*o.c.*, t. IV, pp. 264 et s., n° 234), refuser d'étendre l'application de l'article 28 de la loi hypothécaire à la clause résolutoire expresse semble toutefois contraire à l'esprit de la loi. D'autres auteurs voient là 'une lacune grave qui justifierait une intervention législative' (A. GENIN, *Traité des hypothèques et de la transcription*, Rép. not., t. X, Liv. I, n° 400 et s., remis à jour au 1^{er} juin 1987, par A. GENIN, G. DE LEVAL, R. PONCELET et M. RENARD-DECLAIREFAYT). On peut aussi se demander si l'interprétation donnée à l'art. 20, 5°, de la loi hypothécaire pourrait être transposée en matière de vente d'immeubles aux articles 28 et 36 de la loi hypothécaire, dans la mesure où ces dernières dispositions sont également destinées à assurer la protection des tiers; il faut toutefois remarquer que, en matière immobilière, les tiers intéressés et protégés par la loi hypothécaire peuvent avoir connaissance de la clause résolutoire expresse puisque celle-ci figure dans le contrat de vente qui a dû faire l'objet d'une transcription.

(72) Cass., 21 mars 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 139; Cass., 23 mai 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 204, et les concl. préc. du Proc. gén. L. CORNIL; *J.T.*, 1946, p. 418, note R. PIRET; Cass., 27 mars 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 475; Cass., 31 mai 1956, *R.C.J.B.*, 1956, pp. 241 et s., note de A. KLUYSKENS, 'Effets vis-à-vis des autres créanciers de la clause prévoyant la résolution de plein droit de la vente en cas de non-paiement du prix'. Voir P. COPPENS et F. t'KINT, 'La clause résolutoire et la clause de réserve de propriété dans le contrat de vente', *R.R.D.*, 1979, pp. 887 et s.

(73) Voir la jurisprudence citée par P. COPPENS et F. t'KINT, 'Examen de jurisprudence' précité, *in R.C.J.B.*, 1991, pp. 518, n° 111. Dans un arrêt du 22 sept. 1994, la Cour de cassation a jugé que la manifestation par le vendeur de son intention de se prévaloir d'une clause de réserve de propriété constitue un acte juridique unilatéral réceptif, n'ayant donc aucun effet tant qu'il n'a pas été reçu par l'acheteur (Cass., 22 sept. 1994, *J.L.M.B.*, 1995, 124, obs. J. CAEYMEX). Ce raisonnement doit logiquement être transposé à la clause de résolution unilatérale.

(74) Selon M. GRÉGOIRE, la clause qui prévoit la résolution de plein droit de la vente en cas de faillite de l'acheteur devrait produire ses effets et être opposable au curateur de la faillite (M. GRÉGOIRE, *o.c.*, p. 243, n° 351). Il faut noter qu'une telle clause a été interprétée par un arrêt de →

Ce dernier point montre tout l'intérêt, outre celui d'écarter le pouvoir d'appréciation du juge, que présente pour le vendeur l'insertion d'un pacte commissaire exprès en cas de non-paiement du prix de vente: les chances de rendre cette résolution opposable aux tiers en l'ayant invoquée avant la naissance du concours seront plus grandes puisqu'il suffit au vendeur de manifester sa volonté de résoudre le contrat, ce qui est plus rapide que d'introduire une action en justice.

24. Comme nous l'avons déjà vu (75), cette résolution du contrat de vente n'exclut pas que des dommages-intérêts soient dus par l'acheteur en réparation d'un dommage subsistant malgré la restitution de la chose vendue. Les parties pourraient accompagner la clause résolutoire exprès d'une clause pénale fixant forfaitairement le montant de cette indemnisation. Une telle clause ne sera valable qu'à la condition de déterminer un forfait correspondant au montant du dommage prévisible lors de l'accord sur la clause. En effet, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la clause pénale visée aux articles 1152 et 1226 à 1233 du Code civil doit avoir un caractère purement indemnitaire, c'est-à-dire que le montant fixé doit correspondre à celui du dommage que les parties pouvaient prévoir être la conséquence de l'inexécution du débiteur (76). En revanche, cette clause est annulable sur base de l'article 6 du Code civil lorsque, d'un montant supérieur à celui du dommage prévisible, elle constitue non pas une indemnité forfaitaire, mais une menace de sanction destinée à inciter le débiteur à s'exécuter (77).

→ la cour d'appel de Liège comme une condition résolutoire; voir Liège, 24 sept. 1986, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1988, pp. 168 et s., note de M.-Cl. ERNOTTE, 'Nature de la clause résolutoire exprès en cas de faillite: condition résolutoire ou pacte commissaire exprès'; l'annotateur critique à juste titre cette décision.

(75) Cf. *supra* n° 11.

(76) Pour apprécier la licéité de la clause pénale, le juge ne peut pas tenir compte du dommage effectivement subi par le créancier à la suite de l'inexécution du débiteur; le dommage à prendre en considération est celui que les parties pouvaient prévoir au moment où la clause pénale a été insérée dans le contrat.

(77) Voir I. MOREAU-MARGRÈVE, 'Une institution en crise: la clause pénale', note sous Cass., 17 avr. 1970, *R.C.J.B.*, 1972, pp. 459 et s.; I. MOREAU-MARGRÈVE, 'Encore la clause pénale: nouvelle phase d'une crise', note sous Cass., 24 nov. 1972, *R.C.J.B.*, 1973, pp. 307 et s.; J. VAN RYN, 'Nature et fonction de la clause pénale selon le Code civil', *J.T.*, 1980, pp. 557 et s.; Cass., 28 nov. 1991, *Bull. et Pas.*, 1992, I, p. 240, n° 167; selon cette jurisprudence, la clause pénale ne peut être que soit appliquée soit annulée si elle est jugée illicite; toutefois, comme bien d'autres principes juridiques, celui de l'irréductibilité de la clause pénale s'incline devant les derniers développements de la notion de bonne foi; la Cour de cassation a en effet admis, dans une décision du 18 févr. 1988 (*Bull. et Pas.*, 1988, I, p. 728, n° 375), la réduction de la clause pénale par application de la théorie de l'abus de droit (voir E. WYMEERSCH, 'Strafbedingen o.m. inzake enkele kredietovereenkomsten', in *Libera amicorum E. Krings*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, p. 927, n° 9). En ce sens également: Mons, 21 mars 1990, *R.D.C.*, 1990, p. 274; un arrêt

→

En ce qui concerne la vente du fonds de commerce, le dommage prévisible pourrait être la diminution de valeur du fonds consécutive à une mauvaise exploitation par l'acheteur. Pour l'évaluation de l'étendue de ce dommage, les parties pourraient notamment prendre en compte le goodwill, c'est-à-dire la différence entre le prix d'acquisition du fonds convenu par les parties et la somme des valeurs des actifs composant ce fonds. L'utilisation de ce critère pour évaluer une diminution possible de la valeur des titres cédés est également concevable lorsque la cession porte sur un nombre de titres suffisant pour conférer à l'acheteur le pouvoir de contrôle de la société.

