COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE

(Cour de cassation, Cours d'appel, Conseil d'État, Cours administratives d'appel)

XLVIIIe CONGRÈS NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

sur le thème

L'EXPERTISE COMPTABLE JUDICIAIRE DES GARANTIES D'ACTIF ET DE PASSIF CONSECUTIVES AUX CESSIONS DE TITRES DE SOCIÉTÉ

Cour d' appel de LYON

9 octobre 2009

ACTES DES CONGRES
DE LA COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE

XIIe Congrès national : Angers, 16 novembre 1973. Sous la présidence de M. Bellet, Président de la 1re 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.

XIIIe Congrès national : La Baule, 4 octobre 1974. Sous la présidence de M. Olivier, Premier vice-président du 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.

XIVe 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.

XVe 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 en cas de poursuites du chef de majoration frauduleuse des apports.

XVIe 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.

XVIIe 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.

XVIIIe 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.

XIXe 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.

XXe 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 oeuvre de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967

XXIe 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.

XXIIe 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.

XXIIIe 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'expert judiciaire dans les pays de la Communauté européenne.

XXIVe 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.

XXVe 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.

XXVIe 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.

XXVIIe 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.

XXVIIIe Congrès national : Pau, 6 octobre 1989. Sous la présidence de M. Defontaine, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Dana, expert agréé par la Cour de cassation.
L’expert-comptable judiciaire et l'application des clauses de garantie de passif.

XXIXe Congrès national : Aix-en-Provence, 5 octobre 1990. Sous la présidence de M. Pierre Bézio, Procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Bréval, expert agréé par la Cour de cassation.
La comptabilité dans la nouvelle législation sur la banqueroute.

COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE

(Cour de cassation, Cours d'appel, Conseil d'État, Cours administratives d'appel)

XLVIIIe CONGRÈS NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

sur le thème

L'EXPERTISE COMPTABLE JUDICIAIRE DES GARANTIES D'ACTIF ET DE PASSIF CONSECUTIVES AUX CESSIONS DE TITRES DE SOCIÉTÉ

Cour d' appel de LYON

9 octobre 2009

Sous le haut patronage de Madame Michèle ALLIOT-MARIE
Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés

et sous la présidence de Monsieur Vincent LAMANDA
Premier président de la Cour de cassation

La journée d'étude sur le thème :
L'expertise comptable judiciaire des garanties d'actif et de passif consécutives aux cessions de titres de société

a été organisée par Monsieur Bruno DUPONCHELLE
Président de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice

et par le bureau national de la Compagnie, ainsi composé pour 2009 :

Présidents d'honneur

Pierre DUCOROY - président 1980-1981	*(Montpellier – Nîmes)*
Félix THORIN - président 1982-1985	*(Paris – Versailles)*
Madeleine BOUCHON - vice-président 1980-1985	*(Paris – Versailles)*
Jean CLARA - président 1986-1989	*(Amiens – Douai – Reims)*
André DANA - président 1993-1995	*(Paris – Versailles)*
André GAILLARD - président 1996-1999	*(Paris – Versailles)*
Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN - président 2000-2001	*(Rouen – Caen)*
Rolande BERNE-LAMONTAGNE - président 2002-2003	*(Paris – Versailles)*
Marc ENGELHARD - président 2004-2005	*(Aix-en-Provence – Bastia)*
Pierre LOEPER - président 2006-2007	*(Paris – Versailles)*
Henri LAGARDE - vice-président 2004-2007	*(Toulouse – Agen)*

Bureau national

Président	Bruno DUPONCHELLE	*(Amiens - Douai - Reims)*
Vice-président	Didier FAURY	*(Paris - Versailles)*
Vice-président	Bruno PIERRE	*(Rennes - Angers)*
Secrétaire général	Jacques RENAUT	*(Orléans - Poitiers)*
Secrétaire général adjoint	Pierre-François LE ROUX	*(Rennes - Angers)*
Trésorier	Michel PITIOT	*(Lyon - Chambéry - Grenoble)*
Trésorier adjoint	Didier KLING	*(Paris - Versailles)*
Membre chargé de mission	Michel ASSE	*(Rouen - Caen)*
Membre chargé de mission	Pierre-Henri COMBE	*(Aix-en-Provence - Bastia)*
Membre chargé de mission	Dominique LENCOU	*(Bordeaux -Pau)*
Membre chargé de mission	Patrick LE TEUFF	*(Paris - Versailles)*
Membre chargé de mission	Jean-Luc MONCORGE	*(Lyon - Chambéry - Grenoble)*

et par la chambre régionale Lyon-Chambéry-Grenoble de la Compagnie, dont le bureau était ainsi composé :

Président	Jean-Marie VILMINT
Vice-président	Théodore HANNART
Vice-président	Jean-François PISSETTAZ
Vice-président	Jean-Paul GRANADOS
Secrétaire	Jean-Luc MONCORGE
Trésorier	Jacques MONTBARBON
Membre du bureau	Jean BACHELET
Membre du bureau	Maurice COUDURIER
Membre du bureau	Hervé ELLUL
Membre du bureau	Jean LEROUX
Membre du bureau	Jacques MELIN

TABLE DES MATIÈRES

Allocution de Monsieur Bruno DUPONCHELLE
Expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation
Président de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice 9

Allocution de Monsieur Jean-Marc LE GARS
Conseiller d'Etat, Président de la Cour administrative d'appel de Lyon 10

Allocution de Monsieur Jean TROTEL
Premier président de la Cour d'appel de Lyon 12

Allocution de Monsieur Jean-Olivier VIOUT
Procureur général près la Cour d'appel de Lyon 14

Allocution de Monsieur Vincent LAMANDA
Premier président de la Cour de cassation 16

Rapport introductif de Monsieur Dominique LENCOU
Rapporteur général du congrès, expert près la Cour d'appel de Bordeaux,
agréé par la Cour de cassation 18

Présentation des arrêts de la base Jurica sur les garanties d'actif et de passif
Par **Monsieur Claude BARDAVID**, expert honoraire près la Cour d'appel de Bordeaux 20

Exposé de Monsieur Michel MENJUCQ : Les litiges portant sur les clauses de garantie d'actif et de passif : origine et prévention
Agrégé des facultés de droit, professeur à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne 21

L'impact des principes et méthodes comptables
par **Monsieur Philippe BAU** Expert près la Cour d'appel de Lyon 28

Les bénéficiaires de la garantie et les incidences fiscales
par **Monsieur Georges BARRERE** Expert près la Cour d'appel de Pau 32

Les missions d'expertise et la méthodologie de l'expert
Par **Monsieur Pierre LOEPER** expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation
Et **Monsieur Anthony SOUFFLET** expert près la Cour d'appel d'Amiens 39

Table ronde : le traitement des litiges
animée par **Monsieur Didier KLING** Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation 43

avec la participation de :
Monsieur **Philippe PEYRAMAURE** Président d'honneur de l'association Droit et Commerce 43
Monsieur **Marcel SENGELIN** Président du tribunal de commerce de Lyon 43
Monsieur **Renaud SALOMON** Conseiller référendaire à la chambre commerciale,
économique et financière de la Cour de cassation 43
Monsieur **Michel MENJUCQ** Agrégé des facultés de droit, professeur à l'Université
de Paris I Panthéon Sorbonne 43

Les incidences pénales
Par Monsieur **Renaud SALOMON**
Conseiller référendaire à la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation 50

Rapport de synthèse
Présenté par **Monsieur Dominique LENCOU**, rapporteur général 55

Clôture du congrès
Madame **Claire FAVRE** Président de la chambre commerciale,
économique et financière de la Cour de cassation 57

48ÈME CONGRÈS DE LA COMPAGNIE

NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE

Lyon, le 9 octobre 2009

***

L'expertise comptable judiciaire des garanties d'actif

et de passif consécutives aux cessions de titres de société.

***

(La séance est ouverte à 9 h 15)

ALLOCUTION DE

Monsieur Bruno DUPONCHELLE

Expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation
Président de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice

Monsieur DUPONCHELLE –

Monsieur le représentant de Madame le Garde des Sceaux, Ministre de la justice,

Monsieur le premier président de la Cour de cassation,

Madame le président de la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation,

Monsieur le président de la Cour administrative d'appel de Lyon,

Monsieur le premier président de la Cour d'appel de Lyon,

Monsieur le procureur général près la Cour d'appel de Lyon,

Mesdames et Messieurs les premiers présidents et les procureurs généraux de cour d'appel,

Mesdames et Messieurs les présidents des tribunaux de grande instance et des tribunaux de commerce,

Mesdames et Messieurs les magistrats,

Monsieur le représentant de l'École nationale de la magistrature,

Monsieur le président du Conseil national des compagnies d'experts de justice,

Monsieur le président de la Compagnie des experts agréés par la Cour de cassation,

Mesdames et Messieurs les présidents des compagnies d'experts de justice,

Messieurs les représentants de la Compagnie nationale, des compagnies régionales de commissaires aux comptes et de l'Ordre des experts-comptables,

Mesdames et Messieurs les bâtonniers,

Mesdames et Messieurs les professeurs d'université,

Mes chères consœurs, mes chers confrères.

La Compagnie nationale des experts-comptables de justice est particulièrement honorée de votre présence à ce 48e congrès qui sera, dans quelques instants, officiellement ouvert par M. Vincent LAMANDA.

Nos remerciements vont d'abord à Mme Michèle ALLIOT-MARIE, Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés, qui a souhaité que cette manifestation soit placée sous son haut patronage.

Ils vont à vous, Monsieur le premier président de la Cour de cassation, qui avez bien voulu accepter de présider nos travaux comme vous l'aviez déjà fait à Nancy et à Caen ces deux dernières années.

Ils vont également à vous, Monsieur le premier président et à vous, Monsieur le procureur général, qui nous avez accueillis dans votre Cour d'appel de Lyon hier, pour la tenue de notre conseil national.

Notre congrès se penche cette année sur les litiges nés des conventions de garantie d'actif et de passif conclues dans le cadre des cessions de titres de société. Cette question avait déjà été traitée en 1989 à Pau, sous la houlette d'André DANA, président d'honneur de notre Compagnie. Mais il faut remettre sans cesse son ouvrage sur le métier ; une fois tous les 20 ans, ce n'est pas trop dans notre monde en perpétuel mouvement.

Les parties recourent fréquemment à des modes extrajudiciaires de règlement de ces litiges pour des raisons de confidentialité ou de rapidité, tel l'arbitrage ou la médiation.

Depuis quelque temps, la voie de l'article 1592 du code civil est également utilisée. Il s'agit alors en réalité pour l'expert de se prononcer sur la mise en jeu de la clause de garantie d'actif et de passif et de fixer les montants pouvant être appelés en garantie. L'expert procède à une évaluation sans recours possible. Un grand débat anime le monde judiciaire sur l'application des articles 1592 et 1843-4 du code civil pour résoudre ce type de conflit : s'agit-il d'une dérive ? La question prend une telle importance que nous avons décidé de tenir un congrès sur les missions de tiers évaluateur confiées aux experts-comptables de justice, l'année prochaine à Reims.

Certains repreneurs ont préféré à la voie civile, la procédure pénale et déposent une plainte avec constitution de partie civile pour délit de présentation de comptes inexacts ne donnant pas une image fidèle.

Nous avons retenu, pour les débats du présent congrès, la voie judiciaire civile et donc l'expertise telle qu'elle est organisée par le code de procédure civile.

Je remercie Dominique LENCOU, rapporteur général de notre congrès, M. le professeur Michel MENJUCQ et nos confrères Claude BARDAVID, Philippe BAU, Georges BARRERE, Pierre LOEPER et Antony SOUFFLET, pour la réflexion qu'ils ont menée toute cette dernière année afin de nous éclairer, ainsi que Didier KLING qui a accepté d'animer une table ronde avec M. Renaud SALOMON, M. Marcel SENGELIN, Me Philippe PEYRAMAURE et M. le professeur Michel MENJUCQ, sur le traitement des litiges.

Mes remerciements vont aussi à Jean-Marie VILMINT, commissaire général, qui, avec ses commissaires adjoints Jean BACHELET, Jean LEROUX et Régis VAN LIEFLAND, se sont occupés de notre bien-être pendant notre séjour à Lyon et nous ont réservé des lieux d'exception, nous l'avons déjà vu hier, pour nous retrouver en toute convivialité.

Je donne maintenant la parole à M. le président de la Cour administrative d'appel de Lyon.

ALLOCUTION DE

Monsieur Jean-Marc LE GARS

Conseiller d'Etat, Président de la Cour administrative d'appel de Lyon

M. LE GARS – Monsieur le président, merci de me donner la parole et surtout de la donner à la juridiction administrative à travers ma personne. Je ne vous parlerai pas du sujet du jour puisque si nous voyons de temps en temps surgir la clause de garantie de passif à travers les contentieux fiscaux dans les juridictions administratives, mais ce n'est pas notre pain quotidien.

Pour ce qui vous concerne personnellement, vous êtes particulièrement bien placé, Monsieur le président, pour savoir que l'expertise a progressivement acquis, dans le procès administratif, une place qui est loin d'être négligeable. La complexité croissante des litiges que doit trancher le juge administratif, comme tout autre juge d'ailleurs, a souvent mis l'expertise au cœur de l'instance contentieuse, même si, bien évidemment, ce n'est pas avec la même fréquence que devant les juridictions judiciaires.

D'abord parce que le contentieux administratif, même s'il est en croissance continue, reste nettement plus faible en volume que le contentieux judiciaire. Ensuite parce que la nature même du contentieux administratif a pour effet de restreindre le champ de l'expertise.

Le contentieux de la légalité, c'est-à-dire celui de l'excès de pouvoir, est le plus souvent exclusif de tout recours à l'expertise. L'expert ne peut pas se prononcer sur des questions de droit ; c'est le rôle du juge. Il ne peut donc pas être missionné par celui-ci dans un litige qui met en cause la légalité d'un acte administratif si ce n'est dans les rares cas où la solution qu'appelle le litige est conditionnée par une vérification préalable de la matérialité de certains faits.

En revanche, rien ne distingue véritablement les pratiques du juge administratif de celles du juge judiciaire lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des actions en responsabilité, comme en matière hospitalière, dans le domaine des dommages de travaux publics ou encore des contentieux contractuels, celui des marchés notamment, qui constituent traditionnellement les terrains d'élection de l'expertise.

Bien que d'usage assez courant, l'expertise devant le juge administratif, de tradition moins ancienne (nous avons seulement deux siècles d'existence) fait l'objet d'un moindre encadrement textuel. Longtemps nous n'avons pas ressenti le besoin d'uniformiser la pratique de l'expertise devant les juridictions administratives et les juridictions judiciaires. Mais cette époque est révolue.

Les mêmes causes produisant les mêmes effets, la pratique des juridictions administratives est devenue au fil du temps proche de celle des autres juridictions, au gré de la jurisprudence du Conseil d'État, qui au demeurant est assez rare en la matière.

Très prochainement, on l'espère avant la fin de l'année, la procédure de l'expertise devant le juge administratif devrait faire l'objet d'une réforme, par la voie réglementaire, qui se traduira, sans pour autant se confondre totalement avec elle, par un rapprochement plus grand encore avec l'expertise telle qu'elle se pratique devant le juge judiciaire.

À vrai dire cette réforme viendra pour une large part donner une base textuelle à des pratiques qui ont déjà cours. Car dans les faits il n'y a déjà plus de différence notable en ce qui concerne la conduite de l'expertise, qu'elle ait été ordonnée par le juge administratif ou le juge judiciaire.

Les singularités de l'expertise en matière administrative ne tiennent plus pour l'essentiel qu'au cadre juridique dans lequel elle se situe, aux modalités de rémunération de l'expert et dans une certaine mesure au régime de responsabilité de l'expert :

le cadre juridique car le juge administratif n'a pas une compétence générale. Il en résulte notamment qu'il n'est pas compétent pour connaître des litiges qui, à l'occasion d'un travail public, mettent en cause des relations contractuelles de droit privé et qu'il ne peut donc pas, dans un jugement avant faire droit, c'est-à-dire dans une affaire au fond, ordonner une expertise mettant en cause les sous-traitants, les fournisseurs de matériaux, les assureurs sur la base de leurs relations contractuelles avec le titulaire du marché, ce que la jurisprudence des conflits l'autorise tout de même à faire dans le cadre du référé.

les modalités de rémunération de l'expert se distinguent nettement sur trois points au moins :

– La consignation n'a pas cours devant le juge administratif qui lui préfère l'allocation provisionnelle.

– Les ordonnances de taxation ne comportent pas de formule exécutoire, ce qui est parfois à l'origine de difficultés de paiement, même si d'une manière générale le recours à l'allocation provisionnelle et la présence d'une personne publique à tout procès (ce qu'il ne faut pas oublier) limitent considérablement les risques d'impayés.

– L'expert bénéficie du statut de collaborateur occasionnel du service public, ce qui lui garantit en tout état de cause le paiement de ses honoraires, l'État se substituant au débiteur défaillant.

Troisième point de divergence avec le régime judiciaire : le régime de responsabilité de l'expert est sujet à controverse. La Cour de cassation, par un arrêt certes isolé, considère que les fautes commises par l'expert engagent sa responsabilité personnelle et non celle de l'État, au contraire du Conseil d'État qui a tendance à tirer toutes les conséquences du statut de collaborateur du service public de la justice qu'il reconnaît à l'expert.

La réforme en cours a pour objet :

• d'instituer un magistrat chargé des questions d'expertise, donc de professionnaliser la fonction dans nos tribunaux.

• de renforcer la présence de ce juge tout au long de la procédure, lui permettant d'intervenir de manière plus opportune et plus directive sur les questions qui touchent à son organisation, telle que la modification du périmètre de l'expertise ou l'organisation d'audiences d'expertise ;

• d'encadrer le serment prononcé par l'expert ;

• de mieux organiser son remplacement en cas de défaillance ou d'empêchement, ou encore sa récusation par les parties ;

• de donner au juge les moyens procéduraux de faire échec à la carence des parties, répondant ainsi aux difficultés qui sont souvent dénoncées par les experts pour obtenir les documents nécessaires à l'accomplissement de

leur mission ;

• également de régler l'hypothèse dans laquelle les parties se sont conciliées en cours d'expertise ;

• de faciliter la transmission du rapport, le cas échéant par voie électronique et sa discussion par les parties ;

• de clarifier les conditions de taxation des frais et honoraires et notamment en présence d'un collège d'experts et/ou d'un sapiteur ;

• de permettre que soit sanctionné le mauvais vouloir de la partie qui a en charge l'allocation provisionnelle ;

• de conférer un caractère exécutoire à l'ordonnance de taxe et d'affirmer son caractère recouvrable selon les voies de droit commun, pour mettre un terme aux difficultés actuelles ;

• enfin d'organiser un nouveau régime pour la contestation des ordonnances de taxation.

Tout ceci, je pense, devrait permettre d'améliorer encore le dialogue entre les experts et le juge administratif et de leur permettre de mieux travailler ensemble à ce qui est leur raison d'être, la recherche de la vérité.

Je vous souhaite à tous un excellent congrès.

(Applaudissements)

M. DUPONCHELLE – Merci Monsieur le président pour ces informations. Vous savez que nous avons été très attentifs aux travaux préparatoires de ce décret que nous attendons avec une certaine impatience. Vous avez dit qu'il sortirait d'ici la fin de l'année. Nous en prenons acte.

M. LE GARS – Si vous me permettez, une petite observation sur ce sujet. En fait cette réforme qui est annoncée depuis quelque temps traîne un peu. Il était prévu de mettre cela en application au 1er septembre ; nous avons eu un contretemps. Initialement, les dispositions concernant la réforme de l'expertise étaient comprises dans un projet beaucoup plus vaste, comprenant un volet législatif. Voulant faire vite, le gouvernement est allé à la recherche d'une habilitation législative auprès du Parlement pour pouvoir procéder par ordonnance, ce qui lui a été refusé - d'où le retard actuel.

Le décret qui comprendra les mesures nouvelles concernant l'expertise est prêt. Il reste à le faire adopter. Le vice-président du Conseil d'Etat a en ligne de mire l'échéance du 31 décembre pour que tout cela soit opérationnel au 1er janvier. Cela veut bien dire que maintenant les semaines sont comptées. A priori cela devrait fonctionner pour le 1er janvier, sauf surprise au niveau gouvernemental.

M. DUPONCHELLE – Merci pour ces précisions. Je donne la parole à M. Jean TROTEL, premier président de la Cour d'appel de Lyon.

ALLOCUTION DE

Monsieur Jean TROTEL

Premier président de la Cour d'appel de Lyon

M. TROTEL – Monsieur le président de la compagnie nationale des experts comptables de justice,

Mesdames et Messieurs les membres du Conseil national,

Monsieur le président du Conseil national des compagnies d'experts de justice,

Monsieur le représentant de Madame la directrice des affaires civiles et du sceau,

Madame la présidente de la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation,

Madame le premier avocat général près la Cour de cassation,

Monsieur le conseiller d'Etat, président de la cour administrative d'appel de Lyon,

Messieurs les premiers présidents des cours d'appel de Douai, Besançon et Grenoble,

Madame et Messieurs les procureurs généraux près les cours d'appel de Grenoble, Chambéry et Lyon,

Monsieur le président du tribunal de grande instance de Lyon,

Monsieur le président du tribunal de commerce de Lyon,

Monsieur le Bâtonnier,

Mesdames et Messieurs les professeurs d'université,

Mesdames et Messieurs les présidents,

Mesdames et Messieurs,

Chers collègues,

Même si les magistrats de la cour d'appel de Lyon ne sont pas directement concernés par l'organisation de ce congrès, permettez-moi cependant Monsieur le président, en quelque sorte par voie d'accessoire, voir d'appropriation de vous faire part du plaisir et de l'honneur que nous avons éprouvé en apprenant que ce colloque était en partie organisé au siège de notre cour d'appel.

Mesdames et Messieurs soyez donc tous les bienvenus dans le ressort de la cour d'appel de Lyon.

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

Tel est le thème retenu pour ce 48ème congrès de votre compagnie nationale.

Les avocats, les magistrats et les experts-comptables de justice sont confrontés dans ce domaine à des situations complexes résultant des conditions d'élaboration du contrat de garanties d'ac-tif et de passif, de l'appréciation de validité et d'authenticité des éléments retenus ou encore de la portée des clauses contractuelles.

Le contrat de garanties d'actif et de passif, passé entre le cédant et le cessionnaire a pour finalité principale la protection de l'acquéreur de titres d'une société au regard du différentiel de valeur susceptible d'apparaître entre ce qui a été apprécié en actif et en passif au moment de la transaction et ce qu'il advient par la suite de la réalité du passif évoluant à la hausse, ou encore de l'actif qui s'avère surévalué.

Fréquemment ce contrat prévoit en outre une indemnisation en cas de déclarations inexactes.

Ce contrat a donc pour objectif principal la limitation des risques en provenance de la société cible, au profit du cessionnaire.

A cet égard les juristes sont confrontés à deux notions que certains opposent :

- la notion d'aléa et la notion de sécurité juridique.

En réalité le contrat de garanties d'actif et de passif, au-delà de cette apparente contradiction, ne traduit-il pas une évolution significative du droit des contrats, lesquels prennent eu compte de plus en plus, au-delà de la force majeure, les risques de défaillance.

En effet, selon une partie de la doctrine, il ne s'agit plus seulement de savoir à quoi le contractant s'oblige mais surtout à quelles conditions sa responsabilité, sa garantie est engagée : l'aléa devient objet de gestion juridique.

L'expert-comptable appréhende, me semble-t-il, le contrat de garanties d'actif et de passif en fonction de l'authenticité des éléments comptables caractérisant les divers postes d'actif et de passif cédés et des conditions de mise en oeuvre de l'indemnisation, laquelle correspond le plus fréquemment aux postes cachés ou non révélés à la date de passation du contrat.

En fonction de l'évolution de la jurisprudence en la matière, mais aussi en considération de l'évolution du monde des affaires on mesure les obstacles auxquels sont exposés les experts-comptables de justice lorsqu'ils interviennent dans la phase de post-acquisition.

La mesure de la difficulté à laquelle ils sont susceptibles d'être confrontés dans cette phase peut être appréhendée, sans doute dans des situations extrêmes, à l'occasion d'exemples tirés des cas de cession, de prise de contrôle ou d'augmentation de capital de sociétés - cotées en bourse ou non - dont l'activité est tributaire de l'évolution du prix d'une marchandise, soumise elle-même à spéculation, ou encore d'une valeur boursière. En ce cas les effets collatéraux de la spéculation peuvent affecter très sensiblement le capital.

Je pense aussi aux effets de chaîne des situations de type : «sub-primes»...

La tâche des experts-comptables de justice se trouve par ailleurs fréquemment majorée par ce qu'il est convenu d'appeler l'incer-titude juridique.

Parmi les multiples causes on peut citer le débat qui oppose parfois la doctrine et la jurisprudence à propos du bénéficiaire des garanties d'actif et de passif à partir de la distinction traditionnellement opérée entre les garanties d'actif et de passif au sens strict - les garanties de bilan - et les clauses de révisions de prix - garanties de valeur -.

A cet égard se dégage de la jurisprudence une affirmation selon laquelle il n'y aurait que deux parties au contrat de garantie : le cédant et le cessionnaire, la société cédée n'étant qu'un tiers.

Aussi ne pourrait-elle être bénéficiaire des garanties que si les parties à la cession l'ont expressément envisagé...

Un autre débat demeure d'actualité et concerne l'application des dispositions de l'article 1134 al 1 et 1134 al 3 du code civil.

Dans un arrêt du 10 juillet 2007, la chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré une décision de la cour d'appel de Paris qui avait fait droit au cédant en retenant que le cessionnaire - en l'espèce dirigeant et associé de la cible au moment de la cession connaissait le fait à l'origine du passif (un contrôle fiscal) - avait manqué à la bonne foi ; la Cour de cassation a affirmé «si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet un juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ».

Cette jurisprudence paraît être confortée par un arrêt plus récent rendu le 4 novembre 2008. La Cour de cassation affirme à nouveau que la connaissance préalable par l'acquéreur du fait à l'origine de la mise en jeu de la garantie n'écarte pas l'application du contrat de garantie.

Compte tenu du temps qui m'est imparti, je m'abstiens de tout commentaire personnel complémentaire sur ces problématiques. Les intervenants prévus au cours de cette journée de débats, sur un sujet difficile, me paraissent plus qualifiés. Je pense en particulier à Monsieur LAMANDA, premier président de la Cour de cassation qui interviendra dans quelques instants, à Madame la présidente FAVRE, présidente de la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation, à Monsieur SENGELIN, président du tribunal de commerce de Lyon, ainsi qu'aux magistrats des chambres commerciales de cours d'appel, présents dans cette enceinte.

Je vous souhaite à tous un excellent colloque.

Je vous remercie de votre attention.

M. DUPONCHELLE – Merci Monsieur le premier président. La parole est maintenant à M. Jean-Olivier VIOUT, procureur général près la Cour d'appel de Lyon.

ALLOCUTION DE

Monsieur Jean-Olivier VIOUT

Procureur général près la Cour d'appel de Lyon

M. VIOUT – Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les hautes personnalités dont M. le Premier président TROTEL a fait l'énumération il y a quelques instants et dont je me permettrai de faire l'économie de la redite, permettez-moi bien simplement d'être le petit télégraphiste des magistrats du ministère public de la Cour d'appel de Lyon, pour vous livrer message de leur grande fierté, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les membres du Bureau, devant votre choix de la cité des Gaules comme siège de votre congrès annuel. Nous connaissons la longue histoire de votre Compagnie bientôt centenaire, parisienne d'abord, puis embrassant l'intégralité du territoire national, qui a su déconcentrer son action à travers la création de ses quatorze sections locales autonomes, occasion pour moi de dire ici publiquement la particulière estime que nous portons à notre section régionale Lyon-Chambéry-Grenoble, managée avec doigté et efficacité par son distingué président, Jean-Marie VILMINT.

Nous savons combien votre Compagnie a su s'ériger au fil des mandats de ses présidents nationaux successifs en science et conscience de l'expertise comptable mise au service de la justice. Nous apprécions la qualité des travaux de ses colloques et congrès dont la restitution constitue pour tous les magistrats, croyez-le bien, une source recherchée d'actualisation des connaissances et de maturation des idées. Qu'il suffise de considérer la réflexion pénétrante ayant présidé, cette année même à Grenoble, à votre colloque sur le respect du contradictoire en matière expertale décliné au niveau de l'expertise comptable et financière.

Je n'oublie pas non plus la qualité de vos productions écrites, au premier rang desquelles a pris place depuis 1991 le précieux « guide de l'expertise judiciaire » enfanté par vos présidents Pierre FEUILLET et Félix THORIN et préfacé par les chefs de la Cour de cassation.

Car la cour d'appel de Lyon a depuis des lustres appréhendé dans sa pleine mesure le rôle irremplaçable joué par l'expert, dans la production de l'acte de justice. C'est dans la considération de ce partenariat judiciaire, c'est-à-dire de ce concours citoyen d'hommes de l'art à l'œuvre de justice, que l'implication de ses magistrats est constante, qu'il s'agisse de la formation initiale et continue des experts, de la rigueur accrue devant entourer leur recrutement ou de la veille permanente du respect des règles déontologiques devant encadrer l'exercice de leur mission, le tout dans une collaboration étroite, confiante et permanente avec la Compagnie régionale des experts de justice et votre propre Compagnie.

Ce n'est point pur hasard si la Cour d'appel de Lyon avec celle de Versailles a été, il y a quelques mois, la première à rejoindre ès qualités l'Institut européen de l'expertise et de l'expert, créé en 2006 et bénéfiquement placé sous l'aile tutélaire de M. le Premier président Vincent LAMANDA, qui va dans quelques instants venir ici rehausser, par son éminente présence de Premier magistrat de France, le rayonnement de votre congrès.

(Arrivée de M. le Premier président de la Cour de cassation)

Pour le magistrat qui juge ou le magistrat qui exerce l'action publique, l'expert et particulièrement l'expert-comptable de justice deviennent de plus en plus souvent d'irremplaçables planteurs de bornes milliaires sur le chemin de la vérité ; cette vérité scientifique toute nue matière première indispensable au juge pour construire, au regard de l'application de la loi, la vérité judiciaire qu'il proclamera en toute conscience et indépendance à travers le dispositif de son jugement ou de son arrêt.

Philippe BONNIER, dans ses conférences des ordonnances nouvelles de Louis XIV, ne disait pas autre chose lorsqu'il affirmait avec force en 1694 : *« que les experts sont les juges de la question du fait et que le juge ayant emprunté de la science des experts la certitude du fait, y applique les maximes et décide la question du droit. »*

C'est dire combien vous nous êtes indispensables. Indispensables à la justice civile, commerciale et sociale, à travers votre apport de la science du chiffre aux problématiques liées tantôt à l'évaluation du patrimoine d'une entreprise ou d'un préjudice économique, tantôt à l'appréciation des valeurs patrimoniales en présence, lors de liquidations de communautés de toute nature et de toute forme juridique à forte connotation financière ou économique, sans parler du délicat bilan de santé de l'entreprise en difficulté, durant la période d'observation aménagée par la nouvelle procédure de sauvegarde, pour ne citer que quelques exemples.

Mais permettez au magistrat du Parquet que je suis de vous exprimer notre profonde reconnaissance pour l'irremplaçable contribution qui est la vôtre dans la dévolution de la preuve des infractions complexes à connotation économique et financière, préalable incontournable à l'engagement de l'action publique et à sa prospérité devant les juridictions du fond.

Combien apparaît de plus en plus indispensable le recours à l'expert-comptable dans les procédures complexes où la jungle économique et financière dans laquelle évoluent les activités des mises en cause exige recueil, maîtrise et exploitation scientifique des pièces comptables ou des documents produits en forme d'ersatz de comptabilité.

Je n'ignore pas la contrainte de célérité imposée souvent à l'expert-comptable de justice en matière pénale, notamment dans les procédures d'information judiciaire comportant une ou plusieurs mises en examen en état de détention provisoire. Je salue l'investissement des experts-comptables de justice des ressorts des Cours d'appel de la région Rhône-Alpes dont certains noms demeurent associés à la conduite d'emblématiques dossiers économiques et financiers positivement menés jusqu'à leur terme naturel, ayant connu une résonance médiatique nationale. À l'heure où l'on se doit de promouvoir une politique pénale vigoureuse dans la mise en lumière de l'économie souterraine et la chasse au blanchiment de l'argent sale, vos activités expertales, Mesdames, Messieurs, ont encore devant elles de sérieuses marges de progression, pour reprendre un terme de l'avis économique à la mode.

C'est dire quelle actualité, y compris indirectement en matière pénale, revêt la thématique de votre congrès de ce jour sur l'expertise comptable judiciaire et des garanties d'actif et de passif consécutives aux cessions de titres de société, tant parfois l'écume de la mer cache les tréfonds de la mer, où se terre, à travers la présentation du faux bilan, la surévaluation volontaire

des actifs, la manœuvre frauduleuse destinée à faire accroire l'existence d'un crédit imaginaire qui vient caractériser tel ou tel délit d'escroquerie.

Nul doute qu'à l'issue de vos communications et débats, vous serez plus que jamais pour nous ces « réducteurs d'incertitude » pour reprendre la belle expression du président LOEPER et que nous poursuivrons avec plus d'assurance encore ce petit bout de chemin ensemble sur le chemin de la vérité comme le disait joliment M. le premier président DRAY.

Acceptez donc mes vœux pour un riche interactif et fructueux congrès sur les terres de la justice lyonnaise.

(Applaudissements)

M. DUPONCHELLE – Merci Monsieur le premier président, Merci Monsieur le procureur général pour les propos chaleureux que vous avez tenus à l'égard de notre Compagnie. Nous essaierons d'être à la hauteur des qualités que vous nous prêtez.

Nos remerciements vont à vous, Monsieur le premier président, qui avez bien voulu accepter de présider nos travaux, comme vous l'aviez fait à Nancy et à Caen ces deux dernières années. Votre participation à nos congrès est assurément la manifestation de votre grand attachement à l'expertise judiciaire, concrétisé par la création sous votre égide en 2007 de l'Institut européen de l'expertise et de l'expert, partenaire avec le Conseil national des compagnies d'experts de justice et de la Compagnie des experts agréés par la Cour de cassation, des Assises internationales de l'expertise de justice qui se tiendront, sous l'égide de l'École nationale de la magistrature, à Bordeaux, en juin 2010.

Vous avez accepté de présider et d'ouvrir les travaux de ce congrès. Monsieur le premier président, je vous donne la parole.

ALLOCUTION DE

Monsieur Vincent LAMANDA

Premier président de la Cour de cassation

M. LAMANDA – Merci infiniment Monsieur le président. Je vous prie, tout d'abord, de m'excuser d'avoir interrompu le brillant exposé de M. le Procureur général. C'était bien involontaire. Je voudrais vous dire tout le plaisir que j'ai à me retrouver parmi vous, à l'occasion de ce 48e congrès national que vous tenez à Lyon, sur le thème de l'expertise comptable judiciaire des garanties d'actif et de passif consécutives aux cessions de titres de société.

Monsieur le président, Messieurs les premiers présidents, Monsieur le procureur général, Mesdames et Messieurs les présidents, mes chers collègues, Mesdames, Messieurs, je suis en effet très heureux d'être parmi vous ce matin et je remercie chaleureusement le président DUPONCHELLE de son invitation. Elle nous conduit à faire halte en ce bastion qui domine la Saône et commande la presqu'île lyonnaise. S'ils évoquent encore des temps héroïques, ces murs sont désormais dédiés à la transmission du savoir et je me réjouis de l'opportunité qui nous est ainsi donnée d'y poursuivre, en l'approfondissant, le dialogue fécond que la Cour de cassation entretient avec les experts de justice.

C'est aussi un grand honneur, pour moi, que d'intervenir en prologue à cette journée d'étude réunissant des intervenants, dont la remarquable qualité invite à attendre une contribution à la hauteur des enjeux du thème de vos travaux.

En les consacrant à «l'expertise comptable judiciaire des garanties d'actif et de passif consécutives aux cessions de titres de société», vous témoignez, à nouveau, de ce que les experts-comptables sont les interlocuteurs privilégiés de la vie des entreprises dans ce qu'elle a de plus essentiel, puisqu'il s'agit, ici, à la fois de garantie et de transmission.

La garantie tout d'abord : les clauses, auxquelles ce colloque est consacré, trouvent leur origine dans la nécessité de sécuriser l'opération liée à une cession de contrôle de titres sociaux. A tous égards, il ne s'agit pas d'une transaction comme une autre. La cession de l'ensemble des titres d'une société entraîne, en effet, la transmission à l'acquéreur, non seulement de l'actif, mais encore du passif, y compris dans ses composantes dont l'existence n'était pas connue à la date de la cession.

En dépit de leur impact financier, parfois très lourd, ces éléments ne peuvent ni figurer dans les comptes ni être quantifiés, qu'il s'agisse, par exemple, d'un redressement fiscal, d'un litige avec un concurrent ou de la rupture d'un contrat d'exclusivité. A défaut de proposer une réglementation spécifique, la loi ne mettait à la disposition de l'acquéreur que le secours classique de la protection du consentement et le diptyque issu du droit romain que constituent l'éviction et les vices cachés.

L'abondance de la jurisprudence suffit à nous convaincre que ces vénérables institutions conservent toute leur actualité. Toutefois, les difficultés assortissant leur mise en œuvre, comme le caractère inadapté au monde des affaires d'une sanction comme la nullité, justifient la substitution de garanties conventionnelles à la protection légale.

Déployées sur les deux colonnes du bilan, ces garanties participent d'un ensemble conventionnel complexe qui défie l'imagination du juriste le plus fécond, dans la mesure où il s'inscrit nécessairement dans la durée et est censé embrasser la cession dans toutes ses dimensions : économique, financière, notamment fiscale et sociale. C'est déjà beaucoup, mais ce n'est pas suffisant.

L'étendue des engagements, induits par la convention, conduit à la stipulation de «garanties de la garantie». Au mécanisme classique de compensation en cas de paiement échelonné du prix de cession, s'ajoutent, désormais, des cautions bancaires, des garanties à première demande, voire l'intervention d'un assureur. Dans ce cas, l'avantage est double : l'acquéreur est certain de percevoir l'indemnité si la garantie est mise en jeu et le cédant est libéré de son engagement personnel dans la garantie.

Garant de la sincérité des comptes, l'expert-comptable apparaît comme le mieux placé pour apporter au juge, en cas de litige, l'ensemble des éléments pertinents lui permettant d'apprécier la portée que les parties ont voulu donner à une convention, destinée, non seulement à sécuriser leur accord, mais encore à garantir la valeur d'une entreprise, y compris dans ses éléments immatériels.

Parce qu'elles présupposent une transparence véritable, les clauses de garanties conventionnelles contribuent normalement à moraliser la vie des affaires et à en fluidifier le cours, en facilitant les cessions d'entreprises. Dans un paysage économique en perpétuelle mutation, ce point est capital. Il confère, à la transmission des entreprises, une dimension souvent révélée par les litiges que provoque une cession de titres sociaux et que les clauses, qui nous intéressent aujourd'hui, ont justement vocation à prévenir.

