



Rigoureux et Créatif
Précis et Imaginatif

FICHE CONSEIL

Acquisition de titres : La garantie d'actif et de passif



Nos fiches conseils ont pour objectif de vous aider à mieux appréhender les notions
• **comptables** • **fiscales** • **juridiques** • **sociales** • **de gestion**



Annœullin
03 20 58 92 92

Gravelines - Dunkerque
03 28 23 19 24

Lens
03 21 78 55 68

Orchies
03 28 77 87 97

Seclin
03 20 90 04 02

Wasquehal
03 20 81 92 81



Lors de l'acquisition de la majorité ou de la totalité des titres d'une société, il est important de s'interroger sur les moyens mis à la disposition de l'acquéreur de se prémunir contre de « mauvaises surprises ».

En effet, s'il existe des garanties légales, les conditions de leur mise en œuvre sont tellement strictes qu'elles sont in fine peu opérantes.

Le caractère limité des garanties instituées par le législateur conduit les acquéreurs, surtout lorsque la cession porte sur une fraction importante des droits sociaux, à exiger des cédants qu'ils souscrivent des clauses de garantie.

De quoi s'agit-il ?

Trigone
CONSEIL



Des garanties légales insuffisantes

Le cessionnaire, déçu par l'entreprise dont il a acquis la majorité ou la totalité des titres, peut d'abord utiliser le recours offert par la loi. Il peut ainsi avoir recours aux actions issues du droit de la vente (actions en garantie d'éviction ou en garantie des vices cachés) ou à une action en annulation pour vice de son consentement.

1. La garantie des vices cachés

Au titre de la garantie des vices cachés, le cédant est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine.

Pour qu'il soit retenu, le vice caché doit affecter l'usage des droits sociaux eux-mêmes et non pas seulement leur valeur. Ainsi, les conditions requises par la jurisprudence pour la mise en œuvre de cette garantie sont telles que la demande de l'acquéreur n'est en pratique accueillie que dans de très rares cas.

2. Les vices du consentement

L'acquéreur peut également agir sur le fondement du droit commun des contrats en arguant de ce que son consentement a été vicié : erreur ou dol. Dans ce dernier cas, pour pouvoir reprocher au vendeur une perte de valeur des parts, il faut prouver qu'il a commis des manœuvres dolosives destinées à vicier le consentement de l'acquéreur.

De manière générale, les conditions posées à la mise en œuvre des garanties légales les rendent peu intéressantes pour l'acquéreur. Ce dernier a donc tout intérêt à obtenir du cédant des garanties contractuelles portant sur le passif et/ou l'actif social.

La garantie d'actif et de passif : définition et illustrations

Elle a pour but de prémunir l'acquéreur contre les incertitudes liées à la gestion **antérieure** de la société et permet ainsi de sécuriser la transmission d'une entreprise en garantissant la situation de celle-ci au jour de la cession.

Par cette clause, le cédant s'engage à prendre en charge **toute diminution de l'actif social et / ou toute augmentation du passif social dont la cause ou l'origine est antérieure à une date déterminée** (généralement celle de la cession ou celle de l'établissement du bilan de référence sur la base duquel les parties ont fixé le prix de cession) **et qui viendrait à se révéler postérieurement à cette date.**

1. L'augmentation du passif social

Il y a le passif que l'on voit et celui qui ne peut pas être connu au jour de la cession mais qui pourtant reste imputable à la gestion du cédant.

A titre d'illustrations, l'augmentation du passif social peut résulter :

- ▶ D'un redressement fiscal,
- ▶ D'un redressement de l'URSSAF,
- ▶ D'une condamnation en justice issue d'un contentieux prud'homal et plus généralement d'un litige insuffisamment ou pas du tout provisionné.



2. La diminution de l'actif social

Il peut y avoir des actifs que l'on croyait exister mais qui se révèlent être d'une valeur moindre.

