

COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS COMPTABLES JUDICIAIRES

(Cour de Cassation et Cours d'Appel)

XXVIII^e CONGRES NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

sur le thème

**L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE
ET L'APPLICATION
DES CLAUSES DE GARANTIE DE PASSIF**

(Cour d'Appel de Pau)

6 octobre 1989

COMPTES RENDUS STENOGRAPHIQUES PRECEDEMMENT EDITES PAR LA COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS COMPTABLES JUDICIAIRES

X^e Congrès National : Paris, 25-26 novembre 1971.

Ouvert par M. Touffait, Procureur Général près la Cour de Cassation.

Clôturé par M. Aydalot, Premier Président de la Cour de Cassation.

Rapporteur général M. Garnier, expert agréé par la Cour de Cassation.

L'expert comptable judiciaire et les droits des justiciables.

XI^e Congrès National : Toulouse, 24 novembre 1972.

Sous la présidence de M. Fonade, Conseiller à la Cour de Cassation.

La notion de bilan inexact. (épuisé)

XII^e Congrès National : Angers, 16 novembre 1973.

Sous la présidence de M. Bellet, Président de la 1^{re} Chambre Civile de la Cour de Cassation.

L'évaluation du préjudice de l'individu et de l'entreprise en cas d'accident corporel et de rupture de contrat.

XIII^e Congrès National : La Baule, 4 octobre 1974.

Sous la présidence de M. Olivier, Premier Vice-Président au Tribunal de Grande Instance de Paris.

Rapporteur général M. Amédée-Manesme, expert agréé par la Cour de Cassation.

La nouvelle réglementation de l'expertise judiciaire en matière civile.

XIV^e Congrès National : Grenoble, 21 novembre 1975.

Sous la présidence de M. Touffait, Procureur Général près la Cour de Cassation.

Rapporteur général M. Fournier, expert agréé par la Cour de Cassation.

Les infractions en matière immobilière.

XV^e Congrès National : Nice, 15 octobre 1976.

Sous la présidence de M. Cenac, Président de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation.

Rapporteur général Mlle Doyen, expert agréé par la Cour de Cassation.

La mission de l'expert judiciaire en cas de poursuites du chef de majoration frauduleuse des apports. (épuisé)

XVI^e Congrès National : Reims, 4 novembre 1977.

Sous la présidence de M. Monguilan, Premier Président de la Cour de Cassation.

Rapporteur général M. Clara, expert près la Cour d'Appel de Douai.

Les problèmes posés à l'expert comptable judiciaire devant les irrégularités commises en vue du maintien en activité des entreprises en difficulté.

XVII^e Congrès National : Caen, 3 novembre 1978.

Sous la présidence de M. Chavanon, Procureur Général près la Cour de Cassation.

Rapporteur général M. Ducoroy, expert agréé par la Cour de Cassation.

L'expertise judiciaire en matière d'abus du droit de majorité.

COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS COMPTABLES JUDICIAIRES

(Cour de Cassation et Cours d'Appel)

XXVIII^e CONGRES NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

sur le thème

**L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE
ET L'APPLICATION
DES CLAUSES DE GARANTIE DE PASSIF**

(Cour d'Appel de Pau)

6 octobre 1989

COMPTE RENDU STENOGRAPHIQUE

Sous la présidence de

Monsieur R. DEFONTAINE

Président de Chambre à la Cour de Cassation

La journée d'étude sur le thème

**L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE
ET L'APPLICATION DES CLAUSES DE GARANTIE DE PASSIF**

a été organisée par

Jean CLARA

Président de la Compagnie Nationale des Experts Comptables Judiciaires

et le CONSEIL NATIONAL DE LA COMPAGNIE, ainsi composé pour 1989

Présidents d'Honneur	:	Gérard AMEEDÉ-MANESME (Paris, Versailles) Paul GRIZIAUX (Amiens, Douai, Reims) Simone DOYEN (Paris, Versailles) Pierre DUCOROY (Montpellier, Nîmes) Félix THORIN (Paris, Versailles) Madeleine BOUCHON (Paris, Versailles)
Président	:	Jean CLARA (Amiens, Douai, Reims)
Vice-Présidents	:	André DANA (Paris, Versailles) Pierre FEUILLET (Rouen, Caen)
Secrétaire Général	:	Adolphe BIOTEAU (Angers)
Trésorier National	:	Jean-Jacques JOBERT (Paris, Versailles)
Membres	:	les Présidents des Sections Autonomes J. KALPAC (Aix-en-Provence) M. ANSELIN (Amiens, Douai, Reims) B. GERE (Angers) J.-J. PAQUIER (Bordeaux) G. LORENTZ (Colmar) A. DENIS (Dijon, Besançon) H. ESTEVE (Lyon, Chambéry, Grenoble) M. ALTEIRAC (Montpellier, Nîmes) J.-P. SEPULCHRE (Nancy, Metz) J. GEORGIN (Orléans, Poitiers) A. DANA (Paris, Versailles) Y. LE BRAS (Rennes) B. MANSOUX (Riom, Bourges, Limoges) A.-M. LETHUILLIER-FLORENTIN (Rouen, Caen) M. AVERSENCQ (Toulouse, Agen, Pau)

Membres cooptés :

A. BEUDON (Marseille) ; R. CABY (Lyon, Chambéry, Grenoble) ; J. FOURCADE (Paris, Versailles) ; A. GAILLARD (Paris) ; J.-P. GARDE (Bordeaux) ; P. LECOINTE (Amiens, Douai, Reims) ; Mme SAINTE-MARIE (Paris, Versailles) ; G. MILLET-CORNETTO (Montpellier, Nîmes).

Représentants supplémentaires délégués par les sections groupant plus de 20 membres :

M. ENGELHARD et P. NICOLAI (Aix-en-Provence) ; P. DEBROUCKER et M. HAMZAOUI (Amiens, Douai, Reims) ; B. MOUY (Angers) ; M. LATAPY (Bordeaux) ; G. CHAPUIS (Dijon, Besançon) ; G. FAVIER et B. ROUVIER (Lyon, Chambéry, Grenoble) ; A. PROUZET (Montpellier, Nîmes) ; R. OMPHALIUS (Nancy, Metz) ; G. MAURICE (Orléans, Poitiers) ; C. BREVAL, E. EICHEL, J.-L. NICOT (Paris, Versailles) ; C. PICAVET (Rennes) ; J. LEGOFF (Riom, Bourges, Limoges) ; J.-C. TRANCHARD (Rouen, Caen) ; D. GRADT (Toulouse, Agen, Pau).

et la SECTION AUTONOME TOULOUSE - AGEN - PAU

dont le Bureau est ainsi composé :

Président	:	M. Michel AVERSENCQ
Vice-Présidents	:	Mme Rosine LE BORGNE M. Georges BAROUH
Secrétaire	:	M. Henri LAGARDE
Trésorier	:	M. Pierre BATTY
Membre	:	M. Olivier GALLERANI

TABLE DES MATIERES

Allocution de M. Berlioz Premier Président de la Cour d'Appel	9
Allocution de M. Clara Président de la Compagnie	11
Ouverture de la journée d'étude	
Allocution de M. R. Defontaine Président de Chambre à la Cour de Cassation	13
Rapport introductif	
Rapport présenté par M. André Dana Expert agréé par la Cour de Cassation	15
Les garanties de droit commun en matière de cession des majorités de contrôle	
Rapport présenté par M. Pierre Darrousez Expert près la Cour d'Appel de Douai	17
Les clauses dites de garantie de passif	
Rapport présenté par M. Michel Devillebichot Expert agréé par la Cour de Cassation	31
Examen d'un cas soumis à l'expertise judiciaire	
Rapport présenté par M. Mohammed Hamzaoui Expert près la Cour d'Appel de Reims	45
Examen d'un cas soumis à l'arbitrage	
Rapport présenté par M. Jean-Jacques Jobert Expert près la Cour d'Appel de Paris	53
Rapport de synthèse	
Rapport présenté par M. André Dana Expert agréé par la Cour de Cassation	67
Clôture des travaux	
par M. R. Defontaine Président de Chambre à la Cour de Cassation	73

Allocution de M. BERLIOZ

Premier Président de la Cour d'Appel de Pau

Monsieur le Président,

C'est pour moi un honneur d'ouvrir, ce congrès qui nous réunit aujourd'hui Mesdames et Messieurs les membres du Conseil National, Mesdames et Messieurs les experts-comptables judiciaires, Messieurs les Bâtonniers, tout en regrettant, comme vous que, retenu à Paris, Monsieur le Premier Président Draï n'ait pu se libérer pour être aujourd'hui des nôtres comme il en avait l'intention. Je me réjouis qu'un magistrat de la Cour de Cassation, Monsieur le Président Defontaine, soit là pour présider votre XXVIII^e congrès national, ainsi que la distinguée représentante de la Chancellerie, Madame Deguilhenschmit, chef de service des Affaires commerciales à la Direction des affaires civiles et du sceau.

C'est avec plaisir que je salue leur présence parmi nous.

Mon propos se réduira, à vous dire à tous combien cette Cour est honorée et heureuse de vous accueillir dans ses murs et à vous adresser ses souhaits les plus cordiaux de bienvenue.

Les congrès, tel celui qui nous réunit aujourd'hui,

sont toujours pour les chefs de Cour, aimablement conviés à y assister, une occasion particulièrement appréciée de saisir directement les problèmes juridiques et pratiques que peut vous poser l'exercice de vos activités ; et aussi de mesurer la conscience, la persévérance et l'ingéniosité dont vous faites preuve pour vous efforcer de perfectionner la qualité et l'efficacité de vos interventions.

Nous allons, avec vous, passer une journée privilégiée. D'abord pour le choix heureux que vous avez fait du lieu de vos travaux dans une Cour d'Appel particulièrement ouverte aux problèmes de l'expertise judiciaire. Ensuite, pour la qualité et le renom de vos intervenants et, enfin, pour l'intérêt du thème choisi : « LES CLAUSES DITES DE GARANTIE DE PASSIF » lié au problème délicat des cessions de contrôle.

Je souhaite que vous vous sentiez ici chez vous, que votre congrès se déroule dans une ambiance détendue et agréable, et qu'il vous apporte les solutions enrichissantes et constructives que vous en attendez.

Applaudissements

Allocution de M. le Président Clara

Président National de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables Judiciaires

Je vous remercie, Monsieur le Premier Président.

Vous me permettrez de vous exprimer toute ma reconnaissance d'avoir bien voulu accueillir notre XXVIII^e congrès ; le dernier que je présiderai.

J'associe dans ma gratitude Monsieur le Procureur Général d'avoir bien voulu nous accueillir dans cette Cour que nous ne connaissions pas.

J'ai été élu Président à Douai et je termine ma présidence à Pau. Je crois que ça ne pouvait pas être plus éloigné !

Je dois commencer par vous exprimer les regrets de ne pas avoir comme président de notre congrès M. le Premier Président Draï qui nous avait garanti sa présence jusque vers le 15 septembre et qui, à la dernière minute, a été retenu par un empêchement majeur. Et je ne peux malheureusement que vous lire le message qu'il m'a adressé hier, remis par M. le Président Defontaine.

Monsieur le Président,

Avec M. le Président André Dana, vous avez bien voulu me convier à participer aux travaux du Congrès national de votre Compagnie, qui doit se dérouler à Pau, le vendredi 6 octobre 1989.

Je vous avais, dans un premier temps, donné un accord de principe et je me préparais à présider effectivement les travaux de ce congrès.

Malheureusement, et j'ai eu l'occasion de vous en donner la raison impérieuse précise, je suis contraint à renoncer à ce déplacement.

Croyez bien que j'en éprouve un très vif et sincère regret.

J'ai relevé avec le plus grand intérêt le thème de votre congrès et la confrontation de l'expert-comptable judiciaire aux problèmes posés par l'application des clauses de garantie, dites de passif, ne peut que donner lieu à des communications et à des échanges particulièrement riches.

Le développement, ces dernières années, des transmissions d'entreprises constitue un phénomène dont il convient de noter l'ampleur, car il est appelé à entraîner de profondes mutations dans le monde industriel et commercial.

Comme l'a noté avec une grande finesse M. Philippe Peyramaure, « il s'agit d'une approche pluridisciplinaire complexe, dans laquelle la science juridique « est... étroitement mêlée aux aspects économiques et financiers, ce qui est finalement l'objectif même « du droit de l'entreprise ». »

C'est dire que tous les juristes, et nous les juges, devons porter une grande attention à un tel phénomène, si nous souhaitons, ce qui est notre devoir, rester dans la cité.

C'est pourquoi j'ai demandé à M. le Président Roland Defontaine de me représenter auprès de vous : ce technicien éclairé du Droit des affaires saura, j'en suis totalement convaincu, assurer la charge qui lui sera dévolue par votre Compagnie.

Je suis d'autant plus heureux de déléguer M. le Président Defontaine que celui-ci vient d'être justement nommé au poste éminent de Président de Chambre à la Cour de Cassation.

En vous renouvelant mes regrets de n'être parmi vous, je vous prie d'accepter, Monsieur le Président, mes vœux pour une brillante réussite de votre congrès et l'assurance de mes sentiments de haute et fidèle estime.

Pierre DRAI

Applaudissements

Permettez-moi, de vous renouveler immédiatement toutes nos félicitations et les miennes, en particulier.

Je vous remercie donc Monsieur le Président d'avoir bien voulu accepter, dès le départ, de participer à la préparation de nos travaux et d'avoir in fine accepté, évidemment, de présider cette journée d'études.

C'est la troisième fois que vous présidez un congrès. Je ne vais plus vous présenter si ce n'est le fait que vous êtes devenu Président de Chambre à la Cour de Cassation. Et je vous rappellerai simplement que vous étiez présent dans le premier congrès que je dirigeais à Lyon pour dresser un diagnostic et que vous m'accompagnez, pour le dernier congrès que je dirige dans l'étude des « CLAUSES DITES DE GARANTIE DE PASSIF ».

Je crois, Monsieur le Président Defontaine, que nous allons avoir une journée très intéressante avec des interventions de votre part qui nous permettront de bien éclaircir le problème.

Nous sommes sensibles à la présence de Mme Deguilhenschmit, chef de service des Affaires commerciales à la Direction des affaires civiles et du sceau, qui a bien voulu assister à notre congrès.

C'est toujours avec satisfaction que nous voyons la Chancellerie accepter de participer à nos travaux. Je sais, pour avoir eu de nombreux contacts pendant ces quatre années, que nos travaux sont très appréciés par la Chancellerie et sont très attendus.

J'exprime nos remerciements à Monsieur le Premier Président Exertier, de la Cour d'Appel de Toulouse, qui assiste également à la journée d'étude et je salue la présence de Monsieur le Président Vergnes qui représente le Premier Président de la Cour d'Appel d'Agen.

Je dois exprimer des excuses très particulières, à M. le Président Bon car je suis certainement l'auteur d'une omission qui a été malencontreusement faite dans la liste des personnalités. Je ne sais plus pour quelle raison mais il y a certainement eu une mauvaise transmission. Toujours est-il que dans les personnalités nous avons complètement oublié de signaler la présence de M. le Président Bon, Président de la conférence des Tribunaux de Commerce et de Mme Bon qui représente M. Fournier, Président du Conseil supérieur de l'Ordre.

Je suis d'autant plus navré de cette omission que c'est toujours avec une grande satisfaction pour nous

que M. et Mme Bon nous font l'honneur de participer, avec fidélité, à nos travaux. Mais aujourd'hui j'apprécie particulièrement leur présence. Ils avaient en effet une manifestation importante hier soir, à Paris, et ils doivent nous quitter en fin d'après-midi pour, je crois, gagner Palerme où une autre manifestation les attend.

Nous sommes très heureux, en particulier, de cette participation et je remercie très sincèrement M. Bon et Madame.

Applaudissements

Monsieur le Professeur du Pontavice, je ne sais comment vous exprimer notre reconnaissance. Vous êtes toujours fidèle et je suis persuadé qu'aujourd'hui vous nous apporterez de très nombreux commentaires sur cette matière un peu ardue, il faut le dire, et très technique.

M. le Bâtonnier Boerner nous a fait le plaisir d'accepter de représenter M. le Président de la conférence des Bâtonniers. Je suis persuadé également que vous pourrez nous apporter quelques lumières lors de la discussion.

Je remercie encore M. Kling qui représente le Président Potdevin, Président de la Compagnie des Commissaires aux Comptes. Le Président Potdevin doit nous rejoindre, ce soir également mais il m'a signalé que vous le représentiez pendant cette journée de travail.

Le Président Sellon arrivera tout à l'heure, je le remercie déjà. J'aurai l'occasion de le faire en aparté.

Je suis heureux d'accueillir également le Vice-Président de la Fédération qui a en charge les Compagnies Nationales au sein de la Fédération des Compagnies d'Experts et avec lesquelles nous commen-

çons à préparer des travaux importants pour l'année prochaine.

Je signale la présence de M. Brisac, président de l'UCECAP lui aussi fidèle de nos congrès.

Et de peur d'oublier quelques personnalités je remercie globalement les magistrats et les personnalités qui ont bien voulu nous accompagner dans nos travaux, en adressant cependant une attention particulière à Maître Garreau, fidèle à nos congrès.

Personnellement je voudrais terminer en saluant les présidents d'honneur qui sont, malheureusement, au banc des accusés ! Je sais que l'année prochaine je rejoindrai cette galerie illustre. Mais ce n'est pas intentionnel si nous les avons placés à cet endroit-là.

Je remercie, enfin, tous les confrères qui ont bien voulu faire le déplacement. C'est une ville un peu éloignée et peut-être un peu excentrée mais c'est une occasion de nous retrouver et je vois que malgré cet éloignement, la fréquentation du congrès est aussi importante cette année que celle des années précédentes.

Je réserve l'expression de ma reconnaissance au rapporteur général et aux rapporteurs pour la fin de l'après-midi, non pas parce que je n'ai pas confiance dans ce qu'ils vont nous dire, mais pour avoir suivi simplement les travaux, je sais que vous apprécierez certainement leurs interventions.

Je dois, enfin, vous faire part des excuses de M. le Président Grandjean, Président du Tribunal de commerce de Paris, qui avait l'intention de venir mais s'est excusé de ne pas pouvoir être présent.

Monsieur le Président Defontaine, je vous laisse le soin d'ouvrir officiellement le congrès !

OUVERTURE DU CONGRES

présenté par

M. le Président DEFONTAINE

Président de Chambre à la Cour de Cassation

Je reconnais bien M. Clara dans la simplicité et, en même temps, la chaleur avec lesquelles il a entamé cette journée.

La générosité l'emporte parfois mais, après tout, grand maître et gardien de l'image fidèle, il est évident qu'il ne peut se tromper, même si parfois, il dresse un bilan flatteur des invités qu'il veut présenter.

C'est vrai que j'en suis à mon quatrième congrès, et je peux vous dire que je ne le regrette pas. Vos réunions de travail sont toujours enrichissantes et votre accueil particulièrement chaleureux.

Je puis vous assurer que M. le Premier Président Draï porte un intérêt tout particulier à vos travaux et que seule une obligation majeure au Palais de Justice de Paris pouvait l'empêcher de manifester par sa présence toute la considération portée par l'ensemble du corps judiciaire à la Compagnie Nationale des Experts-Comptables Judiciaires.

Cette Compagnie n'hésite pas à affronter les questions parmi les plus redoutables : LES CLAUSES

DITES DE GARANTIE DE PASSIF. C'est toujours une épreuve difficile pour un juge de trancher le conflit pouvant opposer cédant et cessionnaire. Quelle règle de droit appliquer?... Comment dégager cette règle de droit?... Des deux parties, quel est le fort et quel est le faible?...

Peut-on négliger le dynamisme des affaires?...

Peut-on négliger la sécurité des transactions?...

Comment échapper à la plasticité des concepts et des stipulations?...

Assurément, c'est un grand dessein que celui de tenter une clarification en la matière. Ce grand dessein, vous avez voulu l'entreprendre. Notre rapporteur général, avec la rigueur que nous lui connaissons depuis bien longtemps, va ouvrir la voie en présentant l'ordonnancement des travaux.

Le moment est donc venu de déclarer ouvert le XXVIII^e congrès de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables Judiciaires et d'entendre M. le Président André Dana.

Applaudissements

RAPPORT INTRODUCTIF

présenté par

André DANA

Vice-Président de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables Judiciaires

Monsieur le Président, je vous remercie de vos paroles fort agréables.

Messieurs les Hauts Magistrats, Mesdames et Messieurs les personnalités, Messieurs les Présidents,

Mes chères consœurs, et chers confrères,

Le sujet retenu pour thème de ce XXVIII^e congrès national de notre Compagnie, « les garanties dites de passif », est extrêmement complexe, et fait partie d'une longue série de choix délicats dont notre Compagnie est désormais coutumière.

En cette matière en effet, le législateur s'est abstenu, et les règles qui régissent ce domaine ont été principalement le fait des juges et celui des praticiens du droit dont nous faisons partie.

Il ne m'appartient pas, en ma qualité de rapporteur général, de traiter le sujet, mais simplement de présenter les thèmes devant être exposés par chacun des rapporteurs. En somme, je vais « planter le décor ».

Je ferai, toutefois, en fin de journée, une synthèse des principales idées qui auront été dégagées.

Depuis le début du siècle, l'exploitation des entreprises sous la forme de Société par action ou de SARL s'est considérablement développée.

Les transmissions d'entreprises sont donc réalisées de plus en plus fréquemment par des cessions d'actions (ou de parts sociales) qui posent, pour les cessionnaires, un problème de garantie.

En effet, l'acquéreur d'un bloc de contrôle, contrairement à l'acquéreur d'un fonds de commerce ou d'un fonds d'industrie, prend en quelque sorte, un train en marche, et cela est parfois risqué.

Ces acquéreurs d'actions sont-ils suffisamment garantis par les textes de droit commun ?

C'est à cette question que va essayer de répondre notre excellent confrère M. Pierre Darrousez, qui de plus, eu égard à sa particulière compétence en ce domaine, évoquera le caractère spécifique des garanties de passif dans les sociétés en procédure collective.

Notre non moins excellent confrère Devillebichot, vous présentera ensuite un rapport sur la forme - Le contenu et la mise en œuvre de la garantie dite de passif.

Ce rapport est particulièrement délicat, car il ne saurait être traité d'une manière exhaustive, eu égard au très grand nombre de cas de figures possibles.

De plus, le législateur est muet à ce sujet, la doctrine divisée, et la jurisprudence quoique pléthorique en ce domaine, traite souvent au coup par coup, des cas d'espèce sans que l'on puisse toujours en dégager une véritable tendance générale.

A l'issue de ce deuxième rapport, et après une interruption bien méritée vous retrouverez nos deux confrères Hamzaoui et Jobert qui traiteront respectivement, l'un d'un cas ayant fait l'objet d'une expertise judiciaire et l'autre d'un cas ayant été soumis à la procédure de l'arbitrage.

Je vous propose donc de prendre connaissance, dans quelques instants, des développements du premier rapport.

Cependant, auparavant, je voudrais apporter une précision concernant une question de terminologie.

M. Gérard Notte, Docteur en droit, distinguait en 1985, dans un article paru dans le Jurisclasseur relatif aux clauses de garantie de passif dans les cessions de droits sociaux, la garantie par laquelle le cédant s'oblige à indemniser le cessionnaire, de celle par laquelle le cédant s'engage à payer personnellement et directement les dettes sociales apparues tardivement.

Selon cet auteur, c'est à ce dernier cas de figure que doit être réservée la formule de « clause de garantie de passif ». Il estime en revanche, que dans le premier cas mentionné ci-dessus, on devrait qualifier la garantie de « *garantie de valeur des titres cédés* » ou de « *révision de prix* ».

Cette opinion qui n'est pas la nôtre, n'est également pas partagée par M. Jean Poustis, notaire, et par M. J.-C. Monnot, expert-comptable, qui mentionnent à ce sujet, dans un article paru en 1989 (1) :

« Les clauses de garantie ressemblent parfois à s'y méprendre à des clauses de variation du prix. Or, la confusion entre ces deux mécanismes contractuels peut entraîner des risques de nullité pour indétermination du prix. »

Cette confusion est également entretenue par la doctrine qui voit dans les conventions de garantie deux types de clauses, les unes étant qualifiées de clauses de garantie de la valeur ou encore de révision du prix, les autres étant des clauses de garantie du passif « *stricto sensu* ».

Sans vouloir entrer dans cette querelle à caractère, peut-être plus sémantique que juridique, je tenais à vous préciser que dans les exposés qui vont suivre, le terme de « garantie de passif » couvre les garanties données d'une manière générale, par le cédant au cessionnaire. Le terme « garantie de passif *stricto sensu* » ne concerne plus restrictivement que les garanties de passif exigible à l'exclusion des garanties relatives à des éléments de l'actif.

Monsieur le Président, j'en ai terminé avec cette trop longue introduction et je passe la parole à M. Darrousez.

Applaudissements

(1) J.C.P. N° 17 (§ 15-419).

**LES GARANTIES DE DROIT COMMUN EN MATIERE
DE CESSION DES MAJORITES DU CONTROLE**

présenté par

Pierre DARROUSEZ

Administrateur judiciaire

Expert-Comptable près la Cour d'Appel de Douai

Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, mes chères consœurs, mes chers confrères,

Vous m'avez confié, Monsieur le Président, la périlleuse mission d'ouvrir nos travaux de cette matinée, en tentant de vous exposer aussi clairement que possible, ce premier thème de réflexion consacré à l'étude des différentes garanties de droit commun en matière de cession des majorités de contrôle.

Comme vous le rappeliez à l'instant, nous avons assisté au cours de ces dernières années à un développement considérable des transmissions d'entreprises.

**L'INSUFFISANCE DES GARANTIES
DE DROIT COMMUN
ASPECTS SPECIFIQUES DANS LES SOCIETES
EN PROCEDURE COLLECTIVE
LE DEVELOPPEMENT DES CLAUSES
DE GARANTIE**

On a constaté au cours de ces dernières années, un développement considérable des transmissions d'entreprise. Si on en croit les statistiques, ce phénomène n'est pas prêt de se réduire, en raison notamment de l'âge des dirigeants, qui devrait entraîner dans les dix prochaines années, de profondes mutations du monde industriel et commercial (1).

Bien que le droit français n'ait toujours pas défini avec précision la notion d'entreprise, on constate à l'examen de ces transmissions, un effort de rapprochement, certes encore timide, entre le juridique et l'économique, qui ne pourra que se développer à travers les multiples formes que peut revêtir la transmission d'une entreprise.

« Il s'agit d'une approche pluridisciplinaire complexe, dans laquelle la science juridique est en outre étroitement mêlée aux aspects économiques et financiers, ce qui est finalement l'objectif même du droit de l'entreprise. » (2)

Notre propos n'est pas d'analyser toutes les formes de cession, mais disons que globalement, dans un souci de schématisation, deux mécanismes juridiques essentiels se sont développés parallèlement, selon qu'ils concernent la transmission de l'entreprise dite individuelle, ou celle de l'entreprise exploitée sous forme de société. A la première correspond la notion de cession de fonds de commerce, régie essentiellement par la loi du 29 juin 1935. A la seconde, celle qui nous préoccupe aujourd'hui

plus spécialement, correspond la cession de bloc de contrôle ou plus simplement, cession de contrôle des titres d'une société, dont le législateur s'est jusqu'à présent peu préoccupé, tout au moins pour les sociétés non cotées (3).

La cession de contrôle constituant un contrat synallagmatique il est tout à fait logique de concevoir que les deux parties à la convention : cédant et cessionnaire, entendent l'une et l'autre se garantir. Tel est le cas pour le cédant, lorsque tout ou partie du prix de cession se trouve exigible à court terme, le vendeur exigera couramment des garanties telle qu'une caution par exemple.

Cependant, le problème est beaucoup plus complexe lorsqu'il s'agit de garantir le cessionnaire, non pas tellement quant à la transmission effective des titres cédés, mais plus spécialement quant à la valeur réelle de ces titres, ou disons encore, pour être plus précis, quant à la valeur du patrimoine social représentatif des titres acquis.

Le cessionnaire souhaite essentiellement se prémunir contre deux risques :

— celui de l'apparition d'un passif postérieur à la cession, mais dont la cause est antérieure à celle-ci,

— celui d'une diminution de l'actif net cédé par rapport à l'évaluation d'origine.

Il convient donc d'inventorier et d'analyser les différentes possibilités de garantie de droit commun, qui s'offrent au cessionnaire, d'une part au niveau du droit civil, d'autre part, au niveau du droit des sociétés. Ce sera l'objet d'une première partie.

Nous aborderons dans un second point, le problème particulier des garanties lorsque la société dont les titres ont été cédés, fait l'objet d'une procédure collective.

Enfin, dans une troisième et dernière partie, nous aborderons la nature juridique des clauses dites de garantie de passif.

**I — LA CESSION DE CONTROLE
ET LES GARANTIES DE DROIT COMMUN :**

De nombreux auteurs se sont consacrés à une étude exhaustive des solutions offertes par le droit commun (4).

On se contentera ici, dans la limite du temps qui nous est imparti, de relever les particularités et

(1) Cf. notamment « La transmission des entreprises » - Colloque de Deauville juin 1988. Revue de jurisprudence commerciale N° 11 spécial novembre 88. (Plus spécialement rapport de M. le Professeur Michel Germain).

Cf. également, l'exposé remarquable de M. Patrick Guillemain, Rapporteur général au Congrès national de la conférence générale des Tribunaux de Commerce. Paris novembre 1988 (publié par l'Association des magistrats et anciens magistrats consulaires de France) - Page 9.

(2) La transmission des entreprises - Revue de jurisprudence comm. Ops. cité p. 86. Intervention de M. Ph. Peyramaure.

(3) Cf. cependant l'art. 1^{er} de la loi du 22 janvier 1988 sur les Bourses de valeurs posant le problème de savoir si les cessions de contrôle des Sociétés non cotées relèvent des Sociétés de Bourse. Cf. La transmission des entreprises, - Revue de jurisp. comm. Ops, cité page 71 - Interventions de M. le Professeur Michel Germain.

(4) Mme Galia-Beauchesne : Les clauses de garantie de passif dans les cessions d'actions et de parts sociales. Revue des Sociétés - 1980 - MM. Poustis et Monnot : La garantie dans la cession des droits sociaux. JCP 1985 - Ed. E II 14464 et pour une étude plus récente : JCP Ed. E 1989 N° 17 (15479).

MM. Caussain et Germain : Pratique des cessions de contrôle dans les S.A. non cotées - JCP 1987 Ed. E 14915. Dictionnaire Joly S.A. Série A N° 20 à 46.

les limites de garanties offertes par le droit commun.