La démographie nous invite à prendre pleinement la mesure de l'importance de cette question. En effet, dans les années à venir, du fait de l'arrivée à l'âge de la retraite des générations d'après-guerre, de nombreuses sociétés exploitant des PME ou des PMI vont avoir vocation à être cédées, du fait du départ de leur fondateur. On ne le sait que trop, faute d'avoir préparé suffisamment en amont la succession aux affaires de leurs dirigeants, nombre d'entreprises ne leur survivent pas. Se trouvent ainsi anéanties des décennies d'innovation et de croissance, avec d'irrémédiables conséquences pour notre économie et pour l'emploi.

Les clauses conventionnelles de garanties comptent au nombre des outils contribuant à la pérennité de l'entreprise. Leur importance intrinsèque s'accroît à raison d'une concurrence mondialisée qui amplifie les interrogations portant sur le devenir de l'entreprise, notamment au travers des opérations de croissance externe.

La question de la transmission est particulièrement critique lors d'un changement de contrôle au sein d'une société. La stipulation de clauses de complément de prix payable à terme, en fonction des performances opérationnelles futures de la société cédée, présente le grand avantage de continuer à associer le cédant et les cadres dirigeants au devenir de la société cédée. On touche, ici, une des composantes cruciales, moins financière qu'humaine, de l'opération de cession.

Plus que sur le savoir-faire, le succès de la cession repose sur la motivation des hommes et sur le dynamisme qu'il convient d'insuffler, afin que l'opé-

ration constitue une étape, ou plutôt le nouveau départ, d'une communauté créatrice de valeurs pour l'ensemble des agents économiques.

Au regard de ces différents éléments, c'est peu dire que les missions d'expertise portant sur les garanties conventionnelles stipulées lors d'une cession de titres exigent une compétence spécifique, nourrie d'une pratique quotidienne avec les entreprises et leurs dirigeants. Elles requièrent, au plus haut degré, une vision étendue, seule à même de permettre, à l'expert de justice, d'embrasser une convention d'essence complexe, dont les implications économiques et financières, comme les répercussions sociales, peuvent être considérables.

En effet, ne nous y trompons pas : même si elles lui sont en principe favorables, les clauses de garantie n'ont pas pour finalité de faire supporter au cédant les risques d'une exploitation future, dont le cessionnaire doit assumer seul la charge et dont le succès repose sur ses capacités propres à gérer, avec talent, un potentiel économique et humain.

Je suis convaincu que le colloque d'aujourd'hui, loin de se contenter de dresser un état des lieux, apportera de nouveaux éclairages sur ce volet déterminant de la transmission d'entreprises que constituent les clauses conventionnelles de garantie. Je suis également persuadé que vos travaux offriront l'opportunité de fortifier les liens d'estime et d'amitié, tissés à la faveur des différentes missions qui font, de vous, les irremplaçables contributeurs à la bonne marche de la justice. Tous mes vœux pour vos travaux et pour le plein succès de ce colloque lyonnais.

(Applaudissements)

L'introduction proprement dite du congrès revient maintenant à M. Dominique LENCOU, rapporteur général, et ensuite à M. Claude BARDAVID, expert honoraire près la Cour d'appel de Bordeaux. Je vais donc, comme vous, avoir le plus grand plaisir d'écouter M. Dominique LENCOU qui est tout autant un maître des comptes et des chiffres qu'un juriste éminent, puisque, vous le savez sans doute, il préside l'Association des Docteurs en droit de Bordeaux. Monsieur LENCOU, vous avez la parole.

RAPPORT INTRODUCTIF

Monsieur Dominique LENCOU

Rapporteur général du congrès, expert près la Cour d'appel de Bordeaux, agréé par la Cour de cassation

M. LENCOU – Monsieur le premier président, Monsieur le représentant de Mme le Garde des Sceaux, Monsieur le conseiller d'État président de la Cour administration d'appel de Lyon, Monsieur le premier président de la Cour d'appel de Lyon, Messieurs les premiers résidents, Monsieur le Procureur général de la Cour d'appel de Lyon, Mesdames et Messieurs les hautes personnalités, mes chers confrères. En l'absence de texte spécifique, c'est le caractère contractuel des clauses de garantie d'actif et de passif qui imposent au juge de rechercher la volonté des parties.

M. LAMANDA a bien voulu nous dire à l'instant que la loi ne mettait à la disposition du cessionnaire que la simple protection du consentement. C'est ainsi que le juge va devoir interpréter le contrat, soit dans la définition des obligations contractées, soit dans l'étendue de l'obligation qui en découle. Dans ce contexte, l'expert-comptable de justice est le mieux placé, comme vient de le souligner M. le premier président LAMANDA, pour éclairer le juge sur les problèmes liés aux vices du consentement.

Cependant, l'expert-comptable de justice va se trouver amené à procéder à une interprétation de la clause, dans son étendue et dans la détermination des bénéficiaires. Ceci pose une difficulté au regard de l'article 238 du Code de procédure civile, selon lequel le technicien doit « donner son avis » mais ne doit jamais porter d'appréciation juridique.

M. TROTEL tout à l'heure évoquait l'incertitude juridique de la matière et nous allons nous trouver au cœur de cette difficulté.

Sauf clause contraire, la garantie de passif engendre une responsabilité indéfinie et solidaire de tous les cédants envers l'acquéreur et ainsi l'expert sera amené, à partir de la mission confiée par le juge, à préciser l'étendue de la garantie.

Tout d'abord voyons la mise en œuvre de la garantie sur la forme.

La mise en œuvre de la garantie suppose de vérifier que les parties ont bien inclus dans la garantie une obligation d'information qui leur permet d'être avertis le plus rapidement possible d'un événement qui pourrait déclencher l'application de la garantie. À défaut d'une telle clause, les cédants ne pourront reprocher à l'acquéreur de ne pas les avoir prévenus suffisamment tôt de l'événement et se verront dans l'obligation de verser une indemnité sans avoir rien pu faire. C'est pourquoi on retrouve souvent dans la garantie, pour protéger le cédant, un certain droit à l'information qui peut inclure un délai maximal pour prévenir le cédant de l'apparition d'un passif supplémentaire. Si ce délai n'est pas respecté le cédant pourra éventuellement arguer d'un vice de procédure pour éviter le paiement de l'indemnité.

Un arrêt du 9 juin 2009 a confirmé une décision de la Cour d'appel de Bordeaux du 15 mai 2009 qui avait refusé au cédant la possibilité de pouvoir utiliser la garantie car il avait omis d'informer le cédant.

La communication doit être effectuée dans un certain délai et avec les documents afférents au passif.

Sur le fond, la mise en œuvre va se situer, après une appréciation de la qualité des comptes :

– évaluation des actifs, quelles normes ? Quel référentiel ?

– évaluation des passifs avec des passifs nouveaux liés à l'environnement ou aux accidents du travail.

Limites. La garantie comporte des limites car l'indemnisation ne doit pas être en principe illimitée si la convention le prévoit. Pour cela nous verrons les différences entre les clauses de garanties de passif et d'actif et également les clauses de révision de prix.

Enfin il faudra se situer dans le temps car la garantie aura une limite ; la garantie ne peut pas être perpétuelle.

Le deuxième problème qui va nous intéresser pour pouvoir éclairer le juge est **la détermination des bénéficiaires** car il est primordial, selon la rédaction de la clause et le mode d'indemnisation. La clause de garantie peut être stipulée au profit de l'acquéreur ou de la société et le choix de l'indemnisation dépend essentiellement de considérations fiscales, ce que nous verrons tout à l'heure.

Lorsqu'une partie met en œuvre la garantie d'actif et de passif, un différend intervient souvent : il est fréquent qu'elle fasse jouer la clause d'arbitrage qui est parfois incluse dans le contrat et nous verrons tout à l'heure dans la table ronde l'articulation entre les clauses d'arbitrage et les clauses attributives de compétence et par rapport où va se situer la clause d'expertise.

Enfin les missions de l'expert seront essentiellement de vérifier si les conditions de la mise en œuvre de la garantie sont remplies, de rechercher le fait générateur des pertes constatées et d'indiquer si celles-ci entrent dans le champ d'application de la clause. Également il conviendra de déterminer le montant des sommes qui seraient dues en application de la clause, de rechercher le ou les bénéficiaires de la clause, les modalités d'exécution de l'obligation par le cédant etc. et éventuellement d'autres types de mission que nous pourrions envisager.

Pour entrer dans le vif du sujet, nous allons procéder de la façon suivante :

Claude BARDAVID va nous expliquer comment il a pu constituer une base de données qui sera disponible sur le site de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice, à partir de 700 décisions qui ont été extraites de la base JURICA. Nous remercions encore M. le premier président LAMANDA d'avoir bien voulu nous la mettre à disposition. Sur ces décisions nous avons essayé de recenser celles qui serviront aux experts-comptables de justice de base de données ou éventuellement à des magistrats qui auront à trancher sur ce sujet.

Puis M. le professeur MENJUCQ va traiter de l'origine et de la prévention des litiges portant sur les garanties d'actif et de passif.

Philippe BAU va nous parler des principes et méthodes comptables utilisés, de leur impact sur les comptes de référence et plus particulièrement des impacts sur les capitaux propres et les résultats qui sont les agrégats qui ont probablement servi à déterminer le prix de cession.

Georges BARRERE nous parlera de l'importance de la détermination des bénéficiaires et des incidences fiscales.

Cet après-midi Pierre LOEPER et Anthony SOUFFLET nous parleront de la méthodologie de l'expert dans les missions que les juges nous confient.

Une table ronde réunira M. Renaud SALMON, conseiller référendaire à la chambre commerciale de la Cour de cassation ; M. Marcel SENGELIN, président du tribunal de commerce de Lyon, Me Philippe PEYRAMAURE ; président de l'association Droit et Commerce : le professeur Michel MENJUCQ.

M. Renaud SALOMON, pour répondre au souhait de M. le procureur général VIOUT, nous parlera des incidences pénales des clauses de garantie d'actif et de passif.

Après une courte synthèse, car vous allez vous rendre compte que le programme est extrêmement dense, j'essaierai donc d'être très bref en synthèse, nous vous proposerons peut-être quelques recommandations.

Mme FAVRE, présidente de la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation, nous parlera de l'évolution de la jurisprudence de la chambre qu'elle préside au sein de la haute juridiction.

Je vous remercie et donne la parole à Claude BARDAVID sur la base de données que nous avons constituée.

(Applaudissements)

PRÉSENTATION DES ARRÊTS DE LA BASE JURICA SUR LES GARANTIES D'ACTIF ET DE PASSIF

Par Monsieur Claude BARDAVID

expert honoraire près la Cour d'appel de Bordeaux

M. BARDAVID – L'efficacité des garanties légales dans le cadre des cessions de droits sociaux est limitée car ces garanties s'attachent plutôt aux droits sociaux eux-mêmes, alors que ce qui importe aux yeux des parties d'une cession ce sont les éléments d'actif et de passif qui constituent le patrimoine de la société dont les titres changent de main. La garantie d'actif et de passif est donc un moyen de s'assurer de la consistance des droits cédés en imposant au garant une obligation d'indemnisation en cas d'une mauvaise interprétation économique de la transaction, sans pour autant remettre en cause la transaction elle-même.

Les questions de garanties de passif brillent par leur actualité et leur complexité.

Actualité car un nombre important de chefs d'entreprise envisage de céder leur affaire d'ici à cinq ans. Pour se prémunir contre les mauvaises surprises d'un événement non dévoilé, trouvant son origine antérieurement mais se réalisant après la cession, le repreneur envisagera la conclusion d'une convention de garantie et cet accord aura pour objet de rééquilibrer financièrement l'opération en prévoyant une indemnisation ou une restitution d'une partie du prix de la cession par le vendeur.

Complexité car la convention de garantie nécessite une rédaction précise, détaillée, sans tomber dans l'excès, envisageant le mode de règlement d'éventuels litiges et, comme il n'existe pas deux entreprises identiques, adaptée à celle-ci.

Parmi ces types de garantie, la distinction majeure qui se trouve à l'origine des diverses questions liées aux conventions de garantie est celle entre d'une part, les garanties mettant en oeuvre une clause de garantie de prix, dont les effets de garantie sont limités par rapport à ceux de la garantie de passif et, d'autre part, les garanties organisant un mécanisme indemnitaire (garantie de passif stricto sensu ou garantie de reconstitution) qui offre beaucoup plus de souplesse puisqu'elle a un caractère autonome par rapport au prix de cession.

Les nombreux contentieux traités par les différentes juridictions de la Cour de cassation témoignent de la difficulté d'interprétation de ces clauses de garantie d'actif et de passif. C'est ainsi qu'un recensement des arrêts que la Cour de cassation a bien voulu mettre à notre disposition à partir de la base JURICA, et que nous remercions vivement, met en évidence les facteurs de remise en cause de ces clauses de garantie. Une exploitation de ces arrêts ayant fait l'objet d'une base de données qui sera disponible, comme Dominique LENCOU vient de le dire, sur le site de la Compagnie et évidemment mis à la disposition de la Cour de cassation, permet de constater que, sur 40 arrêts analysés :

- sur les vices de consentement, trois sont dus à des erreurs, treize à des dois ; cinq à des vices de consentement, aucun à la violence ;

- sur les vices cachés qui atteignent les biens de la société elle-même et non les droits sociaux, 25 concernent la surévaluation des actifs ou la dépréciation des passifs qui peuvent avoir pour objet : le référentiel comptable (8), des incidences fiscales (10), le respect de l'environnement et des normes de sécurité (5).

La garantie de la cession de créance, qui protège le cessionnaire contre l'inexistence des droits sociaux mais non contre leur perte de valeur, a fait l'objet de contre-garanties au nombre de 10.

Enfin sur les 40 arrêts examinés, 6 conflits ont fait l'objet d'un audit préalable. 27 experts de justice ont été commis, 6 conciliations ou arbitrages sont intervenus et 4 professionnels ont été mis en cause pour défaut de conseils.

Je vous remercie.

(Applaudissements)

M. LAMANDA – Merci pour cette présentation. Je rappelle que la base JURICA est la base qui contient les arrêts de toutes les Cours d'appel qui sont centralisés à la Cour de cassation, et qui permettent de faire des traitements et, ainsi, d'extraire des éléments statistiques très intéressants et très précieux. L'importance de la base est considérable. Puisque les Cours d'appel rendent à peu près 200.000 décisions civiles par an, elle croît, chaque année, d'un nombre équivalent et comporte, déjà, plus de 400.000 décisions. Donc c'est une base très riche, la difficulté dans l'exploitation étant, bien sûr, de conserver l'anonymat des parties. Lorsqu'on publie les décisions après traitement, il convient de les anonymiser. Sous cette réserve, c'est un outil extrêmement précieux pour les professionnels et les juridictions, puisqu'il restitue leur travail mais avec une valeur ajoutée que l'on peut donner par des recherches. Je vous remercie d'avoir immédiatement accepté la perche que je tendais, lors de votre dernier congrès, et d'avoir réalisé ce travail très intéressant.

La parole maintenant est à M. le Professeur MENJUCQ qui va nous parler des litiges portant sur les clauses de garantie d'actif et de passif (origine et prévention).

LES LITIGES PORTANT SUR LES CLAUSES DE GARANTIE D'ACTIF ET DE PASSIF : ORIGINE ET PRÉVENTION

Par Monsieur Michel MENJUCQ

Agrégé des facultés de droit
professeur à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne

M. MENJUCQ – Merci, Monsieur le président. Les clauses de garantie d'actif et de passif qui ont pout objet de prémunir l'acquéreur de parts sociales ou d'actions contre l'apparition, postérieure à la cession, d'un événement dont la cause lui est antérieure et qui se traduirait par un accroissement du passif ou une diminution de l'actif[1], relèvent d'un espace de liberté contractuelle au sein duquel la règlementation étatique ne s'est pas aventurée jusqu'à présent.

Les seules règles que les parties ont à respecter sont les principes fondateurs de notre droit des contrats tels que le respect de l'ordre public ou encore de la force obligatoire des contrats posé par l'article 1134 du Code civil selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » et doivent être exécutées de bonne foi.

Encore faudrait-il que la loi des parties soit clairement énoncée dans les clauses de garantie d'actif et de passif et couvre l'ensemble des situations pouvant surgir après leur conclusion. Or de la même manière que notre Législateur qui de plus en plus souvent revient sur des textes de lois à peine promulgués pour les modifier, la loi des parties établie dans les clauses de garantie d'actif et de passif présente généralement des imperfections, tenant à des imprécisions ou à des lacunes, source de litiges. C'est ainsi que la Cour de cassation est le plus souvent conduite à rendre ses décisions en matière de clause de garantie d'actif et de passif au visa de l'article 1134 du Code civil.

Or l'imprécision de la loi des parties ouvre la porte au gouvernement des juges dans les relations entre ces mêmes parties car il ne faut pas se faire d'illusions sur la mission d'interprétation des juges. Certes, dans le cas d'une clause imprécise, il sont chargés de dégager la commune intention des parties, aidés par les conseils d'interprétation du droit commun des contrats des articles 1156 et suivants du Code civil, notamment l'article 1162 du Code civil selon lequel le contrat s'interprète en faveur du débiteur de l'obligation, en l'occurrence le cédant qui est aussi le garant.

En réalité, les juges font leur propre lecture, certes en toute indépendance, de la clause de garantie d'actif et de passif, et ce de manière souveraine, sous réserve qu'ils ne dénaturent pas la clause ou ne portent « atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »[2].

En présence d'une insuffisance rédactionnelle des parties, l'office des juges peut même porter sur la qualification de la clause de garantie d'actif et de passif, ceux-ci devant en interpréter la portée quelle que soit la qualification donnée par les parties. Ainsi, dans une espèce, la convention intitulée « garantie d'actif et de passif et engagements annexes » qui désignait expressément le cessionnaire comme bénéficiaire et stipulait que « les sommes dues au titre de la garantie ont juridiquement le caractère d'une diminution du prix des actions achetées par le garanti » a été requalifiée en clause de révision du prix[3].

Or l'on sait que l'enjeu de la qualification est essentiel puisque le cédant supporte le passif sans limite dans les clauses de garantie d'actif et de passif, alors que dans les clauses de révision de prix, les sommes éventuellement dues par le cédant ne peuvent pas dépasser le prix de cession.

Dans son principe, l'origine des litiges est donc identifiée : la déficience rédactionnelle des clauses de garantie d'actif et de passif. Et la prévention est toute trouvée : la précision des stipulations des clauses de garantie.

Il n'y a donc pas lieu de réclamer une intervention du Législateur pour combler un vide juridique quelconque ; bien au contraire, conservons précieusement cet îlot de liberté au sein de notre droit français qui souffre d'un excès de production normative.

A cet égard, laissons aussi dormir l'hydre normatif communautaire, toujours prompt à tirer à coup de règlement ou de directive sur tout ce qui bouge, ou plus exactement sur tout ce qui circule en Europe ou affecte le marché européen dans son ensemble.

Il est donc plutôt rassurant de savoir que la Commission européenne n'a entamé aucun travaux spécifiques sur les clauses de garantie d'actif et de passif et que les travaux visant à élaborer des principes de droit communautaire des contrats ne modifient pas, en leur état actuel, les règles contractuelles fondamentales que nous connaissons, ces derniers travaux ne paraissant, par ailleurs, pas sur le point d'aboutir.

En revanche, l'expérience des droits étrangers est fort instructive. Dans les droits européens les plus développés comme le droit anglais ou le droit allemand, il existe des équivalents de clauses françaises de garantie d'actif et de passif et l'on constate que la liberté des parties dans la rédaction de ces clauses est aussi importante.

Toutefois, en raison d'une pratique contractuelle plus professionnalisée qu'en France où le recours à un professionnel du droit à l'occasion d'une cession de droits sociaux n'est pas systématique, les clauses de garanties sont généralement très détaillées dans la pratique allemande ou anglaise et donnent lieu à peu d'actions en justice et ce d'autant moins qu'en Allemagne, le recours à l'arbitrage est fortement développé dans le domaine des clauses de garantie.

Cette expérience étrangère montre bien que la meilleure prévention des litiges relatifs aux clauses de garantie réside dans la qualité de rédaction desdites clauses : on ne m'en voudra pas si, à Lyon, ancienne capitale romaine des Gaules, j'adapte à la circonstance l'adage latin bien connu « *Si vis pacem para bellum* » transformé dans notre cas en l'adage : si tu veux la paix contractuelle, prépare la clause de garantie.

En effet, il ressort de l'examen de la jurisprudence que le contentieux se développe essentiellement au sujet de l'existence d'une garantie (I), de sa consistance (II) et de sa mise en œuvre (III).

Pour chacun de ces aspects que nous aborderons successivement en trois parties, nous envisagerons les solutions préventives et/ou curatives.

1 J.-J. Caussain et M. Germain : J.-Cl. Sociétés fasc. 165-20 n° 20. Sur les conventions de garantie, voir aussi P. Mousseron, J.-Cl. Sociétés fasc. 165-35.

2 Cass. coM. 21 octobre 1997, RJDA 5/98 n° 602

3 Cass. com., 23 avr. 1985 : Juris-Data n° 1985-0799768 ; Bull. Joly Sociétés 1985, p. 791, § 259.

I. L'existence d'une garantie

Evoquer l'existence d'une clause de garantie comme première source de litige pourrait surprendre tant paraît naturel l'insertion d'une clause de garantie dans le contrat de cession de droits sociaux ou dans un acte séparé.

Cependant, l'étude de la jurisprudence révèle que l'absence de clause de garantie n'est pas anecdotique et qu'il n'est pas rare qu'une cession renvoie seulement à la loi en stipulant, par exemple, qu'elle a lieu « *sans autres garanties que les garanties ordinaires et de droit* ». En outre, si la clause, mal rédigée, ne stipule pas expressément une obligation au paiement du passif social à la charge des cédants, ceux-ci ne sont pas tenus à payer[4].

Surtout, à l'existence ou plutôt l'inexistence d'une clause de garantie, peuvent être rattachées toutes les hypothèses dans lesquelles la clause de garantie stipulée a épuisé ses effets à l'égard du bénéficiaire, parce qu'elle a été transmise, que la durée stipulée a expiré ou plus simplement encore parce qu'elle n'intégrait pas dans son champ contractuel certaines situations, voire certaines personnes à titre de bénéficiaires ou de garants. Dans tous ces cas, les litiges naissent des limitations partielles ou totales des effets des clauses de garantie (A).

Pour autant, le cessionnaire des droits sociaux n'est pas dépourvu de tous moyens en l'absence de clause de garantie ou en cas d'inefficacité de celle-ci. En effet, bien que peu connus, des recours légaux, certes d'une efficience mesurée, sont à la disposition du cessionnaire déçu (B).

A) Contentieux résultant de la limitation des effets des clauses de garantie

Le contentieux se développe selon plusieurs axes. En premier lieu, la limitation des effets de la clause de garantie peut résulter de la localisation de la clause dans l'acte de cession des droits sociaux ou dans un acte séparé (1). En second lieu, la limitation peut provenir de l'épuisement de ses effets à l'égard de tous ou de certaines parties seulement (2).

I.1 . Contentieux relatif à la localisation de la clause

Les clauses de garantie peuvent être insérées dans l'acte de cession définitif ou dans un acte séparé et très souvent, elles sont insérées dans la promesse synallagmatique de vente, aussi dénommé protocole, qui, généralement, contient des conditions suspensives[5].

Lorsque la clause de garantie est mentionnée dans le protocole portant engagement réciproque de cession, la question s'est posée de savoir si les cédants étaient dégagés de leur garantie lorsque la clause n'avait pas été reprise dans l'acte définitif de cession des parts sociales ou des actions.

Sur le fondement du respect des engagements contractés, la Cour d'appel de Paris a considéré que les cédants étaient liés par la clause de garantie[6], la Cour de cassation ayant très récemment (le 5 mars 2009)[7] approuvé cette solution en affirmant que le « protocole » (promesse synallagmatique de vente) liant les parties, la clause de garantie de passif y figurant devait recevoir application bien que non reprise dans l'acte définitif de cession « *à moins que la volonté expresse ou tacite d'y renoncer n'ait été exprimée sans équivoque* ».

Lorsque la garantie figure dans un acte séparé de l'acte de cession des droits sociaux et que cet acte distinct n'a pas été signé par le cédant, un contentieux s'est légitimement élevé sur l'acceptation de la clause de garantie par le cédant. Ayant eu à trancher une telle espèce, la cour d'appel de Versailles a considéré que l'acte séparé constituait une offre que le cédant avait implicitement acceptée du seul fait de la signature concomitante de l'acte de cession avec lequel cette offre formait un tout.

Une difficulté semblable existe lorsqu'en présence de plusieurs cédants, certains d'entre eux n'ont pas signé l'acte distinct du protocole ou de l'acte définitif de cession. En cas de litige, les juges vont chercher à déterminer si la clause de garantie a été acceptée, même implicitement, par tous les cédants en relevant les éléments caractérisant l'existence de leur consentement .

L'insertion de la clause de garantie dans un acte séparé est donc source de contentieux et l'on ne peut que recommander de privilégier la mention de la clause de garantie dans l'acte définitif de cession des droits sociaux, forcément signé par toutes les parties.

De plus, le formalisme de l'article 1326 du Code civil (« *L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres.* ») a aussi été jugé inapplicable dès lors que la garantie forme un tout avec l'acte de cession auquel elle s'intègre , ce qui est aussi un facteur de simplification.

I.2 . Epuisement des effets de la clause de garantie

Les effets de la clause de garantie peuvent disparaître à l'égard de tous à l'expiration de la durée stipulée pour la mise en œuvre de la garantie, les dettes apparaissant après l'expiration de la durée contractuelle n'étant pas couvertes.

Encore, est-il opportun de stipuler si cette durée englobe seulement le délai de révélation de passif ou aussi le délai d'action du cessionnaire. En effet, il est possible de prévoir qu'il ne pourra y avoir révélation que pour autant que la découverte par le garanti de l'événement sera intervenue durant la période définie par le contrat.

Surtout, les effets de la clause de garantie peuvent être limités en cas de transmission de la garantie, encore que la jurisprudence soit, elle-même d'une interprétation délicate.

Effectivement, si la jurisprudence est claire à l'égard de fusions ou de scissions puisqu'elle admet, en l'absence de stipulation contractuelle contraire, le transfert du bénéfice de la garantie à la société absorbante par l'effet de la transmission universelle du patrimoine même si la clause de garantie n'a pas été mentionnée dans le traité de fusion[8], en revanche, est plus incertaine la jurisprudence relative à la cession à titre particulier.

Ainsi, un arrêt du 11 mars 2008 de la Cour de cassation[9], au visa des articles 1121 et 1134 du Code civil, affirme que le cessionnaire bénéficiaire d'une clause de révision de prix profite de cette « garantie de prix » « indépendamment de la cession de ses titres ». En fait, cette décision reprend la solution posée par un arrêt de la chambre commerciale du 3 avril 2007 à propos d'une clause de garantie d'actif et de passif qui était en réalité une clause de révision du prix.

Mais, le 12 février 2008, la même chambre commerciale de la Cour de cassation[10] a affirmé que « la convention de passif est attachée à la chose cédée et ne peut plus être invoquée par le cessionnaire après la revente de celle-ci. »

Une conciliation de ces arrêts pourrait consister à distinguer selon qu'il s'agit d'une clause de révision de prix ou une clause de garantie de passif, sauf à considérer que dans les deux arrêts précités de 2008, non publiés au Bulletin et adoptés en formation restreinte, la chambre commerciale de la Cour de cassation, liée par les moyens du pourvoi, n'a pu que répondre à la question d'espèce sans pouvoir poser une solution de principe. En ce dernier cas, il faudrait considérer qu'il n'existe aucune jurisprudence établie sur la question de la transmission de la clause.

En conséquence, on ne peut que recommander la plus grande précision de la clause de garantie sur son maintien ou non au profit du cessionnaire en cas de revente des droits sociaux.

B) Existence de recours légaux au profit du cessionnaire déçu

Les recours légaux présente un intérêt pour le cessionnaire, chaque fois qu'il ne peut pas ou ne peut plus invoquer la garantie conventionnelle, parce

4 Sur la localisation de la clause de garantie, voir A. Couret, Themexpress, Clause de garantie, éd. F. Lefèbvre, n° 27 et s.

5 CA Paris 29 novembre 1996, voir annexe n° 121 du Themexpress, clause de garantie, éd. F. Lefèbvre.

6 Cass. coM. 5 mars 2009, pourvoi n° 08-10625.

7 CA Versailles 25 janvier 2001, 1re ch. A, RJDA 8-9/01 nº 866

8 Cass. coM. 10 juillet 2007 nº 05-14.358, Bull. Joly 2007, p. 1225, note A. Couret.

9 Cass. coM. 11 mars 2008, D. 2008, p. 1801, note O. Deshayes.

10 Cass. coM. 12 février 2008, Bull. Joly 2008, p. 472, note P. Mousseron.

qu'elle n'existe pas, n'est pas valable, que sa durée a expiré ou encore que la garantie conventionnelle ne présente pas d'intérêt car l'indemnisation a été plafonnée à un niveau trop faible.

Le cessionnaire peut recourir aux actions issues du droit spécial de la vente ou à celles du droit commun des contrats en cas de vice de son consentement.

1- Recours fondés sur le droit spécial de la vente

Si le droit spécial du contrat de vente est dans son principe applicable aux cessions de parts sociales ou d'actions, son régime dépend de la qualification juridique de l'opération[11] : si l'on considère qu'il s'agit seulement d'une cession de droit incorporel, l'opération est régie par les articles 1689 et suivants du Code civil, et le cédant doit seulement garantir l'existence du droit au moment de la cession (C. civ. art. 1693) ; en revanche, si l'on estime qu'il s'agit d'une vente de droit commun soumise aux articles 1582 et suivants du même Code, le cessionnaire bénéficiera de davantage de recours.

Il existe un désaccord des chambres de la Cour de cassation sur ce point.

Bien que les parts sociales et actions soient des droits incorporels, la chambre commerciale de la Cour de cassation autorise le cessionnaire à agir en garantie contre le cédant sur le fondement des articles 1625 et suivants du Code civil[12]. Au contraire, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, compétente en matière de cession de parts de sociétés civiles immobilières, n'oblige le cédant qu'à garantir, en application de l'article 1693 du Code civil, l'existence des parts au moment de la cession[13].

Quoi qu'il en soit, toutes les chambres de la Cour de cassation se rejoignent pour refuser d'assimiler une vente de droits sociaux à une vente de fonds de commerce, même en cas de cession de contrôle[14].

Si l'on suit la jurisprudence de la Chambre commerciale, les obligations vendeur des articles 1602 et suivants du Code civil sont donc applicables aux cessions de parts ou d'actions, le cédant étant tenu à la délivrance des titres et devant garantir le cessionnaire contre toute éviction et l'existence de vices cachés affectant les titres vendus.

Dans un arrêt du 7 avril 2009, la Cour de cassation[15] a ainsi considéré au regard de l'article 1610 du Code civil que le cédant de parts sociales avait manqué à son obligation de délivrance, ce qui justifiait la résolution de la cession, en l'absence de tout écrit signé par les parties constatant la cession des parts, car le cessionnaire ne pouvait procéder à aucune des formalités nécessaires pour la rendre effective.

Sont aussi applicables mais cette fois à la seule clause de révision du prix, les dispositions de l'article 1591 du Code civil relatives à l'exigence d'un prix déterminable[16]. Or, des difficultés peuvent aussi venir d'une insuffisance des stipulations se rapportant à une clause de révision de prix. En effet, si la clause n'a pas prévu expressément les modalités précises et objectives de révision du prix dont la mise en œuvre est indépendante de la volonté d'une des parties et n'exige pas un nouvel accord des parties, elle pourrait être annulée pour indétermination du prix.

a) Mise en œuvre de la garantie d'éviction par le cessionnaire

Le cédant garantit non seulement au cessionnaire, mais aussi à la société dont les titres sont cédés, selon une jurisprudence contestable de la Cour de cassation[17], la jouissance paisible des droits sociaux qu'il a cédés contre toute atteinte venant de son propre fait (art. 1628 C. civ.) ou d'un tiers (art. 1626 C. civ.) [18].

La garantie du fait personnel interdit, en principe, au cédant, même en l'absence de clause de non-concurrence, de se rétablir. Cependant, cette garantie interdit seulement le rétablissement du cédant qui empêcherait les acquéreurs des droits sociaux de poursuivre l'activité économique de la société cédée et de réaliser l'objet social, ce qui est finalement assez rare[19]. Lorsque le cédant est une société, la garantie du fait personnel oblige non seulement la personne morale mais aussi son dirigeant ou toute personne interposée[20].

La mise en jeu de la garantie d'éviction du fait d'un tiers est encore plus exceptionnelle, la jurisprudence ne comptant que très peu d'exemples. On peut signaler une décision de la Cour d'appel de Paris dans un cas où le cessionnaire avait été durablement privé de la possession des titres acquis par une mise sous séquestre de ces derniers et par la désignation d'un administrateur provisoire[21].

b) Mise en œuvre de la garantie des vices cachés

La garantie des vices cachés est aussi mise en œuvre de manière exceptionnelle car elle suppose que le vice non seulement caché mais aussi antérieur à la cession affecte, non la valeur des droits sociaux cédés, mais leur usage même par le fait d'interdire l'exercice de l'activité de la société dont les titres ont été cédés.

Ainsi, n'ont pas été considérés comme un vice caché, la révélation d'une dette sociale, d'un passif, la dissimulation de la situation réelle et même la mise en redressement judiciaire d'une société quatre mois après la cession des droits sociaux, dès lors que la société a poursuivi son activité et qu'à la date de cession, la cessation des paiements n'était pas caractérisée[22].

A la condition d'agir dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice[23], l'avantage de cette garantie pour le cessionnaire réside dans le fait qu'il a le choix entre rendre les titres contre restitution du prix (action rédhibitoire) ou demander une diminution du prix arbitrée par experts (action estimatoire de l'article 1644 du Code civil).

2 . Recours fondés sur le droit commun des vices du consentement

Beaucoup moins rares sont les actions du cessionnaire déçu visant à obtenir l'annulation de la cession qui sont fondées sur le droit commun des vices du consentement des articles 1109 et suivants du Code civil, notamment l'erreur et le dol[24], vices auxquels nous limiterons nos observations.

a) L'annulation de la cession fondée sur l'erreur

La partie qui a commis une erreur sur les qualités substantielles des droits sociaux, l'ayant déterminée à conclure la cession, peut demander l'annulation de cette dernière en application de l'article 1110 du Code civil.

L'erreur doit porter sur la viabilité de la société lorsque le cessionnaire a ignoré, à la date de la cession, que la société ne pouvait plus poursuivre l'activité économique constituant son objet social[25]. Mais, le seul fait que la société soit en état de cessation des paiements à la date de la cession ne suffit pas à établir l'erreur sur les qualités substantielles, sauf à démontrer que la poursuite de son activité est impossible. Tel est le cas lorsque la société est mise en liquidation peu de temps après la cession[26].

La voie est donc étroite puisqu'il s'agit des qualités substantielles des droits sociaux qui sont en jeu et non les qualités de l'actif de la société dont les

11 Voir Themexpress « Garantie de passif », par A. Couret, n° 3 et s.

12 Cass. coM. 4 juin 1996, RJDA 10/96 n° 1204.

13 Cass. civ. 3e, 15 mars 2006, RJDA 8-9/06 n° 911.

14 Cass. coM. 13 février 1990, Bull. civ. IV n° 42 ; Cass. 1re civ. 6 décembre 1994, RJDA 2/95 n° 158.

15 Cass. com., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-15593, Bull. Joly 2006, p. 762.

16 En ce sens, P. Mousseron, J-cl. Sociétés, fasc. 165-35, n° 5.

17 Cass. 1e civ. 24 janvier 2006, RJDA 8-9/06 n° 912. Pour des observations critiques, voir A. Couret, Themexpress, op. cit., n° 9.

18 A défaut de texte spécial, cette garantie est due pendant le nouveau délai de droit commun de cinq ans à compter du jour où celui qui agit a connu ou aurait dû connaître l'éviction. Cf . art. 2224 C. civ. et art. L 110-4 C. coM. dans leur rédaction issue de la loi 2008-561 du 17 juin 2008.

19 Cass. coM. 21 janvier 1997, JCP E 1997, II n° 936 note Y. Guyon ; Dr. sociétés 1997 n° 5 obs. Th. Bonneau ; 9 juillet 2002, RJDA 11/02 n° 1152 ; 20 février 2007, Dr. Sociétés 2007, n° 88, note H. Lécuyer.

20 Cass. coM. 24 mai 20005, RJDA 8-9/05 n° 962.

21 CA Paris 24 février 2006, RJDA 4/07 n° 367.

22 Cass. coM. 16 novembre 2004, Dr. sociétés 2005 comM. n° 63

23 Nouveau délai prévu par l'ordonnance 2005-137 du 17 février 2005, applicable aux cessions conclues à partir du 19 février 2005.

24 Sur les vices du consentement en matière de cession de droits sociaux, voir, Themexpress « Garantie de passif », par A. Couret, n° 14 et s. ; A. Hontebeyrie et D. Robine, Les recours ouverts par la loi au cessionnaire déçu, Journal des sociétés, décembre 2008, p. 42 et s.

25 Voir la jurisprudence citée par A. Couret, Themexpress, La garantie de passif, op. cit., n°15.

26 Cass. coM. 28 février 2006 n° 285 D : BRDA 7/06 inf. 3.

titres ont été cédés. C'est donc seulement lorsque le cessionnaire acquiert des titres d'une société qui, au jour de la cession, n'existe pas ou ne peut plus poursuivre son objet social que l'erreur sur les qualités substantielles est admise car le cessionnaire n'atteint pas concrètement l'objectif du contrat de cession : devenir effectivement associé. Encore faut-il que l'erreur du cessionnaire ne soit pas inexcusable, en raison de sa qualité de professionnel du domaine en cause.

Surtout, l'erreur sur les qualités substantielles des droits sociaux ne saurait être une erreur sur leur valeur puisque l'objectif de l'acquisition des droits sociaux consistant pour le cessionnaire à devenir associé a été atteint même lorsque la valeur des droits sociaux acquis n'est pas celle attendue.

De même, l'erreur sur les motifs qui ont pu inciter l'une des parties à contracter ne permet pas d'obtenir l'annulation de la cession : par exemple, le cessionnaire qui a commis une erreur sur le régime fiscal de l'opération, ne pourra obtenir l'annulation de la cession[27].

Plus ouverte pour le cessionnaire déçu est la voie du dol.

b) L'annulation de la cession fondée sur le dol

La jurisprudence sur le dol de l'article 1116 du Code civil est bien plus abondante et surtout beaucoup plus favorable au cessionnaire. En effet, dès lors qu'elle a été intentionnellement provoquée par une manœuvre du cédant ou de son mandataire, une erreur du cessionnaire, sur la valeur des droits sociaux, sur les motifs de la cession, ou même une erreur inexcusable peut lui permettre d'obtenir l'annulation de l'acte de cession à condition que cette erreur soit déterminante de son consentement.

Ainsi, une erreur insuffisante au regard de l'article 1110 du Code civil est suffisante si elle a été provoquée dans le cadre de l'article 1116.

En outre, selon la Cour de cassation[28], « la stipulation d'une garantie de passif n'est pas de nature à priver le bénéficiaire de celle-ci de la faculté de se prévaloir du dol dont il a pu être victime de la part de son cocontractant ». Le cessionnaire dispose donc du choix des actions.

