

# Conventions de garantie d'actif et de passif :

## Aspects juridiques et recommandations pratiques

**Sylvain ALASSAIRE**

Conseil juridique en droit des affaires

Médiateur agréé (Centre de Médiation pour l'Entreprise de la CFCIM - Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris)

Gérant-Associé du cabinet Alasseur JuriConseil

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## Propos introductifs

- ✓ Acquisition de 100 % du capital d'une société ou prise de participation.
- ✓ Postérieurement à l'investissement, la société peut faire l'objet d'évènements ayant pour effet d'augmenter son passif ou de diminuer son actif et dont l'origine est antérieure à la date de l'investissement; diminuant la valeur de la société, ces évènements causent un préjudice à l'investisseur.
- ✓ Insuffisance des recours offerts par le droit commun.
- ✓ Face à cela, la pratique s'est répandue de mettre en place des garanties dites « garantie d'actif et de passif » reposant sur le principe de la liberté contractuelle des parties.
- ✓ L'associé cédant ou les associés historiques tentent souvent de s'appuyer sur l'audit de la société réalisé par l'investisseur pour refuser une garantie ou en réduire fortement l'étendue, mais il est rare que l'investisseur abandonne la négociation d'une GAP; l'audit permet toutefois au cédant d'en mieux négocier les termes.

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## Plan

- I. Objet, portée et parties à une GAP
- II. Formalisation et structure d'une GAP
- III. Principaux éléments de négociation d'une GAP

Conclusion

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## *I. Objet, portée et parties à une GAP*

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **1. Approche de la garantie**

- Convention qui a pour objet de protéger financièrement l'investisseur contre la réalisation d'évènements ayant pour conséquence un accroissement du passif ou une diminution de l'actif de la société et qui ont pour effet de remettre en cause le prix d'acquisition ou de souscription des droits sociaux.
- La protection du nouvel associé prend la forme d'une indemnisation dans les conditions contractuellement prévues, de façon à rééquilibrer voire corriger le prix payé.
- La convention de garantie distingue deux périodes :
  - La période comptable antérieure à l'investissement.
  - La période postérieure dite période de révélation .

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **2. Objet de la garantie (repose sur la liberté des parties)**

### A. Garantie comptable

- **Garantie de passif**
  - Le cédant s'engage à prendre à sa charge **toute augmentation du passif social de la société dont la cause ou l'origine est antérieure à une date déterminée** (date de la cession ou d'établissement des comptes qui ont servi de référence pour la détermination du prix) mais qui viendrait à se révéler après cette date.
- **Garantie d'actif**
  - La garantie porte sur la **diminution de tout ou partie de l'actif en valeur ou comptabilisé.**
- **Garantie d'actif et de passif proprement dite**

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **2. Objet de la garantie**

- **Une garantie devant être interprétée strictement, elle doit être la plus précise possible sur son étendue (les éléments garantis) :**
  - Par exemple une garantie de passif ne peut pas être étendue à une garantie d'actif si la diminution d'actif n'est pas expressément couverte par la garantie.
  - Une GAP n'est pas une garantie de capitaux propres.
  - ....

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **2. Objet de la garantie**

### **B. Déclarations et garanties relatives à la société (dimension comptable et extra-comptable)**

- **Affirmations** sur tout ou partie des postes d'actif et de passif de la société, sa situation pendant la période intermédiaire, les contrats, le personnel, ... et sa gestion.
  - Selon leur objet, elles viennent renforcer les éléments comptables, donner des précisions qui ne ressortent pas du bilan, ...
  - Elles sont d'intensité différente selon qu'elles portent sur des éléments vérifiés ou normalement avérés.

.../...

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **2. Objet de la garantie**

- Déclarations sur la gestion de la société pendant la période dite intercalaire ou intermédiaire (date des éléments de référence et date du closing) /
  - Elles précisent qu'il n'y pas eu d'évènements de nature à remettre en cause l'investissement ou ayant affecté la société ou le cours normal des affaires.