A titre d'illustrations, la diminution de l'actif social peut résulter :

- ▶ D'un stock invendable ou surévalué,
- ▶ De créances clients impayées ou litigieuses.

La garantie d'actif et de passif : caractéristiques

1. Une garantie en principe illimitée

Le cédant qui souscrit une garantie d'actif et de passif accepte de prendre en charge l'intégralité du passif nouveau et/ou de la diminution d'actif, quel qu'en soit le montant.

Lorsque la cession ne porte pas sur l'intégralité des parts ou actions d'une société, le cédant ne peut donc pas prétendre que son engagement est limité à la participation cédée.

Par exemple, s'il a cédé 30 % des droits sociaux composant le capital d'une société et que la clause de garantie de passif ne comporte aucune limitation, il doit garantir 100 % du passif ou de la diminution d'actif survenu.

Il pourrait donc être amené à déboursier plus que ce qu'il a encaissé lors de la cession.

2. Des aménagements possibles

Le plafonnement : il est possible de prévoir contractuellement que le cédant s'engage à ne prendre en charge qu'une partie du passif nouveau, par exemple les deux tiers ou un montant en valeur absolue.

La proportionnalité : il est possible de limiter contractuellement le montant de la garantie à la proportion des titres cédés.

Le seuil de déclenchement ou franchise : la garantie joue normalement dès le premier euro. Pour limiter les contentieux, la pratique a développé ou une franchise (la garantie ne jouant pas au-dessous de la franchise) ou un seuil de déclenchement (lorsqu'il est dépassé, la garantie porte sur l'intégralité du passif).

3. Le bénéficiaire de la garantie : la société

La garantie d'actif et de passif bénéficie par principe à la société dont les titres ont été cédés.

Cependant, rien n'interdit aux parties de préciser dans la clause un autre bénéficiaire : l'acquéreur ou les créanciers.

4. La durée de la garantie : à déterminer

Il appartient aux parties de fixer la durée de la garantie laquelle varie généralement entre 2 et 5 ans. Pour l'acquéreur, le minimum acceptable est de 3 ans, durée qui correspond au délai de prescription fiscale.



L'un des risques majeurs au regard de la jurisprudence actuelle est une requalification de la garantie d'actif et de passif en clause de révision de prix. Or, les conséquences fiscales qui y sont attachées diffèrent selon la qualification retenue par le juge.



La clause de révision de prix

1. Une garantie limitée

La clause de révision de prix oblige le cédant à fournir sa garantie dans la limite du prix de cession, sans pouvoir être tenu au-delà de ce montant.

2. Le bénéficiaire de la garantie : l'acquéreur

Une clause de révision de prix ne peut pas être mise en œuvre par la société alors que la garantie d'actif et de passif bénéficie par principe à la société dont les titres ont été cédés.

Cependant, l'acquéreur a la faculté de transférer le bénéfice de la clause à la société ou à un sous-acquéreur par le biais soit d'une cession de créance respectant les formalités requises par l'article 1690 du Code civil (ce qui suppose notamment que cette cession ait été notifiée au cédant initial des titres), soit d'une stipulation pour autrui.

3. Les modalités de révision du prix

Lorsqu'il y a révision de prix, l'indemnisation est versée au repreneur et prend la forme d'une réduction du prix de vente des titres.

La clause doit prévoir des modalités de révision précises et objectives, dont la mise en œuvre ne dépend pas de la volonté de l'une des parties et ne nécessite pas un nouvel accord de leur part sur le prix.

Si la rédaction de la clause aboutissait à rendre le prix de cession indéterminée, alors la cession risquerait d'être frappée de nullité. Pour limiter ce risque, il est recommandé de prévoir que sa révision sera assurée par un tiers désigné par les parties.