On se placera dans une hypothèse de cession de contrôle dans les S.A. non cotées, étant observé que les conclusions de l'étude pourront être étendues à la cession des droits sociaux majoritaires dans d'autres types de sociétés, notamment dans le cas de la S.A.R.L.

Le cessionnaire d'un bloc de contrôle recherche une garantie, afin plus particulièrement de se mettre à l'abri d'une moins-value des titres qu'il acquiert, moins-value pouvant apparaître notamment par la découverte d'un passif se révélant postérieurement à la cession, mais dont la cause est antérieure à celle-ci. Cette moins-value peut également trouver son origine dans d'autres causes que nous évoquerons ultérieurement.

Au préalable, il nous est apparu utile de rappeler en quelques mots ce qu'est une cession de contrôle, ce qui facilitera ultérieurement la recherche des critères juridiques applicables à ce type de convention.

Il serait vain dans le cadre du présent exposé de prétendre analyser, ne serait-ce que succinctement, les différentes conceptions que peut recouvrir la notion de cession de contrôle (5). Il est généralement considéré que l'affaire Saupiquet-Cassegrain en a constitué le point de départ (6) dans les années 1969 - 1970.

La jurisprudence a été également fort longtemps divisée. Disons, pour tenter de schématiser, que deux théories s'affrontent à partir d'une constatation commune : l'opération de cession de contrôle consiste à ce que des personnes qui détiennent le contrôle d'une société conviennent de céder ce contrôle à une ou plusieurs personnes qui leur seront substituées. Une convention est conclue entre elles, qui détermine les modalités de leurs opérations (6 bis).

En résumé, il est aujourd'hui acquis que l'opération analysée est effectivement un contrat où peut s'épanouir l'autonomie de la volonté, mais c'est aussi un contrat particulier dont l'objet est de céder le pouvoir sur une société (7).

M. le Professeur Michel Germain a pu dire : « ... « La vérité est sans doute sur un étroit chemin de « crête qui ne défigure pas la cession des droits sociaux, mais qui n'oublie pas que cette cession « a pour objet le contrôle d'une société » (8).

(5) Citons notamment : Pratique des cessions de contrôle dans les S.A. non cotées par J.-J. Caussain et Michel Germain (JCP 1987 - Page 205 - N° 14915). La cession de contrôle par le Professeur Jean Paillusseau (JCP 1985 - Page 609 - N° 14587).

La spécificité des cessions de contrôle par D. Roux - Revue des sociétés 1980 - Page 49.

(6) Trib. comm. Nantes 29-5-67 - C.A. Rennes 23-2-68 JCP 1969 édit. G 16122 - Edit. Cl 87053. Note Paillusseau.

Cass. comm. 21-1-1970 obs. R. Houin - Rev. trim. DT CO. 1970 - Page 738. SCP 1970 - Edit. Cl 89285 - Edit. G 11 - 16541 . Note Oppetit. Caen 18-4-78 - Rev. Stés 1978 - Page 763.

(6 bis) Jean Paillusseau - JCP 1985 N° 14587 - op. cité.

(7) J.-J. Caussain et M. Germain op. cité page 206. Paillusseau, op. cité, page 619.

(8) La transmission des entreprises. Rev. jur. comm. ops. cité p. 69.

Il s'agit donc bien de cession d'actions, comme semblent l'admettre aujourd'hui la jurisprudence de la Cour de Cassation et celle du Conseil d'Etat, ainsi que la doctrine de l'Administration Fiscale (9). Toutefois, ce sont des cessions de contrôle, de sorte que les conditions posées à la cession, notamment le prix de cession et les garanties données par le cédant, doivent prendre en considération le contrôle lui-même (10).

On pourrait conclure sur ce point qu'il y a cession de contrôle, lorsqu'il y a transfert du pouvoir de l'entreprise, avec pour conséquence primordiale que les cédants, qui détiennent le pouvoir, vont être tenus par les cessionnaires comme responsables, tant des informations économiques, financières et juridiques communiquées sur la société, que de certaines conséquences de leur gestion (11).

La notion de cession de contrôle se trouvant quelque peu précisée, il convient alors de rechercher comment les règles de droit commun peuvent ou non assurer la sécurité des transactions et plus précisément la garantie du cessionnaire.

Le cessionnaire dispose d'un certain nombre de moyens d'action pour tenter de se garantir.

Il peut ainsi faire appel aux garanties prévues par le droit civil ou pénal ; il peut aussi avoir recours aux dispositions particulières régissant le droit des sociétés.

1°) L'exercice des recours issus du droit civil :

Il s'agit pour le cessionnaire de faire appel aux techniques de recours issues du droit commun des contrats.

a) Le premier type de recours vise les vices du consentement :

Il s'agit essentiellement de l'erreur et du dol, si l'on veut bien écarter la violence qui n'aura guère l'occasion de s'appliquer en ce domaine.

L'erreur, dans le cas qui nous occupe, est celle visée par l'art. 1110 du Code civil, c'est-à-dire essentiellement une erreur sur la substance même de la chose. On sait que la jurisprudence ne considère pas comme substantielle l'erreur sur la valeur, qui ne constitue pas une cause de nullité du contrat (12).

Les tribunaux considèrent que le prix des titres cédés, ne constitue pas le motif déterminant de la cession, notamment quand le but recherché est la prise de contrôle de la société (13).

(9) J.-J. Caussain. Les conséquences fiscales des cessions massives de droits sociaux. Droit des sociétés - Juillet 86 - JCP 1987 - Edit. NI p. 58.

(10) Caussain et Germain op. cité pages 206-207.

(11) J. Paillusseau op. cité p. 619.

(12) Cass. civ. 16-5-1939. S. 1939.1.260.

Cass. civ. 25-1-1965 D 1965.215.

Cass. comm. 14-1 et 30-6-1969. Rec. gén. Lois 1970.17.

Cf. également Mazeaud. Leçons de droit civil. Tome II. Pages 136 et suivantes.

(13) Cass. comm. 26-3-1974. Rev. Trim. droit comm. 1974 page 291.

Il ne s'aurait d'autre part y avoir rescision pour lésion, puisque s'agissant d'une vente mobilière, elle ne se situe pas dans l'un des cas exceptionnels où cette action est prévue.

Les cas seront très rares où l'erreur sera constitutive d'un vice du consentement pouvant entraîner la nullité de la convention de cession de contrôle, d'autant qu'une telle convention présente un caractère aléatoire incontestable.

On pourrait alors tenter de faire appel à la notion de dol, tel que le définit l'article 1116 du Code civil. Dans une conception restrictive, il convient de rapporter la preuve d'une manœuvre frauduleuse (14).

Dans une conception plus large, accueillie aujourd'hui plus couramment par la jurisprudence, la réticence peut constituer un dol cause de nullité, lorsqu'elle a pour dessein d'amener quelqu'un à contracter surtout lorsqu'il s'agit de défaut tel qu'il apparaît normal de les signaler (15).

Il faut toutefois relever qu'en la circonstance, il n'y a pas à proprement parler d'obligation de renseignement exigée par la loi ou par la convention. Il convient donc de se référer dans chaque cas aux circonstances de l'espèce.

C'est ainsi qu'il a été jugé que l'auteur du bilan, qui peut ne pas être le cédant et qui ne le sera pas dans la majorité des cas, a l'obligation de renseigner le cessionnaire lorsque « l'établissement et la production du bilan ont fortifié le mensonge » (16).

Il faut également rappeler que le dol doit avoir été déterminant, qu'à défaut de manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté (17). Or, il est essentiel d'observer qu'il s'agit au cas considéré de conventions conclues entre des personnes présumées être informées des affaires, entre « hommes d'affaires avisés », qui bien souvent auront été en mesure de vérifier l'activité de la société, en ayant accès pendant la négociation à tous les documents comptables (18) ... ou qui à tout le moins pouvaient y avoir accès.

La jurisprudence a eu à plusieurs reprises l'occasion de rappeler également que : « Le repreneur a concouru à la réalisation de son propre préjudice en ne recourant pas à une révision comptable approfondie (19) ».

En quelque sorte : « Auditez, auditez, il en restera toujours quelque chose... ! ».

b) Le second type de recours se fonde sur le droit de la vente :

On vient de voir qu'un recours du cessionnaire fondé sur un vice du consentement constitue une voie très étroite. Ne pourrait-il pas alors faire appel avec plus de chance de succès aux garanties de droit commun en matière de vente ?

C'est ainsi que pourraient être évoqués deux types de garanties :

- la garantie d'éviction,
- la garantie des vices cachés.

1) La première est prévue par les dispositions de l'art. 1626 du Code civil, qui imposent au vendeur de garantir l'acquéreur, non pas seulement : « ... de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu », mais aussi « des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente ». L'hypothèse est assez séduisante, mais difficile à mettre en œuvre. Elle pourrait s'appliquer lorsque par exemple, les titres cédés sont grevés d'un droit réel ou n'appartiennent pas au cédant, ce qui ne constitue pas à proprement parler notre hypothèse de travail. Pourrait-on considérer qu'un passif supplémentaire se révélant après la cession, mais d'origine antérieure, constitue des « charges prétendues sur l'objet » au sens de l'article 1626 ?

La doctrine et la jurisprudence paraissent peu favorables à cette interprétation, sauf dans des cas très spécifiques (20), où la notion de cessions de parts a été confondue avec celle de fonds de commerce. Or, comme l'observe le Professeur Oppetit, la garantie d'éviction ne peut s'appliquer qu'au bien même qui a fait l'objet de la vente, c'est-à-dire aux parts ou actions, mais non au fonds de commerce de la société concernée. Il faut en effet rappeler qu'une cession de titres, serait-ce une cession de contrôle, ne vaut pas vente de fonds de commerce, qui demeure la propriété de la société et non celle du cessionnaire (21).

En refusant de requalifier la cession de contrôle en une cession de fonds de commerce, les tribunaux ont par-là même fait obstacle à ce que la cession puisse être annulée pour non-respect des conditions posées par l'article 12 de la loi du 29 juin 1935, plus particulièrement l'obligation de mentionner le chiffre d'affaires et les résultats des trois derniers exercices.

Notons toutefois des décisions récentes en sens contraire :

C'est ainsi que dans un arrêt récent de la Cour d'Appel de Versailles, en date du 25 février 1988 (22), il est relevé avec une certaine sévérité que, je cite : « ... En fait, le cadre juridique que les cédants et le cabinet juridique ont donné à l'opération, n'avait d'autre but que de dissimuler une cession de fonds de commerce et ce, afin de ne pas avoir à fournir les renseignements exigés par l'art. 12 de la loi du 29 juin 1935 ».

La Cour considère qu'il y a eu dol à l'égard d'une personne novice. Elle prononce la nullité de la cession des parts et condamne le rédacteur de l'acte à des dommages et intérêts équivalents au montant du prix convenu.

(14) Cf. Mazeaud op. coté page 150 et suivantes.

(15) Trib. civ. Seine 27-2-1961 JCP 1961 II - Edit. G. Cf. Mazeaud op. cité page 155.

(16) Cass. comm. Rev. Stés 1980 page 723. Note E. du Pontavice.

(17) Cass. civ. 23-2-1961. Sem. jur. 1961. 12261.

(18) Cass. comm. 23-4-1985. Cf. note précitée du Pontavice page 731.

(19) CA Paris 9-4-86. JCP. Edit. N. Prat. 117 obs. Le Doley et Richard.

(20) Cass. comm. 12-12-1972. Rev. Stés 1973 ; 103. Note B. Oppetit.

Cass. comm. 17-11-1987. Rev. Soc. 1988 ; 65. Note Le Cannu.

(21) Cass. comm. 4-1-1971. Rev. trim. Dt commun. 1971. 650 N° 11 obs. A. Jauffret.

Rev. Stés 1974. Page 321. Note J.-P. Sortais.

(22) Versailles 25 février 1988. Juris Data N° 40250.

Cité par J. Poustis et J.-L. Monnot. La garantie dans la cession des droits sociaux. JCP op. cité N° 15479..

C'est évidemment un cas d'espèce qu'il serait imprudent de généraliser.

2) On peut également tenter de faire appel à la notion de garantie de vices cachés, établie par l'article 1641 du Code civil. La jurisprudence paraît, de façon générale, très réticente pour accepter la garantie des vices cachés en matière de cessions de titres, considérant notamment que : « l'appréciation d'un passif fiscal ne saurait constituer « un vice caché, ni justifier la réduction du prix convenu » (23).

Le vice caché doit en quelque sorte affecter la substance objective de la chose vendue, mais non sa valeur.

« ... En l'absence de toute clause expresse de garantie de passif ou de révision du prix, la découverte d'un passif fiscal ne saurait constituer un vice caché, ni justifier la réduction du prix convenu (22).

Il est vrai que dans une hypothèse très particulière, la notion de vice caché a été retenue : c'est le cas où la société se trouvait en faillite, alors que, le relève la Cour, la cessation de contrôle nécessite que la société soit en état d'exercer son activité économique, la faillite constituant selon la juridiction, le type même de vice caché (23).

Nous aurons l'occasion d'y revenir ultérieurement.

Ajoutons enfin qu'une telle action en garantie de vices cachés suppose qu'elle soit introduite dans un bref délai, dès l'apparition du vice, c'est-à-dire au cas considéré, dès la découverte du passif supplémentaire.

3) On a également songé à faire appel aux garanties dont est entourée la cession des créances.

Le cheminement du raisonnement juridique est en effet séduisant : il s'agit de considérer la cession de droits sociaux comme une cession de créances au motif que les actions et parts sociales constituent des créances sur la société, dont les titres sont cédés. Il en résulte que de telles cessions sont soumises aux dispositions de l'article 1690 et suivants du Code civil. Une telle analyse a été retenue par de nombreuses juridictions (24), qui rappellent que le cédant doit garantir le cessionnaire en vertu des dispositions de l'article 1693 du Code civil. Cependant, il faut relever que cette garantie porte sur l'existence de la créance et de ses accessoires, et non pas sur la solvabilité, même actuelle, du débiteur cédé, c'est-à-dire la société au cas considéré. Il en résulte donc que la découverte de nouveaux éléments de passif qui peut entraîner une dégradation de la solvabilité de la société dont les titres

(23) Trib. comm. Nanterre 28-9-1982. Banque N° 425. Page 235. Obs. L.-M. Martin.

(22) Cass. co. 25-1-1983. JCP 1983. II.14126 édit. C.I. Note A. Viandier.

(23) Cour d'Appel Versailles 17-6-87. Bull. Joly 1987. 619. Note Le Cannu.

A contrario : C.A. Bordeaux 11-7-86. Rev. soc. 1986. 593. Note Le Cannu.

(24) TGI Paris 24-3-80 Rev. droit immo. Janv. mars 83. Page 76.

Trib. Co. Nanterre 28-9-82. Banque 1983. Page 235.

C.A. Paris 21-1-83. Juris Data N° 022466. Note Ajouso-Michelena.

Cass. Co. 4-12-63. Bull. civ. III 436.

Hemard, Terra, Mabillat. Sociétés commerciales Tome I N° 445. Tome II N° 101 - Tome III N° 34 et suivants.

ont été cédés, ne permet pas pour autant de poursuivre le cédant en garantie (25).

Il en va de même si la valeur des éléments d'actif s'avérait ultérieurement inférieure à celle retenue, lors de la cession de contrôle. D'ailleurs, cette analyse est contestée par une partie de la doctrine (26), qui observe que la situation d'un associé ne s'identifie pas, ne se réduit pas à celle d'un créancier de la société.

Les règles de la cession de créance ne sont donc pas d'un grand secours pour le cessionnaire.

c) Recours fondé sur la responsabilité de droit commun :

Les juristes, nous le savons, ne manquent pas de ressources et d'imagination. Puisque les recours fondés sur les vices du consentement et sur le droit de la vente, n'ont pas donné les résultats escomptés, pourquoi ne pas tenter de faire appel à la responsabilité contractuelle du cédant ou encore à sa responsabilité délictuelle ?

1) La responsabilité contractuelle n'est cependant pas aisée à mettre en œuvre. Il ne suffit pas en effet de prouver l'existence du préjudice, la découverte par exemple d'un passif méconnu lors de la cession de contrôle, encore faut-il apporter la preuve que le cédant n'a pas rempli ses obligations, notamment le respect du devoir d'information. Or, en règle générale, la cession des titres ne comporte pas de garantie de leur valeur réelle, non plus que de garantie de la situation de la Société (27). Il s'agira le plus souvent d'une valeur de convenance, résultant en quelque sorte de la loi de l'offre et de la demande, ainsi que d'autres considérations spécifiques.

2) La responsabilité délictuelle du cédant peut apparaître plus facile à mettre en œuvre, car l'action en dommages et intérêts ne nécessitera pas la preuve d'une faute intentionnelle (28).

Le caractère délictuel de la responsabilité naît du fait que les délits reprochés sont antérieurs à la cession. Toute négligence génératrice de conséquence pourra être retenue.

En fait, cette action se rapproche sensiblement de celle engagée en matière de vice de consentement pour faits dolosifs, elle comporte les mêmes limites et les mêmes difficultés de mise en œuvre.

On a aussi songé à rechercher des possibilités de recours en faisant appel au droit des sociétés.

2°) L'exercice des recours issus du droit des sociétés :

S'agissant de la cession d'actions ou de parts sociales, il était logique de rechercher dans l'arsenal

(25) TGI Tours Bull. Joly 1976. 78 N° 56.

(26) R. Rodière. Rev. trim. Dt co. 1966. Page 80.

(27) Quot. jur. 20 mars 1985. N° 34. Page 368. Note T. Hervieu.

(28) Dict. Joly. Op. cité. Série A N° 40 page 21.

G. Notte. Les clauses dites de garantie de passif dans la cession des droits sociaux. JCP 1986. Page 368 édit. N. Cass. Co. 20-2-1979. Gaz. du Pal. 1979. I. Somm. 246.

Cass. Co. 25-1-1983. JCP 1983. Edit. C.I. II 14126. Note Viandier. JCP 1984. II. 20180.

du droit des sociétés, les dispositions spécifiques permettant au cessionnaire de se préserver d'une réduction de valeur des titres acquis. On se situe alors sur le plan civil ou sur le plan pénal, mais un tel recours en garantie suppose que le cédant ait rempli des fonctions de dirigeant : administrateur ou gérant de la société concernée, la simple qualité d'actionnaire ou d'associé ne permettant pas d'avoir recours aux textes spécifiques régissant le droit des sociétés.

a) Responsabilité fondée sur le terrain pénal :

On se situe sur un terrain voisin de celui du dol et de la responsabilité pénale de droit commun, mais limité par des dispositions légales bien spécifiques, plus particulièrement le délit de présentation de faux bilans, lorsque la valeur de cession du bloc de contrôle a été évaluée sur la base de ce bilan. Il faut en effet qu'il y ait un lien direct entre l'infraction et le prix trop élevé des actions ou parts sociales.

Dans ce cas, le cessionnaire se portera partie civile, conformément aux dispositions des articles 423 et suivants de la loi du 24 juillet 1966.

On sait que la loi du 30 avril 1983, qui se réfère à la notion « d'image fidèle » a notablement développé le délit de présentation ou de publication de bilan inexact. C'est ainsi que les tribunaux retiennent par exemple :

- la majoration d'actif par surévaluation des stocks,
- la diminution artificielle du passif par défaut de provision ou tout au moins, par constitution de provisions insuffisantes, notamment en matière de créances douteuses (29).

b) Responsabilité fondée sur le plan civil :

Le cessionnaire dispose à cet égard de deux types d'actions :

- celle en réparation du préjudice subi personnellement,
- et l'action sociale *ut singuli* (30).

En toute hypothèse, il conviendra pour le cessionnaire, conformément au droit de la responsabilité de faire la preuve :

- d'un préjudice,
- d'une faute du cédant,
- d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Cette triple preuve n'est jamais aisée à rapporter, notamment quant à la prétendue faute imputable au cédant, laquelle constitue le plus souvent une faute par omission, plus que par commission.

Observons que la jurisprudence admet indiscutablement le droit pour le cessionnaire d'exercer l'action sociale ; celui-ci pourra demander la réparation de l'entier préjudice subi par la société, ainsi que la réparation du dommage dont il a personnellement été victime.

Rappelons enfin que ce type d'action n'a quelle chance de prospérer que pour autant que les cédants soient des anciens dirigeants de la société ; dans le cas contraire, on voit mal comment il pourrait être reproché à un simple actionnaire la sur-

venance d'un passif non comptabilisé au bilan ayant servi de référence à la cession.

Avant de conclure sur ce point consacré aux garanties de droit commun, il nous est apparu intéressant d'analyser les aspects particuliers que pose la garantie d'une cession de contrôle, lorsque la société fait l'objet d'une procédure de « faillite ».

II — LA GARANTIE DU CESSIONNAIRE EN CAS DE FAILLITE DE LA SOCIÉTÉ DONT LES TITRES ONT ÉTÉ CÉDÉS :

Il conviendra de considérer le terme « faillite » comme recouvrant l'ensemble des procédures collectives : règlement judiciaire et liquidation de biens de la loi du 13 juillet 1967 — Redressement judiciaire et liquidation judiciaire de la loi du 25 janvier 1985.

Les cas envisagés sont loin de constituer une hypothèse d'école, car il n'est pas rare de rencontrer en pratique des cessions de contrôle au sein d'une société qui fait ultérieurement l'objet d'une procédure collective.

Il nous est apparu intéressant de relever à travers la jurisprudence, il est vrai peu abondante, les solutions qui peuvent s'offrir au cessionnaire qui se trouve dans une situation plus délicate encore qu'en droit commun. En effet, la société dont les titres ont été cédés, se trouve être en procédure collective et le cessionnaire sera bien souvent le nouveau dirigeant de l'entreprise, laquelle sera assistée ou représentée par un mandataire de justice.

Pour la commodité de l'exposé, on pourra distinguer deux situations différentes selon que la cession des titres sera intervenue :

- antérieurement à l'ouverture de la « faillite », cas de loin le plus courant,
- postérieurement à l'ouverture de la « faillite », hypothèse relativement rare, sauf à examiner cependant le cas de la cession dans le cadre des dispositions particulières de la loi du 25 janvier 1985 en matière d'élaboration d'un plan de continuation ou d'un plan de cession.

1°) Cession des actions antérieure à l'ouverture d'une procédure collective :

Il s'agit de cas relativement fréquents rencontrés par les praticiens des procédures collectives : une cession de contrôle intervient au sein d'une société dont les nouveaux dirigeants se trouvent contraints quelques temps plus tard d'effectuer la déclaration de cessation des paiements.

Il s'agit alors de rechercher les recours auxquels peut faire appel le cessionnaire à l'égard du cédant du bloc de contrôle. Ce sera en premier lieu, bien entendu, les solutions de recours de droit commun, dont nous avons précédemment dressé l'inventaire, mais dont l'efficacité, nous l'avons constatée, se trouve nécessairement limitée.

En fait, le problème se trouve être plus complexe, pour au moins deux raisons :

- la première est que la société se trouve être assistée ou représentée par un mandataire de justice, dont la mission n'est pas tant d'assurer la pro-

(29) Dict. Joly. Op. cité Série A N° 42 page 22.

(30) Art. 52, alinéa 3 et 245 de la loi du 24 juillet 1966.

tection des droits du cessionnaire concerné par la procédure collective, que d'assurer par essence la protection de la société, personne morale, et de ses créanciers ;

— la seconde difficulté réside dans la succession de dirigeants : le cédant et le cessionnaire ; le cédant a quitté l'entreprise depuis un certain temps déjà, il est alors délicat de déterminer les responsabilités de l'un et de l'autre dans l'évolution du passif ou de l'actif net de la personne morale concernée.

Les recours de droit commun s'avérant bien souvent inopérants, c'est tout naturellement que le mandataire de justice, et/ou le cessionnaire vont s'orienter vers les dispositions spécifiques du droit de la faillite en matière de responsabilité des dirigeants. Il s'agit, rappelons-le, du défunt article 99 de la loi du 13 juillet 1967, qui a fait couler tant d'encre ; il s'agit aujourd'hui de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985, que les praticiens connaissent bien sous la terminologie plus prosaïque « d'action en support de passif » ou « en comblement de passif ». L'objet de notre discussion d'aujourd'hui n'est pas de nous livrer à une étude exhaustive et comparative de ces dispositions.

Cependant, les spécificités de cette action nécessitent de nous y arrêter quelques instants, car à tout prendre, ne s'agirait-il pas d'une forme de recours du cessionnaire qui pourrait s'avérer plus efficace que les précédentes ?

Certains auteurs ont cru voir là une solution intéressante pour le cessionnaire, tant il est vrai que la présomption de responsabilité édictée par le défunt article 99 s'avérait bien souvent incontournable pour le cédant poursuivi en support de passif.

C'est ainsi que Mme Galia-Beauchesne (31) relève les avantages d'une telle action qui cependant s'avèrera aujourd'hui plus délicate, dans la mesure où l'article 180 de la nouvelle législation sur les procédures collectives a renversé le fardeau de la preuve, nécessitant que soit rapportée la preuve de la faute de gestion du cédant et ses liens avec l'insuffisance d'actif.

Peut-on néanmoins parler, à cette occasion, d'une véritable action en garantie des droits du cessionnaire du bloc de contrôle à l'égard du cédant ? On peut en douter pour plusieurs raisons :

— en premier lieu, nous observerons que l'action en comblement de passif ne peut être engagée par le cessionnaire. Elle est en effet réservée à quelques personnes limitativement énumérées par la loi : les mandataires de justice, le Procureur de la République, ou le tribunal se saisissant d'office. Il est donc exclu que le cessionnaire des titres puisse engager une telle action ;

— en second lieu, le cessionnaire sera devenu, bien souvent, le nouveau dirigeant de la société concernée, de sorte que ce sera celui qui se trouvera poursuivi par le mandataire de justice en support de passif. Il sera alors nécessaire que ce dirigeant poursuivi appelle en cause l'ancien dirigeant cédant du bloc de contrôle.

La procédure ne sera pas aisée, car les intérêts seront bien entendu, le plus souvent divergents. Il

conviendra non seulement de prouver l'insuffisance d'actif lors du départ du cédant, mais également les fautes de gestion commises par celui-ci et le lien de connexité entre la faute et le dommage.

Le cédant tentera, le plus souvent, de prouver qu'il n'était pas tenu à garantie et que l'aggravation de la situation de l'entreprise n'est que la conséquence de l'incurie du cessionnaire.

Les praticiens connaissent bien cette situation, où il s'agit d'apprécier l'évolution d'une entreprise dirigée successivement par des personnes différentes.

En règle générale, les juridictions saisies désignent en qualité d'expert, un expert-comptable dont la mission consistera à apprécier l'évolution de la situation active et passive de l'entreprise, entre la date de la cession du bloc de contrôle et celle de la déclaration de cessation des paiements, de façon à tenter de préciser les responsabilités des dirigeants concernés.

Il conviendra, le cas échéant, d'apprécier également si la société était en cessation de paiements au jour de la cession des titres et par voie de conséquence de rétablir la situation active et passive réelle à cette date.

Nous sommes ramenés aux difficultés précédemment exposées lors de l'examen des différentes voies de recours.

— En troisième lieu, il convient de rappeler que le résultat de l'action en support de passif ne peut en aucun cas bénéficier directement au cessionnaire des titres précédemment cédés.

A tout prendre, pourrait-on dire, peu importe la qualité du bénéficiaire : que ce soit la société dont les titres ont été cédés ou que ce soit le cessionnaire des titres, l'essentiel n'est-il pas que le préjudice soit réparé (32).

On ne reviendra pas sur les controverses qu'avaient déclenchées les dispositions de l'ex-article 99 quant à la répartition du produit de l'action en comblement. Le contenu de l'article 180 de la nouvelle législation a le mérite de la clarté : « ... les sommes versées par les dirigeants... entrent dans le patrimoine « du débiteur et sont affectées, en cas de continuation de l'entreprise, selon les modalités prévues « par le plan d'apurement du passif. En cas de liquidation, ces sommes sont réparties entre tous les « créanciers au marc le franc ».

Nous concluons sur ce point que l'action dite en comblement de passif ne saurait constituer une voie de recours aisée pour le cessionnaire, puisqu'en tout état de cause, celui-ci ne peut intervenir comme demandeur principal et que de surcroît, le produit de l'action ne saurait lui bénéficier personnellement. Elle constitue cependant un palliatif au profit des créanciers lorsque la société dont les titres ont été cédés, se trouve être en situation particulièrement critique.

(32) Citons un arrêt récent de la Cour de Cassation (Cass. civ. 10 mai 1988 - Bulletin Joly, juin 1988 - P. 586 et suivantes) reconnaissant à la société en liquidation de biens la possibilité d'encaisser le produit d'une condamnation arbitrale, en application d'une clause de garantie de passif, jugeant qu'il n'y avait donc pas violation de la règle « nul de plaide par procureur ».

(31) Galia-Beauchesne : Op. cité p. 31 - 32 - 33.
Cf. également Dict. Joly. Op. cité N. 44 - 45 - P. 22.

2°) Cession d'un bloc de contrôle concomitante à la mise en « faillite » de la société concernée :

Cette hypothèse est plus rare que la précédente. Il s'agit de l'espèce où la société se trouve être déjà en cessation de paiements au moment où la majorité de contrôle est cédée. Deux cas différents peuvent se présenter :

— le premier concerne la société déjà en procédure collective, sous l'administration d'un mandataire de justice. Cette hypothèse sera très rare, puisqu'en pratique les titres ne pourraient être cédés qu'avec l'assistance du mandataire de justice et l'autorisation du Tribunal de Commerce (33).

Il y aurait là manifestement fraude, ce qui nous ramène à l'étude précédente portant sur les vices du consentement. Il y a lieu de souligner une décision de la Cour d'Appel de Versailles, qui rappelle que la cession de contrôle est naturellement la cession de contrôle d'une société en état d'exercer son activité économique et que la faillite de la société en question constitue un vice caché du contrôle lui-même (34).

Une autre décision va dans le même sens (35), en précisant qu'il n'y a pas d'erreur à sanctionner et la finalité de la prise de contrôle est respectée, quand la société in bonis peut toujours remplir son rôle.

On a pu observer que les juridictions relevaient ainsi un vice de contrôle dans un défaut de la société, grande innovation si l'on se rappelle qu'au paravant, il n'était accordé aucun recours à l'acquéreur de titres d'une société en faillite : « ... il y a un vice caché du contrôle parce que le contrôle ne produit rien si l'on contrôle une société qui n'existe plus » (36).

