

## La garantie d'actif et de passif (GAP)

**Avec la garantie d'actif ou de passif, la fameuse GAP, le vendeur s'engage à indemniser l'acheteur si l'actif diminue ou si le passif augmente après la cession, mais pour une ou plusieurs causes elles-mêmes antérieures à cette cession. Cet acte protège le repreneur d'actifs surévalués ou de dettes dissimulées, par exemple. Mais la négociation sur les termes de cette GAP peut être source de tensions entre le cédant et le repreneur.**

### 1- Objectifs et définition

L'acquisition de droits sociaux (actions d'une SA, parts d'une SARL...), afin de prendre le contrôle d'une société, peut présenter certains risques. En effet, il y a le passif que l'on voit et celui qui peut ne pas être connu au jour de la cession, mais qui pourtant reste imputable à la gestion du cédant. De même, il peut y avoir des actifs que l'on croyait exister mais qui se révèlent être d'une valeur moindre ou encore être absents de la cession. Or tous ces imprévus entraînent une diminution de la valeur de la cible acquise et il convient de compenser cette dévaluation patrimoniale.

Une convention de garantie de passif permet de sécuriser la transmission d'une entreprise en garantissant la situation de celle-ci au jour de la cession. En effet, les moyens offerts par le droit commun de la vente (garantie de conformité et vices cachés) se sont révélés insuffisants pour une protection correcte du repreneur. La convention de garantie de passif conclue entre les parties vient alors souvent s'ajouter aux garanties légales.

Cette convention fait l'objet d'une négociation entre les parties et s'annexe généralement au protocole d'accord.

**Le cédant** garantit l'acquéreur de la sincérité des comptes qu'il présente. Il garantit aussi que de nouveaux passifs ne devraient pas se révéler, auquel cas il devra les prendre en charge, s'ils ont leur origine antérieurement à la cession. De même, il peut garantir la présence effective et la valeur des actifs de la société cédée. Ainsi, si une diminution des actifs en question apparaît, alors il devra prendre en charge le différentiel.

**Le repreneur** bénéficie par ce biais d'une sécurité quant à la situation de l'entreprise cédée. Il s'agit d'une protection contre les passifs inconnus que le cédant se serait gardé de révéler et contre les diminutions d'actifs postérieures à la cession.

"Les clauses dites de garantie de passif ont pour finalité d'assurer la bonne fin de la prise de contrôle de la société. En substance, la garantie a pour objet de faire supporter au vendeur tout à la fois le passif supplémentaire et l'insuffisance d'actif qui surviennent après la cession et dont la cause est antérieure à celle-ci.

Une remarque s'impose : aussi élaborée soit-elle, la garantie n'est pas une assurance tous risques contre les « mauvaises affaires ».

- Quelles sont les modalités de la garantie ? En général, le contrat s'articule en deux grandes parties : les déclarations (le garant fait une description de la société et engage sa responsabilité par un certain nombre d'affirmations sur l'état de celle-ci) ; l'étendue de la garantie (outre les déclarations, le garant s'engage également sur les valeurs économiques de l'entreprise, actif, passif, capitaux propres, engagement hors bilan...)

Une distinction fondamentale est à opérer entre deux types d'obligations :

- soit le vendeur s'oblige à indemniser directement l'acheteur de la moins-value subie par les titres ; ce type de clause s'analyse en une garantie de valeur, ou clause de révision de prix ;
- soit le vendeur s'engage à reconstituer le patrimoine de l'entreprise ; ce type de clause constitue une garantie de passif stricto sensu.

La différence juridique essentielle réside dans le fait que, dans le cadre de clause de révision de prix, le vendeur ne peut, contrairement aux clauses de garantie de passif, être contraint de restituer une somme supérieure au prix de cession. "

### 2- L'objet de la garantie

La garantie de passif est l'expression la plus usitée mais elle peut recouvrir des réalités différentes, à savoir :

- **Une garantie de passif pure et simple**, où le cédant ne s'engage à ne couvrir que les passifs qui pourraient se révéler après la cession alors même qu'ils ont leur origine antérieurement à celle-ci.

*Exemples* : Un redressement fiscal ou un redressement de l'URSSAF ; Une condamnation en justice consécutive à un fait dont l'origine est antérieure à la cession.

- **Une garantie de passif et d'actif** : ici, en plus de garantir l'éventuelle apparition de passifs, le cédant garantit les éventuelles diminutions d'actifs ou défauts d'actifs.

*Exemple* : Stock invendable, créances clients impayées ou litigieuses dont l'origine est antérieure à la cession.

