



Par Bruno Pichard,
Avocat associé

GARANTIES DE PASSIF : LES RISQUES JURIDIQUES

Les garanties dites de « passif » ont suscité diverses interrogations sur leur validité et tout particulièrement sur les conséquences qu'elles peuvent avoir sur la validité de la cession. Ces garanties pourraient *a priori* venir en contradiction avec trois principes :

- l'interdiction des clauses léonines ;
- la nécessité d'un prix déterminé ou déterminable ;
- l'obligation d'avoir un prix sérieux.

Par ailleurs, outre le risque d'entacher la validité de la cession, ces clauses pourraient être considérées comme des clauses pénales. Le juge pourrait alors modifier le montant des indemnités stipulées s'il l'estimait manifestement excessif ou dérisoire.

Ces risques s'apprécient différemment si la convention de garantie prévoit le versement d'une indemnité au cessionnaire, à la cible, ou même aux créanciers de la cible (clauses indemnitaires), ou si la convention de garantie prévoit une révision du prix.

Nous distinguerons donc les risques communs des risques spécifiques.

I- Risque commun : l'éventuel caractère léonin

Rappelons que l'article 1844-1 du Code civil prohibe toute stipulation attribuant à un associé la totalité du profit ou l'exonérant de la totalité des pertes (clauses dites léonines).

Certains commentateurs se sont alors demandés si les conventions de garantie ne pourraient pas tomber sous le coup de la prohibition de l'article 1844-1, que ces conventions prévoient une indemnité ou une réduction de prix.

En effet, si la convention de garantie est suffisamment large, toute nouvelle perte pour la société cible devra, en principe, se traduire par une mise en jeu de la garantie. Le cessionnaire sera donc couvert contre cette perte, et cette couverture sera d'autant plus manifeste dans le cas d'une réduction de prix ou dans le cas où l'indemnité lui sera versée directement. Si

l'indemnité est versée à la cible, l'exonération de la participation aux pertes est moins évidente. Cependant, même dans ce cas, cette analyse pourrait s'appliquer, puisque, en définitive, du fait de l'indemnité, la perte initiale sera compensée.

Les conventions de garantie, même les plus larges, ne doivent cependant pas, nous semble-t-il, être considérées comme des conventions léonines. D'une part, en dépit des hésitations que peut faire naître la jurisprudence sur la portée de l'article 1844-1, il est un point qui n'est pas contesté : les garanties offertes par un tiers à la société ne sont pas prohibées et l'article 1844-1 ne s'applique qu'aux conventions intervenues entre associés (voir J.C.L., *Sociétés*, fasc. 17, n° 70). Dans le cas d'une cession de droits sociaux et à moins que le cédant ne reste partiellement associé, la Convention de garantie n'intervient qu'entre deux personnes qui ne sont pas simultanément associées de la même société. La prohibition ne peut donc pas s'appliquer.

D'autre part, même si le cédant reste partiellement associé, il semble que la prohibition ne s'appliquera pas non plus. En effet, la convention de garantie, même illimitée, n'a pas pour effet d'exonérer un associé de toutes les pertes mais ne peut avoir au mieux pour effet que de l'exonérer de toutes les pertes existant à la date de la prise d'effet de la garantie. En revanche, les pertes qui pourraient intervenir ultérieurement ne sont pas couvertes et resteront donc supportées par le nouvel associé.

II- Les risques spécifiques aux clauses de révision de prix

A) L'indétermination du prix

Selon l'article 1591 du Code civil, le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties.

La jurisprudence en déduit que la vente n'est parfaite que s'il est possible de déterminer le prix indépendamment de la volonté de l'une des parties ou de la réalisation d'accords ultérieurs (Cass. Comm., 24 mars 1965, Dalloz, 1965.474). En cas d'indétermination du prix, la sanction est l'annulation de la vente.

Les clauses de révision de prix prévoient en général qu'en cas de mise en jeu de la garantie, le prix de cession sera réduit d'une somme égale au montant du sinistre. Une première lecture de ce type de clause peut donner l'impression que la réduction est clairement définie : par exemple, une créance non provisionnée se révèle en définitive totalement impayée.

Le montant de la réduction de prix est égal au montant de la créance impayée.