— Le second cas vise l'hypothèse où la société est en cessation de paiement au moment de la cession de la majorité de contrôle sans être en procédure collective. Cette hypothèse est loin d'être théorique, bien qu'il puisse sembler étonnant qu'un cessionnaire moyennement avisé, n'ait pas décelé cette situation pour le moins préoccupante.

Mais, les praticiens savent que la cessation des paiements se découvre bien souvent beaucoup plus tard et qu'elle est couramment reportée par les juridictions.

Le recours du cessionnaire sera là encore conditionné par la charge de la preuve : y a-t-il eu des manœuvres dolosives de la part du cédant ?

Au besoin, la juridiction désignera un expert, afin de rechercher les éléments permettant de reporter la date de cessation des paiements, mais à défaut de manœuvres dolosives caractérisées, il est peu probable que le cessionnaire obtienne réparation, car il faut rappeler que le cédant, en règle générale, ne garantit pas la solvabilité de la société. Il appartient au cessionnaire, rappelons-le, homme d'affaires

(33) Loi du 25 janvier -985 - Art. 23.

(34) C.A. Versailles 17-6-1987, (Bull. Joly 1987 - 619. Note Le Cannu).

(35) C.A. Bordeaux 11-7-1986 - Rev. soc. 1986 - 593. Note Le Cannu.

(36) Cession de contrôle des sociétés non cotées par le Professeur Michel Germain - Op. cité p. 72.

suffisamment avisé, ou présumé tel, de s'entourer d'un maximum de précautions.

3°) Cession de contrôle intervenue au cours d'une procédure collective :

On sait que les solutions de redressement judiciaire sont très différentes de celles que connaissait le règlement judiciaire de la loi de 1967 ; c'est ainsi qu'au concordat a succédé le plan de redressement soit par voie de continuation, soit par voie de cession. Ces modifications ne sont pas sans conséquences au niveau des cessions de contrôle qui peuvent intervenir, même si le cas est peu fréquent, au sein des sociétés en procédure collective.

On connaissait déjà les cessions de contrôle au sein des sociétés bénéficiant d'un concordat sous l'ancienne législation. Sous réserve d'obtenir les autorisations requises, un tiers pouvait en effet acquérir, bien souvent pour le franc symbolique, les titres d'une société en règlement judiciaire, de façon à proposer un concordat aux lieu et place des cédants (37).

Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, un mécanisme similaire peut intervenir : le cessionnaire des titres propose alors un plan de redressement par voie de continuation aux lieu et place des dirigeants consentant à la cession de contrôle, ou évincés sur décision du tribunal.

Ces cessions de titres en procédure collective ont donné lieu à certaines difficultés que les praticiens, ou le cas échéant, la jurisprudence, ont eu à résoudre.

La première de ces difficultés concerne la consistance du passif de la société soumise à concordat ou à un plan de redressement. On pourrait penser que le cessionnaire trouve toute garantie dans la procédure spécifique qu'est la vérification du passif et le dépôt d'un état des créances vérifiées par le Juge-Commissaire. Il y a là en effet, par rapport aux cessions dans les sociétés in bonis, une garantie attrayante dans la mesure où le passif à l'égard des tiers se trouve être connu avec une assez grande précision, d'autant que ce passif se trouverait être quasi intangible, en raison des prescriptions qui s'y rattachent.

Les praticiens savent cependant que cette intangibilité peut être remise en question par des créances provisionnelles, par des contentieux en cours, par des relevés de forclusion, etc. De plus, les évaluations des éléments composant l'actif de l'entreprise peuvent s'avérer ultérieurement inférieures à celles annoncées par un dirigeant aux abois, notamment au niveau des stocks et des créances clients.

Les reports déficitaires qui pouvaient s'avérer attrayants pour un repreneur, peuvent fondre comme neige au soleil, à la suite d'une redressement fiscal.

La seconde difficulté réside dans l'existence de cautions non révélées au jour de la cession des titres (38), ou encore de contrats poursuivis par l'entreprise

(37) Cf. Concordat Agache - Willot - Boussac Saint Frères. Jugement du Tribunal de commerce de Lille, en date du 11-10-1985.

(38) Cf. notamment Cass. comm. 10-1-1983. Sydoni. Microfiche 83 - 717/008.

Cass. civ. 20-7-1981 - Joly 1981 - N. 397 - p. 817.

dans des conditions peu favorables, sur lesquelles il a été fait silence.

Dans toutes ces hypothèses, quels seront les recours du cessionnaire à l'égard du cédant, dont bien souvent la situation patrimoniale personnelle se trouve gravement obérée ?

Les recours de droit commun, que nous avons examinés au cours de cette étude, paraissent encore plus inopérants que dans les cessions au sein des sociétés *in bonis*.

Bien souvent, la cession des titres intervient pour le franc symbolique, après que des abattements substantiels aient été effectués au niveau de l'actif. Par ailleurs, la vigilance du cessionnaire sera d'autant plus requise qu'il ne pourrait ignorer les difficultés de l'entreprise sous mandat judiciaire. Sauf à faire de nouveau appel aux vices du consentement, plus spécialement aux manœuvres dolosives du cédant, et le cas échéant, des professionnels qui l'assistent, un tel recours n'a que peu de chance de prospérer.

On pourrait encore se poser la question de savoir si de telles cessions, qui interviennent sous l'autorité du Juge-Commissaire et du Tribunal, peuvent ultérieurement être remises en cause par un cessionnaire découvrant un passif complémentaire.

Nous penchons pour l'affirmative, car il faut noter que le tribunal, en règle générale, arrête un plan de continuation qui fixe les modalités d'apurement du passif par le cessionnaire, mais n'intervient pas directement dans l'appréciation de la valeur de cession des titres cédés. Il pourrait éventuellement le faire, lorsqu'il impose une cession de titres aux dirigeants évincés, mais dans ce cas, extrêmement rare jusqu'à présent, c'est un expert désigné par la juridiction qui sera chargé de fixer la valeur des titres cédés (39).

Notons enfin qu'aucune disposition de la loi du 25 janvier 1985 ne fait obstacle à ce que cédant et cessionnaire conviennent d'une clause de garantie de passif dans les termes du droit commun.

Les praticiens des procédures collectives ont l'occasion de connaître de telles clauses lors de l'élaboration de plans de continuation ; il convient cependant qu'ils soient extrêmement prudents lors de la rédaction de telles clauses, en s'interdisant d'intervenir *ès-qualité*.

La difficulté, sans être insurmontable, n'est pas mince à résoudre, car l'administrateur judiciaire remplit le plus souvent, un mandat d'assistance auprès du dirigeant de l'entreprise.

Au terme de cette analyse, nous concluons que l'inventaire des moyens mis à la disposition du cessionnaire d'un bloc de contrôle aboutit à la constatation qu'aucune des solutions envisagées ne met celui-ci à l'abri d'un échec.

De façon générale, bien qu'il existe un certain nombre de décisions favorables aux cessionnaires, notamment en matière de vices de consentement, celles-ci demeurent très ponctuelles. En l'absence d'une législation spécifique régissant les cessions de contrôle, les tribunaux paraissent répugner, en règle générale, à remettre en cause des conventions librement consenties, dans un domaine où l'expé-

rience, les connaissances des termes de l'échange, sont présumées être l'apanage des cocontractants.

De plus, ces recours qui nécessitent de faire appel au juge entraînent bien souvent des procédures longues, onéreuses et aléatoires, dont les cessionnaires souhaitent bien souvent faire l'économie.

En cette matière, comme dans d'autres, le préventif est souvent préférable au curatif. C'est pour quoi, on a pu constater depuis déjà plusieurs décennies, le développement progressif de dispositions contractuelles habituellement désignées sous le vocable de « clauses de garantie du passif ».

Nous examinerons dans une troisième et dernière partie, la nature juridique de ces clauses.

III — LE DÉVELOPPEMENT DES CLAUSES DITES DE GARANTIE DE PASSIF :

Face à ce qu'il faut appeler, sinon un vide juridique, à tout le moins un échec des garanties qu'offre le droit commun, la pratique ne pouvait que tenter l'élaboration progressive de mécanismes consensuels connus sous le vocable très général de clauses de garantie de passif.

Nous aurons l'occasion de constater au cours des exposés qui suivront, que cette terminologie recouvre des situations extrêmement diverses. Bien souvent, l'imprécision du contenu de ces clauses sera source de contentieux multiples. En quelque sorte, c'est en voulant éviter les obstacles que présentent les garanties de droit commun et les difficultés procédurales qui en découlent, que les parties font appel à des techniques plus sophistiquées qui, maniées sans quelque précaution, aboutissent à des contentieux complexes et onéreux, éternelle histoire de l'arroseur arrosé...

Les clauses de garantie de passif pour être réellement efficaces, doivent donc être rédigées avec une très grande précision, les tribunaux étant de façon générale peu favorables aux interprétations extensives. N'oublions jamais qu'en cette matière, cédant et cessionnaire sont présumés être des hommes d'affaires en principe avisés.

Relevons également dès à présent que pour jouer pleinement son rôle, la clause de garantie doit être élaborée et insérée par les parties, dès l'établissement du protocole d'accord ou de la promesse de cession dont il sera ultérieurement fait état. Tout décalage dans le temps ne peut être que source ultérieure de difficultés.

Nous examinerons successivement pour clore cet exposé :

- la nature juridique des clauses de garantie de passif,
- leur caractère commercial et les conséquences qui en découlent.

A) NATURE JURIDIQUE DES CLAUSES DE GARANTIE DE PASSIF :

Il s'agit, rappelons-le, d'une création purement préventive. Il ne semble pas que la jurisprudence ait de son côté tenté d'en donner une définition, les juridictions se bornant à l'appliquer lorsque celle-

(39) Loi 25-1-1985 - Art. 23.

ci a été convenue entre les parties, sauf à en apprécier la validité et à interpréter, si besoin est, la volonté des parties.

Celles-ci demeurent bien entendu libres d'inclure ou non, une telle clause de garantie lors d'une cession de contrôle, de telle sorte que le cessionnaire ne saurait l'imposer au cédant. Tout dépend en pratique des forces contractuelles en présence, et de l'intervention des conseils des parties. Il faut cependant observer que les clauses de garantie de passif ont tendance à se généraliser, tout en s'orientant de plus en plus vers des clauses de garantie englobant l'actif et le passif, ce dont vous entretiendra tout à l'heure mon confrère, Michel Devillebichot.

Deux points nous paraissent mériter l'attention :

- la formation des clauses de garantie,
- l'exécution de telles clauses.

1°) Les conditions essentielles de formation :

L'ensemble de la doctrine et la jurisprudence est unanime à reconnaître que les différentes formes de garantie de passif ne se présument pas (40). Il ne saurait y avoir de garantie implicite de passif, de telle sorte que la convention écrite est indispensable (41).

Nous n'analyserons pas ici le contenu de telles conventions, dont différents types vous seront proposés ultérieurement par mes éminents confrères. Rappelons simplement que de telles clauses doivent être rédigées de façon aussi précise que possible, si l'on veut éviter ultérieurement des difficultés d'interprétation.

La clause de garantie peut être insérée dans le protocole d'accord ou faire l'objet d'un acte séparé, qui en précisera les modalités d'application.

Au niveau des conditions de fond, il est essentiel que la clause respecte le droit commun des obligations ; c'est ainsi que pourrait être invoqué un vice de consentement ou plus grave encore, l'absence de cause de l'engagement du cédant. Qu'advierait-il, dans l'hypothèse où le passif complémentaire pris en charge par le cédant, s'avèrerait supérieur au prix de la cession ?

En règle générale, les tribunaux ont tendance, sauf convention contraire des parties, à faire application de la clause sans restriction, à condamner le cédant pour le tout, dans la mesure où l'engagement du cédant n'était pas limité dans son quantum (42).

Tel pourrait être même le cas, lorsque la cession a été réalisée pour le franc symbolique, alors que la société se trouvait être quasiment en état de cessation des paiements. En effet, la Cour d'Appel de Paris a pu juger que dans un tel cas, le cédant avait encore retiré un avantage financier conséquent, en acceptant la cession et qu'en conséquence, la clause de garantie de passif devait s'appliquer (43). Cette décision peut paraître choquante, mais elle est justifiée.

(40) Cf. notamment Caussain et Germain. Op. cité p. 209. G. Note. Op. cité n. 22.

Dictionnaires Joly. Op. cité N° 84. P. 28.

(41) C.A. Paris 12-2-1982. Juris Data N° 29077.

C.A. Paris 13-1-1984. Juris Data N° 20011.

Il faut également éviter que la rédaction de la clause de garantie n'aboutisse à une cession à un prix déterminé, auquel cas la convention de cession deviendrait alors nulle de plein droit, par application des dispositions de l'article 1591 du Code civil (44). La difficulté se présente plus particulièrement, lorsque l'on a affaire à une clause de révision de prix où les parties n'ont fixé qu'une évaluation provisoire du prix de cession, en se réservant de le fixer définitivement après accord sur le montant des redressements (45).

2°) L'exécution des clauses de garantie :

On ne mentionnera ici que quelques considérations d'ordre général, puisque l'étude des cas pratiques qui va suivre, permettra d'en examiner les principales difficultés.

Nous n'aborderons pas les conditions de mise en œuvre, non plus que les modalités d'exécution des clauses de garantie de passif, dont notre confrère, Michel Devillebichot, nous parlera dans quelques instants. Relevons simplement que la diversité des clauses rend leur mise en application relativement complexe. A cet égard, un effort d'uniformisation serait le bienvenu.

Nous voudrions nous attarder quelques temps sur deux problèmes particuliers : celui de l'étendue de la garantie d'une part, celui des garanties d'exécution d'autre part.

a) Etendue de la garantie :

Cette question nous paraît essentielle pour les praticiens que nous sommes, dans la mesure où le contenu des clauses que nous avons à connaître en qualité d'expert judiciaire, mais aussi en qualité de conseil d'une entreprise, nous pose bien souvent des difficultés au niveau de leur étendue. Les magistrats, qui ont bien souvent à statuer sur de telles clauses rencontrent les mêmes problèmes. Il s'agit de rechercher quelle a été la véritable intention des parties au jour de la cession d'un bloc de contrôle. Cette intention n'est pas nécessairement identique pour le cédant dont l'objectif est de limiter sa garantie autant que faire se peut, et pour le cessionnaire qui, au contraire, tentera de l'étendre au maximum.

Il est bien certain qu'une clause qui garantira par exemple « Tout passif pouvant se révéler postérieurement à la date de la cession, pour autant que ce passif trouve son origine antérieurement à ladite cession », n'a aucun rapport avec la clause qui garantit au cessionnaire : « ... l'indemnisation à titre de réduction de prix, de l'incidence de la moins-value éventuelle résultant de la majoration du passif ou de la minoration d'actif qui sera constatée ».

(42) Cass. comm. 22-2-1983. Bulletin civ. IV N° 72 p. 61.

(43) C.A. Paris 6-6-1981. Gaz. du Palais 1982. 1.173. Note A.P.S.

D.S. 1983. I.R.P. 71. Obs. J.-C. Bousquet.

(44) Cf. Y. Guyon. Droit des affaires 3^e Ed. 1984. N° 607 p. 583.

(45) Cass. comm. 5-5-1970. Bull. civ. IV N° 147, p. 133. Rev. trim. Dt comm. 1971 p. 129. Obs. Houin.

Combien de fois au cours d'une expertise judiciaire, devons-nous rappeler au cessionnaire que nous nous trouvons devant une simple garantie de passif « stricto sensu », alors que celui-ci fait état d'événements réduisant la valeur des actifs de la société cédée, dont la garantie n'est pas assurée par la clause évoquée ?

S'il n'appartient pas à l'expert d'interpréter les clauses convenues librement entre les parties, il n'en demeure pas moins vrai qu'il sera amené bien souvent à donner un avis à la juridiction qui l'aura désigné, notamment lorsque deux ou plusieurs interprétations apparaîtront possibles. Le problème de l'interprétation se posera en tout cas, lorsque le professionnel agira en qualité d'arbitre amiable compositeur, hypothèse de plus en plus fréquente.

De leur côté, les juridictions rencontrent couramment la même difficulté au niveau de l'interprétation de ces clauses. Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer ce problème.

En tout état de cause, une règle primordiale est à respecter : le prix de cession ne peut être laissé à la discrétion de l'une des parties. Notamment, la garantie ne peut consister à la fixer par référence à un bilan établi ultérieurement à l'initiative par exemple du seul cédant (46).

La jurisprudence récente évolue sur une ligne de crête extrêmement étroite. De façon générale, elle est hostile à l'extension de la portée des clauses : une garantie de passif « stricto sensu » ne saurait être étendue à l'actif (47).

Mais, les tribunaux savent faire preuve de sévérité à l'égard des cédants, lorsque les clauses sont particulièrement ambiguës (48).

En sens contraire, les tribunaux ne sont pas favorables à une restriction des clauses. Il a été jugé que la clause de garantie ne saurait s'analyser en une clause pénale, ce qui interdit par là-même au juge de modérer la peine excessive (49).

En quelque sorte, c'est l'application stricte de la règle : « Toute la clause de garantie... mais rien que la clause ».

b) Garanties d'exécution de la clause :

Il n'est pas rare que la clause de garantie soit elle-même en quelque sorte garantie par des sûretés réelles ou personnelles : cautionnement, nantissement des actions du vendeur, qui n'ont pas fait l'objet de la cession. Ce peut être aussi, une rétention du prix des titres cédés entre les mains du cessionnaire.

On peut également songer à affecter en garantie, lorsqu'il existe au moment de la cession, le solde

créditeur du compte courant du cédant au sein de la société.

En l'absence de convention expresse, il ne semble pas que puisse s'opérer de plein droit, une compensation entre la créance du cessionnaire découlant de la garantie et le compte courant du cédant. En effet, la créance du cessionnaire existe à l'égard du cédant, mais non pas à l'égard de la société qui demeure débitrice du cédant (50).

Ce problème des garanties se trouve intimement lié à celui du bénéficiaire de la clause de garantie et de la notion de stipulation pour autrui dont il sera fait état au cours des exposés qui suivront.

Il nous reste à dire quelques mots, si vous le permettez encore, du caractère commercial des clauses de garantie et des conséquences qui en découlent.

B) CARACTERE COMMERCIAL ET CONSEQUENCES EN DECOULANT :

On a déjà relevé précédemment que la Cour Suprême avait eu l'occasion de réaffirmer à plusieurs reprises, le caractère commercial de la cession de contrôle, notamment par un arrêt de principe du 28 novembre 1978 (51).

Ce caractère commercial de la cession de contrôle entraîne des conséquences particulièrement importantes que nous nous contenterons de rappeler :

— En premier lieu, le contentieux portant sur la cession de contrôle et par voie de conséquence, sur l'application des clauses de garantie de passif, sera soumis à la compétence des juridictions commerciales.

— En second lieu, la solidarité sera présumée entre les cédants du bloc de contrôle, ce qui représente pour le cessionnaire un avantage indiscutable.

— En troisième lieu, la clause compromissoire s'avère parfaitement valable en matière de cession de contrôle, elle a été reconnue par la Cour de Cassation dans un 1^{er} arrêt de 1978 (52).

Il est donc possible de faire appel à l'arbitrage, ce qui permet bien souvent de résoudre des difficultés d'interprétation des clauses de garantie de passif avec toute la discrétion que souhaitent les parties en cette matière.

La clause compromissoire peut d'ailleurs être assortie d'une clause d'amiable composition, en application de l'art. 1474 du Nouveau code de procédure civile.

Au terme de cette analyse, je dois en tout premier lieu vous prier de me pardonner d'avoir quelque peu abusé de votre attention.

Il faut dire que le sujet est vaste, alors que le terrain sur lequel nous évoluons, est encore semé

(46) Cf. Cession de contrôle des sociétés non cotées par le Professeur Michel Germain. Op. cité p. 73.

La garantie dans la cession des droits sociaux. Jean Poustis et J.-L. Monnot. JCP Op. cité 1989 N° 15479.

(47) Cass. comm. 28-6-1982. JCP 1984 II 14183. Edit. E. Note Monnot.

C.A. Paris 17-11-1983. Bull. Joly 1984 p. 399 N° 132.

(48) Cass. comm. 29-1-1973. Rev. stés 1974 p. 565. Note Houin.

Cass. comm. 28-6-1982 déjà cité.

(49) Cass. comm. 13-6-1978. Bull. civ. IV N° 163 p. 139.

C.A. Paris 9-11-1978 Juris Data N° 690.

(50) C.A. Paris 16-11-1984 Francis Lefebvre N° 3/10 15-3-1985.

(51) Cass. comm. 28-11-1978. D.S. 1980 P. 316. Note J.-C. Bousquet.

Cass. comm. 3-1-1985. D.S. 1985 I.R. 226.

Cass. comm. 19-11-1985. Bull. Joly 1986 p. 86.

T.G.I. Paris 19-9-1986. Gaz. pal. 23-11-1986 p. 18.

Cass. comm. 28-4-1987. Rev. soc. 1987. 391. Note Bousquet.

(52) Cass. comm. 29 mai 1978 JCP 1978. Ed. G IV 239.

d'embûches, c'est ce que j'ai tenté en tout cas de vous faire ressentir.

Les mécanismes de la cession de contrôle dans les sociétés non cotées demeurent complexes, d'autant que le législateur n'est jusqu'à présent pas intervenu en cette matière. Devrait-il le faire? Je me garderai bien d'exprimer un avis sur ce point.

J'observerai en tout cas qu'il s'agit d'un vaste domaine de réflexion offert aux experts-comptables, tant au titre de leur vocation naturelle de conseillers privilégiés de l'entreprise, qu'à celui plus spécifique de leur intervention en qualité d'expert judiciaire ou d'arbitre. A cet égard, je remercie le Président Jean Clara et les membres du Bureau national d'avoir choisi un thème de réflexion que mes éminents confrères, à qui je vais passer la parole, auront tout loisir de développer au cours de cette journée.

Je me garderai bien de garantir, par quelque clause que ce soit, qu'au feu de vos questions subtiles, nous serons à même d'apporter des réponses qui pourraient garantir la cession de notre modeste savoir.

Je vous remercie de l'attention que vous avez bien voulu porter à ces quelques propos.

Applaudissements

M. le Président Clara — Je vous remercie de ce brillant exposé. Nous aurons l'occasion, tout à l'heure, d'en discuter et je m'excuse encore pour ceux qui sont au fond si l'audition n'est pas très bonne. Mais on attend le technicien pour réparer les micros et notamment le micro central.

Je vais repasser la parole au Président Dana qui va nous dire quelques mots pour accueillir M. Michel Devillebichot.

M. Dana — M. Darrousez nous a montré l'insuffisance des garanties offertes par le droit commun. C'est la raison pour laquelle, M. Devillebichot va nous parler des CLAUSES DITES DE GARANTIE DE PASSIF.

Je passe donc la parole à M. Devillebichot.

LES CLAUSES DITES DE GARANTIE DE PASSIF

présenté par

Michel DEVILLEBICHOT

Expert-Comptable agréé par la Cour de Cassation

Comme nous venons de le voir, le droit commun ne permet pas de protéger avec suffisamment d'efficacité le cessionnaire contre les risques inhérents à la cession de la majorité des titres d'une société. Dans la pratique des affaires, le cessionnaire des droits sociaux s'attache à obtenir du cédant une extension de la garantie légale.

Cette extension de garantie fait l'objet d'un certain nombre de dispositions contractuelles qui sont habituellement regroupées sous la dénomination de « garantie de passif ». Nous reprendrons cette terminologie classique bien qu'elle ne soit pas parfaitement adéquate.

L'objectif principal de ces clauses est de protéger le cessionnaire contre le risque d'incertitude pouvant concerner la situation réelle de la société dont les titres sont cédés.

Dans tout ce qui va suivre, nous nous placerons dans le cas de la cession d'un « bloc de contrôle » permettant à l'acquéreur de maîtriser entièrement la conduite des affaires sociales. Par ailleurs, nous nous référerons explicitement aux sociétés par actions mais tout ce qui sera indiqué pourra évidemment être transposé à la société à responsabilité limitée. Enfin, nous laisserons volontairement de côté les problèmes fiscaux posés par l'exécution des clauses.

La forme et le contenu des clauses sont très variables. Ils dépendent de nombreux facteurs qui, pour l'essentiel, ont trait :

— en premier lieu, à la situation de la société dont les titres sont cédés ;

— en second lieu, aux positions de force respectives des parties, à leur stratégie de négociation et à la qualité des interventions de leurs conseils ;

— enfin, aux objectifs poursuivis par les parties.

Il ne saurait être question de présenter un inventaire exhaustif tant les situations sont diverses.

Nous nous limiterons à l'examen de deux catégories de problèmes.

1) Quel est, d'une manière générale, le contenu des clauses ?

2) Quelles sont les principales modalités d'exécution de ces clauses ?

Quel est d'une manière générale le contenu des clauses ?

Nous allons voir que si les clauses de garantie de passif correspondent surtout à des engagements du cédant, elles contiennent aussi des engagements du cessionnaire.

I — LES CLAUSES DE GARANTIE DE PASSIF CONCERNENT D'ABORD LES ENGAGEMENTS DU CEDANT A L'EGARD DU CESSIONNAIRE

Ces engagements sont pour l'essentiel relatifs :

- à la sincérité de l'information, chiffrée ou non
- à la garantie de gestion « courante et normale »
- à la garantie spécifique « de passif »

Nous allons développer successivement ces trois points.

A) Engagement de sincérité de l'information donnée par le cédant

Le cédant garantit la régularité des documents sociaux :

- au plan juridique,
- et au plan financier.

1) Sincérité de l'information juridique

a) A titre d'information, les principales caractéristiques juridiques de la société sont rappelées :

- date de constitution
- répartition du capital
- existence ou non d'actions de priorité
- existence ou non de filiales et de participations, etc.

b) En outre, le cédant garantit :

— que toutes les règles juridiques ont été respectées,

— que la cession des actions n'aura aucun effet sur la situation juridique de la société à l'égard de ses obligations contractuelles ou autres à l'égard des tiers,

— que les titres cédés ne font l'objet d'aucun gage, d'aucun nantissement ou d'aucun engagement quelconque.

2) Sincérité de l'information financière

Il est généralement fait référence aux comptes annuels de la société, lesquels sont habituellement certifiés par un commissaire aux comptes. S'il s'agit d'une situation « intermédiaire », celle-ci peut être visée par l'expert comptable qui l'a établie ou par un cabinet de révision comptable extérieur, choisi par exemple par les deux parties.

Il ne peut qu'être recommandé à l'acheteur de faire procéder à une révision préalable des comptes de l'entreprise, ce qui permettra d'éviter bien des déconvenues (et de détecter d'emblée les « vices cachés manifestes »...).

Il faut en outre rappeler que depuis la loi du 29 novembre 1983, l'annexe fait partie intégrante des comptes annuels et doit contenir toutes les informations significatives sur la façon dont les comptes ont été établis.

La question s'est donc posée de savoir si le fait, par exemple, d'omettre de porter une mention dans l'annexe pouvait entraîner la mise en jeu de la clause de garantie de passif.

Ainsi, en ce qui concerne les engagements de retraites de l'entreprise, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes indique, dans une réponse du 23 juin 1988 :

« Vous nous demandez si, en cas de cession d'actions avec clause de garantie de passif, la non-comp-

tabilisation de la provision pour retraites dans les comptes de la société peut être considérée comme un passif omis, donc à la charge du cédant, en application de la clause de garantie de passif?»

« Il ne semble pas que la provision pour retraites puisse être considérée comme visée par la clause de garantie de passif. En effet, avant la reconnaissance de l'obligation de la provision pour retraites, on aurait certainement répondu par la négative alors que cette « dette » existait à l'époque mais on la considérerait comme faisant partie des risques normaux de l'entreprise inclus dans les modalités de calcul de la valeur des actions.

Aujourd'hui, il est obligatoire de constater les engagements de retraites mais (article 9, alinéa 3 du Code de commerce) la constatation doit se faire dans l'annexe, la constatation en provision n'étant qu'une « possibilité ». Les engagements de retraites ne sont donc pas considérés comme un véritable « passif ». Par ailleurs, ils ne constituent pas un « passif caché ».

La constatation d'une provision pour retraites n'étant pas obligatoire, son absence n'est pas constitutive d'un bilan « inexact ».

Tel ne serait pas le cas si l'engagement ne figurait pas dans l'annexe.

Il serait difficile cependant d'apprécier dans quelle mesure un tribunal accorderait à l'acquéreur des dommages et intérêt dans l'hypothèse où l'engagement ne figurerait pas dans l'annexe.

La responsabilité des professionnels ayant établi ou révisé la situation de référence peut être éventuellement engagée.

Cependant, c'est la garantie donnée par le cédant au cessionnaire qui est l'objet de notre étude.

Enfin, il est souvent précisé,

— que toutes les opérations de la société ont bien été enregistrées en comptabilité

— que les biens, valeurs, droits mobiliers et immobiliers faisant partie de l'actif ne sont grevés d'aucun privilège, hypothèque, nantissement ou de tout autre droit réel ou servitude, à l'exception, par exemple, de ceux qui sont mentionnés en annexe à la convention

— que, le cas échéant, les marques et brevets ont été déposés selon les règles et qu'aucun droit ou licence quelconque n'a été concédé sur ceux-ci, à l'exception par exemple de ceux qui sont mentionnés en annexe à la convention.

D'une manière plus générale, le cédant garantit

— que les actifs de la société sont normalement assurés ou entretenus

— que, je cite, le « fonds de commerce a toujours été exploité d'une manière normale en vue de maintenir son activité et de préserver son exploitation future » ou « que la société n'est pas en état de cessation de paiement ».

D'autres dispositions sont relatives aux engagements que la société aurait pu contracter antérieurement à la cession, par exemple : des contrats de travail prévoyant des avantages supérieurs à ceux résultant de l'application du droit commun ou des conventions collectives en vigueur dans la profession.

Enfin, l'indépendance de la société par rapport à d'autres entreprises est affirmée ou, au contraire, ses liens avec d'autres sociétés dont l'identité est précisée, sont sommairement décrits (participations, contrats de licence ou autres).

B) Garantie de gestion « courante et normale » du cédant

La garantie de gestion « courante et normale » ne peut s'appliquer que pour la période non couverte par la garantie de passif. Cette garantie de gestion « courante et normale » court de la date de la situation comptable de référence à la date de réalisation de la cession, période pendant laquelle le cédant assure encore la direction de la société (cf. schéma p. 38 cas R1).

Le cédant garantit, par exemple :

— que « Les cédants ne réaliseront que des opérations de gestion courante. Aucune mise en paiement ou distribution de dividende en nature ou en espèces, ou distribution de réserves ne seront faites par la société ».