Cette clause pénale pourrait être combinée avec le versement d'un acompte: le montant du dommage prévisible ainsi évalué serait versé lors de la conclusion du contrat, et une clause pénale prévoirait, en cas de résolution de la vente, la conservation de cet acompte par le vendeur à titre des dommages-intérêts dus sur base de l'article 1184 du Code civil.

2. La clause de réserve de propriété

25. L'article 1138 du Code civil n'étant pas, en principe, d'ordre public, les parties au contrat de vente peuvent convenir de reporter le transfert de propriété de l'objet vendu jusqu'au complet paiement du prix (78). Cette clause de réserve de propriété, parfaitement valable entre parties, est une manifestation des tentatives d'utilisation du droit de propriété à fin de garantie (79).

Toutefois cette sûreté issue de la pratique ne se révèle pas plus efficace que la clause résolutoire exprès puisque la jurisprudence lui applique le même régime juridique en ce qui concerne son opposabilité aux tiers. Les articles 20, 5°, alinéas 6 et 7, de la loi hypothécaire et 546 de la loi sur les faillites, afin de protéger les tiers, restreignent les effets de la résolution à leur égard; les parties ne peuvent donc en contourner le prescrit par un mécanisme qui reviendrait au

→

plus récent de la Cour de cassation a été interprété par un annotateur comme marquant à cet égard un retrait dans l'avancée de la bonne foi (Cass., 21 févr. 1992, *J.L.M.B.*, 1992, pp. 1458 et s., note de Matthias E. STORME); il semble toutefois que la Cour de cassation reproche seulement à la décision attaquée de ne pas avoir confronté à des faits concrets le principe de l'exécution de bonne foi dont elle fait usage afin de réduire le montant de la clause pénale.

(78) Le vendeur qui retiendrait ainsi la propriété du bien, supporterait également les risques de perte de la chose par cas fortuit, sauf aux parties à joindre à la clause de réserve de propriété une clause de transfert immédiat des risques à l'acheteur.

(79) Voir, à ce sujet: I. MOREAU-MARGRÈVE, *o.c.*, in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 179 et s.; P. VAN OMMESSLAGHE, 'Les sûretés nouvelles issues de la pratique - Développements récents', in *Le droit des sûretés*, Liège, Éd. Jeune Barreau, 1992, pp. 381 et s., n° 5.

même résultat que celui proscrit par ces dispositions (80). En conséquence, hormis les trois hypothèses déjà citées ci-dessus (cf. *supra* n° 23), la clause de réserve de propriété sera inopposable aux créanciers de l'acheteur en cas de concours sur le bien vendu entre ces derniers et le vendeur impayé (81). Cette clause appelle donc la même observation quant à son utilité que la clause résolutoire expresse (cf. *supra* n° 24).

3. L'utilisation d'actes juridiques autres que la vente pure et simple

a) La location-vente ou la location-financement du fonds de commerce?

26. Pour pallier cette inefficacité de la vente avec réserve de propriété relativement à la protection du vendeur impayé en cas de concours, la pratique a créé une nouvelle opération juridique constituée par la juxtaposition de deux contrats: la location-vente. Le bien visé est successivement loué, puis, si le locataire lève l'option à l'expiration du bail, acheté à un prix déterminé à l'avance. Le bailleur reste ainsi propriétaire du bien pendant toute la durée du bail pendant laquelle ce bien est utilisé par le locataire.

La jurisprudence a toutefois rapidement jugé que, sous cette apparence d'une location assortie d'une promesse unilatérale de vente, se cachait en réalité une vente à paiement échelonné avec réserve de propriété jusqu'au complet paiement du prix. Les juges concluent à la simulation notamment lorsque l'opération présente les caractéristiques suivantes: l'équivalence du total des loyers avec le prix de vente du bien loué-acheté et le caractère quasi-automatique de la transformation du bail en vente lorsque, par exemple, le prix de l'option d'achat est d'un montant si dérisoire que le locataire n'a aucun intérêt à ne pas lever l'option (82).

L'opération est cependant parfaitement valable et opposable aux tiers si les parties concluent, sans simulation, un contrat de location assorti d'une réelle

(80) Cass., 9 févr. 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 103 et les concl. préc. du proc. gén. P. LEBLERCOQ; P. COPPENS et F. t'KINT, *o.c.*, R.R.D., 1979, pp. 893 et s.

(81) Voir la jurisprudence citée par P. COPPENS et F. t'KINT, 'Examen de jurisprudence', précité, in R.C.J.B., 1984, pp. 535 et s., n° 92 et R.C.J.B., 1991, pp. 521 et s., n° 112. La clause de réserve de propriété sera opposable aux créanciers de l'acheteur si le vendeur a manifesté sa volonté de faire jouer cette clause et si l'expression de cette volonté est parvenue à l'acheteur avant la survenance du concours (Cass., 22 sept. 1994, *J.L.M.B.*, 1995, 124, obs. J. CAEYMBEX, cité *supra* à la note 73).

(82) F. t'KINT, *o.c.*, p. 255, n° 496; M. VERCRUYSE et E. LAUWERS, *o.c.*, p. 162, n° 164. Voir la jurisprudence citée par P. COPPENS et F. t'KINT, 'Examen de jurisprudence' précité, R.C.J.B., 1974, p. 428, n° 59; R.C.J.B., 1979, p. 396, n° 65; R.C.J.B., 1984, p. 535, n° 91 et R.C.J.B., 1991, p. 522, n° 113.

option d'achat à l'expiration du bail. Cet acte sera jugé sincère lorsque le montant des loyers correspond à la valeur de jouissance du bien, lorsque l'option d'achat n'est pas symbolique, l'acheteur pouvant avoir un intérêt à ne pas l'exercer, et que le prix d'achat convenu par les parties correspond à la valeur résiduelle présumée du bien à l'expiration du bail.

