



La garantie d'actif et de passif

Les risques liés à la cession d'un bloc de contrôle sont nombreux et variés : financiers, juridiques, fiscaux, sociaux... Les enjeux sont donc importants pour les deux parties à l'acte, cédant et cessionnaire. Face aux insuffisances des garanties légales, la conclusion d'une convention de garantie s'avère nécessaire, afin de protéger le cessionnaire contre toute augmentation du passif (par exemple un passif résultant d'un redressement fiscal, d'un contentieux prud'homal ou d'un litige client ou fournisseur) et/ou toute diminution de l'actif figurant dans les comptes de référence, née avant la cession des titres, mais révélée postérieurement à ladite cession.

Attention !

Les clauses de garanties doivent être soigneusement rédigées de façon à ce que l'étendue de l'engagement du cédant et les modalités de mise en œuvre soit non équivoque. Elles donnent lieu à un contentieux abondant.

En pratique,

Les parties se basent sur un bilan de référence, qui fait l'objet d'un audit de la part de l'acquéreur, pour établir le prix de cession. La garantie va porter sur les éléments de ce bilan et, éventuellement, sur la période intercalaire, à savoir celle se situant entre la date du bilan de référence et la date de cession.

Ainsi, divers points réclament une attention particulière, parmi lesquels :

✓ L'identification du garant :

Si le garant est, par hypothèse, le (ou les) vendeur, il n'y a pas d'obligation quant à une correspondance parfaite entre la liste des vendeurs et celle des garants. Il y a lieu en particulier de s'interroger sur les situations des minoritaires, qui peuvent être engagés solidairement avec le cédant majoritaire, des mineurs, pour lesquels l'autorisation du juge des tutelles serait requise, etc...

✓ Le bénéficiaire :

Le bénéficiaire de la convention de garantie n'est pas obligatoirement le seul cessionnaire. Le bénéficiaire désigné peut ainsi être la société cible, voire les créanciers, directement, ce qui permet un règlement hors le patrimoine du cessionnaire. Ainsi, la société pourra agir directement pour défendre ses propres intérêts et les frais éventuels de mise en jeu de la garantie seront déductibles.

✓ **Le champ d'application de la garantie :**

Les clauses de garanties peuvent porter sur les différents postes du bilan, actif et passif, mais il est possible d'en exclure certains, si le cessionnaire dispose des éléments d'information nécessaires (par exemple : exclusion du stock en raison d'un inventaire contradictoire réalisé en présence du cessionnaire).

✓ **La garantie liée aux déclarations sur la société (« garantie de sincérité ») :**

En fonction de l'audit, le cédant va effectuer un certain nombre de déclarations sur la situation juridique, fiscale, sociale, comptable et financière de la société et/ou sa gestion : caractéristiques principales de la société, sincérité des comptes, postes d'actif et de passif, engagements hors bilan, emprunts bancaires, nombres de salariés, litiges prud'homaux en cours, états des sûretés, litiges en cours ou prévisibles, respect des réglementations fiscales, juridiques, comptables, environnementales, etc. Ces déclarations sont généralement suivies d'une clause selon laquelle tout préjudice résultant de déclarations incomplètes ou inexactes donnera lieu à indemnisation.

✓ **La durée :**

Le point de départ de la garantie est la date de cession. La durée, fixée contractuellement, est en générale fixée au minimum au délai de reprise des administrations fiscales et sociales. Une approche plus large consiste à retenir la durée de prescription de chacun des faits dont la garantie doit assurer la couverture.

✓ **Les clauses exclusives ou limitatives de garantie :**

La convention de garantie doit impérativement être négociée en même temps que la cession elle-même, sans attendre la rédaction des actes, dans la mesure où le cédant va pouvoir exiger des clauses limitant son engagement qui pourraient avoir des incidences sur la fixation du prix de cession. Les parties peuvent alors expressément exclure de la garantie les éléments du passif et/ou de l'actif clairement identifiés par les parties et pris en considération dans la transaction.

Il existe plusieurs méthodes : soit une garantie de portée générale avec une liste précise des exclusions (« garantie tout sauf »), soit une absence de garantie sauf pour les risques précisément énoncés.

Les parties peuvent limiter le montant de la garantie en fonction d'un pourcentage du passif ou d'un plafond forfaitaire. La limitation doit alors résulter clairement de la clause. Elles peuvent également prévoir un seuil de déclenchement et/ou une franchise.

✓ **Les modalités de mise en œuvre de la garantie :**

Afin de protéger le garant d'une éventuelle inertie du bénéficiaire pour défendre les intérêts de la société, une procédure d'information du premier par le second est nécessaire, sur tout fait de nature à mettre en œuvre l'exécution de la garantie. Elle pourra être complétée par une procédure d'intervention du garant dans la défense de la société, dans la mesure où les faits concernés datent de la période où il était associé.

✓ **La garantie de la garantie :**

Afin de pallier l'insolvabilité éventuelle du garant en cas de mise en jeu de la garantie, une « contre-garantie financière » peut s'avérer nécessaire et pour le moins prudente. Diverses techniques sont à la disposition des parties : dépôt en compte séquestre d'une partie du prix de cession, caution bancaire solidaire, garantie à première demande, hypothèque, convention de blocage de compte courant, nantissement d'instrument financier, etc...

Bon à savoir !

La garantie peut être une garantie de passif et/ou d'actif ou bien d'actif net. Dans ce dernier cas, le cédant prend en charge toute baisse d'actif net constatée après la cession ou l'établissement du bilan de référence. L'actif net correspond à la différence entre l'ensemble des postes d'actif du bilan et des postes du « passif externe » (c'est à dire les emprunts et dettes contractées par la société à l'égard des tiers). Cette clause est favorable au cédant puisqu'elle lui permet de compenser une diminution du passif avec une augmentation de l'actif.

Fiche conçue par le Conseil national des barreaux, membre du Réseau Transmettre & Reprendre
12 juillet 2017



RÉSEAU TRANSMETTRE & REPRENDRE