C) Garantie spécifique du cédant

Nous retrouvons ici les différentes catégories de clauses déjà évoquées dans le précédent exposé :

- Clauses de garantie de passif stricto sensu
- Clauses de garantie d'actif et de passif
- Clauses de révision de prix
- Clauses pénales

1) Clauses de « garantie de passif stricto sensu »

Dans ce genre de clauses, le cédant s'engage à rembourser tout passif supplémentaire qui serait mis à la charge de la société et dont le fait générateur est antérieur à la date d'établissement de la situation comptable.

Cette clause a notamment pour conséquence que la garantie ne joue qu'à hauteur des augmentations de passif constatées sans compensation possible avec les augmentations d'actif qui ont pu intervenir par ailleurs.

Ainsi, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a estimé dans un arrêté du 28 juin 1982 (1) :

« que c'est hors toute dénaturation de la convention litigieuse que la Cour d'Appel a déclaré que celles-ci n'avaient pas prévu au profit des cédants, au regard du passif social auxquels ils s'engageaient, le droit de se prévaloir de certains éléments d'actif non portés au bilan auquel s'étaient référées les parties ».

Dans cette espèce, les cédants avaient signé une convention aux termes de laquelle le passif révélé postérieurement au 30 juin 1975 — date de la situation comptable de référence et qui relevait de la gestion des cédants — serait à la charge de ces derniers et viendrait en déduction du prix convenu payable en partie à terme.

(1) JCP Ed. n° 9 14.183, page 128.

Or, il s'est révélé un passif social ne figurant pas à la situation comptable de référence. Les cessionnaires ont alors déduit le montant de ce passif de la prochaine échéance de paiement du prix.

Les cédants ont soutenu de leur côté qu'il fallait tenir compte également des actifs nouveaux qui s'étaient révélés par ailleurs, de telle sorte que seul le solde des éléments passifs et actifs pouvait être imputé.

La Cour de Cassation n'a pas retenu leur argumentation. Elle a en effet considéré que c'était à bon droit que la Cour d'Appel avait estimé que la prise en charge du passif social signifiait la prise en charge des seuls éléments du passif révélés postérieurement à la situation comptable de référence et non la prise en charge du solde existant entre les suppléments d'actif et les suppléments de passif constatés.

Il apparaît en revanche possible, selon nous, de compenser toute augmentation de passif avec tout excédent de passif qui pourrait être par ailleurs ultérieurement constaté par exemple : une provision dont le montant se révèle finalement supérieur au montant définitif du passif qu'elle avait pour but de garantir, la facture d'un fournisseur devenue sans objet, etc.

C'est la totalité du passif supplémentaire découvert qui est due par le cédant et ce même si le montant de ce passif supplémentaire est supérieur au prix convenu, sauf stipulation contraire.

Les clauses de garantie de passif « *stricto sensu* » sont donc insuffisantes, puisqu'elles ne protègent pas le cessionnaire contre les diminutions d'actif.

C'est une des raisons pour lesquelles ce type de clauses tend à tomber en désuétude.

2) Clauses de garantie d'actif et de passif

Ce sont des clauses pour lesquelles le cédant se porte garant, à la fois de l'actif et du passif de la société, c'est-à-dire, pratiquement, de la différence entre l'actif et le passif tels qu'ils figurent à la situation comptable de référence.

Ce type de clauses est quelquefois appelé « *garantie d'actif net* » ou « *garantie de situation nette* ».

Dans ce cas, la garantie porte sur la somme algébrique des augmentations et des diminutions d'actif et des augmentations et des diminutions de passif constatées ultérieurement. Il paraît cependant prudent de prévoir expressément cette possibilité de compensation dans la convention.

De même, la compensation entre les différences d'actif et de passif constatées pourrait aboutir à ce que le cessionnaire rembourse au moins partiellement le cédant du prix convenu. Cependant, s'agissant d'une garantie donnée par le cédant au cessionnaire, il serait alors souhaitable de préciser que la garantie ne pourra jouer qu'en faveur du cessionnaire.

Le bénéficiaire de la garantie est dans le cas le plus fréquent, le cessionnaire et non la société. L'application de la clause entraîne alors pratiquement une révision du prix convenu. C'est pourquoi, la doc-

trine et la pratique font état d'une troisième catégorie : les clauses de révision de prix.

3) Clauses de révision de prix

Dans ce type de clauses, il est prévu que le prix de cession, provisoirement fixé, est susceptible d'être révisé en fonction, par exemple, des variations de valeur de l'actif et du passif qui viendraient à être constatées après la cession, variations dont la cause est antérieure à la cession.

Les conséquences principales de ce type de clauses sont les suivantes :

— Elle bénéficie en principe aux deux parties, sauf stipulation contraire

— De même, elle ne s'applique qu'en proportion des titres cédés.

Il semble néanmoins que les conventions de révision de prix ne soient pas de véritables clauses de garantie de passif.

En effet, de deux choses l'une :

— ou bien le prix est définitivement fixé entre les parties et, dans ce cas, on peut adjoindre à la convention une clause de garantie de passif (*stricto sensu* ou d'actif et de passif),

— ou bien le prix est fixé en fonction de paramètres précis (chiffre d'affaires, marge, résultat,... par exemple) visés à la convention dont les variations modifient *a posteriori* le prix de cession.

Dans ce dernier cas, il est possible de dire que le prix est révisé, mais il s'agit d'une modalité de calcul indépendante de la garantie de passif qui pourra être donnée par ailleurs.

4) Dans d'autres cas encore, il s'agit en fait de véritables clauses pénales. Nous ne traiterons pas de ce dernier cas, assez rare en pratique et qui ne paraît pas poser de problèmes spécialement intéressants pour les experts judiciaires.

Tels sont les engagements les plus fréquents du cédant.

II — LES CLAUSES DE GARANTIE CONTIENNENT AUSSI, LE PLUS SOUVENT, DES ENGAGEMENTS DU CESSIONNAIRE A L'EGARD DU CEDANT

Ces engagements ont trait :

1) Au devoir d'information du cessionnaire qui s'engage à informer le cédant :

— de la survenance de tout passif non comptabilisé,

— le cas échéant, quand il s'agit d'une « *garantie d'actif et de passif* » de tout risque de dépréciation significative d'actif par rapport à la situation comptable de référence.

Pour éviter toute contestation ultérieure, il est prévu, par exemple, que cette information soit donnée par lettre recommandée avec avis de réception.

2) A l'engagement du cessionnaire, par exemple au cas où un risque de passif nouveau survient, de proposer au cédant d'assurer à ses frais la défense de la société pour la période qui le concerne.

Cette clause dite « de direction de procès » a pour but d'éviter que le cessionnaire ne défende que « mollement », voire pas du tout, la société dans la mesure où, par hypothèse, le nouveau passif serait de toute façon remboursé par le cédant.

De même, il est convenu que l'acceptation par la société de tout règlement transactionnel ou de tout compromis relatif, par exemple, à un créance à encaisser (entraînant finalement une diminution d'actif), ne puisse se réaliser qu'avec l'accord préalable ou l'acceptation du cessionnaire, donné dans un délai contractuellement prévu.

La validité de cette clause de direction de procès suppose que la société elle-même l'accepte, ce qui nécessite l'intervention de celle-ci à l'acte.

Les divers engagements du cessionnaire sont la contrepartie de l'engagement du cédant de transmettre au cessionnaire toutes les informations relatives à la situation de la société. Par ailleurs, le cédant ne sera engagé que dans la mesure où le cessionnaire aura rempli lui-même ses obligations.

En résumé (comme nous venons de le voir), les clauses de garantie de passif ne comprennent pas seulement des engagements du cédant mais aussi des engagements du cessionnaire.

Les principales modalités d'exécution des clauses

Sans prétendre procéder, là encore, à un inventaire exhaustif, voici les principales questions que la pratique a eu à résoudre :

- 1) Quelles sont les conditions de mise en œuvre de la garantie ?
- 2) Quels sont les éléments exclus de la garantie ?
- 3) Comment remédier aux difficultés liées au déroulement des opérations dans le temps ?
- 4) Quel est le bénéficiaire de la garantie ?
- 5) Quel est le montant de la garantie ?

QUELLES SONT LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE LA GARANTIE ?

Trois conditions doivent être remplies.

1) Les augmentations ou les diminutions tant de passif que d'actif ne doivent pas être comptabilisées à la situation comptable de référence.

2) Le fait générateur des différences constatées doit avoir une origine antérieure à la date d'établissement de cette situation.

3) Les différences constatées doivent présenter un caractère certain même si leur montant n'est pas définitivement établi.

Cela pose évidemment le difficile problème de l'appréciation du quantum à prendre en considération au titre de la garantie lorsque celui-ci n'est pas définitivement connu (cas des créances douteuses, des procès en cours, etc.).

QUELS SONT LES ELEMENTS EXCLUS DE LA GARANTIE ?

1) Dans tous les cas, il convient d'exclure les augmentations de passif et les diminutions d'actif dont la cause est postérieure à la situation de référence.

2) L'augmentation de passif peut rester sans incidence s'il est démontré que le cessionnaire en connaissait l'existence avant la signature des accords.

En effet, le cessionnaire aurait pu dans ce cas négocier la transaction en intégrant dans celle-ci, en minoration du prix auquel il était disposé à acheter, la moins-value résultant de ce supplément de passif connu de lui.

De même, l'augmentation d'actif peut rester sans incidence s'il est démontré que le cédant en connaissait l'existence avant la signature des accords.

Le cédant a en effet négocié la transaction en intégrant dans celle-ci, en majoration du prix auquel il était disposé à vendre, la plus-value résultant de ce supplément d'actif connu de lui.

Nous retrouvons ici l'idée selon laquelle la fixation du prix ou la révision de celui-ci n'ont par principe rien à voir avec la garantie de passif (ou d'actif et de passif) donnée par ailleurs.

3) Enfin, il est conseillé d'exclure de la garantie certaines valeurs d'actif, telles que les immobilisations corporelles, incorporelles et financières et les stocks. En ce qui concerne en particulier les stocks, il est préférable de procéder à un inventaire contradictoire, joint en annexe de la convention sur la consistance et l'évaluation duquel les parties déclarent être d'accord.

Ces exclusions évitent en effet des contestations ultérieures qu'il est souvent difficile de résoudre en pratique.

COMMENT REMEDIER AUX DIFFICULTES LIEES AU DEROULEMENT DES OPERATIONS DANS LE TEMPS ?

Une cession d'actions permettant d'acquérir le contrôle d'une société est une opération complexe qui ne se réalise pratiquement jamais en un seul temps.

Schématiquement, il est possible de distinguer plusieurs périodes :

- une période d'observation et de négociation
- une période intermédiaire
- une période de garantie.

Une période d'observation et de négociation, d'abord, au cours de laquelle les deux parties se renseignent, négocient et mettent au point la teneur de leurs accords. Ces accords font l'objet d'un protocole qui prévoit :

- une promesse d'achat et de vente des titres
- un prix de cession fixé en fonction d'une situation comptable de référence
- les diverses modalités de l'opération,
- et en particulier, point qui nous intéresse ici, les clauses dites de garantie de passif qui sont ainsi contractuellement précisées.

Une période intermédiaire, ensuite, s'étendant de la date de la signature du protocole à la date de réalisation effective de la cession, ces dates pouvant d'ailleurs être en pratique confondues.

Une période de garantie, enfin, qui s'étend en principe de la date de la situation de référence à la date de fin de la garantie donnée par le cédant telle que contractuellement prévue.

En pratique, cette présentation théorique se complique comme nous allons le voir en étudiant plusieurs cas suivant la date de la situation comptable de référence par rapport à celle de la convention de garantie de passif (voir schéma).

Premier cas :

C'est celui où la garantie est fixée par rapport à une situation comptable déjà établie à la date de la signature de la convention de garantie (cas R1 du schéma).

Dans ce cas, le cédant garantit qu'il n'y aura pas d'augmentation du passif figurant dans la situation dont la cause serait antérieure à la date de cette situation (s'il s'agit d'une clause de garantie de passif stricto sensu),

ou, qu'il n'y aura pas de diminution des capitaux propres de la société par rapport à cette situation, diminution résultant d'une clause antérieure à la situation de référence (s'il s'agit d'une clause de garantie d'actif et de passif).

Dans ce premier cas, il est généralement prévu que le cédant s'engage à gérer la société jusqu'à la date de la réalisation effective de la cession d'une manière « courante et normale ».

Deuxième cas :

C'est celui où la garantie est donnée par rapport à une situation comptable à établir (cas R2 ou R'2 du schéma).

La garantie de passif (ou d'actif et de passif) est à apprécier par rapport à cette situation comptable à établir.

Dans ce cas, le cédant pourrait être tenté, par exemple, de prévoir des provisions « confortables » de manière à rendre en fait illusoire l'application de la clause de garantie de passif. Pour cette raison, il est généralement imposé au cédant une garantie de résultat pendant la période s'étendant de la date de la convention de garantie jusqu'à celle de l'établissement de la situation comptable de référence. Faute d'atteindre le résultat convenu, le prix préalablement fixé pourrait être révisé à la baisse.

Une variante existe lorsqu'il est prévu qu'une situation comptable sera établie à la date même de la cession. Dans ce cas, c'est évidemment cette dernière situation, remplaçant la situation antérieure prise provisoirement pour référence, qui servira à déterminer la base de la garantie donnée.

Dans ce deuxième cas, il n'y a évidemment pas de garantie de gestion « courante et normale ».

Durée de la garantie :

La garantie donnée est généralement limitée dans le temps. Le point de départ de la garantie est la date de la situation comptable de référence (situation déjà établie ou situation à établir comme nous venons de le voir).

La durée de la garantie peut être :

— uniforme (par exemple : deux ans à compter de la date de la situation comptable de référence, ou jusqu'à une date déterminée),

— ou variable suivant les postes comptables concernés (par exemple : en fonction des différentes durées de prescriptions techniques, fiscales ou autres). Ainsi par exemple, dans une société de travaux publics, la « garantie de passif » sera donnée en fonction de la date de fin de responsabilité décennale des chantiers les plus récents.

QUEL EST LE BENEFICIAIRE DE LA GARANTIE ?

Il peut être prévu que le bénéficiaire de la garantie est :

— soit le cessionnaire

— soit la société.

1) Dans le premier cas, le plus généralement pratiqué, si la garantie vient à jouer, le montant en est réglé par le cédant au cessionnaire.

2) Dans le second cas, le cédant s'engage à verser directement à la société la somme nécessaire au règlement des dettes nouvelles qui viennent, par hypothèse, à être connues ou qui correspondent à la diminution d'actif constatée.

La validité de cette dernière clause n'est pas contestable. C'est en effet ce que la jurisprudence a confirmé dans une affaire (2) dans laquelle le cédant, je cite « s'était engagé notamment à acquitter, à la première réquisition des cessionnaires, tout passif et toutes réclamations qui pourraient être relevées ultérieurement à la charge de la société, qui auraient pour origine un acte, un fait ou une opération antérieure au jour dudit acte, ainsi que toutes conséquences pouvant résulter d'un contrôle fiscal antérieur audit jour ».

3) Parfois encore, la clause laisse au cessionnaire le choix du bénéficiaire : soit la société, soit le cessionnaire lui-même.

QUEL EST LE MONTANT DE LA GARANTIE ?

1) On peut d'abord rechercher si, dans le cas où la cession ne porte pas sur la totalité du capital, la garantie est proportionnelle ou non, au pourcentage des titres cédés.

Dans une affaire où la clause prévoyait une garantie englobant, je cite « toutes les dettes sociales non inscrites au bilan », une Cour d'Appel avait limité l'obligation du cédant au prorata du nombre des actions cédées par rapport à l'ensemble du capital.

La Chambre commerciale de la Cour de Cassation, dans son arrêt du 13 juin 1978 (3), a cassé l'arrêt de la Cour d'Appel au motif que « les juges du fond ont, d'une part, méconnu qu'il peut être dérogé par la convention des parties à la règle, seulement supplétive de volonté, selon laquelle les actionnaires d'une société anonyme ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports et ont, d'autre part, dénaturés le sens et la portée des termes clairs et précis de la clause litigieuse... ».

Cette solution, assez sévère pour le cédant et qui avait provoqué à l'époque l'étonnement d'une partie de la doctrine, présente l'avantage de replacer la société dans la situation qui était la sienne au moment de la signature de la cession et lui permet de faire face intégralement à une situation imprévue au jour de la cession.

(2) Chambre commerciale de la Cour de Cassation 16 juin 1970.

Bulletin civil IV, n° 202 p. 117 et Revue des sociétés 1971, 45.

(3) Bulletin des sociétés 1978, 636, paragraphe 264-1 et Revue des sociétés 1979.

2) Le montant de la garantie donnée peut s'entendre « brut » ou, si cela est expressément prévu, après incidence fiscale.

En effet, il est généralement prévu que l'incidence des dettes nouvelles sera évalué hors TVA récupérable.

De même, si la société est fiscalement bénéficiaire, le montant de la garantie de passif pourra, au moins si la clause le prévoit, être calculé après incidence éventuelle de l'impôt sur les sociétés sur le supplément de passif qui vient par hypothèse à être découvert.

3) Enfin, la plupart des conventions prévoient que la garantie ne jouera qu'à partir d'une somme jugée significative (par exemple : 100 000 F).

Deux modalités principales sont alors possibles :

— Soit, lorsque le montant de la garantie vient à dépasser la somme prévue, la totalité du montant de la garantie est due par le cédant. Cette modalité correspond à un « seuil de déclenchement » de la clause

— Soit, seul l'excédent entre le montant de la garantie et la somme prévue est dû. Cette modalité correspond à une « franchise ».

(Il serait intéressant de multiplier les exemples des différentes modalités de clauses, mais je ne souhaite pas abuser de votre attention).

Quatre observations principales peuvent être faites en guise de conclusion.

Première observation : La diversité et la complexité des clauses correspondent à des situations et à des objectifs très différents suivant les cas.

Cependant, il ne faut jamais oublier qu'il est en pratique impossible de prévoir tous les événements qui peuvent se produire à la suite de la cession de la majorité des titres d'une société. Dès lors, les

clauses ne peuvent jamais être exhaustives. « Toujours l'inattendu arrive... ». De même, les risques pris par le cessionnaire ne peuvent être jamais complètement éliminés.

Deuxième observation :

La complexité des clauses a souvent pour corollaire leur relative imprécision, voire leur caractère contradictoire. Elles doivent alors être analysées voire interprétées.

Troisième observation :

La jurisprudence est plutôt favorable à une interprétation restrictive des clauses. Elle suppose en effet que les parties sont des hommes d'affaires suffisamment avisés.

Quatrième observation :

L'expert comptable peut intervenir dans trois cas principaux :

— En qualité de conseil de l'une des parties ou de réviseur de la situation comptable de référence.

— En qualité d'expert judiciaire : sa mission consistera à fournir tous les éléments techniques permettant au juge d'interpréter et d'appliquer la clause.

— En qualité d'arbitre choisi par les parties, comme cela est prévu par la plupart des conventions de « garantie de passif ». La mission de l'arbitre consistera à trancher le différend en recherchant l'interprétation et l'application à donner à la clause en fonction des conventions signées mais aussi de l'intention des parties, soit même en équité s'il est « amiable compositeur ».

Ce sont les aspects de ces deux dernières catégories de missions qui seront traités dans les cas pratiques qui seront présentés cet après-midi par nos confrères Hamzaoui et Jobert.

Je vous remercie de votre attention.

MODALITES D'EXECUTION DES CLAUSES DE GARANTIE DE PASSIF

Situation comptable de référence	Date de la convention de garantie	Situation comptable de référence	Date de réalisation	Situation comptable de référence
R1	G	R2	C	R'2
-----		-----		-----

→ Temps

LEGENDE

G = Convention de garantie de passif
La convention de garantie peut être introduite dans un protocole préalable ou être signée au moment de la réalisation de la cession (C).

C = Réalisation de la cession (transfert des titres).
C'est généralement à partir de cette opération que le cessionnaire prend la direction des affaires sociales.

R = Situation comptable de référence. (établie ou à établir).
Il s'agit le plus souvent des comptes annuels (bilan, compte de résultat de l'exercice) mais, quelquefois, d'une situation « intermédiaire » établie à cet effet.

Deux cas principaux peuvent se produire :

1) R1 = Cas où la situation comptable de référence est **antérieure** à la date de la signature de la convention de garantie (G).

2) R2 = Cas où la situation comptable de référence est **postérieure** à la date de la signature de la convention de garantie (G) qu'elle soit antérieure à la date de réalisation de la cession (R2) ou postérieure à celle-ci (R'2).

Dans ce cas, le protocole préalable peut déterminer aussi le prix de cession qui ne sera définitivement fixé qu'au moment de la cession, sur la base d'une situation comptable à établir. Il s'agit alors d'une convention intrinsèquement différente de la convention de garantie de passif.

M. Dana. — Après ce brillant exposé, nous passons la parole à M. le Président Defontaine qui a certainement quelques mots à nous dire. Ensuite, la parole sera à la salle.

M. le Président Defontaine. — Après le panorama particulièrement documenté de M. Darrousez, nous sommes entrés en perplexité...

Ainsi, le législateur serait muet et les garanties de droit commun seraient inopérantes ?

Comment concevoir une telle situation eu égard à l'importance de la matière ?

Mais, précisément, si le législateur n'est pas intervenu, le champ contractuel est largement ouvert et M. Devillebichot a bien fait apparaître l'infinie diversité et l'extrême complexité des diverses stipulations de garantie de passif. Comment la loi aurait-elle pu, sans rigidité, sans inévitables lacunes, s'introduire dans cette mouvance et prétendre régler tout ses aspects ?

Dans sa sagesse, le législateur s'en remet aux dispositions fondamentales de l'article 1134 du Code civil :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites... Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

Ainsi, les conventions de garantie de passif tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites... aux cédants et cessionnaires de stipuler en toute liberté et responsabilité leur communes intentions — et à leurs conseils de les aider à les traduire — A cet égard, les analyses et propositions de M. Devillebichot sont de nature à nourrir le débat...

Qui veut intervenir ?

M. le Professeur du Pontavice !

M. le Professeur du Pontavice. — Monsieur le Président, je vous remercie de votre invitation. Et pour ce qui me concerne, permettez-moi d'abord de m'associer à ce que vous avez dit tout à l'heure. En effet, nul n'est plus qualifié que M. Defontaine pour prendre la présidence de la Chambre commerciale en raison de sa parfaite connaissance du droit et spécialement du droit pénal des affaires. Et puis nous apprécions tous votre participation à tant de congrès, une participation souriante et efficace. Et donc nous nous en réjouissons tous, bien entendu.

1 — Pour ce qui concerne le sujet que nous avons à traiter, si je considère les appréciations du directeur de la B.N.P. récemment publiées dans l'affaire PETIT-BATEAU (4), on peut être surpris.

Vous vous souvenez du procès Petit-Bateau (4). A ce sujet, le directeur en question déclare ceci : « Si de tels procès sont courants aux Etats-Unis, c'est sans précédent en France ! ».

Pourtant, que faisons-nous ici si, apparemment, il y a peu de procès ?

Mais ajoutez-il : « Tous les professionnels de la banque d'affaires et du capital risque sont terrorisés, à l'idée que l'acheteur puisse se retourner contre le vendeur plusieurs mois après la signature ».

Voilà une opinion surprenante !

2 — Bien entendu, les clauses que nous connaissons et qui ont été évoquées tout à l'heure, sont d'une extraordinaire complexité.

Elles sont complexes parce que (et cela est une tendance très fâcheuse en France) les acheteurs contractent sans aucune participation d'un juriste ou d'un expert. Et il nous arrive de voir, en particulier dans les arbitrages, des clauses qui ne signifient proprement rien et où l'on a ajouté des dispositions qui sont contraires aux dispositions essentielles du texte. On se trouve alors dans une parfaite perplexité.

C'est pourquoi j'ai particulièrement apprécié l'opinion de M. Devillebichot, tout à l'heure, quant à la rédaction de ces clauses : il faudrait avoir le conseil de l'expert-comptable.

Du moins pour que les clauses donnent une certaine sécurité.

Et nous arrivons ici à la constatation d'un phénomène bien français que j'appelle « le sous-équipement juridique ». On fait appel au juriste lorsque le procès survient et non pas pour l'éviter. On ne fait appel à l'expert-comptable que lorsqu'il est trop tard alors que son appui serait précieux pour la préparation de l'acte.

3 — D'autre part et M. Darrousez l'a relevé tout à l'heure, nous constatons l'imprévoyance extraordinaire de beaucoup de vendeurs et d'acheteurs qui n'insèrent pas des clauses concernant la garantie.

Dans beaucoup de cas, nous constatons qu'il n'y a pas de clauses.

Yves Rocher a acheté la société exploitant la marque Petit-Bateau (5) et il a prétendu qu'il avait été trompé. Or, il y a un adage auquel le Président faisait référence : « Jura vigilantibus, tarde venientibus ossa » (Les droits pour ceux qui sont vigilants, aux tard-venus les os).

On remarque, par exemple, dans une décision du 11 juillet 1986 (6), que le cessionnaire avait eu connaissance du passif en temps utile alors que l'action était intentée tardivement ; en l'occurrence, deux ans après qu'il ait eu connaissance du vice. Ce cessionnaire, administrateur de société avisé, ancien employé de la société, aurait parfaitement pu chercher avant de traiter à mieux connaître le passif. Ou il aurait pu exiger dans l'acte de cession une clause de garantie de passif.

C'est donc la constatation que font souvent les magistrats d'une négligence absolument extraordinaire des parties. D'où le souci d'arriver à ce que nous avons souhaité aujourd'hui ; c'est-à-dire de pousser à la rédaction de clauses de garantie uniformes. Eh bien, il faudrait que les praticiens étudient des clauses uniformes de garantie du passif. Bien sûr, on peut dans quelques cas y déroger mais pour les profanes, il serait bon qu'on leur offre des clauses de ce genre-là.

4 — D'autant plus qu'il y a des pièges dans la rédaction de clauses. On les a remarqués. Par exemple, en dépit de l'extraordinaire complexité des clauses, il faut, tout de même, que le prix reste déter-

(4) « Yves Rocher et la BANEXI devant les tribunaux », Figaro 1^{er} février 1989, p. 24, par J.-P. Robin.

(5) Cf. J.-P. Robin « Yves Rocher et la BANEXI... », Figaro, 1^{er} février 1989.

(6) Bordeaux, Rev. soc., 1986-593, note Le Cannu.

minable. Et très souvent, dans cette complexité, on arrive à ne plus permettre que le prix soit déterminable.

Ainsi, par un arrêt rendu le 23 mai 1986 (7), la Cour d'Appel de Paris constate que les éléments retenus pour calculer les majorations et minorations susceptibles d'être apportées au prix de base, pouvaient subir l'influence de la volonté des parties d'une manière redhibitoire. D'autre part, il y avait désignation de deux experts et celle du troisième expert dont la décision était définitive, n'était pas dans la clause. Par conséquent, elle était inapplicable.

Il y a donc des pièges et il faut en être conscient.

5 — Egalement, je fais allusion à un arrêt de la Première chambre civile du 8 décembre 1987, nous rappelant qu'il faut prêter attention au principe selon lequel le pénal tient le civil en l'état, en matière de clause de garantie du passif; gare, par conséquent, aux effets paralysants d'un procès pénal à la suite d'une clause mal rédigée.

6 — Il y a, d'autre part, une réaction qu'il faut connaître: en matière pénale, figure le délit d'image infidèle. Or, quelle a été la réaction des tribunaux correctionnels, depuis la loi de 1983, qui a remplacé le délit de bilan inexact par celui d'image infidèle? Eh bien, les tribunaux correctionnels sont hostiles à mettre en jeu la responsabilité pour image infidèle.

En effet, en matière pénale, il faut appliquer le principe de la légalité des délits, inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et ayant donc valeur obligatoire. Le Conseil constitutionnel y a veillé récemment en examinant le projet de loi sur le redressement judiciaire, devenu la loi du 25 janvier 1985; il a déclaré que l'art. 207 du projet, punissant le délit de malversation du syndic, devait être retiré du texte du projet comme inconstitutionnel, car il n'était pas clair et, comme tel, portait atteinte au principe de la légalité des délits, principe ayant valeur constitutionnelle. Le piquant dans l'affaire est que le délit de malversation figurait sous une forme aussi peu claire dans toutes les lois sur la faillite depuis Louis-Philippe mais que sa définition avait été parfaitement élaborée par les juges et encore récemment par la Chambre criminelle le 11 juin 1979 et le 24 juillet 1985 (8); si l'expression n'était certes pas claire par elle-même, elle l'était devenue par les efforts de la jurisprudence, comme un galet rugueux sur le rivage, est poli par le frottement régulier des flots de la mer, autrement dit, par l'usage (9). Il a donc fallu abandonner, dans la publication de la loi du 25 janvier 1985, le texte prévu pour l'art. 207 et celui-ci est résulté finalement d'une loi n° 1407 du 30 décembre 1985 qui définit ce qu'est la malversation avec une grande clarté. Cet exemple nous montre avec quel soin on tient aujourd'hui à ce que les délits soient définis claire-

(7) Bull. soc., octobre 1986, p. 948, n° 284.

(8) D. 1980 I.R. 45; D. 1986 I.R. 175, obs. Derrida; D. 1986.220, note Marchi, sous l'empire de l'art. 146 de la loi du 13 juillet 1967.

(9) Le mot « usage » n'est-il pas voisin du mot « usure »; n'est-ce pas l'éducation de l'enfant qui lui apprend les bons usages; ceux-ci ne sont compris que par une longue éducation.

ment. Or, le moins qu'on puisse dire est que l'« image infidèle » n'est pas une définition claire.

C'est la raison pour laquelle, je pense que, si souvent des procès en recherche de responsabilité civile des dirigeants pour le cas de faute sont intentés, nous n'avons, à l'heure actuelle, pratiquement pas de recherche de la responsabilité pénale des dirigeants pour image infidèle des comptes.

Les magistrats s'étonnent devant un texte bien imparfait.

7 — Comme pour l'action pénale, vous pouvez constater que l'action sociale est très peu utilisée en France.

On peut se demander pourquoi les actionnaires n'intentent pas des actions sociales et sous-estiment ce qui peut être obtenu. En tout cas, c'est extrêmement rare en France.

8 — Il y a encore, et M. Darrousez y faisait allusion, l'ancien art. 89 de la loi du 13 juillet 1967, qui a un aspect nouveau avec l'art. 180 de la loi du 25 janvier 1985, puisqu'il n'y a plus de renversement du fardeau de la preuve, comme cela existait autrefois. Mais il n'y a pas beaucoup de changement sur ce point car, en réalité, les tribunaux ne condamnaient les dirigeants de société à payer une partie du passif que si leur faute avait été prouvée.