Par ailleurs, la pratique a vu l'apparition d'un nouveau mécanisme juridique: la location-financement. Celui-ci suppose une relation triangulaire, un organisme de financement intervenant entre la personne qui désire acquérir un bien d'équipement pour l'affecter à son activité professionnelle et le fournisseur de ce bien. L'établissement financier va acheter à ce fournisseur le bien désigné par son client afin de le donner en location à ce dernier, avec possibilité d'acheter le bien loué à l'expiration du bail. En cas de faillite du locataire, l'entreprise de leasing, propriétaire du bien loué, est en droit de revendiquer ce bien contre le curateur de la faillite, mais 'si le juge aboutit à la conclusion que le contrat de location, support de l'opération de leasing, dissimule en réalité une vente à tempérament avec réserve de propriété, il devra déclarer cette réserve de propriété inopposable aux créanciers de l'utilisateur et la revendication non fondée' (83).

Par un arrêté royal n° 55 du 10 novembre 1967, le législateur est intervenu afin, non pas de réglementer le contenu de ce contrat de leasing entre les parties, ni ses effets à l'égard des tiers, mais de fixer les conditions d'agrégation des entreprises pratiquant la location-financement. Cependant, comme le relève un arrêt de la cour d'appel de Mons du 27 mai 1992, 'ces dispositions donnent indirectement un aperçu des caractéristiques particulières de la location-financement, auquel il n'est pas interdit de se référer pour apprécier si tel contrat répond globalement à la spécificité reconnue au leasing mobilier' (84).

Parmi les caractéristiques du leasing citées par l'article premier de cet arrêté royal n° 55, il faut remarquer notamment que la durée de la location doit correspondre à la durée présumée d'utilisation économique du bien, que le prix de la location doit être fixé de manière à amortir la valeur du bien loué sur la période d'utilisation déterminée par le contrat, et enfin que le contrat doit réserver au locataire la faculté d'acquérir le bien loué, à l'expiration du bail, moyennant un

(83) L. SIMONT, 'Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent', in *Les Sûretés*, Feduci, 1984, p. 286; voir aussi A.M. STRANART, *o.c.*, pp. 121 et s., n° 86 et 87.

(84) Mons, 27 mai 1992, R.D.C., 1993, pp. 261 et s.; voir à ce sujet: L. SIMONT, *o.c.*, in *Les sûretés*, Feduci, 1984, pp. 285 et s.; A. VERHEYDEN, 'Le leasing: une institution aux contours et au régime toujours incertains', *J.T.*, 1993, pp. 325 et s., n° 2.

prix, fixé dans le contrat, qui doit correspondre à la valeur résiduelle du bien (85).

27. Le fonds de commerce pourrait-il faire l'objet d'une location avec option d'achat (non simulée) ou d'une location-financement? Cela paraît difficilement concevable (86). En effet, ces formules présentent un intérêt économique pour le locataire lorsqu'elles portent sur des biens dont la valeur économique décroît en même temps que le bien s'use ou perd son utilité en raison des progrès techniques. Tel n'est pas le cas du fonds de commerce dont, en principe, la valeur est conservée, si non augmentée, par son exploitation. Si le fonds de commerce devait être l'objet d'une location avec option d'achat, le prix fixé pour l'exercice de l'option, qui doit correspondre à la valeur résiduelle présumée du bien à l'échéance du bail, ne pourrait être inférieur à la valeur d'achat lors de la conclusion du contrat, nonobstant le paiement des loyers.

b) La vente à réméré des titres de société

28. L'utilisation du mécanisme de la vente à réméré est apparemment fréquente dans le cadre de la cession de titres (87). Par ce contrat, le vendeur se réserve le droit de reprendre, dans un délai déterminé, la chose vendue, moyennant restitution à l'acheteur du prix de vente et de certains accessoires (art. 1659, C. civ.). La vente est conclue sous une condition résolutoire potestative ou même purement potestative (88): la vente sera anéantie avec effet rétroactif si, dans le délai prévu qui ne peut excéder cinq ans (art. 1660, C. civ.), le vendeur déclare vouloir reprendre la chose. La condition résolutoire est réalisée et produit cet effet dès que la décision du vendeur est acquise et manifestée à l'acheteur. La propriété du bien retourne dès lors dans le patrimoine du vendeur et est censée ne l'avoir jamais quitté. Cette résolution est opposable aux tiers; ceux-ci ne seront protégés que dans la mesure où ils peuvent bénéficier de l'article 2279 du Code civil (89).

(85) Sur l'utilisation de ces critères pour qualifier le contrat de location-financement, voir not. Cass., 17 juin 1993, *J.T.*, 1993, p. 732.

(86) Pourrait certains le convoient fort bien. Voir J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 15 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 191, obs. Th. DE RIDDER et M. VANDERMEERSCH (la note traite d'un problème de compétence *ratione materiae*).

(87) L. WERT, 'La cession d'actions - Aspects de droit des obligations', in *La cession d'une P.M.E.*, Louvain, 1982, p. 124, n° 12.

(88) La nullité de la condition purement potestative n'est prévue par l'art. 1174 C. civ. que pour la condition suspensive. DE PAGE, *o.c.*, t. IV, 3^{ème} éd., p. 327, n° 312, 5°.

(89) Sur la vente à réméré, voir DE PAGE, *o.c.*, t. IV, 3^{ème} éd., pp. 322 et s., n° 311 et s.; J. LAM-PENS, *o.c.*, pp. 742 et s., n° 2136 et s.

Cependant, s'il apparaît que la volonté réelle des parties est de limiter la faculté de rachat du vendeur à la seule hypothèse où l'acheteur n'a pas payé le prix convenu à l'échéance, cette vente à réméré est simulée et cache en réalité un contrat de vente avec pacte commissoire exprès en cas de non-paiement du prix. Les tiers lésés pourraient donc, par une action en déclaration de simulation, faire apparaître l'acte secret et lui appliquer le régime qui est le sien et particulièrement les articles 20, 5° de la loi hypothécaire et 546 de la loi sur les faillites. Un indice sérieux de l'existence d'une simulation pourrait être, par exemple, l'identité de durée du délai de paiement et du délai dans lequel le vendeur peut exercer le réméré. Une vente à réméré sincère, non simulée, suppose que les parties acceptent toutes les conséquences juridiques de leur acte et donc reconnaissent le droit du vendeur de manifester sa volonté d'exercer le réméré indépendamment d'une éventuelle inexécution de l'acheteur.