Les manœuvres du cédant peuvent consister en des actes positifs comme la présentation au cessionnaire de documents comptables délibérément inexacts ou faux[29], ou en une simple réticence du cédant qui reste volontairement silencieux sur un fait que le cessionnaire aurait eu intérêt à connaître tels que l'état de cessation des paiements de la société[30], la résiliation de contrats vitaux pour la société[31] ou l'existence d'un litige en cours ayant abouti à la condamnation de la société une somme équivalant à plus de la moitié du prix de cession[32].

L'avantage de l'action fondée sur le dol est qu'elle permet au cessionnaire de choisir la sanction du cédant, soit par l'annulation de la cession accompagnée, s'il y a lieu, de l'octroi de dommages-intérêts, soit, simplement des dommages intérêts qui opèreront, économiquement, comme une réduction du prix de cession[33].

Mais ces sanctions ne seront prononcées que si le cédant a agi sciemment en vu de tromper son cocontractant, ce qui ne serait pas le cas s'il a donné des informations erronées en croyant qu'elles étaient vraies[34].

D'où l'intérêt de l'action en responsabilité délictuelle, fondée sur 1382 du Code civil[35], qui peut être intentée concurremment par le cessionnaire ne parvenant pas à prouver que le cédant est resté silencieux spécialement dans l'intention de le tromper, puisque cette action ne requiert qu'une mauvaise foi précontractuelle manifestée par des actes ou le silence du cédant ayant provoqué l'erreur de son cocontractant mais n'exige pas l'intention de tromper.

II. La consistance de la garantie

La consistance de la garantie conventionnelle doit aussi être déterminée avec la plus grande précision par les parties ; en effet de la rédaction de la clause de garantie va découler l'étendue de la garantie (A) et ses bénéficiaires (B).

A) L'étendue de la garantie conventionnelle

L'étendue de la clause de garantie est déterminée par sa portée (1) et par son objet (2).

II.1 . La portée de la clause de garantie

La portée de la garantie offerte par le ou les cédants dépend étroitement de la rédaction de la clause. En effet, les parties ont pu stipuler que seul le passif apparu après la cession était couvert par la garantie ou au contraire que la clause couvrait aussi une moins-value d'actif, ou encore que le clause indemnisait que l'actif net ou la situation nette qui ne retient qu'une insuffisance d'actif net après compensation entre excédent de passif et plus-values d'actif.

Elles ont pu aussi stipuler une clause de garantie de trésorerie ou une clause de rentabilité par laquelle le cédant certifie au cessionnaire que la société-cible atteindra un minimum de résultat ou de chiffre d'affaires à une date déterminée, à défaut de quoi il s'engage à combler l'éventuelle insuffisance qui serait constatée. Apparaît aussi souvent, la clause de complément de prix qui bénéficie au cédant si des objectifs post cession sont atteints.

Enfin on trouve parfois des clauses de représentation garantissant l'existence d'un ou plusieurs actifs mais non leur estimation à la différence de la clause d'évaluation qui garantit l'estimation de certains actifs.

A cet égard, la jurisprudence fait une application d'un principe d'interprétation stricte limitant la portée de la garantie à ce qui est expressément stipulé dans la clause. Ainsi, une clause ne visant que l'indemnisation du passif n'est pas interprétée comme une clause de garantie d'actif et de passif[36] et pas davantage comme une clause d'actif net[37].

A cet égard, comme précédemment entrevue, la rédaction de la clause détermine sa qualification de clause de garantie d'actif et/ou de passif ou de clause de révision de prix aussi dénommée par la Cour de cassation clause de garantie de prix ou de valeur.

Ainsi, a été qualifiée de clause de révision de prix, la clause d'une promesse de cession d'actions intitulée « révision de prix – garantie d'actif net » prévoyant qu'en cas de diminution de l'actif net par rapport à celui figurant dans une situation comptable arrêtée avant la conclusion de la promesse, cet « écart négatif » viendrait en diminution du prix de cession fixé dans la promesse[38]. Il en a été de même de la clause précisant que sa mise en oeuvre entraînerait « une réduction automatique de plein droit du prix de cession »[39].

La Cour de cassation s'est même contentée dans la décision précitée du 11 mars 2008[40] du seul critère du bénéficiaire en considérant qu'en l'absence de stipulation pour autrui consentie au profit de la société cédée, une garantie de reprise du passif conclue entre le cédant et l'acquéreur, désigné comme bénéficiaire de cette garantie, est une convention de garantie de prix profitant à ce dernier.

Certes, si les sommes dues au titre de la garantie ne sont destinées qu'à l'acquéreur, elles ont nécessairement un impact sur le prix finalement payé par celui-ci. Néanmoins, même s'il faut rester prudent sur la porté de cet arrêt non publié et adopté en formation restreinte, cette jurisprudence admettant l'unicité de critère, si elle était confirmée, serait susceptible d'aller à l'encontre de la volonté commune des parties qui, même si elles n'ont désigné

27 Cass. coM. 12 décembre 2006, RJDA 8-9/07 nº 846.
28 Cass. coM. 2 mai 2007, pourvoi n° 05-21975.
29 Par exemple, Cass. coM. 5 décembre 2000, RJDA 3/01 nº 323.
30 Cass. coM. 17 juin 2003, RJDA 11/03 nº 1078.
31 CA Versailles 2 février 2007, RJDA 3/08 nº 280.
32 En ce sens, A. Hontebeyrie et D. Robine, Les recours ouverts par la loi au cessionnaire déçu, article précité.
33 Cass. coM. 27 janvier 2009, n° 08-10052, Dr. Soc. Juin 2009, n° 109, obs. M.-L. Coquelet.
34 Voir par exemple, Cass. civ. 1ère, 15 mars 2005, Rev. Soc. 2005, p. 587, note N. Mathez ; D. 2005, p. 1462, note A. Cathiard.
35 Cass. coM. 14 mai 1985, Bull. Joly 1985 p. 782 § 255
36 Cass. coM. 9 juin 1987, Bull. Joly 1987 p. 492.
37 Cass. coM. 18 décembre 2001, RJDA 4/02 nº 394.
38 Cass. coM. 11 mars 2008 nº 06-20.738, arrêt précité.
39 Cass. coM. 28 novembre 2006, RJDA 5/07 nº 489.
40 Cass. coM. 28 avril 1987, Bull. civ. IV nº 103.

que le cessionnaire comme bénéficiaire, n'ont pas voulu que leur convention emporte les effets d'une clause de révision de prix.

Quelle que soit, la portée de la clause de garantie, rappelons qu'en cas de pluralité de cédants, la garantie est supportée solidairement par eux, sauf clause contraire, lorsque la cession est de nature commerciale, c'est-à-dire selon la jurisprudence, lorsqu'elle confère le contrôle de la société dont les titres sont cédés.

Ainsi, en cas de cession de contrôle, la garantie de passif consentie par les cédants est présumée solidaire[41], de sorte que l'un d'eux, même minoritaire, peut être condamné à supporter seul le paiement du passif[42]. Pour que la solidarité soit écartée, les parties doivent donc prévoir une stipulation expresse relative au caractère non solidaire de la garantie.

II.2 . L'objet de la clause de garantie

De la portée de la clause de garantie, doit être distingué son objet, qui résulte des éléments servant de base pour déterminer le passif et/ou l'actif garantis.

Bien évidemment, ce sont, d'abord, les comptes qui ont servi de référence pour la cession de droits sociaux. Mais quels comptes choisir ?

Soit les comptes du dernier exercice clos, arrêtés, probablement audités par l'acquéreur et approuvés ; soit une situation intermédiaire arrêtée précédemment à la date de cession, souvent au moment de la signature de la promesse de cession (ou protocole), ou enfin une situation arrêtée à la date de réalisation de la cession et établie contradictoirement postérieurement à la cession, entre le cédant et le cessionnaire.

Evidemment, un arrêté des comptes le plus proche de l'acte de cession définitive présente l'avantage de permettre le cas échéant un ajustement du prix de cession et constitue une base plus fiable de la garantie d'actif et de passif.

Mais cette solution n'est pas la plus simple à mettre en œuvre, aussi nombreuses sont les cessions de titres réalisées à partir des comptes du dernier exercice clos, ce qui ne va pas sans soulever des difficultés. Notamment, ces comptes ont pu ne pas être établis dans la perspective d'une cession, ce qui peut évidemment jouer sur l'évaluation.

Dans ce cas, il convient de faire deux précisions dans la clause de garantie d'actif et de passif: en premier lieu, il faut indiquer les règles et méthodes d'évaluation ainsi que celles de présentation des comptes comme nous l'expliquerons M. BAU, ce matin et Messieurs LOEPER et SOUFFLET cette après-midi et en second lieu faire une déclaration sur la gestion de la société depuis la dernière date de clôture.

Ce qui nous conduit à la deuxième catégorie d'éléments servant de base à la clause de garantie d'actif et de passif que ce sont les déclarations et annexes. Leur exactitude peut être garantie par la clause. En ce cas, la force obligatoire de la convention de garantie oblige le cédant à indemniser le cessionnaire en cas d'inexactitude comme l'a affirmé la Cour de cassation au visa de l'article 1134 du Code civil.

Or ces déclarations peuvent être nombreuses et porter par exemple sur la composition du capital social, la vie de la société, le respect de la loi y compris fiscale, ce qui garantit le cessionnaire contre des redressements fiscaux, mais encore sur les relations sociales et le droit du travail, l'exécution conforme des contrats, sur les comptes sociaux, sur les litiges existants ou la propriété des actifs…

B) Le bénéficiaire de la garantie

Sans envisager les conséquences juridiques et surtout fiscales du choix du bénéficiaire de la garantie qui seront examinées par M. Georges BARRERE, il convient de relever que la désignation même du bénéficiaire d'une clause de garantie d'actif et de passif donne lieu à un contentieux important.

En effet, la clause peut désigner comme bénéficiaire, le cessionnaire, la société dont les droits sociaux sont cédés, voire un créancier de celle-ci, la clause s'analysant dans ces deux derniers cas en une stipulation pour autrui. Encore faut-il que la clause désignant le bénéficiaire soit précise, à peine d'être interprétée souverainement par le juge.

Ainsi, dans une espèce où l'acte de cession précisait que la garantie de passif consentie par le cédant bénéficiait « aux cessionnaires ou à leurs ayants droit », la Cour de cassation[43] a approuvé les juges du fond d'avoir estimé que le sous-acquéreur des parts, ayant droit à titre particulier du cessionnaire, qui n'était ni partie à cet acte, ni un ayant droit d'une des parties, ne disposait d'aucune action contractuelle contre le cédant au titre de cette garantie.

En effet, la clause litigieuse a été interprétée comme ne visant que les ayants droit universels ou à titre universel, c'est-à-dire les personnes ayant reçu tout ou partie du patrimoine du cédant par donation, succession ou encore par voie de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions.

En l'absence de désignation du bénéficiaire dans la clause de garantie d'actif et de passif, la Cour de cassation considère que la garantie d'actif et de passif est réputée stipuler au profit de la société dont les droits sont cédés[44].

Mais, si seul le cessionnaire est désigné comme bénéficiaire, la société, non visée, ne peut demander à son profit l'exécution de la clause de garantie[45], la clause de garantie d'actif et de passif pouvant être requalifiée en clause de révision de prix.

En revanche, la difficulté d'interprétation de la désignation du bénéficiaire ne se pose pas s'il s'agit d'une clause de révision de prix, puisque seul le cessionnaire peut en être le bénéficiaire[46].

III. Mise en œuvre de la clause de garantie

La mise en œuvre de la clause de garantie est déclenchée par un fait générateur (A), suppose généralement l'information du cédant (B) et conduit à l'indemnisation du bénéficiaire ou à une réduction du prix (C).

A) Le fait générateur

Le fait générateur de la mise en œuvre de la clause de garantie résulte, postérieurement à la cession, du caractère inexact ou lacunaire des déclarations et annexes garanties, de la révélation d'un passif ayant une cause antérieure à la cession mais qui n'apparaissait pas dans les comptes de référence ou d'un actif dont la valeur se révèle inférieure à celle indiquée dans les comptes de référence.

La cause ou l'origine antérieure à la cession est fondamentale, car si le passif révélé après la cession à une origine postérieure à celle-ci, il n'est pas couvert par la garantie.

Ainsi, dans une espèce ayant donné lieu à un arrêt du 19 février 2008 de la Cour d'appel de Paris[47], le cessionnaire reprochait aux cédants l'inexactitude de déclarations comprises dans la garantie de passif relatives au respect par la société cédée des règles sur la représentation du personnel.

Effectivement, la société n'avait pas constitué de comité d'entreprise avant la cession alors qu'elle remplissait les conditions pour le faire. Il est cependant débouté au motif qu'à la date de la cession aucune demande ou décision de justice n'était intervenue pour obliger la société à créer ce comité, de sorte que ce passif n'avait pas une origine antérieure à la cession.

Ainsi, toute dette dont la cause est antérieure mais qui n'apparaît pas dans les comptes ou n'a pas été visée par une déclaration est couverte par la garantie. *A contrario*, l'information figurant dans une déclaration du cédant annexée à la clause de garantie exclut en principe la mise en œuvre de la garantie.

A cet égard, les clauses de garantie d'actif et de passif présentent un carac-

41 Voir L. Pons, Les garanties conventionnelles, Journal des sociétés décembre 2008, p. 53 et s.

42 Cass. coM. 4 novembre 2008, pourvoi n° 07-19195, Bull. Joly 2009, p. 455, note P. Mousseron.

43 Cass. coM. 4 décembre 2007 n° 06-19.996, RJDA 4/08 n° 424 ; Bull. Joly 2008, p. 378, note A. Couret.

44 Cass. coM. 19 décembre 1989, Bull. Joly 1990 p. 177 ; Cass. 1re civ., 11 juill. 2006, JCP E 2006, 2749, note C. Legros. . T. Lambert, La société bénéficiaire de la garantie de passif : RJ coM. 1999, p. 45

45 CA Paris 12 octobre 2001, RJDA 2/02 n° 159

46 Cass. coM. 21 octobre 1997, RJDA 5/98.

47 CA Paris, 19 février 2008, Bull. Joly 2008, p. 846, note P. Mousseron.

tère objectif et ne nécessitent nullement, sauf clause explicite contraire, de rapporter la preuve d'un préjudice subi par cessionnaire, la révélation d'un passif couvert par la garantie est suffisante comme l'a rappelé récemment la Cour de cassation[48].

Le débat juridique s'est surtout enflammée au sujet de la situation dans laquelle existent des déclarations inexactes mais dont le garanti en connaissait ou aurait dû en connaître l'inexactitude. La situation se rencontre notamment lorsque le garanti aura réalisé un audit de la société cible avant l'acquisition.

Après avoir été sensible à cet argument et avoir, par exemple, rejeter la demande de garantie d'un cessionnaire qui avait connaissance des difficultés de la société non mentionnées dans les déclarations mais prises en compte lors de la fixation du prix de cession, la Cour de cassation a clairement modifié sa jurisprudence à partir de 2007[49] et affirme désormais que la preuve de la connaissance du risque d'inexactitude des déclarations par le cessionnaire n'a aucun effet sur la mise en œuvre de la garantie.

Malgré les critiques[50], cette jurisprudence est aujourd'hui établie après un arrêt du 4 novembre 2008[51]: il faudra donc que le cédant impose une clause particulière relative à l'état des connaissances pour que celles-ci soient prises en compte pour éventuellement paralyser la mise en œuvre de la clause de garantie.

Un autre problème particulier peut venir d'événements qui, bien qu'antérieurs à la cession, trouveraient leur origine entre la date de signature du protocole ou de l'arrêté des comptes de référence, et la date distincte de réalisation de la cession définitive. Le cessionnaire aura intérêt à stipuler une clause prenant en compte les passifs antérieurs à la date de réalisation de l'acte de cession et pas seulement antérieurs à la date des comptes de référence.

Pour cette période intermédiaire, il est aussi souvent inséré dans l'acte de cession, une clause de gestion en bon père de famille par laquelle le cédant s'engage à ne pas accomplir d'actes inhabituels durant la période comprise entre la date de conclusion du protocole et la date de réalisation de la cession définitive.

B) L'information du cédant

Il est souvent prévu dans les clauses de garantie de passif que le cédant doit être informé, dans les formes et délais déterminés, de la survenance d'un événement susceptible de mettre en jeu la garantie. Il arrive même que soit stipulée la participation du cédant à l'éventuelle transaction ou son intervention dans une procédure ayant des conséquences sur la mise en jeu de la garantie.

Toutefois, l'obligation d'information du cédant n'existe que si elle est prévue expressément dans la clause de garantie, les tribunaux interprétant strictement cette stipulation. Il a ainsi été jugé que si une clause prévoit l'obligation d'informer les cédants pour la survenance d'un passif fiscal, on ne peut reprocher au cessionnaire de ne pas avoir informé les cédants d'un jugement prud'homal condamnant la société[52].

Les clauses de garantie de passif sanctionnent souvent le non-respect de l'obligation d'information par la perte pour le cessionnaire de tout recours contre le cédant, cette sanction étant reconnue efficace par la jurisprudence[53]. Mais il est nécessaire que la clause d'information soit dépourvue de tout caractère ambigu, sinon le juge recherche la commune intention des parties[54].

Ainsi, dans un cas où une clause de garantie de passif ne prévoyait aucune sanction en cas de non-respect du délai de dix jours dans lequel le cessionnaire devait aviser le cédant de son intention de mettre en jeu la garantie, le non-respect de ce délai a été considéré comme n'affectant pas la validité de la garantie dès lors qu'il résultait de l'analyse de la commune intention des parties que le délai avait été prévu pour permettre au cédant de faire valoir ses observations en temps utile, ce qui avait été le cas en l'espèce[55].

En revanche, dans un cas où le cessionnaire n'avait pas informé le cédant d'une demande reconventionnelle d'un créancier qui portait sur le paiement de charges antérieures à la cession et où il avait payé ces dernières contrairement à l'interdiction qui lui avait été faite dans la garantie de passif, il a été jugé que la sanction de l'inobservation des obligations du cessionnaire était implicitement mais nécessairement la déchéance de la garantie[56].

C) Les modalités de l'indemnisation du cessionnaire

L'indemnisation dépend de diverses modalités qui peuvent être liées à des mécanismes limitant l'indemnisation par le bas (franchise) ou par le haut (plafond) (1) ainsi qu'à la mise en œuvre d'une contre-garantie (2) et, bien évidemment, aux méthodes comptables d'évaluation de son montant (3).

III.1 - Limitations du droit à indemnisation

A condition d'être clairement stipulée, l'indemnisation peut être limitée par des clauses de franchise qui laisseront à la charge du bénéficiaire de la garantie, une partie du passif révélé, la franchise étant déduite du montant de l'indemnisation.

Une variante consiste à prévoir des seuils de déclenchement qui correspondent à un montant en deçà duquel il n'y a aucune indemnisation exigible mais au-delà duquel, elle sera exigible au premier euro[57]. Ce dernier mécanisme est donc moins une limitation du montant de l'indemnisation que du droit à indemnisation lui-même.

Franchise et seuil de déclenchement peuvent, bien sûr, être combinés, le droit à indemnisation n'existant qu'au-delà du seuil stipulé et sous réserve d'un certain montant non indemnisé.

Outre ces limitations par le bas, existe aussi des limitations par le haut selon lesquelles l'indemnisation est plafonnée à un montant maximum, ce qui peut emporter des effets sur la qualification de la clause.

Ainsi, le plafonnement au montant du prix de cession requalifie la convention en clause de révision de prix[58] alors que si le plafonnement de l'indemnisation est fixé à un chiffre supérieur, il s'agit d'une clause de garantie d'actif et de passif.

Une clause de proportionnalité est aussi valable, à la condition d'être expressément mentionnée dans l'acte : dans ce cas, la garantie est proportionnelle à la fraction des droits sociaux acquis. A défaut, d'une telle clause, la jurisprudence considère que le cédant doit garantir l'intégralité du passif quelle que soit la fraction des droits sociaux acquis[59].

Enfin, des clauses dites d'»économie d'impôt» réduisent le montant de l'indemnisation du montant des réductions d'impôt imputables aux événements couverts par la garantie. Mais ces clauses prenant en compte les effets fiscaux sont d'une rédaction difficile puisque pour exactement mesurer l'impact fiscal, elles doivent prendre en compte la nature et le bénéficiaire de la garantie, la situation fiscale de la société et du cessionnaire…

III.2 . L'existence de contre-garanties

La clause de garantie d'actif et de passif peut s'avérer illusoire si le cédant ne dispose pas des ressources nécessaires. La pratique a donc cherché à multiplier les garanties de la garantie : cautionnement, garantie à première demande, pénalités, séquestre conventionnel, sûretés réelles sur les biens du cédant etc…

Ces contre-garanties assureront au garanti (acquéreur ou société cédée) le bénéfice d'un paiement effectif moyennant l'existence en cas de contre-ga-

48 Cass. coM. 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-20010, JCP éd. E 2008, 2446, note M.-L. Coquelet ; Bull. Joly 2008, p. 654, note P. Mousseron.

49 Cass. coM. 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-14768, Bull. Joly 2007, p. 1187, note A. Couret.

50 Voir P.-M. de Girard et S.-A. Pascaud, Garanties de passif : 1134 alinéa 1er contre 1134 alinéa 3 : combat de titans ou subtile alliance ?, D. 2009, p. 2233.

51 Cass. coM. 4 novembre 2008, pourvoi n° 07-19195, arrêt précité.

52 Cass. coM. 8 avril 1986, n° 194, BRDA 1986/10 p. 17 ; CA Paris 19 janvier 2000, 3e ch. A, Sté Durmée c/ Benhamou : RJDA 6/00 n° 666, 2e esp. ; Cass. coM. 12 février 2008, pourvoi n° 06-17918, Bull. Joly 2008, p. 654, note P. Mousseron.

53 Pour des exemples, voir A. Couret, Themexpress, Garantie de passif, n° 51.

54 Cass. coM. 30 juin 1998, RJDA 10/98 n° 1117

55 CA Paris 24 octobre 2000, 3e ch. A, Combes : RJDA 3/01 n° 326, 1e espèce.

56 Sur tous ces points, voir H. Dubout, Franchises et garanties de passif : Bull. Joly Sociétés 2007, p. 155.

57 Cass. coM. 18 décembre 2001, RJDA 4/02 n° 394; CA Paris 13 mars 2002, Dr. sociétés 2003 comM. n° 13 note H. Hovasse.

58 Cass. coM. 12 juillet 2005, RJDA 11/05 n° 1230.

59 Voir A. Fink, L'assurance de la garantie de passif : Actes pratiques 2003 p. 3.

ranties personnelles d'une action récursoire du contre-garant contre le garant initial.

En outre, s'est développée la technique de l'assurance de la garantie de passif dont le contrat peut être souscrit soit par l'acquéreur, soit par le vendeur. Néanmoins, cette assurance dont le montant des primes s'élève à 4 à 8 % environ du montant de la garantie n'est en pratique souscrite que lorsque les montants de la garantie sont importants[60].

III.3 . L'évaluation du montant de l'indemnisation

Pour évaluer le montant des sommes dues, sauf clause contraire, il faut recourir aux méthodes de comptabilisation utilisées pour déterminer le prix de cession et non de nouvelles méthodes comptables, ce qui soulève la problématique du changement de référentiel comptable et permet de trouver une transition avec l'intervention de M. Philippe Bau sur l'impact des principes et des méthodes comptables.

M. LENCOU – Monsieur le professeur, merci infiniment et surtout d'avoir respecté le délai. Il était prévu qu'à 11 h 05 vous finissiez ; vous l'avez fait exactement. Pour rester tout aussi ponctuels, je vous propose une pause. Revenons à 11 heures 25 pour l'intervention de Philippe BAU. Merci.

(séance suspendue à 11 h 05)

(séance reprise à 11 h 35)

M. LENCOU – Je tiens à présenter mes excuses à Didier KLING car en annonçant la table ronde j'ai complètement oublié de préciser que c'est lui qui allait l'animer. Dans 90 % de nos congrès c'est lui qui les anime et j'espère que tout le monde l'avait bien compris. Je te réitère, Didier, toutes mes excuses.

(Applaudissements)

M. LAMANDA – Maintenant la parole est à M. BAU, expert près la Cour d'appel de Lyon.

60 Cass. coM. 26 avril 1988, SA Guillon père et fils c/ Guillon : Bull. Joly 1988 p. 478.

L'IMPACT DES PRINCIPES ET MÉTHODES COMPTABLES

par Monsieur Philippe BAU

Expert près la Cour d'appel de Lyon

M. BAU – Merci, Monsieur le président. Monsieur le président de la Cour de cassation, Monsieur le président de la Cour administrative d'appel, Monsieur le président de la Cour d'appel de Lyon, Monsieur le procureur général auprès de la Cour d'appel de Lyon, Mesdames et Messieurs les hauts magistrats, Mesdames et Messieurs, chers confrères.

M. le professeur MENJUCQ a mis la barre très haut, tout d'abord dans le fond de son intervention, très brillante et surtout dans le respect du timing qui lui avait été imparti. Je dois intervenir pendant 25 minutes. Or le document qui sera intégré dans les actes est beaucoup plus important et je pourrais facilement tenir une heure sur ce sujet. Je vais essayer de réduire et de faire un résumé, voire un résumé du résumé, de la première partie en tout cas qui concerne les aspects dédiés aux confrères professionnels de la comptabilité. Je développerai peut-être un peu plus la deuxième partie sur les impacts des méthodes comptables, cette partie étant divisée en deux sous-parties, l'une sur les impacts par rapport à la nature de la transaction et l'autre sur l'impact financier. J'emploierai sans doute un acronyme un peu familier en parlant de GAP, si vous le voulez bien, pour parler des garanties d'actif et de passif ; tout le monde comprendra et cela me permettra de gagner un peu de temps aussi.

1. Les principes et méthodes comptables.

Cette première partie concernera les principes et méthodes comptables, la grammaire pour la qualité des comptes, avec deux sous-parties : rôle des principes et méthodes comptables dans l'information financière ; puis traitement des changements de méthode ou d'estimation et des corrections d'erreur.

Je rappelle en préambule qu'aujourd'hui les évaluations d'entreprises sont plus basées sur des multiples d'EBE ou de résultats d'exploitation et qu'elles font l'objet quelquefois de compléments de prix, avec des clauses dites d'earn-out ou des plans d'achat progressif avec des options d'achat sur le solde. Donc les cessions sont faites de plus en plus avec une partie variable, ce qui augmente l'insécurité juridique entre les protagonistes et les parties prenantes.

1.1 . Rôle des principes et méthodes comptables dans l'information financière.

Je crois que ce n'est peut-être pas le lieu de rappeler les principes comptables : continuité, indépendance des exercices, etc..

En ce qui concerne les méthodes comptables, elles sont en application des principes et assurent que les comptes annuels sont établis avec régularité, sincérité et donnent une image fidèle compte tenu du référentiel retenu. Je vais parler ce matin uniquement du référentiel français consacré par le plan comptable général. J'évoquerai très rapidement les IFRS qui sont un référentiel international.

L'image fidèle a accentué le rôle de l'annexe aux comptes dont le rôle est d'expliquer les fondements de l'utilisation des méthodes comptables. En matière de choix comptable, les marges de manœuvre des responsables de l'établissement des comptes sont relativement étroites dans la mesure où les règles d'application des méthodes sont relativement précises. Il en va différemment des estimations et j'insisterai tout à l'heure sur l'importance des estimations.

Je m'autorise à faire une métaphore dans cette ville de Lyon qui est l'une des capitales de la gastronomie : ce n'est pas parce qu'on a une bonne recette d'un chef que pour autant on va arriver à un bon résultat. Tout est affaire de mesure, d'estimation, de dosage.

Depuis 1999, les normes françaises convergent progressivement (mais partiellement seulement) sur le référentiel IFRS. La première norme qui a été consacrée en France est la norme IAS 8 sur les changements de méthodes comptables.

Nous avons également, parmi les méthodes comptables, la possibilité de choisir un certain nombre d'options. C'est ce que l'on appelle les méthodes préférentielles. Ces méthodes préférentielles, pour les plus importantes, sont les engagements de retraites que préférentiellement on va comptabiliser plutôt que présenter en annexes. Pour les contrats à long terme, on a préférentiellement la méthode de l'avancement plutôt que les méthodes de l'achèvement. Etc.

En ce qui concerne les méthodes comptables, il faut tenir compte aussi de ce référentiel et en particulier de ces méthodes préférentielles.

En ce qui concerne les estimations, la mise en œuvre de ces méthodes comptables nécessite un jugement de la part des responsables de l'arrêté des comptes afin d'utiliser les meilleures estimations et ceci pour chaque arrêté des comptes. Ces estimations font la plupart du temps référence à des événements futurs qui comportent toujours un aléa qualitatif, quantitatif et dans le temps. La réforme récente de la NEP 540 de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, sous la haute autorité du H3C, relative aux appréciations des estimations comptables, recommande aux commissaires aux comptes de faire affirmer à la Direction le caractère (je cite) « *raisonnable des principales hypothèses retenues et que celles-ci reflètent correctement ses intentions et sa capacité à mener à bien les actions envisagées* ».

Très succinctement, voici quelques estimations qui sont mises en jeu dans le cadre des méthodes comptables. On va avoir besoin d'estimations pour choisir une durée d'amortissement des actifs ; pour mettre en œuvre la méthode de l'avancement dans le cadre de contrats à long terme ; pour les coûts de développement qui sont préférentiellement inscrits à l'actif plutôt que chargés ; pour l'évaluation des stocks qui est un sujet énorme et qui met en jeu tout le positionnement stratégique de l'entreprise, sa capacité à générer des profits futurs, à vendre des produits ; pour la détermination des provisions pour la dépréciation des actifs ; pour la détermination des provisions pour risques.

Je crois utile de faire ici un petit arrêt sur image en ce qui concerne ces provisions pour risques. L'article 312-1 du PCG précise qu'une provision

doit être constatée lorsque l'entreprise a une obligation à l'égard d'un tiers et qu'il est probable ou certain que cette obligation provoquera une sortie de ressources au bénéfice de ce tiers, sans contrepartie au moins équivalente. Les provisions sont évaluées pour le montant correspondant à la meilleure estimation de la sortie de ressources nécessaire à l'extinction de l'obligation. Vous voyez ce caractère éminemment estimatif de ce qui va concourir à la constitution de cette provision. Si la sortie de ressources est certaine et mesurable, il existe des cas dans lesquels la sortie de ressources est seulement probable ; l'estimation se fait alors sur la base d'une probabilité. Or si le plan comptable général ne donne pas de précision sur cette notion, la norme IAS 37 quant à elle précise que le terme probable signifie « *ayant plus de chances de se réaliser que de ne pas se réaliser* ». Les estimations vont alors porter sur :

l'existence d'une obligation à la date de clôture ou post-clôture. M. le Professeur MENJUCQ a insisté sur cette séparation de ce qui est avant la clôture et après la clôture ;

la sortie de ressources certaine ou probable à la date de l'arrêté des comptes ; l'estimation probable de ressources peut reposer sur des bases statistiques.

une contrepartie au plus égale à la sortie de ressources. Cette contrepartie est évaluée à travers les avantages économiques attendus. Il faut essayer de comprendre comment l'entreprise par son modèle économique est capable de générer des avantages économiques futurs ;

enfin la provision doit pouvoir être estimée avec une fiabilité suffisante, sinon aucune provision n'est constatée mais une mention est faite dans l'annexe.

Je n'approfondirai pas la manière dont on comptabilise la mobilisation de créances, que l'on va retraiter dans le cadre de l'atteinte d'un certain nombre d'objectifs, notamment d'une trésorerie ou d'un endettement.

J'ai déjà évoqué les engagements de retraite pour lesquels il faut faire un certain nombre d'estimations pour procéder à leur correcte évaluation.

Dans ces estimations j'évoque simplement le fait que je ne parle ici que de comptes sociaux. Dès que l'on a une transaction qui porte sur des comptes consolidés, on a un niveau de complexité supplémentaire, a fortiori lorsqu'on passe d'un référentiel français à un référentiel IFRS.

1.2. Traitement des changements de méthode ou d'estimation et des corrections d'erreur.

Ce n'est pas tout d'avoir des méthodes, encore faut-il faire des estimations correctes mais surtout, d'une année sur l'autre, que ces estimations soient pérennes et constantes. Ces changements de méthode et corrections d'erreur ont d'ailleurs fait l'objet d'une norme spécifique en 1999.

Tout changement de méthode ou d'estimation, toute correction d'erreur impacte soit les capitaux propres, soit le résultat et doit faire l'objet d'un traitement spécifique afin de ne pas polluer les capitaux propres et le résultat de chaque exercice. Il convient d'en connaître l'impact s'il s'agit des capitaux propres de référence ou du résultat de référence, afin d'en mesurer l'impact sur la valeur de cession.

En ce qui concerne les changements de méthode, il y a plusieurs motifs pour changer une méthode :

un besoin de changement de référentiel lorsqu'une société devient inscrite à la cote des valeurs, auquel cas elle doit obligatoirement passer aux normes IFRS ;

un changement d'actionnaire dû à une entrée dans un groupe ;

la recherche d'une meilleure information.

L'impact du changement de méthode est traité après impôt, de manière rétrospective, c'est-à-dire que l'on va calculer l'impact de la méthode sur le bilan d'ouverture. Ce changement de méthode va impacter les capitaux propres.

Il en va différemment pour les changements d'estimation. L'avis du Conseil national de la comptabilité 97-06 précise que l'application des méthodes et principes comptables passe par la mise en œuvre de modalités pratiques choisies au cas par cas par l'entreprise. Ces modalités peuvent, dans le cadre d'une même méthode, différer d'une entreprise à l'autre et sont assimilables dans leur nature à des changements d'estimation.

En ce qui concerne les révisions d'estimations, l'avis du CNC continue ainsi : *en raison des incertitudes inhérentes à la vie des affaires, de nombreux éléments des états financiers ne peuvent être évalués avec précision ; ils ne peuvent faire l'objet que d'une estimation. La procédure d'estimation dépend de jugements fondés sur les dernières informations disponibles. Le recours à des estimations raisonnables est une part essentielle de la préparation des comptes. Une estimation est révisée si les circonstances sur lesquelles elle était fondée sont modifiées par suite de nouvelles informations ou d'une meilleure expérience. »*

Les corrections d'erreurs elles-mêmes font l'objet d'un traitement spécifique qui est un traitement rétrospectif, étant entendu que la distinction entre un changement d'estimation et une correction d'erreur n'est pas toujours simple, ne serait-ce qu'entre une erreur comptable ou fiscale, une erreur volontaire ou non, significative ou non. M. le Professeur MENJUCQ a évoqué toutes les circonstances de remise en cause des garanties d'actif et de passif, en particulier l'erreur ou le dol.

2. Impacts sur la transaction du choix des méthodes comptables et des changements éventuels des méthodes et des estimations.

2.1. L'impact selon la nature de la transaction entre les parties.

Est-ce que l'on peut évoquer une transaction idéale ? Peut-elle exister ? Mon expérience me fait dire qu'il n'existe pas de transaction idéale. Chaque transaction fait partie d'une réalité économique, souvent même de sensibilité humaine, d'histoires personnelles qui sont mises en jeu. Donc il n'y a pas vraiment de transaction idéale. Cependant on peut tout de même proposer une meilleure pratique pour une transaction. On commencera par exemple, dès qu'un accord commencera à apparaître entre le cédant et le cessionnaire, une lettre de confidentialité qui permettra au cédant d'envisager de fournir un certain nombre d'informations. Après un certain délai, l'acquéreur fait une offre indicative qui n'est pas engageante. Puis l'acquéreur s'engage sur une lettre d'intention qui précise les conditions générales de son offre et qui permet de commencer la rédaction d'un acte de cession qui va être assorti d'une garantie et d'un certain nombre de clauses de garantie. La signature de l'acte de cession consacre le transfert de propriété.

Enfin, entre l'offre indicative et la signature de l'acte le cédant va procéder à des audits après lesquels les parties auront la possibilité de re-négocier éventuellement le prix de cession ou bien de ne pas poursuivre l'opération.

En ce qui concerne l'acte de cession, sa nature est de déterminer le prix de la transaction. Il prévoit notamment :

des audits,

que le prix puisse être corrigé selon les conclusions de l'audit ou des audits,

que les parties reprennent leur liberté si elles n'arrivent pas à s'accorder sur un prix de transaction,

que la GAP garantira tout ou partie des actifs et des passifs ou la réalisation d'un certain nombre de critères (l'atteinte d'objectifs, de chiffre d'affaires, de résultat, de trésorerie, etc.)

enfin que cette GAP sera éventuellement basée sur une situation intermédiaire, surtout s'il y a des clauses de complément de prix postérieures à la cession.

En ce qui concerne la GAP, pour fixer un peu les idées, on peut dire que le montant moyen d'une GAP tourne autour de 10 à 30 % du prix de la cession, ce qui est quelque chose d'assez significatif. Dans certains cas le cédant ne concède pas de GAP. La qualité de la GAP dépend notamment :

de la qualité des parties, de la relation qu'elles ont eue ensemble ou qu'elles n'ont pas encore eue.

La GAP peut éliminer d'emblée certains actifs comme des éléments incorporels. Je ne vais rien dire sur les actifs incorporels ; cela pourrait faire le sujet d'un congrès en soi. Ce qui a déjà été le cas d'ailleurs.

L'étendue de la garantie.

L'existence d'une clause de révision de prix ou d'une clause de rentabilité.

L'existence d'audits entre l'acte de cession et la GAP.

Les clauses spécifiques de détermination du prix avec des conditions suspensives de révision de prix, d'achat progressif avec option sur le solde.

L'existence ou non d'une situation intermédiaire, voire d'une situation à la réitération de la GAP pour parfaire la détermination du prix de cession et des garanties accordées.

Le délai entre la GAP et sa réitération.

En ce qui concerne le rôle des audits d'acquisition, contrairement à l'élaboration des comptes qui sont basés sur la recherche d'une image fidèle, ici dans une opération de cession on ne va pas rechercher seulement l'image fidèle, on va rechercher l'exactitude du résultat ou des indicateurs qui vont servir à la transaction. C'est pourquoi l'auditeur procédera tout d'abord à la validation des méthodes comptables utilisées dans les comptes de référence, afin de proposer éventuellement des ajustements sur les actifs et passifs, donc sur le résultat de l'exercice de référence.

Puis l'auditeur débusquera les changements de méthodes mal ou non identifiées dans les comptes de référence, ainsi que les changements d'estimation et les corrections d'erreurs.

Il fera ensuite un inventaire des risques internes et externes. Il identifiera les risques non ou mal appréhendés. Il proposera des ajustements. Ceux-ci serviront à sérier les points qui seront garantis dans la GAP.

L'acquéreur ne peut se permettre d'accepter un aléa dans la détermination de ce prix et sur la valeur de son achat. D'ailleurs, la Cour d'appel de Rouen (décision du 13 septembre 2007) a estimé qu'en l'absence d'audit suffisant le cessionnaire pourra plus difficilement alléguer un préjudice.

L'auditeur sera réceptionnaire des conclusions de tous les autres audits. En effet, on observe que le cessionnaire fait faire non seulement un audit financier mais également toute une série d'audits, stratégiques, commerciaux, sociaux, fiscaux, etc.. Plus le spectre des audits sera large, plus le résultat servant à la détermination du prix sera incontestable et plus la GAP sera réduite, limitant ainsi les litiges futurs. L'audit peut parfois dédouaner le cédant lors d'une demande abusive de garantie de la part du cessionnaire. Ainsi en décidait la Cour d'appel de Paris le 6 décembre 2007. Les audits vont donc pouvoir servir à dédouaner le cédant s'il est congruant avec ces déclarations.