En tant que telles, les clauses de révision de prix ne sont donc pas nécessairement en contradiction avec l'article 1591 du Code civil. Toutefois, compte tenu de la complexité de ces clauses, elles peuvent aisément conduire à une indétermination du prix. Trois exemples illustreront notre propos.

1) Les clauses permettant au garant d'intervenir en cas de sinistre

Ces clauses peuvent permettre au garant d'être simplement informé de la procédure de règlement du sinistre, et éventuellement de présenter ses observations sans que le cessionnaire soit tenu de les suivre. Elles peuvent également autoriser l'intervention du garant dans cette procédure, aucun règlement ne pouvant intervenir sans son accord. Dans ce cas, ces clauses sont dites aussi clauses de direction de procès.

Le cédant et le cessionnaire peuvent aisément avoir des intérêts divergents dans le règlement de ces sinistres. En particulier, le cessionnaire peut accepter de régler une difficulté avec un client en lui payant une forte indemnité sachant que, d'une part, ceci lui permettra d'espérer conserver ce client et que, d'autre part, le paiement de cette indemnité sera en définitive supporté par le garant. Naturellement, de son côté, le garant voudra minimiser le coût.

Il est donc nécessaire de prévoir comment seront tranchés les désaccords entre le cessionnaire et le garant si l'accord de ce dernier est requis. On constate cependant qu'un certain nombre de clauses de révision de prix ne prévoient rien en ce sens.

Si rien n'est prévu, en cas de désaccord, le sinistre devra quand même être réglé. C'est alors le cessionnaire en tant que maître de l'entreprise cible, qui décidera seul de ce règlement, en passant nécessairement outre le désaccord du cédant. Mais le cédant pourra alors prétendre que le montant du sinistre a été déterminé sans son accord, qu'en conséquence le montant de la réduction de prix, et donc du prix, a été fixé unilatéralement par le cessionnaire. Il y a donc là un risque important d'indétermination du prix.

2) La prise en compte des économies d'impôt

Très fréquemment, les conventions de garantie prévoient que la somme à payer par le garant sera calculée en fonction de la charge supplémentaire supportée par la société cible mais après déduction de l'éventuelle économie d'impôt en résultant pour cette société.

Dans la mesure où cette nouvelle charge serait déductible, une telle clause peut également conduire à l'indétermination du prix :

- en premier lieu et sans entrer dans le détail, il faut relever

que les sociétés ont une certaine marge de manœuvre pour déterminer, en toute légalité, le montant de leur résultat fiscal. A titre d'exemple, elles peuvent diminuer ce résultat en optant pour l'amortissement dégressif des biens pour lesquels cet amortissement, plus rapide, est autorisé. Dans le cas des frais d'établissement (frais supportés par l'entreprise et qui conditionnent son activité générale mais qui ne peuvent être rattachés à une production déterminée), la société a également le choix entre considérer ces frais comme des charges immédiates ou, au contraire, les amortir sur 5 ans.

Dans la mesure où le résultat de la société cible est proche de l'équilibre, il est donc possible pour le bénéficiaire, de le rendre soit positif, soit négatif. Prenons alors le cas où la charge supplémentaire est une charge déductible. Si le résultat de la société cible, avant prise en compte de cette charge, est déjà négatif, il n'y aura pas d'économie d'impôt. En revanche, si le résultat est positif, cette réduction d'impôt pourra exister. La somme à payer par le garant peut donc, dans ce type de situation, être modulée au gré du bénéficiaire (avec naturellement l'accord de la société cible, société dont il est supposé avoir la maîtrise).

Il y a donc, ici aussi, un risque d'indétermination du prix.

- On peut également s'interroger sur ce type de clause lorsque la société cible régulièrement bénéficiaire est absorbée par une société, elle, régulièrement déficitaire.

Si la société résultant de l'opération demeure déficitaire, une charge supplémentaire, même déductible, ne donnera pas lieu à économie d'impôt. Le garant pourrait toutefois être tenté de prétendre que le calcul de l'économie d'impôt doit s'effectuer en fonction des résultats de la société cible isolée.

Par hypothèse, cette société ayant été absorbée, ce résultat ne peut plus être isolé et même s'il pouvait l'être, il ne pourrait pas donner lieu à économie d'impôt. Ici aussi, on aboutit à une impasse qui pourrait conduire à une indétermination du prix.

