

DROIT DES AFFAIRES ♦ Analyse

L'expansion abusive des garanties d'actif net

Les conventions de garantie d'actif pourraient avoir une étendue beaucoup plus réduite et se limiter au cas où le cédant a provoqué la diminution d'actif net par un comportement anormal, une fraude par exemple.

♦ L'acquéreur d'une société ne dispose en droit commun que de très faibles garanties sur l'état de l'entreprise dont il prend le contrôle. Confrontée à cette insuffisance, la pratique a élaboré des garanties conventionnelles, dites « garanties de passif », qui sont en réalité, le plus souvent, des garanties d'actif net établies à partir d'un bilan de référence. Il est prévu en général une indemnisation ou une réduction du prix si de nouveaux passifs ou de diminutions d'actif apparaissent après la cession conduisant à un amoindrissement de l'actif net du bilan de référence. Certains commentateurs ont déjà noté que la complexité croissante de ces garanties était à la source de contentieux de plus en plus nombreux.

Pour notre part, et c'est probablement aller à contre-courant, il nous semble que les garanties d'actif net telles qu'elles sont actuellement conçues par la pratique appellent également des réserves sur l'étendue des garanties fournies par le vendeur. Soulignons que s'agissant de garanties purement contractuelles, le vendeur et l'acquéreur peuvent librement fixer l'étendue de ces garanties.

En premier lieu, le plus souvent la mise en place même des conventions de garanties net n'intervient pas dans des conditions satisfaisantes. Ainsi, dans le cadre des négociations, les parties s'entendent en général dans une première étape sur le prix. Au cours de cette première étape, les parties prévoient dans le meilleur des cas que la cession sera accompagnée de « garanties d'usage », en précisant plus ou moins ce qu'il faut entendre par là. Dans le pire des cas, la question de l'étendue des garanties n'est pas abordée. Ce n'est qu'une fois le prix définitivement établi qu'intervient, le plus souvent, la négociation de la convention de garantie. A de rares exceptions près, cette négociation n'aura pas d'influence sur le prix.

Une telle procédure nous paraît critiquable. En effet, le prix et le risque constituent un couple indissociable. On ne peut pas augmenter le risque prix par le vendeur - à savoir augmenter le montant de la garantie ou multiplier les cas de mise en jeu - sans simultanément augmenter le prix de cession. Il faudrait donc que, contrairement à un usage répandu, l'étendue des garanties fournies soit débattue avec le prix.

On peut également s'interroger sur les postes de bilan ou sur les événements garantis. Dans les faits, les cas les plus fréquents de mise en jeu des conventions de garantie correspondent à des créances non provisionnées qui en

définitive se révèlent impayées, à des passifs fiscaux qui apparaissent à la suite d'un contrôle, aux coûts de litiges non provisionnés ou encore à la mise en cause de la responsabilité civile produit, etc.

Mécanismes d'assurance

Dans cette énumération, on peut notamment relever que l'absence de provisionnement de certaines créances ou la mise en jeu de la responsabilité civile produit correspondent à des situations où des mécanismes d'assurance existent. Avec une convention de garantie couvrant l'acquéreur contre les créances impayées non provisionnées ou contre la mise en jeu de sa responsabilité civile produit, le vendeur est alors placé dans une situation similaire à celle des compagnies d'assurances garantissant ce type de risques.

Cette situation paraît anormale. D'une part, comme indiqué plus haut, le vendeur ne recevra aucune rémunération pour l'assurance qu'il donne puisque le prix est fixé avant que la garantie ne soit déterminée. D'autre part, il ne pourra pas répartir les risques qu'il prend sur un grand nombre d'affaires de type similaire. Le vendeur se retrouve donc placé dans la situation d'un assureur alors que deux éléments essentiels des mécanismes de l'assurance sont absents : le paie-

ment d'une prime et la mutualisation du risque.

On pourrait cependant rétorquer que les événements ci-dessus évoqués ne mettront en jeu la garantie d'actif net que dans la mesure où le vendeur n'aura pas convenablement assuré la société cédée. C'est donc à ce titre qu'il doit être pénalisé. Cet argument n'est pas convaincant. En premier lieu, même convenablement assuré et compte tenu des limites des garanties fournies par les assureurs, le vendeur pourrait voir la garantie d'actif net jouer à son encontre : le vendeur fournit alors une garantie supérieure aux garanties fournies par les professionnels de l'assurance, ce qui est pour le moins inattendu. De plus, l'acquéreur avant la cession pourra se faire communiquer les contrats d'assurance et pourra, dans la mesure où ses assureurs l'accepteront, compléter les garanties qui lui paraîtront insuffisantes.

Plus généralement, les garanties d'actif net semblent aujourd'hui fondées sur le principe, critiquable, selon lequel le vendeur connaîtrait parfaitement l'entreprise qu'il cède, et qu'il serait à même d'évaluer tous les risques qu'elle encourt. Ce principe est manifestement inexact. Aussi bon gestionnaire soit-il, le chef d'entreprise ne peut pas connaître parfaitement son entreprise et les risques encourus : par exemple, il y aura toujours un risque qu'un client apparemment parfaite-

ment solvable soit en réalité incapable d'honorer ses dettes, ou un risque qu'un produit conçu avec le plus grand soin comporte certains défauts. Quelle que soit la qualité de chef d'entreprise, il y a toujours un risque non maîtrisable.

Dans le cas d'une cession, les conventions de garantie d'actif net choisissent aujourd'hui de mettre à la charge du vendeur ce risque, tel qu'il existe à la date de cession. On pourrait cependant tout aussi bien considérer que c'est au nouveau chef d'entreprise de l'assumer ; et rien ne s'oppose à ce que les parties à la vente établissent une convention de garantie en ce sens.

Risque « normal » ou « anormal »

Les conventions de garantie d'actif pourraient donc avoir une étendue beaucoup plus réduite, et pourraient se limiter au cas où le cédant a provoqué la diminution d'actif net par un comportement anormal, une fraude par exemple. Il est cependant probable que les garanties d'actif net telles qu'elles existent aujourd'hui ont encore de beaux jours devant elles. Il est, en effet, très difficile de définir la frontière entre le risque « normal » d'entreprise qui ne devrait pas être couvert, et le risque « anormal » qui, lui, devrait être garanti. De plus, compte tenu de la pratique des tribunaux qui interprètent restrictivement les garanties d'actif net, l'acquéreur qui accepterait une garantie plus réduite que les garanties usuelles pourrait se retrouver en cas de contentieux avec une garantie encore plus réduite que celle espérée ou même sans garantie du tout. Enfin, les garanties actuelles permettent d'établir un inventaire de la société cédée.

Bruno Pichard (*)

(*) Avocat au Barreau des Hauts-de-Seine. Michel Pichard & Associés.