J'ai parlé de transactions idéales. En fait elles ne sont pas toujours idéales pour un certain nombre de raisons :

la confidentialité peut être demandée par le cédant ;

le souhait du cédant de faire procéder à un audit post-acquisition, pour des raisons stratégiques ;

le temps nécessaire pour passer de la lettre d'intention à la réitération avec un temps stratégique pour le cédant ou pour l'acquéreur ;

la pluralité d'acheteurs potentiels qui nécessite une data room avec un accès à l'information plus difficile ;

les garanties de résultat, de complément de prix, qui nécessiteront un arrêté contradictoire entre les parties ;

l'existence d'une procédure collective ;

la volonté du cédant de restreindre l'étendue de la garantie

et bien entendu la plus ou moins bonne foi du cédant. M. le professeur MENJUCQ en a abondamment parlé.

Tous ces phénomènes risquent d'affaiblir la force de l'acte de cession et de reporter les risques latents sur la GAP. Il y a fort à parier que la GAP servira à remettre en cause le prix d'acquisition, ce qui entraînera des litiges.

2.2. L'impact financier des méthodes et estimations comptables.

Le moment de la mesure de l'impact. Nous avons trois moments forts.

Premier temps : entre l'offre indicative et le projet d'acte de cession. L'acquéreur veut s'assurer de l'image fidèle ou même de l'exactitude des éléments qui vont servir à la négociation du prix. Les audits vont s'assurer :

que les méthodes et les estimations sont convenablement utilisées,

que les méthodes et les estimations seront permanentes

et qu'au-delà du respect des recommandations concernant la détermination des provisions pour risques, il recherchera tous les risques potentiels, avérés ou non ; il s'assurera de la date du fait générateur des dettes, c'est-à-dire de la date de l'acte ou du fait juridique qui lui a donné naissance.

Si dans ce même cas l'auditeur émet des incertitudes significatives sur la qualité des critères, à ce moment-là l'acquéreur préfère ne pas donner suite à l'opération ou bien la GAP mentionne les points d'incertitude et fixe alors une règle de correction du prix en fonction des critères définis.

Cependant l'auditeur butera toujours sur, en particulier, les stocks à l'ouverture de l'exercice. Nous faisons l'audit des comptes de référence, sauf que les comptes de référence de l'exercice précédent vont avoir un impact sur le résultat de l'exercice de référence. Donc nous sommes souvent confrontés à ce problème de la non-participation à un inventaire physique et à l'évaluation des stocks de l'exercice précédent. Il en va ainsi pour un certain nombre d'items. C'est pourquoi, même en cas de « full audit », il lui sera toujours difficile de donner une opinion sans réserve sur un résultat de référence, surtout si les stocks sont significatifs, sauf à être présent à l'inventaire physique des stocks sur deux périodes intercalaires qui serviront à déterminer le résultat intercalaire de référence qui, lui, sera complètement et totalement audité.

Deuxième temps : entre le projet d'acte de cession et la signature de l'acte de cession et de la GAP. Les parties ont prévu une situation intermédiaire au moment de la signature de l'acte et de la GAP. L'audit consistera à reprendre les constats qui auront été faits par l'audit des comptes de référence et à vérifier les impacts de ses préconisations en matière de méthodes comptables, de changements de méthodes et de présentation.

L'audit consistera ensuite à suivre les risques identifiés et les nouveaux risques qui seraient survenus entre-temps. Plus le risque est aléatoire dans son montant et dans sa réalisation, plus son impact sera reporté du prix de cession vers la GAP. Si le risque est suffisamment probable, la constitution d'un séquestre sur une partie du prix permettra de réserver une partie du prix de cession à cet effet.

Troisième et dernier temps : après la réitération de la GAP. Nous sommes là dans le cas de clauses de complément de prix qui vont nécessiter un arrêté contradictoire de toutes les situations qui vont servir à mesurer précisément ces clauses de complément de prix. Voilà pour les trois temps d'intervention des auditeurs.

Avant de passer aux recommandations, je terminerai sur les difficultés de la mesure de l'impact.

L'auditeur rencontre des difficultés pour mesurer l'impact de l'utilisation des méthodes comptables. Les impacts des changements d'estimation concernent-t'ils une juste adaptation de la réalité économique et contractuelle, auquel cas ils sont justifiés et ne sont pas isolés dans les comptes de résultats ? Ou bien sont-ils injustifiés et masquent-ils des corrections d'erreurs, auquel cas ils devraient être isolés dans le compte de résultat ?

Je vais prendre un exemple ; on me reprocherait de ne pas en avoir pris. Soit un stock d'une société de négoce qui fait l'objet d'une provision pour obsolescence. La méthode inscrite dans l'annexe est : le stock fait l'objet d'une provision en fonction de son obsolescence. Voilà la méthode. Ce qu'il va être important de comprendre est la manière dont cette provision est constituée. Imaginons que cette provision soit basée sur les rotations ; on a trois classes de rotation, des stocks qui tournent en deux ou trois ans, quatre cinq ans et au-delà. On dit que sur deux trois ans on provisionne à 30 % ; à quatre cinq ans à 50 % et au-delà à 80 %. Pourquoi 80 % ? Au cas particulier c'est 20 % qui est la valeur de cession de la matière contenue dans un stock.

Si l'année suivante, compte tenu de l'évolution du cours des matières premières, la valeur à la casse de ces stocks passe à 30 %, que fait-on ? Est-ce que l'on change ? Est-ce un changement d'estimation ou pas ? Voilà qui fait débat. A mon sens il faut changer mais ce n'est pas un changement d'estimation parce que cela colle à la réalité économique de l'entreprise.

C'est un exemple mais il en va de même pour tous les principes comptables, toutes les méthodes comptables dont je parlais tout à l'heure.

Autres difficultés :

l'impact concerne-t'il une garantie prévue dans la GAP ? M. le professeur MENJUCQ en a beaucoup parlé.

Est-ce que les passifs potentiels sont identifiés et leur risque d'existence avéré sur la période concernée ?

Le fait générateur d'un passif est-il antérieur à la cession ou postérieur ? Ainsi la cause d'un licenciement trouve son origine, par exemple, dans la période antérieure à la cession puisqu'elle résulte d'une maladie professionnelle ayant elle-même entraîné un arrêt de travail à compter d'une période antérieure à la cession. Ainsi en a décidé la Cour d'appel de Paris du 28 mai 1999.

Seul le passif non révélé au jour de la cession est couvert par la garantie. Faut-il que le passif n'ait pas été inscrit au bilan (un passif déclaré mais n'ayant pas fait l'objet d'une provision au bilan est quant à lui garanti) (Ainsi en a décidé la Cour d'appel de Paris le 10 octobre 2000) ? Ou bien que l'acquéreur n'en ait pas eu connaissance (un passif a été garanti bien que non inscrit au bilan alors que le cessionnaire était au courant du procès ayant généré le passif) (Décision de la Cour de cassation de la chambre commerciale du 1er avril 2003) ? Enfin, plus récemment, il a été décidé que la garantie ne s'appliquait pas pour une perte générée par une difficulté connue de l'acquéreur au moment de la fixation du prix de cession. C'est là aussi une décision de la Cour de cassation de la chambre commerciale du 11 octobre 2005.

Tous ces points (ce sera l'une des recommandations) peuvent faire l'objet d'une intervention d'un expert pour aider les parties à se départager, peut-être même avant une clause d'arbitrage.

Vous aurez remarqué que je n'ai pas évoqué l'impact fiscal ; mon confrère Georges BARRERE le fera tout à l'heure.

Je me permettrai, compte tenu de l'évocation de tous les points de cette intervention, à me risquer à faire quelques recommandations.

3. Recommandations.

1. Quand c'est possible, recommander au cédant de faire des *dues diligences vendeur (*DDV) qui permettront de garantir le bilan de l'exercice précédant l'exercice de référence. Il pourra faire faire ces DDV sur tous les points sensibles de son bilan.

2. Il faudrait essayer également de rechercher des indicateurs normatifs. On connaît la difficulté de stabiliser des résultats compte tenu de l'activité économique passée mais aussi future. Rien n'interdit d'intégrer des indicateurs normatifs, notamment sur la PFR.

3. L'offre indicative prévoit une condition suspensive d'audit étendu afin de faire un inventaire le plus large possible des risques de passif, de parfaire le prix de la transaction, de parfaire l'étendue de la GAP.

4. La GAP est assortie d'une clause de rentabilité qui garantit que les modifications du résultat de référence auront une incidence sur le prix de transaction. Attention que cette clause ne rende pas le prix indéterminable, ce qui aurait pour effet d'annuler l'acte de cession.

5. La GAP ne doit pas se contenter de dire que les comptes de référence seront arrêtés avec les mêmes méthodes comptables ; la GAP doit contenir la description précise des méthodes comptables et surtout des estimations retenues en expliquant le contexte économique et contractuel du choix de ces estimations.

6. L'étendue de la GAP et de ses clauses mérite d'être définie très soigneusement, si possible en présence de professionnels du chiffre. (Nous avons la chance d'avoir un certain nombre d'avocats et de notaires dans cette assemblée.) Notamment un inventaire précis doit être fait par le cessionnaire entre les déclarations du cédant et les conclusions des audits, afin de s'assurer qu'il est informé de tous les risques déclarés et qu'il en a tenu compte dans la rédaction de l'acte de cession et de la GAP.

7. La clause de complément de prix doit être parfaitement rédigée. Elle doit figer les méthodes comptables, laisser la possibilité de choisir les estimations de manière contradictoire. Elle prévoit l'intervention d'un expert pour donner un avis avant de mettre en oeuvre une éventuelle clause d'arbitrage. Attention alors de ne pas l'assimiler à une disposition de l'article 1843-4 qui donne le pouvoir à l'expert de fixer le prix de cession sans recours possible des parties.

8. La GAP prévoit le recours à un expert antérieurement à l'intervention éventuelle d'un arbitre, afin de tenter de mettre d'accord rapidement les parties sur les méthodes et estimations comptables et sur l'impact éventuel de leur changement, sur les comptes de référence et sur les situations intermédiaires, puis sur les comptes arrêtés contradictoirement entre les parties si clause de résultat ou de complément de prix.

9. Dernière recommandation qu'a évoquée le professeur MENJUCQ, la possibilité de contracter une assurance spécifique de garantie d'actif et de passif, autant pour le cédant que le cessionnaire.

Je vous remercie de votre attention.

(Applaudissements)

M. LAMANDA – Merci beaucoup pour cet exposé qui a été contracté dans le délai prévu, sans pour autant lui faire perdre de sa clarté et de son intérêt. La parole maintenant est à M. Georges BARRERE, expert près la Cour d'appel cour d'appel de Pau.

LES BÉNÉFICIAIRES DE LA GARANTIE ET LES INCIDENCES FISCALES

par Monsieur Georges BARRERE

Expert près la Cour d'appel de Pau

M. BARRERE – Les bénéficiaires de la garantie et les incidences fiscales.

Je vous remercie Monsieur lepremier président. Mesdames, Messieurs, il m'appartient d'évoquer devant vous les bénéficiaires de la garantie et les incidences fiscales. Comme l'a indiqué le professeur MENJUCQ, un contentieux s'est développé pour désigner le bénéficiaire de la clause de garantie de passif ou d'actif. Plusieurs situations peuvent se présenter dans la pratique.

Lorsque la clause est stipulée ou interprétée comme constituant une clause de révision de prix, le bénéficiaire est toujours l'acquéreur et les versements sont limités au prix convenu. Sauf précision contraire, lorsque je parle de clause de révision de prix, il s'agit de clause de réduction de prix. Nous verrons qu'il y a également possibilité de réviser le prix dans l'autre sens.

En revanche si l'on est en présence d'une clause de garantie de passif ou d'actif, le bénéficiaire peut être soit l'acquéreur, soit la société cédée, soit encore un créancier. Dans ce cas, la compensation versée aura un caractère indemnitaire qui pourra excéder le prix de cession des titres.

On trouve d'autres types de garanties convenues telles que des garanties de chiffre d'affaires ou des garanties de disponibilités. Si la clause est précise en ce qui concerne les conséquences du non-respect des éléments garantis (j'insiste bien sur les conséquences), le bénéficiaire peut-être soit la société cible, soit l'acquéreur, celui-ci ayant l'avantage d'être toujours partie à la transaction.

On rencontre également des clauses prévoyant un complément de prix qui dépend de la réalisation de certains objectifs estimés en fonction d'indicateurs d'activité ou de rentabilité. Ce complément de prix ne profite naturellement qu'au cédant. Il est donc essentiel de désigner précisément le bénéficiaire de la garantie, afin de limiter l'interprétation ultérieure du juge. Cela aura également une incidence en matière fiscale. Ces deux aspects donneront lieu aux deux parties de notre intervention.

I - Les bénéficiaires de la garantie.

Nous traiterons successivement la situation dans laquelle le ou les bénéficiaires sont désignés précisément, puis le cas d'absence de désignation. Nous examinerons également la position des Cours d'appel au cours des dernières années.

Premier cas : les bénéficiaires sont désignés par la clause. Il s'agit soit de l'acquéreur, soit d'autres personnes. L'acquéreur tout d'abord : il est toujours partie à l'acte. Il a donc vocation à être fréquemment bénéficiaire désigné. Dans une clause de révision de prix c'est le cas tout le temps, mais également assez souvent dans les clauses de garantie de passif. Dans ce dernier cas, s'il est seul bénéficiaire, cette désignation peut remettre en cause la qualification de clauses de garantie de passif. Même si le versement dépend d'augmentation de passif ou de diminution d'actif, le juge pourra considérer qu'il s'agit d'une clause de révision de prix, avec les conséquences parfois défavorables qui s'y rattachent.

Outre l'acquéreur, on peut trouver d'autres bénéficiaires désignés dans les clauses. La société cédée bien sûr, ayant subi un amoindrissement d'actif ou une augmentation de passif, peut être désignée par stipulation pour autrui même si elle n'est pas partie à l'acte. En effet on peut appliquer l'article 1121 du Code civil pour stipuler au profit d'un tiers. Cette stipulation pour la société cible sera par exemple caractérisée par une formule telle que « … le cédant reversera dans la caisse sociale les sommes …. ».

Cette stipulation peut aussi profiter à un créancier de la société en vue du paiement de sa créance. Dans ce cas, ces bénéficiaires peuvent agir directement envers le débiteur, tout comme l'acquéreur au profit de ceux-ci.

Il est prudent également, si l'on souhaite transmettre la garantie, de stipuler pour les sous-acquéreurs ultérieurs des titres ainsi qu'en cas de fusion ou d'accord partiel d'actif.

On rencontre également le cas où *le bénéficiaire n'est pas désigné par la clause*. Dans cette hypothèse, il convient d'effectuer une analyse de la nature de la garantie. En présence d'une clause de révision de prix, le bénéficiaire sera obligatoirement l'acquéreur. Si au contraire il s'agit d'une garantie de passif, la société sera en principe réputée bénéficiaire par stipulation pour autrui tacite. L'acquéreur peut ainsi demander au cédant de faire face au paiement des dettes sociales, non pas entre ses mains mais au bénéfice de la société dans la quelle il a un intérêt personnel. Cependant on relève que le juge refuse parfois cette qualité à la société si elle n'est pas partie à l'acte, en application de l'article 1165 du Code civil selon lequel « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractuelles.* ». Toutefois cet article mentionne une exception à ce principe ; il s'agit de l'article 1121 du Code civil, la stipulation pour autrui.

Analyse des bénéficiaires désignés dans des décisions d'un certain nombre de Cours d'appel au cours des dernières années. Nous avons examiné 35 décisions entre 2006 et 2009, dans lesquelles à 11 reprises des versements au titre de ces garanties ont été fixés ou confirmés. L'origine de ces versements était : 9 fois sur 11 des garanties d'actif et de passif et les deux autres fois, à la fois des garanties d'actif et de passif et des clauses de révision de prix. Les bénéficiaires qui ont été déterminés par le juge ont été à 10 reprises l'acquéreur et à une reprise seulement la société cédée.

On observe donc, outre les chiffres, qu'en présence de garantie de passif et de révision de prix, l'acquéreur a été retenu bénéficiaire en général parce qu'il était désigné dans la clause. Lorsque la société cible, la société cédée (c'est le cas assez rarement) a été désignée bénéficiaire par le juge, la Cour a prononcé une stipulation pour autrui tacite, à défaut de désignation du bénéficiaire.

Dans la plupart des autres cas, l'acquéreur, on l'a vu, a été désigné bénéficiaire au titre d'une clause de garantie de passif et cette attribution a pour origine la désignation de l'acquéreur dans la clause. C'est-à-dire que le juge a en réalité respecté le contrat, dans la mesure où c'était l'acquéreur qui était désigné comme bénéficiaire et bien entendu, on ne s'en étonnera pas, le juge a respecté ce choix.

Cela a quand même des conséquences sur la nécessité de définir le bénéficiaire. On voit bien que dans beaucoup de garanties de passif il est important que le bénéficiaire soit la société cible elle-même, puisque c'est elle qui subit le préjudice. Par conséquent il est important de désigner le bénéficiaire dans

la clause de garantie de passif, faute de quoi effectivement le juge ne pourra que confirmer ce qui est indiqué dans la clause.

Outre ce problème concernant les bénéficiaires, on trouve également les conséquences fiscales.

II. Les incidences fiscales des clauses de garantie de passif.

Lorsque des clauses de garantie de passif ou de révision de prix sont mises en oeuvre avec succès, le versement des sommes en résultant produit des effets en matière fiscale. Pour le cédant qui généralement procède au règlement de sommes à l'acquéreur ou au tiers, il s'agit de déterminer les possibilités d'imputation de ces montants du point de vue fiscal. D'un autre côté, du point de vue du bénéficiaire, nous examinerons le régime fiscal des sommes qu'il aura perçues. Nous allons étudier les deux volets de cet aspect particulier de l'application des clauses de garantie d'actif et de passif.

Conséquences fiscales pour le cédant. Il convient de distinguer en premier lieu la situation des cédants selon leur forme juridique ; c'est-à-dire d'étudier le cas des personnes physiques puis celui des personnes morales.

. Régime fiscal des sommes versées par les cédants personnes physiques. Là aussi il faut faire une distinction pour les personnes physiques : il y a le cas des personnes agissant à titre privé et le cas des professionnels.

Lorsque le cédant est une personne physique privée, lors de la cession des titres cette opération a été soumise au régime des plus-values des particuliers. Lorsque le cédant des titres doit exécuter une clause de garantie de passif, il peut demander le dégrèvement de l'imposition initiale par voie de réclamation. En principe l'article 150-0 D.14 du CGI vise uniquement le reversement effectué au cessionnaire, que ce soit au titre de tout ou partie du prix de cession, que ce soit en raison d'une dette révélée postérieurement à la cession, que ce soit à cause d'une surestimation de valeur d'actif. Le texte se limite aux reversements au profit du cessionnaire ; en réalité l'administration étend ce régime aux indemnités versées à la société (Inst. 13 juin 2001, 5C-1-01 fiche 3 n° 4) ou à un tiers (TA Nantes, 14 février 2006, n° 03-95, 4e ch. RJF 12/06 n° 151).

Toutefois, en cas de reversement supérieur à la plus-value initiale, l'administration s'oppose à la constatation d'une moins-value déductible des plus-values de même nature au titre des dix années ultérieures. Mais cette interprétation qui résulte d'une instruction administrative de 2001 ne résulte pas du texte légal et peut donc être contestée.

La condition essentielle du dégrèvement est l'existence d'une clause écrite, antérieure à la cession et incluse dans l'acte de cession ou de ses annexes, pour qu'en fait l'administration puisse prouver par l'enregistrement la date de cette clause.

S'agissant du délai de réclamation, ce sont des dispositions classiques ; il expire le 31 décembre de la deuxième année qui suit la date à laquelle le reversement au titre de la garantie revêt un caractère définitif.

A l'inverse, le complément de prix auquel l'acquéreur s'est engagé envers le cédant, en fonction d'une indexation en relation avec l'activité de la société, relève du même régime que la plus-value initiale, c'est-à-dire 18 % plus les prélèvements sociaux. Ce sont les clauses dites *earn-out.* Le texte applicable est l'article 150-0 A 1.2. du CGI.

Lorsque le cédant est **une personne physique professionnelle**, la qualité de professionnel dépend de l'appartenance ou non des titres cédés à l'actif professionnel du cédant. Dans la pratique, il s'agit essentiellement des parts de sociétés de personnes exerçant une activité industrielle, commerciale, agricole ou libérale.

Lors de la cession de ces titres, cette opération a été soumise au régime des plus-values professionnelles. Il faut distinguer ici le cas de la révision des prix et le cas des clauses de garantie de passif.

. En cas de clause de révision des prix, il est fait application de l'article 39 duodecies 4 du CGI qui dispose : « … *en cas de réduction du prix de cession postérieurement à la clôture de l'exercice au cours duquel la cession est réalisée, la perte correspondante est soumise au régime des moins-values à long terme, dans la limite de la plus-value de cession qui a été considérée comme une plus-value à long terme.* » On sait que ces moins-values sont imputables sur les plus-values à long terme des dix années suivantes. Donc si la plus-value initiale n'était pas à long terme, la perte correspondant à la révision des prix serait traitée comme une perte ordinaire.

C'était le cas de la révision de prix, mais on rencontre également la situation où le reversement a un caractère indemnitaire au titre d'une garantie d'actif et de passif : là ce reversement constituera une charge déductible du revenu professionnel si le cédant poursuit son activité ou du revenu global à défaut. C'est l'application des règles relatives aux opérations postérieures à la cessation d'activité.

Voilà concernant le cas des cédants personnes physiques.

. Très fréquemment on trouve des cédants qui sont des personnes morales. Elles ne peuvent demander de dégrèvement sur les exercices antérieurs conformément au principe de spécificité des exercices et d'annualité de l'impôt. Il faut distinguer le cas des révisions des prix et le cas des clauses de garantie de bilan.

En cas de révision des prix, le reversement du prix de cession est une moins-value à long terme si la plus-value initiale était à long terme, donc avec une possibilité d'imputation sur les plus-values à long terme ultérieures. Dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il ne s'agit pas de plus-values à long terme, le reversement est traité pour la personne morale comme une perte ordinaire. Si l'opération initiale constituait déjà une moins-value, il s'agira d'un complément de moins-value à long terme.

En cas de clauses de garantie de bilan, pour en finir avec le cédant, le caractère indemnitaire du point de vue juridique conduirait à privilégier la nature de dommages et intérêts déductibles. Corrélativement, l'entreprise qui les reçoit doit les soumettre à l'impôt dans les conditions de droit commun ; cela est bien précisé. On peut observer toutefois que cette déduction en charges est avantageuse pour le cédant, puisque la plus-value initiale avait été taxée selon un régime fiscal plus avantageux, celui des plus-values à long terme. C'est peut-être ce qui explique qu'un arrêt de 2007 a prévu la non-déductibilité de la partie de l'indemnité inférieure au prix de cession du titre. On peut considérer que la Cour administrative de Versailles, dans son arrêt du 20 mars 2007, est peut-être allée un peu loin. Autant on aurait pu trouver logique de limiter cette imputation à la plus-value à long terme mais la limiter à la totalité du prix de cession nous semble un peu excessif. Cê la supposerait que la législation fiscale soit toujours logique.

Conséquences fiscales de la mise en oeuvre de ces clauses du point de vue de leur bénéficiaire.

Quelles incidences fiscales pour le bénéficiaire de la garantie. Nous avons vu dans la première partie que les clauses de garantie de passif ou de révision des prix pouvaient être stipulées au profit de l'acquéreur mais aussi au profit de la société cédée, la cible, ou au profit de tiers. Nous allons examiner le régime fiscal des sommes dans chacune de ces trois situations.

. Premier cas, le plus fréquent, le cas de l'acquéreur bénéficiaire de la garantie. On doit distinguer l'acquéreur individuel agissant à titre privé des entreprises et professionnels (on retrouve la distinction faite précédemment).

- L'acquéreur personne physique agissant à titre privé. Qu'il s'agisse d'une clause de révision de prix ou de garantie de passif, les sommes perçues ne constituent pas un revenu imposable. L'article 150-0 D.14 du CGI se contente, en cas de revente ultérieure des titres, de réduire le prix d'acquisition de ces titres, ce qui évidemment mathématiquement augmente la plus-value ou réduit la moins-value.

- L'acquéreur est une entreprise ou un professionnel. Au cas de garantie indemnitaire, c'est-à-dire de clause de garantie de passif, les sommes perçues font partie du résultat imposable. Si au contraire il s'agit d'une clause de révision de prix, les sommes perçues réduisent la valeur d'actif des titres. La plus-value ultérieure sera simplement calculée sur la base du prix de revient diminuée de ces sommes.

• **Deuxième cas,** celui des sommes versées à la société civile cédée elle-même.

Les indemnités perçues sont imposables en tant qu'augmentation d'actif mais elles sont compensées en principe par la charge supplémentaire qui en

est à l'origine. Il est admis en outre par le Conseil d'Etat qu'au cas de charges non déductibles (rappel d'IS par exemple), l'indemnité n'est pas imposable.

. **Troisième cas,** le cas des sommes versées à des créanciers sociaux. Lorsque le créancier est directement désintéressé, la société cédée enregistre une annulation de dette imposable, de manière tout à fait classique, conformément à l'article 38-2 du Code général des impôts.

Ainsi on constate l'importance de la distinction, également du point de vue fiscal, entre les clauses de révision des prix et les clauses de garantie de passif. Du point de vue fiscal, l'intérêt du cédant et de l'acquéreur ne sont pas toujours convergents, le cédant étant plutôt mieux traité en cas de garantie de passif et l'acquéreur en cas de révision des prix.

Je vous remercie.

(Applaudissements)

M. LENCOU – Nous sommes parfaitement à l'heure. Il était prévu qu'à 12 h 30 il allait y avoir une demi-heure de questions. Philippe BAU peut-il nous rejoindre à la tribune ? Nous allons probablement essuyer le feu des questions. Qui veut commencer ? Mais peut-être M. le président LE GARS veut-il intervenir sur l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles, à moins que son devoir de réserve ne l'en empêche ?

M. LE GARS – A chaud je ne vous dirai rien sur l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles. Il ne m'appartient pas de commenter. Chacun en pensera ce qu'il voudra. En revanche j'ai suivi avec intérêt l'exposé, qui m'a paru parfaitement bien fait, sur la fiscalité. J'en ai déduit tout de même un élément : il ne faut pas oublier l'impact du principe d'annualité de l'impôt. On voit très bien que le professionnel en la matière, par la loi, est moins bien traité que le particulier. Si j'ai bien compris, pour les plus-values de particuliers ou les moins- values de particuliers, lorsque c'est un particulier qui a cédé, la moins-value viendra s'imputer, par voie de réclamation, sur la plus-value qui avait été réalisée à l'origine. Donc finalement on n'imposera que la plus-value nette si elle existe. Alors que lorsqu'il s'agit d'un professionnel, par le jeu des plus-values et des moins-values, il se trouve que l'on ne pourra déduire la moins-value à long terme qui sera dégagée par le jeu de la clause de garantie de passif que des plus-values de même nature qui seront réalisées dans l'avenir. Encore faut-il qu'il y en ait. S'il n'y en a pas c'est tout bénéfice pour le fisc. C'est le seul commentaire que je puisse faire au vu de l'exposé que j'ai entendu et qui, encore une fois, m'a paru très clair.

(Applaudissements)

M. LENCOU – Merci Monsieur le président.

INTERVENTION DE

Monsieur Didier FAURY

M. FAURY – J'aurai deux commentaires à faire. Un premier : comme on l'a dit tout à l'heure, les années qui viennent vont voir se multiplier les cessions d'entreprises ; c'est une question de hiérarchie des âges des dirigeants d'entreprises. Ce phénomène qui se conjugue à celui dans lequel nous sommes d'une grande incertitude sur le résultat des entreprises va probablement multiplier les clauses de révision de prix dans les cessions, ce que l'on appelle en français les *earn-out*. Ces clauses de révision de prix qui font que le prix va dépendre des résultats futurs sont à l'évidence un nid de contestations. Comme on a du mal aujourd'hui à fixer le prix, on se dit que ce sera plus facile de le fixer demain et en réalité ce sera plus difficile car des litiges naîtront très vraisemblablement. Il y aura probablement dans le futur une multiplication des litiges sur des clauses, non pas de garantie d'actif et de passif, mais sur des clauses de révision de prix proprement dites.

La précision que je voulais apporter est que vraisemblablement une grande partie de ces litiges sera traitée dans le cadre de l'article 1592 ; je parle sous le contrôle de M. le professeur. Ces clauses de révision de prix sont le domaine de prédilection de cet article 1592 qui, comme vous le savez, conduit à faire appel à un tiers expert qui va fixer le prix ou le complément de prix. Pour nous, que nous agissions comme experts ou comme tiers experts, les difficultés sont exactement les mêmes. La conséquence pratique en revanche est tout à fait différente ; en effet le tiers expert (article 1592) va fixer le prix alors que si nous agissons en tant qu'experts nous allons soumettre un rapport soumis à l'appréciation des magistrats et ce sont eux qui se prononceront.

Il y a un deuxième point que je voudrais évoquer, pour illustrer la complexité croissante des principes comptables dans lesquels nous entrons. Evidemment cette complexité vient avec les IFRS. Un IFRS va entrer en vigueur bientôt sur les rapprochements d'entreprises, l'IFRS 3. Une des nombreuses modifications dit ceci : lorsque la clause de révision de prix prévoit que le cédant reste dans l'entreprise pendant un certain temps, ce qui est souvent le cas ; c'est souvent nécessaire ; l'acquéreur veut que le cédant reste pour à la fois assurer la continuité et c'est d'autant plus obligatoire quand il y a une clause de complément de prix. Quand donc dans la clause le cédant reste dans l'entreprise, IFRS 3 dit qu'en fonction de la nature du contrat cela peut être traduit comptablement comme un complément de rémunération et non comme un coût d'acquisition supplémentaire.

Ceci juste pour vous dire que cela peut avoir des conséquences. Même si les IFRS n'ont pas d'incidences fiscales, indirectement cela pourrait poser des problèmes et cela pose en soi un problème aux rédacteurs des clauses qui doivent maintenant se méfier de ce genre de situation. C'est une disposition internationale qui, dans les comptes consolidés, en fonction de la nature du contrat, pourra prévoir que le complément de prix n'est pas un coût supplémentaire versé au vendeur mais un complément de rémunération.

M. LENCOU – Merci. il y a finalement deux questions. Une première : la position de l'expert qui est désigné conformément à l'article 1592. Une deuxième sur les IFRS 3.

L'expert de l'article 1592 bien entendu est l'expert juge puisqu'il fixe le prix définitivement et il n'a pas besoin de respecter, malheureusement, les règles du Code de Procédure civile.

Sur les IFRS 3, Philippe BEAU a-t'il un complément à nous apporter ?

M. BAU – Oui. Tout d'abord nous ne connaissons pas tout à fait dans le détail la norme IFRS 3. Elle n'est pas encore complètement mise en application ; cependant elle consacre la notion que l'on retrouve constamment dans le référentiel IFRS, pour simplifier disons la notion d'avantages économiques futurs. J'ai été clair tout à l'heure, j'ai décrit comment le plan comptable général était en train de converger vers ce référentiel IFRS, peut-être un jour pour être remplacé totalement par ce référentiel. D'ailleurs vient de sortir, est en cours de lecture actuellement, une norme IFRS PME qui va consacrer cette notion d'avantages économiques futurs.

A partir de là, il est certain que si une transaction se contentait de se baser sur des résultats passés, il me semble qu'il manquerait quelque chose. Là je suis très convergeant avec notre président Didier FAURY. Des banquiers d'investissements dans la salle pourraient peut-être s'exprimer sur ce sujet. On voit et l'on verra de plus en plus que les prix seront formés notamment par une clause de révision basée sur des résultats futurs. Ce phénomène va d'ailleurs complexifier les transactions. De ce fait les GAP prendront une connotation très particulière.

M. AUVRAY – Au regard de l'ensemble des évolutions dont vous nous avez fait part et qui ont été rappelées par Didier FAURY, est-ce que l'on ne gagnerait pas à parler de garanties de bonne information financière plutôt que de garanties d'actif passif ?

M. BAU – Il me semble que l'information financière fait partie des prérequis dans le cadre d'une transaction. Je pense avoir été clair, notamment sur la manière de décrire très précisément les méthodes, de donner l'exhaustivité des passifs connus, éventuellement pourquoi pas des passifs non connus mais pouvant survenir à certains moments

M. AUVRAY – J'en suis d'accord. Simplement, à l'égard des tiers qui utilisent notre science, la vérité est qu'aujourd'hui personne ne peut garantir un actif et un passif. On garantit une image fidèle des comptes, c'est-à-dire en fait une information financière. Un actif et un passif ne peuvent pas se lire sans une annexe. D'ailleurs vous faisiez part, professeur, tout à l'heure de l'incidence des engagements qui sont pris dans les contrats, des informations qui sont données dans les contrats de cession. On pourrait peut-être prolonger votre exposé par l'incidence des informations qui sont données dans les annexes des comptes. Aujourd'hui on vit dans l'information financière. L'actif et le passif en tant que tels ne vaudraient rien s'il n'y avait pas d'informations au-delà de cet actif et de ce passif.

M. MENJUCQ – S'agissant de ces fameuses déclarations qui vont être annexées, cela pose un vrai problème. Quelle est leur valeur ? C'est toute la question. Est-ce qu'elles sont garanties ou pas ? Elles peuvent être purement informatives et à ce moment-là elles ne donnent pas lieu à la mise en jeu de la garantie si on considère qu'on a simplement voulu donner une information mais qu'on n'a pas voulu garantir cette information. Donc, dans la clause de garantie d'actif et de passif, il conviendra une fois encore d'être extrêmement précis sur la portée que l'on donne à ces déclarations. C'est aussi d'ailleurs souvent une clause de litige.

Le seul fait d'avoir fait une déclaration n'exonère pas non plus de toute garantie. Nous sommes là dans un domaine où la portée de ces déclarations malheureusement est souvent insuffisamment précisée.

M. LENCOU – Il me semble que la réponse sera l'une des recommandations qui va peut-être sortir de ce congrès. Il faut absolument que les clauses de garantie d'actif et de passif soient extrêmement détaillées, notamment dans les méthodes comptables, comme l'a très bien souligné Philippe BAU.

INTERVENTION DE

Monsieur Vincent BAILLOT

M. BAILLOT – Merci de me donner la parole. Je voulais savoir si vous avez des éclaircissements sur la frontière entre passif et engagement hors bilan. C'est un problème que l'on rencontre de plus en plus souvent, qui était très classique sur les indemnités de retraites. Y a-t-il de la jurisprudence là-dessus ? C'est un problème qui prend autant d'importance sur des produits financiers complexes ; on ne sait plus, quand on a garanti un passif, si l'on a garanti aussi quelque part des passifs que les règles comptables n'obligent pas à mettre au bilan. C'est une façon très simple de parler d'un problème très complexe.

M. LENCOU – Nous allons vérifier dans la base mais il n'y a pas eu de décision ni de la Cour de cassation, ni de Cours d'appel, tout au moins à ma connaissance, pour bien formaliser la différence entre le passif et les engagements hors bilan. Toutefois Philippe BAU tout à l'heure nous l'a signalé : les comptes de référence tendent moins vers l'image fidèle mais davantage vers l'exactitude. Philippe, est-ce que tu veux bien compléter ?

M. BAU – Je l'ai dit tout à l'heure, par rapport aux éléments de détermination d'un passif. Lorsque le passif n'est pas évaluable, il n'est pas provisionné mais il est mis en annexe. C'est effectivement un vrai débat. Quelle est la frontière entre les deux ? Est-ce que le passif est véritablement évaluable ou pas ? Cela fait partie des contentieux éventuels.

M. MENJUCQ – Un élément supplémentaire de réponse : le principe en matière d'interprétation est le principe d'interprétation stricte. Si on a identifié que la garantie couvrait seulement le passif, il n'y a pas tellement de raison après tout de considérer que cela vaut aussi pour les engagements hors bilan. Si vraiment on veut être certain, une fois de plus il faut dire que la garantie couvre le passif et les engagements hors bilan. Là il n'y aura pas de discussion.

M. LENCOU – On pourrait se trouver dans une situation où l'on retiendrait un passif alors que le passif avait été porté à la connaissance des parties par les engagements hors bilan. D'où l'importance du détail dans la rédaction de la clause.

INTERVENTION DE

Monsieur Michel KUHN

M. KUHN – Ma question se relie aux différentes questions qui viennent d'être posées. J'ai été un peu gêné par le libellé exact de la séance d'aujourd'hui puisqu'on parle de garantie d'actif et de passif au singulier, ce ne sont ni des actifs bien déterminés, ni des passifs bien déterminés. Donc a priori il y a un terme dont je n'ai pas du tout entendu parler ce matin, ce sont les garanties de bilan. Si c'est actif et passif sans S, c'est le bilan, c'est donc une situation patrimoniale et donc ce que l'on appelle la situation nette. Là forcément la situation nette et l'appréciation du bilan ne peuvent pas se faire sans annexes, c'est-à-dire les informations de tout ce qui n'est pas directement transcrit dans les comptes et qui permet une lecture correcte des éléments du bilan.

Si on avait mis un S à actif et à passif, cela permettait de faire éventuellement des garanties en mille-feuilles adaptées à chacun des points. Des points sont discutables ou ne sont peut-être pas discutables. J'ai vu des garanties d'actif et de passif où il y avait des points notamment sur des postes d'actif réévaluables, dont en fait on ne tenait pas compte au niveau des garanties ; on tenait compte des garanties spécifiques à chacun des points d'actif ou de passif et éventuellement tous les éléments de provisions allant avec, que ce soient les provisions pour remise en état de sites industriels ou de restructuration déjà avancée ou pas. C'est assez compliqué.

Je reviens à ce qui a été dit ce matin : tout est dans la rédaction ; beaucoup de choses sont dans la rédaction de ces garanties de bilan ou d'actif et passif, peu importe. J'en ai vu qui comportaient 70 ou 80 clauses, c'est-à-dire des rédactions à l'américaine où en fait chaque poste d'actif, de passif, de déclaration faisait l'objet d'une description, d'un engagement et éventuellement de garanties ayant des conséquences.

M. LENCOU – Merci Michel. M. le Professeur MENJUCQ va nous répondre.

M. MENJUCQ – Une réponse sur la dénomination des clauses. C'est très variable. La garantie d'actif et de passif, du moins dans la jurisprudence de la Cour de cassation est aussi dénommée garantie de bilan. La doctrine parle de garantie de reconstitution. Pour la garantie de révision du prix, on parle de garantie de valeur, de garantie de prix. Il ne faut pas trop s'arrêter à la terminologie en l'occurrence ; il faut plutôt savoir de quoi on parle concrètement.

Après, je ne peux que vous approuver sur la précision. Peut-être que les contrats à l'américaine en l'occurrence sont tout à fait bénéfiques et appropriés.

M. BOUCHON – J'ai deux remarques en fonction de ce qui a été dit ce matin. Première remarque : j'ai entendu quelques magistrats et même de hauts magistrats dire « A partir du moment où il y a une formule précise, je ne vois plus l'intérêt qu'il y ait un expert. » Or on a bien vu avec les difficultés que cela posait que l'on avait quand même besoin d'un expert, dans des cas où il y avait une formule précise.

