DROIT COMMERCIAL

VENTE DE SOCIÉTÉ ET CONVENTION DE GARANTIE : ANTICIPATION ET VIGILANCE

Lors de la vente ou de la transmission d'une société, correspondant la plupart du temps à la cession de 100 % des titres composant son capital social, peu de dirigeants de PME ont une idée précise de l'ensemble des actes et conditions qui vont régir la transmission de l'entreprise. Or, outre les conditions financières de l'opération, notamment concernant le prix de vente, il existe une convention complémentaire mais indissociable qu'on a coutume de dénommer « convention de garantie actif passif » ou « GAP ».

Les conventions de garantie sont d'autant plus importantes qu'elles vont maintenir un lien contractuel entre l'acquéreur et le cédant pendant leur durée d'application après la vente de la société, et leur mise en œuvre est souvent délicate et source de litiges. Etant purement contractuelles ces garanties complètent les garanties légales éventuellement applicables (garantie d'éviction, garantie des vices cachés notamment), avec l'avantage d'une rédaction sur mesure. Après avoir défini l'objet d'une telle convention, nous décrirons les principales variantes rencontrées dans la pratique, et les points de vigilance les plus importants.

Définition : La convention de garantie est un contrat issu de la libre négociation entre les parties, par lequel un ou plusieurs vendeurs de titres de sociétés vont garantir à l'acquéreur une indemnisation en cas de survenance, dans une période à déterminer faisant suite à la vente, d'un événement entrainant un préjudice à la société et / ou à l'acquéreur, et dont le fait générateur est antérieur à vente. Il s'agit donc d'une sorte « d'assurance » dont le champ et les conditions d'application sont purement contractuels et résultent uniquement de la négociation dans le cadre de la vente. Certes, la réalisation d'audits par l'acquéreur pourra lui permettre d'avoir une meilleure connaissance de l'entreprise, mais il est rare que la réalisation d'audits entraine décharge de garantie du vendeur. En effet, l'objet de la convention de garantie n'est pas de mettre en cause la sincérité du vendeur, mais par définition de couvrir des risques dont le vendeur n'a pas connaissance. Cela ne saurait donc en aucun cas dispenser le vendeur d'une analyse des forces et faiblesses de son entreprise avant sa mise en vente officielle, ni de la révélation d'informations dont la connaissance, ou l'absence de connaissance, peut être déterminante du consentement de l'acquéreur (article 1112-1 du code civil).

Il apparait clairement qu'à l'intérieur de cette définition, la géométrie des garanties données par le vendeur peut être très différente d'une convention à l'autre.

1 – Les éléments chiffrés de la convention : La négociation porte toujours sur des éléments chiffrés précis : détermination du plafond d'indemnisation, détermination d'un seuil de déclenchement et / ou d'une franchise pour éviter que l'acquéreur ne mette en jeu la garantie du vendeur pour des préjudices considérés comme non significatifs, détermination de la durée d'application de la garantie (souvent liée à l'écoulement de délais de prescription légaux notamment en matière fiscale et sociale), et enfin détermination des conditions d'une garantie de solvabilité du vendeur appelée « garantie de la garantie », prenant en pratique fréquemment la forme d'une caution bancaire ou garantie à première demande, parfois d'un séquestre d'une partie du prix de vente des titres de la société. Cette garantie de solvabilité a des conséquences immédiates pour le vendeur, puisqu'elle nécessite systématiquement le blocage d'une somme équivalente, soit prélevée sur le prix de vente, soit sur des fonds dont dispose le vendeur, et engendre des frais (intérêts, coût du séquestre...).

2 – Détermination de la nature de la garantie : Outre ces éléments chiffrés, la négociation doit aussi porter sur la nature même de la garantie conférée. En effet, la pratique a montré une évolution concernant le préjudice couvert par la garantie. D'une « simple » garantie du passif de la société, parfois également des actifs, avec ou sans référence à la situation nette de la société, les vendeurs sont de plus en plus souvent confrontés à des demandes de garantie beaucoup plus larges, visant l'indemnisation de tout préjudice qui serait causé à la société ou à l'acquéreur, à raison d'événements dont le fait générateur est antérieur à la date de la vente. La plupart du temps, le préjudice ou le dommage survient simplement du fait de l'absence de déclaration du vendeur, ou du fait de l'inexactitude de certaines déclarations.