4. Octroi au vendeur d'une garantie conventionnelle au sens strict

29. Nous entendons par garantie au sens strict toutes les sûretés conventionnelles, réelles ou personnelles, régies par la loi ou inventées par la pratique, qui ont toutes pour fonction de donner une garantie au créancier (hypothèque, nantissement, cautionnement, lettre de patronage...), par opposition aux mécanismes juridiques qui n'ont pas été créés dans ce but même s'ils peuvent avoir cet effet (exception d'inexécution, résolution, réserve de propriété, compensation...).

Nous nous contenterons ici de quelques observations propres à nos deux hypothèses (vente du fonds de commerce et cession d'actions), sans envisager systématiquement le régime de chacune des garanties que les parties pourraient prévoir.

a) En cas de vente d'un fonds de commerce

30. L'acheteur peut accorder une sûreté réelle, conférant à son créancier un droit de préférence sur un ou plusieurs biens de son patrimoine: droit d'hypothèque, droit de gage. En ce qui concerne cette dernière garantie, remarquons que, pour qu'elle convienne aux deux parties, il faudra d'une part, qu'il s'agisse de biens d'une certaine valeur et d'autre part, que la dépossession de ces biens ne soit pas nuisible à l'acheteur notamment dans l'exploitation de son commerce. Le recours au gage sur fonds de commerce pour garantir la créance de prix du vendeur est exclu puisque cette sûreté ne peut être concédée qu'à un organisme de crédit (art. 7 L. du 25 oct. 1919, modifiée par l'A.R. n° 282 du 30 mars 1936, relative à la mise en gage du fonds de commerce) (90). Dans l'hypothèse où le bien que l'acheteur propose d'affecter à la garantie de sa dette est une créance, les parties

(90) M. VERCRUYSE et E. LAUWERS, *o.c.*, p. 157, n° 155.

préféreront sans doute le mécanisme de la cession fiduciaire qui présente des avantages par rapport à la mise en gage (91). Le vendeur veillera à notifier la cession au débiteur-cédé afin de la lui rendre opposable (92), sans oublier éventuellement le respect du formalisme de l'article 5 de la loi hypothécaire, nécessaire pour assurer l'opposabilité aux tiers de la cession d'une créance garantie par une hypothèque ou un privilège immobilier.

31. Le vendeur recourra plus fréquemment à l'engagement personnel d'une tierce personne à titre de caution, de caution solidaire, de codébiteur solidaire ou de garant à première demande. Il est conseillé aux parties d'éviter toute ambiguïté quant à la nature de l'engagement choisi, le régime juridique de ces sûretés personnelles présentant d'importantes différences. Dans le doute, le juge interprétera la convention en faveur du tiers garant, et appliquera à cet engagement

(91) À condition que l'objet de cette cession soit déterminable, la cession d'une créance future est parfaitement valable, contrairement à sa mise en gage puisque le gage est un contrat réel, dont la validité suppose la remise du titre. Par ailleurs, la réalisation de la sûreté que constitue la cession fiduciaire en cas de non-paiement ne se heurte pas à l'obstacle que constitue pour la réalisation du gage l'interdiction de la clause de voie parée et de la clause commissaire. Concernant la cession de créance à titre fiduciaire, voir: L. SIMONT, 'De overdracht van vordering tot zekerheid', in *Liberal amicorum F. DUMON*, t. I, p. 259; P.H. DELVAUX, 'La mobilisation des créances à titre de garantie', in *Transmission des obligations*, Travaux des IX^{èmes} Journées d'étude juridique Jean DABIN, Bruxelles, Bruylant, 1980, pp. 517 et s.; I. MOREAU-MARGRÈVE, *o.c.*, in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 183 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, 'Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté', in *Les Sûretés*, Feduci, 1984, pp. 390 et s.; P.A. FORNIERS, 'Les opérations fiduciaires en droit belge', in *Les opérations fiduciaires*, Éd. Feduci, 1985, pp. 275 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, 'Les sûretés nouvelles issues de la pratique - Développement récents', in *Le droit des sûretés*, Liège, Éd. Jeune Barreau, 1992, pp. 382 et s., n° 6; F. KINT, *o.c.*, pp. 158 et s., n° 299 et s.; A.M. STRANART, *o.c.*, pp. 129 et s., n° 93 et s.

(92) Art. 1690, al. 2, du C. civ., modifié par la L. du 6 juill. 1994, modifiant la L. du 17 juin 1991, portant organisation du secteur public du crédit et de la détention des participations du secteur public dans certaines sociétés financières de droit privé, ainsi que la L. du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (*M.B.*, 15 juill. 1994, p. 18.625). Le choix de la forme à donner à la notification au débiteur-cédé est libre pour autant qu'elle se fasse par écrit (voir rapport M. GARCIA, séance du 18 avr. 1994, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1993-1994, 1039/2, pp. 18, 31 à 34; séance du 14 juin 1994, *Doc. parl.*, sess. 1993-1994, 1039/4, p. 9; rapport M. LISABETH, séance du 2 juin 1994, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 1993-1994, 1409/3, pp. 12 et 13). La cession est également opposable au débiteur-cédé à partir du moment où elle a été reconnue par celui-ci.

En ce qui concerne les tiers autres que le débiteur-cédé, la cession de créance leur est opposable par la seule conclusion de la convention de cession (art. 1690, al. 1^{er}, et art. 1165 du C. civ.); toutefois, dans l'hypothèse d'un conflit entre plusieurs cessionnaires auxquels le cédant aurait vendu les mêmes droits, l'emportera celui qui, de bonne foi, peut se prévaloir d'avoir en premier lieu rendu la cession opposable au débiteur-cédé, en la lui notifiant ou en obtenant la reconnaissance de la cession par celui-ci (art. 1690, al. 3, du C. civ.).

personnel le régime juridique du cautionnement, sûreté personnelle la plus favorable à la caution (93).

Lorsque le tiers qui garantit personnellement l'obligation de l'acheteur est une personne mariée, le vendeur prendra soin d'obtenir l'accord de son conjoint sur le cautionnement. À défaut, le vendeur risquerait de voir la sûreté personnelle annulée à la demande de ce conjoint si celui-ci démontrait que l'octroi de cette sûreté mettait en péril les intérêts de la famille et que ce péril existait dès le jour où l'engagement a été contracté (94).

b) En cas de cession d'actions ou de parts sociales

32. La sûreté donnée au vendeur de titres représentatifs du capital d'une société en garantie du paiement du prix de vente peut être une sûreté réelle portant sur un ou plusieurs biens déterminés appartenant à l'acheteur ou à un tiers, ou une sûreté personnelle consistant en l'engagement d'un tiers (p. ex. un parent ou un ami, ou si l'acheteur est une personne morale, la société mère de celle-ci...).