Un deuxième point peut-être un peu plus délicat : l'expert ne doit pas se préoccuper de problèmes juridiques. Or le plan comptable maintenant est encadré par une loi. Est-ce que c'est à l'expert de traiter les problèmes relatifs à la loi du plan comptable ? Ou est-ce qu'il doit se défausser agréablement ?

M. LENCOU – Sur la première partie de la question je ne sais que répondre. Il est certain que si la convention est très bien rédigée, il y aura moins besoin d'experts. Seulement je pense qu'on est en train de parler d'un monde merveilleux. Je ne sais pas si nous pourrons l'atteindre. Sur la deuxième question, Philippe peut-il répondre ?

M. BAU – C'est bien délicat. Je ne l'ai peut-être pas précisé tout à l'heure lorsque j'ai recommandé de faire intervenir un expert dans le cadre d'une transaction, il s'agit plutôt d'un expert amiable, de façon à « dégonfler » les problèmes très techniques que peut poser l'interprétation des méthodes comptables et des estimations. Véritablement, avant même le fonctionnement de la clause d'arbitrage, il me semble qu'un expert, de justice ou pas, peut quelquefois, j'en ai eu l'expérience, faire avancer les choses entre les parties.

INTERVENTION DE

Monsieur Jean-Luc DUMONT

M. DUMONT – Je voudrais attirer l'attention sur deux difficultés que l'on rencontre en pratique lorsqu'on a à traiter en tant qu'expert ou arbitre ou expert article 1592, c'est-à-dire l'application de ces clauses de garantie d'actif et de passif ; difficultés qui tiennent souvent à une rédaction imprécise des clauses de garantie.

La première est la vérification des stocks. Il est extrêmement difficile, voire pratiquement impossible, de vérifier des stocks a posteriori s'il n'y a pas eu d'inventaire contradictoire fait le jour de la signature définitive de l'acte ou les quelques jours qui précèdent. Ceci non seulement sur les quantités mais aussi sur l'état physique desdits stocks. C'est loin d'être fait et cela met l'expert en situation extrêmement difficile pour reconstituer les mouvements a posteriori.

La deuxième difficulté est sur les diligences de bon gestionnaire que doit mettre en oeuvre le cessionnaire, qui ne sont pas stipulées ou qui sont rarement stipulées dans les clauses de garantie d'actif et de passif, qui font qu'en pratique un cessionnaire peut avoir intérêt à ne pas vendre lesdits stocks puisqu'ils seraient couverts par une garantie pour les rendre à rotation lente. Cela se trouve encore plus souvent avec les comptes clients, surtout quand il y a des représentants qui sont commissionnés, qui ont éventuellement intérêt à dire à leurs clients : « Créez un litige sur les postes clients qui existent et passez une nouvelle commande de façon à augmenter le chiffre d'affaires et à ne pas faire rentrer les clients antécédents. » Nous avons beaucoup de problèmes sur l'insuffisance de diligences qui sont imposées au cessionnaire pour gérer en bon père de famille les actifs qu'il a achetés et qu'il reçoit, pour les faire prendre en compte dans le cadre d'une clause de garantie.

M. LENCOU – Merci. Peut-être le président LOEPER veut-il répondre ?

INTERVENTION DE

Monsieur Pierre LOEPER

M. LOEPER – Pour répondre brièvement à J. L. DUMONT, c'est un sujet que nous allons aborder cet après-midi lorsque nous allons regarder les diligences de l'expert.

Je voudrais profiter du fait que j'aie le micro pour répondre également à notre confrère Michel KUHN : la question qu'il pose n'est pas du tout innocente ; c'est de savoir si les « plus » et les « moins » peuvent se compenser au sein de la garantie. Est-ce que l'on a garanti une situation nette algébrique ou est-ce que l'on a garanti simplement qu'il n'y avait pas de « moins », sans tenir compte en compensation des « plus » ? Force est de remarquer que bien souvent le texte des garanties de passif est totalement muet sur ce point. A ce moment-là l'expert fait le calcul dans les deux situations et c'est le juge qui tranche.

M. MENJUCQ – Une remarque sur la clause de gestion en bon père de famille. Il ne faut pas attendre trop de précisions d'une telle clause. Quelle est la limite qu'elle permet de poser ? En principe elle interdit au cédant qui gère encore pendant la période critique de faire des actes inhabituels par rapport à l'activité courante de la société. Mais cela ne va pas plus loin que cela.

M. DUMONT – Je voudrais apporter une petite contradiction à ce qui vient d'être dit. En général la garantie de passif ne joue pas à partir du protocole initial mais à partir de la signature de l'acte définitif ; à ce moment-là ce n'est plus le cédant.

M. MENJUCQ – Là pour le coup elle a joué pour la période antérieure.

M. DUMONT – Non, je parle de la période postérieure à l'acte définitif où le cessionnaire doit avoir aussi une obligation de bon gestionnaire. La garantie de passif joue à partir de l'acte définitif et c'est le cessionnaire qui est bien en pouvoir à ce moment-là

M. MENJUCQ – La garantie de passif va jouer jusqu'à l'acte définitif.

M. DUMONT – Non. Elle joue à partir de l'acte définitif.

M. MENJUCQ – Mais l'origine des faits, je l'expliquais ce matin, est antérieure.

M. DUMONT – L'origine des faits est antérieure. Mais si vous garantissez un poste client le jour de l'acte définitif ?

M. MENJUCQ – Elle est mise en oeuvre après et elle joue pour les actes qui se sont révélés certes après mais qui ont leur origine avant. Le problème peut se poser si en réalité la situation a été figée avant l'acte définitif. C'est pour cette période entre le moment où l'arrêté des comptes a été fait et la cession définitive, qu'il peut y avoir, pour cette période que je qualifie d'intermédiaire, une clause de bon père de famille.

M. DUMONT – Ce n'est pas ce à quoi je fais allusion et c'est justement ce qui manque souvent dans les conventions de garantie, pour la période postérieure à l'acte définitif où il faut que le cessionnaire, la personne qui acquiert, gère en bon père de famille pour récupérer les actifs, pour faire rentrer les comptes clients parce que s'il ne les fait pas rentrer il a tendance à ne pas les faire rentrer pour dire « De toute manière je suis couvert par la garantie d'actif ».

M. MENJUCQ – On rencontre les deux types de clauses, selon qu'elles concernent le cédant ou le cessionnaire effectivement.

M. DHERBEY – Je voudrais attirer l'attention sur une nouvelle source de contentieux dans le cadre des garanties d'actif et de passif, qui sont les produits dérivés de nos amis bancaires. On risque d'avoir quelques problèmes lorsque les cessions sont faites en droit français puisque ceux-ci ne sont pas comptabilisés, alors qu'en norme IFRS les produit dérivés bancaires le sont. Quelle va être l'attitude des magistrats dans ce cas ? Ce n'est pas un cas

d'école puisqu'on risque d'avoir quelques contentieux portant sur plusieurs millions d'euros.

M. BAU – A mon sens il y a deux problèmes : d'abord le problème du référentiel. Si on est dans le référentiel français, on n'a pas à comptabiliser l'impact des produits dérivés. Là-dessus c'est relativement clair. En revanche le problème va être déporté sur la déclaration d'un passif éventuel et de son fait générateur. Donc même s'il n'est pas comptabilisé à date, c'est quand même un risque et un passif futur qui devrait être traité comme tel à mon sens.

UN INTERVENANT – Dans le référentiel français on n'a pas à comptabiliser le produit dérivé mais par contre l'impact du produit dérivé si d'aventure il est négatif par le biais d'une provision. C'est clair.

M. BAU – Et s'il est facilement déterminable.

Mme MAHIAS – Je voudrais attirer l'attention sur le problème des définitions qui sont convenues entre les parties dans le protocole et des difficultés qui peuvent s'y attacher. Tout récemment, avec Didier KLING, nous avons eu à connaître d'un problème de révision de prix et les parties faisaient allusion à l'EBITDA. Or ce concept d'EBITDA n'est pas défini légalement et chaque partie n'avait pas la même conception. Je voudrais savoir s'il y a déjà eu des décisions de justice sur des problèmes de cette nature.

M. LENCOU – Non, pas à notre connaissance. Dans la base JURICA il n'y a aucune décision visant ce genre de terminologie. Nous n'en avons pas rencontré. Peut-être M. SALOMON en a-t'il rencontré ?

M. BAU – Il me paraît prudent de définir ce qu'est l'EBITDA ou l'EBIDA avant ou après dépréciation des actifs, avant les provisions. Cependant l'EBITDA et l'EBIDA sont aujourd'hui relativement clairs, consacrés. Il est prudent évidemment de les décrire. On peut se reporter à une bonne documentation sur ce sujet, je pense à Vernimmen qui donne des définitions assez précises. C'est un point qui à mon avis peut-être surmonté.

Je reviens très rapidement sur l'IFRS 3 qu'évoquait Didier FAURY, qui contient en fait l'affectation du prix d'acquisition sur tous les actifs incorporels possibles. Il est sûr que là on va droit vers des contentieux importants et complexes, puisqu'il s'agit au fond d'affecter sur tous les éléments incorporels la marque, les brevets, tous les actifs (systèmes d'information ..). C'est une norme qui, lorsqu'elle sera appliquée dans les sociétés cotées, va créer sans doute des contentieux importants.

M. LENCOU – Une dernière question et nous allons respecter l'horaire.

M. AUVRAY – Je voudrais appuyer ce qu'a dit Dominique LENCOU. On le voit notamment souvent dans des arbitrages : soit les termes qui sont employés sont des termes reconnus comptablement et il n'y a pas de difficultés ; soit on est dans des termes qui sont du type EBITDA et il faut recommander aux parties de faire un exemple de calcul sur la base de comptes passés pour savoir ce qu'ils mettent dans leur définition, sinon les problèmes existent. Même d'excellents ouvrages comme le Vernimmen ne permettent pas toujours de résoudre la réalité de la volonté des parties.

M. BAU – Il est certain que si les parties n'ont pas compris véritablement ce qu'est un EBITDA, elles ont intérêt à le décrire très précisément. En l'absence d'une déclinaison précise, Vernimmen et d'autres proposent tout de même des normes assez consacrées aujourd'hui, me semble-t'il.

M. LENCOU – Un complément de réponse par Georges BARRERE.

M. BARRERE – On n'a pas toujours les réponses à toutes les questions mais c'est pour cela qu'il y a des experts !

M. LENCOU – Il est exactement 13 heures et je vous félicite d'avoir tenu l'horaire.

(la séance est suspendue à 13 heures)

(la séance est reprise à 15 heures 10)

M. DUPONCHELLE – Nous reprenons les travaux de cet après-midi sous la présidence de Mme FAVRE, président de la chambre commerciale économique et financière de la Cour de cassation, qui va donc diriger les interventions cet après-midi. Je lui donne tout de suite la parole.

INTERVENTION DE

Madame Claire FAVRE

Mme FAVRE – Merci Monsieur le président. C'est avec un grand bonheur et un grand plaisir que je suis parmi vous. Je connais un certain nombre d'entre vous pour vous avoir rencontrés à l'occasion de petits déjeuners/débats ou autres colloques. C'est vrai que la Cour de cassation n'a pas souvent l'occasion de se prononcer, je vous le dirai tout à l'heure, d'une manière précise sur les interrogations ardues qui étaient les vôtres, interrogations d'hommes du chiffre et d'application des normes comptables. Ceci

étant, de plus en plus souvent la Cour de cassation a eu à s'interroger sur des garanties de passif et d'actif ou des clauses de révision de prix ; c'est donc avec une grande joie que j'ai accepté d'être parmi vous.

Nous sommes déjà, je le crains, en retard et l'expert-comptable doit sûrement compter son temps. Donc c'est sans plus attendre que nous allons reprendre le programme de cet après-midi. Il débute par un duo d'experts. Je donne tout de suite la parole à M. LOEPER expert près la Cour d'appel de Paris et expert agréé par la Cour de cassation.

LES MISSIONS D'EXPERTISE ET LA MÉTHODOLOGIE DE L'EXPERT

Par Monsieur Pierre LOEPER
expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation

et Monsieur Anthony SOUFFLET
expert près la Cour d'appel d'Amiens

M. LOEPER – C'est un duo et mon complice est Anthony SOUFFLET, expert près la Cour d'appel d'Amiens. Nous devons intervenir, et nous mesurons l'ampleur de la tâche, sur un sujet qui est important, en tout cas pour nous experts, celui de la méthodologie des missions d'expertise, même si ce sujet amène à reposer des questions plus fondamentales sur les modalités d'application de la garantie d'actif et de passif. Prudemment je ne dis pas s'il faut mettre un S à actif et à passif ; chacun pourra faire comme il l'entend.

Nous allons effectivement faire cela en duo. Je vais faire une courte introduction pour vous annoncer le plan et nous nous sommes ensuite partagés les rôles. Finalement, pour essayer de définir une méthodologie, il faut repartir de l'objectif de ces missions. Or l'objectif de ces missions, comme l'a rappelé opportunément la citation du juriste de Louis XIV qui a été mentionnée ce matin, est de fournir au juge les éléments de fait lui permettant de statuer en droit sur l'application d'un contrat spécifique, ce contrat spécifique étant celui de la garantie d'actif et de passif.

Il en résulte que l'expert ne peut faire l'économie d'une analyse préalable et relativement approfondie de ce contrat de garantie, afin de comprendre :

sur quelles bases il a été établi,

selon quelles modalités la garantie peut être mise en jeu

et comment se calculent les conséquences de cette mise en jeu.

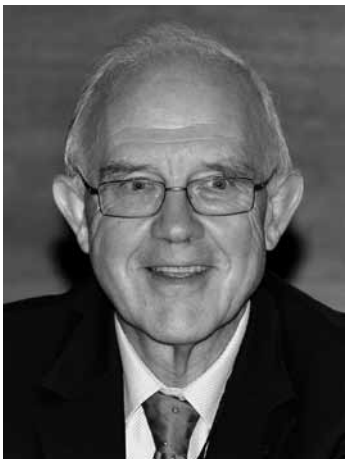
Ce sera la première partie de notre exposé. Comme nous étions très impressionnés de parler après un professeur des Universités, nous avons fait un plan en deux parties (je ne savais pas qu'il allait prendre le plan en trois parties !). Notre première partie sera consacrée à cette phase préparatoire précédant la réalisation de la mission proprement dite et dans cette phase préparatoire nous aurons trois sous-parties : l'analyse du contrat de garantie, l'analyse de la transaction sur un plan économique et l'analyse des conditions dans lesquelles la garantie a été mise en jeu. Dans une seconde partie nous aborderons la méthodologie proprement dite du travail de l'expert. Nous essaierons de définir un processus et de vous proposer une liste de diligences que doit faire ledit expert.

La première partie est cette phase préparatoire qui commence par l'analyse sur un plan financier du contrat de garantie.

Analyse financière du contrat de garantie.

INTERVENTION DE

Monsieur Anthony SOUFFLET



M. SOUFFLET – Nous n'allons pas entrer dans le détail car cela a été largement abordé ce matin ; l'expert devra identifier s'il s'agit d'une garantie de passif, ou d'actif et de passif, ou du résultat, ou de trésorerie, ou encore d'une clause de révision ou d'ajustement du prix.

1. La garantie d'actif et de passif engendre une responsabilité (le cas échéant indéfini et solidaire) des cédants envers l'acquéreur. C'est un engagement nécessaire pour pouvoir céder une société ; il peut avoir des conséquences importantes et parfois difficilement mesurables (on citera par exemple les garanties en matière environnementale) et les cédants cherchent à restreindre l'étendue de leur garantie.

L'expert devra identifier ce que recouvre la garantie : les augmentations de passif, les diminutions d'actif. Il devra a contrario recenser les éléments qui seront à écarter de l'analyse, les parties ayant encadré le champ de la garantie. Si on passe en revue les différentes situations que l'on peut trouver il y a :

les immobilisations incorporelles (au moins au niveau de leur valeur, appréciée généralement de façon définitive par les parties) ; mais des garanties peuvent être données au niveau de la matérialité sur l'existence de contrats par exemple.

Certaines immobilisations corporelles après réalisation d'inventaires physiques contradictoires qui permettront d'établir la réalité de l'existant et d'écarter toutes les réclamations ultérieures, qui donc seront écartées de la garantie.

Les stocks : ce matin ont été évoqués les problèmes de stocks dans les cessions. C'est une réalisation d'inventaires physiques contradictoires valorisés préalablement à la cession. Il n'y aura pas de difficultés ; ce sera écarté de la garantie. Cela règle aussi les problèmes de valorisation. On voit les difficultés que l'on rencontre pour valoriser les stocks de pièces, les biens d'occasion sur lesquels il n'y a pas de difficultés. Si les parties ont pris la précaution de régler ces problèmes avant de contracter, cela facilitera le travail de l'expert mais celui-ci doit s'assurer de ce qui est dedans ou pas.

Les passifs environnementaux en général, après communication par le cédant au cessionnaire d'études pollution préalables récentes réalisées par des sociétés spécialisées, sont le plus souvent écartés de la garantie ; notamment pour les secteurs comme la chimie ou les activités industrielles en général. Il faut toutefois voir si c'est couvert ou non.

Des éléments sont spécifiquement visés compte tenu des spécificités de la cible.

Il y a des garanties de durée de contrats importants : des contrats d'approvisionnement pour des fournitures sensibles, des poursuites de relations commerciales avec des clients importants, l'obtention ou le renouvellement d'autorisations administratives pour exercer certaines activités ou mettre en marché des produits. Ce sont en général des choses qui sont incluses dans la garantie spécifiquement et non pas écartées. Il faut regarder.

Est-il prévu de tenir compte des incidences fiscales sur les comptes de la cible des minorations d'actif ou majorations de passif pour déterminer le montant de la garantie ?

2. Autre point important sur l'étendue de la garantie : quelle est la portée des informations données de façon déclarative par le cédant ? Les conséquences des opérations ou événements visés sont-elles ou non exclues de l'indemnisation ?

M. le professeur MENJUCQ nous a rappelé ce matin que la force obligatoire de la convention de garantie obligeait le cédant à indemniser le cessionnaire en cas d'inexactitude, en application de l'article 1134 du Code civil, comme l'a affirmé la Cour de cassation. En l'absence de déclaration du cédant sur l'existence, au cours de la période antérieure à la cession, d'accidents du travail susceptibles d'entraîner ultérieurement une majoration des taux d'accidents du travail, est-ce que la garantie pourra jouer ou ne pas jouer s'il n'y a pas eu cette déclaration ? Ce sont des questions qu'il faut se poser et donc bien examiner ce qui figure dans les déclarations.

Qu'en est-il des événements qui bien qu'antérieurs à la cession trouvaient leur origine entre la date de signature du protocole ou l'établissement des comptes de référence et la date de réalisation de la cession ? En effet il peut y avoir un décalage qui est quelquefois important.

3. Quel est le référentiel comptable applicable au contrat ? Ce référentiel est-il celui exposé par l'annexe aux comptes ? Cet exposé est-il suffisamment explicite, les annexes étant très souvent succinctes, squelettiques ? Le protocole de cession a-t'il prévu des principes comptables spécifiques pour l'arrêté des comptes de la cible, des règles d'évaluation et de dépréciation des stocks, de dépréciation des créances ou d'autres points (tels les engagements en matière de retraite) ? Concernant l'impact des changements de méthode sur les résultats et donc sur l'évaluation de la cible, lorsque celle-ci est basée en tout ou partie sur les résultats, notre confrère P.BAU a évoqué cet aspect ce matin mais là aussi il faut lire le contrat.

4. En cas de garantie de trésorerie, comment est définie la trésorerie ? Des exemples montrent que la question n'est pas évidente : cas des effets remis à l'encaissement, possibilité d'actions du cédant sur le BFR, entreprises dont l'activité et donc la trésorerie sont soumises à des variations saisonnières. Est-ce qu'il s'agit d'une position globale de la trésorerie ou de la seule trésorerie court terme ? Dans le premier cas, les parties ont-elles ou non entendu re-traiter le leasing ? les locations avec option d'achat ? Au niveau de la trésorerie court terme, comment traiter les cessions de créances avec et sans recours ? Faut-il considérer les secondes comme une dette ? Les effets présentés à l'encaissement comme des disponibilités ? Faut-il prendre en compte les intérêts courus non échus sur les dettes à terme ? On a dit ce matin que c'était un contrat qui avait beaucoup d'importance dans la rédaction et on voit là que s'il n'y a pas de définition le champ de discussion peut-être extrêmement large.

5. Une compensation entre les plus et les moins-values postérieures est-elle prévue ? Autrement dit, l'expert aura-t'il à s'intéresser aux « plus » ?

6. Le contrat stipule-t'il des dates limites pour la survenance des événements et la mise en jeu de la garantie ? Le délai de la révélation du passif le délai de la réclamation du cessionnaire ? On trouve souvent dans les contrats des durées de garantie qui sont différentes selon les actifs ou les passifs concernés. Pour les garanties fiscales ou sociales, c'est la durée de la prescription.

7. Comment sont traités les événements survenus entre la date de conclusion de l'accord et la date de réalisation de la cession ?

Est-ce un prix provisoire fixé sur la base de comptes de référence à actualiser en fonction des résultats d'une situation comptable arrêtée contradictoirement à une date coïncidant avec celle de la réalisation de la cession, situation qui servira de référence pour l'application de la convention de garantie ?

Dans cette hypothèse le litige peut se situer à deux niveaux : d'abord un désaccord sur l'arrêté de la situation comptable à la date de la cession, ensuite un désaccord sur les évènements postérieurs à la garantie d'actif et de passif.

8. Qui est le bénéficiaire de la garantie ? L'acquéreur ou la cible ? Ou encore l'un ou l'autre au choix de l'acquéreur ? Cela a été longuement traité ce matin par le Professeur MENJUCQ et notre confrère M. BARRERE en a développé les conséquences fiscales. Nous en rappelons les conséquences à en tirer sur le calcul de l'indemnisation. Sur ce transparent, vous avez un dommage subi par la cible, un impayé client non provisionné qui est de 100. Si le bénéficiaire de la garantie est la cible, l'indemnisation par le garant est de 100 puisque chez la cible une perte de 100 est compensée par un profit imposable de 100. Si le bénéficiaire de la garantie est l'acquéreur, l'indemnisation par le garant est 2/3 de 100 puisqu'on compense la perte de la valeur de la cible.

La question se complique encore si le taux d'IS a changé. Cette situation a-t'elle été prévue dans le contrat ?

9. Le contrat prévoit-il une franchise ou un seuil de déclenchement ? Y a-t-il un plafond à la garantie ? Les cédants sont-ils ou non solidaires ? Faut-il faire un calcul par garant ?

Nous rappelons les effets de la distinction franchise/seuil de déclenchement sur le calcul de l'indemnisation. Pour une franchise ou un seuil de déclenchement à 100, selon que le dommage reconnu est de 80 ou de 250, si on est dans une situation de franchise le dommage de 80 ne donnera pas lieu à indemnisation. Si le dommage est de 250 il y aura une indemnisation de 150. Si on est dans un seuil de déclenchement en cas de dommage de 80, il n'y aura pas d'indemnisation. Si le dommage est de 250 on indemnisera la totalité à 250.

M. LOEPER – Voilà ce que nous avions recensé au titre de l'examen du contrat de garantie. Beaucoup de choses avaient été dites ce matin ; il n'est pas forcément inutile de les rappeler. Nous allons maintenant vous parler du contexte de la transaction et des modalités dans lesquelles le conflit s'est déclenché

Contexte de la transaction.

Qu'entendons-nous par contexte de la transaction ? Quelles étaient d'abord les motivations de l'acquéreur pour acquérir la cible ? Quelles ont été les informations qui lui ont été communiquées préalablement à la cession ? Y a-t-il eu ce que l'on appelle en français une data room ? L'acquéreur est-il un professionnel ? Etait-il assisté ? Quelles diligences a-t'il mises en œuvre ? A-t'il fait un audit d'acquisition ? Que savait-il ou qu'aurait-il dû normalement ne pas ignorer compte tenu de sa qualité professionnelle ? Vous allez peut-être nous dire que tout cela est complètement étranger à la mission de l'expert. Nous ne le pensons pas et c'est pour cela que nous vous proposons d'en débattre. En effet nous imaginons que le juge ne sera pas nécessairement indifférent à ces informations.

Certes ce matin M. le professeur MENJUCQ a abordé la question des déclarations inexactes dont le bénéficiaire de la garantie, c'est-à-dire le ces-

sionnaire, connaissait l'inexactitude et nous a expliqué que ce n'était pas pour cela que ce n'était pas indemnisable. Ceci étant, le juge ne sera peut-être pas indifférent, à savoir qu'une partie a, le cas échéant, manqué de loyauté en laissant faire un prix et en sachant que derrière il n'avait qu'à tirer sur la garantie de passif pour réduire ce prix et revenir à celui qu'il voulait effectivement payer.

En tout état de cause nous pensons que ce n'est bien sûr pas à nous de porter des appréciations d'ordre juridique mais en revanche, s'agissant d'éléments qui sont tout de même des éléments de fait, il le savait, c'était dans l'audit ou il aurait dû le savoir compte tenu du fait qu'il s'agit d'un professionnel, il nous appartient de le porter à la connaissance du juge, après avoir toutefois vérifié ce que nous allons relater, en le soumettant à la règle de la contradiction c'est-à-dire à la discussion entre les parties.

Les mêmes questions d'ailleurs peuvent se poser pour le vendeur. Etait-il un professionnel ? Etait-il assisté ? Que savait-il ou qu'aurait-il dû savoir ? Etc.

Il y a aussi, dans la façon dont la transaction s'est faite, à analyser la méthode qui a été retenue pour fixer le prix de cession. C'est une diligence qui nous semble utile car elle permettra d'éclairer le débat. Elle n'est pas toujours nécessaire, en particulier lorsque l'objectif de la garantie ne coïncide pas avec la réparation d'un préjudice. Si on prend l'exemple très fréquent d'une valorisation de la société fondée sur un multiple d'un agrégat (je ne vais pas dire l'EPITDA mais l'EBE ou le résultat d'exploitation pour ne pas dire l'EBIT, sous déduction des dettes ou en ajoutant la trésorerie), le fait que la situation active et passive soit fausse n'influe qu'indirectement sur le préjudice subi. Le préjudice subi serait que le résultat qui a été annoncé soit erroné.

Ceci étant, il peut arriver que la mission de l'expert comporte de fournir au tribunal tous éléments de fait lui permettant d'apprécier le préjudice éventuellement subi. Cela se voit dans les missions. En ce cas il est bien évident que la compréhension de la formation du prix est essentielle. Le préjudice pourra alors résulter de la surestimation d'un agrégat ou encore d'une mauvaise information donnée sur la trésorerie.

Conditions de naissance du contentieux.

Il n'est pas inutile de savoir comment les faits se sont révélés. Cela va aussi permettre de répondre à cette question essentielle pour la mise en jeu de la garantie : comment le garant a-t'il été informé ? On nous a rappelé ce matin que l'obligation d'information ne semblait peser sur le cessionnaire que si elle était prévue expressément dans le contrat de garantie puisque les tribunaux interprètent, semble-t'il, strictement cette clause : tout ce qui à été prévu et rien que ce qui a été prévu. La sanction de la non-information du garant, quand cette information est prévue, est la perte de la garantie pour le cessionnaire. Là encore l'expert informera utilement le juge de la façon dont le cédant a été mis au courant et ce après un débat contradictoire. Il n'est pas toujours évident de reconstituer les informations et les dates auxquelles elles sont données.

Autre question sur la naissance et la gestion du contentieux : savoir comment le contentieux a-t'il été géré ? Nous l'avons abordé ce matin. Il y a plusieurs points à décliner. Le premier est qu'en général les contrats prévoient la possibilité pour le garant de participer à la défense de ce que seront finalement ses intérêts puisque c'est lui qui va payer et avec l'assistance de ses conseils. Est-ce que cette disposition a été respectée ? Même remarque sur la nécessité de soumettre cette recherche au débat contradictoire.

Ensuite, comment le litige a-t'il été porté en justice ? Pourquoi les parties ne sont-elles pas parvenues à résoudre entre elles le désaccord ? Sur quels points portait leur divergence ? Tout cela va contribuer à orienter les travaux de l'expert. Enfin est-ce que le cessionnaire a géré le contentieux en bon père de famille ou s'en est-il désintéressé, sachant qu'il bénéficiait d'une garantie ?

Nous passons maintenant à la deuxième partie de notre exposé, la méthodologie proprement dite, c'est-à-dire de fournir au juge les réponses aux questions qu'il nous a posées.

Réponses aux questions du juge.

M. SOUFFLET – La méthodologie sera examinée sur les points suivants :

• l'identification des informations nécessaires pour traiter les différents chefs de la réclamation (réclamations sur les déclarations ou réclamations sur les comptes) ; c'est la quête documentaire, ceci comprenant l'identification des parties qui devront fournir telle ou telle information, tel ou tel document.

• Ensuite ces chefs entrent-ils dans le champ de la garantie eu égard aux dispositions du contrat de garantie, aux informations préalables sur la situation de la cible donnée par le cédant au cessionnaire ? Existe-t'il à cet égard une clause particulière du contrat de garantie écartant du champ de la garantie toutes les informations sur la situation de la cible dont le cessionnaire pouvait avoir connaissance préalablement à la cession ?

Comme l'a rappelé le professeur MENJUCQ dans son exposé, les clauses de garantie ont pour but de prémunir l'acquéreur contre une différence entre les éléments de passif et/ou l'actif révélés après la cession et ceux mentionnés dans les comptes et les annexes de référence. Les clauses de garantie présentent ainsi un caractère objectif et ne nécessitent nullement, sauf clause explicite contraire, de rapporter la preuve d'un préjudice subi par le cessionnaire ; la révélation d'un passif supplémentaire ou d'une diminution d'actif couvert par la garantie est suffisante.

Ces chefs de réclamation trouvent-ils leur origine dans la période visée par la garantie ? Il faut en effet pour qu'ils soient retenus que les passifs supplémentaires ou les diminutions d'actif trouvent leur origine dans la période antérieure à la date de cession.

La cause ou l'origine antérieure à la cession est également fondamentale. Le passif qui a une origine postérieure à la cession n'est pas couvert par la garantie. On vous a rappelé ce matin l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris : un cessionnaire réclamait une indemnisation pour une société qui n'avait pas mis en place de Comité d'entreprise, alors qu'elle l'avait déclaré l'avoir fait ; la garantie a été écartée puisqu'il n'y avait pas de litige qui était né avant sur ce choix.

M. LOEPER – Question suivante : que va rechercher l'expert ? Les faits sont-ils invoqués dans les conditions prévues à la garantie et notamment les conditions de délai, étant rappelé qu'il y a en général deux délais à prendre en compte : le délai de révélation du passif ou de l'insuffisance d'actif et le délai d'action du cessionnaire auprès du gérant.

Est-il prévu des délais de garantie différents pour certains passifs ? Cela a déjà été dit.

Les modalités d'information du garant ont-elles été respectées ? Les garants ont-ils eu la possibilité de s'associer à la gestion du contentieux si le contrat le prévoyait ? C'est là que je souhaiterais développer en parlant des obligations de gestion en bon père de famille de la part du cessionnaire. Ce matin l'un d'entre nous a évoqué le cas d'un cessionnaire qui se préoccuperait beaucoup de faire rentrer les créances clients postérieurement à la cession mais qui se désintéresserait des créances antérieures et qui dirait même à certains clients « Ce n'est pas grave ; nous allons passer de nouveaux contrats pour le futur, éventuellement en épongeant les dettes que vous avez à notre égard pour le passé ». Ce type de comportement est évidemment déloyal mais les commerçants peuvent tomber dans le péché comme les autres ! Ce type de comportement doit, nous semble-t-il, si l'expert arrive à le relever, être relaté dans son rapport et révélé au juge, toujours après un débat contradictoire.

Même chose pour les déclarations aux assureurs. Si le cessionnaire a omis de faire des déclarations, même si ce n'est pas prévu dans le contrat il nous semble qu'il est normal de le dire au juge qui, encore une fois, en tirera le cas échéant des conséquences.

Nous avons cherché un peu dans la jurisprudence et avons vu qu'elle était relativement divisée sur ces obligations de gestion du cessionnaire en bon père de famille. Peut-être aurez-vous l'occasion d'en reparler à la table ronde.

Les vérifications proprement comptables (il faut bien y venir) propres aux passifs ou aux insuffisances d'actifs alléguées. L'expert distinguera avec soin également dans son rapport ce qui relève des contrôles de matérialité et ce qui relève des contrôles de valeur. Il s'attachera à vérifier :

si les faits allégués sont bien établis et à cet égard nous disposons d'outils d'investigation qui sont les procédures d'audit.

si les faits rentrent dans la garantie. S'il s'agit de postes exclus, quelle est la portée des déclarations ? Les conditions de date, les conditions et d'information ?

si la demande ne résulte pas d'un changement de méthode sous l'égide de l'acquéreur qui provisionnerait des passifs ou des engagements qui avant ne l'auraient pas été.

Egalement à vérifier, ce n'est pas forcément le plus simple, que les faits allégués n'ont pas déjà été provisionnés dans le bilan de référence. Il arrive que dans les bilans de référence nous trouvions au passif des provisions à caractère général sur lesquelles il n'est pas interdit d'imputer les faits qui se révèlent dans la garantie. Ceci pose le problème, en anticipant sur ce que nous allons dire un peu plus loin, des compensations entre les « plus » et les « moins ». Or on vous a rappelé tout à l'heure, lorsqu'on examinait le contrat de garantie, qu'il fallait savoir s'il y avait ce type de compensation, autrement dit si on appréciait une situation nette ou si l'on se contentait d'apprécier tout ce qui manque comme actif et tout ce qui n'a pas été suffisamment quantifié comme passif.

Je reviens sur les changements de méthodes. En cas de changement de méthodes il faut d'abord savoir si le contrat stipulait que les méthodes ne devaient pas être changées. et ce n'est pas parce que le cessionnaire a changé les méthodes que nécessairement sa réclamation ne vaut rien. Il a peut-être changé de méthodes parce que les méthodes adoptées avant par le cédant n'étaient pas adéquates ou n'étaient pas conformes aux règles comptables. Donc là aussi il faut essayer d'apprécier les choses finement.

Lorsque l'expert aura fait tout cela, avant de rendre sa copie il se livrera au calcul de l'indemnisation. Là il regardera éventuellement les compensations entre les « plus » et les « moins » ; il regardera l'incidence fiscale, le jeu de la franchise, et du seuil de déclenchement comme nous vous l'avons déjà montré.

Nous pensions arrêter là les questions méthodologiques mais Anthony SOUFFLET souhaitait ajouter quelque chose.

M. SOUFFLET – Il faut regarder ce qu'est le caractère significatif. Souvent, lorsqu'on est dans une situation d'expertise, les parties ont déjà discuté durement le contrat de cession et nous sommes maintenant dans l'exécution de la cession et l'application de la garantie ; donc elles vont encore continuer à se battre et souvent elles finissent par perdre du recul par rapport aux problèmes qui leur sont posées. Il appartient à l'expert de montrer la relativité de leurs questions. Dans certains cas les questions qui sont posées peuvent entraîner des travaux extrêmement lourds pour l'expert, s'il s'agit par exemple de re-chiffrer un stock.

J'ai déjà été confronté à cette situation d'un stock dont le protocole d'accord prévoyait qu'il serait chiffré en prix d'achat. On était dans une activité de vente de détail ; le stock est chiffré à partir du prix de vente ramené au prix d'achat par des coefficients. L'un des conseils du cessionnaire avait dit « Le stock n'est pas chiffré au prix d'achat ; c'est ce qui est littéralement prévu dans le contrat. (Le prix était payable en deux fois) On refuse de payer le solde du prix pour ce motif ». Je leur ai dit « Ce n'est pas grave ; l'expert-comptable du cessionnaire n'a pas été capable de le chiffrer ; c'est dans ma mission de le faire ; je veux bien le faire mais cela va représenter des travaux tout à fait considérables. La méthode ne me choque pas dans ce type d'activité que l'on ramène aux prix d'achat en partant du coefficient. Je vous propose de faire un sondage sur l'application des coefficients, de vous en en rendre compte. Vous me direz si cela vous suffit. Si cela ne vous suffit pas, on demandera le versement d'une provision complémentaire et on ira jusqu'au bout ». Le rôle de l'expert est d'attirer l'attention sur le caractère significatif. On peut se trouver aussi dans des situations où on peut se poser la question « Est-ce que la transaction ne se serait pas faite pour le même prix quand les éléments de garantie se sont révélés a postieriori et que ce sont des éléments que l'on peut considérer comme étant relativement peu significatifs par rapport au prix de la cession ? ». L'expert est bien entendu tenu par ce qui est prévu dans le contrat de garantie, par le seuil, par la franchise mais il peut quand même attirer l'attention sur le caractère significatif des opérations qu'il est amené à trancher.

M. LOEPER – En conclusion, nous avons essayé de vous montrer par ce court exposé que l'expert était amené à s'intéresser une fois de plus à des questions juridiques, ce qu'il doit évidemment faire avec prudence et avec discernement. Il nous est interdit de porter des appréciations juridiques mais nous devons tout à la fois faire une analyse fine du contrat. A cet égard, nous voudrions vous proposer simplement deux idées : une première, s'il y a un problème d'interprétation du contrat ce n'est évidemment pas à nous de trancher ; en revanche il nous appartient de chiffrer les deux hypothèses et le magistrat choisira ; là on l'aura pleinement informé. Sans multiplier le nombre d'hypothèses on peut présenter plusieurs solutions dans la mise en oeuvre d'un contrat de garantie d'actif et de passif.

Une deuxième : en tout état de cause et on l'a vu au cours de cet exposé, il faut toujours faire débattre les parties afin de respecter ce principe essentiel de la procédure mais qui est aussi le filet de sécurité de l'expert et une véritable méthode scientifique ; je veux dire le principe de la contradiction.

Avant que vous n'applaudissiez, si vous acceptez de nous applaudir, je voudrais vous dire, comme dans les émissions que l'on voyait autrefois à la télévision « au théâtre ce soir » où l'on entendait « Les décors sont de Roger Hart », « les dessins sont de Claude BARDAVID » !

(Applaudissements)

Mme FAVRE – Merci Messieurs les experts pour ce « décorticage » de votre travail. Merci aussi pour avoir plus que respecté les délais. Nous avons maintenant moins d'une demi-heure de retard. C'est parfait. Nous allons nous lancer, après l'examen de la méthode de l'expert, à l'examen du traitement des litiges ; nous allons agrandir la discussion et agrandir le cercle. Je demande à M. Renaud SALOMON, conseiller référendaire à la chambre commerciale de la Cour de cassation, à M. Marcel SENGELIN, président du tribunal de commerce de Lyon, à M. Philippe PEYRAMAURE, président d'honneur de l'association Droit et Commerce, à M. le professeur MENJUCQ et à M. Didier KLING de nous rejoindre. Je ne présente pas M. KLING ; tout le monde le connaît. Il va animer cette table ronde. Scénario ? Je ne sais pas. Jeu drôle ? Je ne sais pas. Nous attendons de voir.

