

Analyses

CORPORATE

Clause de garantie d'actif et de passif : comment éviter le contentieux post-acquisition ?

Si elle fait partie des clauses standards insérées dans toutes les conventions de garantie, la mise en œuvre d'une clause de garantie d'actif et de passif (GAP) mène, dans la majorité des cas, à une contestation. Or, mal rédigée, celle-ci peut faire basculer l'équilibre général de l'opération d'acquisition et changer un deal réussi en véritable fiasco.



Par **Mathilde Cousteau**,
associée,

Une clause de garantie d'actif et de passif (GAP) est destinée à garantir le cessionnaire de la réalité et la précision des informations délivrées par le cédant lors de l'audit préalable d'une société dans le cadre d'un projet d'acquisition et des déclarations du cédant figurant dans la convention de garantie. Elle permet de réparer le préjudice subi par le cessionnaire du fait de l'inexactitude des déclarations du cédant, de l'augmentation du passif ou de la diminution de l'actif résultant d'un événement né antérieurement à la cession, mais révélé postérieurement à celle-ci.

La clause de GAP étant exclusivement régie par la loi des parties, il est indispensable de prendre les plus grandes précautions lors de sa rédaction, la pratique contentieuse révélant que dans une grande majorité des cas, le cédant conteste la mise en œuvre de la garantie. Voici une liste des principaux réflexes à avoir.

Contextualiser l'opération et qualifier correctement la clause de GAP

Il est nécessaire de contextualiser l'opération, de décrire les diligences effectuées lors de la due diligence ainsi que les étapes clefs des négociations, afin de pouvoir révéler, en cas de doute sur l'interprétation d'une clause, la commune intention des parties.

Il faut être attentif au choix de la garantie. Il doit être précisé si elle constitue une garantie dite de « reconstitution », stipulée au bénéfice de la société acquise et ayant pour objet de reconstituer le patrimoine de cette dernière, ou une garantie dite de « valeur », bénéficiant à l'acquéreur des droits sociaux dès lors que le garant s'engage à le dédommager de toute baisse de valeur de ces droits du fait de la survenance de l'événement litigieux, constituant ainsi une réduction du prix d'acquisition.

Les obligations du cessionnaire doivent être également définies ainsi que les modalités de mise en œuvre de la clause de GAP et les sanctions en cas d'inexécution.

Cette clause doit, par ailleurs, prévoir l'obligation pour le cessionnaire garanti d'informer le cédant garant en cas de survenance d'un événement litigieux dans l'hypothèse où le cédant n'exercerait plus de fonctions opérationnelles au sein de la société. Il faut déterminer la sanction applicable en cas de violation de l'obligation d'information ou de dépassement des délais contractuellement prévus. A défaut, la jurisprudence retient des solutions très hétérogènes, et donc imprévisibles. Il est possible d'envisager des sanctions telles que, par exemple, la déchéance des droits du cessionnaire, la réduction des sommes dues par le cédant à hauteur du préjudice subi par celui-ci du fait de la violation, ou encore l'allocation de dommages et intérêts.

Il est indispensable de prévoir les modalités pratiques de l'information du cédant (envoi d'un courrier avec accusé de réception), dans un délai maximum à compter de la survenance de l'événement litigieux. Il faut préciser les modalités de computation des délais d'information (jours ouvrés, ouvrables ou calendaires), la nature des informations transmises par le cessionnaire (les documents permettant au cédant de connaître l'importance et la nature du passif mis à sa charge), ainsi que le délai dans lequel il doit adresser ses observations au cessionnaire. A défaut de quoi, le cessionnaire sera présumé accepter la réalité du passif ou des dettes révélées. Il est usuel de prévoir en annexe au contrat de cession un modèle de notification de l'événement litigieux au cédant.

Généralement la durée de réclamation correspond à celle de la prescription légale applicable (plus environ un mois) pour toute inexactitude des déclarations en matière sociale ou fiscale. Celle-ci est comprise entre douze et trente-six mois pour les autres déclarations. Il vaut mieux prévoir que ce délai court jusqu'au 31 décembre (inclus) de l'année fiscale, indépendamment du point de départ de la garantie.



Déterminer un périmètre, définir la notion de « préjudice », les modalités de calcul et de paiement de l'indemnité

Il faut avoir une photographie précise de la situation du bilan de la société lors de son acquisition. Il est donc utile de joindre à la clause de GAP, notamment, les comptes de référence et des déclarations spécifiques du cessionnaire.