- L'intégration fiscale peut de son côté réserver des surprises. Dans le cas où la société cible est intégrée fiscalement dans les résultats du groupe cessionnaire, une convention d'intégration devra être établie. Ce type de convention peut en toute légalité prévoir que les filiales intégrées, donc la société cible, ne paieront aucun impôt sur les sociétés. Dans ce type de convention, seule la société mère supporte l'impôt dû et elle seule bénéficie des éventuelles économies d'impôts réalisées par le groupe dans son ensemble.

Dans ces conditions, en cas d'apparition de nouvelles charges déductibles chez la société cible, comment déterminer le montant réellement supporté par cette société, éventuelle économie d'impôt déduite ?

Qu'advient-il également dans ce type de situation ?

3) Les réclamations provenant de produits défectueux

En cas de malfaçon dans la fabrication des produits de la société cible, un problème d'indétermination peut également apparaître. En effet, la malfaçon aura un premier effet sur le bilan : le client pourra refuser d'honorer sa dette totalement ou partiellement, et ainsi la créance correspondante devra être provisionnée ou passée en perte en tout ou partie. Le montant à payer est alors relativement simple à évaluer.

En revanche, la malfaçon peut avoir d'autres effets négatifs sur la société et notamment sur son image de marque et sur les relations futures avec la clientèle. Si, à l'actif de la société, son fonds de commerce a été valorisé, il peut être nécessaire de passer une provision correspondant à la perte de valeur de ce fonds. Cette provision risque d'être très difficile à évaluer et risque de conduire à un désaccord entre le cédant, et le cessionnaire. Et de là à une indétermination du prix.

4) Une solution possible : le recours à un expert

Comme il paraît difficile de donner une solution simple aux problèmes exposés ci-dessus, et comme de toute façon, il subsistera d'autres cas où une indétermination pourra se révéler, il paraît indispensable de prévoir un mécanisme permettant de déterminer le prix. Ce mécanisme peut être celui prévu à l'article 1592 du Code civil qui prévoit la possibilité de laisser à un tiers la détermination du prix, soit en l'occurrence la détermination de la réduction de prix. Il sera également important de prévoir avec soin le mode de désignation de ce tiers arbitre. L'article 1592 ajoute, en effet, que si ce tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point vente.

Soulignons qu'il est douteux que le tiers arbitre visé à l'article 1592 se confonde avec le ou les arbitres qui peuvent être nommés si la convention de garantie prévoit une clause d'arbitrage. Bien que désignés par le même terme, leurs missions sont distinctes. Le tiers arbitre de l'article 1592 a pour mission de compléter le contrat, alors que l'arbitre au sens usuel a pour mission de résoudre un litige dans le cadre d'un contrat déjà existant (voir J.C.L. Civil, articles 1591 à 1593, Fasc. 110, n°102).

Cette distinction entre ces deux types d'arbitres est assez subtile et ne fait d'ailleurs pas l'unanimité de la doctrine. Pour certains auteurs, l'arbitre usuel pourrait fixer le prix, comme le tiers arbitre de l'article 1592. Par mesure de prudence, il paraît cependant nécessaire, même avec une clause d'arbitrage, de prévoir l'intervention du tiers arbitre de l'article 1592. A défaut, la fixation du prix par l'arbitre usuel pourrait être contestée et donner lieu ainsi à une indétermination du prix (voir « La maîtrise de l'indétermination du prix », p. 6 Editions Techniques, *Acte Pratique*, n° 2 ; voir également I. Urbain Parleani, *Rev. Soc.*, 1993, p. 96).

Une décision de la Cour de Cassation en date du 10 mars 1998 (Jurisdata, n° 001067) pourrait cependant réduire les risques d'indétermination du prix évoqués ci-dessus. Dans cette affaire, la Cour suprême a considéré que la simple formule :

« le prix sera fonction de l'évolution des résultats et de la valeur réelle de l'entreprise au moment de chaque transaction », non seulement ne rendait pas le prix indéterminable par son imprécision, mais qu'en outre elle permettait la désignation, par voie judiciaire, d'un expert chargé de fixer le montant de ce prix.