TABLE RONDE : LE TRAITEMENT DES LITIGES
animée par Monsieur Didier KLING

Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation

Monsieur Philippe PEYRAMAURE

Monsieur Marcel SENGELIN

Monsieur Renaud SALOMON

Monsieur Michel MENJUCQ

M. KLING – Ce sera une surprise ; je ne sais pas si ce sera une heureuse surprise ! La qualité de nos intervenants me permet de penser que vous serez agréablement intéressés par les propos de cette table qui n'est pas vraiment ronde. Elle le sera de manière virtuelle. Bruno DUPONCHELLE m'avait assuré qu'il ne se portait pas garant de la forme de la table ! J'en prends acte ; il n'y a pas de garantie de passif qui puisse jouer à ce titre !

Après les propos de ce matin, l'état de la situation en matière de droit, l'état de la situation en matière de jurisprudence, la méthodologie de l'expert tel qu'on vient de le voir par le duo auquel nous avons assisté, l'objet de cette table que je ne sais plus qualifier est de regarder quelles sont les difficultés auxquelles peut être confronté l'expert, quel que soit le cadre de son intervention. On va viser ici les difficultés aussi bien dans le cadre d'une expertise que dans le cadre d'un arbitrage, donc de manière très générale. Deux types de difficultés : d'ordre juridique ou d'ordre technique.

Pour en parler nous avons souhaité rassembler autour de cette table les différents acteurs qui peuvent aider l'expert à trouver les solutions appropriées, en la personne du juge, M. Renaud SALOMON va jouer ce rôle en sa qualité de Conseiller référendaire à la Cour de cassation. L'Université, c'est M. le professeur MENJUCQ que vous avez entendu et applaudi ce matin. C'est aussi M. Marcel SENGELIN qui est président du tribunal de commerce de Lyon et qui a une double qualité qui va nous intéresser à la fois parce qu'il préside le tribunal de commerce et en même temps parce qu'il a qualité de chef d'entreprise. Je crois savoir, Monsieur SENGELIN, qu'en qualité d'entrepreneur vous avez acquis un certain nombre d'entreprises dans votre vie et donc une expérience qui sera tout à fait utile dans vos propos. C'est enfin le Conseil des parties en la personne de l'avocat représenté par M. Philippe PEYRAMAURE, président d'honneur de l'association Droit et commerce et ancien vice-pésident du Conseil national des barreaux.

Nous avons imaginé un petit scénario avec votre accord mais évidemment il y a toujours de petites dérogations au scénario en fonction de l'état des discussions. La première dérogation va intervenir tout de suite. Après les propos de ce matin, nous avons tous compris qu'il était très important que les clauses du protocole soient rédigées avec beaucoup de soin et qu'elles aient parfaitement défini toutes les circonstances dans lesquelles pourraient être mises en jeu les garanties d'actif, de passif ou de situation nette. Donc nous sommes un peu surpris de voir qu'il y a des litiges qui se posent à cette occasion. Nous en sommes très heureux en qualité d'experts puisque cela fait notre fortune très relative mais nous sommes très malheureux pour les chefs d'entreprise et nous nous posons la question de savoir pourquoi les clauses sont si mal rédigées, quels que soient la qualité et le talent des avocats. C'est pourquoi je suis tenté de me tourner tout d'abord vers Me Philippe PEYRAMAURE.

M.PEYRAMAURE – Certes j'ai entendu parler ce matin par le professeur MENJUCQ, relayé par un certain nombre d'orateurs et par la salle, de ce que M. MENJUCQ a appelé des déficiences rédactionnelles. Mais je ne m'attendais pas du tout à cette question, Didier KLING, parce que j'avais compris que tous ces qualificatifs s'appliquaient aux actes qui n'étaient pas rédigés par des avocats !

Plus sérieusement, je viens de faire la réponse facile sous forme humoristique : il vaut mieux prendre un conseil spécialisé qui pourra peut-être éviter certaines de ces déficiences rédactionnelles. Pour autant il faut bien constater que le juriste et même l'avocat font les mêmes constats que vous avez faits tout au long de cette journée. La liberté contractuelle qui préside à l'élaboration des contrats de garantie suppose une précision et une méthodologie rédactionnelle qui devraient conduire à éviter ce type de lacune. Malheureusement je suis bien obligé de constater, moi aussi, que ces déficiences rédactionnelles sont au cœur de beaucoup de contentieux.

On peut se poser la question : pourquoi ? Y a-t-il un problème de compétence des rédacteurs ? Oui. Je ne suis pas là en tant qu'élu professionnel, donc ma liberté de penser est totale. Oui, il y a un problème de compétence d'un certain nombre de rédacteurs. Pourquoi ne pas le dire ?

Contrairement aux experts-comptables qui sont une profession spécialisée, la profession d'avocat n'est pas une profession spécialisée. Bien sûr il y a des spécialisations reconnues mais n'importe quel avocat peut traiter de la totalité des domaines du droit et en dehors des spécialisations qui sont reconnues, cela peut donner lieu à un certain nombre de dérapages. J'espère qu'ils sont minoritaires puisque nos règles déontologiques doivent nous interdire d'aller dans les matières que nous ne connaissons pas. Il n'empêche que peut-être un certain nombre d'imprudences sont commises au niveau de la spécialisation et de la compétence du rédacteur. Vous comprendrez que je ne m'étendrai pas beaucoup là-dessus.

Deuxième remarque, toujours avec ma liberté de penser totale : je ne suis pas certain que la profession d'avocat, depuis quelques années, mette suffisamment en oeuvre les méthodes de formation qui arriveraient à faire des avocats mieux préparés à la rédaction d'actes. La profession nouvelle d'avocat, vous le savez, résulte de la fusion des Conseils juridiques et des avocats dit de souche, c'est-à-dire plutôt axés sur le judiciaire ; il faut reconnaître aujourd'hui, dans notre formation d'avocats, de graves lacunes en ce qui concerne la formation à la rédaction d'actes. C'est un problème interne à la profession d'avocat mais c'est aussi hélas l'une des réponses partielles à votre interrogation et à l'interrogation légitime de la totalité des intervenants sur la capacité d'arriver à délivrer des actes bien faits.

Ceci étant, il y a des avocats compétents, beaucoup ; il y a des avocats bien formés, heureusement. Malgré tout il y a un grand nombre d'actes qui, rédigés par des avocats compétents et bien formés, donnent lieu aux insuffisances que vous avez regrettées et que nous avons constatées.

Maintenant que je me suis fait plaisir en critiquant un peu ma profession (c'est un sport assez répandu dans la profession d'avocat), pourquoi n'arrive-t'on pas à mieux cerner la rédaction ? Pour une raison toute simple : la négociation d'un contrat quel qu'il soit et pas seulement la garantie, c'est l'élaboration d'un texte qui est un texte négocié, partant d'une base qui peut être très bien faite sur le plan juridique parce que maintenant nous avons tous en machine, il suffit d'appuyer sur un bouton, les textes de garantie remarquablement rédigés qui sont disponibles. Partant de là, il y a des négociations ; elles interfèrent ; elles traduisent un rapport de force qui ne prend pas forcément en compte les aspects juridiques et les aspects rédactionnels. Les négociations ont une finalité : arriver à conclure le contrat. Assez souvent, lorsqu'on arrive à l'arbitrage sur la rédaction de telle ou telle clause de la garantie de passif (c'est vrai pour d'autres contrats, c'est peut-être un peu plus vrai pour les contrats très techniques où la liberté contractuelle est très large), un certain nombre d'arbitrages ne sont pas rendus dans la culture française par les juristes.

C'est très significatif, lorsque vous négociez avec des Cabinets anglo-saxons, des avocats anglo-saxons et des clients anglo-saxons. In fine c'est l'avocat qui va arrêter le texte définitif au moins pour son client. Quand vous êtes entre avocats français c'est rarement l'avocat qui va rendre l'arbitrage au niveau de la rédaction ; ce sera le chef d'entreprise éventuellement, souvent le financier, très rarement l'avocat. Phénomène culturel qui traduit peut-être l'absence de poids du juriste français dans l'élaboration des conventions. Cela explique sans doute un certain nombre de lacunes.

Pour autant, cela n'explique pas, je l'ai dit en commençant, la totalité des insuffisances rédactionnelles. Je crois que la technicité de ce type de rédaction nécessiterait peut-être plus que cela n'est fait en pratique la collaboration de professionnels du chiffre et de professionnels du droit (vaste sujet) pour arriver à éviter certaines des lacunes que l'on retrouve habituellement dans les conventions.

Je n'ai pas été complet mais j'ai déjà donné un certain nombre d'éléments de réponse.

M. KLING - Merci infiniment de la franchise et de la clarté de cette réponse. J'en retiens notamment qu'elle rend hommage, non sans raison, à la compétence et à la rigueur des professionnels du chiffre !

Pour reprendre le déroulement normal de notre table ronde, au titre des difficultés d'ordre juridique que nous pouvons rencontrer nous en avons isolé trois et les premières tiennent notamment au problème de compétence juridique dans les opérations transfrontalières. De plus en plus d'opérations d'acquisition sont opérées entre des partenaires qui ne sont pas nécessairement inscrits à l'intérieur de notre cher hexagone. La question peut se poser, à laquelle nous pouvons être confrontés concrètement est celle de savoir comment interpréter une clause de garantie d'actif et de passif alors que l'une des parties, bien que française, pourrait être soumise à un droit autre que le droit français ? Comment ce problème est-il résolu ?

M. MENJUCQ - Résolu, peut-être pas facilement. Mais déjà comment peut-il se poser ? La question pourrait paraître un peu exotique. On a vu qu'il y avait déjà beaucoup de difficultés au regard du droit français. Si une clause de garantie d'actif et de passif est de plus soumise à une loi étrangère, on n'en sort pas ! Cela paraît tout à fait insoluble.

Pourtant cette question est de moins en moins étonnante et effectivement une garantie d'actif et de passif peut être soumise à un droit étranger même si l'une des parties, voire les deux d'ailleurs, est française parce que la loi française n'a pas une vocation intangible. Cela peut paraître surprenant mais une clause de garantie peut être qualifiée de contrat international dès lors qu'il existe ce que l'on appelle en droit international privé un élément d'extranéité. C'est un élément qui rattache le contrat à au moins deux ordres juridiques nationaux qui sont différents. Cet élément peut venir de la nationalité des parties, de leur résidence, de leur siège social pour une société, du lieu de conclusion du contrat, du lieu d'exécution, de l'existence de virements transfrontaliers ou même de virements de compte à compte si les titres cédés sont des valeurs mobilières.

Dans tous ces cas, la clause de garantie d'actif et de passif peut présenter un caractère transfrontalier et il faut être très vigilant sur l'existence d'un tel caractère. En effet ce caractère comporte des conséquences extrêmement importantes. Même si la loi française s'applique, cette clause qui aura un caractère international est soumise à un régime différent, pour quelques aspects du régime purement interne des contrats. Par exemple la clause de monnaie étrangère dans une clause de garantie internationale sera tout à fait valable. On n'est pas obligé de choisir l'euro ; on peut choisir une autre monnaie. De même la clause d'arbitrage n'aura pas nécessairement à être conclue uniquement en raison de l'activité professionnelle des parties, comme l'exige l'article 2061 du Code civil. La clause attributive de juridiction, normalement valable seulement entre commerçants, est valable ici dans tous les cas.

Donc même si la loi française est compétente, le régime est différent dès lors que l'on peut dire que cette clause de garantie d'actif et de passif est internationale. Mais surtout, dans une telle hypothèse, les parties ont le choix de la loi nationale applicable et j'ai même envie de dire des lois nationales applicables car on peut en choisir plusieurs. On peut très bien choisir la loi française pour la formation de la clause et la loi allemande pour l'exécution de cette clause. Les parties ne sont pas limitées par le choix ; il n'y a pas de fraude en l'occurrence. Je vais prendre une hypothèse purement d'école : cession de titres d'une société de droit français entre un cédant suisse et un acquéreur allemand. S'ils ont envie de soumettre leur contrat à la loi chinoise, ils peuvent le faire et ce n'est pas une fraude de choisir une telle loi.

Mme FAVRE - Il faudrait déjà qu'ils la connaissent !

M. MENJUCQ - Absolument. C'est pourquoi je parlais d'une hypothèse purement d'école. C'était de la provocation en quelque sorte ! Cela ennuierait le juge certainement !

Mme FAVRE - Le juge aura beaucoup de mal à connaître la loi chinoise.

M. MENJUCQ - Si les parties le lui demandent, le juge est obligé de la connaître.

Si les parties n'ont pas choisi expressément ou tacitement, là on rentre dans une zone d'incertitude. Le juge sera obligé de trouver quelle est la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat. Quelle est cette loi ? Il faut trouver la solution dans la convention de Rome qui lie tous les Etats de l'Union européenne, devenue maintenant le règlement « Rome 1 », applicable aux contrats conclus après le 17 décembre 2009. Cette convention et le règlement expriment la même solution ; elles établissent une présomption que le contrat présente les liens les plus étroits avec l'Etat de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique. C'est un concept communautaire. Qu'est-ce qu'une prestation caractéristique ? Pour chaque contrat, par exemple pour la vente, c'est le transfert de propriété. Pour la clause de garantie, c'est l'offre de garantie.

Prenons un exemple concret : si le cédant qui s'est aussi porté garant dans la clause de garantie d'actif et de passif a sa résidence en Allemagne, même si la société est de droit français, même si l'acquéreur est de droit français, en vertu de cette présomption qui donne compétence à la résidence de celui qui offre la prestation caractéristique (ou à l'administration centrale si c'est une société) dans notre cas si on n'a pas désigné la loi française par une clause précise, c'est la loi allemande qui s'appliquera, la loi de résidence habituelle de notre cédant personne physique qui réside en Allemagne.

Donc il faut faire extrêmement attention car l'on peut avoir des surprises importantes et évidemment ce qui est valable dans le droit français ne l'est pas forcément au regard du droit allemand. Là tout est remis en cause.

Je n'ai pas apporté beaucoup de solutions mais j'ai soulevé un problème !

M. KLING – Je vais demander à Me Philippe PEYRAMAURE si cette question fait l'objet de difficultés pratiques à l'occasion de la rédaction des protocoles.

Me PEYRAMAURE – Non, pas vraiment. Rien qui ne mérite une intervention particulière. Pas à ce stade.

M. KLING – Je reviens vers vous, Monsieur le professeur. Je vous ai posé une question ; vous n'avez pas encore donné de solution mais peut-être pourriez-vous nous mettre sur la piste : comment éviter l'application d'une loi étrangère à l'occasion de la rédaction de ces garanties d'actif et de passif ? Y a-t-il des solutions ?

M. MENJUCQ – Il y en a et heureusement ! Elles sont préventives essentiellement. Dès que celui qui va rédiger la clause de garantie d'actif et de passif perçoit qu'il y a un élément étranger rattachant le contrat potentiellement à un autre droit, un droit dit d'un autre Etat (par la nationalité, la résidence, etc.), il faut se poser la question de la loi applicable et dire : on choisit le droit. On prévoit une clause qui s'appelle clause d'*electio juris,* clause du choix du droit. Il paraît beaucoup plus simple de choisir la loi française. Si on ne le fait pas de manière préventive, ce sera beaucoup plus compliqué. On pourrait dire que l'on pourrait essayer de saisir un juge français. Si on est hors communauté européenne, on pourra peut-être le faire, notamment en se fondant sur les articles 14 et 15 du Code civil qui donnent le privilège de la juridiction. Mais ces articles ne sont plus applicables dans un cadre communautaire.

Si on a choisi le juge français, si on a porté son action d'une manière préventive (avant que la partie étrangère ne se « rebiffe ») devant un juge français ou si l'on se défend (article 15) devant un juge français, même dans cette hypothèse on n'est pas certain d'avoir au bout du compte l'application de la loi française. En effet le juge français n'est pas tenu d'appliquer la loi française en l'occurrence. Il applique la loi compétente qui peut être une loi étrangère. Or comme on l'a dit, si personne ne dit rien le juge français appliquera la loi française. Mais dès qu'une partie dit « Attention, il y a une loi compétente étrangère », le juge français va devoir se prononcer sur la compétence de cette loi. Si c'est effectivement une loi étrangère qui est compétente, il devra rechercher cette loi étrangère et l'appliquer.

Donc on est face à un problème important. Si on n'a pas précisé par une clause d'*electio juris* que c'est le droit français qui s'applique, le juge va essayer de dégager la volonté tacite mais certaine des parties dans le choix de la loi. Il va prendre en considération les dispositions du contrat. S'il y a une clause attributive de juridiction en faveur des juridictions françaises, ce sera un indice évidemment. Mais cette clause de juridiction n'est pas suffisante. Si le juge ne peut pas dégager cette volonté tacite, on en revient au jeu des présomptions que nous avons vues il y a quelques instants.

Dans tous ces cas, dès lors que l'on n'a pas choisi d'inclure une clause de loi applicable, on se trouve avec des incertitudes extrêmement importantes. Donc s'il y a une recommandation à faire c'est que dès que vous percevez qu'un élément rattache le contrat à un autre Etat, même si cet élément est assez diffus, il est très simple d'inclure une clause précisant que c'est la loi française qui s'applique.

M. KLING – Merci. Nous avons une solution sur ce premier sujet. On sait par hypothèse quelle est la loi applicable.

Deuxième problème d'ordre juridique que nous allons rencontrer : celui de la procédure à mettre en oeuvre. Naturellement, vous l'avez dit, on va saisir le juge s'il y a un litige. Or il semble que l'on n'aille pas nécessairement saisir le juge. Pourquoi, Maître PEYRAMAURE ?

M. PEYRAMAURE – On peut effectivement constater que beaucoup de litiges sur les garanties de passif ou sur les GAP vont vers l'arbitrage. On peut se poser la question : quelle est la raison du choix ? Je vais réagir en tant que praticien. L'une des premières raisons pour lesquelles historiquement on est allé vers l'arbitrage, c'est que l'arbitrage permet le choix de son juge, si je puis dire, c'est-à-dire permet le choix de son arbitre. On va pouvoir adapter la composition de la formation arbitrale à la nature et à la technicité du litige. C'est une première réponse et c'est une réponse d'ailleurs que vous connaissez tous très bien puisqu'un grand nombre d'experts-comptables peuvent être nommés arbitres lorsqu'il s'agit de litiges de nature comptable et financière.

Mais, cela peut-être vrai dans un certain nombre de cas, on voit de plus en plus aujourd'hui d'arbitrages rendus en matière de droit de l'environnement qui intègrent dans les formations arbitrales des spécialistes du droit de l'environnement ou carrément des aspects techniques de l'environnement.

On peut parfois même s'étonner de cette propension à l'arbitrage puisque qui dit arbitrage ne dit pas nécessairement qu'il n'y aura pas possibilité, pour le tribunal arbitral, de nommer les experts dans les domaines dans lesquels il y aura besoin d'experts. Mais cette pratique d'aller vers l'arbitrage est peut-être une voie de simplification pour les parties, pour leurs conseils. C'est un constat.

Deuxième motif sur lequel historiquement on est plutôt allé vers l'arbitrage : le souci de rapidité de la solution, l'arbitrage présentant historiquement l'avantage d'être plus rapide en termes de délai de prononcé de la sentence. Cela reste parfois à démontrer. Aujourd'hui les tribunaux ont fait beaucoup d'efforts pour aller plus vite au niveau du délai de réponse et la règle du contradictoire fait que, devant certains tribunaux arbitraux, les procédures peuvent s'enliser exactement comme devant certains tribunaux juridictionnels. Mais il est vrai que cette rapidité fonctionne au moins par la possibilité que l'on a d'éviter le deuxième degré de juridiction en ne permettant pas l'appel.

Troisième élément qui a disparu et que je ne cite que pour mémoire ; autrefois on se posait des questions sur le problème de conservation de la preuve. Aujourd'hui la jurisprudence est très claire, ce n'est pas parce qu'on est en arbitrage que l'on ne peut pas faire appel aux tribunaux pour des mesures conservatoires.

Le coût de la procédure, là c'est l'inverse, tendrait plutôt à aller devant les tribunaux de l'ordre juridictionnel que devant les tribunaux arbitraux qui, par hypothèse, sont des juridictions qu'il faut rémunérer, alors qu'en France au moins la justice est, non pas gratuite, mais quasiment gratuite ; le coût d'un procès devant un tribunal de l'ordre juridictionnel n'a généralement rien à voir avec le coût devant un tribunal arbitral.

En ce qui concerne le caractère international du litige, la pratique est plutôt d'aller vers les arbitrages, pour un certain nombre de raisons, toujours de choix de juge, etc., aussi de choix du droit puisqu'on peut choisir le droit qui sera applicable et cette pratique ne semble pas se démentir. C'est vrai qu'elle permet un mélange des cultures au niveau du tribunal arbitral que ne permettent pas, par nature, les compositions de l'ordre juridictionnel puisqu'on peut très bien avoir un arbitre anglais, un arbitre suisse et un président de tribunal français ou l'inverse. Au niveau de la composition, cela peut diversifier les cultures et cela peut-être intéressant.

Egalement parfois on cite, même si je l'ai personnellement assez peu rencontré, l'avantage du tribunal arbitral de délocaliser ou de « dépayser », comme l'on dit dans notre jargon juridique, les contentieux.

Voilà fait l'inventaire des principaux critères (d'autres peuvent intervenir) qui permettent d'arbitrer entre le choix de l'ordre juridictionnel et du tribunal arbitral. Après, cela appartient à chacun, en fonction de sa sensibilité, de la sensibilité de ses clients mais cela donne lieu assez souvent à des négociations.

M. KLING – Merci. Pour autant, si on laisse de côté ce mode alternatif de règlement des litiges, le lieu normal où vont se retrouver les conflits, en matière notamment de garantie d'actif et de passif, ce sont les tribunaux de commerce. Monsieur le président SENGELIN, en tant que président du tribunal de commerce de Lyon, vous avez à connaître d'un nombre important de litiges à cette occasion. Est-ce que vous pouvez nous présenter le nombre, la fréquence, la nature. Sur quoi portent ces litiges ? Quelle est l'orientation que l'on peut en dégager à l'occasion de ces prises de connaissance ?

M. SENGELIN – Je vais relativiser ce que vous avez appelé « important » et donner un petit aperçu du constat que nous avons pu faire sur ces deux dernières années dans notre modeste juridiction consulaire, eu égard aux éminents magistrats ici présents, de la Cour de cassation et des Cours d'appel.

Pour situer un peu le nombre de litiges, il faut le situer par rapport à l'ensemble des opérations qui peuvent se faire et qui à mon avis se comptent en milliers par an. Si nous prenons les décisions du tribunal de commerce qui sont susceptibles de traiter des litiges, à savoir d'une part les jugements sur instruction et d'autre part les ordonnances de référé, sur ces deux dernières années la base est de 5000 décisions et les litiges relatifs aux garanties d'actif et de passif font moins de 1 %. C'est déjà un premier constat.

Ceci veut dire, et je vous rejoins tout à fait, que la déficience rédactionnelle n'est pas aussi importante que cela. Ceci veut dire que les parties qui ont déjà bien négocié pour mettre au point leur accord se retrouvent parfois pour se remettre d'accord sur des litiges postérieurs à la cession ; c'est assez fréquent et ils y arrivent. Ceci veut dire que les arbitres, les médiateurs, les conciliateurs ont bien fonctionné et ce n'est qu'en dernier ressort que le juge est saisi. Donc il est vrai que ce n'est pas très fréquent, contrairement à ce que nous pourrions penser.

Si nous examinons la nature des litiges, je les ai répartis en deux catégories : ce qu'on peut lier à l'interprétation et à l'exécution.

En ce qui concerne l'interprétation, on a classiquement des problématiques de valorisation de stocks, de clarification de franchises, parfois des débats sur des pièces et nous avons eu aussi des problèmes sur les droits acquis. J'ai noté par exemple une décision spécifique relative à des salariés sur des indemnités particulières qui n'avaient pas été provisionnées.

En ce qui concerne l'exécution, nous relevons le non-respect des délais de notification, assez fréquent, des problèmes d'exigibilité immédiate de dettes. J'ai en tête un dossier de cédant qui était salarié, il y a eu rupture de contrat ; le contrat prévoyait le remboursement des dettes. Egalement, ce n'est pas très fréquent, parfois il nous arrive de préciser la mission de l'expert.

Donc nous sommes dans l'ensemble quand même devant des dossiers qui ne sont pas très nombreux et dans des problématiques que je qualifierai d'assez classiques. Je n'ai pas relevé, cela peut arriver de temps en temps, de dossiers particulièrement complexes.

Ceci veut dire aussi que, dans la plupart des cas, il n'y a pas eu de recours à l'expert. il y en a quelques-uns mais là aussi c'est assez confidentiel pour cette partie spécifique au traitement des litiges.

M. KLING – Merci de ces précisions. On a parlé des modes alternatifs de règlement ; on a parlé des conflits qui peuvent être tranchés par le tribunal de commerce. Il y a aussi une troisième voie possible : celle qui consisterait à utiliser l'action pénale, en s'adressant à la juridiction répressive et en tentant de faire valoir l'action civile à cette occasion. Sans anticiper sur les propos que vous allez tenir tout à l'heure dans l'exposé que vous ferez, quelle peut-être l'utilité d'une action civile qui serait portée devant la juridiction répressive ? C'est une question que j'adresse bien évidemment à M. le Conseiller SALOMON.

M. SALOMON - De façon très pratique se pose la question de l'intérêt de la constitution de partie civile devant la juridiction répressive, par rapport à l'action dont nous a parlé de façon fort savante le professeur MENJUCQ, l'action civile sur le fondement de l'article 1116 du Code civil, sur le fondement du dol. La question est d'une importance pratique capitale parce qu'elle va commander la stratégie d'attaque du cessionnaire bénéficiaire de la clause de garantie de passif. Ce cessionnaire dispose de la liberté, de la latitude totale de choix entre saisir le juge civil ou le juge pénal. Mais la tentation sera grande, outre que cela constitue un moyen de pression, de saisir le juge pénal de façon préférentielle et tout cela afin d'éluder les principes cardinaux du droit judiciaire privé, la procédure civile, notamment l'article 12 du Code de Procédure civile qui nous rappelle qu'il incombe aux parties de prouver, conformément à la loi, les faits nécessaires à l'appui de leur prétention.

En saisissant le juge pénal, vous permettez de faire abstraction de tous ces principes de procédure civile et de substituer à une procédure accusatoire (le principe du dispositif, sans lequel le procès est affaire des parties), une procédure encore, pourrais-je dire, inquisitoriale menée bien évidemment sous l'égide ou du juge d'instruction ou du procureur de la République, avec un dossier pour lequel la police judiciaire, le SRPJ ou la section de recherche de gendarmerie dans une moindre mesure est amenée à travailler pour le cessionnaire.

Une fois cette enquête pénale revenue, quel que soit d'ailleurs son devenir, qu'il s'agisse d'un classement sans suite ou qu'il s'agisse a fortiori de poursuite, le cessionnaire va être tenté soit de saisir le juge civil ou, si les faits pénaux sont apparus en cours de procès civil, de solliciter un sursis à statuer et une fois le retour de l'enquête pénale effectué, de venir bien évidemment de façon assez facile produire la copie de l'enquête pénale, donc d'avoir un billard probatoire devant lui. Soit alors de saisir directement la juridiction pénale, le plus souvent au stade de l'instruction, exceptionnellement en matière économique et financière lors de l'instruction définitive. Vous voyez bien que, dans les deux cas finalement, que le juge civil ait été saisi au départ ou que le juge pénal l'ait été *a benicio,* il y aura en toute hypothèse cet effet dynamique de la procédure pénale qui par son caractère inquisitorial permet au cessionnaire, bénéficiaire de la clause de garantie de passif, d'adopter une attitude passive en attendant que la police ou la gendarmerie ne fonctionne.

M. KLING – Ce n'est pas une recommandation que vous formulez mais une voie qui est susceptible d'être explorée par les parties à l'occasion d'un litige. C'est ainsi que je le reçois en tout cas. Nous reviendrons un peu plus tard sur l'aspect pénal à l'occasion de la deuxième partie de cette table ronde. Je voudrais maintenant revenir sur le protocole d'accord, sur les documents juridiques constatant l'accord entre les parties. On observe assez souvent qu'il y a dans ces protocoles la coexistence à la fois de clauses d'expertise et de clauses d'arbitrage. L'intervention des professionnels à cette occasion est parfois difficile à définir. Est-ce que Maître PEYRAMAURE peut nous aider à mieux comprendre cette coexistence de clauses ?

Me PEYRAMAURE – Je vais essayer de vous aider. On se place bien sûr dans l'hypothèse où l'expertise n'est pas choisie par la juridiction saisie ou par le tribunal arbitral saisi. Dans un certain nombre de cas, on s'aperçoit qu'il y a des clauses d'expertise et soit des clauses arbitrales, soit des clauses attributives de juridiction. C'est-à-dire qu'il pourrait y avoir recoupement entre la mission de l'expert qui a été intégrée dans la convention et le rôle du juge ou le rôle de l'arbitre.

Si vous soulevez la question c'est que ce n'est pas une question théorique et c'est quelque chose qui se pose assez souvent. Je pourrais prendre cela comme une punition pour avoir mal répondu aux déficiences rédactionnelles dont on parlait en début de séance mais il est vrai que la technicité des conventions de garantie fait qu'assez souvent, dans un souci de simplification de gestion d'un certain nombre de points, par exemple l'établissement d'une situation comptable intermédiaire ou la détermination de telle clause de variation de prix ou du montant de l'indemnité, on essaie d'extraire du litige éventuel sur l'interprétation du contrat une partie de la détermination de telle ou telle indemnité, en renvoyant cela à une clause d'expertise. On fait cela dans un souci de simplification et de gain de temps, on n'hésite pas à désigner soit nommément, soit en fonction de sa personnalité ou de sa fonction, un expert.

Le constat que l'on est bien obligé de faire est que si la clause d'expertise n'est pas suffisamment précise (et cela arrive), on va se retrouver en face d'une situation extraordinairement complexe à gérer. L'expert sera confronté à un problème peut-être d'interprétation du contrat, ce qui normalement

lui est interdit mais qui va plus ou moins rentrer dans sa mission. De ce fait, sa mission risque de chevaucher ou de recouper celle de la juridiction saisie ou du tribunal arbitral saisi ultérieurement. Là il y a une véritable source de difficultés car finalement, en ayant voulu simplifier la gestion d'un certain nombre de situations conflictuelles ou de situations techniquement difficiles à régler, on a intégré une clause d'expertise qui va se retourner contre la volonté des parties et qui va créer une source de difficultés, le travail l'expert pouvant être suffisamment large pour interférer dans ce qui pourrait être la mission du tribunal saisi. Derrière je vous laisse imaginer toutes les chicayas procédurales qui peuvent en résulter.

C'est quelque chose qu'il ne faut pas sous-estimer car c'est effectivement une perte de temps, une perte d'énergie et on ne peut pas se contenter de dire qu'il vaut mieux rédiger les clauses. Peut-être faudrait-il être moins ambitieux au niveau des garanties, se contenter de choisir entre la clause arbitrale et l'attribution juridictionnelle ; ensuite ce sera à la juridiction ou au tribunal arbitral de choisir s'il y a besoin d'un expert. Cela me paraît la voie de la sagesse puisque cela permet d'éviter ce dualisme. Mais je pense, en énonçant cette formule, être minoritaire aujourd'hui parmi les praticiens qui aiment assez bien intégrer directement les clauses d'expertise.

M. KLING – On trouve souvent les deux effectivement, avec l'ambiguïté qui vient d'être commentée. Monsieur le président SENGELIN, est-ce que vous rencontrez des difficultés à l'occasion de saisines dont vous faites l'objet au titre du tribunal ou les avez-vous rencontrées dans votre vie de chef d'entreprise lorsque vous-même avez procédé à des acquisitions ?

M. SENGELIN – Je vais plutôt donner une appréciation générale sur ce qui vient d'être dit. Je suis plutôt bien à l'aise avec cette construction, à savoir un expert qui analyse et qui éclaire cela veut également dire qu'il analyse et éclaire les parties, le cédant, le cessionnaire, les conseils. A partir de là on peut déjà imaginer qu'il y ait un accord sans aller plus loin. Je pense que c'est une piste qu'il faut garder ouverte par rapport à ce positionnement amont de l'expert.

Ensuite arbitre ou juge en interprétation ou en décision ? Je ne suis pas du tout gêné par ce positionnement amont de l'expert, comme je l'ai dit tout à l'heure. Bien au contraire.

M. KLING – L'expert intervient pour éclairer le débat, apporter sa compétence. Tant mieux si, à l'occasion des éléments de solution qu'il apporte, les parties peuvent se rapprocher ; le litige se résoudrait de lui-même sans qu'il soit nécessaire de passer au stade ultérieur.

Me PEYRAMAURE – L'intervention de M. le président du tribunal de commerce me permet de compléter mon propos. Cela va dépendre de la mission et des sanctions qui sont dans la mission de l'expert. Si l'expert se contente d'éclairer les parties et d'avoir simplement un rôle de médiateur, je suis totalement d'accord avec vous. Mais si on lui demande de fixer définitivement une valeur, un quantum ou autre, c'est là que les difficultés surgissent. Merci de m'avoir permis de préciser cela.

M. KLING – C'était l'objectif de l'intervention. Merci à tous les deux.

Supposons que tous ces problèmes préalables soient maintenant résolus, nous pouvons aborder le deuxième volet qui intéresse les difficultés d'ordre technique. La première difficulté est la suivante : le cédant a procédé à un certain nombre de déclarations, il a d'ailleurs formulé des garanties qui vont dans le même sens et il se trouve que je constate que la réalité n'est pas tout à fait conforme aux espoirs que j'avais pu esquisser lorsque j'ai procédé à cette transaction. Je me demande s'il n'y a pas des éléments de mauvaise foi qui auraient pu s'introduire à cette occasion, de sorte que j'aborde ici la frontière parfois ténue entre le domaine civil et le domaine pénal. C'est pourquoi je me tourne vers vous, Monsieur le Conseiller, en vous demandant si vous pouvez nous éclairer sur ce délicat arbitrage.

M. SALOMON – Après avoir évoqué tout à l'heure les questions de procédure, je vais aborder le fond bien que, selon l'expression ugodine, la forme soit le fond ramené à la surface. Tout est question ici de degré. Dans les deux domaines, civil et pénal, ce qui est en cause est la régularité, la sincérité des comptes au regard des préceptes fondamentaux posés par le Code de commerce. Le juge civil et le juge pénal ont rigoureusement les mêmes dispositions du Code de commerce à connaître. J'ai eu cette chance, lorsque j'étais, il y a quelques années, juge au tribunal de Grande Instance de Paris, le premier président COULON avait effectivement mis dans une chambre financière civile et une chambre financière pénale des présidents de section fixes, les assesseurs quant à eux tournaient tous les trimestres, de sorte que sur les mêmes fondements textuels nous étions amenés à voir à la fois le volet civil et le volet pénal.

Où s'arrête le civil ? Où commence le pénal ? Comme l'a dit le professeur MENJUCQ, c'est sur le fondement de l'article 1116 du Code civil ; fort heureusement d'ailleurs, c'est le principe dans les actions judiciaires qui prévaut, le caractère pénal étant bien évidemment l'exception. Ce dol est l'erreur provoquée. Nous serons dans un litige où nous aurons une nullité relative, une nullité de protection de la victime du dol, de sorte que cette nullité ne pourra être invoquée que par la personne qui s'en prétend victime.

En matière pénale il faut, pour passer du domaine civil au domaine pénal, qu'il y ait une dimension supplémentaire au dol, un supplément d'âme criminelle. Le simple mensonge en soi ne suffit pas, encore que nous sachions qu'en matière pénale l'escroquerie par simple mensonge dans certaines hypothèses peut exister. Mais il faut cet élément constitutif de l'infraction indispensable et supplémentaire par rapport au 1116 du Code civil.

Par exemple l'établissement d'un bilan erroné (j'en parlerai tout à l'heure), antérieurement à la souscription d'une garantie de passif, n'est en soi qu'une condition préalable du délit. La personne qui effectivement ne va pas publier ou présenter ses comptes, ne va pas les assortir d'une publicité particulière, ne franchit pas le Rubicon de l'article du Code de commerce relatif aux présentations de bilan inexact. Mais il pourra y avoir matière en revanche à un dol civil, par des relations interindividuelles. Même chose pour le délit de distribution de dividendes fictifs.

C'est en fait une question de degré. Dans la première affaire nous avons affaire à un « petit filou » qui ne peut être sanctionné que par la victime. Dans l'autre affaire, sans plagier du tout l'officier allemand dans « La grande vadrouille », c'est le « *gross filou* » qui risque jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et pour lequel c'est une question d'ordre public.

M. KLING – Merci de nous avoir éclairés sur cette frontière subtile. Je voudrais rester maintenant dans la matière civile. J'ai plusieurs voies qui s'offrent à moi, j'ai plusieurs outils juridiques. Je peux revendiquer la nullité pour dol, le vice du consentement. Maître Philippe PEYRAMAURE, que préférez-vous dans ces différentes solutions qui s'offrent à votre client qui estime qu'il a été lésé ? Faut-il demander la nullité pure et simple du contrat ? Faut-il demander des dommages et intérêts ?

Me PEYRAMAURE – La nullité du contrat est un beau sujet théorique. En pratique, je reconnais que je l'ai assez peu souvent rencontré. Non pas que l'acquéreur qui se sent lésé n'ait pas envie de plaider le dol, mais plaider le dol pour la nullité du contrat est souvent contradictoire avec cette démarche. Donc assez fréquemment il n'essaiera pas de revendiquer la nullité du contrat mais l'indemnisation.

Du côté du vendeur qui se fait assigner pour nullité pour dol, parfois certains vendeurs (et cela m'est arrivé d'en assister) se disent « J'ai un acquéreur de mauvaise foi qui essaie de revoir un certain nombre de choses à mon détriment, qui essaie de se faire rembourser une partie du prix ou de ne pas payer un solde de prix, pourquoi pas la nullité pour dol ? ». A ce moment-là se pose une autre question d'une autre importance : quel est l'état de la société qu'il va me rendre ? Et lorsque cela se situe quelques mois après la cession, c'est quelque chose qui peut être jouable, si vous me permettez cette expression peu juridique. En revanche si c'est deux ou trois ans après la cession, c'est une inconnue telle pour le vendeur qu'il n'essaiera pas de rentrer dans le jeu de la nullité pour dol.

Donc le débat juridique est très intéressant ; en pratique la nullité je l'ai très peu rencontrée dans ma vie professionnelle.

M. KLING – Et dans votre vie professionnelle, Monsieur le président SENGELIN, à l'occasion des entreprises que vous avez acquises avez-vous été tenté par l'utilisation de telle ou telle voie juridique ou est-ce que d'office c'est la même solution qui s'est imposée à vous, la réclamation de dommages et intérêts ?

M. SENGELIN – Je vais vous parler de mon expérience mais au préalable une petite réaction sur la sincérité. C'est un grand et beau mot. Lorsqu'on

est dans les déclarations, j'ai plutôt tendance à dire qu'il faut qu'elles soient ciblées, précises et techniques. Pourquoi dis-je cela ? Parce que, comme vous le savez, le diable est dans les détails. Attention aux déclarations qui seraient tout simplement dans les grands principes et pas suffisamment dans le détail des opérations.