Il est clair que, sur ce point, il faut en tout cas aujourd'hui prouver la faute des dirigeants. C'est prévu expressément par le texte. Je ne crois pas qu'il y ait sur ce point de grands changements dans la pratique.

EN CONCLUSION, je pense que les garanties du passif doivent nécessairement être rédigées d'une manière parfaitement claire en faisant appel à un expert-comptable ou un juriste si les deux parties sont incompétentes comme c'est normalement le cas s'agissant d'une technique juridico-comptable.

Et peut-être y aurait-il lieu de préparer des clauses type auxquelles on pourrait recourir, quitte à les aménager, et qui pourraient être mises à la disposition des parties.

Je vous remercie, Monsieur le Président.

Applaudissements

M. Dana. — Monsieur le Professeur, je vous remercie de cette intervention.

Je suis tout à fait d'accord avec vous sur le terme « piège » que vous avez utilisé, et d'ailleurs, vous avez évoqué à plusieurs reprises la notion de garantie de passif et là est le premier piège. Nous utilisons tous ce terme, tout en sachant que cette garantie ne concerne pas uniquement le passif. Cependant, on constate très souvent que les clauses de garantie ne font allusion qu'au passif.

Or, en vertu du principe contenu dans l'article 1134 du Code civil que M. le Président Defontaine a rappelé, aucune Cour d'Appel n'étendra la garantie du passif à des garanties relatives aux éléments d'actif, si la clause de garantie est exprimée en termes clairs et précis.

La jurisprudence, sur ce point, est tout à fait claire et précise. Il ne faut pas interpréter la volonté des parties exprimée sans ambiguïté dans la convention de garantie.

D'autre part, M. Devillebichot a évoqué l'incidence des problèmes fiscaux. En principe, ce n'est pas l'objet principal de notre journée d'étude. Cependant, si cet après-midi, il était posé certaines questions à ce sujet, nous pourrions certainement y répondre en évoquant des cas bien précis qui sont fonction des définitions de la nature des garanties données. Selon les cas de figure, les conséquences fiscales sont différentes.

M. Fleury (Paris). — M. Darrousez a fait un exposé très complet et je voudrais faire une remarque à la suite de ce que vient de dire le Professeur du Pontavice.

Il a été dit que l'action sociale était rarement utilisée.

L'expérience m'a donné à connaître récemment d'un cas relatif à une cession de parts sociales, j'intervenais comme arbitre confronté à une demande en réparation à la suite de la disparition d'un élément substantiel de l'actif.

A l'insu de l'acquéreur, l'ancien Président avait laissé se résilier un contrat de concession entraînant une diminution importante de l'activité de la société. Le groupe acquéreur des actions demandait la réparation du préjudice et conjointement à cela, un actionnaire qui faisait d'ailleurs partie du groupe des acquéreurs engageait l'action sociale. Arbitre, j'étais, à la limite, par voie de conséquence, ainsi amené à condamner les cédants à réparer doublement le préjudice causé.

M. le Président Bon. — En fait, je voulais dire un mot sur l'intervention du Professeur du Pontavice et sur sa proposition d'élaborer des clauses uniformes. Les divers intervenants que nous avons entendus nous ont montré que cela n'avait pas encore été fait parce que c'est vraiment très difficile.

D'autre part, il y a l'extrême négligence trop fréquente chez les acheteurs et les vendeurs, quant aux clauses de garantie. Il est vrai que l'on en considère très mal les diverses applications. Mais il est vrai aussi que tout cela se fait beaucoup plus vite qu'on ne l'imagine et que les clauses de garantie de l'actif et du passif ainsi que les clauses de variation de prix (peu importe le nom qu'on leur donne à juste titre ou non) ne sont élaborées qu'après l'obtention de l'accord. Mais on se met d'accord lentement parce qu'il faut arriver à un accord sur les conditions dans lesquelles se fera la cession. Ensuite, c'est au dernier moment — et ce ne peut être qu'au dernier moment et dans la hâte — que l'on considère ces problèmes de garantie.

Cette hâte inévitable et le fait que chaque cas est particulier expliquent aussi, j'en ai fait l'expérience, que les textes établis par les conseils des deux parties soient, éventuellement, aussi inadaptés que ceux qui seraient rédigés par les simples praticiens que sont les mandataires sociaux des sociétés commerciales.

Ce n'est donc pas aussi simple que nous le souhaiterions. Nous sommes, comme l'a dit le Président Clara tout à l'heure, à la frontière du droit et du fait, dans des conditions particulièrement complexes. Il en résulte que les uns et les autres voient très mal sur le moment les incidences des conventions qu'ils passent.

Vous avez fait allusion, il y a un instant, aux conséquences fiscales, sociales et juridiques qui s'attachent au fait que l'on opte pour l'application de la clause de garantie en faveur de la société ou en faveur du cessionnaire. Ce n'est en effet pas du tout la même chose et parfois la garantie est donnée à 100 % en faveur de l'acquéreur même si celui-ci n'a acquis, par exemple, que 30 % des titres. Il peut en résulter — c'est arrivé — un enrichissement difficilement justifiable pour le cessionnaire.

Nous avons vu que toutes les clauses existent. Nous les avons toutes vues. Encore une fois, si le sujet est mal traité c'est, à mon avis, parce qu'il est difficile et qu'en plus il faut aller très vite.

J'en ai fait moi-même l'expérience. J'étais de bonne foi et mes partenaires étaient aussi de bonne foi; ce qui fait que ça c'est bien passé. Mais quand on relit ensuite les clauses que l'on a soi-même rédigées et signées, on se demande pourquoi et comment on est allé vers quelque chose d'aussi peu inadapté.

Applaudissements

M. Touber (Paris). — A la décharge des auteurs des rédactions imparfaites, il faut prendre en considération les difficultés relatives à l'élaboration des clauses de garantie. Il s'agissait de l'un des éléments essentiels de l'accord des parties, mais il était pratiquement impossible de l'inclure dans un seul acte officiel relatant l'ensemble de la transaction. La doctrine administrative consacrée par la jurisprudence, analysait la cession massive de droits sociaux comme une mutation passible de droits d'enregistrement et impliquait une cascade d'impôts directs liés à la dissolution de la personne morale.

Ce n'est qu'après le revirement de la jurisprudence de la Cour de Cassation en mars 1984, — suivi avec retard par la doctrine administrative, puis confirmé par la législation, — qu'il est devenu possible, — depuis trois ans maintenant, — de procéder à la cession simultanée de tous les droits sociaux.

Il y avait eu peu de problèmes pour les grosses sociétés; mais les dirigeants d'entreprises moyennes et les rédacteurs d'actes se sont longtemps heurtés à un casse-tête pour traduire dans un seul acte les conventions découlant de la réalité économique. Beaucoup se sont efforcés de dissocier la partie des conventions relatives aux garanties.

C'est à mon avis, — la complexité de cette situation et la crainte des implications fiscales, — qui sont à l'origine des mauvaises rédactions qui ont été signalées par les rapporteurs et du nombre limité de cas qui ont été soumis dans le passé à l'appréciation des tribunaux.

Applaudissements

M. le Président Defontaine. — J'ai entendu le terme « casse-tête ». C'était évidemment bien inquiétant, mais M. le Président Ducoroy, notre ami le « charcutier de Rodez », pourrait peut-être nous aider ?

M. Ducoroy. — Monsieur le Président, le « charcutier de Rodez » est courageux mais pas téméraire !

M. Paumier (Paris). — Bien souvent la qualité du document de référence, lorsque la référence est un bilan intermédiaire, est médiocre. J'aurais voulu savoir si l'on pouvait, effectivement, tenir pour responsable de l'insuffisance de ce document le gestion-

naire qui ne pouvait pas ignorer la situation, lorsqu'il s'agit d'un contrôle d'exploitation, et de donner la garantie ?...

M. Dana. — Vous évoquez ici le cas où la situation de référence est constituée par une simple situation d'exploitation intermédiaire.

Dans le cas que vous exposez, s'agit-il de situation à établir ou déjà établie ?

M. Paumier. — Déjà établie.

M. Dana. — Si elle était déjà établie, le prix aurait dû normalement tenir compte du montant de la perte dégagée.

M. Paumier. — Je parlais d'une manière générale quant à la mauvaise qualité de la situation intermédiaire.

M. Dana. — Je vais répondre à cette question, comme l'a fait M. le Président Defontaine. Pour pouvoir imposer une situation de référence, il faut l'accord du cédant et du cessionnaire. Logiquement, s'il y a une mauvaise qualité de la situation de référence, c'est que le cessionnaire a bien voulu l'accepter.

Si ce dernier conteste ultérieurement l'interprétation de cette situation comptable, cette position risque fort d'aboutir à une procédure d'arbitrage afin d'essayer de dégager l'intention des parties.

En définitive, je vous réponds donc qu'il faut que la situation de référence soit la plus claire possible pour éviter toute contestation pouvant aboutir à une révision de la comptabilité, opération longue et sujette à contestation.

Il est fréquemment utilisé une situation intermédiaire parce que l'on ne peut pas se référer à un bilan trop ancien.

Si l'on établit donc une situation intermédiaire, il faut qu'elle ait une qualité comparable à celle d'un bilan définitif.

M. le Président Defontaine. — L'interpellation de M. Paumier, c'est : le document de situation intermédiaire peut-il avoir une valeur contractuelle ?

Il est évident qu'un bilan peut avoir une valeur plus sacramentelle parce que c'est un document qui est prévu dans un certain nombre de dispositions de la loi. Mais au regard de l'article 1134, la convention est la loi des parties.

Si le cédant et le cessionnaire, dans leur négociation, ont introduit un document qui est une situation intermédiaire et si l'un et l'autre sont d'accord pour discuter à partir de cette situation intermédiaire, c'est un document contractuel. Et, bien sûr, chacun doit savoir, qu'il s'agit d'une situation de référence qui ne peut pas avoir la même fiabilité qu'un bilan arrêté. C'est un document qui a une valeur relative.

M. Gengoux (Lyon). — Simplement pour faire remarquer qu'il existe, en ce qui concerne la situation intermédiaire, une recommandation de l'Ordre des experts-comptables qui donne toute définition et toute précision à cet égard. Ce qui fait que si ce n'est pas aussi précis qu'un arrêt sur bilan, on ne peut plus appeler ça une situation intermédiaire.

M. Battegay (Paris). — En ce qui concerne le passif contractuel, la portée de la clause de garantie est fixée au départ par le seul cessionnaire.

Or, s'agissant d'un contrat synallagmatique, prévoyant généralement un échelonnement de la fraction du prix payable à terme, il se pose le problème possible de la compensation entre :

— des créances du cédant liquides et exigibles,

— des demandes du cessionnaire qui, elles, sont pour le moins incertaines et ne sont en tout cas pas liquides.

En principe, la compensation ne peut se faire qu'entre créances liquides et exigibles.

Est-ce que la compensation reste alors possible, au fur et à mesure que tombent les échéances initialement prévues ?... ou bien suffit-il d'invoquer une toute petite incidence de la clause de garantie pour bloquer l'exigibilité de toutes les échéances.

M. Dana. — Je réponds rapidement à cette question.

Il est exact que les réclamations du cessionnaire n'emportent pas pour autant le caractère certain de la somme demandée. Il faut qu'elles recueillent l'accord du cédant convaincu de la justesse des réclamations en fonction de l'application de la garantie du passif. A défaut, il faut que cela fasse l'objet d'un arbitrage vraisemblablement prévu ou d'une décision de justice, bien entendu. Et ce n'est que dans ces conditions que le cessionnaire peut pratiquer la rétention du prix restant à payer. Mais c'est un autre aspect.

S'il le demande, le juge peut très bien le condamner à payer le solde du prix en attendant que soit tranché le litige. Mais il est prévu dans les garanties de passif bien faites, que les réclamations du cessionnaire, après accord du cédant, s'appliqueront en diminution du prix restant à payer ou du compte courant récupéré. Mais après accord du cédant.

Mlle Doyen (Paris). — Je voudrais faire deux remarques, rassurez-vous, elles seront très brèves.

La première est que dans certains cas l'acquéreur du contrôle est conscient qu'il va surpayer ; mais il est très disposé à le faire parce que l'opération a de l'intérêt pour lui, et qu'il tient à ne pas la manquer.

L'acquéreur va donc volontairement surpayer. Mais peut-il le faire avec l'arrière-pensée d'obtenir, par la suite, une indemnisation, comme s'il avait été trompé ? Sur le plan de la bonne foi, cela paraît bien discutable, et avant de lui donner satisfaction, sans doute faudrait-il essayer de savoir comment les choses se sont passées.

Deuxième point : il peut arriver, surtout dans les grands groupes, que l'acquisition du contrôle soit, en quelque sorte, clandestine. Je pense à une grosse société d'édition que tout le monde connaît. Il y a quelques années, à la suite d'achats en bourse, la famille s'est trouvée évincée au profit d'un industriel connu. Eh bien, s'il s'était trompé sur la valeur réelle de l'affaire (ce qui de toute évidence, n'a pas été le cas) j'estime que cet acquéreur n'aurait pu prétendre à aucune indemnisation. Il n'aurait même pu légitimement déposer une plainte, les comptes étant d'une parfaite régularité.

Il ne s'agit pas d'un exemple théorique, et je crois que des cas analogues peuvent se rencontrer.

M. Caillau (Paris). — Comme l'a indiqué tout à l'heure le Président Touber, les facteurs fiscaux sont, en la matière, tout à fait prédominants. Ils l'étaient. Ils le sont encore. Nous savons qu'en matière de cession d'actions de société anonyme, il n'y a pas de droits à verser. Nous savons, par contre, que s'il y a un acte, il y a des droits à verser ; mais les actes sont souvent — j'allais dire toujours — occultes ; ce qui ne simplifie pas, évidemment, les problèmes qui se posent à nous.

Il n'y a pas de droits, comme je viens de l'indiquer sur des cessions d'actions mais il y a des droits dus en cas de cessions de parts de S.A.R.L. ; cette distorsion pose aussi des questions.

Et nous avons aussi le problème de la cession de fonds commerciaux. A ce sujet, je dirai que les droits sont importants, alors que si l'on cède les parts, les actions, les droits sont différents. On voit que derrière les éléments apparents qui se posent à nous, lorsqu'il y a des accidents, il y a des problèmes qui se posent tout à fait en amont et qui, à mon avis, sont tout à fait essentiels.

J'avoue que je vois mal, personnellement, pourquoi on taxe plus les cessions directes, de fonds de commerce, que les cessions indirectes à travers une cession de parts de S.A.R.L. ou à travers des cessions d'actions de sociétés anonymes.

Nous avons beaucoup d'actes en la matière où les accidents pourraient être évités si les parties pouvaient traiter les problèmes d'une façon rationnelle.

Il y a beaucoup de petites sociétés où l'on pourrait très bien faire des cessions de fonds commerciaux. Les choses seraient plus claires que si l'on compliquait en faisant une cession, j'allais dire globale, de l'actif à travers une cession.

Donc je me demande si notre congrès n'aurait pas un rôle utile en essayant de répercuter ces soucis qui se présentent au moment de l'acte, auprès des autorités qui ont à statuer.

Je crois qu'une révision de ce système fiscal rendrait un grand service à l'économie d'entreprise eu égard au caractère nécessaire des transmissions d'entreprises.

Applaudissements

M. Dana. — Je vous remercie de votre intervention.

Je pense, quand même que les difficultés ne sont pas forcément liées au fait qu'il y ait des cessions d'actions sans rédaction d'un acte, afin d'éviter les droits d'enregistrement.

Par ailleurs, une convention de garantie de passif peut très bien exister sous forme d'un acte indépendant de la cession.

Vous évoquez également la possibilité de céder des éléments d'actif (fonds de commerce notamment) au lieu de procéder à la cession des droits sociaux, en signalant qu'une telle opération serait plus simple et ne comporterait pas de risque lié à une garantie de passif.

Vous précisez que cette solution n'est pas utilisée, compte tenu de l'importance fiscale liée à la cession des fonds de commerce.

Je pense, néanmoins, que la transmission d'entreprise sous forme de cession de droits sociaux ne résulte pas uniquement de considération fiscale.

L'évolution de l'économie fait que de nombreuses entreprises n'existent plus sous la forme individuelle parce que les exploitants, même s'il s'agit de petits exploitants, veulent avoir une couverture sociale, veulent avoir le droit à la retraite et ne veulent pas être imposés sur la totalité de leur résultat, mais uniquement sur le résultat distribué, ce qui permet de constituer des réserves sans taxation à l'impôt sur le revenu.

Il en résulte que dans l'avenir il y aura de plus en plus de cessions de ce type, plutôt que des cessions d'entreprises individuelles.

Votre intervention est tout à fait exacte, mais il ne me semble pas qu'elle s'inscrive dans le sens de l'évolution économique.

M. le Président Clara. — Une dernière intervention : Maître Garreau.

Maître Garreau. — Il me paraît dangereux de limiter la responsabilité en matière de travaux publics à la seule responsabilité décennale. Il ne faut pas oublier la responsabilité civile trentenaire.

M. Devillebichot. — Bien sûr !... Mais il est possible que les parties soient d'accord pour limiter la période de garantie de passif à la période décennale.

Maître Garreau. — Dans ce cas, le cessionnaire peut courir un risque important...

M. Devillebichot. — Tout à fait mais le cessionnaire en est d'accord.

M. le Président Clara. — Je vous remercie de votre attention pour ce matin.

Séance de l'après-midi

M. le Président Clara. — Nous reprenons la séance de travail.

Nous allons passer cet après-midi à l'étude de deux cas pratiques. L'un est consacré à l'arbitrage et c'est la première fois, d'ailleurs, que dans un congrès, je pense, nous parlerons de l'arbitrage. J'espère que ce n'est pas la dernière fois parce qu'il y aurait beaucoup à dire.

Et sans plus tarder, avec l'autorisation de M. le Premier Président de la Cour d'Appel qui va arriver dans quelques instants, je donne la parole à notre confrère M. Hamzaoui, expert près la Cour d'Appel de Reims, qui va nous parler d'un cas d'expertise judiciaire.

Il a été distribué pour vous permettre de suivre.

EXAMEN D'UN CAS SOUMIS A L'EXPERTISE JUDICIAIRE

présenté par

Mohammed HAMZAOU

Expert-Comptable près la Cour d'Appel de Reims

I — EXPOSE DES FAITS - OBJET DU LITIGE - MISSION CONFIEE :

I-1 Les faits

La Société « *FRISE* » prend le contrôle de la Société anonyme « *DICE* » le 30 avril 1986 sur la base du bilan arrêté au 31 décembre 1985.

1) Préalablement au transfert des actions, la Société « *FRISE* », cessionnaire, avait demandé qu'il soit procédé à un examen limité des comptes de « *DICE* » par le Cabinet « *AUDIT* », lequel dans son rapport du 20 avril 1986 avait fait ressortir :

— que l'organisation commerciale était insuffisante : les moyens et la structure de la société ne correspondant pas au niveau des produits qu'elle distribue,

— que les comptes annuels arrêtés au 31-12-85 faisant apparaître un bénéfice de 210 KF devraient faire l'objet des ajustements suivants :

— complément d'amortissements	72 KF
— provision pour stocks obsolètes de pièces détachées	16 KF
— provision pour litige à constituer	12 KF
— annulation facture sur client	300 KF
— surestimation d'en cours de production	100 KF

Soit un total de pertes modifiant le résultat de 500 KF

A la suite de cette modification, le bilan servant de base à l'établissement du prix de cession fait donc apparaître une perte de 290 KF (210 — 500).

— le fonds de roulement après ces modifications devient négatif de 182 KF,

— l'endettement important de la société et l'absence de moyens tant en trésorerie qu'en force commerciale, compromettent la continuité de son exploitation.

2) Le transfert de la majorité des actions de « *DICE* », effectué à la suite du dépôt de ce dernier rapport a été accompagné par la signature d'une convention de garantie dont l'obligation principale est une garantie de passif libellée comme suit, nous citons :

« En rapport avec cette prise de participation majoritaire par le BENEFCIAIRE, le CEDANT s'oblige à prendre personnellement en charge, qu'elles qu'en soient la cause et l'origine, tout passif qui n'aura pas été révélé dans la situation comptable dressée au 31 décembre 1985 et révisée par un rapport de la Société « *AUDIT* » en avril 1986, et qui viendrait à se révéler postérieurement au 31 décembre 1985, à condition toutefois que la cause ou le fait générateur de ce passif non révélé soit antérieur à cette dernière date. »

« Il est expressément convenu entre les parties signataires, des présentes que le présent engagement de passif portera » :

a) « sur tout passif non écrituré et non révélé dans la situation comptable décrite ci-dessus »

b) « sur les conséquences pécuniaires et pénales pouvant naître ou résulter d'un contrôle opéré au sein de la « *DICE* » par l'administration fiscale ou tout organisme social ou tout organisme administratif ou para-administratif, portant sur la période et pour des faits, agissements, infractions, omissions, etc. antérieurs au 30 avril 1986 (date de la cession) ».

Cette rédaction conduit à considérer par les cédants que cette garantie concerne :

— le passif non enregistré dans le bilan arrêté au 31-12-85 et modifié par le Cabinet « *AUDIT* », mais dont le fait générateur est antérieur à cette date,

— les conséquences fiscales, sociales ou para-fiscales relatives à des faits antérieurs au 30 avril 1986.

Plusieurs mois après la prise de contrôle, constatant une diminution sensible de la trésorerie et des difficultés d'exécution de certains contrats, les nouveaux dirigeants font procéder à une appréciation de la situation patrimoniale et financière de l'ensemble de la Société « *DICE* » à la date de la cession par un autre Cabinet d'expertise comptable le Cabinet « *REVISE* ».

Il résulte du rapport du second cabinet, une réformulation totale des comptes arrêtés par l'ancien Conseil d'administration au 31-12-85, tenant compte des ajustements proposés par le Cabinet « *AUDIT* » et ayant servi à déterminer les conditions financières de la cession des actions.

C'est ainsi que dans le bilan au 31-12-85 arrêté par le Conseil d'administration la perte était de 290 KF

et que les redressements nouveaux opérés (constituant selon le Cabinet « *REVISE* » un passif complémentaire) atteignent 1 500 KF

Portant ainsi la perte à 1 790 KF

En outre, le Cabinet « *REVISE* » a arrêté « une situation patrimoniale » de la Société « *DICE* » au 30 avril 1986 et a constaté que des dettes dont les faits générateurs étaient antérieurs au 31 décembre 1985, figuraient dans le passif de cette nouvelle situation.

Selon ce cabinet, la constitution « de provisions pour pertes et charges ou pour risques s'avère indispensable afin de donner une réalité économique aux comptes sociaux arrêtés au 30 avril 1986 ».

« La perte complémentaire à ajouter à cette dernière situation et qui résulterait d'engagements pris par la société avant le 31-12-85 s'élève à 1 000 KF. »

Les redressements totaux s'élèvent donc, selon ce cabinet, à :

$$1\ 500\ \text{KF} + 1\ 000\ \text{KF} = 2\ 500\ \text{KF}$$

Les conclusions de ce rapport constituent la base de la demande faite par les cessionnaires.

I-2 Objet du litige porté devant le tribunal de commerce :

Les cessionnaires, à la suite de ce second rapport, assignent les cédants en règlement du passif com-

qui serait éventuellement réalisé au titre des produits subventionnés.

En cas d'échec du projet, la subvention devient définitivement acquise.

La Société « FRISE » constate que la dette correspondant à l'engagement de remboursement n'est pas inscrite au passif du bilan au 31-12-85.

Les recherches de l'expert lui ont permis de vérifier l'existence de cette convention entre « DICE » et l'AFME. Son analyse laisse apparaître que le produit subventionné n'a fait et ne fera l'objet d'aucune vente.

Le projet étant abandonné, il n'y aura aucune obligation de remboursement et par conséquent, il n'existe aucun passif latent au sens de la garantie.

II 1-3 Dettes certaines non inscrites :

Il s'agit de dettes et d'engagements échus, tels que factures de fournisseurs non comptabilisées au 31 décembre 1985, taxe professionnelle et taxes sur véhicules de tourisme exigibles ensemble pour un total de 90 KF.

L'expert recherchera dans ce cas la réalité de l'existence de la dette au 31-12-85 notamment en examinant par tous les moyens et notamment par confirmation auprès des créanciers ou par la constatation du règlement ultérieur.

Il examinera également le rattachement de ces dettes à l'exercice clos au 31-12-85 en vérifiant pour les fournisseurs la livraison ou la prestation effective avant cette date et pour les impôts l'année ou la période au titre de laquelle l'imposition a été établie.

II 1-4 Provision pour risques et charges :

La Société « DICE » avait installé en 1985 une unité de production pilote chez un client dénommé ZON avec certaines conditions particulières.

Selon les dispositions conventionnelles, la Société « DICE » s'obligeait à compter de l'installation de l'unité et pendant un an à reprendre ces investissements.

Elle devrait, en outre dans cette hypothèse, régler à la Société « ZON », cliente, une indemnité de 290 KF et prendre en charge le démontage de l'installation : coût estimé 70 KF.

De plus, « DICE » avait une obligation de maintenance d'une année. Les demandeurs estiment qu'une provision pour risques devrait être constituée d'un montant évalué à 140 KF et qu'elle correspondait à un passif non inscrit au bilan.

La question que se pose l'expert dans ces trois cas est de savoir si ces engagements constituent un passif couvert par la garantie qui auraient dû faire l'objet d'une provision pour risques et charges à inscrire au passif du bilan de référence.

L'analyse des éléments du dossier « unité de production des Etablissements ZON » laisse tout d'abord apparaître une alternative : si ces établissements refusent d'acquiescer définitivement, il est appliqué à la charge de « DICE » la pénalité de 290 KF et il faudrait prévoir le coût de démontage de 70 KF.

Dans le cas contraire, ces premiers risques n'existant plus après le délai d'un an, il ne subsiste plus que la garantie de maintenance et de responsabilité professionnelle.

L'expert a recherché dans les documents de la Société « DICE » les suites données au contrat par les Etablissements « ZON ».

Ces derniers ont, à la fin de l'année 1986, refusé l'installation pour non conformité ce que la « DICE » ne conteste pas.

Mais il est apparu également qu'un autre client intéressé a repris l'ensemble industriel au prix de vente majoré de la pénalité de 290 KF et a pris en charge le démontage et la réinstallation de l'unité de production, de telle sorte qu'aucun passif supplémentaire n'a été finalement supporté par « DICE ».

Il n'y avait, par conséquent, pas lieu de retenir cette provision en tant que passif.

En revanche, subsistait l'engagement de maintenance.

Dans un arrêt, la Cour de Cassation (4), a confirmé que « la clause de garantie portant sur tout passif non ou insuffisamment provisionné à la date de clôture du bilan, couvre toutes les conséquences des déficiences antérieures à cette date qu'elles se soient révélées avant comme après celle-ci ».

La Cour Suprême a confirmé la décision de la Cour d'Appel par laquelle était considéré comme passif, les désordres apparus dans le fonctionnement en raison de modification des techniques de fabrication avant la date de clôture de l'exercice.

Mais la décision n'a admis comme passif que les dommages subis par les acquéreurs victimes de ces désordres et en ayant demandé réparation.

L'expert s'attachera donc dans l'espèce à rechercher dans la comptabilité de la Société DICE, s'il y a eu des interventions de maintenance durant l'année qui a suivi la livraison de l'unité de production.

Cette recherche faite n'a laissé apparaître aucune intervention et l'expert peut donc conclure qu'aucun passif n'était dû de ce chef à la clôture de l'exercice 1985.

II-2 Pertes apparues après la clôture du bilan : fait générateur :

Le litige s'élevant à 1 000 KF porte sur deux marchés de travaux commencés avant le 31-12-85 ou commandés avant cette date et exécutés depuis le 1^{er} janvier 1986.

Les cessionnaires retiennent comme passif le dépassement de charges directes par rapport à la facturation et à la suite de l'analyse des conditions de conclusion de ces marchés, prétendent que la perte était latente et aurait dû faire l'objet d'une provision représentative de passif au bilan du 31-12-85.

La difficulté pour l'expert est ici de deux ordres :
— peut-on estimer qu'une perte prévisionnelle sur travaux est couverte par cette clause de garantie de passif ? Quel en est dans ce cas le fait générateur ?

(4) Cass. comm. 9 juin 1987, Bull. Joly 1987, § 210 p. 492.

— comment, en se situant avant la réalisation du chantier, estimer l'importance de la perte ?

II 2-1 La perte sur travaux est-elle couverte par la clause de garantie de passif ?

La demande présentée par les cessionnaires tendrait à obtenir la prise en charge par les cédants de la perte dégagée sur deux marchés de travaux.

L'acceptation de la commande par « DICE » constitue un engagement relatif à une obligation de faire. Peut-on l'assimiler à une obligation de payer constitutive d'un passif ?

Admettre la thèse des demandeurs conduirait à une grande insécurité dans ce type de transactions d'autant plus que l'on serait conduit à isoler les contrats déficitaires sans tenir compte des contrats bénéficiaires. Il en serait autrement si la perte était prévisible et qui aurait dû conduire à la constitution d'une provision.

II 2-2 La clause ou l'origine du « passif » ou de la perte invoquée est-elle antérieure à la cession ?

Il s'agit ici de préciser la notion de fait générateur dégagée dans le libellé de la mission.

Le Code civil ne donne pas de définition au « fait générateur ».

L'article 14 al. 3 du Code de commerce édicte qu'il « ... doit être tenu compte des risques et des pertes intervenues au cours de l'exercice ou d'un exercice antérieur, même s'ils sont connus entre la date de la clôture de l'exercice et celle de l'établissement des comptes ».

Le plan comptable général précise que le lien doit être direct et prépondérant avec une situation existant à la clôture de l'exercice et à la date d'arrêt des comptes.

Selon l'Ordre des experts-comptables et des comptables agréés (O.E.C.C.A.), il s'agit d'événements connus postérieurement à la clôture de l'exercice et qui constituent un élément complémentaire d'appréciation de la valeur des éléments de l'actif ou du passif de l'entreprise, tels qu'ils existaient à la date de clôture de l'exercice (5).

Il n'en est ainsi, pour l'O.E.C.C.A., qu'à partir du moment où une décision d'importance a été prise, et qu'elle entraînera des pertes probables.

Ces pertes doivent être provisionnées dans l'exercice au cours duquel la décision a été prise.