- **Une garantie d'actif net** : ce type de garantie bénéficie aussi au cédant. En effet, elle a pour finalité de contrebalancer les pertes subies par le repreneur avec les éventuels compléments d'actif. On parle souvent de compensation entre les bonnes et les mauvaises nouvelles.

*Exemple* : Déduction de l'économie d'impôt que le passif a permis, une provision avait été constituée avant la cession mais elle est finalement reprise car elle est dépourvue d'objet.

### **Comment négocier cette GAP dans de bonnes conditions ?**

Je conseille d'avoir déjà engagé les audits d'acquisition car pour bien négocier une GAP, il faut avoir fait le point sur la situation de la société et avoir identifié les éventuels éléments de risques ou de fragilité. En effet, négocier à l'aveugle une GAP n'a pas beaucoup de sens. Les repreneurs se montrent parfois un peu réticents à cette idée car diligenter des audits, c'est engager des coûts sur une opération qu'ils ne sont pas encore certain de conclure. Les audits que je conseille de mener à ce stade sont les audits fiscal, financier, comptable, social et juridique selon la typologie d'activité. Selon moi, dès que l'on dépasse des cibles d'un million d'euros, je considère qu'il faut mener ces audits en amont.

### **Un exemple de la mise en œuvre de la GAP**

Exemple classique : un salarié est licencié avant l'acquisition donc le fait générateur est bien antérieur ; il assigne l'entreprise aux prud'hommes pour, par exemple, un rappel d'heures supplémentaires couvrant une période également antérieure à l'acquisition. Si l'assignation aux prud'hommes est postérieure à l'acquisition, la révélation du fait générateur sera donc postérieure à cette acquisition. Ici, nous nous trouvons typiquement dans un cas de mise en œuvre possible de la GAP. Autre exemple : un an après l'acquisition, l'entreprise fait l'objet d'un contrôle fiscal qui porte sur une période antérieure à l'acquisition. Si un redressement est notifié, il y a bien un accroissement de passif pour la période antérieure à l'acquisition avec une révélation postérieure à celle-ci.

### **3- Les limites pouvant être apportées à cette garantie**

Le cédant peut apporter certains aménagements à la garantie qu'il octroie au repreneur afin de pas être indéfiniment tenu. En voici les illustrations les plus courantes :

- **Un seuil de déclenchement** en deçà duquel il ne sera pas possible d'appeler le cédant en garantie. Cependant, une fois le seuil dépassé, il y aura indemnisation dès le premier Euro.
- **Une franchise** : somme qui sera systématiquement à la charge du repreneur.
- **Un plafond de garantie** : de manière générale, il est fortement recommandé de limiter le montant des sommes qui pourraient être reversées par le cédant ; « le plafond » s'exprime généralement sous la forme d'un pourcentage du prix.
- **Une dégressivité du montant dans le temps** peut aussi être mise en place. En effet, les risques, le temps passant, disparaissent d'eux-mêmes, à savoir les clients règlent, les fournisseurs sont payés, les stocks sont vendus...
- **Une durée déterminée à cette garantie** : généralement entre 2 et 5 ans. En matière fiscale, on s'aligne la plupart du temps sur la prescription légale en la matière (3 ans).

### **Qu'en est-il de la franchise et du plancher de la GAP ?**

Il peut y avoir une franchise mais qui n'est jamais très élevée. L'objectif est de ne pas perdre de temps avec des préjudices d'un faible montant. Dans la plupart des cas, il est instauré un seuil de déclenchement. C'est-à-dire qu'en dessous d'un passif d'un certain montant, par exemple de 10 000 euros, on ne réclamera rien. Au-delà, le déclenchement de la GAP se fait. Il est possible de convenir d'un seuil de déclenchement plus d'une franchise par passif.

### **Comment est déterminé le plafond de la GAP ?**

Le plafond sera notamment déterminé en fonction du niveau de risque de l'activité. Par exemple, dans le bâtiment, il peut y avoir beaucoup de contentieux. Généralement, nous négocions un plafond avec des exceptions. Aujourd'hui, la GAP est

une réduction du prix de cession. Le plafond est en dessous du prix de cession. Il peut être prévu des exceptions notamment dans le cadre d'une activité avec de la propriété intellectuelle car les passifs peuvent être extrêmement importants et ils sont très difficiles à évaluer.

#### **La GAP est-elle limitée dans le temps ?**

Concernant la limitation dans le temps, de façon usuelle, pour tout ce qui est fiscal et social, nous reprenons les prescriptions légales. Pour les autres éléments, nous appliquons une durée de trois ans, parfois de deux ans. C'est souvent lors de la première année que les problèmes apparaissent.

#### **4- Les précautions à prendre : clauses**

D'autres clauses peuvent utilement accompagner une cession d'entreprise.