B) Prix dérisoire

Si le prix de vente est dérisoire, la vente est nulle. Le prix est considéré comme dérisoire lorsqu'il est extrêmement faible par rapport à la valeur vénale de l'objet cédé (voir Ph. Malaurie et L. Aynes, *Les contrats spéciaux*, n°s 215 à 219). Dans le cas d'une clause de révision de prix, la mise en jeu peut conduire à la restitution par le cédant de l'intégralité du prix payé. Il nous semble cependant que la réduction du prix ne peut pas, à elle seule, conduire à un prix vil ou dérisoire, dans la mesure où le prix initial était sérieux.

En effet, il ne peut y avoir réduction de prix que si la société cible a subi au titre de la période couverte par la garantie des pertes non prises en compte lorsque la cession est intervenue. Ces pertes ont alors automatiquement pour effet de réduire la « valeur » de la société cible. Considérer que cette diminution de valeur est égale au montant des pertes subies correspond à une valorisation de la société en fonction de la seule valeur mathématique (autrement dit, en fonction de la valeur de ses capitaux propres). Cette méthode n'est certes pas la seule méthode d'évaluation d'une société, ce n'est pas non plus nécessairement l'une des méthodes qui aura été utilisée pour évaluer la société lors de son acquisition, mais il s'agit d'une méthode « sérieuse ». L'utiliser pour réduire le prix initial ne peut donc pas, à notre sens, conduire à un prix dérisoire si le prix initial ne l'était pas. Tout au plus, pourrait-on trouver que la réduction du prix devrait être calculée suivant les mêmes méthodes que le prix initial. Ceci laisserait cependant supposer que le prix est établi sans empirisme et sans négociation, uniquement à partir de méthodes strictement définies, ce qui n'est que rarement le cas en pratique.

Remarque : L'application de la réduction de prix peut conduire à la restitution intégrale du prix payé. Dans ce cas, la cession sera en définitive intervenue pour un prix symbolique. Pour un auteur (T. Lambert, *Rev. Soc.*, 1993, p. 11), une telle cession devrait être considérée comme nulle, au motif que : « le défaut de toute contrepartie onéreuse à la livraison des titres, l'absence de tout engagement pesant sur l'acheteur stipulé au bénéfice du vendeur et lui procurant par voie de relation un avantage, ne peut qu'amener à la nullité de l'opération pour absence de cause ».

Il nous semble toutefois que cette analyse ne tient pas compte en particulier de ce que le prix n'est dérisoire ou vil que s'il est très faible par rapport à sa valeur vénale réelle. Or, cette dernière valeur peut très bien être nulle si personne ne souhaite acheter les titres en question pour un prix supérieur à un prix symbolique.

La jurisprudence considère d'ailleurs qu'un prix de cession de droits sociaux fixé à un franc n'est pas nécessairement un prix vil ou dérisoire (voir, sur la validité de ce type de cession, Cass. Comm., 6 janvier 1987, *Rev. Soc.*, 1987, p. 597, ou plus récemment C.A. Paris, 3^e Chambre A, 12 novembre 1991, *R.J.D.A.*, 1992, n° 157).

III- Les risques spécifiques aux clauses d'indemnité

Le problème ici posé est de déterminer si une convention de garantie prévoyant le versement d'une indemnité en cas de sinistre peut être considérée comme une clause pénale. L'enjeu de cette question est la possibilité pour le juge de réduire, ou éventuellement d'augmenter, cette indemnité si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Rappelons que la fixation conventionnelle des dommages et intérêts est visée par deux séries d'articles du Code civil : l'article 1152, d'une part, et les articles 1226 et suivants, d'autre part. La majorité de la doctrine et de la jurisprudence ne fait pas de différence entre ces deux séries d'articles, et désigne uniformément les clauses fondées sur elles sous le nom de clause pénale. Selon cette doctrine et la jurisprudence, pour qu'une clause soit qualifiée de clause pénale, il est nécessaire, entre autres conditions, que son objet soit d'obtenir l'exécution d'une obligation. Cette clause doit donc avoir un effet comminatoire, elle doit contenir une menace. A défaut, le juge ne peut modifier le montant des dommages-intérêts conventionnels (voir par exemple, Répertoire Dalloz Civil, Clause pénale, n° 18, J.C.L. Civil, article 1146, fasc. 22, n° 9).