Cependant, la garantie donnée au vendeur ne peut pas porter sur les actifs de la société dont les titres sont cédés ni consister en un engagement personnel de cette société. En effet, depuis la loi du 5 décembre 1984, l'article 52ter des lois coordonnées sur les sociétés interdit à une société anonyme d'avancer des fonds, d'accorder des prêts ou de donner des sûretés en vue de l'acquisition par des tiers de ses propres actions ou de ses parts bénéficiaires (95). Des dispositions analogues reproduisent cette interdiction pour les S.P.R.L. et les sociétés en commandite par actions (art. 128ter et 107, L. coord. sur les sociétés).

L'article 52ter, qui suit les dispositions concernant le rachat par la société de ses propres titres, fait partie de l'ensemble des règles relatives au maintien du capital

(93) Voir I. MOREAU-MARGRÈVE, 'Les sûretés personnelles en droit belge', in *Les Sûretés*, Feduci, 1984, p. 195.

(94) Voir N. JOLY et J.L. RENCHON, 'L'incidence du mariage sur le droit des sûretés', in *Le droit des Sûretés*, Liège, Éd. Jeune Barreau, 1992, pp. 193 et s.

(95) L'art. 52ter, introduit dans notre droit des sociétés par la loi du 5 déc. 1984, reproduisait de façon incomplète l'art. 23 de la deuxième directive européenne en matière de droit des sociétés du 13 déc. 1976: cet art. 23 prévoyait une exception à cette interdiction en faveur de l'achat des titres d'une société par des membres du personnel de cette société. Cette omission a été réparée par la loi du 18 juil. 1991 qui introduit cette exception dans le second paragraphe de l'art. 52ter, mettant ainsi un terme aux discussions doctrinales sur un éventuel effet direct de l'art. 23 ou sur une interprétation de l'art. 52ter L.C.S. à la lumière de l'art. 23 de la directive européenne. Voir Th. TILQUIN et R. PRIOUX, 'Management buyouts et leveraged management buyouts: considérations de droit des sociétés et de droit fiscal', *Rev. Banque*, 1989, pp. 202 et s., n° 26 et s.; J.P. BLUMBERG et R. NIEUWDOORP, 'Juridische aspecten van de (leveraged) Management Buy-Out', *R.D.C.*, 1989, pp. 119 et s.

d'une société. La plupart des auteurs concluent au caractère d'ordre public de ces dispositions (96). La transgression de l'article 52ter est sanctionnée par une nullité absolue du prêt ou de la sûreté consentie dans ce but (97), et même de la cession de titres qui n'aurait pas eu lieu sans ce financement (98). En outre, depuis la loi du 18 juillet 1991, l'article 206 des lois coordonnées sur les sociétés sanctionne pénalement l'infraction à l'article 52ter.

33. Deux études consacrées au management buy-out, c'est-à-dire à la prise de contrôle d'une société par les membres du personnel qui y travaillent, ont examiné la mesure dans laquelle l'article 52ter des lois coordonnées sur les sociétés, dans sa première version (99), faisait obstacle à cette opération. En effet, cette prise de contrôle est le plus souvent réalisée grâce à un financement accordé par un tiers, sur base du cash flow et des actifs de l'entreprise 'cible', la société dont les titres sont achetés (100). Ces deux études plaident pour une interprétation stricte de l'interdiction énoncée à l'article 52ter, notamment à deux égards.

D'une part, l'interdiction ne vise que l'octroi d'une avance, d'un prêt ou d'une sûreté par la société en vue de l'acquisition de *ses propres actions*; aucune disposition ne prohibe expressément ces actes de la part d'une société liée. Ainsi la cession des titres de la société dite 'cible' pourrait être garantie personnellement (caution, garantie à première demande, lettre de confort...) par une filiale ou une société mère de la société cible, ou par l'octroi d'un droit de préférence sur certains actifs de ces sociétés liées (hypothèque, gage sur fonds de commerce...), sauf à démontrer l'existence d'une convention de prête-nom (101). Encore faudrait-il toutefois que l'octroi d'une telle sûreté par une filiale en garantie de la cession des titres de la société mère soit conforme à l'objet et à l'intérêt social de cette filiale.

D'autre part, les sûretés prohibées par l'article 52ter ne comprendraient que les sûretés classiques conférant au vendeur des titres, outre son droit de gage général

(96) P. VAN OMMESLAGHE, 'Le maintien du capital des sociétés anonymes', *Ann. Dr.*, 1985, p. 172; Th. TILQUIN et R. PRIoux, *o.c.*, *Rev. Banque*, 1989, p. 205, n° 38; J.P. BLUMBERG et R. NIEUWDORP, *o.c.*, *R.D.C.*, 1989, p. 127.

(97) Th. TILQUIN et R. PRIoux, *o.c.*, *Rev. Banque*, 1989, p. 205, n° 38.

(98) J.P. BLUMBERG et R. NIEUWDORP, *o.c.*, *R.D.C.*, 1989, p. 128.

(99) Voir *supra* note 95. Depuis la loi du 18 juill. 1991 qui répare l'omission faite en 1984 dans la transposition en droit belge de l'art. 23 de la directive européenne, l'art. 52ter ne constitue plus un obstacle au management buy-out.

(100) Th. TILQUIN et R. PRIoux, *o.c.*, *Rev. Banque*, 1989, pp. 195 et s. et pp. 251 et s.; J.P. BLUMBERG et R. NIEUWDORP, *o.c.*, *R.D.C.*, 1989, pp. 108 et s.

(101) Th. TILQUIN et R. PRIoux, *o.c.*, *Rev. Banque*, 1989, pp. 204, n° 35; J.P. BLUMBERG et R. NIEUWDORP, *o.c.*, *R.D.C.*, p. 123.

sur le patrimoine de l'acheteur, soit un droit de préférence sur les actifs de la société dont les titres sont cédés, soit un droit de gage général supplémentaire sur le patrimoine de ladite société en cas de non-paiement du prix de vente par l'acheteur. Seuls ces actes sont de nature à entamer le capital social de la société. L'article 52ter n'interdirait nullement l'emploi de certains mécanismes créés par la pratique qui, sans conférer de tels droits, tendent à améliorer les chances du créancier d'être payé, telles les lettres de patronage ou les engagements de ne pas faire (102).