##### ***Clauses au bénéfice du repreneur :***

Clause de non-concurrence octroyée par le cédant au profit du repreneur. (durée, espace et champ d'application à définir)

Garantie de chiffre d'affaire ou de rentabilité : Dans ce cas, le niveau d'engagement du cédant est plus élevé, car il ne garantit pas seulement la sincérité des comptes mais il garantit en plus la pérennité de la société. Il garantit que la société aura la même valeur économique dans les X mois/années à venir. Cette clause peut aussi se révéler dangereuse, car le cédant ne dispose plus de la maîtrise de l'activité et des comptes.

Clause d'earn-out permettant d'intéresser le cédant aux résultats bénéficiaires de la cible dans un laps de temps défini après la cession. Là encore cette clause peut se révéler risquée pour le cédant.

##### ***Clause au bénéfice du vendeur :***

Garantie de paiement :

Pour la partie du prix payable immédiatement : il est nécessaire d'exiger un paiement à la date de la cession. En aucun cas, il ne faut procéder à l'ordre de transfert des titres sans être en possession d'un chèque de banque ou sans avoir constaté que le virement a été dûment effectué et que le compte est crédité.

Pour la partie du prix payable à terme : une garantie de paiement est indispensable. Le cautionnement bancaire est la garantie la plus utilisée dans ce cas de figure.

Prévoir la substitution du repreneur à tous les cautionnements, garanties et avals qui ont pu être octroyés par le cédant pour des contrats nécessaires à la poursuite de l'exploitation.

Définition d'une procédure spécifique de mise en oeuvre de la garantie sous peine de déchéance (c'est à dire que le non respect de la procédure par le repreneur le privera du droit de se prévaloir de la garantie):

Information de la survenance du fait susceptible d'être couvert dans le délai de la garantie sans quoi il y aura déchéance du droit à garantie. (Lettre Recommandée AR)

Prévoir que le cédant puisse être associé à la conduite d'une procédure contentieuse ou d'un éventuel règlement amiable.

Prévoir à quel moment la somme sera exigible.

##### ***Clauses profitables aux deux parties :***

- Le règlement des litiges : le tribunal compétent est en principe celui du lieu du domicile/siège social du défendeur (celui contre qui l'affaire est engagée). La cession de contrôle d'une société (à l'opposé d'une simple cession d'actions ou de parts sociales) revêtant un caractère commercial, les Tribunaux de Commerce sont donc les juridictions compétentes. De plus, en matière commerciale les parties peuvent désigner dans leur contrat, une juridiction particulière qui sera compétente pour juger leurs éventuels litiges ultérieurs.

- La clause attributive de compétence : les parties s'en remettent toujours aux juridictions étatiques (coût moindre) mais elles peuvent désigner celle qui sera compétente.

Exemple : Le Tribunal de Commerce de Paris, Le Tribunal du ressort du demandeur.

- La clause compromissoire (recours à l'arbitrage) : procédure rapide permettant de préserver la confidentialité, mais qui reste onéreuse.

## **5 - Garantir la garantie**

Il est fortement conseillé au repreneur d'exiger une contre-garantie de la part du cédant, qui garantira la garantie, celle-ci pouvant revêtir plusieurs formes :

La mise sous séquestre consiste à déposer auprès d'un tiers assermenté une partie du prix de vente, qui par là même, devient indisponible jusqu'à l'expiration de la garantie.

La garantie bancaire prend généralement la forme de sûretés personnelles, telles qu'un cautionnement ou une garantie à première demande. Ce type de sûreté est tout à l'avantage du repreneur, car elle est aisée à mettre en oeuvre. En ce qui concerne le cédant, il devra fournir des garanties à la banque (ex : immobilisation d'une partie du prix reçu, portefeuille de titres en garantie...) qui ne lui permettront pas de disposer immédiatement de la somme reçue en règlement de la cession.

Une sûreté réelle est aussi envisageable. L'hypothèque ou le nantissement sont les principales. Cependant le cédant ne sera pas toujours prêt à l'octroyer car le plus souvent elle grèvera ses biens personnels. De plus, du point de vue du repreneur, une telle sûreté requiert une procédure assez lourde pour sa mise en oeuvre.

La souscription d'une assurance garantie de passif. Il existe deux types de police, celle du vendeur et celle de l'acheteur. Les deux polices se règlent le plus souvent par le paiement d'une prime unique lors de la souscription de l'assurance. L'assurance vendeur évite l'immobilisation d'une partie du prix de cession. En ce qui concerne la police de l'acheteur, elle lui garantit une indemnisation certaine et facilitée.