Une partie de la doctrine conteste toutefois cette analyse (voir J. Mestre, *R.T.D., Civil*, 1985, p. 372, G. Viney, *La responsabilité : effets*, n° 250), et considère que l'article 1152 et les articles 1226 et suivants doivent être différenciés. Selon cette doctrine, il existerait des clauses pénales *stricto sensu*, visées aux articles 1226 et suivants qui auraient un aspect comminatoire. Il existerait également des clauses fixant conventionnellement les dommages-intérêts en cas d'inexécution de la convention. Ces clauses seraient visées à l'article 1152 et le juge pourrait modifier le montant des indemnités qu'elles stipulent, même en l'absence d'aspect comminatoire.

Quoiqu'il en soit, qu'il s'agisse de l'article 1152 ou des articles 1226 et suivants, deux conditions au moins doivent être remplies pour que le juge puisse modifier l'indemnité. D'une part, celle-ci doit sanctionner une inexécution. D'autre part, l'indemnité doit être manifestement excessive ou dérisoire.

Or, il nous semble que ces conditions ne seront pas remplies ou seulement partiellement en matière de convention de garantie.

En premier lieu, peut-on parler d'inexécution ? Les conventions de garantie prévoient en général un grand nombre de déclarations du cédant sur l'état de la société cédée. Si l'une de ces déclarations est inexacte, on peut alors effectivement considérer qu'il y a un manquement de la part du cédant.

Cependant, les conventions de garantie prévoient également une obligation d'indemnisation du simple fait de l'apparition d'un sinistre, même sans faute du cédant. Il en sera ainsi, par exemple, si un salarié licencié plusieurs années auparavant assigne la société cible après la cession et obtient satisfaction devant les tribunaux. Il en sera de même si un client qui n'a jamais posé de difficultés et qui a toujours honoré ses dettes se trouve subitement défaillant. Dans ce type de sinistre, il n'y a pas d'inexécution de la part du cédant. On peut donc estimer qu'au moins partiellement, les conventions de garantie ne sanctionnent pas l'inexécution d'une obligation.

En second lieu, on peut certes contester que le montant des indemnités à verser corresponde réellement au préjudice subi par le cessionnaire, si celui-ci est le bénéficiaire de la garantie. Ce montant peut cependant difficilement être qualifié de dérisoire ou d'excessif, puisqu'il correspond à l'application de la méthode d'évaluation d'une société à partir de ses capitaux propres.

Pour notre part, nous estimons donc que les conventions de garantie ne constituent pas de véritables clauses pénales au sens des articles 1152 et 1226, et qu'en outre, même si notre analyse était inexacte, il serait difficile de modifier le montant de l'indemnité prévue (voir, pour une opinion contraire, J. Denecker, « Les clauses de garantie de passif », *Rev. des Conseils Juridiques*, octobre 1986, p. 24).

Remarque : Pour certains auteurs, les clauses de garantie ne pourraient pas être des clauses pénales, car les clauses pénales doivent prévoir un montant forfaitaire. Cet argument ne nous semble cependant pas convaincant si le bénéficiaire de la garantie est le cessionnaire. Il est certes exact que les clauses de garantie ne mentionnent pas un montant déjà chiffré, puisque les sommes dues ne seront connues qu'après réalisation du sinistre. Cependant, elles fixent un mode de détermination aboutissant à une somme qui n'est pas nécessairement égale au montant du préjudice subi. De ce point de vue, il y aurait donc bien une évaluation forfaitaire, même si le forfait n'est connu qu'ultérieurement. La Cour de Cassation n'exige d'ailleurs pas que le montant du forfait soit connu *a priori*. En revanche, son mode de détermination doit être fixé (Cass. Civ. 1, 9 mars 1977, Bull. Civ. I, n° 126).

Comme on peut le constater, les garanties de passif ont suscité des questions variées quant à leur validité. Les principaux doutes peuvent cependant être considérés comme levés à ce jour et sous réserve d'une rédaction appropriée, les possibilités de les remettre en cause avec succès sont donc faibles. Il faudra à ce propos être tout particulièrement vigilant sur le risque d'indétermination du prix et prévoir le recours à un expert aussi souvent que nécessaire.

Bruno Pichard,
Avocat associé, Pichard & Associés
Avocat au Barreau des Hauts de Seine