Exemple :

*« Le Garant fait les déclarations et donne les garanties ci-après exposées à l'Acquéreur, lesquelles, sont complètes, exactes et sincères à la date des présentes ».*

*« A l'exception de ce qui est indiqué en annexe [...], la Société est propriétaire de tous les biens mobiliers corporels qu'elle utilise dans l'exercice de ses activités ».*

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **2. Objet de la garantie**

### C. Garantie mixte

- En pratique, la garantie recouvre très souvent une garantie comptable et des déclarations du garant.

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **3. Parties à la garantie**

- **Garant ( le(s) cédant(s) ou le cédant majoritaire, les dirigeants actionnaires )**
  - Débiteur de l'indemnisation.
  - Maîtriser la gestion de la société.
  - Nature de la relation en cas de pluralité de garants.
- **Bénéficiaire**
  - Cessionnaires (s), ou
  - Société.

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **3. Portée de la garantie**

### **☐ Indemnitaire :**

- Indemnisation de l'investisseur à hauteur du préjudice subi ,ou
- de la société selon le contenu de la garantie.
- Sauf accord des parties, le montant de l'indemnité n'est pas limité au prix payé

### **☐ Réduction de prix :**

- Indemnisation de l'investisseur sous la forme d'une réduction de prix
- dans la limite du prix de cession.
- Elle pose la question du traitement comptable et fiscal de la restitution et fait courir un risque juridique d'indétermination du prix et donc d'annulation de la cession.

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## *II. Formalisation et structure de la GAP*

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **1. Formalisation**

- Convention écrite
- Clarté des termes sur l'étendue de la garantie sinon le juge :
  - les interprétera pour rechercher la volonté des parties, et
  - en cas de doute, il interprétera les obligations dans le sens le plus favorable au garant.
- Acte séparé de l'acte de cession ou dispositions incluses dans l'acte. En pratique, la garantie est très souvent séparée.
- Signée par le garant et le bénéficiaire de la garantie.

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **2. Structure habituelle de la GAP**

- Identification des parties – Préambule –Définitions
- Déclarations et garanties
- Modalités d'indemnisation
  - Champ d'application
  - Détermination du préjudice
  - Notification des réclamations
  - Conduite des réclamations
  - Durée de la garantie
  - Limitations financières
  - Exigibilité
  - Paiement
  - Garantie de la garantie
- Dispositions diverses
- Annexes : Statuts, comptes de référence, prêts, délégations de pouvoirs, titres fonciers, assurances, litiges,...

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## *III. Principaux éléments de négociation d'une GAP*

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

- Au principe d'indemnisation et au-delà de l'étendue de la garantie, on associe différentes **clauses structurant la relations des parties** à la convention :
  - obligations de faire ;
  - limitation pécuniaire de l'indemnisation;
  - fourniture de contre-garantie ou garantie de la garantie.

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **1. Obligation d'information préalable**

- Obligation pour le bénéficiaire (dirigeant) d'informer le garant ou pour le garant (reste dirigeant) d'informer le bénéficiaire dès la survenance d'un événement entrant dans le champ de la garantie tel qu'un contrôle fiscal, une mise en demeure, ...
- **Objectif** : permettre aux parties de définir des mesures à prendre afin de réduire le risque de mise en œuvre de la garantie ou le montant des sommes en jeu.
- Possibilité de prévoir qu'à défaut d'une telle information, la garantie ne jouera pas.
- Pour éviter toute contestation, le mécanisme devra être rédigé avec soin.

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **2. Participation du garant à la défense de la société**

- **Droit de participer** à toute procédure liée à la réalisation d'un évènement susceptible d'enclencher la mise en œuvre de la garantie.
- **Degré de participation** du garant à définir : communiquer les informations au bénéficiaire, participer aux procédures contentieuses, choix du conseil,...
- **Objectif**: minimiser le préjudice possible
- La clause peut prévoir la déchéance de la garantie en cas de non respect des dispositions.