La Cour de Cassation Chambre commerciale (6) a eu à se prononcer, dans une affaire de malfaçon de wagons, sur la notion de « cause antérieure » confirmant la solution donnée par la Cour d'Appel (7).

(5) Recommandation : « principes comptables » n° 13 - mai 1982.

(6) Cass. comm. 9 juin 1987, Bull. Joly 1987, § 210, p. 492 (précité).

(7) C.A. Paris 25^e Chambre, section B - 12 juillet 1985 inédit.

Elle a précisé que le siège de la « cause antérieure » ne pourrait être dans la livraison mais dans les défaillances de conception et de fabrication (8).

Par conséquent dans l'espèce, il s'agit pour l'expert de déterminer si au titre de ces marchés de travaux prétendument déficitaires, la perte était prévisible dès l'origine. Nous sommes, alors, dans cette hypothèse en présence d'une « défaillance de conception » qu'il faudra déterminer en se plaçant au moment de la signature du marché. Si au contraire le dépassement résulte d'une mauvaise conduite des travaux, qu'elle provienne des cédants ou des cessionnaires, il ne pourrait s'agir de dettes couvertes par la garantie de passif (sauf à démontrer une gestion anormale ou fautive liée à la signature de ces contrats).

La perte que le cessionnaire entend faire supporter aux cédants résulte de l'analyse suivante :

*1^{er} marché : (provision à retenir 400 KF)

Le recensement des seuls frais directs acquittés par la Société DICE jusqu'en 1987 fait apparaître un coût de : 950 KF

Le total effectivement facturé jusqu'en 1987 sur ce chantier atteint : 550 KF (il n'y aura pas d'autres facturations)

Il s'ensuit une perte latente sur coûts directs de 400 KF

D'après le bilan ayant servi de base à la prise de contrôle des travaux en cours valorisés sur ce chantier au 31-12-85, n'étaient que de 37 KF.

Le cabinet « REVISE » dans son rapport portant sur la situation arrêtée au 30 avril 1986, précise simplement que ce marché est « indiscutablement déficitaire », mais ne donne aucun élément permettant de s'en assurer.

Il semble, compte tenu de la modicité des travaux en cours apparaissant à la date du 31 décembre 1985, que le marché de travaux n'a pratiquement été exécuté qu'en 1986 et 1987.

L'expert devrait, par conséquent, essayer de rechercher pour ce marché :

1 - potentiellement, si à la date de sa conclusion (« décision d'importance ») le marché était ou non déficitaire et pour quel montant,

2 - ou si les pertes et charges apparues lors de l'exécution du marché ne proviennent pas de difficultés nouvelles ou de mauvaise gestion du cessionnaire ou de ses préposés.

* 2^e marché : (provision à retenir 600 KF)

● Frais directs payés par la Société DICE 2 509 KF
● Facturation totale à fin 1987 1 909 KF

● Perte sur coût direct 600 KF

La difficulté, comme pour le marché précédent, vient du fait qu'il n'est pas démontré, sauf affirmations par les cessionnaires, que le caractère déficitaire des contrats (et l'importance des pertes) existait dès sa conclusion.

(8) Cass. comm., 9 juin 1987, Bull. Joly 1987, § 210, p. 492 (précité).

L'expert aura donc à évaluer les produits, le coût et les résultats prévisionnels en tenant compte des implications financières probables et en procédant comme suit :

Produits (9)

L'expert prendra en compte notamment :

- le prix de base du marché
- les révisions contractuelles de prix
- les suppléments de prix contractuels.

Les charges (9)

En prenant pour base les prix de revient courus dans la Société « DICE », l'expert aura à calculer les charges imputables à ce marché :

— les charges directes doivent comprendre les coûts probables à courir au titre de la garantie ou au titre de tout engagement contractuel de même nature,

— les prévisions de prix de revient doivent tenir compte des augmentations attendues du coût de la main-d'œuvre, des achats et fournitures, en particulier celles qui ne pourront être répercutées au client en vertu des clauses contractuelles.

— l'expert recherchera également les différents frais indirects afin d'obtenir le coût complet d'exécution du marché.

C'est après avoir établi le coût prévisible de ces deux marchés que l'expert pourra déterminer l'imputabilité de la perte et son origine par comparaison avec les facturations effectives.

La détermination du coût prévisible, dans la mesure où il serait supérieur au produit prévisible, pourrait conduire à inclure la perte prévisionnelle (perte à terminaison) dans le passif visé par la garantie.

Cette détermination peut constituer une approche de recherche du passif réel résultant de ces pertes dont le fait générateur est antérieur au 31 décembre 1985 et qui n'a pas été inscrit au bilan à cette date.

Dans l'espèce, l'Expert a constaté que les factures émises, concernant ces chantiers et enregistrées en

(9) OECCA recommandation : principes comptables n° 11.

comptes de produits correspondaient à un pourcentage d'avancement de travaux plus important que les frais comptabilisés en charges.

Cette analyse a permis d'estimer que des charges non comptabilisées constituaient un passif non inscrit au bilan.

III — CONCLUSION

Afin de palier les insuffisances de garanties de droit commun, la pratique a eu recours, concomitamment aux cessions des blocs de contrôle, à la rédaction de conventions de garanties dites de « passif ».

Le cas qui vient d'être examiné montre à l'évidence que ces clauses sont d'un maniement délicat et que leur rédaction n'est pas toujours exempte de critiques.

Le développement des cessions de majorité conduit à une augmentation du nombre des litiges portant sur l'interprétation et l'application des obligations résultant des conventions de garanties.

Ces dernières posent très souvent un problème de droit (nature et étendue, volonté des parties) dont la solution dépend du Juge, et un problème technique (détermination des sommes dues) conduisant le Juge à faire appel au technicien.

Il est généralement difficile de résoudre isolément chacun des problèmes et l'Expert Judiciaire est alors conduit à donner l'information comptable et financière permettant au Juge de se prononcer.

Cette interdépendance des faits et des principes incite souvent les parties à faire appel à l'arbitrage.

Ce sera l'objet de l'intervention suivante faite par notre confrère Jean-Jacques Jobert.

Applaudissements

M. le Président Clara. — Merci et je passe la parole à notre confrère, M. Jobert, qui va nous parler d'un cas soumis à l'arbitrage. La technique diffère un peu de l'expertise mais dans l'arbitrage il est dit, peut-être de façon incorrecte, que nous allons jusqu'au prononcé d'une sentence, alors qu'en expertise nous laissons la finalité aux magistrats.

Nous ouvrirons ensuite le débat, en revenant, pour ceux qui le souhaiteraient sur les exposés de ce matin.

**LES CLAUSES DITES DE GARANTIE DE PASSIF
EXAMEN D'UN CAS SOUMIS A L'ARBITRAGE**

présenté par

Jean-Jacques JOBERT

Expert-Comptable près la Cour d'Appel de Paris

I — LES FAITS

La cession d'actions et la clause de garantie du vendeur

Le 28 novembre 1985 M. Leclair cédait à la Société GIN 8 500 actions de la Société EUROPAG au capital de 1 500 000 F divisé en 10 000 actions de 150 F de valeur nominale. Le prix de cession est fixé à 5 100 000 F avait donc été calculé sur la base de 600 F l'action ce qui portait implicitement à 6 000 000 F l'évaluation globale de la société.

Une partie du prix était payable comptant, le solde faisait l'objet de deux billets à ordre de 800 000 F chacun venant successivement à échéance les 15 janvier 1987 et 15 janvier 1988.

Dans un acte intitulé « Convention de garantie-certificate du vendeur » signé simultanément par les parties, le vendeur se portait garant envers l'acquéreur de la régularité du fonctionnement et de l'administration de la société, de la propriété des actions objet de la cession et de la sincérité des états financiers ayant servi de base de calcul du prix de cession.

Il y était également stipulé qu'une situation comptable au 31 octobre 1985 serait établie selon les règles comptables généralement admises et dans la permanence des méthodes d'évaluation.

Le vendeur garantissait que cette situation « ne pourrait faire apparaître une situation nette comptable inférieure à celle du 31 décembre 1984, le bénéfice avant impôt pour la période de dix mois écoulée du 1^{er} janvier 1985 au 31 décembre 1985 » ne saurait être inférieur à 1 340 000 F. »

Le vendeur s'engageait dans cette même convention à indemniser l'acquéreur et à le tenir quitte de toutes pertes, dépenses, sommes et généralement tous dommages quelconques subis par la société ou par l'acquéreur en raison d'une quelconque inexactitude ou violation des déclarations et garanties énoncées.

Tout différend qui surgirait entre les parties concernant la validité, l'interprétation, l'exécution de la convention, devait, aux termes de celle-ci, être soumis à l'arbitrage d'un tribunal composé de trois arbitres qui serait dispensé des règles de procédure et qui statuerait en amiable compositeur.

Quelques mois plus tard, le 20 juin 1986, et alors que la situation du 31 octobre 1985 avait été établie la Société GIN faisait savoir à M. Leclair, par lettre recommandée, que de nombreuses créances clients qui se révélaient insolubles ou litigieuses n'avaient pas fait l'objet de provisions pour dépréciation ou avaient été insuffisamment provisionnées dans la situation du 31 octobre 1985.

Le 2 juillet 1986 M. Leclair répondait que ces faits n'étaient pas prévus dans la convention de garantie qui, prétendait-il, ne portait pas sur les comptes clients en tant que tels mais sur une situation nette comptable.

Dans une seconde lettre adressée le 27 juillet 1986 la Société GIN invoquait l'existence de frais de procédures judiciaires ou amiables qui n'avaient pas été provisionnés dans la situation du 31 octobre 1985 et qui avaient dû être dégagés à l'encontre de différents clients débiteurs au 31 octobre 1985 date de la situation servant de base à la transaction. La société acquéreur invoquait également des

pertes qui auraient été engendrées par des commandes acceptées avant le 31 octobre 1985.

Le 5 janvier 1987, la Société GIN évaluait à 4 632 420 F la diminution d'actif net constatée par elle au 31 octobre 1985 et déclarait qu'elle entendait mettre en jeu la convention de garantie.

Par lettre du 10 janvier 1987 le cédant faisait savoir à la société acquéreur qu'il considérait sa demande infondée et qu'en conséquence il mettait en circulation le premier billet à ordre venant à échéance le 15 janvier 1987.

La Société GIN faisait opposition au paiement du billet.

Une ordonnance de référé rendue par M. le Président du Tribunal de Commerce sur assignation du cédant, ordonnait la consignation par la Société GIN du montant du billet entre les mains d'un huissier séquestre.

C'est dans ces circonstances que, par lettre recommandée du 27 janvier 1987, la Société GIN mettait en jeu la procédure d'arbitrage prévue par la convention de garantie, ce qui conduisit à la désignation de trois arbitres et à l'élaboration, le 14 juin 1987, d'un compromis d'arbitrage.

II — LA MISSION CONFIEE AU TRIBUNAL ARBITRAL

La mission qui fut confiée aux arbitres par le compromis d'arbitrage avait pour objet :

— la détermination des sommes éventuellement dues par le cédant à la société acquéreur dans les termes de la convention de garantie du 28 novembre 1985,

— la détermination des modalités selon lesquelles le cédant exécuterait son obligation éventuelle.

III — LES OPERATIONS D'ARBITRAGE

A la demande des arbitres les parties ont développé leurs prétentions respectives et leur agumentation dans des mémoires successifs soumis au débat contradictoire au cours de plusieurs réunions.

Ces réunions ont donné lieu à l'établissement de procès-verbaux signés par les arbitres et communiqués aux conseils des parties. Les arbitres se sont réunis par ailleurs très fréquemment en séances de travail afin de faire le point des questions qui se posaient, les parties furent régulièrement et contradictoirement informées par les arbitres des constatations faites au cours de ces séances de travail auxquelles elles n'assistaient pas afin que soit respecté le principe fondamental du caractère contradictoire de la procédure.

Nous examinerons successivement :

— l'argumentation des parties sur différentes questions de principe

— la position des arbitres sur les questions de principe évoquées

— les vérifications et calculs effectués par les arbitres en application des principes précédemment définis.

A — Argumentation des parties sur différentes questions de principe

Les questions de principe sur lesquelles les parties étaient en désaccord portaient sur quatre points :

- l'interprétation de la clause de garantie
- les pertes invoquées par l'acquéreur survenues après le 31 octobre 1985 et résultant d'engagements conclus avant cette date
- les gains de change réalisés sur des créances encaissées après le 31 octobre 1985
- les intérêts facturés par la nouvelle gestion sur des clients contentieux et demeurés impayés.

1°) Interprétation de la clause de garantie

Thèse de la société acquéreur :

Pour chiffrer sa demande, initialement évaluée à 4 632 420 F la société acquéreur avait tenu compte de l'ensemble des pertes qu'elle estimait imputables à la situation comptable du 31 octobre 1985, pertes qui résultaient principalement du caractère irrécouvrable de certaines créances clients insuffisamment provisionnées.

La société acquéreur fondait sa position sur les termes de la convention de garantie laquelle énonçait expressément que le vendeur s'engageait à indemniser l'acquéreur et à le tenir quitte de « toutes pertes, dépenses, sommes et plus généralement de tous dommages subis par la société ou par l'acquéreur ».

Elle estimait en conséquence que l'indemnisation devait être faite au franc le franc pour toute perte subie par la Société EUROPAG afférente à la période écoulée jusqu'au 31 octobre 1985 et apparue après cette date. Ajoutant au surplus, pour réfuter une thèse évoquée au cours des débats, que cette indemnisation ne saurait être minorée par un quelconque coefficient et que le prix de cession des actions ne saurait être rapproché de l'actif net garanti au 31 octobre 1985 pour en tirer une conséquence quelconque pour l'application de la clause de garantie.

Thèse du vendeur

En réponse à cette demande le vendeur faisait observer tout d'abord qu'une perte ou une insuffisance sur un poste d'actif déterminé, comme par exemple le poste « Clients », ne saurait justifier à elle seule la mise en jeu de la garantie puisque cette insuffisance, en admettant qu'elle fut prouvée, pouvait se trouver compensée par un excédent sur un autre poste d'actif ou par une diminution d'un poste de passif.

Il soutenait de plus qu'en tout état de cause le préjudice éventuellement subi par la société acquéreur ne saurait correspondre, contrairement à la thèse qu'elle soutenait, à la totalité des pertes constatées puisqu'elle n'avait acquis que 85 % du capital et ce sur la base d'un prix de cession inférieur de près de 26 % à la situation nette.

Le vendeur entendait prétendre enfin que la situation nette garantie était celle du 31 décembre 1984 soit 7 426 072 F et qu'en aucune façon on ne saurait majorer cette situation nette de 670 000 F représentant 50 % du bénéfice minimum garanti pour la période du 1^{er} janvier 1985 au 31 octobre 1985 ; que si

telle avait été l'intention des parties le rédacteur de la clause n'aurait pas manqué de l'exprimer clairement. On voit ainsi que sur ce premier point les positions respectives des parties étaient fort éloignées.

2°) Sur des pertes invoquées par l'acquéreur survenues après le 31 octobre 1985 et résultant d'engagements conclus avant cette date

Selon le cessionnaire, la Société EUROPAG ayant une activité de commissionnaire d'achat à l'achat, aurait reçu de ses fournisseurs, après le 31 octobre 1985, en exécution de commandes passées avant cette date, des marchandises qui furent réglées aux fournisseurs par la Société EUROPAG du fait de l'engagement de ducroire alors que certains clients commettants auraient annulé leurs commandes.

La Société EUROPAG aurait ainsi subi des pertes qui, bien qu'étant apparues après le 31 octobre 1985, trouveraient leur cause dans l'exécution d'engagements contractuels antérieurs et devraient en conséquence être couvertes par la garantie du cédant.

Les arguments opposés par le cédant à cette prétention se résumaient ainsi :

— la convention de garantie ne contient aucune stipulation de cet ordre

— la garantie de passif suppose une permanence des méthodes comptables, or la Société EUROPAG, antérieurement à la cession n'a jamais enregistré les ordres reçus des clients ou passés aux fournisseurs, la comptabilisation des factures n'étant effectuée qu'après la livraison des marchandises

— un ordre est susceptible jusqu'à l'expédition au client de se modifier, de s'annuler ou d'être transféré à un autre client.

Le cédant faisait valoir enfin que si l'on devait prendre en compte les pertes dues aux défaillances des clients survenues après le 31 octobre 1985 au motif que les ordres avaient été passés avant cette date, il faudrait logiquement prendre en compte la marge brute correspondant aux affaires bénéficiaires réalisées après le 31 octobre 1985 en exécution d'ordres passés avant cette date pour l'intégrer dans la situation nette garantie.

3°) Gain de change sur créances encaissées après le 31 octobre 1985

Le cédant soutenait que des gains de change avaient été réalisés lors de l'encaissement de créances clients existant au 31 octobre 1985 et qu'il convenait de les prendre en compte dans la situation nette au 31 octobre 1985.

La Société GIN, acquéreur, rétorquait que cette proposition aboutirait, si elle était adoptée, à inclure dans la situation nette de référence des gains qui, à la date de cette situation, n'étaient pas encore réalisés ce qui serait contraire aux règles comptables qui interdisent la comptabilisation de profits de profit définitivement acquis.

4°) Intérêts facturés par la nouvelle gestion sur les clients contentieux et demeurés impayés

La société acquéreur demandait que soient compris dans l'indemnisation, des intérêts facturés par la nouvelle gestion et restés impayés sur des créances insolvables figurant au bilan du 31 octobre 1985.

Ces facturations d'intérêts étant, selon elle, destinées à couvrir les charges financières engendrées par le défaut d'encaissement des créances.

Le vendeur s'opposait à cette demande soutenant que cette pratique serait contraire à la règle des permanences des méthodes comptables, puisque la Société EUROPAG n'avait jamais procédé dans le passé à la comptabilisation d'intérêts sur les clients contentieux.

B — Position des arbitres sur les questions de principe évoquées

1°) Sur la clause de garantie

Les arbitres ont considéré que la clause insérée dans la convention du 28 novembre 1985 constituait une garantie de situation nette minimum portant conjointement sur la situation nette comptable au 31 décembre 1984 s'élevant à 7 426 072 F et sur un résultat avant impôt évalué pour la période du 1^{er} janvier 1985 au 31 octobre 1985 à 1 340 000 F.

Ceci aboutissait, en fait, à garantir une situation nette au 31 octobre 1985 s'élevant, au minimum et après provision pour impôt sur les sociétés (taux de 50 % à l'époque), à 7 426 072 augmentés de 1 340 000 F — 50/100 soit ensemble 8 096 072 F.

Ayant constaté que la situation comptable de la période du 1^{er} janvier 1985 au 31 octobre 1985, établie après la cession, avait fait apparaître un bénéfice avant impôt de 1 641 992 F qui excède de 302 000 F le résultat minimum garanti pour ladite période, les arbitres ont retenu que, pour l'appréciation du préjudice de base éventuellement subi par rapport à la situation nette garantie, cet excédant de 302 000 F viendrait en atténuation des pertes justifiées invoquées par l'acquéreur et qui n'auraient pas été provisionnées.

Les arbitres ont estimé par ailleurs à l'unanimité et en qualité d'amiables compositeurs que le préjudice subi par l'acquéreur ne pouvait correspondre à la totalité de la diminution d'actif net mais devait prendre en considération les particularités suivantes :

— les résultats fiscaux des exercices au cours desquels les pertes non provisionnées ont été constatées furent minorés d'autant. En conséquence elles ont réduit l'impôt sur les bénéfices dont était redevable la Société EUROPAG à concurrence de 50 % de leur montant, ce qui conduit à retenir un premier facteur de réduction égal à 50 % des pertes constatées

— la Société GIN n'ayant acquis que 8 500 actions sur les 10 000 actions composant le capital de la Société EUROPAG, la diminution d'actif net afférente à la participation acquise par GIN ne saurait excéder 85 % des pertes nettes subies par la Société EUROPAG, ce qui conduit à retenir un second facteur de réduction

— il est apparu enfin inéquitable de faire supporter au cédant la totalité de la diminution d'actif net (corrigée des deux coefficients réducteurs susmentionnés) alors que le prix de cession convenu entre les parties était inférieur à l'actif net garanti pris pour base de la négociation.

Le préjudice résiduel, pour l'acquéreur, paraît dès devoir être déterminé en tenant compte du rapport existant entre d'une part le prix de cession des

8 500 actions et, d'autre part la quote-part d'actif net garanti que représentaient ces actions.

Cette quote-part s'élevant à 6 881 661 (8 096 072 x 85 %) et le prix de cession étant fixé à 5 100 000 (600 F x 8 500 actions) le rapport susvisé s'élève à 0,7411 (5 100 000/6 881 661).

En fonction de ces éléments les arbitres ont estimé que l'indemnité éventuelle à verser à la société demanderesse serait calculée en appliquant successivement au total des éléments ayant réduit l'actif en-deça du minimum garanti, trois coefficients de pondération :

— le premier coefficient s'élevant à 0,50 prenant en compte l'incidence de l'impôt sur les sociétés au taux applicable à l'époque

— le second coefficient s'élevant à 0,85 résultant du rapport existant entre le nombre des actions cédées et le nombre total d'actions

— le troisième coefficient s'élevant à 0,7411 tenant compte de la réduction apportée au prix de cession des actions par rapport à la situation nette garantie.

2°) Sur les pertes dégagées après le 21 octobre 1985 résultant d'engagements conclus avant cette date

Ces engagements concernent le rôle de « commissionnaire ducroire » évoqué par la société demanderesse dans l'un de ses mémoires.

En réalité les arbitres ont constaté que la société EUROPAG reçoit des ordres de clients qu'elle répercute sous forme de commandes fermes à des fournisseurs de son choix, mais le terme de « ducroire » semble inadapté, la Société EUROPAG ayant la position d'un acheteur revendeur assumant les risques commerciaux et financiers liés à ces opérations.

Par ailleurs, il n'a pas été démontré d'une façon claire par l'acquéreur que la Société EUROPAG se soit trouvée dans l'impossibilité :

— soit de résilier les engagements pris antérieurement à la cession par l'ancienne gestion avec les fournisseurs concernés

— soit de remplacer par d'autres clients, les clients initiaux défaillants.

En conséquence le principe d'indemnisation des pertes afférentes à des engagements contractés antérieurement au 31 octobre 1985, n'a pas été retenu à l'exception toutefois des opérations réalisées dans le courant du mois de novembre 1985, en effet, pendant cette période le cédant assumait encore la direction de l'affaire puisque la cession d'actions n'est intervenue qu'à la fin du mois de novembre.

3°) Sur les gains de change sur créances encaissées après le 31 octobre 1985

Les arbitres ont estimé qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte des différences de change positives relatives aux règlements des clients non litigieux. Ces profits ont été considérés comme incombant normalement à la nouvelle gestion.

Par contre, les différences de change positives ont été prises en compte lorsqu'elles concernent des règlements reçus sur des créances douteuses mais ce, dans la limite des insuffisances de provisions constituées au 31 octobre 1985 sur lesdites créances, il est en effet apparu inéquitable de mettre à la charge des cédants les pertes résultant des insuffisances de provision subsistant après imputation

de règlements partiels sans en déduire les gains de change réalisés du fait desdits règlements effectués par les clients.

4°) Sur les facturations d'intérêts de retard demeurées impayées

Les arbitres ont considéré que les intérêts facturés pour retard de paiement à des clients insolubles après le 31 octobre 1985 par la nouvelle gestion n'avaient pas à être compris dans les provisions à constituer au 31 octobre 1985.

Cette position se fonde sur deux remarques :

— la facturation d'intérêts de retard relève de décisions de gestion de la nouvelle direction

— les frais financiers résultant du défaut d'encaissement de certaines créances clients comprises dans l'actif de la société au 31 octobre 1985 ne constituent pas un préjudice complémentaire distinct de celui résultant du non recouvrement desdites créances.

C — Les vérifications et calculs effectués par les arbitres en application des principes précédemment définis

Dans le cadre des principes précédemment définis, les arbitres ont été conduits à effectuer contrairement différents calculs et vérifications qui ont consisté :

— à recenser les clients douteux ou litigieux au 31 octobre 1985, de façon à en établir une liste certaine recevant l'accord des deux parties.

Le détail des créances contestées par la Société GIN se rapportait à un état établi non pas au 31 octobre 1985 mais au 31 décembre 1985, c'est donc à partir de ce document et de la comptabilité de la société qu'une liste de créances douteuses au 31 octobre 1985 a pu être arrêtée.

— à suivre l'évolution de ces créances afin d'évaluer les pertes subies sur les créances comptabilisées à l'actif à la date du 31 octobre 1985 et de s'assurer que tout le nécessaire avait été fait par la nouvelle gestion pour parvenir au recouvrement de ces créances.

Au cours de ces recherches il est apparu que la nouvelle gestion avait parfois volontairement abandonné le recouvrement de certaines créances pour des motifs commerciaux.

Il est également apparu que certaines créances ne pouvaient pas encore être considérées comme définitivement perdues à la date de l'arbitrage.

Les arbitres avaient suggéré, du fait de l'incertitude des pertes susceptibles d'être encourues sur ces créances, que les parties se rencontrent ultérieurement pour régler la question ainsi laissée en suspens lorsque le sort des créances en cause serait définitivement connu. Mais les parties ont préféré que les comptes soient définitivement arrêtés et, sur leur demande les arbitres ont estimé forfaitairement un pourcentage de perte qui a été accepté de part et d'autre

— à individualiser les différences positives de change encaissées par la société EUROPAG au titre des règlements reçus sur les créances douteuses ou litigieuses

— à déterminer les honoraires et frais de recou-

vrement supportés par la nouvelle gestion en raison de créances litigieuses

— à vérifier et apprécier les pertes subies par la société sur des créances résultant de facturations intervenues en novembre 1985 et relatives à des engagements antérieurs au 31 octobre 1985.

Ces travaux ont permis d'évaluer comme suit le préjudice subi par la Société GIN (en milliers de francs)

— Pertes sur créances douteuses au 31 octobre 1985 constatées ou évaluées par les arbitres 5 870 KF

à déduire

— provisions effectivement constituées sur lesdites créances — 5 300 KF

Insuffisance globale de provisions 570 KF

à déduire

— gains de change réalisés sur les encaissements de créances litigieuses depuis le 31 octobre 1985, limités au montant des provisions à cette date — 409 KF

à ajouter

— Honoraires et frais de recouvrement des créances litigieuses réglés après le 31 octobre 1985 et non provisionnés dans la situation au 31 octobre 1985 + 282 KF

à ajouter

— Pertes sur facturations intervenues en novembre 1985 relatives à des engagements antérieurs au 31 octobre 1985 + 10 KF

à déduire

— Ecart entre le résultat dégagé (avant correction) au titre de la période du 1^{er} janvier 1985 au 31 octobre 1985 avec le résultat minimum garanti pour la même période (1 642 KF — 1 340 KF) — 302 KF

Préjudice de base + 151 KF

Pondérations à apporter à cette évaluation :

— premier coefficient tenant compte de l'incidence de l'impôt sur les sociétés × 0,50

— second coefficient résultant du rapport des actions au nombre total d'actions × 0,85

— troisième coefficient correspondant au rapport entre la valeur nette de cession et celle de la situation nette garantie × 0,7411

Préjudice réel après pondération 47 KF

D — Décisions des arbitres

Compte tenu des motifs exposés précédemment les arbitres ont estimé à l'unanimité :

— qu'en équité, le préjudice subi par la société demanderesse et évalué ci-dessus à 47 000 F peut être assimilé à un préjudice nul eu égard au caractère peu important du montant en question et du pourcentage extrêmement faible qu'il représente par rapport à la réclamation initiale du demandeur (1,01 %).

— qu'en conséquence la Société GIN est déboutée de ses demandes résultant de l'engagement de garantie souscrit par les vendeurs

— que les dommages et intérêts réclamés par M. Leclair doivent être limités aux seuls intérêts financiers relatifs au retard apporté dans le paiement du premier billet de 800 000 F à échéance du 15 janvier

— que les dépens correspondants aux honoraires des arbitres doivent être supportés à raison de 80 % par la société acquéreur et de 20 % par les vendeurs.

CONCLUSION

On observe que la plupart des questions de technique comptable ou financière que les arbitres ont eu à résoudre dans le cas qui vient d'être examiné dépendaient de préalables d'ordre juridique concernant notamment l'interprétation des conventions intervenues.

Investis d'une mission semblable, des experts judiciaires auraient été contraints, en raison du caractère exclusivement technique du rôle qui leur est dévolu, d'entreprendre des investigations et de présenter un compte dans chacune des hypothèses susceptibles d'être retenues par la juridiction commettante ce qui les aurait conduits à effectuer un travail plus important que celui accompli par les arbitres, travail dont une partie serait restée en définitive inutile.

De ce point de vue le recours à l'arbitrage apparaît plus satisfaisant et plus efficace.

Mais les décisions d'un tribunal arbitral désigné amiable compositeur, ce qui est généralement le cas, sont sans appel et n'offrent pas aux justiciables les mêmes garanties que celles rendues par une juridiction d'Etat faisant appel à des experts dont les avis peuvent être discutés et contestés.

Je vous remercie de votre attention.

Applaudissements

M. le Président Clara. — Vos applaudissements sont la preuve de la qualité des exposés de cet après-midi.

Je dois signaler que j'ai aperçu l'arrivée, dans le fond de la salle, de Maître Moore que je suis heureux d'accueillir.

Nous allons interrompre une ou deux minutes avant de commencer la discussion. Je vous demande de ne pas vous éloigner car la discussion sera intéressante.

En attendant, préparez les questions que vous avez, je pense, à poser aux différents rapporteurs !

M. le Président Defontaine. — C'est une performance remarquable à laquelle s'est livré M. Hamzaoui quant à l'analyse d'un cas concret dans le cadre d'une expertise. Et parallèlement, M. Jobert

nous a montré ce qu'il pouvait en être dans le cadre d'un arbitrage. Il a très bien mis en lumière les différences fondamentales qui existent dans l'un et l'autre cas puisque dans le cas d'une expertise c'est au juge, en définitive, qu'il appartient de trancher. Tandis que dans le second cas, on gagne en rapidité et en efficacité, et l'absence d'intervention du juge n'est pas nécessairement la promesse d'une mauvaise décision.

Ce matin, je vous disais que le juge n'est pas tellement à sa place dans une discussion technique de ce type, à laquelle, au contraire, vous êtes spécialement préparés. Mais j'en ai retiré quelques enseignements, et, sans doute, faudra-t-il, dans un moment, que je vous donne mon point de vue. Mais cela se fera dans un second temps et restons aux considérations techniques qui ont toutes leur importance ; laissons M. le rapporteur général faire sa synthèse.