Ceci dit, effectivement j'ai une double casquette de président du tribunal de commerce et de chef d'entreprise. Au titre de cette deuxième casquette, j'ai eu le plaisir de mener plus d'une centaine d'acquisitions pour construire un groupe qui est « parti de zéro », comme l'on dit, pour être aujourd'hui un groupe relativement important ; opérations que j'ai menées et qui ont toutes été forcément réalisées avec des garanties d'actif et de passif. Le constat que je peux faire avec quelque autosatisfaction en regardant dans le rétroviseur est qu'aucune de ces conventions n'a donné lieu à un contentieux. Il y a juste eu quelques appels en garantie pour des raisons fiscales ou sociales. C'est tout.

En regardant dans ce rétroviseur, je me suis dit qu'il était intéressant de voir quelle avait été cette structuration qui avait permis d'arriver à cela. Je vais vous donner trois éléments qui me paraissent importants mais je dois vous confesser que le succès de toutes ces acquisitions, c'est de les avoir réalisées dans le même métier et quand on est dans le même métier, j'ai la faiblesse de croire qu'il y a un savoir-connaître et un savoir-faire, je vous l'accorde volontiers.

Le premier élément qui me paraît intéressant est d'essayer de ne pas avoir de déficience rédactionnelle. Cela veut dire que, dans nos documents qui sont relativement conséquents, même pour une petite PME qui ne fait qu'un million et demi de chiffre d'affaires, nous sommes très précis, très concrets. Par exemple dans les déclarations ce sont 23 points qui sont passés en revue, que l'entreprise soit concernée ou non ; nous suscitons en tout cas la question chez elle. C'est le premier point qui me paraît important. Plus on essaie d'être exhaustif, moins on aura de surprises.

Le deuxième point important est que l'on a beaucoup de débats dans ce genre d'opérations autour des méthodes, des normes, des règles, des principes comptables qui sont appliqués. Nous avons pris le parti de toujours jouer à l'extérieur pour ainsi dire, à savoir que c'est dans tous les cas ce qui existe dans l'entreprise et nous demandons une description par contre très précise, très concrète de ce qui se pratique. Nous sommes en distribution professionnelle. Un point de vigilance particulier est le stock. Je peux vous dire que dans tous nos documents, figure la manière dont est fait l'inventaire, comment est calculé le prix, comment sont calculées les provisions, tout est détaillé. Si ce n'est pas le cas, nous demandons au cédant de bien vouloir le préciser.

Pourquoi cela ? Parce que sur le stock, sur 10 opérations vous en perdez 7 si vous commencez à discuter le problème des stocks, de leur valorisation, de leur provision. Cela ne sert pas à grand-chose si vous voulez avancer. Donc que faisons-nous ? Autant que faire se peut, nous en tenons compte dans le prix, nous savons que la provision moyenne est de tant, que la valorisation au dernier prix d'achat n'est pas tout a fait conforme à la réalité économique ; nous en tenons compte dans le prix. De toute façon pour notre entrée en consolidation nous nous mettons aux normes du groupe acheteur que je représente, avec bien entendu une variation de situation nette à l'entrée. Voilà le parti pris que nous avons installé. Ceci explique que nous n'avons pas trop de discussions sur les problèmes de valorisation de stocks ou de provisions clients.

La troisième pratique qui me paraît intéressante est le mode opératoire des différentes phases et la position de la convention d'actif et de garantie. Nous avons une phase de négociation sur le prix mais c'est déjà la vertébration de la garantie d'actif et de passif. Cela veut dire que nous annonçons déjà, pour qu'il n'y ait pas d'effets de surprise a posteriori, les grandes lignes de cette convention d'actif et de passif, la garantie de la garantie, la franchise ou le seuil, les normes comptables, la situation de référence, la durée, les points essentiels et vous n'en avez pas 50. Les points essentiels pour le chef d'entreprise que vous avez en face sont déjà évoqués. C'est la première phase.

La deuxième phase tourne autour du protocole qui reprend l'intention des parties et, dans pratiquement tous les cas pour nous, la GAP (puisqu'on parle ainsi aujourd'hui ici) est annexée au protocole non signé bien entendu, mais annexée à titre de projet, ce qui permet à tout le monde d'en prendre connaissance, voire de l'étudier. C'est ce protocole ensuite qui déclenche une période à la fois d'exclusivité et une période d'audit qui nous fait arriver à la troisième phase qui est la cession proprement dite, sachant qu'à cette étape 3 nous faisons des ajustements de prix qui sont annoncés dans le protocole et que l'audit a permis de déceler. Mais tout cela est déjà prévu dans le protocole.

Après tout cela nous n'avons vraiment plus qu'une garantie d'actif et de passif relativement partagée par tout le monde, déjà un peu purgée par un certain nombre de débats qu'il pouvait y avoir, sachant aussi que nous avons pris deux fonctionnements pour la garantie. Une garantie générale avec les prescriptions habituelles ; à l'exception du compte « clients » nous avons opté pour un raisonnement très simple : rendez-vous dans 12 mois, je dois avoir encaissé ce qui existe à la situation de référence nette de provision, plus les rentrées sur créances amorties ; tout cela est très défini.

Voilà quelques éléments de pratiques qui ont effectivement bien fonctionné.

M. KLING – Merci Monsieur le président. Vous avez effectivement une démarche très prudente, très rationnelle, parfaitement organisée et qui a fait ses preuves en termes d'efficacité. Il n'en demeure pas moins que l'on se heurte parfois à quelques difficultés d'ordre technique. Je veux faire allusion ici au référentiel applicable. Nous avons des difficultés techniques par exemple en qualité d'experts sur la définition elle-même du référentiel qui n'est pas toujours clairement exprimée. Français ? International ? Lequel ? Sur le problème des méthodes constantes, cela a été un changement de méthode, un changement d'estimation ? Sur les problèmes liés au changement de périmètre qui ne sont pas toujours clairement évoqués non plus dans les actes d'origine. Je suis obligé de me retourner, encore une fois, vers le Conseil des parties en lui demandant si tous ces problèmes ont bien été évoqués à l'occasion des négociations et comment ils peuvent être résolus de manière satisfaisante, de sorte que l'expert ait un mode d'emploi qui soit clairement lisible par lui à l'occasion de ses missions d'expertises ou d'arbitrage.

Me PEYRAMAURE – Si je me réfère aux débats de cette journée, j'ai bien compris que lorsqu'on parle de référentiel on se réfère à des bilans, à des comptes et je ne suis pas sûr que le juriste soit le mieux placé pour répondre à toutes ces questions, du moins sur le plan technique. En écoutant Philippe BAU, j'ai même compris que c'était tellement technique qu'il ne fallait surtout pas que le juriste s'en occupe ! Mais par delà la boutade, je veux dire que le Conseil des parties est confronté à un choix qui est plutôt un choix de sécurité juridique qu'à un choix de sécurité comptable. Je m'explique.

Nous avons, lors de l'élaboration des actes, à garantir un bilan. Quel bilan ? Nous avons à garantir un certain nombre d'éléments d'actif ou de passif : comment je me réfère à la valeur et à quelle valeur je me réfère et à quel jour je me situe ? Certes le patricien est confronté à un certain nombre de problèmes et je ne dis pas qu'il n'y a pas beaucoup de problèmes. Cela dit, vous parliez du problème international ; il y a une règle de bon sens ; si on applique le droit français il vaudrait mieux appliquer les normes comptables françaises, cela me paraît évident. Ce n'est peut-être pas toujours pratique mais je suis en tant que juriste plutôt confronté à deux séries de problèmes.

Le premier est le problème qui est né du décalage entre la date de cession et la date du bilan garanti. En clair, j'ai une société qui clôture au 31 décembre ; je cède au 30 juin ; j'ai une période de six mois. Comment est-ce que je gère la garantie sur cette période de six mois ? Je peux effectivement l'exclure de la garantie. Je peux, cela a été évoqué ce matin par le professeur MENJUCQ, garantir que j'ai géré ces six mois en bon père de famille. Est-ce satisfaisant ? Six mois dans la vie d'une entreprise c'est long, d'autant plus dans la période actuelle avec la crise économique qui fait qu'en six mois il peut se passer beaucoup de choses. J'ai un véritable problème : comment vais-je garantir normalement et légitimement l'acquéreur ? Comment, moi acquéreur, vais-je être garanti que dans cette période je n'aurai pas de mauvaises surprises ?

Vous me direz que la solution la plus claire est que, si je vends au 30 juin, je fasse une situation au 30 juin. Et de plus en plus souvent, dans le délai qui s'est écoulé entre le bilan garanti et la date de cession, on établit une situation comptable intermédiaire qui va aussi être garantie. Cela veut dire que souvent on va garantir deux bilans, le bilan au 31 décembre, plus la situation intermédiaire, ce qui pose un certain nombre de problèmes techniques que vous connaissez mieux que moi, sur la méthode d'établissement de cette situation intermédiaire, l'arrêté des comptes, les provisions, etc..

Là souvent je vais être confronté à une nouvelle difficulté. Qui va établir ce bilan ? Pourquoi ? Si je suis dans une opération LBO dans laquelle je vends et

je reste c'est facile puisque je vais être le vendeur et celui qui va établir le bilan. Donc le problème de la garantie est plutôt pour l'investisseur financier. Si je vends à effet du 30 juin et que le 1er juillet il y a une nouvelle équipe dirigeante qui arrive, c'est elle qui va établir le bilan. Donc je vais avoir à gérer ce que je pourrais appeler la loyauté dans le respect des règles d'établissement du bilan, de manière à ce que l'acquéreur ne vienne pas abîmer trop mon bilan pour faire payer une partie du prix par la mise en jeu de la garantie de passif.

Il y a là un véritable débat qui est de renvoyer souvent à l'expertise. Pourquoi ? On n'a aucun autre moyen de signer un acte au 30 juin arrêtant une situation au 30 juin qui permette de garantir au vendeur, qui ne sera plus là pour l'établir, que ses comptes ne seront pas établis de manière trop « contestatives » (je ne sais pas si le terme est adapté). Il y a en fait un conflit d'intérêts sur la tête de l'acquéreur et il faut anticiper sur la gestion de ce conflit d'intérêts par des règles relativement précises et des données à l'expert qui sera amené à établir le bilan, qui ne doit pas être forcément l'expert-comptable de l'acquéreur ou de la société concernée ou mis en place par l'acquéreur.

M. KLING – Merci. Monsieur le président SENGELIN, il me semblait que vous souhaitiez intervenir à ce stade en disant « Attention, ces problèmes sont certes éminemment techniques mais ils ne doivent pas être de la seule responsabilité des experts. Il faut aussi que les parties à l'opération, à la transaction s'impliquent dans cette définition. »

M. SENGELIN – Effectivement. Pour être rapide, une cession d'entreprise est forcément affaire de spécialistes. Spécialistes du chiffre, oui. Spécialistes du droit, oui. Mais aussi spécialistes de l'entreprise. Si tout se fait de manière un peu trop éloignée de l'entreprise (et l'entreprise pour moi ce n'est pas forcément sa direction juridique ou financière, c'est vraiment ce que j'appelle le cœur de métier) à un moment donné si nous voulons éviter quelques soucis d'interprétation ou quelques surprises après signature, il serait judicieux que l'entreprise soit impliquée à travers des fondamentaux de métier que l'on devrait retrouver dans ces documentations.

M. KLING – Je crois comprendre que les experts c'est bien, c'est beaucoup mais ce n'est rien sans les entreprises. Nous l'avons tous compris. Merci à chacun d'entre vous pour votre intervention. Vous pouvez les remercier, les féliciter et les applaudir. *(applaudissements)*. Ils ont non seulement, Madame le président, respecté exactement l'horaire que vous avez souhaité mais en même temps ils ont éclairé chacune et chacun d'entre nous par leurs propos très compétents.

Mme FAVRE – Je crois que votre scénario était tout à fait réussi. Il nous a permis finalement, petit à petit, de découvrir des problèmes et aussi d'y répondre. Je vous en remercie. Je vous remercie aussi d'avoir respecté notre horaire. Nous n'avons plus qu'un quart d'heure de retard ; donc nous aurons une pause d'un quart d'heure et nous aurons complètement rattrapé ce retard. Je vous attends donc à 17 heures pour la reprise de nos travaux.

(la séance est suspendue)

(la séance est reprise à 17 heures 05)

Mme FAVRE – Merci d'être de retour. Nous allons maintenant entendre M. SALOMON qui va nous faire un exposé sur **les incidences pénales relatives à cette clause de garantie de passif**. Ne croyez pas qu'à la Cour de cassation nous présentions nos rapports nécessairement debout, mais M. SALOMON se sent mieux dans cette position.

LES INCIDENCES PÉNALES
par Monsieur Renaud SALOMON

Conseiller référendaire à la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation

M. SALOMON – Je renouerai avec la tradition d'ancien parquetier puisque pendant les six premières années de ma carrière, j'ai été parquetier.

Nous avons vu tout au long de cette journée que le caractère limité de la garantie légale applicable en cas de cession de titre sociaux conduit souvent les acquéreurs à exiger des cédants qu'ils souscrivent des clauses de garantie portant sur les éléments d'actif et/ ou de passif de la société dont les droits sont cédés. Ces clauses sont destinées à prémunir l'acquéreur contre l'apparition, postérieurement à la cession, d'un événement dont la cause lui est antérieure et se traduirait par un accroissement du passif ou une diminution de l'actif.

Généralement, le cédant fait précéder la clause de garantie de passif d'un certain nombre de déclarations concernant la société dont les titres sont cédés. En particulier, il y présente les principales caractéristiques de cette société (répartition du capital, liste des dirigeants en poste, absence de clause d'inaliénabilité des titres...), les emprunts dont la société bénéficie, le nombre de salariés employés, un état des sûretés et litiges en cours, mais surtout, ce qui nous intéresse ici, les différents postes d'actif et de passif et affirme à cette occasion la sincérité des comptes ayant servis de base à l'évaluation des titres cédés.

Or, le cédant, débiteur de la clause de garantie de passif, peut être tenté de modifier à son avantage les éléments bilanciels sur la base desquels le prix de cession et la clause de garantie ont été souscrits. Aussi se développe-t-il, dans la pratique judiciaire contemporaine, une tendance des cessionnaires à remettre en cause les cessions de titres opérées à leur profit, au motif que ces éléments bilanciels, sur la base desquels leur consentement a été obtenu, ont été falsifiés, ou pour le moins surévalués, par les cédants et parfois par les professionnels du chiffre, commissaires aux comptes et experts-comptables[1].

Ce préjudice résultant de déclarations inexactes ou incomplètes sur la base desquelles a été souscrite la garantie de passif peut donner lieu à des indemnisations sur de multiples fondements.

Le cessionnaire, bénéficiaire de la clause de garantie de passif, pourra tout d'abord agir devant les juridictions civiles, comme nous l'avons vu durant toute cette journée, sur le fondement du droit spécial de la clause de garantie de passif.

Ce cessionnaire pourra ensuite agir, toujours devant le juge civil, sur le fondement du droit commun des contrats, en particulier en nullité pour erreur (article 1110 du code civil) et surtout pour dol (article 1116 du code civil).

Il pourra enfin choisir de porter le contentieux sur le plan pénal. Une constitution de partie civile ou une plainte au parquet pourra être le moyen commode pour le cessionnaire de contourner le principe dispositif de l'article 12 du Code de procédure civile, lui imposant de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au soutien de sa prétention, et d'obtenir à son profit le déclenchement d'une enquête pénale marquée par son caractère inquisitorial. Le cessionnaire pourra alors demander des dommages et intérêts, soit devant le juge des intérêts civils, soit devant le juge civil, devant lequel il versera une copie de l'enquête pénale au soutien de ses prétentions.

Le droit pénal fait donc son apparition, dès lors que la clause de garantie de passif a été gravement dévoyée par une manipulation comptable qui lui est antérieure.

En pareil cas, deux idées directrices imprègnent fortement le droit pénal comptable: des éléments constitutifs des délits comptables particulièrement larges (I) et une efficace protection du bénéficiaire de la clause de garantie de passif, victime de ces infractions (II).

I- Clauses de garantie de passif et éléments constitutifs larges des infractions comptables:

La multiplication des infractions relatives aux comptes sociaux témoigne de la volonté du législateur d'assurer, dans un climat propice à la gouvernance d'entreprise, la meilleure information possible des actionnaires, des salariés et des partenaires de la société, tels que les cessionnaires, bénéficiaires de la clause de garantie de passif. À cette fin, plusieurs délits sont venus renforcer les règles de droit comptable, afin d'en garantir une meilleure application.

A été ainsi créé, dès 1935, le délit de présentation ou de publication de bilan inexact, consistant à *"présenter aux actionnaires, même en l'absence de toute distribution de dividendes, des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine, à l'expiration de cette période, en vue de dissimuler la véritable situation de la société"* (C. com., art. L. 242-6, 2°).

Infraction complémentaire de celle de présentation ou de publication de comptes inexacts, la répartition de dividendes fictifs porte atteinte au principe d'intangibilité du capital social régissant le fonctionnement des sociétés par actions. Un tel prélèvement affecte non seulement la situation des créanciers de la société, lesquels disposent toujours, pour le moins, d'un droit de gage général sur le capital social, mais aussi celle des tiers, tels que le bénéficiaire de la clause de garantie de passif, ainsi trompés sur l'apparence de prospérité de la société. Est donc puni le fait pour le dirigeant d'une société anonyme (C. com., art. L. 242-6, 1°), ou pour un gérant d'une société à responsabilité limitée (C. com., art. L. 241-3, 3°), d'opérer respectivement entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux.

Le caractère extensif des éléments constitutifs de ces deux infractions apparaît tant à l'examen de leurs éléments communs (A) qu'à celui des éléments spécifiques du délit de répartition de dividendes fictifs (B).

1 (R. Salomon, Précis de droit commercial, PUF 2005, p. 160)

A- Le caractère extensif des éléments communs aux deux délits comptables

1° Une condition préalable: des comptes annuels inexacts

L'inventaire frauduleux est *"celui qui révèle une inobservation volontaire des prescriptions comptables ayant une incidence sur le résultat, et de nature à créer un bénéfice artificiel"* [2]. L'inexactitude du bilan va consister, plus précisément, à faire apparaître, au moment de sa présentation ou de sa publication, en particulier à l'attention du bénéficiaire de la clause de garantie de passif, un bénéfice qui n'existe pas ou un bénéfice plus important qu'il n'est en réalité. Cette inexactitude peut résulter d'une majoration de l'actif (a) ou d'une minoration de passif (b).

a) Cette majoration de l'actif peut, tout d'abord, être obtenue par une surévaluation d'actifs réels : surévaluation des stocks[3], évaluation exagérée en portefeuille représenté par des actions d'une filiale artificiellement valorisées[4]. Elle résultera aussi d'amortissements insuffisants[5] ou de l'inscription de frais généraux comme frais de premier établissement. Enfin, la majoration frauduleuse sera caractérisée par la simulation d'éléments d'actifs en réalité inexistants : maintien à l'actif de créances devenues non recouvrables[6] ou inscription de créances appartenant à l'exercice suivant en violation du principe de spécialisation des exercices.

b) La minoration du passif peut consister en une sous-évaluation de dettes[7] ou de charges[8], en une omission d'un risque de perte[9] ou en une absence de dotation à l'amortissement des frais d'établissement ou de majoration des résultats par comptabilisation de chantiers non entrepris[10]. En second lieu, cette minoration peut être le résultat de l'omission d'une charge, notamment en n'inscrivant pas une dette résultant d'une condamnation judiciaire

2° Un élément matériel proprement dit: une publication ou une présentation des comptes inexacts

La présentation de ces documents comptables aux actionnaires ou aux associés suppose leur soumission à l'approbation de l'assemblée générale (C. com., art. L. 225-100, pour les sociétés anonymes. . C. com., art. L. 223-19, pour les sociétés à responsabilité limitée.[11]. La présentation des comptes annuels se réalise, également, par toute communication aux actionnaires ou aux associés : dépôt de l'inventaire et des comptes annuels au siège social, dans le délai de quinze jours qui précède la réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle, envoi de ces documents aux actionnaires ou associés qui en font la demande (C. com., art. L. 225-115, pour les sociétés anonymes. . C. com., art. L. 221-7, pour les sociétés à responsabilité limitée). La présentation est ainsi réalisée, dès la mise à disposition des comptes annuels aux actionnaires en vue de l'assemblée générale destinée à les approuver[12].

Selon la jurisprudence, la publication consiste en *"tout procédé ayant pour but et pour effet de faire connaître le bilan aux tiers dans le cadre de l'administration de la société et pour les besoins de celle-ci"*[13]. En effet, comme le relève très justement une décision, *"par la généralité des termes, le texte pénal n'exclut, pour la réalisation de la publicité [des comptes sociaux] aucun procédé de diffusion"*[14]. Il peut s'agir de modes écrits de publication aussi divers que le dépôt des comptes au greffe du tribunal, une publication au Bulletin des annonces légales obligatoires[15], des articles dans la presse, des circulaires, des affiches ou des prospectus.

B- Le caractère extensif des éléments propres au délit de répartition de dividendes fictifs

1° Elément matériel du délit de distribution de dividendes fictifs

Le Code de commerce affirme sans ambiguïté l'interdiction de distribuer des dividendes sur le capital social : *"Aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsque les capitaux propres sont ou deviendraient à la suite de celle-ci inférieurs au montant du capital"* (C. com., art. L. 232-11, al. 3).

Le délit est abusivement dénommé distribution de dividendes fictifs, alors que le texte d'incrimination emploie le terme "répartition". Cette précision terminologique n'est pas sans intérêt. Beaucoup plus extensive que la notion de distribution de dividende, qui implique une perception effective par les actionnaires, la répartition est caractérisée dès qu'il y a mise à disposition des dividendes à leur profit[16]. En l'absence de répartition, le délit n'est pas constitué, et ce, d'autant plus que le législateur n'a pas souhaité incriminer la tentative dans ce domaine[17]. En pareil cas, il n'y a de place que pour le délit de présentation ou de publication de bilan inexact[18]. Si les dividendes sont le plus souvent versés en espèces, ils peuvent l'être également par voie de remise d'actions gratuite faisant suite à une incorporation de réserves au capital, d'attribution d'obligations, de compensation ou de virement bancaire.

Cette mise à disposition du dividende au profit des actionnaires peut être le fait de l'assemblée générale, lorsqu'elle vote les modalités de mise en paiement des dividendes. Mais, le plus souvent, c'est la décision du conseil d'administration dans les sociétés anonymes . ou des gérants dans les sociétés à responsabilité limitée . de mettre les dividendes en paiement qui réalise, du point de vue pénal, la répartition[19]. Effectivement, à partir de cette répartition, le bénéfice n'est plus un revenu social, mais un revenu personnel, propre à chaque actionnaire. En conséquence, le délit n'est pas constitué si le conseil d'administration ne donne pas suite à la décision de répartition d'un dividende voté par l'assemblée générale[20]. L'assemblée générale, tant que la mise en paiement du dividende n'a pas été ordonnée par le conseil d'administration, peut revenir sur sa décision et ajourner la date du paiement[21].

2° Élément moral du délit de distribution de dividendes fictifs

L'élément intentionnel résultera, tout à la fois, de la connaissance du caractère fictif du dividende distribué et de l'absence d'inventaire ou de son caractère frauduleux[22] à la date de sa confection[23]. En effet, comme pour le délit de présentation ou de publication de bilan inexact, l'exigence d'un tel élément intentionnel permettra d'éviter que le délit ne soit constitué à raison seulement de la répartition de dividendes fictifs, en présence d'un bilan qui généralement n'aura pas été matériellement établi par les personnes poursuivies pour distribution de dividendes fictifs[24]. Mais, là encore, la preuve de cette mauvaise foi sera en pratique facile à établir. Certaines fraudes, particulièrement graves, précédant souvent la souscription d'une garantie de passif,

---

2 (Cass. crim., 4 mai 1954 : Bull. criM. 1954, n° 159)

3 (Cass. crim., 24 avr. 1891 : Rev. sociétés 1891, p. 310. . Cass. crim., 10 nov. 1942 : Bull. criM. 1942, n° 108 ; JCP 1943, II, p. 2332, note D. Bastian. . Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 03-83.107)

4 (T.corr. Seine, 25 juin 1951 : Gaz. Pal. 1952, 2, p. 101) ou majoration de la valeur de titres en portefeuille (Cass. crim., 23 juin 1883 : DP 1883, I, p. 425)

5 (Cass. crim., 17 mai 2006, n° 05-81758)

6 (Cass. crim., 25 juill. 1927 : Bull. criM. 1927, n° 155. . Cass. crim., 11 juill. 1930 : Bull. criM. 1930, n° 198 ; DP 1932, I, p. 145, note P. Cordonnier. . Cass. crim., 3 août 1938 : Bull. criM. 1938, n° 194 ; JCP 1939, II, n° 1053. . Cass. crim., 5 mai 1949 : Bull. criM. 1949, n° 159 ; JCP 1949, II, n° 5164)

7 (CA Colmar, 13 janv. 1982 : Bull. CNCC 1982, n° 46, p. 171)

8 (Cass. crim., 3 août 1938, préc.)

9 (T. corr. Paris, 10 janv. 1981 : Rev. sociétés 1981, p. 142, note B. Bouloc)

10 (CA Angers, 13 déc. 1990 : JurisData n° 1990-050386)

11 Cass. crim., 16 févr. 1987 : Bull. criM. 1987, n° 72)

12 (T. corr. Seine, 13 juill. 1963, Comptoir national du logement : Gaz. Pal. 1963, 2, p. 325 ; RTD coM. 1964, p. 104, note Houin. . CA Paris, 12 juin 1984 : Gaz. Pal. 1984, 2, jurispr. p. 587)

13 (CA Paris, 12 juill. 1969 : Gaz. Pal. 1969, 2, p. 270)

14 (T. corr. Paris, 27 janv. 1969, préc. . Confirmé par CA Paris, 12 juill. 1969, pré)

15 (CA Paris, 15 mai 1935 : Rev. sociétés 1935, p. 357. . CA Angers, 20 juill. 1942 : Journ. sociétés 1944, p. 55. . Cass. crim., 29 nov. 2000 : Bull. criM. 2000, n° 359 ; Rev. sociétés 2001, p. 380, note B. Bouloc)

16 (A. Lepage. P. Maistre du Chambon et R. Salomon, Droit pénal des affaires, Litec 2008, n° 853)

17 (J.-H. Robert et H. Matsoupoulou, Droit pénal des affaires, PUF, 2004, coll. "Droit fondamental", n° 302)

18 (J. Larguier et P. Conte, Doit pénal des affaires, A. Colin, 11e éd. 2004, coll. « U », n° 302. . W. Jeandidier : Droit pénal des affaires, op. cit., n° 298)

19 (Cass. crim., 28 mars 1936 : Bull. criM. 1936, n° 39 ; DH 1936, p. 270 ; Gaz. Pal. 1936, 2, p. 9 ; Journ. sociétés 1937, p. 653)

20 (T. corr. Seine, 20 déc. 1933 : Gaz. Pal. 1934, 1, p. 331)

21 (Cass. crim., 21 mai 1935 : RTD soc. 1935, p. 474)

22 (CA Paris, 16 nov. 1925 : Journ. sociétés 1926, p. 664. . T. corr. Seine, 25 juin 1951 : JCP G 1952, II, 6656)

23 (Cass. crim., 25 juin 1927 : Gaz. Pal. 1927, 2, p. 726)

24 (J. Larguier et P. Conte, préc., n° 404)

emportent nécessairement la mauvaise foi. Aussi, les juges prendront-ils en considération la nature des fonctions exercées par le dirigeant dans la société, le rôle de celui-ci dans la décision de répartition des bénéfices, mais aussi, comme souvent en matière d'infractions comptables, le nombre et la gravité des fraudes ainsi que leur caractère apparent ou non[25]. Par ailleurs, la jurisprudence tend à caractériser l'intention frauduleuse à partir de la qualité des prévenus et des connaissances comptables qu'ils devaient, pour le moins, avoir sur la situation de la société, qu'il s'agisse du dirigeant ou *a fortiori* des professionnels du chiffre[26], de sorte qu'il n'est pas possible à ces professionnels d'échapper à sa responsabilité pénale en invoquant seulement sa négligence. Enfin, le mobile importe peu. Est donc inopérant le fait que la distribution de dividendes tendait à maintenir le fonctionnement d'une société en difficulté[27] ou que la distribution de dividendes avait été réalisée en dehors de tout profit personnel.

II- Clauses de garantie de passif et protection du bénéficiaire de la clause de garantie de passif:

Cette protection du bénéficiaire de la clause de garantie de passif est assurée tant devant le juge pénal (A) que devant le juge civil (B).

A- La protection du bénéficiaire de la clause de garantie de passif devant le juge pénal:

1- Le délit de présentation ou la publication de bilan inexact est destiné à assurer la foi due à la comptabilité d'une entreprise. En conséquence, en application de l'article 2 du Code de procédure pénale, ce délit peut donner lieu à dommages et intérêts, si est caractérisé un préjudice personnel découlant directement de l'infraction: la présentation litigieuse doit avoir déterminé la remise des fonds par la victime.

Ainsi, est recevable à exercer l'action civile à titre individuel l'actionnaire bénéficiaire d'une clause de garantie de passif qui a été conduit à acquérir les titres de la société, à raison de la présentation ou de la publication du faux bilan[28]. La Cour de cassation a même admis que les héritiers d'un tel actionnaire, trompé par des comptes sociaux inexacts, étaient en droit d'obtenir la réparation du préjudice moral subi par leur auteur[29]. Est, en revanche, irrecevable la constitution de partie civile de l'actionnaire, le cas échéant bénéficiaire d'une clause de garantie, si la présentation ou la publication des comptes n'a été déterminante, ni de sa décision de prendre une participation dans la société, ni de l'évaluation des titres cédés[30]. Cette position, qui admet largement la constitution de partie civile de l'actionnaire ou de l'associé en matière de publication ou de présentation de comptes inexacts, diverge de celle adoptée par la Cour de cassation en matière d'abus de biens sociaux[31]. Elle s'explique par le fait que si un associé ne subit pas de préjudice personnel direct, lorsque la baisse de la valeur de ses titres provient de pertes affectant l'actif social et résultant de la faute des dirigeants sociaux, en revanche, il subit un préjudice personnel direct lorsqu'il se plaint d'une dévalorisation de ses titres due à de mauvaises informations reçues des dirigeants[32].

2- S'agissant du délit de répartition de dividendes fictifs, l'action civile peut être portée devant la juridiction répressive, sans préjudice de l'action civile portée devant le juge commercial. L'action individuelle peut être intentée par les actionnaires, les associés, ou les nouveaux entrants dans la société, bénéficiaires de la clause de garantie de passif, lorsqu'ils ont subi un préjudice personnel du fait de la répartition irrégulière[33]. Dès lors que le cours ou la valeur du titre a chuté après l'acquisition, ceux-ci subissent en effet un préjudice, dont ils sont fondés à demander la réparation à l'auteur de la distribution de dividendes fictifs.

B- La protection du bénéficiaire de la clause de garantie de passif devant le juge civil:

Le bénéficiaire de la clause de garantie de passif, victime d'une présentation ou d'une publication de bilan inexact peut également agir devant la juridiction civile à l'encontre du cédant resté majoritaire sur le fondement de la responsabilité civile pour faute de gestion.[34] Cette action, qui doit être intentée dans un délai de trois ans à compter de la survenance du fait dommageable ou de sa révélation, peut l'être malgré une décision de non-lieu ou de relaxe du chef d'abus de biens sociaux, dès lors que les fonds versés à un tiers ont été comptabilisés sous une fausse mention pour dissimuler l'opération[35]. De plus, les victimes de comptes inexacts peuvent agir à l'encontre des commissaires aux comptes, dont la mission légale comporte notamment le contrôle de l'activité des dirigeants sociaux [36]et la certification des comptes[37].

Dans la mesure où la distribution de dividendes fictifs cause un préjudice à la société, aux associés et aux bénéficiaires de la clause de la garantie, il peut être recouru au droit commun de la responsabilité civile des dirigeants[38]. Cette action peut être exercée contre ces derniers, même s'ils ont fait l'objet d'un acquittement devant la juridiction pénale du fait de la distribution de dividendes fictifs. En effet, est ici en cause la faute de gestion du dirigeant social, dont les contours dépassent largement ceux de la faute pénale
Cass. req. 26 juin 1892 : Journ. sociétés 1892, p. 562).

Peut en outre être exercée une action civile spéciale. La répartition de dividendes fictifs porte avant tout préjudice à la société, dont la trésorerie aura été amputée, ce qui peut compromettre sa survie. Aussi, l'article L. 232-17 du Code de commerce dispose que *"La société ne peut exiger des actionnaires ou porteurs de parts aucune répétition de dividendes, sauf lorsque les deux conditions suivantes sont réunies : 1° si la distribution a été effectuée en violation des articles L. 232-11, L. 232-12 et L. 232-15 [et] 2° si la société établit que les bénéficiaires avaient connaissance du caractère irrégulier de cette distribution au moment de celle-ci ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances"*. Une telle action doit être intentée, dans les sociétés à responsabilité limitée, dans le délai de trois ans à compter de la mise en distribution des dividendes [39]et, dans le silence de la loi, cette solution devrait logiquement être transposée aux

25 (CA Paris, 14 juin 1995 : Dr. sociétés 1995, comM. 219, obs. D. Vidal)

26 (Cass. crim., 30 mai 1930 : Rev. sociétés 1930, p. 326. . CA Paris, 2 déc. 1936 : Journ. sociétés 1937, 659. . CA Paris, 13 juill. 1938 : Gaz. Pal. 1938, 2, 194)

27 (CA Paris, 16 nov. 1925 : Journ. sociétés 1926, p. 664. . CA Grenoble, 6 déc. 1934 : RTD soc. 1935, p. 40)

28 (Cass. crim., 5 nov. 1991 : Bull. criM. 1991, n° 394 ; Rev. sociétés 1992, p. 97, note B. Bouloc. . Cass. crim., 30 janv. 2002 : Bull. criM. 2002, n° 14 ; JCP G 2001, I, p. 2226 ; JCP E 2002, p. 1082, note J. Cellier ; Dr. pén. 2002, comM. 73, obs. J.-H. Robert ; D. 2002, p. 1144 ; Rev. sociétés 2002, p. 350, note B. Bouloc ; Bull. Joly Sociétés 2002, p. 797, note J.-F. Barbiéri. . Cass. crim., 16 avr. 2008 : Dr. sociétés 2008, comM. 135, obs. R. Salomon)

29 (Cass. crim., 30 oct. 2002 : Bull. criM. 2002, n° 14 ; JCP G 2001, I, p. 2226 ; JCP E 2002, p. 1082, note J. Cellier ; Dr. pén. 2002, comM. 73, obs. J.-H. Robert ; D. 2002, p. 1144, Rev. sociétés 2002, p. 350, note B. Bouloc ; Bull. Joly Sociétés 2002, p. 797, note J.-F. Barbiéri)

30 (Cass. crim., 5 mai 2004 : Dr. sociétés 2004, 159, obs. R. Salomon ; Bull. Joly Sociétés 2004, p. 1250, note J.-F. Barbiéri ; RJDA 2004, n° 1225 ; Rev. sc. criM. 2005, p. 313, obs. D. Rebut)

31 (v. notamment : Cass. crim., 13 déc. 2000 : Bull. criM. 2000, n° 373)

32 (Rapp. C. cass. 2002, La Documentation française, p. 540)

33 (Cass. crim., 4 nov. 1969 : D. 1970, somM. 833)

34 (C. civ., art. 1850. . C. com., art. L. 223-23, pour les gérants de sociétés à responsabilité limitée. . C. com., art. L. 225-254, pour les dirigeants de sociétés anonymes. . M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés, Litec, 20ème éd. 2007, n° 303)

35 (Cass. com., 9 nov. 1993 : Bull. civ. IV, n° 401 ; JCP E 1994, pan. 50 ; BRDA 1993, n° 23)

36 (CA Paris, 23 févr. 1978 : Rev. sociétés 1979, p. 92, note E. du Pontavice. . Cass. com., 21 nov. 1989 : Bull. CNCC 1990, p. 240, note E. du Pontavice)

37 (CA Paris, 13 nov. 1998 : RJDA 1999, n° 3. . CA Paris, 12 fêvr. 1999 : D. affaires 1999, p. 765, obs. M. B. ; Bull. Joly Sociétés 1999, p. 619, note J.-F. Barbiéri. . CA Paris, 6 oct. 1999 : JCP E 1999, p. 2043 ; Bull. Joly Sociétés 2000, p. 34, note F. Pasqualini et V. Pasqualini-Salerno)

38 (C. com., art. L. 223-22, s'agissant des sociétés à responsabilité limitée. . C. com., art. L. 225-251 et art. L. 225-256, s'agissant des sociétés anonymes. . C. com., art. L. 226-12, s'agissant des sociétés en commandite par actions. . M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés, Litec, 20e éd. 2007, n° 281. . G. Ripert et R. Roblot par M. Germain, Traité de droit commercial, LGDJ, 18e éd. 2002, n° 1758)

39 (C. com., art. L. 223-40)

sociétés anonymes. Cette action est éteinte, faute d'intérêt, si les dirigeants sociaux remboursent sur leurs deniers la répartition opérée de façon illicite. Dans les sociétés anonymes, les conditions posées par l'article L. 232-17 du Code de commerce rendront difficile en pratique la mise en œuvre de l'action en répétition: il conviendra d'établir, d'une part, la violation des règles concernant l'exercice de sommes distribuables, l'approbation des comptes et la constatation de l'existence de sommes distribuables par l'assemblée, d'autre part, la connaissance par les actionnaires du caractère inexact des comptes annuels [40] Dans les sociétés à responsabilité limitée, dans la mesure où les conditions restrictives posées à l'article L. 232-17 du Code de commerce ne se retrouvent pas à l'article L. 223-40, les associés semblent toujours tenus de restituer les sommes qu'ils n'auraient pas dû percevoir[41].

Je vous remercie.

(Applaudissements)

Mme FAVRE – Merci beaucoup Monsieur le conseiller pour ce travail qui nous a tout d'abord fait connaître un peu la face noire des actions qui peuvent être intentées, actions purement pénales mais aussi surtout ce qui me paraît intéressant les différentes voies à la frange du civil et du pénal qui peuvent être ouvertes à la victime, notamment la recherche de la responsabilité civile pour faute de gestion. C'est ce qu'il y a de tout à fait innovant dans ce travail.

Je crois que vous avez été très attentifs, j'espère non passifs, pendant tous ces débats. Nous sommes maintenant pour quelques instants à l'écoute de vos questions en espérant pouvoir y répondre.

Un intervenant

Une remarque de peu d'importance après le remarquable exposé de M. le haut conseiller ; c'est une remarque terminologique. M. le haut conseiller connaît tellement bien sa matière qu'il parle comme nous de bilan inexact pour faire court mais en fait on sait bien qu'il ne s'appelle plus bilan inexact mais bilan ne donnant pas une image fidèle. Nous tenons beaucoup à ce distinguo. En effet, comme le disait un professeur de finances, dans un bilan il n'y a qu'une chose qui est exacte c'est la date. Et encore ! Donc la sincérité, l'image fidèle, la notion mériterait d'y passer quelques jours pour la définir. Mais nous redoutons beaucoup la notion d'exactitude car elle donne une image que les financiers, les comptables ne veulent pas assumer. Il y a encore ce mot dans un grief de l'AMF ; l'information financière ne peut pas être exacte, elle doit être sincère ; elle peut avoir beaucoup de qualités mais malheureusement pas celle de l'exactitude.