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **3. Montant de l'indemnisation**

- Défini selon les **modalités convenues** par les parties dans l'acte de garantie. Elles devront être précises pour éviter les conflits.
- Détermination du montant indemnisable à partir du **préjudice financier** auquel on apportera des **retraitements** prévus contractuellement qui feront varier le montant.
- Difficulté à évaluer parfois le préjudice lorsqu'il n'a pas une dimension comptable ou financière ou à qualifier un fait de préjudice.
- **Proportionnalité** de l'indemnisation versée au bénéficiaire à sa participation dans le capital.

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **4. Limitations financières**

- Pour le garant, il s'agit d'éviter d'être appelé en garantie dès le 1<sup>er</sup> DH et/ou de caper l'indemnisation :
  - **Franchise :**
    - le bénéficiaire ne pourra pas réclamer un paiement au garant si le préjudice est inférieur à la franchise.
  - **Seuil de déclenchement :**
    - le bénéficiaire pourra réclamer le paiement de l'intégralité du préjudice dès qu'il atteint le seuil convenu (stock) mais pas avant mais avec un paiement dès le 1<sup>er</sup> DH.
  - **Plafonnement de la garantie :**
    - Si l'indemnisation correspond à une réduction de prix, elle ne pourra pas être supérieure au prix de vente payée mais si elle a un caractère indemnitaire, elle pourrait être supérieure au prix payé d'où l'habitude de plafonner l'indemnisation.

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **5. Appel à garantie ou réclamation**

- L'appel a garantie doit être **subordonné à la réalisation d'un évènement** tel qu'un décaissement par la société ou matérialisant la certitude d'un préjudice (fin des recours, mise en recouvrement,...) ou d'un fait avéré s'agissant des déclarations erronées.
- **Formalisme** de mise en œuvre.
- Pour éviter toute contestation de la part du garant, le mécanisme devra être rédigé avec soin (délai, formalisme de notification, documents à joindre).
- La clause peut prévoir la **déchéance de la garantie** en cas de non respect des dispositions précitées.
- Il est de l'intérêt du garant de prévoir son acceptation de la réclamation
- Modalités de gestion d'un désaccord à prévoir.

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **6. Paiement de l'indemnité**

- Déterminer avec précision le **moment** auquel le paiement doit intervenir :
  - Paiement par la société d'un nouveau passif;
  - Certitude de la charge;
  - Fixation définitive de l'indemnisation;
  - Accord des parties sur un préjudice indemnisable ;
  - ...
- **Délai** de paiement fréquent entre 30 et 60 jours

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **7. Durée de la garantie**

- Les intérêts des parties sont naturellement opposés.
- Plus la durée est courte, moins le garant court le risque d'être appelé en garantie.
- Elle court à compter de l'investissement.
- La durée est alignée sur la durée des prescriptions légales notamment en matière fiscale.
- Des durées différents peuvent être négociées en fonction des éléments garantis.

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **8. Garantie de la garantie**

- Pénalités de retard.
- Retenue d'une partie du prix de cession sur laquelle l'indemnisation pourra être imputée à défaut de paiement mais il faut alors que l'indemnisation revienne au cédant et non à la société (ou séquestre entre les mains d'un tiers).
- Nantissement de droits sociaux par le garant.
- Cautionnement bancaire ou d'un tiers.
- Garantie à première demande.

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

## **9. Clause de gestion des conflits**

- Médiation
- Tribunal
- Arbitrage

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

*Quelques mots de conclusion*

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

**Liberté contractuelle** devant être mise à profit par les parties. Il faut éviter le copier coller.

**Précision** dans la rédaction des clauses afin de réduire les risques de conflits entre les parties ou de déconvenues.

Pour **limiter ses engagements** et selon le rapport de force, le cédant pourra tenter de négocier des exclusions de garantie, une limitation de l'indemnisation, un délai court de garantie, des clauses de déchéance ainsi que l'absence de contre garantie..

Pour cela, le garant devra mener une **due diligence** afin de bien connaître la situation de la société et de pouvoir négocier les termes de la garantie dans les meilleures conditions.

L'entrée d'un partenaire dans le capital doit donc être **anticipée**.

# Conventions de garantie d'actif et de passif: Aspects juridiques et bonnes pratiques

---

*Merci pour votre attention*