M. le Président Clara. — Quels sont les intervenants qui souhaitent prendre la parole. J'espère qu'il va y avoir des réactions, sur la fin du rapport de M. Jobert ; car nous en avons longuement discuté et nous attendons ces réactions.

M. Dana. — Je procèderai simplement à deux ou trois petites remarques qui rejoignent les termes des deux exposés de ce matin.

Tout d'abord, dans le cas exposé par M. Hamzaoui, on peut constater le paradoxe juridique suivant :

Les cédants étaient tous membres d'une même famille (le groupe familial possédait pratiquement cent pour cent de la société) mais aucun membre de cette famille n'avait exercé de fonction de direction dans la société. Des personnes physiques n'exerçant donc aucune fonction de direction dans une société dont ils sont actionnaires cèdent leurs actions et se voient réclamer, à la suite de cette cession, des sommes excessivement importantes, nettement supérieures au prix de vente de leurs actions.

Les cédants ont eu une réaction de révolte que je comprends fort bien mais là encore, on en revient aux dispositions de l'article 1134. En effet, s'ils avaient procédé à la déclaration de cessation des paiements de leur entreprise, comme il n'y avait pas de faute de gestion de leur part, et que la mise de fonds était limitée par l'article 73 de la loi du 24 juillet 1966, il n'aurait pu leur être réclamé un apport supplémentaire.

Par ailleurs, dans le cadre de l'exposé de M. Jobert comme vous avez pu le remarquer, il était indiqué que la situation de référence serait établie ultérieurement, c'est-à-dire que nous nous trouvions dans le cas d'une cession, avec une clause de garantie du passif et d'actif devant intervenir à partir d'une situation de référence non encore établie. Si dans la convention de garantie il n'était pas prévu un résultat minimum devant ressortir de cette situation « à établir », les garanties risquent de n'avoir aucune portée réelle.

Car si l'on n'impose pas un résultat minimum dans une situation à établir, le cédant peut pratiquer des provisions excessives, pour risques sociaux ou autres risques divers, qui, en tout état de cause, pourraient être destinées à couvrir tous passifs pouvant se ré-

véler ultérieurement et faire apparaître ainsi des pertes très importantes, sans aucune sanction financière.

J'évoquerai, enfin, un dernier point soulevé par M. Jobert. Vous avez pu remarquer que dans le cas d'arbitrage exposé, il avait été utilisé par les arbitres plusieurs pourcentages de correction à apporter au montant du passif qui s'était révélé ultérieurement.

Le taux de cinquante pour cent, (ancien taux de l'impôt sur les sociétés) est souvent prévu. C'est une chose admise et courante.

Par contre, le rapport existant entre le prix de cession et le montant de la situation nette était assez original. Et je dois dire que dans certaines opérations il est assez logique car l'absence d'une telle correction pourrait pénaliser le vendeur.

M. François Bouchon. — On peut craindre l'apparition de cas dans lesquels l'un des partenaires est de mauvaise foi, selon une évolution comparable à celle constatée dans le cadre des marchés de travaux publics.

En effet, ces marchés sont souvent conclus à des prix insuffisants, mais assortis de clauses habilement dissimulées permettant d'obtenir de substantielles augmentations et révisions de prix.

Dans de tels cas les litiges éventuels pourraient recevoir des solutions différentes selon qu'elles sont rendues par le magistrat décidant en droit ou l'arbitre amiable compositeur décidant en équité.

M. Dana. — Effectivement, l'exemple que vous citez est fréquent dans les marchés obtenus à des prix relativement faibles avec des possibilités de clauses de révision ultérieure. Et, bien entendu, sachant que le marché va être révisé, on peut craindre que cette opération ne se termine par un arbitrage ou par l'intervention des tribunaux.

Dans ces conditions, la clause compromissoire souvent comprise dans les conventions de garantie de passif devra aboutir par la suite à une mission très précise et particulièrement adaptée à cette situation.

Maintenant, si l'on considère que les parties sont de mauvaise foi, alors vous avez raison, ce n'est plus du ressort de l'arbitrage, mais de celui des tribunaux répressifs.

M. François Bouchon. — Pas nécessairement. Dans la plupart des cas la rédaction des clauses de révision de prix survient après des discussions longues et difficiles et quelquefois tard dans la nuit au moment où l'attention n'est pas forcément attirée par les clauses particulières et les amendements ajoutés au contrat.

Le partenaire de mauvaise foi, instigateur de ces éventuels amendements, peut en cas de litige se prévaloir de l'article 1134 qui stipule que le contrat est la loi des parties et le magistrat ne peut que lui donner raison.

Il semble que la clause compromissoire prévoyant la désignation d'un arbitre amiable compositeur soit alors une protection pour le signataire de bonne foi.

M. Dana. — Il est exact que, dans ces conditions, un tribunal serait davantage lié par des conventions claires et précises et non ambiguës que des arbitres amiables compositeurs. Il faut, toutefois, rappeler que les sentences arbitrales doivent être motivées et qu'elles doivent respecter un certain nombre de règles.

Mais enfin, vous avez raison, ce serait effectivement plus souple.

M. Thorin. — Je ne veux pas, à proprement parler, poser une question, mais simplement faire quelques observations.

La première. Nous avons été limités ce matin au sujet exposé, aussi je regrette qu'on ait écarté de la discussion « l'engagement d'actif net », d'autant plus que cet après-midi, les deux communications portent sur le sujet des actifs nets : qu'il s'agisse du cas soumis aux arbitres ou de celui soumis à l'expert judiciaire.

Ma deuxième observation porte sur l'exclusion qui a été faite de tout ce qui est d'ordre fiscal. Notre ami, le Président Toubert, nous a dit ce matin, qu'en définitive, les difficultés majeures rencontrées à l'occasion de conventions de transmission d'entreprise portent sur les répercussions d'ordre fiscal qu'elles suscitent.

Troisième observation. Au risque de choquer les conseillers juridiques et les avocats qui sont dans la salle, je dirai, selon la bonne formule, qu'il ne faut pas confier le soin de la guerre qu'à des militaires, on ne doit pas confier la rédaction des contrats en matière de transmission d'entreprise qu'à des conseillers juridiques ou à des avocats.

C'est davantage l'affaire d'équipes de techniciens, juristes et comptables. Je regrette donc que nous ayons consacré plus d'une demi-heure à parler de « passif éventuel » ou « conventionnel », de passif résultant de garantie, de garantie donnée sur un résultat problématique, etc. Il s'agit souvent selon moi de passif éventuel, d'éléments sur lesquels on ne peut pas prendre effectivement des engagements.

Je crois que l'essentiel est de mettre l'accent dans la convention, dans le cadre de l'article 1134 du Code civil, sur les méthodes, les errements qui doivent être utilisés dans l'établissement des situations comportant l'engagement des parties.

Les méthodes contractuelles d'établissement des situations déterminant la valeur des parts sociales peuvent faire fi des prescriptions fiscales, comptables et juridiques dans l'établissement des comptes, s'il ne s'agit pas naturellement de contrevenir à l'ordre public, aux bonnes mœurs, etc.

C'est donc le droit des parties qui doit triompher et leurs conventions qu'il faut appliquer.

En définitive, on a beau tourner en rond, on revient à l'article 1134.

M. Dana. — Je vais ultérieurement répondre à votre question dans mon rapport de synthèse.

Mais je suis d'accord avec vous sur un point, il faut définir les règles du jeu dans la convention ; des règles précises doivent être adoptées pour expliquer la manière dont on conçoit l'évaluation et dont on apprécie les risques. Mais les cas qui nous sont soumis (en tant qu'arbitre ou en tant qu'expert judi-

ciaire) ne sont, par définition, que des cas dans lesquels les conventions sont mal rédigées.

Il est bien évident que pour éviter, dans la mesure du possible la survenance de litiges, il convient de bien définir la volonté des parties et ne pas se contenter de phrases creuses comme on les voit trop souvent dans les conventions où l'on parle de tout sans rien dire.

M. Rouvier (Chambéry). — Je suis moins convaincu de l'intérêt de la solution présentée par le rapporteur général concernant la présentation d'un résultat lors des négociations. Tout d'abord parce qu'il semble difficile dans certains cas et surtout pour des P.M.E. qui n'ont pas toujours un contrôle de gestion, de fixer un résultat qui d'ailleurs peut être positif ou négatif.

Deuxième remarque. On n'a pas abordé le point des révisions préalables à l'acquisition. Je pense que c'est d'un intérêt fondamental et nous avons à y réfléchir, ne serait-ce que dans le cas évoqué par M. le Professeur du Pontavice, ce matin, en ce qui concerne l'élaboration des clauses de garantie du passif.

Enfin une dernière remarque. Ce qui m'étonne, peut-être, c'est que depuis les modifications du Code du commerce et la création des règles relatives au résultat en droit comptable, on oppose peut-être trop, excusez-moi, Monsieur le Président !... le droit et la technique alors que de plus en plus ils se rapprochent l'un de l'autre.

Vous avez fait référence à un cas d'arbitrage en indiquant qu'il y avait intérêt à fixer un résultat préalablement. Et la raison que vous avez donnée c'est que le cessionnaire pourrait être tenté, semble-t-il, si j'ai bien compris votre propos, de demander des provisions non fondées. Mais il me semble que les principes du droit comptable peuvent permettre de régler ces problèmes-là !

M. Dana. — Nous ne nous sommes pas compris !... Je ne parlais pas de provisions non fondées, mais il est évident que les principes du droit comptable ne sont pas suffisamment précis pour permettre d'évaluer une provision pour dépréciation au titre d'une créance (de 50 % ou de 80 % de son montant). Il y a un risque de litige commercial, il peut entraîner la constitution d'une provision de 100 - 200 - 300. C'est ce que je voulais exprimer dans les cas d'absence d'obligation de résultat relatif à la situation à établir. On arriverait, si j'ose dire, à des provisions évaluées à la louche !... Il s'agit-là d'une manœuvre utilisée par le cédant contre le cessionnaire.

Il ne s'agit donc pas de provisions sans fondement, mais de provisions appréciées assez largement.

Quant au deuxième point, il est évident que la révision préalable est indispensable. Elle a d'ailleurs été évoquée ce matin par M. Devillebichot.

En ce qui concerne le droit et la technique, je pense que malgré la loi de 1983, il existe quand même une divergence entre le droit classique, malgré l'appellation de droit comptable et les nouvelles mesures en matière comptable. La différence est assez sensible et, au plan de la garantie, elle pèse d'une manière très nette.

C'est ainsi que les bénéfices potentiels et les plus-values latentes ne peuvent être constatés, même

s'ils sont certains. Il y a là une différence d'appréciation qui revêt une certaine importance dans la mesure où il est prévu une compensation entre les plus-values et les passifs révélés tardivement.

Ceci est un exemple parmi d'autres.

M. le bâtonnier Boerner. — Je vous remercie, Monsieur le Président.

Vous venez à l'instant de déboucher sur une proposition que j'approuve.

Vous me permettez de reprendre ce que je voulais dire sur les deux exemples de cet après-midi, pour revenir ensuite brièvement sur les excellents exposés que nous avons entendus ce matin.

Sur le dernier exemple que nous a exposé M. Jobert, la seule réflexion qui me vient à l'esprit est que nous rejoignons-là un sujet qui n'est peut-être pas le sujet d'aujourd'hui mais qui est tout le problème du juriste et des institutions prévues par la loi.

Le rapporteur y a fait allusion.

Dans l'arbitrage le plus grand danger est qu'il fait échapper le justiciable à l'institution judiciaire. Or je pense que la défense de l'institution judiciaire n'a pas à être faite.

Quand on se penche sur le premier exemple que nous avons entendu, M. Hamzaoui a fait là une tâche importante ; il m'est venu à l'esprit, que toutes les solutions envisagées étaient certainement tout à fait intéressantes. Mais un avocat aurait vite réagi car il aurait, en lisant le texte que vous avez dit diabolique Monsieur le rapporteur, constaté que la Société FRISE était au courant des difficultés et avait accepté ce que je lis « le cédant s'oblige à prendre personnellement en charge, qu'elles qu'en soient la cause et l'origine, tout passif qui n'aura pas été révélé dans la situation comptable dressée au 31 décembre 1985 et révisée par un rapport de la Société AUDIT en avril 1986 ».

Mais alors, si nous nous en tenons à cette définition, c'est la Société FRISE qui n'est pas de parfaite bonne foi dans sa saisie du problème car elle fait intervenir le cabinet REVISE et l'autorité judiciaire aurait, à coup sûr, bien relevé la situation. Elle aurait à coup sûr estimé que l'expert avait une connaissance parfaite du droit des affaires qui étaient celles de la Société FRISE et qu'il n'y avait pas lieu d'aller au-delà de la définition contractuellement établie.

Enfin, l'article 1134 faisant la loi des parties, il aurait permis de constater que le cabinet AUDIT avait cerné les définitions respectives des intérêts de chaque partie et que les parties étaient particulièrement éclairées. Mais bien entendu, je ne tiendrais pas le même jugement si nous étions en présence de quelqu'un qui n'était pas de bonne foi.

Je voudrais maintenant remonter aux rapports de ce matin, Monsieur le Président ! si vous m'y autorisez.

Je vais arriver à la conclusion de M. le Président Defontaine.

J'ai entendu dire, excellemment d'ailleurs, qu'il existait comme une sorte de vide juridique. C'est vrai dans le problème que nous examinons. C'est peut-être un peu moins vrai parce qu'au-delà de l'article 1134 il y en a d'autres.

On perd l'aspect pénal et l'un des congressistes vient de parler de la mauvaise foi des parties. Il y a au moins une partie qui est de mauvaise foi et sur l'aspect pénal vous paraissez douter un peu de la qualité de « l'image fidèle » avancée par le Professeur du Pontavice. Ce n'est pas du tout la définition délictuelle. C'est une insuffisance et à partir du moment où un partenaire de mauvaise foi existe, comme vient d'en parler un de vos confrères, le Juge d'Instruction, et des exemples récents nous le montrent, est plutôt très ferme.

Nous débouchons sur l'ensemble pénal et le rassemblement des renseignements qui, d'ailleurs, peuvent être donnés par les techniciens.

Sur le droit de la circulation des biens, à partir du moment où nous nous trouvons en présence de possibilités judiciaires, je ne vois pas pourquoi on les écarte.

Je rejoins alors le Président.

Et j'ai été émerveillé de découvrir tout ce que l'on peut penser sur le plan technique à côté de ce que l'on peut penser sur le plan juridique... Dans le cadre d'un arbitrage, je veux bien; mais aussi, peut-être, dans le cadre de l'institution judiciaire si puissamment organisée et fructueuse dans ce qu'elle nous a donné. Et pourquoi n'arriverions-nous pas à une conjonction du juridique et de l'expert et au fond, Monsieur le Président, nous ne portons absolument aucune atteinte à votre intervention.

Applaudissements

M. Bouchon. — Je voudrais reprendre le problème de l'image infidèle qui a été soulevée par le président Thorin tout à l'heure et qui vient d'être rappelée.

Le bilan comptable est fait en respectant les règles du plan comptable alors que la situation qui sert de base aux calculs d'éventuelles révisions de prix n'est pas tenue aux mêmes règles. Elle tient compte par exemple de charges et de profits latents, de réévaluations d'immobilisations, etc.

En conséquence il n'est pas à mon sens possible d'appliquer la notion d'image fidèle à deux représentations nettement différentes de la même réalité.

M. le Président Brisac (Président de l'UCECAP). — L'avantage que j'ai sur vous, Monsieur le Président, c'est d'avoir la possibilité, après vous avoir remercié, de poser une question et celle que je pose sera celle du « Huron » de la fable puisque je ne suis point de votre discipline.

J'ai cru entendre, depuis ce matin, à plusieurs reprises, poser le problème de la permanence des méthodes comptables comme une des conditions de bonne application des garanties que vous avez évoquées.

Mais s'agissant de problèmes qui paraissent à la limite du fait, de la comptabilité et du droit, ces méthodes comptables, je m'avance avec prudence, sont des problèmes de comptabilité analytique et la question que je poserai sera toute simple :

Dès l'instant où il y a un changement dans la méthode de comptabilité analytique, y a-t-il vraiment une difficulté et doit-on penser que cette permanence

des méthodes est une exigence pour l'application des conventions ?

Ou, dans la mesure où l'une et l'autre méthodes se « bouclent » sur la comptabilité générale, peut-on accepter que pour des raisons propres à la nouvelle gérance du groupe, il y ait un changement ?...

Je vous remercie.

M. Dana. — En réponse à votre intervention concernant la permanence des méthodes comptables, je précise qu'il ne s'agit pas uniquement de comptabilité analytique.

Mais je suis d'accord avec vous pour dire que la permanence des méthodes comptables n'est pas intimement liée à la garantie de passif.

M. le Président Clara. — Monsieur le Professeur du Pontavice, si vous vouliez nous apporter vos lumières ?...

M. le Professeur du Pontavice. — Je voudrais, Monsieur le Président, revenir sur l'idée de ce matin.

J'ai été très impressionné par les deux cas qui ont été présentés cet après-midi. Cela me paraît anormal qu'on ne prenne pas des précautions préalables dans la rédaction des clauses compromissaires.

Au cours de l'époque faste à la construction navale en France, notamment entre 1960 et 1980, les contrats de construction navale étaient conclus entre un président de chantier naval et un président d'une compagnie d'armement entourés de techniciens; ce sont eux qui préparaient de façon extrêmement soignée tout l'aspect technique du contrat; puis, on avait vraiment l'impression qu'entre la poire et le fromage, au cours du dîner de clôture de la rédaction du contrat, les clauses juridiques et les clauses compromissaires étaient improvisées par des non-spécialistes, en particulier, les clauses de garantie du passif étaient souvent incompréhensibles et posaient de graves problèmes d'interprétation chaque fois qu'il fallait aller à l'arbitrage.

Les techniciens des deux sociétés avaient passé des mois à préparer le contrat... en vain, faute d'avoir prêté attention à ce qui leur semblait être un détail, car ils n'étaient ni juristes, ni experts-comptables.

Je pense donc qu'il faut prendre le temps d'établir le contrat, y compris dans ses aspects proprement juridiques et comptables.

Et notamment, faire des clauses de garantie du passif et de façon générale des clauses juridiques proprement dites qui tiennent debout, car nous voyons des arbitrages totalement incapables de déterminer ce qu'ont voulu dire les parties lorsqu'elles ont élaboré la clause qui prête à interprétation.

Je crois qu'il faut insister sur ce qu'on a appelé le sous-équipement juridique de la France: le chef d'entreprise ne fait appel à un juriste qu'après la naissance du litige et ne fait pas appel à lui au cours de la négociation... Il faut bien réfléchir et quand il s'agit de clauses de garantie de passif ou de clauses de ce genre, il faut demander également la participation d'un expert-comptable à la rédaction.

Ce sont des choses que font les industriels américains et on ne le fait pas en France.

Il faudrait aussi demander son avis à l'expert-comptable, sinon on arrive à des aberrations, comme dans les deux cas présentés.

Je crois que c'est une question, au-delà des circonstances d'espèce, remarquablement décrites par les deux orateurs de cet après-midi. Vraiment, il faut bien préparer les cessions de parts.

Disons que l'on va vers un dosage de technique et de droit ; sinon on risque d'aboutir à des situations inextricables !... Il vaut mieux mettre les parties en face de leurs responsabilités.

C'est une notion qu'il faut garder en mémoire.

Je vous remercie, Monsieur le Président.

Applaudissements

M. Caby. — Pour moi, la permanence de la définition des méthodes c'est un peu la définition de chacun. C'est bien quand on en parle mais quand on la vit, ce n'est pas toujours la règle.

M. Dana. — Vous avez tout à fait raison.

Je voulais dire que dans la clause de garantie du passif, il est tout à fait concevable que l'on élimine à l'actif tout le haut du bilan, toutes les immobilisations corporelles, incorporelles et financières. Ces éléments évalués d'un commun accord entre les parties ne sont plus concernés par la garantie de l'actif et du passif. Il convient que l'on donne une définition et que l'on adopte une méthode d'évaluation et peu importe qu'elles soient orthodoxes ou pas, si elles ont l'accord des parties.

C'est en ce sens que je voulais indiquer que l'objet de la convention n'est pas de dire : tel bilan est-il sincère?... mais de dire ce bilan reflète-t-il la volonté des parties?... car c'est là le nœud de la garantie de passif !... Il faut que les gens parlent non pas de principes, mais de faits bien précis même s'ils sont définis d'une manière peu conforme aux règles. L'essentiel est que l'on soit d'accord sur la définition et notamment en matière de stock ou de travaux en cours qui, comme on le disait tout à l'heure constituent des éléments essentiels dans les querelles qui peuvent naître en matière de garantie du passif.

Un accord sur un montant est nettement préférable à n'importe quelle définition ou méthodologie.

M. Toubert (Paris). — Au sujet de la permanence de la méthode, on a parlé de la permanence de l'expert-comptable ou de celle du comptable d'entreprise. Mais lorsqu'il s'agit de l'interprétation de clauses de garantie, — encore une fois je préfère les termes de « garantie de situation nette », — il faudrait prendre en considération la permanence de la « gestion » ; il y a souvent une nouvelle équipe qui arrive. On change le personnel ou ses attributions. On modifie les méthodes. Si bien que la situation qui pouvait être bonne à l'instant de la transaction a pu se détériorer ou s'améliorer ; de bonne foi, chacune des parties peut rejeter la responsabilité sur l'autre.

Dans notre débat il faudrait peut-être prendre cet élément en considération. Et je pense que dans l'arbitrage analysé par M. Jobert la décision des arbitres a pu être influencée par des considérations de cet ordre. Les changements ultérieurs de conception ou de personnes dans l'entreprise ont des incidences qui peuvent rétroagir sur la consistance ou sur

la valorisation des éléments faisant l'objet de la garantie donnée par les cédants et dont ceux-ci ne sont pas responsables.

M. Richard. — Je voudrais dire simplement deux mots.

Personne n'a, aujourd'hui, parlé d'un personnage important le commissaire aux comptes. Il me semble, quand même qu'il peut aider l'expert judiciaire ou l'arbitre. Sous réserve, bien entendu, du secret professionnel.

Et puis il y a, en principe, un bilan certifié. Alors quand on se base sur un bilan certifié par le commissaire aux comptes, s'il y a quelques difficultés c'est y compris pour le commissaire aux comptes.

M. Dana. — Vous avez raison.

Nous sommes en présence de cas aberrants et les règles habituelles ne s'appliquent pas toujours !... Notamment dans le cas évoqué par M. Hamzaoui. Il y a deux rapports effectués par le commissaire aux comptes à six mois d'intervalle. L'un affirme que la situation a été parfaitement établie et qu'il n'y a aucune réserve à formuler. Et six mois plus tard il est dit que la situation est fautive de plus d'un million de francs.

Dans ces conditions, nous ne voyons pas comment, en matière de garantie de passif, une situation peut dépendre un bilan exact et une image fidèle. Les clauses de garantie dites de passif ne garantissent pas l'exactitude du bilan, mais garantissent tous les risques non comptabilisés connus ou inconnus ou même dont la cause était totalement insoupçonnable lors de l'établissement du bilan.

Ce peut être le cas d'un salarié licencié qui décide, six mois après, d'introduire une demande devant le Conseil des prud'hommes ou celui d'un redressement fiscal imprévu et n'ayant pas entraîné de réserve du commissaire aux comptes.

Il peut s'agir d'un risque technique ignoré de tous et surtout du commissaire aux comptes.

Ce risque entre dans le cadre de la garantie alors que le bilan pouvait être certifié normalement et sans réserve par le commissaire aux comptes.

M. Belou (Toulouse). — S'agissant de la proportionnalité entre le prix de cession et le montant de la situation nette peut-on appliquer un coefficient dans la mesure où le prix de cession est supérieur à la situation nette ?

M. Jobert. — Non, parce que l'on n'est pas dans l'hypothèse d'une clause de révision de prix mais dans celle d'une garantie d'actif net. Les garanties d'actif net sont conçues dans l'intérêt du cessionnaire et non pas dans l'intérêt du cédant. S'il s'agissait d'une clause de révision de prix, le problème serait différent.

M. Belou. — Je dis que le coefficient ne peut être en rapport avec la valeur de cession. La situation nette ne peut s'appliquer que dans la mesure où le prix de cession est inférieur à la situation nette de référence.

M. Jobert. — Ce qui était le cas, puisque la quote-part de situation nette garantissant des actions cé-

dées s'élevait à 6 881 661 F, alors que le prix de cession n'atteignait que 510 000 F. C'est effectivement dans un tel cas où le prix de cession est inférieur à la quote-part de situation garantie que l'on peut appliquer un coefficient réducteur de l'amoinissement d'actif net pour déterminer un éventuel préjudice.

M. Dana. — Je vais parler, très brièvement, d'une incidence fiscale qui varie selon la qualification de la mise en jeu de la clause de garantie du passif.

S'il s'agit comme cela a été mentionné, d'une clause de réduction du prix de vente, les conséquences fiscales sont très simples. Pour l'acquéreur c'est une perte normale dans le fait qu'un remboursement de prix vient diminuer la valeur des titres acquis.

Par contre, si cela n'est pas interprété comme une réduction de prix, mais comme ayant un caractère indemnitaire (c'est la conséquence de certaines garanties où il est dit que le cédant s'engage, quel que soit le pourcentage, à rembourser la totalité du passif) on ne peut plus assimiler la conséquence de cette garantie à une réduction du prix de vente et cette incidence est alors considérée par l'administration et même par les tribunaux comme ayant un caractère indemnitaire.

Dans ces conditions, le remboursement obtenu par l'acquéreur fait partie du bénéfice imposable et donc, normalement, ne vient pas en diminution du prix d'acquisition.

Cette conséquence est différente et pénalisante pour l'acquéreur et se retrouve également au niveau du vendeur sur l'imposition des plus-values.

Un arrêt rendu en 1981 par le Conseil d'Etat a d'ailleurs disqualifié l'appellation « réduction de prix » pour la qualifier de dommages et intérêts ce qui, bien entendu, a eu une conséquence fiscale défavorable pour l'acquéreur.

Je tenais simplement à souligner cet aspect qui tend à disparaître plus ou moins dans la mesure où, actuellement, on utilise davantage la qualification de réduction de prix.

M. le Président Clara. — Bien. D'autres interventions ?

M. Caillau (Paris). — Je peux vous interroger sur le cas complexe suivant.

Il y avait, une demande en réduction de prix du fait d'un passif supplémentaire, de la part d'un acquéreur. Or le prix de l'entreprise avait été calculé par une moyenne entre une valeur de rendement et une valeur intrinsèque. A la suite de l'expertise il est apparu que la situation de l'entreprise était, effectivement, moins bonne que celle qui apparaissait dans la situation prise pour la fixation du prix de vente. Mais il est apparu également que les rectifications qui étaient à opérer, remontaient à des exercices antérieurs, si bien que la valeur de rendement de l'entreprise qui avait servi à établir une moyenne était également faussée. Vous n'avez pas évoqué ce problème particulier. C'est pourquoi je me permets d'attirer votre attention sur ces difficultés qui se présentent relativement souvent, également.

M. Dana. — Vous avez raison. Mais ce cas a été volontairement exclu par M. Devillebichot, ce matin,

car c'est un cas typique de révision de prix et non pas d'application de garantie du passif.

Cette clause de révision de prix met en cause des paramètres et la modification de ces paramètres change le prix de vente.

Votre observation sur la valeur de rendement est tout à fait judicieuse. La prise en compte d'éléments qui sont des ajustements sur les exercices antérieurs est de nature à modifier la détermination du prix.

M. Bastien. — Ce matin a été évoqué l'importance de l'information et, en particulier, celle qui était donnée dans l'annexe. Celle-ci n'était pas indifférente et pouvait entraîner des conséquences dommageables pour le cédant et je voudrais évoquer un cas de garantie d'actif net dont j'ai eu à connaître et qu'il me paraît important de mentionner en détail.

Au début de l'annexe, on doit normalement indiquer les principes comptables : le référentiel. Dans ce référentiel, il y a des plans comptables particuliers et des guides comptables professionnels qui offrent la possibilité d'options, mais qui indiquent néanmoins une solution considérée comme normale ou la plus couramment adoptée ; tout en admettant non pas des dérogations à proprement parler mais d'autres solutions optionnelles.

Si dans l'annexe il a été indiqué la référence du guide comptable professionnel, sans spécifier les options prises et que les options prises ne sont pas celles qui, d'après ce guide professionnel, apparaissent comme les plus courantes et les plus normales, le cessionnaire pourrait invoquer le défaut d'information à moins qu'on ne puisse montrer que dans la période de préparation comme de négociation il a pu avoir, en fait, connaissance de ces options bien qu'elles ne soient pas inscrites dans l'annexe.

Ceci peut être invoqué justement, par exemple dans le cas des provisions pour reclassification de bateaux. Et vous savez que dans ce cas-là, la règle coutumière ou normale est la constitution de provisions quadriennales. Mais la pratique professionnelle permet ce que l'on appelle « la reclassification permanente ». Lorsque les bateaux sont mis en cale sèche, il y a des représentants du Bureau VERITAS qui sont là et qui, en accord avec l'armateur, disent que telle réparation comptera pour la reclassification, telle autre ne comptera pas et ainsi de suite.

Et donc s'il n'a pas été fait de référence spécifique de l'option prise, on pourrait ensuite se retourner et on voit, en fait, des cas où le cessionnaire se retourne en garantie contre le cédant.

M. Dana. — Dans ce cas de figure, on rejoint ce qu'avait dit M. Darrousez. Le cas évoqué entre, en effet, dans le cadre des garanties de droit commun (information mensongère ou omission à caractère essentiel). On se situe plutôt dans le domaine d'une garantie légale, que dans celui d'une garantie conventionnelle.

M. Darrousez. — Je voudrais revenir quelques instants sur le problème de la mission de l'expert judiciaire en présence d'une clause de garantie de passif « stricto sensu ». Le demandeur prétend qu'il s'agit d'une garantie d'actif et de passif, alors que le défendeur, c'est-à-dire le cédant, affirme que la mission d'expertise doit se limiter aux postes constituant le passif.

L'expert se trouve alors dans une position délicate, car s'il limite ses investigations au passif, cela lui sera nécessairement reproché par le cessionnaire; s'il étend ses travaux à l'ensemble des éléments d'actif et de passif, ce qui entraînera des investigations beaucoup plus conséquentes, on risque de lui contester l'importance de ses honoraires.

Or, il arrive que la mission confiée à l'expert ne soit pas suffisamment précise.