Mme FAVRE – Si je comprends bien, ce n'était pas une question mais une réflexion.

Même intervenant

Oui. Entre nous nous parlons de bilan inexact, cela va plus vite ; mais vers l'extérieur je suis très attaché à ce que l'on abandonne cette notion d'exactitude.

Mme FAVRE – Avez-vous d'autres questions ? Il me semblait que ce matin il y en avait beaucoup.

M. BAU – Excusez-moi de revenir sur ce point que Didier FAURY a repris avec beaucoup de justesse. J'ai dit tout à l'heure que, dans le cadre d'une transaction, on recherchait (je ne sais pas si c'est le bon terme) non pas un bilan fidèle mais un bilan exact. C'est vrai que la notion d'image fidèle donne aux commissaires aux comptes et aux professionnels de notre comptabilité la possibilité d'apprécier un seuil de signification que, pour faire bref, l'on admet comme étant 10 % du résultat des capitaux propres. Est-ce que l'on peut se contenter de ce seuil de signification en matière d'acquisition d'une entreprise, dans la mesure où 10 % représentent 10 % du coût sur la valeur d'acquisition de l'entreprise ? Je pense que, nonobstant la qualification du bilan exact mais plutôt de bilan donnant une image fidèle, c'est un point certainement sur lequel il faudra réfléchir.

Mme FAVRE –Sur les premiers exposés, le duo de nos experts ou la table ronde, avez-vous des observations ? des questions ?

40 (Lamy Droit pénal des affaires 2008, n° 1998).

41 (CA Aix-en-Provence, 2 avr. 1992 : Dr. sociétés 1992, comM. 229, obs. Y. Chaput)

Même intervenant

Nous avons tous été frappés par la sagesse de M. le président du tribunal de commerce quand il est acquéreur de sociétés. Comme experts, nous avons tous vu des comportements opposés, c'est-à-dire des acquéreurs qui, titulaires de clause de garantie d'actif ou de passif, n'avaient qu'une idée : se demander comment ils allaient pouvoir la mettre en action. Là nous avons vu le contraire. Vous nous avez fait passer un message de grande sagesse en disant « Ce qui compte c'est la réussite de l'acquisition et pas absolument le contentieux ». Je dis cela parce que je voulais aussi répondre à Philippe PEYRAMAURE en lui disant que les avocats de toute façon, quelle que soit la qualité avec laquelle ils rédigent les clauses, tout dépend en fait des parties qui sont en face. Même si les clauses sont très bien rédigées, c'est le travail des avocats et les clauses sont souvent bien rédigées, cela n'empêche pas les contentieux parce que tout dépend finalement de la volonté de la partie qui va utiliser ou non la clause de garantie.

Mme FAVRE – Merci.

M. MESSAGER – Avocat mal formé et rédacteur de clauses !

Mme FAVRE – Merci de prendre la parole.

INTERVENTION de

Maître Marc MESSAGER

M. MESSAGER – Il faut un certain courage après ce que mon confrère P. PEYRAMAURE a dit tout à l'heure, devant un auditoire qui n'en demandait pas tant ! J'ai une réflexion et une interrogation.

La réflexion est sur ce que j'ai entendu ce matin : j'ai bien compris que lorsqu'un expert était désigné, nous avions la vérité. Je me suis consolé quand j'ai compris que lorsqu'il y avait deux experts nous nous en éloignions. Ce que j'ai pu entendre à certains égards m'en a infiniment convaincu !

Ma question, sous forme d'inquiétude, concerne le premier exposé de cet après-midi sur la mission d'expertise et la méthodologie de l'expert. C'est en tant que praticien du contentieux que je m'exprime. Je crains beaucoup, après avoir entendu ce que j'ai entendu, si la méthodologie qui nous a été exprimée s'applique effectivement, que les réunions d'expertise soient particulièrement animées. Il y a quelque chose que j'ai moins entendu dans ce propos, encore que le titre y figurait au cinquième point « réponses aux questions du juge », je crois devoir rappeler une évidence que tout le monde a à l'esprit ici mais qui n'a pas été rappelé, me semble-t-il (c'était après le déjeuner, donc j'ai un petit doute !) : l'expert répond aux questions du juge. J'ai envie de dire qu'il ne répond qu'aux questions du juge, du moins du juge civil. On nous a rappelé l'article 12 tout à l'heure. Or ce que j'ai entendu, sauf à le considérer comme un exposé de l'étendue de tous les champs du possible, était en réalité une appropriation totale par l'expert du problème de l'expertise d'une garantie de passif. En effet on nous a dit que l'expert devait tout prendre de A à Z, que certes il n'avait pas à se préoccuper du droit mais enfin, il ne pouvait pas s'en abstraire totalement et, au bénéfice de cette évidence de s'en emparer complètement pour en quelque sorte (le juge ne se laissera pas faire évidemment) ficeler le juge en lui disant : « Je suis celui qui sait. Je suis celui qui a tout examiné. Vous n'avez plus qu'à confirmer ce que je vous écris. »

Je pense qu'il convient, au chapitre des méthodes, de rappeler (et je sais bien que mon intervention est volontairement provocatrice devant des experts judiciaires) que l'expert judiciaire doit d'abord se conformer à ce que lui demande le juge ; cela peut créer des incidents s'il dépasse cette ligne car

alors les conseils des parties risquent de rentrer (quelquefois je l'ai vu de façon plus ou moins amène) en opposition avec cet expert.

Voilà ce que je voulais exposer et après cette remarque interroger les professionnels de l'expertise qui sont ici réunis sur le fait qu'ils partagent ou non ce point de vue.

M. LOEPER – Tout d'abord vous avez dit que les réunions d'expertise risquaient d'être animées. Normalement on doit avoir un minimum de courage et savoir affronter éventuellement la contradiction un peu vive. Vous avez dit aussi, nous sommes évidemment de votre avis, que l'expert devait s'en tenir à la mission qui lui est donnée par le juge. C'est dans le Code ; nous le connaissons également. Ce que nous avons voulu montrer, ne connaissant a priori pas lorsque nous préparions l'exposé, les questions qui étaient posées par le juge, c'est l'ensemble des réponses que les experts pouvaient apporter en fonction des questions posées. Ceci étant, bien souvent nous avons des missions qui ne sont pas toujours formidables mais sur le thème : faire le compte entre les parties en application de la garantie de passif. Lorsqu'on a des libellés aussi généraux, nous sommes bien forcés, me semble-t-il, d'examiner l'ensemble des points. Mais je suis prêt à en débattre.

M. SOUFFLET – Il est évident qu'au travers des décisions qui désignent l'expert, des conclusions ont déjà été déposées par les parties qui ont précédé. Mais notre présentation est forcément large puisque nous devons balayer l'ensemble, nous ne sommes pas dans un cas d'espèce. L'expertise est nécessairement un cas d'espèce. Effectivement l'expert s'en tient à la mission qui lui a été fixée par le juge, c'est fondamental.

Mme FAVRE – Une dernière question ?

Mme BATUDE – J'aurais voulu poser une question, à tous d'ailleurs, sur l'articulation que vous voyez dans les documents qui s'appellent « déclarations et garanties », puis « indemnisations », sur l'utilité finalement de ces déclarations. En effet on trouve un certain nombre de déclarations qui ont parfois une portée assez importante mais on ne trouve pas dans l'indemnisation quelles conséquences on tire des déclarations fausses. Par exemple on peut avoir une déclaration fausse, du genre « J'ai bien payé toutes mes charges sociales. Le passif est exact (car finalement c'est un problème de répartition entre les dettes sociales) ». Quelles conséquences en tire-t'on ?

M. PEYRAMAURE – Je vais apporter la réponse de l'avocat seulement. Effectivement on voit des garanties d'actif et de passif qui sont rédigées avec des pages et des pages de déclarations d'intérêt très inégal. Pour répondre brièvement, il y a sans doute un certain nombre de déclarations qui n'ont aucun intérêt ou même si elles sont fausses qui ne causent aucun préjudice et ne peuvent pas donner lieu à indemnisation. Déclarer que l'on est à jour d'avoir transcrit sur les registres sociaux les procès-verbaux c'est bien ; si cela n'a pas été fait et s'il y a deux procès-verbaux qui sont en retard, s'ils sont signés et s'il n'y a aucun doute sur leur existence ou autre, cela ne cause aucun préjudice à personne et cela n'amène rien.

Il y a en revanche des déclarations qui peuvent donner lieu à une véritable indemnisation. Citons un exemple : la technique la plus courante est « Je n'ai pas de litiges, sauf ce qui est à telle annexe ». On renvoie à une annexe et là on identifie les litiges. Après, il faut voir ce qui est prévu dans le contrat. Est-ce que le montant identifié est une exonération d'avoir à le passer en comptabilité ? A ce moment-là l'indemnisation ne jouera pas. Ou bien, au-delà de ce qui est déclaré, est-ce que l'on doit être indemnisé ? C'est une indemnisation qui se fait dans le cadre normal de l'indemnisation sur le montant du passif.

En revanche quelques déclarations erronées peuvent donner lieu à un autre type de contestations qui ont largement été évoquées aujourd'hui. C'est l'erreur : par mes déclarations inexactes j'ai provoqué l'erreur de consentement de l'acquéreur, voire j'ai usé de manœuvres que le juge qualifiera de dolosives et qui mériteront indemnisation.

Ceci étant, derrière votre question je suppose que vous vouliez soulever que, dans un certain nombre d'actes, la sanction de l'inexactitude n'était pas prévue, ce qui est vrai et regrettable.

Mme BOLLAND -BLANCHARD – Je voudrais compléter le propos précédent de mon confrère. De mon côté, je ne fais que du contentieux et donc, Dieu merci, je ne rédige pas les clauses de garantie d'actif et de passif et je suis plutôt là pour les interpréter ou les faire jouer dans un sens ou dans un autre. Mon propos est plutôt de considérer que le recours à l'expert devrait avoir lieu avant l'avocat, avant le juge et avant l'expert judiciaire. A mon sens et si l'expert judiciaire est lié bien sûr par la mission du juge, encore faut-il que cette mission soit totalement adaptée et appropriée. Nous, avocats du judiciaire, ne savons pas, d'ailleurs certainement aussi pour une question de maturité du dossier, poser les bonnes questions au juge pour qu'il donne la bonne mission à l'expert judiciaire. Le juge qui lui non plus n'est pas forcément un expert de la matière ne sait pas non plus d'emblée approprier sa mission à la question du dossier. A mon sens, la qualité du service au client (M. SENGELIN l'a rappelé, nous sommes tous au service de sociétés de terrain) et la mission essentielle à donner ne peuvent venir déjà que de l'expert du chiffre. Je crois pouvoir dire que je travaille assez souvent avec les experts-comptables judiciaires lyonnais et ma position est vraiment d'encourager le recours à l'expertise avant même la désignation de l'expert judiciaire, pour que les bonnes questions puissent être posées dans la mission et que tout le monde progresse de manière assez rapide et assez efficace tout de suite, sans attendre même cette expertise judiciaire au niveau de laquelle on est obligé d'aller chercher des compléments de mission ou que l'expert judiciaire ne sait pas exactement comment répondre au chef de la mission car personne n'est dès le départ en face de la question. J'aimerais bien avoir aussi la position du magistrat sur ce sujet.

Mme FAVRE – Monsieur le président SENGELIN, je crois que vous vouliez réagir à la question précédente. Peut-être pourriez-vous terminer en nous donnant votre opinion sur la question qui vient d'être formulée.

M. SENGELIN – Plutôt sur la précédente, je voulais simplement rappeler que nous devons penser aux 93 % d'entreprises qui ne sont que des TPE, c'est-à-dire avec un nombre de salariés inférieur à dix personnes, qui ont aussi des problèmes de cession et de plus en plus, si nous raisonnons état-civil. Le fait d'avoir des déclarations relativement longues, précises est une sorte d'assistance que nous faisons en leur demandant de bien penser à ceci, à cela. Parfois ce sont les seuls qui détiennent, avec leur épouse ou leur compagne, la réalité de tous les chiffres. Pensons à certains engagements qui sortent au moment où vous posez la question. Si vous ne la posez pas, vous ne le savez pas ; cela peut-être une surprise.

M. LE GARS – On aurait pu clore le débat à ce stade mais j'ai une question pour M. le conseiller SALOMON. Je sors un peu de ma spécialité mais, dans mes fonctions de juge administratif, il m'est arrivé de temps à autre de voir des avocats qui préféraient la voie pénale à la recherche des preuves par l'expertise, notamment en matière de responsabilité hospitalière. Cela ne se passe pas forcément toujours très bien. Vous avez préconisé plutôt la recherche par le cessionnaire de preuves, en attaquant sur le plan pénal le cédant, si j'ai bien compris. Est-ce que ce n'est pas une voie qui est quand même aléatoire et risquée dans la mesure où elle pourrait se retourner contre le cessionnaire, par le biais d'une plainte en dénonciation calomnieuse par exemple ?

M. SALOMON – Je parle également sous le contrôle des procureurs généraux et de Mme le président ici présents. Il y a effectivement la possibilité de l'action en dénonciation calomnieuse mais les éléments constitutifs de cette infraction sont extrêmement restrictifs.

Il y a, me semble-t-il également, une disposition du Code de procédure pénale qui a un effet boomerang para-pénal, l'article 91 du Code de procédure pénale et qui est plus facilement mise en œuvre. C'est une action de nature para-pénale qui est portée devant la juridiction correctionnelle.

Bien évidemment nous avons la possibilité, dans le cadre du procès civil (Mme le président le sait, avec un recul bien plus important que le mien comme juge du fond), de pouvoir, à la demande du contracteur, prononcer des dommages et intérêts pour procédure abusive, le cas échéant prononcer même des amendes civiles que permet le Code de procédure civile.

Voilà à peu près l'arsenal qui permet d'endiguer les excès du recours au pénal ou même au civil.

Mme FAVRE – Merci à tous de ces questions et de vos interrogations. Monsieur le rapporteur général, il est temps pour vous de faire la synthèse de ces travaux.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Présenté par Monsieur Dominique LENCOU

Rapporteur général

M. LENCOU – Faire la synthèse de ces travaux qui ont été d'une densité exceptionnelle est une tâche compliquée. Je voudrais surtout retenir que la teneur des débats a fait prendre conscience que l'intervention du législateur, aussi bien européen que national, ne semble pas nécessaire. Les garanties d'actif et de passif qui englobent toutes les clauses se situent dans le domaine de la liberté contractuelle, sous le contrôle du juge en cas de difficulté.

Nous devons, à l'instigation du président WINDSOR, l'an dernier, d'essayer de conclure la synthèse de nos congrès par des recommandations. Je voudrais formuler cinq types de recommandations : tout d'abord sur le plan de la terminologie, puis sur le plan d'une distinction juridique ; je voudrais également parler des effets des audits, des conseils à apporter aux rédacteurs des actes ; enfin quelques conseils de méthodologie.

Sur le plan de la terminologie, il m'a semblé qu'il convenait de recommander et d'inciter tous les patriciens, qu'ils soient des experts-comptables et surtout des juristes, à simplifier la terminologie employée. Plusieurs termes sont employés pour définir la même chose. On parle de capitaux propres ou de situation nette ou d'actif net. Souvent nous ne nous rendons pas compte que le commun des mortels ne comprend pas. Egalement il faudrait bannir quelques termes anglais ou des termes qui représentent plusieurs acceptions ou des termes comme l'EBITDA, les DDV, les DDA, etc..

Seconde recommandation : il faudra que nous arrivions à clarifier la distinction entre la clause de révision de prix qui plafonne l'indemnisation du prix de cession et la clause de garantie d'actif et de passif qui peut plafonner l'indemnisation à une valeur supérieure au prix de cession. A mon avis cette distinction s'impose. Elle est à peu près précise mais j'ai senti tout au long de la journée une certaine confusion.

Troisièmement, je voudrais insister sur l'importance des audits préalables. Philippe BAU, dans son intervention, a bien précisé où ces audits devaient se situer. Je pense qu'il faudrait que les audits soient suivis d'effet.

Quatrièmement, d'une manière générale il convient de recommander une amélioration de la qualité des rédactions des actes. Onze points ont été soulevés aujourd'hui.

1. Le professeur MENJUCQ a insisté sur la localisation de la clause de garantie dans l'acte définitif de cession des droits plutôt que dans un acte séparé.

2. Lorsqu'une promesse synallagmatique de vente ou un protocole contenant une clause de garantie a été conclu avant la cession définitive des droits sociaux, il convient de prévoir dans l'acte définitif de cession le sort de la clause de garantie qui est insérée dans le protocole, par une clause expresse de renonciation ou de maintien.

3. Il faut prévoir expressément dans la clause de garantie le maintien ou non de la garantie au profit du cessionnaire revendeur des droits sociaux, objet de la garantie. Mme FAVRE en parlait tout à l'heure.

4. Prévoir expressément dans la clause de garantie la transmission ou non de la garantie aux sous-acquéreurs et 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 cession.

6. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation (notamment l'arrêt du 11 mars 2008), pour éviter la requalification de la clause de garantie d'actif et de passif en clause de révision de 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 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 pour l'exécution de la garantie.

9. En cas de stipulation d'une obligation d'information du cédant, nécessité de prévoir expressément la sanction. Nous l'avons vu, c'est la règle citée ce matin et que Mme FAVRE a reprise, l'arrêt de la chambre commerciale du 9 juin 2009.

10. Préciser le référentiel utilisé pour les comptes de référence, ainsi que les méthodes comptables qui doivent être expliquées dans le détail.

11. Prévoir le contrat de recours à un expert pour fixer le prix définitif selon les méthodes prévues au contrat.

Sur le plan de la méthodologie des missions de l'expert, sept recommandations :

1. Se documenter sur les questions juridiques soulevées par l'application des clauses de garantie de passif.

2. Procéder à une analyse détaillée du contrat de garantie portant sur les aspects suivants : l'étendue de la garantie, l'objet de la garantie, les bénéficiaires de la garantie, la durée de la garantie et les obligations d'information du cédant.

3. Identifier les documents nécessaires à l'exécution de la mission et des parties qui devront les communiquer.

4. S'assurer que les chefs de réclamation trouvent leur origine dans la période visée par la garantie.

5. Examiner les méthodes comptables appliquées. Sont-elles conformes aux stipulations contractuelles et identifier s'il y a bien des changements de méthode comptable intervenus en dehors des stipulations contractuelles.

6. S'assurer que les modalités d'information du garant ont été respectées.

7. Vérifier le bien-fondé des réclamations, en distinguant les contrôles de matérialité et de valeur.

On pourrait ajouter une autre recommandation qui est l'accès aux bases de données. Nous espérons que vous irez sur le site voir la base de données créée par Claude BARDAVID que je tiens à remercier chaleureusement.

Enfin nous avons parlé du référentiel comptable, ce qui est l'essentiel. Maître PEYRAMAURE a dit que le juriste ne devait pas s'en occuper. On a entendu parfois resurgir un vieux débat entre le chiffre et le droit. Je suis un homme issu du droit ; je suis venu vers le chiffre ; j'ai l'impression qu'on ne doit pas nous opposer mais au contraire, plutôt qu'aller à la confrontation, nous devons essayer de travailler en essayant de converger ensemble.

Enfin, pour répondre à la question que je me posais en introduction, sur l'application de l'article 238 du Code de procédure civile, le juge a besoin d'interpréter le contrat. Il doit comprendre la commune intention des parties et devant des situations d'une complexité extraordinaire, il a besoin de l'expert. En conclusion on pourrait dire que la mission confiée à l'expert, dans le domaine des garanties d'actif et de passif, l'entraîne à s'intéresser à des questions juridiques. Mais comme le disait Pierre LOEPER tout à l'heure, il doit le faire avec discernement. En effet seul le juge devra interpréter le contrat et fixer l'étendue des obligations qui en découlent.

L'expert devra l'éclairer, en réalisant une analyse fine du contrat et devant un problème d'interprétation il devra présenter plusieurs solutions chiffrées, après en avoir débattu avec les parties pour respecter le sacro-saint principe de la contradiction. Je vous remercie.

(Applaudissements)

CLÔTURE DU CONGRÈS

Madame Claire FAVRE

Président de la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de Cassation

Mme FAVRE – Que dire après une telle synthèse ? Comment intervenir ? Comment conclure après de tels débats ? En effet nos travaux s'achèvent. Ils ont été tous riches, ils ont été divers, ils ont été intenses et je crois qu'ils nous ont comblés.

Comme vient de le dire notre rapporteur général, ils ont fait ressortir d'évidence que nous étions dans une matière qui était celle de la liberté contractuelle, qui était celle en corrélation où l'on ne pouvait que voir l'importance de la précision et de la rigueur dans la rédaction des actes. Le troisième point, qui est le point également de votre conclusion, Monsieur le rapporteur général, est la place décisive du juge du fond puisque cela ressort de son pouvoir souverain. Ce pouvoir souverain, pour moi, est source certainement d'une insécurité juridique pour les justiciables ; pouvoir souverain dans l'interprétation des conventions et dans la recherche de la commune intention des parties.

Comme l'a souligné un auteur, M. DEHAIS, les clauses de garantie de passif arrivent aujourd'hui à maturité judiciaire. Elles parviennent désormais en nombre significatif devant la Cour de cassation, à la faveur de la multiplication et du vieillissement des contentieux. Aussi, ne sachant que conclure après une synthèse de vos travaux, je me permets de vous faire état d'un certain nombre d'arrêts récents rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation, arrêts qui me semblent pouvoir être qualifiés de décisions de principe et qui devraient apporter des lignes directrices dans ce domaine particulier des cessions d'actions et de garantie de passif.

Tout d'abord, très rapidement je voudrais vous parler de trois décisions, hors même les clauses de garantie de passif, s'agissant de cessions de parts sociales.

Une décision générale tout d'abord, je ne suis pas sûr qu'on en ait parlé ce matin, du 10 juillet 2007, relative à l'extension de la compétence commerciale à toute cession de parts sociales d'une société commerciale. Je me tourne vers le président du tribunal de commerce de Lyon ; je suis étonnée de savoir qu'il a si peu de dossiers relatifs aux cessions de parts sociales. Auparavant, avant la re-codification du Code de commerce, la cession des parts sociales ou d'actions d'une société commerciale était considérée, à défaut d'être réalisée dans le cadre d'une activité commerciale, comme un acte de nature civile. Toutefois la jurisprudence avait fait une avancée puisqu'elle avait procédé à une extension importante des bornes de la commercialité objective en s'attachant à l'objet des actes soumis à son appréciation.

Ainsi, par exception la cession dite de contrôle, était considérée comme un acte de commerce objectif, même si aucun texte n'imposait cette solution. Donc jusqu'au 10 juillet 2007 à tout le moins les cessions dites de contrôle relevaient de la compétence des juridictions commerciales. Par l'arrêt du 10 juillet 2007, la Cour de cassation s'est adossée au changement de texte intervenu par la nouvelle rédaction de l'article 631, devenu l'article L.621-1 du Code de commerce, pour étendre à toutes les cessions d'actions ou de parts sociales d'une société commerciale la compétence des juridictions consulaires.

Certes le tribunal de grande instance a une compétence générale. Il pourra être appelé à statuer s'il est saisi par les parties, c'est le choix des parties et si aucune d'entre elles ne soulève devant le tribunal de grande instance la compétence du tribunal de commerce. Mais en règle générale, nous devons nous tourner vers les juges consulaires et c'est donc auprès d'eux que le dialogue, me semble-t-il, doit s'instaurer entre les experts, les juges et bien sûr les avocats.

Deuxième série dont je voudrais parler (ils sont pour le moment au nombre de deux) ; ce sont des arrêts qui ont fait couler beaucoup d'encre, qui ont été énormément commentés. Ils portent sur la mise en oeuvre de l'article 1843-4 du Code civil. Par un arrêt très discuté, pas toujours approuvé, la chambre commerciale a décidé, aux termes de l'article 1843-4 du Code civil, dans tous les cas où est prévue la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par la société, que *la valeur de ces droits était déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible.* C'est donc un arrêt d'importance où la chambre commerciale a dit qu'un texte d'ordre public prévalait sur les statuts.

Alors me direz-vous, que fait-on des clauses statutaires ? J'en arrive à un deuxième arrêt du 5 mai 2009 où la question s'est à nouveau posée devant la chambre commerciale, laquelle a répondu que certes ces clauses statutaires passaient après le pouvoir de l'expert mais qu'en tout état de cause, elles faisaient partie des éléments qui devaient être pris en compte par l'expert, parmi les critères qu'il jugeait les plus appropriés pour fixer la valeur des droits. C'est donc, me semble-t-il, un arrêt également très important puisque la Cour de cassation s'est permise de définir une ligne directrice pour la méthode de travail de l'expert.

La Cour de cassation n'a pas fini son travail puisque nous devons examiner dans quelques semaines un dossier qui pose une question qui n'a pas encore été réglée par ces deux arrêts : que fait-on lorsque la méthode d'évaluation est fixée non dans les statuts mais dans une convention extra statutaire ? Quelle est la force, quelle est la valeur de cette convention ? Nous aurons à traiter ce problème dans quelques semaines. Ce sera une trilogie ; nous attendons un troisième arrêt susceptible de vous éclairer sur ce point.

Plus brièvement sur les décisions à caractère général dont je voulais parler, je voudrais faire état d'un arrêt du 18 décembre 2007, arrêt Sociétés GERFLOT et autres contre PRADIER, qui est relatif à l'opposabilité au tiers des cessions successives de parts de société. Dans cet arrêt la Cour de cassation dit que tout d'abord elle entendait donner plein effet aux récépissés et aux fiches /informations Greffe, documents d'usage très courant aujourd'hui, sous peine de briser la confiance qu'on leur accorde très généralement.

En second lieu, en rupture avec le formalisme antérieur, elle a décidé qu'une cession de parts sociales était opposable aux tiers même si l'acte de cession n'avait pas été déposé au Greffe du tribunal de commerce, dès lors qu'ont été publiés les statuts mis à jour constatant cette cession. C'est, me semble-t'il, une approche très pragmatique, la plus à même de correspondre finalement à la réalité du tissu social actuel.

Pour en revenir plus précisément à notre jurisprudence sur les garanties de passif ou de valeur, notre jurisprudence est dense. M. le professeur MENJUCQ l'a analysée abondamment et de façon précise ce matin. Il a parfois critiqué, sans doute à bon escient, avec raison. Nous sommes toujours très à

l'écoute de la doctrine. C'est pour cela que parfois il y a peut-être une période de flottement, ou tout au moins elle peut apparaître comme telle, dans nos décisions qui finalement se bâtissent au fil des mois et des années.

Il faut savoir qu'il est très difficile de bâtir en une décision une jurisprudence car la Cour de cassation est saisie par des moyens précis. La cassation est une technique. La Cour ne peut répondre qu'à des moyens qui n'envisagent forcément pas toutes les questions. Donc il ne faut pas être réducteur lorsqu'on lit un arrêt de la Cour de cassation ; il faut d'abord voir quelle était la question posée pour savoir très exactement à quoi la Cour de cassation a entendu répondre et quelles sont finalement les questions en suspens qui n'ont pas été réglées.

Il me semble que l'on a beaucoup parlé de bonne et de mauvaise foi. En ce qui me concerne, il y a un arrêt important que nous avons rendu le 10 juillet 2007. C'est l'arrêt dit FROMONT, dit LOUVIN contre VERRIER. Par cet arrêt la Cour de cassation a tenté de concilier l'obligation d'exécuter de bonne foi les conventions imposées par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, avec la force obligatoire des contrats prévus par le même alinéa de cet article, instaurant une hiérarchie entre ces deux exigences au profit de la première. En effet, dans cet arrêt de principe, la chambre a jugé que si la règle selon laquelle les conventions devaient être exécutées de bonne foi, si cette règle permettait au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorisait pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties.

Qu'est-ce que cela veut dire ? Cela veut dire de façon très claire que la sanction de la mauvaise foi en matière contractuelle ne peut avoir pour conséquence la déchéance du droit substantiel et partant du droit d'agir du créancier et de l'obligation qui s'y rattache, ce qui reviendrait à porter atteinte à la force obligatoire du contrat.

Le cantonnement de la mauvaise foi auquel cet arrêt aboutit n'entend cependant pas ébranler la jurisprudence bien établie, admettant la paralysie des clauses invoquées de mauvaise foi, rendue sur le fondement du devoir de loyauté du dirigeant social selon lequel ce dernier peut se voir reprocher d'avoir dissimulé à un associé cédant des informations de nature à influer sur son consentement à la cession.

Mais il ressort de cet arrêt que le manquement à la bonne foi contractuelle ne peut faire obstacle à la force obligatoire du contrat et que seule l'allocation de dommages et intérêts est une sanction convenable.

Toujours à propos de clauses de convention de garantie de passif, des questions difficiles sont relatives à la transmission de cette garantie. La plus simple en cas de fusion-absorption, la plus délicate en cas de cessions successives des titres.

En cas de fusion-absorption, nous avons rendu le 10 juillet 2007 un arrêt de principe, arrêt dit Consorts GONZALES. Par cet arrêt nous nous sommes donc prononcés sur le changement d'identité des parties dans le rapport juridique né d'une clause de garantie. Nous avons jugé que, même en l'absence de mention de la clause de garantie de passif dans le traité de fusion, la société absorbante était substituée de plein droit dans l'ensemble des droits et obligations de la société absorbée par l'effet de la fusion. En conséquence, en l'absence de stipulation contractuelle contraire, la société absorbante peut se prévaloir de la clause de garantie stipulée au profit de la société absorbée.

On peut noter que dans cette décision nous n'avons pas donné de précisions sur la qualification de la clause de garantie en cause (garantie de passif, garantie de révision de prix). On peut, me semble-t-il, en déduire que la transmission à titre universel joue indifféremment pour toutes les clauses de garantie quelle qu'en soit leur nature.

Je veux bien admettre en revanche que manque de netteté à l'heure actuelle notre jurisprudence sur la transmission de la clause en cas de cessions successives des titres. J'en suis parfaitement consciente à l'issue du travail que j'ai fait pour préparer cette intervention. Un arrêt cependant me paraît clair. C'est un arrêt du 4 avril 2007 par lequel la Cour de cassation a jugé que la garantie de valeur, qui porte bien sur la valeur des titres et non sur le préjudice ressenti, ne bénéficie en l'absence de stipulation contraire qu'au cessionnaire des droits sociaux et ce alors même qu'il ne serait plus propriétaire des parts sociales cédées.

Cette solution a été réaffirmée par un arrêt postérieur du 11 mars 2008, arrêt qui a été commenté et discuté, je crois, par vous Monsieur le professeur MENJUCQ, sur la qualification qui en est faite de garantie de valeur. A cet égard, cet arrêt n'est pas un arrêt de principe ; ce n'est pas un arrêt publié ; c'est un arrêt de formation restreinte et non pas examiné par l'ensemble de la section de la chambre, encore moins par une plénière de chambre. Je crois qu'il n'a été en réalité procédé qu'à un contrôle qui, dans ce cas, est relativement léger de la qualification qui a été faite par les juges du fond au regard des mentions et des éléments de fait qui étaient en leur possession.

Toujours sur ce point relatif à la mise en oeuvre d'une garantie de passif par un cessionnaire qui a antérieurement cédé des titres, j'ai l'impression que la question reste ouverte. Monsieur le professeur, je crois que vous avez également fait référence à un arrêt du 12 février 2008, arrêt non publié. Je ne pense pas qu'il s'agisse là encore d'un arrêt de principe. C'est un arrêt qui est uniquement fondé sur l'intérêt à agir et vous savez que l'intérêt à agir là encore est apprécié de manière constante souverainement par les juges du fond.

De même enfin sur ce thème, je crois qu'un autre arrêt a pu faire l'objet de commentaires. C'est un arrêt rendu le 4 décembre 2007, Société ANTHONEY et autres. Il ne me paraît pas déterminant. La question qui était posée n'était pas une question de principe mais seulement celle de savoir ce que signifiaient, me semble-t-il, les termes de la convention de garantie. En l'espèce la garantie bénéficiait, ce sont les termes de l'acte, au cessionnaire ou à ses ayants droit. La chambre commerciale a estimé que les juges du fond avaient souverainement interprété la clause en retenant que les ayants droit ne devaient s'entendre que des héritiers du cessionnaire et non pas des ayants cause à titre particulier ou à titre universel. Je crois que là encore nous sommes dans un problème d'interprétation de nos conventions.

Enfin je termine, je suis beaucoup trop longue, cet aperçu jurisprudentiel par un arrêt dont vous a parlé notre rapporteur général, un arrêt du 9 juin 2009, Société civile du château de Langoiran contre M. BIBONNE. Je crois que c'est un arrêt rendu par sa Cour d'appel qui était en cause et un arrêt qui lui aussi était important car il touchait un vieux château médiéval de la région bordelaise.

La question posée était très simple, c'était celle de la sanction de l'inexécution par les cessionnaires de leur obligation d'informer les cédants, dans un délai et selon les formes convenues, de tout événement susceptible d'entraîner la mise en jeu de la garantie. Donc vraiment la question bateau, celle que nous avons souvent malheureusement à la lecture des actes puisque, parfois et fréquemment même, la sanction n'est pas prévue.

En l'absence fréquente de l'indication de cette sanction, le sort de la garantie est incertain. La jurisprudence, que ce soit celle des juges du fond ou jusqu'au 9 juin celle de la Cour de cassation, se partageait entre des décisions qui jugeaient que le manquement était sanctionné par la déchéance automatique de la garantie et d'autres décisions qui estimaient que la déchéance ne saurait être prononcée que sous condition de préjudice subi par le cédant.

Nous avons voulu mettre fin à ces incertitudes et par cet arrêt nous avons repris un précédent, parfois oublié semble-t'il, du 30 juin 1998 où la chambre commerciale avait jugé, et elle a donc jugé à nouveau qu'il appartenait au juge du fond de rechercher dans ce cas la commune intention des parties (ce n'est donc pas une interprétation du contrat mais la recherche de la commune intention des parties), en fixant des délais et des formes pour l'information du cédant. Les parties ont-elles voulu faire de cette exigence une formalité si importante qu'elle soit sanctionnée par la déchéance de l'appel de la garantie ?

Ce sont donc des travaux tout à fait passionnants. En tous les cas en ce qui me concerne j'ai eu un plaisir immense à y participer et à pouvoir me replonger dans cette jurisprudence.

Pour terminer je voudrais remercier bien évidemment tous les organisateurs de ce congrès et tous les intervenants de la qualité de leurs travaux. Ils ont su animer et faire vivre cette journée.

(Applaudissements)

Le congrès est clos à 18 heures 20.

Tous droits de reproduction réservés
SARL - Revue EXPERTS
4, rue de la Paix
75002 Paris
N° Commission Paritaire: 0313 G 83921
N° ISSN : 0992-2873

db PRINT NORD S.A.R.L.
53, rue de la Lys, B.P. 68
59432 Halluin Cedex

XXXe Congrès national : Paris, octobre 1991. Sous les présidences de M. Pierre Drai, Premier président de la Cour de cassation, et de M. Pierre Bézio, Procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean Clara, expert agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et les droits des justiciables, vingt ans après.

XXXIe Congrès national Chambéry : 2 octobre 1992. Sous les présidences de M. Pierre Bézio, Procureur général près la Cour de cassation, et de M. Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Rappor teur général, M. Pierre Darrousez, expert agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et les infractions boursières.

XXXIIe Congrès national : Angers, 22 octobre 1993. Sous la présidence de M. Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Henri Estève, expert agréé par la Cour de cassation.
Le rôle de l'expert judiciaire dans la recherche de la responsabilité des dirigeants et des tiers concernés par les procédures collectives.

XXXIIIe Congrès national : Orléans, 21 octobre 1994. Sous la présidence de M. Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean-Claude Cailliau, expert agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et l'évaluation d'entreprises.

XXXIVe Congrès national : Dijon, 6 octobre 1995. Sous la présidence de M. Jean Léonnet, Conseiller â la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André Gaillard, expert agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et le droit.

XXXVe Congrès national : Montpellier, 25 octobre 1996. Sous la présidence de M. Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale et de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André Dana, expert agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et la transmission des entreprises.

XXXVIe Congrès national : Toulouse, 3 octobre 1997. Sous la présidence de M. Roger Beauvois, Président de la 3e Chambre civile de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Marcel Peronnet, expert agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et la détermination des préjudices.

XXXVIIe Congrès national : Lyon, 9 octobre 1998. Sous la présidence de M. Pierre Truche, Premier Président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre Darrousez, expert agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire en matière de soutien abusif et de rupture brutale de crédit.

XXXVIIIe Congrès national : Douai, 8 octobre 1999. Sous la présidence de M. Jean-François Burgelin, Procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean Fourcade, expert agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et l'abus des biens sociaux.

XXXIXe Congrès national : Paris, 6 octobre 2000. Sous la présidence de M. Jean-Pierre Dumas, Président de la Chambre Commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Marc Engelhard, expert agréé par la Cour de cassation.
L'information financière et l'expert-comptable judiciaire.

XLe Congrès national : Rennes, 5 octobre 2001. Sous la présidence de M. Jean Buffet, Président de la 2e Chambre civile de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André Dana, expert agréé par la Cour de cassation.
Le principe de la contradiction dans l'expertise en matière civile.

XLIe Congrès national : Colmar, 11 octobre 2002. Sous la présidence de M. Bruno Cotte, Président de la Chambre Criminelle de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Michel Devillebichot, expert agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et les droits des associés minoritaires.

XLIIe Congrès national : Tours, 11 octobre 2003. Sous la présidence de M. Jean-Claude Marin, Directeur des affaires criminelles et des grâces au Ministère de la Justice. Rapporteur général, M. Jacques Loeb, expert près la Cour d'appel de Lyon.
Complexité des ensembles économiques, complexité des opérations, utilité de l'expert-comptable judiciaire.

XLIIIe Congrès national : Grenoble, 8 octobre 2004. Sous la présidence de M. Daniel Tricot, Président de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Didier Faury, expert agréé par la Cour de cassation.
L'expert comptable judiciaire et l'évolution des normes comptables nationales et internationales (IFRS).

XLIVe Congrès national : Aix-en-Provence, 30 septembre 2005. Sous la presidence de M. Daniel Tricot, Président de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre Loeper, expert agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et la notion de valeur.

XLVe Congrès national : Riom, 6 octobre 2006. Sous la présidence de Mme Perrette Rey, Présidente du Tribunal de commerce de Paris, Présidente de la Conférence des juges consulaires de France. Rapporteur général, M. Didier Kling, expert agréé par la Cour de cassation.
La loi de sauvegarde des entreprises et l'expert-comptable judiciaire.

XLVIe Congrès national : Nancy, 12 octobre 2007. Sous la présidence de M. Vincent Lamanda, Premier Président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Henri Lagarde, expert près la Cour d'appel de Toulouse.
L'expertise comptable judiciaire dans les affaires familiales.

XLVIIe Congrès national : Caen, 24 octobre 2008. Sous la présidence de M. Vincent Lamanda, Premier Président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Michel Asse, expert près la Cour d'appel de Rouen.
L'apport de l'expert-comptable judiciaire dans les affaires de contrefaçon.

LISTE DES COMPTES-RENDUS ÉDITÉS PAR LA C.N.E.C.J. ÉPUISÉS A CE JOUR : Numéros des années 1972, 1973, 1976, 1981, 1984, 1985, 1986, 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, 1993, 1996 et 1997.