Il existe donc deux grandes conceptions qui consistent :

- soit à garantir une situation de bilan (actif ou passif ou situation nette) telle qu'apparaissant sur des comptes sociaux qui serviront de référence, le préjudice indemnisable ne pouvant découler que d'une diminution des actifs et / ou d'une augmentation du passif de référence,
- soit à garantir tout préjudice, qui serait généré par un défaut d'information, et / ou l'inexactitude d'une déclaration faite par le vendeur.

La convention de garantie est ainsi toujours assortie de déclarations faites par le vendeur, qui doivent être les plus précises possible et couvrir tous les actifs et passifs de la société ainsi que tous les éléments nécessaires ou importants à son fonctionnement, y compris les engagements ne figurant pas au bilan. Dans la seconde hypothèse de garantie, la partie relative aux déclarations faites est d'autant plus importante. Pour le vendeur, cela implique une préparation et une connaissance parfaite de tous les éléments qui pourraient s'avérer susceptibles de créer un préjudice, et de refuser dans la mesure du possible de garantir l'exhaustivité des informations communiquées. Une garantie de sincérité est dans ce cas préférable pour le vendeur, à une garantie d'exactitude des informations. Un pré audit par le vendeur lui-même et ses conseils peut s'avérer utile afin de mieux connaitre les points de vigilance, qui peuvent être ceux soulevés par un acquéreur, et dont le chef d'entreprise n'a pas toujours conscience. Outre les domaines fiscaux et sociaux, le risque peut être lié à des clauses contractuelles spécifiques avec des clients ou des fournisseurs stratégiques pour l'entreprise et la pérennité de son exploitation...

3 – Modalités de mise en œuvre et modalités d'indemnisation : La convention de garantie doit également prévoir les modalités de sa mise en œuvre, ainsi que la forme que prendra l'indemnisation.

S'agissant des modalités de mise en œuvre, il convient d'être le plus précis possible afin d'éviter toute difficulté d'interprétation, notamment pour le juge qui serait amené à trancher un litige entre les parties. La convention doit prévoir le délai de déclaration par le vendeur de tout événement justifiant le déclenchement d'une indemnisation, et préciser clairement si le défaut de respect de ce délai est exonératoire de garantie pour le vendeur. A défaut de précision, les juges considèrent le plus souvent qu'il n'y a pas d'exonération du vendeur. Elle doit aussi prévoir et organiser, en cas de contrôle d'une administration, ou de réclamation d'un tiers, un droit d'intervention du vendeur dans les discussions ou procès, dans la mesure où à la suite de la vente il n'a évidemment plus aucun droit pour agir au nom de la société.

S'agissant de la forme de l'indemnisation, il convient également d'être précis afin d'éviter toute contestation ultérieure. Il peut s'agir de l'indemnisation d'un préjudice subi par la société, auquel cas l'indemnité due par le vendeur est versée directement à la société, mais il peut également s'agir d'une indemnisation de l'acquéreur, auquel cas il percevra directement l'indemnité. Dans cette dernière hypothèse, l'indemnité versée peut être affectée en réduction du prix des titres, ce qui peut présenter un avantage fiscal. Mais dans ce cas il semble nécessaire de le prévoir expressément dans la convention, sans laisser de choix aux parties, afin de limiter le risque de contestation de cette qualification par l'administration fiscale.

Enfin, en cas de pluralité de vendeurs, il faut s'interroger sur l'opportunité de libérer certains vendeurs de toute obligation de garantie, par exemple dans l'hypothèse assez fréquente où les parents ont transmis une partie des titres de la société à leurs enfants juste avant la vente pour des raisons fiscales et patrimoniales. Il est également impératif de statuer dans la convention sur l'existence d'une solidarité ou non entre les vendeurs.

*

La convention de garantie est un acte absolument déterminant de la vente d'une société, donnant parfois lieu à d'âpres négociations, car elle peut avoir, directement ou indirectement, une incidence significative sur les sommes nettes finalement perçues par le vendeur.

Nous nous sommes ici focalisés sur l'hypothèse de la vente globale d'une entreprise, mais la rédaction d'une clause ou convention de garantie est également pertinente dans le cas de vente partielle de titres, en cas d'augmentation de capital social avec arrivée de nouveaux associés ou investisseurs, de même qu'en cas d'opération de restructuration de sociétés (fusions, scissions, apports partiels d'actifs).

Emmanuel MAITRE
Serge Vicente
Simon POLGE
Avocats CADRA

CADRA
Cabinet d'Avocats en Droit des Affaires