Ne pensez-vous pas qu'il soit prudent dans un tel cas de solliciter du juge les précisions nécessaires quant à l'étendue de la mission? Bien sûr, cela entraînera nécessairement une prise de position sur l'interprétation de la clause de garantie, mais on évitera ainsi de se lancer dans des travaux qui pourraient apparaître superfétatoires.

M. Dana. — Cette question a été évoquée dans l'exposé de M. Hamzaoui. Il s'agissait, alors, de garantie de passif stricto sensu, mais certains points soulevés par les demandeurs, correspondaient à des diminutions d'actif.

L'expert judiciaire ne pouvait pas, à mon sens, ne pas examiner les questions concernant des éléments d'actif. En effet, toute interprétation restrictive de la clause de garantie aurait été du ressort du tribunal.

D'une manière générale en cas de demande expresse du cessionnaire concernant un point n'entrant, en principe, pas dans le cadre de la garantie du passif, il faut soumettre cette demande au magistrat chargé du contrôle de l'expertise, afin d'obtenir éventuellement l'autorisation d'étendre les travaux aux éléments d'actif.

Il est, en effet, préférable que l'expert ne procède pas à l'interprétation de la clause de garantie de passif, car il pourrait lui être reproché de s'occuper du « droit » au lieu de s'en tenir au « fait ».

M. le Président Clara. — Je pense qu'il est temps de passer au rapport de synthèse. Ensuite, je dirai quelques mots et nous laisserons le soin, à M. le Président Defontaine, de tirer les conclusions de notre journée.

Je cède la parole au rapporteur général.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

présenté par

André DANA

RAPPORTEUR GENERAL

Expert-Comptable près la Cour d'Appel de Paris
Expert agréé par la Cour de Cassation

Les quatre rapporteurs, MM. Darrousez, Devillebichot, Hamzaoui et Jobert, vous ont présenté avec beaucoup de talent et de compétence les fruits de nos réflexions sur ce thème complexe de la garantie dite de passif en matière de cession de droits sociaux.

Ils vous ont fait part de certains des nombreux problèmes pouvant surgir au moment de la rédaction de ces conventions, à l'occasion de leur mise en œuvre ou, ultérieurement, à l'apparition de conflits d'interprétation.

Je tiens à les remercier très sincèrement de la qualité de leurs travaux, mais également du climat cordial et studieux qui a toujours été celui de nos nombreuses réunions.

Je tiens également et tout particulièrement à remercier le Président Clara qui a assisté à toutes nos séances de travail d'une façon discrète, mais très efficace.

Je pense qu'il a ainsi contribué, très sensiblement, à l'aboutissement de nos travaux, sans jamais nous donner l'impression d'une présence directive ou contraignante.

Je tenais publiquement à lui exprimer ma gratitude.

Je vais maintenant, comme le veut la tradition, vous présenter mon rapport de synthèse.

Je partage, à ce sujet, l'avis d'un de mes distingués et éminents confrères, M. le Président Ducorroy.

Il déclarait, en effet, à cette occasion, qu'il est extrêmement gênant pour un rapporteur général, d'intervenir après des rapporteurs de haute qualité.

Je vais donc essayer de ne pas trop les paraphraser ou, alors, de ne le faire qu'avec discrétion, afin que vous ne vous en aperceviez le moins possible.

Pour cela, si vous le voulez bien, je vais insister sur certains points forts évoqués au cours de cette journée en m'efforçant de dégager quelques idées générales concernant cette convention de garantie de passif de création prétorienne comme le rappelait M. Darrousez et dont les contours mal définis et les termes souvent équivoques sont à l'origine d'un grand nombre d'expertises judiciaires (ou d'arbitrages).

J'évoquerai ainsi, plus particulièrement, les 5 questions suivantes :

1) l'application de clauses de garantie de passif dans le cas de cession d'actions par un minoritaire ;

2) l'interprétation jurisprudentielle des clauses de garantie de passif ;

3) les différents bénéficiaires possibles des garanties de passif ;

4) le montant ou l'étendue de la garantie prévue par la convention ;

5) le fait générateur de la garantie.

1) L'APPLICATION DE CLAUSES DE GARANTIE DE PASSIF DANS LE CAS DE CESSION D' ACTIONS PAR UN MINORITAIRE

Les rapporteurs ont limité leurs études en ne retenant délibérément que les cessions représentant en fait le transfert du contrôle de la société, dont les titres sont cédés.

Cette notion de « bloc de contrôle » est, bien entendu, très importante car, conformément à la jurisprudence de la Cour de Cassation (1), une telle cession est assimilée à un acte à caractère commercial.

Cela entraîne un certain nombre de conséquences : présomption de solidarité entre les cédants (contrairement à la règle émanant de l'article 1202 du Code civil, s'appliquant aux actes civils), possibilité de clause compromissoire et, bien entendu, compétence des tribunaux de commerce.

Notons qu'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de Cassation en date du 28 avril 1987 en confirmant cette présomption de solidarité, l'a étendue à une personne qui avait cédé des parts minoritaires, mais qui était intervenue conjointement dans la convention de garantie de passif avec le principal associé.

Il n'en demeure pas moins, qu'une cession d'actions d'une certaine importance ne comportant, toutefois, pas le transfert du contrôle de la société, peut donner lieu à l'établissement par le ou les cédants d'une clause de garantie de passif ou de garantie de situation nette.

Dans ce cas de figure, il s'agira sans doute d'un acte à caractère civil avec les conséquences propres qui en résultent (absence de présomption de solidarité, pas de clause compromissoire possible et compétence des tribunaux civils), mais la garantie de passif ainsi accordée demeurera, bien entendu, valable. Je tenais à le préciser.

2) L'INTERPRETATION JURISPRUDENTIELLE DES CLAUSES DE GARANTIE DE PASSIF

A l'exception de l'élaboration de cette théorie maintenant bien établie, du caractère commercial des cessions de contrôle, la jurisprudence n'apparaît ni « restrictive » ni « extensive » quand les clauses figurant généralement dans les conventions de garantie ne sont pas ambiguës, même si elles sont rédigées d'une manière parfois choquante, voire dans certains cas en des termes pouvant paraître contraires à l'intention des parties.

La Cour de Cassation, ainsi que nombreuses Cours d'Appel ont, à l'occasion de certains arrêts, souligné qu'il fallait dans ce domaine ne pas violer les dispositions de l'article 1134 du Code civil et respecter la volonté des parties quand « les termes clairs et précis » des engagements pris ne présentaient pas d'ambiguïté.

De nombreux arrêts illustrent bien cette position.

Je citerai ci-après trois décisions de la Haute juridiction particulièrement intéressantes à cet égard.

I. L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation du 13 juin 1978

Cet arrêt a cassé et annulé l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris le 27 avril 1976, mais seulement en ce que cette Cour d'Appel avait décidé que le cédant n'était garant du passif que proportionnellement au nombre des actions cédées, dont il était propriétaire.

(1) Arrêt du 28 novembre 1978 Chambre commerciale - Arrêt du 3 janvier 1985 Chambre commerciale - Arrêt du 28 novembre 1987 Chambre commerciale.

Cet arrêt de la Cour d'Appel de Paris a donc été cassé car, selon la Haute assemblée, il avait notamment « dénaturé le sens et la portée des termes clairs et précis de la clause litigieuse par laquelle le cédant avait pris l'engagement non équivoque de régler personnellement sans recours contre la société, toutes dettes sociales non inscrites au bilan. »

Il convient de souligner que l'arrêt de la Cour de Cassation se réfère expressément à l'article 1134 du Code civil dans les motifs relatifs au premier moyen qui commence par la phrase « vu l'article 1134 du Code civil... ».

Cet arrêt a, d'ailleurs, été évoqué par notre confrère et ami M. Devillebichot qui en a souligné un autre aspect relatif aux dispositions de la loi du 24 juillet 1966. En effet, selon cet arrêt, la règle énoncée par l'article 73 de cette loi qui dispose que « les associés (d'une Société anonyme) ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports... » n'a qu'un caractère supplétif et qu'il peut y être dérogé par la convention des parties.

II. L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation du 23 avril 1985

Cet arrêt a rejeté un pourvoi formé contre une décision de la Cour d'Appel de Lyon du 29 novembre 1983.

L'arrêt contesté avait décidé que les cédants ne s'étaient pas engagés vis-à-vis des cessionnaires à payer le passif social au motif que la clause de garantie ne mettait pas une telle obligation à leur charge, cette clause était rédigée comme suit :

« Les vendeurs garantissent en contrepartie aux acheteurs qu'il n'existe aucune autre dette de la société que celles inscrites au bilan, dans le cas où un passif occulte se révélerait, les vendeurs seraient avisés par les acheteurs et mis à même de participer aux discussions susceptibles de s'instaurer avec les créanciers. »

Les auteurs du pourvoi soutenaient que la Cour d'Appel avait dénaturé la portée de la clause claire et précise et que cela constituait une violation de l'article 1134.

Dans le motif de son arrêt, la Cour de Cassation, a rejeté ce moyen en déclarant :

« Mais attendu que c'est par voie d'interprétation des termes ambigus de la clause précitée que la Cour d'Appel s'est prononcée. »

En confirmant la décision de la Cour d'Appel d'exonérer les vendeurs de toute participation au passif nouveau, cet arrêt de la Cour de Cassation paraît excessivement restrictif.

On se demande, en effet, pour quelle raison les acquéreurs auraient souscrit une obligation d'informer les vendeurs de la révélation ultérieure de tout passif occulte, si ce passif ne pouvait en aucun cas être mis à leur charge.

III. L'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 17 novembre 1983 confirmé par l'arrêt de la Cour de Cassation du 14 mars 1985

La Cour d'Appel avait considéré que l'obligation d'acquiescer tout passif de quelque nature qu'il soit (civil, commercial ou fiscal), était énoncée en terme clair et précis et que cette absence d'ambiguïté ex-

cluait toute interprétation quant à la portée de l'engagement ainsi déterminé.

Dans ce cas d'espèce, la Cour d'Appel a donc refusé d'étendre les engagements des cédants à certains éléments d'actif.

Cette décision a été confirmée par un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation, rendu le 14 mai 1985, où figurait, notamment, l'attendu suivant :

« Mais attendu que c'est hors de toute dénatura-tion des termes clairs et précis de la convention que la Cour d'Appel s'est prononcée comme elle l'a fait... ».

A la lumière de ces trois exemples, on peut donc estimer que le juge essaie de respecter scrupuleusement la volonté des parties et qu'en cas d'ambiguïté l'interprétation semble plutôt restrictive.

En fait, la jurisprudence ne se veut surtout pas interprétative des clauses claires et précises émanant des parties.

Cette position des juges montre l'importance toute particulière de la convention écrite en matière de garantie de passif, dont le caractère indispensable a été évoqué par M. Devillebichot.

Cette convention, dont les clauses principales et les plus usuelles ont déjà été signalées par ce dernier, devrait donc, dans la mesure du possible, ne contenir que des phrases claires et précises et ne pas comporter d'ambiguïté.

Or, cela n'est pas toujours facile, eu égard au très grand nombre de clauses possibles et des diverses interprétations et analyses pouvant être faites par les parties (ou par leurs avocats) en cas de litige.

3) LES DIFFERENTS BENEFICIAIRES POSSIBLES DES GARANTIES DE PASSIF

Une garantie de passif (ou d'actif et de passif), est destinée à bénéficier, d'une manière générale, au cessionnaire des actions, souvent co-rédacteur avec le cédant de la convention de garantie.

Il convient, à ce sujet, de souligner que dans le cas où le cessionnaire aurait, à son tour, cédé ses actions, l'engagement de garantie initial, souscrit par le premier cédant ne lui est pas, d'une manière générale, opposable par le second cessionnaire.

La Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 25 mars 1988 a rappelé que la garantie de passif ne s'analyse, bien entendu, pas en une sûreté réelle mobilière attachée aux actions cédées, mais en un engagement personnel qui ne concerne, en application de l'article 1165 du Code civil, que les rapports du cédant et du cessionnaire.

En revanche, la Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt en date du 22 février 1989 a considéré que ce droit personnel correspondait à un droit de créance qui avait été cédé par l'acquéreur initial des actions à un nouvel acquéreur. Ce dernier pouvait donc bénéficier de cette garantie de passif qui n'avait pas initialement été souscrite à son profit.

Par ailleurs, bien que cette situation soit désormais plus rare, il est possible de prévoir que le bénéficiaire de cette garantie de passif et d'actif, désigné dans l'acte, soit la société dont les titres sont cédés. Cette convention s'analyse comme une

stipulation pour autrui (article 1121 du Code civil) et pourrait être mise en œuvre par le cessionnaire même à défaut de l'intervention ès-qualité des dirigeants sociaux dans la convention de garantie.

A cet égard, Mme Anne Gallia-Beauchesne, docteur en droit, fait remarquer dans un article paru dans la Revue des sociétés (p. 41 n° 1 du numéro de janvier-mars 1980) que l'acceptation du tiers bénéficiaire visée par l'article 1121 du Code civil, n'a pour seul effet que de supprimer le droit de révocation du stipulant.

Il convient, cependant, de signaler qu'il existe des inconvénients d'ordre fiscal, lorsque le garant s'engage à verser à la société concernée, le complément de passif éventuel (non déductibilité de la charge, risque d'assimiler ce versement à une donation, assujettissement à la TVA).

Cet aspect fiscal explique, notamment, qu'à ce jour, ce type de clause de garantie ait pratiquement disparu.

4) LE MONTANT OU L'ÉTENDUE DE LA GARANTIE PRÉVUE PAR LA CONVENTION

M. Devillebichot nous a indiqué ce matin que dans les garanties d'actif et de passif, il était fréquemment procédé à la somme algébrique des variations de passif et d'actif (la plupart du temps limité à l'actif réalisable et disponible, à l'exclusion des stocks).

Le montant ainsi obtenu devant être versé par le cédant au cessionnaire, est alors analysé comme une réduction du prix de vente des actions cédées.

Une telle démarche présuppose que la convention précise, sans ambiguïté, que s'agissant d'une clause de garantie donnée par le cédant, elle ne peut pas jouer en sa faveur et ne peut donc pas entraîner un complément de prix à payer au cédant par le cessionnaire.

En tout état de cause, ce type de garantie conduisant à remettre en cause le prix des actions cédées a été, nous l'avons indiqué, à l'origine de l'assimilation, par une partie de la doctrine, de ces dispositions à des clauses de « Révision de prix ».

M. Devillebichot a très bien indiqué la différence existant à nos yeux entre les clauses de révision de prix et les clauses de garantie aboutissant souvent à des réductions de prix.

Ces définitions étant toutefois assez proches, j'en conviens, il importe comme cela a déjà été évoqué ce matin, d'éviter que la cession puisse être considérée comme ayant été réalisée à un prix indéterminé et qu'elle soit, en conséquence, annulée de plein droit, conformément aux dispositions de l'article 1591.

Si le prix, du fait de la clause de garantie n'est pas définitif, il doit, cependant, être déterminable sans intervention de la volonté d'une seule des parties (par exemple stock non chiffré et devant l'être par le seul cédant, compte courant du cédant non encore arrêté par l'intéressé).

Certains éléments du prix peuvent, toutefois, être laissés à l'arbitrage d'un tiers (article 1592 du Code civil).

Il convient donc de bien distinguer la détermination du prix, de l'application de la clause de garantie.

5) LE FAIT GÉNÉRATEUR DE LA GARANTIE

Toutes les conventions de garantie de passif et d'actif prévoient sous différentes formes la prise en charge par le cédant de tout passif non inscrit dans la situation servant de référence qui se révélerait postérieurement et dont la cause ou le fait générateur serait antérieur à la date de cette situation.

Dans de très nombreux cas, cette clause ne pose pas vraiment de problème particulier :

— factures de prestataires de service non parvenues, alors que la prestation a été effectuée (honoraires) ;

— risques non comptabilisés liés à un licenciement intervenu avant la cession ;

— risques afférents à un contrôle fiscal ou parafiscal portant sur une période antérieure à la cession, etc.

Parfois, les données ne sont pas aussi simples. M. Hamzaoui a évoqué le problème de pertes liées à la réalisation de deux chantiers conclus par les cédants, dans des conditions qui semblaient être, pour le moins, peu favorables.

Notre confrère Hamzaoui a également rappelé, à ce sujet, ce très important arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de Cassation en date du 9 juin 1987, à la suite d'un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 12 juillet 1985.

Dans cette espèce, la situation comptable ayant servi de point de départ de la garantie était le bilan arrêté au 31 décembre 1977.

La société dont les titres avaient été cédés était spécialisée dans la fabrication de wagons.

Il s'était révélé que sur certains wagons livrés à la S.N.C.F., antérieurement et postérieurement au 31 décembre 1977, des fissures étaient apparues affectant certains éléments du châssis.

Les vendeurs estimaient que la clause de garantie ne couvrait que les wagons livrés à des tiers antérieurement au 31 décembre 1977, point de départ de la garantie.

Dans un considérant, la Cour d'Appel réfutant cette thèse déclare :

« que l'origine des fissurations et autres défauts du matériel fabriqué par celle-ci doit être recherchée, de l'avis constant de l'expert judiciaire et des divers spécialistes consultés par les parties, dans une défaillance technique se situant à l'un ou plusieurs des stades de la conception, de la fabrication et du contrôle du produit ; que la garantie du bilan arrêté au 31 décembre 1977 s'applique donc à l'intégralité des wagons et non pas seulement à ceux livrés jusqu'à cette date. »

L'arrêt de la Chambre commerciale ayant confirmé ce jugement a, notamment, indiqué dans un attendu :

« que l'origine des défauts des wagons se trouvant dans des défaillances de conception et de fabrication, la Cour d'Appel a pu, hors toute dénégation, considérer que la garantie englobait toutes les conséquences financières révélées après comme avant le 31 décembre 1977, des déficiences affectant les wagons construits avant cette date. »

Sans porter de jugement de valeur sur cette position, on peut estimer qu'elle est rigoureuse et qu'elle

devrait inciter les praticiens (dont nous sommes) à définir très précisément la notion de cause ou de fait générateur dans les conventions de garantie.

Il serait souhaitable, me semble-t-il, en ce qui concerne les garanties liées aux cessions d'actions d'entreprises de taille importante ayant, notamment, des secteurs d'activité où il existe fréquemment des contrats à long terme (travaux publics par exemple), que préalablement au transfert du bloc de contrôle en faveur d'éventuels acquéreurs, soit effectuée une révision approfondie des contrats commerciaux en cours.

Ces informations auront sans doute une incidence sur la détermination du prix de cession.

En contrepartie, dans la convention de garantie, les risques sur contrats ou chantiers en cours devraient être exclus de la garantie de passif ou pris en compte dans des conditions très limitées et bien précisées.

Trop souvent on constate, de la part de l'acquéreur, une assimilation abusive de la garantie d'actif et de passif donnée par le cédant à une assurance tout risque.

6) CONCLUSION

Je termine, enfin, ce long rapport de synthèse.

J'évoquerai auparavant deux questions liées marginalement au thème de notre congrès :

— comment garantir la garantie ?

— comment doit se manifester la volonté de ne garantir ni le passif, ni l'actif ?

A. La garantie de l'exécution de la clause de garantie est liée à la solvabilité du garant, c'est-à-dire du cédant

Cette question est facilement réglée dans le cas d'un prix payable à terme ou du remboursement différé du compte courant du cédant jusqu'à l'expiration de la durée de garantie.

Dans ces deux hypothèses, la convention de garantie devra préciser que le montant global des passifs nouveaux, compte tenu, le cas échéant, des diminutions d'actifs et après accord des parties, s'imputera sur le prix payable à terme (ou pourra être prélevé par le cessionnaire sur le compte courant du cédant).

Dans les autres cas, il peut être demandé au cédant de fournir une caution bancaire.

Dans la pratique, ce cautionnement constitue une garantie financière, dont la mise en œuvre n'est pas toujours aisée en cas de désaccord entre les parties.

Le caractère complexe de ces clauses rend souvent nécessaire le recours à l'arbitrage et l'introduction d'une clause compromissoire dans les conventions de garantie liées à des cessions de bloc de contrôle.

B. Cas de clause de non garantie

Dans les cessions d'actions de S.A. ou de parts de S.A.R.L., ce type de clause est assez rare puisque cette absence de garantie résulte de l'application de la loi en matière de cessions de créances, article 1693 du Code civil.

Notre confrère Darrousez a, d'ailleurs, mentionné cette absence de garantie liée à la cession d'actions assimilée à des cessions de créances.

Toutefois, il peut être recommandé dans une convention de cession ou dans une promesse précisant certaines modalités des cessions d'actions envisagées, de préciser que le cédant ne donne aucune garantie d'actif autres que :

— l'absence de nantissement des actions cédées ;
— l'existence et l'inscription des marques au nom de la société ;

— la régularité des titres de propriété de la société en ce qui concerne les immeubles qu'elle possède.

Par ailleurs, le cédant peut préciser au cessionnaire qui doit, alors, en prendre acte dans la convention, qu'il ne sera donné aucune garantie en ce qui concerne le passif et les autres éléments d'actif.

Cette clause est certes superfétatoire, mais comme chacun sait : « ce qui sans dire... »

J'arrive à ma véritable conclusion de ce rapport qui se voulait synthétique.

La protection conventionnelle destinée à pallier le caractère lacunaire des garanties offertes par le droit commun est l'œuvre des praticiens du droit des affaires.

Cette construction progressive et évolutive, ainsi que la grande modération de la jurisprudence qui souhaite se limiter à faire respecter la volonté des parties, laissent planer une impression de flou juridique.

Nous avons vu, notamment, au cours de cette journée que des notions, telles que celles de la garantie de passif « stricto sensu », ou de la « révision de prix » avaient des significations différentes, selon les auteurs et également selon certains praticiens.

Il serait souhaitable que ces ambiguïtés disparaissent et cela peut être l'œuvre de la jurisprudence.

Malgré ces incertitudes juridiques, on constate que ces clauses de garantie de passif se multiplient, ce qui entraîne une véritable inflation de décisions en la matière.

Il appartient donc aux praticiens, conseils des parties, de veiller à ce que la rédaction des clauses, source de la plupart des difficultés, gagne en précision et en clarté et traduise fidèlement et sans ambiguïté la volonté des parties.

Je vous remercie de votre attention.

Applaudissements

M. le Président Clara. — Avant de demander à M. le Président Defontaine de tirer les conclusions de cette passionnante journée, je voudrais remercier, d'abord, les rapporteurs qui ont travaillé et surtout le Président Dana qui a réussi à diriger un sujet très délicat, très technique et il m'a donné un pouvoir que j'ignorais totalement puisqu'il paraît que ma seule présence a été directive.

Je voudrais aussi remercier les organisateurs de la journée. J'ai l'impression que la barre est maintenant très haut placée au niveau de l'organisation.

Je ne dis pas que les plus anciens congrès ont été moins bien organisés et nous nous rappelons tous

celui de Rouen ; mais j'ai l'impression que nous nous souviendrons aussi beaucoup de celui de Toulouse.

Je tiens à remercier, en particulier, M. le Président Averseng qui a subi le handicap de 200 kilomètres mais qui était entouré d'une équipe qui s'est montrée efficace. Mme Leborgne, M. Piquemal et j'en oublie certainement.

Je remercie M. le Président Defontaine d'avoir bien voulu accepter de diriger nos travaux.

Je remercie M. le Premier Président et M. le Procureur Général de la Cour d'Appel de Toulouse, pour leur accueil.

Je remercie M. le Premier Président de la Cour d'Appel de Pau, M. le Procureur de la République de Pau.

Je remercie également M. le Président Bon et Mme Bon qui ont dû prématurément s'absenter, ainsi que toutes les autres personnalités qui ont bien voulu assister à nos travaux.

Monsieur le Président, je vous laisse le soin de conclure !

M. le Président Defontaine. — Notre rapporteur général vient d'établir un raccourci saisissant de cette journée, ce qui va me permettre d'être bref.

Les difficultés de tous ordres ont été parfaitement mises en lumière et chacun ressent bien la nécessité de préparer les conventions en la matière avec un soin tout particulier, sinon, que se passera-t-il ?

Ce qui me conduit à parler du rôle du juge et, ainsi, de faire mieux comprendre la portée de certaines décisions qui ont été citées ou analysées par les différents rapporteurs, notamment M. Jobert et j'espère pouvoir dissiper le « flou juridique » mentionné au passage.

A cet égard, deux hypothèses à considérer :

Première hypothèse : la convention est claire et précise. Ses différentes stipulations sont cohérentes entre elles. Il ne suffit pas qu'elles soient claires, il faut, en plus, qu'elles soient cohérentes entre elles.

Il faut qu'elles traduisent et révèlent avec clarté la commune intention des parties.

A partir de là, tout est simple.

En application de l'article 1134, les stipulations constituent la loi des parties. Au même titre que toute autre loi, les juges doivent l'appliquer. Et ne pas l'interpréter. Et s'ils ne le font pas, s'il y a contestation, interviendra le juge de Cassation, lequel contrôlera si la loi des parties a bien été appliquée.

Dans l'affirmative, la Cour de Cassation rejettera le pourvoi en retenant que la Cour d'Appel n'a fait qu'appliquer les termes clairs et précis de la convention. Et son rôle se bornera à cette constatation.

Dans la négative, si la loi des parties n'a pas été respectée la Cour de Cassation censurera sous le visa de l'article 1134 en retenant que la Cour d'Appel a méconnu la convention des parties ou dénaturé la convention des parties.

Deuxième hypothèse : la convention est ambiguë.

La convention sous-entend ou suppose telle obligation. Et M. Dana citait un exemple, il y a quelques instants, en disant : « Si la convention ne voulait pas dire... quel pouvait bien être son objet ?... » Oui !... Mais cependant, elle n'est pas claire et précise. Pour en traduire totalement la signification, pour lui donner réellement une portée juridique, il faut y ajouter un petit quelque chose et donc il faut l'interpréter. Autre possibilité : les différentes stipulations sont claires et précises si on les prend isolément, mais si on rapproche plusieurs d'entre elles, on voit apparaître, une contradiction, ou une incompatibilité, ou même seulement une incohérence.

Là encore, il faut harmoniser et il faut donc interpréter.

On peut alors craindre la contestation de l'une ou l'autre des parties et même parfois des deux. Il faut savoir que la Cour de Cassation reconnaît, dans une telle hypothèse, un pouvoir souverain aux juges du fonds à l'effet d'interpréter la convention litigieuse.

Ce qui est logique puisque dans cette dernière hypothèse il n'y a pas, à proprement parler de loi des parties, mais une situation ambiguë ou imparfaite qu'il faut bien trancher.

Ce développement m'a paru nécessaire pour mieux illustrer l'impérieuse nécessité pour les parties d'établir des conventions aussi claires, précises et circonstanciées que possible.

Toutes les parties entendent que les juges appliquent la convention telle qu'elles l'ont voulue. S'ils ne respectent pas ces impératifs, il est bien évident que le débat judiciaire peut prendre un tour tout à fait imprévisible.

Et je dirai, en conclusion, que les excellents travaux de nos rapporteurs, enrichis par la réflexion des intervenants constituent une précieuse contribution à l'**élaboration d'une convention type en la matière.**

Il s'agit là d'un travail difficile mais indispensable. Et je crois qu'à cet égard, Monsieur le Président, le congrès a tenu ses promesses, ne serait-ce que dans la mesure où il a sensibilisé les différents participants aux difficultés de la matière.

C'est une satisfaction que nous devons éprouver à l'issue de cette journée de travail et vous voudrez bien m'autoriser à déclarer clos le XVIII^e Congrès de la Compagnie nationale des Experts-Comptables Judiciaires.

Applaudissements

XVIII^e Congrès National : Versailles, 26 octobre 1979.
Sous la présidence de M. Bellet, Premier Président de la Cour de Cassation.
Rapporteur général M. Thorin, expert agréé par la Cour de Cassation.

L'expert comptable judiciaire face aux problèmes posés par les groupes de sociétés.

XIX^e Congrès National : Toulouse, 3 octobre 1980.
Sous la présidence de M. Chabrand, Conseiller à la Cour de Cassation.
Rapporteur général M. Hème, expert agréé par la Cour de Cassation.

L'expert judiciaire en comptabilité face à certaines dispositions du nouveau Code de procédure civile.

XX^e Congrès National : Nancy, 16 octobre 1981.
Sous la présidence de M. Vienne, Président de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation.
Rapporteur général M. Feuillet, expert agréé par la Cour de Cassation.

L'intervention de l'expert judiciaire en comptabilité en cas de mise en œuvre de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967.

XXI^e Congrès National : Angers, 5 novembre 1982.
Sous la présidence de M. Olivier, Conseiller à la Cour de Cassation.
Rapporteur général : M. Clara, expert agréé par la Cour de Cassation.

L'expert judiciaire face aux problèmes posés par l'informatique.

XXII^e Congrès National : Palais des Papes - Avignon, 28 octobre 1983.
Sous la présidence de M. Escande, Conseiller à la Cour de Cassation.
Rapporteur général : M. Bréval, expert agréé par la Cour de Cassation.

L'expert judiciaire face aux problèmes posés par la notion de cessation des paiements.

XXIII^e Congrès National : Colmar, 5 octobre 1984.
Sous la présidence de Mme Rozès, Premier Président de la Cour de Cassation.
Rapporteur Général : M. Feuillet, expert agréé par la Cour de Cassation.

L'expertise judiciaire dans les pays de la Communauté Européenne.

XXIV^e Congrès National : Douai, 4 octobre 1985.
Sous la présidence de M. Defontaine, Conseiller à la Cour de Cassation.
Rapporteur général : M. Henrot, expert près la Cour d'Appel de Metz.

L'image fidèle et l'application des nouveaux textes répressifs visant la présentation des comptes sociaux.

XXV^e Congrès National : Lyon, 7 novembre 1986.
Sous la présidence de M. Defontaine, Conseiller à la Cour de Cassation.
Rapporteur général : M. Belou, expert près la Cour d'Appel de Toulouse.

L'expertise en diagnostic d'entreprise.

XXVI^e Congrès National : Bordeaux, 16 octobre 1987.
Sous la présidence de M. Guth, Conseiller à la Cour de Cassation.
Rapporteur général : M. Windsor, expert près la Cour d'Appel de Caen.

L'expert judiciaire face à la responsabilité civile des professionnels.

XXVII^e Congrès National : Rouen, 7 octobre 1988.
Sous la présidence de M. Leonnet, Directeur des Affaires civiles et du Sceau.
Rapporteur général : M. Feuillet, expert agréé par la Cour de Cassation.

L'expert-comptable judiciaire et la quête documentaire.