34. L'article 52ter prévoit deux dérogations à son interdiction de principe. La première concerne les opérations courantes conclues aux conditions exigées pour les opérations de la même espèce par des établissements financiers (banques, caisses d'épargne privées...). La seconde, introduite par la loi du 18 juillet 1991, vise les prêts, avances et sûretés consentis dans le cadre d'un management buy-out, soit à des membres du personnel de la société qui désirent acheter des actions de celle-ci, soit à des sociétés liées dont l'actionnariat majoritaire est constitué par le personnel de la société 'prêteuse' et à condition que l'acquisition porte sur la moitié au moins des droits de vote de ladite société. Dans tous les cas, les avances, prêts et sûretés ne pourront avoir lieu qu'au moyen des sommes susceptibles d'être distribuées conformément à l'article 77bis des lois coordonnées sur les sociétés.

Si l'octroi d'une sûreté ne tombe pas sous le coup de l'interdiction énoncée aux articles 52ter, 107 et 128ter des lois coordonnées sur les sociétés, soit que l'opération rentre dans l'une des deux exceptions, soit que la société dont il s'agit est une société en nom collectif, une société en commandite simple ou une société coopérative, encore faudra-t-il vérifier si cet acte posé par la société est conforme à son intérêt social et ne profite pas au seul intérêt de certains gestionnaires (103).

(102) Th. TILQUIN et R. PRIoux, *o.c.*, *Rev. Banque*, 1989, p. 204, n° 34.

(103) Th. TILQUIN et R. PRIoux, *o.c.*, *Rev. Banque*, 1989, pp. 259 et s., n° 71 et s.; J.P. BLUMBERG et R. NIEUWDORP, *o.c.*, *R.D.C.*, 1989, pp. 132 et s. Voir p. ex., Bruxelles, 15 sept. 1992, *J.T.*, 1993, p. 312: appelée à juger de la responsabilité des banques qui avaient accepté comme sûreté les avoirs d'une filiale en garantie des obligations d'une société mère, la Cour d'appel de Bruxelles déclare que, si l'on peut admettre que des sociétés qui composent un groupe puissent mutuellement s'entraider dans l'intérêt même de ce groupe, 'il est inadmissible que pour son seul profit et en sacrifiant les intérêts de sa filiale ainsi que ceux des actionnaires minoritaires et des créanciers de celle-ci, une société dominante utilise les pouvoirs qu'elle détient dans cette filiale pour se servir de ses avoirs en les engageant comme sûreté de ses propres obligations financières résultant de l'acquisition des titres de cette filiale'.

5. De quelques clauses qu'il serait utile d'insérer dans le contrat de vente

a) La clause pénale

35. À la résolution du contrat avec restitution de l'objet de la vente, le vendeur pourrait préférer l'exécution forcée du paiement du prix de vente. Tel sera le cas, par exemple, lorsque le vendeur n'a nulle envie de retrouver la propriété d'un fonds de commerce dont la valeur a périclité depuis la vente, alors que le patrimoine de l'acheteur ne paraît pourtant pas trop obéré.

Outre le paiement du prix de vente en capital, le vendeur peut réclamer la réparation de son dommage résultant du retard de paiement. En vertu de l'article 1153 du Code civil, le retard dans l'exécution d'une obligation de somme d'argent donne droit à des intérêts moratoires au taux légal à partir de la mise en demeure. Les parties peuvent déroger à l'article 1153 d'une part, en dispensant le créancier de la mise en demeure et d'autre part, en substituant à ce forfait légal un forfait conventionnel, par une clause pénale qui détermine le montant des dommages-intérêts dus à titre de réparation du préjudice subi par le créancier du fait du retard de paiement.

La jurisprudence paraît généralement admettre le cumul des intérêts moratoires conventionnels avec une clause pénale prévoyant une augmentation forfaitaire de la dette en cas de non-paiement à l'échéance. Il s'agit de deux dommages différents: cette clause de majoration forfaitaire répare non pas la perte de jouissance du capital pendant le délai de retard, mais les frais extra-judiciaires résultant de l'inexécution du débiteur (104) tels, par exemple, 'les conséquences dommageables de l'érosion monétaire, l'augmentation des frais généraux que le non-paiement aux échéances provoque chez tout créancier contraint d'affecter à la surveillance des dossiers contentieux un personnel qui pourrait être chargé de tâches plus productives, la réduction des possibilités d'investissement...' (105), 'les frais des services contentieux' (106)... Toutefois en cas de litige sur la validité de telle clause, le créancier a intérêt à pouvoir justifier de données objectives sur lesquelles il a pu s'appuyer pour évaluer ce

(104) Voir la jurisprudence citée par les auteurs suivants: E. WYMEERSCH, 'Een stand van zaken', *J.C.B.*, 1982, pp. 439 et s., n° 35 et s.; P. KILESTE, D. BUYSSCHAERT et N. PENNING, 'De l'application de la clause pénale en matière de contrat de leasing', *R.D.C.*, 1992, p. 558, n° 15.
(105) Mons, 14 nov. 1989, *J.L.M.B.*, 1991, 769. À la suite de cette énumération, la cour d'appel de Mons ajoute 'la part des honoraires et frais d'avocat excédant les limites fixées par l'arrêté royal du 30 novembre 1970', c'est-à-dire les frais judiciaires qui ne sont pas couverts par l'indemnité de procédure et restent à charge de la partie qui les a exposés. La prise en compte de ces frais dans la clause de majoration forfaitaire peut être jugée illicite en vertu de l'art. 1023 C. jud.

(106) Civ. Bruxelles, 18 oct. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 103.

dommage prévisible. Dans les deux exemples cités, il s'agissait d'entreprises amenées par leurs activités à devenir titulaires de plusieurs créances sur de multiples débiteurs, situation qui nécessitait la création, au sein de l'entreprise, d'un service spécialisé dans le suivi du contentieux de recouvrement des créances. Telle n'est pas notre hypothèse.

