



Congrès de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice
sous le haut patronage de Madame Michèle ALLIOT-MARIE
Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés
sous la présidence de Monsieur Vincent LAMANDA
Premier président de la Cour de cassation



L'expertise comptable judiciaire des garanties d'actif et de passif
consécutives aux cessions de titres de société

Lyon, le 9 octobre 2009

Les recommandations du congrès

Le congrès de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice s'est tenu à Lyon, ce vendredi 9 octobre 2009, sous la présidence effective de Monsieur Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation avec la participation de Madame Claire FAVRE, présidente de la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation.

Ouvert par le président de la CNECJ, Bruno DUPONCHELLE, le congrès a été accueilli par les chefs de cour de Lyon, Messieurs Jean-Marc LE GARS, Jean TROTEL et Jean-Olivier VIOUT.

La journée d'étude a été préparée par Dominique LENCOU, rapporteur général, assisté de ses rapporteurs adjoints Claude BARDAVID, Georges BARRERE, Philippe BAU, Pierre LOEPER et Anthony SOUFFLET. Le Professeur Michel MENJUCQ a apporté l'éclairage universitaire du sujet. Didier KLING a animé une table ronde sur le traitement des litiges avec la participation de Messieurs Renaud SALOMON, conseiller référendaire à la Cour de cassation, Marcel SENDELIN, président du tribunal de commerce de Lyon, Philippe PEYRAMAURE, président d'honneur de l'association Droit et Commerce et le professeur MENJUCQ.

La teneur des débats permet de prendre conscience que l'intervention du législateur ne semble pas nécessaire pour réformer le cadre contractuel qui sied aux conventions de garantie. Les garanties d'actif et de passif se situent dans le domaine de la liberté contractuelle sous le contrôle éventuel du juge en cas de difficulté.

Une grande partie des litiges trouve leur origine dans une mauvaise rédaction des conventions de garantie d'actif et de passif liées à la cession des titres d'une société. Les conventions doivent définir avec précision la nature et les limites de la garantie ainsi que le bénéficiaire. Les déclarations des parties sont également déterminantes pour connaître leur volonté ; il est indispensable de préciser la mesure dans laquelle elles excluent certaines situations des garanties accordées par le cédant.

Des recommandations pratiques peuvent être données pour éviter les litiges :

- Il convient tout d'abord d'inciter les praticiens à améliorer la terminologie employée. Plusieurs appellations sont employées pour définir la même chose telle que la « situation nette » ou les « capitaux propres » ou encore des anglicismes sont utilisés à la place de la terminologie française pourtant existante et normée.
- La précision doit impérativement être donnée, dans les actes, entre la clause de révision de prix, qui plafonne l'indemnisation au prix de cession des titres, et la clause de garantie d'actif et de passif qui peut plafonner l'indemnisation à une valeur supérieure au prix de cession.

- Il faut inciter les parties à commander des audits préalables dans les domaines de l'environnement, des règles comptables utilisées pour l'arrêté des comptes, de la fiscalité, de la bonne application du droit du travail, etc... afin de disposer d'une connaissance suffisante de la régularité de la situation de l'entreprise dont les titres sont cédés.
- D'une manière générale les parties devraient rechercher le concours de professionnels pour la rédaction de conventions de garantie très détaillées. Ainsi il convient de recommander de :
 1. Privilégier la localisation de la clause de garantie dans l'acte définitif de cession des droits sociaux plutôt que dans un acte séparé.
 2. Lorsqu'une promesse synallagmatique de vente (« protocole ») contenant une clause de garantie a été conclue avant la cession définitive des droits sociaux, prévoir dans l'acte définitif de cession, le sort de la clause de garantie insérée dans le protocole par une clause expresse de renonciation ou de maintien.
 3. Prévoir expressément dans la clause de garantie, le maintien ou non de la garantie au profit du cessionnaire revendeur des droits sociaux, objets de la garantie.
 4. Prévoir expressément dans la clause de garantie, la transmission ou non de la garantie au sous-acquéreur et aux cessionnaires successifs.
 5. Lorsque le cessionnaire des droits sociaux, bénéficiaire de la clause de garantie est une personne morale, stipuler expressément si la garantie est transmise ou non (avantage pour les cédants) à la société absorbante, en cas de fusion.
 6. Compte tenu de la dernière jurisprudence de la Cour de cassation (arrêt du 11 mars 2008), pour éviter la requalification de la clause de garantie d'actif et de passif en clause de révision du prix, prévoir que la société dont les titres ont été cédés est bénéficiaire de la garantie concurremment avec le cessionnaire.
 7. Dans la clause de durée de la garantie, préciser si cette durée englobe seulement le délai de révélation de passif (délai de couverture) ou aussi le délai d'action du cessionnaire.
 8. Dans une cession de contrôle, en cas de pluralité de cédants, prévoir expressément, s'il y a ou non solidarité de ceux-ci pour l'exécution de la garantie.
 9. En cas de stipulation d'une obligation d'information du cédant, nécessité de prévoir expressément la sanction en cas de manquement.
 10. Préciser le référentiel comptable utilisé pour les comptes de référence ainsi que les méthodes comptables, qui doivent être exposées le mieux possible.
 11. Prévoir dans le contrat le recours à un expert pour fixer le prix définitif selon les méthodes prévues au contrat.

Pour être en mesure d'interpréter le contrat, le juge a besoin de comprendre comment le prix s'est formé et résulte de la volonté des parties.

Les missions confiées à l'expert dans le domaine des garanties d'actif et de passif l'entraînent à s'intéresser à des questions d'ordre juridique, ce qu'il doit faire avec discernement. Cependant seul le juge devra interpréter le contrat et fixer l'étendue des obligations qui en découle. L'expert devra l'éclairer en réalisant une analyse fine du contrat. Devant un problème d'interprétation il devra présenter plusieurs solutions chiffrées après en avoir débattu avec les parties pour respecter le principe de contradiction.



Bruno DUPONCHELLE
Président de la CNECJ



Dominique LENCOU
Rapporteur général du congrès