Une distinction délicate mais importante

1. Une distinction délicate

La distinction entre les clauses de garantie de bilan et les clauses de révision de prix n'est pas toujours aisée en pratique car :

- ▶ Les clauses ne sont pas toujours d'une grande précision de sorte que le juge doit en interpréter la portée quelle que soit la qualification donnée à la clause par les parties,
- ▶ On constate une évolution des critères retenus par les tribunaux pour distinguer ces deux types de stipulation.

Les juges prennent notamment en considération :

- ▶ Le bénéficiaire de la clause : lorsque la clause désigne l'acquéreur comme bénéficiaire exclusif et ne comporte aucune stipulation pour autrui en faveur de la société, il est fort probable qu'elle soit qualifiée de clause de révision de prix et non de garantie d'actif et de passif par le juge, de sorte que la société ne peut pas s'en prévaloir.
- ▶ Le calcul de l'indemnisation : dans le cadre d'une garantie de passif, le cédant supporte normalement le passif sans limite alors que dans le cadre d'une clause de révision de prix, le prix constitue la limite de l'indemnisation.

Il convient par conséquent d'apporter une attention toute particulière lors de la rédaction d'une telle garantie.



2. Les conséquences fiscales

La qualification donnée à la clause est importante dans la mesure où les conséquences fiscales attachées à ces deux types de garantie ne sont pas les mêmes.

Que se passe-t-il en cas d'indemnisation de l'acheteur par le vendeur en cas de mise en jeu de la garantie ?

En cas de clause de révision de prix, cette indemnisation prend la forme d'une réduction a posteriori du prix de vente de l'entreprise alors qu'en cas de garantie d'actif et de passif, cette indemnisation prend la forme d'une indemnité.

Or, ces deux modes d'indemnisation n'entraînent pas les mêmes conséquences fiscales.

La garantie de la garantie

La garantie peut s'avérer illusoire si le cédant n'est pas en mesure d'en assurer l'exécution.

C'est la raison pour laquelle la pratique a développé différents mécanismes destinés à garantir cette exécution ou, tout au moins à réduire les risques de défaut de paiement de l'indemnité due par le cédant.

1. Les sûretés réelles consenties par le cédant

Le cédant peut par exemple consentir une sûreté réelle sur ses biens personnels au profit du bénéficiaire de la garantie, tel un gage ou un nantissement.

2. Le séquestre du prix

Il est également possible de prévoir la remise du prix de cession en totalité ou en partie à un tiers séquestre (par exemple, un notaire, un avocat ou une banque) qui accepte de conserver cette somme pendant la durée de la garantie et qui devient donc indisponible jusqu'à son expiration.

3. Cautionnement bancaire

Une banque peut se porter caution, à hauteur d'un certain montant et pour une certaine durée, du paiement des sommes dues par le cédant. Pour ce dernier, le cautionnement bancaire peut s'avérer onéreux.

La rédaction

La rédaction d'une clause de garantie d'actif et de passif doit être entourée de précautions sous peine d'être requalifiée en clause de révision de prix.

Or, ces deux mécanismes n'ont pas le même but : alors que la garantie d'actif et de passif a pour vocation la protection de la société, la clause de révision de prix protège l'acquéreur.

Par ailleurs, le choix entre ces deux types de garanties doit également se faire au regard de considérations fiscales.



En synthèse...

Lorsque vous prenez le contrôle d'une société, vous vous substituez dans la propriété des titres aux anciens propriétaires, mais la société dont la personnalité morale n'est pas affectée par ce changement poursuit sa vie sociale.

L'acquéreur prend donc la société en l'état et devra honorer tous les engagements pris et si des obligations mal appréhendées et afférentes à une période antérieure à la prise de contrôle se révèlent postérieurement, elles seront à charge de la société et c'est donc l'acquéreur qui en subira les conséquences.

Conclure une garantie d'actif et de passif, c'est donc se prémunir contre les incertitudes liées à la gestion antérieure de la société, cela permet de sécuriser la transmission.

Nous restons à votre disposition pour tout complément d'informations que vous souhaiteriez obtenir.

Trigone
CONSEIL