En outre, la validité de ces clauses de majoration forfaitaire a été contestée sur base de l'article 1023 du Code judiciaire, lequel prohibe toute clause conventionnelle portant augmentation de la créance en raison de sa réclamation en justice (107). L'objectif de cette disposition est d'interdire les clauses susceptibles de décourager le débiteur dans l'exercice de son droit de défense en justice. Sont nulles par application de cette disposition les clauses pénales qui font expressément ou implicitement référence à l'intentement d'une action en justice. En revanche, l'ensemble de la jurisprudence semble considérer que l'article 1023 du Code judiciaire n'atteint pas la validité des clauses de majoration forfaitaire s'il n'y est fait aucune allusion à une action en justice (108).

b) La clause de solidarité et d'indivisibilité

36. Dans l'hypothèse où l'achat du fonds de commerce ou des titres est contracté par plusieurs personnes, le vendeur prendra soin d'insérer dans ce contrat une clause de solidarité et d'indivisibilité entre les acheteurs. Cette solidarité conventionnelle permettra au vendeur de réclamer la totalité du prix de vente à n'importe lequel des codébiteurs solidaires. Ainsi l'insolvabilité éventuelle de l'un des codébiteurs se répartira entre eux sans que le vendeur en pâtisse. Ce dernier bénéficiera également des effets secondaires de la solidarité quant à l'interruption du délai de prescription et à la mise en demeure (art. 1206 et 1207 C. civ.).

La clause stipulant la solidarité est inutile lorsque les acheteurs ont la qualité de commerçants, 'la solidarité étant de droit entre les débiteurs commerçants tenus

(107) Voir I. MOREAU-MARGRÈVE, 'Pour un certain pouvoir de révision des clauses pénales', *J.T.*, 1976, pp. 637 et s. Précisons que cet auteur déplore l'existence même de l'art. 1023 C. jud., de même qu'il critique la jurisprudence sur le caractère uniquement indemnitaire de la clause pénale, estimant que le remède à certains abus engendrés par les clauses pénales se trouverait dans la reconnaissance d'un pouvoir de révision des clauses pénales par les juges.

(108) Voir la jurisprudence citée par P. KILESTE, D. BUYSSCHAERT et N. PENNING, *o.c.*, 1992, p. 557, n° 14 et par Ch. BIQUET-MATHIEU, 'Commentaire sommaire de la loi relative au crédit à la consommation', *Act. Dr. Lg.*, 1993, pp. 111 et s., n° 106. *Contra*: I. MOREAU-MARGRÈVE, *o.c.*, in *J.T.*, 1976, pp. 640 et s.; Civ. Arlon, 29 juin 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 598, qui déclare nulle la clause pénale rédigée comme suit: 'Retard: 20% de frais de recouvrement', au motif que cette indemnité peut couvrir les frais de recours en justice et que l'on doit donc considérer qu'elle fait double emploi avec l'indemnité de procédure.

d'une même obligation contractuelle' (109) selon un usage unanimement admis par la doctrine et la jurisprudence (110).

Le plus souvent, les rédacteurs de ces clauses prennent soin de prévoir en outre le caractère indivisible de cette obligation solidaire, afin d'empêcher la division de la dette en cas de décès d'un des codébiteurs solidaires entre les héritiers du défunt. En effet, à défaut de cet ajout, les héritiers ne succéderaient à l'obligation solidaire de leur auteur que dans la proportion de la part du patrimoine dont ils héritent. Contrairement à la clause de solidarité, cette stipulation d'indivisibilité présente donc aussi un intérêt lorsque les débiteurs sont des commerçants; en revanche, il résulte de cette explication que cette clause devient inutile lorsque les codébiteurs sont des personnes morales.

c) Les sûretés négatives

37. La doctrine qualifie ainsi les clauses qui mettent à charge du débiteur des obligations de *non facere* destinée à 'rassurer' le créancier quant au maintien de la consistance du patrimoine du débiteur, ou plus exactement à permettre au

(109) Cass., 3 avr. 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 498.

(110) DE PAGE, *o.c.*, t. III, 3^{ème} éd., n° 328; *R.P.D.B.*, v° *Obligations*, n° 446; R. VAN DER MADE, 'Les obligations complexes', in *Les Nouvelles, Droit civil*, t. IV-2, n° 163; Cass., 5 déc. 1975, *R.C.J.B.*, 1977, pp. 469 et s. et la note de J. DECLERCK-GOLDRACHT, 'La présomption de solidarité passive commerciale. Une solution: la responsabilité *in solidum*?', *Cass.*, 26 janv. 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 594; Cass., 1^{er} oct. 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 171; Cass., 25 avr. 1985, *J.T.*, 1986, p. 251; Cass., 25 oct. 1990, *Bull.* et *Pas.*, 1991, I, p. 214, n° 109. Dérégatoire au principe de la division de la dette entre codébiteurs, la présomption de solidarité passive entre les débiteur commerçants doit être interprétée strictement (Cass., 5 déc. 1975, *l.c.*). D'une part, la solidarité commerciale coutumière n'est applicable qu'aux obligations de nature contractuelle, quoique certains plaident pour son extension aux dette issues de quasi-contrat (voir J. DECLERCK-GOLDRACHT, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1977, p. 495, n° 18). D'autre part, contrairement à la solution retenue par la jurisprudence française, le caractère commercial de l'acte accompli ne suffit pas pour lier solidairement les débiteurs des obligations commerciales qui en résultent si ces codébiteurs n'ont pas la qualité de commerçant au moment de l'accomplissement de l'acte (en ce sens: J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, t. I^{er}, 2^{ème} éd., p. 393, n° 430; J. DECLERCK-GOLDRACHT, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1977, pp. 494 et s., n° 18. *Contra*: P. VAN OMMESSLAGHE, 'Les obligations, Examen de jurisprudence (1974-1982)', *R.C.J.B.*, 1988, p. 83, n° 179). Ce dernier point est particulièrement important dans notre hypothèse car, depuis la loi du 3 juill. 1956, modifiant l'art. 2 C. comm., l'acte d'achat d'un fonds de commerce en vue de son exploitation, même accompli par un non-commerçant au moment de la cession, est toujours un acte de commerce par nature (J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, t. I^{er}, 2^{ème} éd., p. 393, n° 429; Ch. DEL MARMOL, 'L'élargissement du champ de la commercialité et la réforme du registre du commerce (L. 3 juill. 1956)', *Rev. Banque*, 1956, p. 509, n° 5; M. VERCRUYSSSE et E. LAUWERS, *o.c.*, pp. 109 et s., n° 96 et s.).

créancier de réagir plus rapidement à la détérioration de la situation patrimoniale de son débiteur (111).

Dans le cadre de la vente du fonds de commerce, une telle clause peut prévoir par exemple, l'obligation de ne pas aliéner le fonds de commerce ou les éléments permanents de ce fonds (c'est-à-dire à l'exclusion bien évidemment des marchandises) ou l'obligation de ne pas conférer de droit de préférence sur ce fonds (gage sur fonds de commerce) ou sur les biens qu'il contient. La cession d'actions ou de parts sociales pourrait également contenir une telle clause obligeant le nouvel actionnaire à ne pas sous-aliéner les titres acquis, même à titre fiduciaire, et à ne pas donner ces titres en gage.