Il est indispensable de traiter l'hypothèse des préjudices latents, mais non encore avérés, comme en cas d'introduction d'une action contentieuse fiscale ou sociale qui serait ensuite contestée par le cessionnaire.

Dans ce cas, les parties peuvent prévoir que le préjudice sera indemnisable dès la réclamation du tiers, à charge pour le cessionnaire de rembourser les sommes perçues en cas de contestation (clause favorable au cessionnaire), ou que le cessionnaire devra attendre que toutes les voies de recours soient épuisées pour mettre en œuvre la clause de GAP (clause favorable au cédant).

Les clauses de GAP ne prévoient souvent une indemnisation qu'en cas de réalisation d'un « préjudice » direct. Or, il est possible de perdre un client, du fait de la mauvaise gestion du cédant, mais de ne pas subir de préjudice apparent si le chiffre d'affaires continue d'augmenter. Il est donc judicieux pour le cessionnaire de prévoir que toute perte d'un client dont le fait générateur serait antérieur à la cession ouvrirait le droit à une indemnisation, peu importe l'évolution du chiffre d'affaires après la cession.

Les parties peuvent prévoir plusieurs mécanismes relatifs au déclenchement de l'indemnité et à son calcul (seuil de déclenchement, seuil de minimis, franchise, plafond, etc.). Toutefois, il faut faire attention à l'articulation entre ces mécanismes.

Par exemple, les parties peuvent s'accorder sur le fait qu'en dessous d'un certain montant, la garantie ne pourra être mise en œuvre et le préjudice devra être supporté par le cessionnaire. Dans ce cas, il faut bien déterminer si, une fois ce montant dépassé, le cédant est tenu de régler l'intégralité du passif (seuil de déclenchement), ou s'il n'est tenu de payer que chaque euro qui dépasse le montant défini (franchise). En cas de stipulation d'un plafond d'indemnisation, il faut éventuellement prévoir le cas où le cédant aurait

été de mauvaise foi, ce qui aurait pour conséquence de reporter le délai de mise en jeu de la clause de GAP, voire de dé plafonner le montant de l'indemnité. Il faut prévoir un délai à compter de la remise par le cessionnaire de toutes les pièces justificatives de son préjudice pour que le cédant procède au paiement de l'indemnité. Enfin, il est indispensable de traiter l'hypothèse dans laquelle l'augmentation du passif aurait pour conséquence de créer une économie d'impôt pour le cessionnaire. Ce gain pourrait alors être déduit du montant de l'indemnisation due par le cédant (clause de prise en compte du préjudice net).

Il est de plus en plus fréquent que les parties prévoient, en plus d'une clause de GAP, la souscription par le cédant d'autres types de garantie comme une assurance, ayant vocation à se substituer à ce dernier en cas de mise en œuvre de la garantie.

Eventuellement prévoir une assurance en complément de la garantie

Il est de plus en plus fréquent que les parties prévoient, en plus d'une clause de GAP, la souscription par le cédant d'autres types de garantie comme une assurance, ayant vocation à se substituer à ce dernier en cas de mise en œuvre de la garantie. Il faudra donc mener des négociations auprès de l'assureur concernant, notamment, le périmètre de la garantie.

Malgré toutes ces précautions, si un contentieux

naît, il est possible de prévoir une clause au terme de laquelle la clause de GAP est stipulée sans préjudice de toute garantie légale et des recours de responsabilité commun, ainsi qu'une clause attributive de juridiction, ou une clause compromissoire. Il peut également être utile de prévoir une clause de gestion « en bon père de famille » pour le cédant pendant la période dite « intermédiaire », comprise entre la réalisation de la cession (closing) et la signature du contrat de cession (signing) afin d'éviter tout contentieux sur ce point.

Il faut enfin envisager les modalités d'intervention du cédant dans un litige contre un tiers. Il peut être judicieux de prévoir une gestion « partagée » des litiges entre le cessionnaire et le cédant. Les litiges dépourvus de caractère commercial (réclamations fiscales ou des organismes sociaux) seraient confiés au cédant, tandis que les litiges commerciaux (concernant les clients de la société cédée) seraient gérés par le cessionnaire. ■



et Magda Gillaux, collaboratrice, Bersay