De telles obligations négatives qui ont pour effet de limiter la liberté du débiteur dans la gestion de son patrimoine, ne seront valables que si elles visent certains biens déterminés et sont limitées dans le temps soit expressément, soit implicitement par la durée du crédit (112). Échappent à ce problème de validité les clauses qui, dans le même but, imposent à l'acheteur des obligations positives, telle celle d'informer le vendeur préalablement à la réalisation de tels actes juridiques.

Ces clauses ne présentent un intérêt que dans la mesure où elles sont assorties d'une clause de déchéance de terme, permettant au vendeur de réagir peut-être avant la naissance d'un concours pour mettre en œuvre son privilège ou exercer son action en résolution. Encore faut-il que le vendeur ait eu connaissance à temps de leur transgression.

En revanche, les effets internes du contrat étant inopposables aux tiers, les sous-acquéreurs ou les bénéficiaires de sûretés réelles constituées par l'acheteur au mépris de ses engagements contractuels envers son vendeur, ne pourraient donc être inquiétés, sauf à prouver qu'ils se sont rendus tiers complice de la violation par l'acheteur de ses obligations contractuelles envers le vendeur.

Les conditions de la tierce complicité se sont fortement assouplies ces dernières années, rendant ainsi le recours contre le tiers complice moins improbable et incertain. En effet, l'intention de nuire au créancier n'est plus requise et, selon l'interprétation faite par la doctrine de l'arrêt de cassation du 22 avril 1983, il suffit, pour que la responsabilité délictuelle du tiers puisse être engagée, que ce

(111) Voir I. MOREAU-MARGRÈVE, *o.c.*, *Les créanciers et le droit de la faillite*, pp. 197 et s.; VAN OMMESSLAGHE, *o.c.*, in *Les Sûretés*, Feduci, 1984, pp. 372 et s.; L. SIMONT, *o.c.*, in *Les Sûretés*, Feduci, 1984, pp. 303 et s.; A.M. STRANART, *o.c.*, pp. 174 et s., n° 120 et s.

(112) I. MOREAU-MARGRÈVE, *o.c.*, in *Les créanciers et le droit de la faillite*, p. 198; J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, t. IV, 1988, p. 427, n° 555.

tiers ait contracté avec le débiteur en sachant que, ainsi, ledit débiteur violait ses propres obligations contractuelles envers le créancier (113). Dans notre hypothèse, le vendeur pourrait obtenir la condamnation sur base de l'article 1382 du Code civil du tiers auquel l'acheteur aurait vendu le bien ou conféré un droit de préférence sur ce bien au mépris de ses obligations envers son vendeur, si ce dernier prouve que le tiers connaissait l'existence des clauses contenant ces engagements de ne pas faire. En pratique cette preuve s'avérera toutefois souvent difficile à apporter.

CONCLUSION

38. L'inefficacité de la protection légale du vendeur d'effets mobiliers a été maintes fois démontrée, de même qu'à déjà été commenté le rejet par la jurisprudence des tentatives des parties pour améliorer la situation de ce vendeur.

La constitution d'une 'bonne' sûreté réelle ou personnelle pourrait certes rassurer le vendeur, mais sur quels critères peut-on s'appuyer pour déterminer ce qu'est une 'bonne' sûreté ? En vérité, la qualité d'une sûreté ne se révélera le plus souvent qu'au jour où le créancier devra la mettre en œuvre, soit trop tard pour y remédier.

En définitive, notre conclusion consistera en ce qu'il faut bien reconnaître être une lapalissade, mais il est des évidences qu'il vaut toujours mieux rappeler: le meilleur conseil qui puisse être donné au vendeur sera d'exiger le paiement immédiat, avec report de la délivrance jusqu'au paiement complet du prix, et de faire supporter le risque du crédit par un organisme financier près duquel l'acheteur sollicitera un prêt. Les banques sont en effet mieux à même d'une part, d'évaluer ce risque et d'autre part, d'assumer les conséquences financières de sa réalisation.

Antoinette GOSSELIN
Assistante à la Faculté de droit de Liège

(113) Voir Y. MERCHERS, 'La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude', note sous Cass., 22 avr. 1983, *R.C.J.B.*, 1984, pp. 366 et s.; DIRIX, 'De derde-medeplichtigheid aan anderzamen contractbreuk: het einde van de controverse', *R.W.*, 1983-1984, col. 427 et s.; Y. MERCHERS, 'Contractbreuk en derde-medeplichtigheid', *R.W.*, 1985-1986, col. 2085 et s.; FAGNART, 'La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale', *R.D.C.*, 1989, pp. 469 et s.

INDEX DES PRINCIPAUX DESCRIPTEURS

Acompte:	24
Clause:	
- de majoration forfaitaire:	35
- pénale:	17, 24, 35
- de réserve de propriété:	25
- résolutoire expresse:	23, 24
- de solidarité et d'indivisibilité:	36
Concours:	13, 18 e
Déchéance du terme:	7, 16
Délivrance:	8
Droit de rétention:	6, 7, 8, 9
Droit de revendication:	10, 13
Droit de stoppage <i>in transitu</i> :	9
Exception d'inexécution: voir droit de rétention	
Fonds de commerce:	
- définition, nature:	2, 4
- immeuble par nature:	4, 15, 21
Gage sur fonds de commerce:	30
Intérêts moratoires:	35
Location-vente:	26, 27
Possession:	14
- rôle acquisitif (art. 2279 C. civ.):	16
Privilege du vendeur de meubles:	17
- assiette:	19, 20
- créance garantie:	18
- conflit de rang:	18 a et 18 c
- extinction:	21
- subrogation réelle:	
Privilege du vendeur d'immeuble:	
Rachat d'actions:	
- interdiction de donner une sûreté en vue de l'acquisition par des tiers de ses propres actions (art. 52ter, 107 et 128ter L.C.S.):	32, 33, 34
- Management buy-out:	33, 34
Résolution:	
- conditions:	11
- opposabilité:	13, 14
- restitution:	12

Saisie:

Simulation:

Suretés conventionnelles:

Suretés négatives:

Tierce complicité:

Vente à réméré:

19, 20

26, 27

29, 30, 31, 32, 33, 34

37

18, 37

28