

JURISPRUDENCE

Sociétés en général

Apport en nature et défaut
d'*affectio societatis* :
rejet d'une QPC
Com. 13 mai 2024,
note Jean-Philippe Dom p. 564

Cessions d'actions

Quand la « multi-évaluation »
de l'expert de l'article 1843-4
du code civil devient admissible !
Com. 17 janvier 2024,
note Jean-Jacques Ansault p. 568

Sociétés par actions

Conversion des actions
de préférence
Com. 10 juillet 2024,
note Thierry Bonneau p. 573

Sociétés anonymes

La dissolution judiciaire
pour pertes excessives
Com. 13 mars 2024,
note Thibault de Ravel d'Esclapon p. 578

Droit fiscal des sociétés

Exonération de taxe
sur la valeur vénale
des immeubles possédés
en France par des entités
juridiques et divulgation
de l'identité des actionnaires
Com. 10 mai 2024,
note Xavier Cabannes p. 590

Lefebvre Dalloz

DA|LOZ

REVUE DES SOCIÉTÉS

Octobre 2024 - n° 10

ÉTUDES

Un « associé » déchu de son titre :
plaider en faveur de la qualité
d'associé de l'usufruitier
Rana Chaaban p. 543

Pratiques des garanties d'actif
et de passif et influences internationales
Jean-François Mion p. 550

CHRONIQUES

Chronique de droit des marchés
financiers
Pierre-Henri Conac,
Bénédicte François,
Anne-Catherine Muller
et Johan Prorok p. 596



Version numérique incluse*



REVUE DES SOCIÉTÉS

Directrice /

Isabelle Urbain-Parleani
Professeuse à l'université de Paris ; CEDAG EA (1516)

Rédacteur en chef /

Pierre-Henri Conac
Professeur à l'université du Luxembourg

Secrétaire générale de la rédaction /

Bénédicté François
Professeure à l'université Paris Est-Créteil (UPEC)

Anciens directeurs /

Yves Guyon
Professeur émérite de l'université de Paris I
(Panthéon-Sorbonne)
Directeur de 1986 à 2003

Jean Hémond
Professeur émérite de l'université de droit,
d'économie et de sciences sociale de Paris.
Directeur de 1969 à 1985

Fondateur /

A. Vavasour
Fondateur en 1883

Présidente - Directrice de la publication
Ketty De Falco

Directrice des éditions - Directrice générale
Caroline Sordet

Directrice de la rédaction « Affaires »
Marie-Anne Massiot

Secrétaire général adjoint de la rédaction
Pascal Pisoni

Rédactrice en chef technique adjointe
Claire Marazzato, 01 40 64 54 86

Secrétaire de rédaction unique
Adeline Venkatapen, 01 40 64 53 24

Rédacteur en chef technique
Raphaël Henriques

Directeur artistique
Patrick Verdon

ABONNEMENT, MARKETING, PUBLICITÉ
Revue mensuelle (11 numéros par an)

Directrice des abonnements :
Alexandra Doray

Responsable relations clients :
Corinne Routier

Tour Lefebvre Dalloz - 10 place des Vosges -
CS 90358 - 92072 Paris La Défense Cedex
Tél. : 01 83 10 10 10
src@lefebvre-dalloz.fr

Prix de l'abonnement 2023 (1 an)
Tarif : 589 € HT (601,37 TTC)

Export : 609 € HT
Tarif étudiants : 176,70 € HT (180,42 TTC)

Tarif enseignants : 500,65 € HT
(511,16 TTC)

Prix au numéro : 80,66 € TTC



*Téléchargez sur votre smartphone et tablette l'application gratuite Dalloz sous Android et iOS et connectez-vous à l'aide de vos identifiants personnels ou des identifiants qui vous ont été communiqués lors de votre abonnement ou de votre réabonnement.

Retrouvez également votre revue numérique sur Dalloz-Revues.fr

Comité scientifique /

Pierre Bézard
Président honoraire de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

Jean-François Barbiéri
Professeur au CDA (Toulouse-I) et au CREOP (Université de Limoges)

Bernard Bouloc
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris I)

Alain Courret
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris I)

Jean-Jacques Daigre
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris I)

Michel Germain
Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Paul Le Cannu
Professeur émérite à l'École de droit de la Sorbonne (Paris I)

Benoît Lecourt
Professeur de droit privé à l'université Paris Nanterre ; Membre du centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (CEDCACE)

Hervé Le Nabasque
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris I)

Jean-Pierre Mattout
Professeur associé à l'université Panthéon-Assas (Paris II) ;
Avocat associé

Philippe Merle
Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Jacques Mestre
Doyen de la Faculté de droit d'Aix-Marseille

Didier Poracchia
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris I)

Bernard Saintourens
Professeur à l'université de Bordeaux

François Terré
Professeur émérite de l'université de droit, d'économie et de sciences sociale de Paris ;
Membre de l'Institut

Daniel Tricot
Président honoraire de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

ISSN 0242 - 5424
N° CFPAP
1027 T 82166

Imprimerie Chirat
744 rue de Sainte-Colombe - 42540
Saint-Just-la-Pendue

Dépôt légal :
Octobre 2024

ÉDITIONS DALLOZ
Société par actions simplifiée
au capital de 3 956 040 euros
Siège social :

Tour Lefebvre Dalloz -
10 place des Vosges - CS 90358
- 92072 Paris La Défense Cedex
RCS Paris 572 195 550
Siret 572 195 550 00098

Code APE : 5811 Z
TVA : FR 69 572 195 550

Filiale des éditions Lefebvre-Samut
La reproduction, même partielle,
de tout élément publié dans la revue
est interdite.

La correspondance concernant
la rédaction doit être adressée à :
Monsieur Pierre-Henri Conac,
rédacteur en chef de la Revue des
sociétés, par e-mail : revsoc@dalloz.fr
Les articles de doctrine adressés
à la Revue des sociétés ne doivent pas dépasser
70 000 signes (notes de bas de pages
comprises, espaces non comprises).
Seule la publication vaut acceptation.



Origine du papier : Portugal
Taux de fibres recyclées : 0 %
Prot : 0,08 kg/t



N° 10 - Octobre 2024 / **SOMMAIRE****Actualités** _____ **538**

par Bénédicte François et Benjamin Jeudi

Études _____ **543**Un « associé » déchu de son titre : plaidoyer en faveur de la qualité d'associé de l'usufruitier
Rana Chaaban _____

543

Pratiques des garanties d'actif et de passif et influences internationales
Jean-François Mion _____

550

Jurisprudence _____ **564****Sociétés en général**Apport en nature et défaut d'*affectio societatis* :
rejet d'une QPC
Note sous Com. 13 mai 2024
note Jean-Philippe Dom _____

564

Cessions d'actionsQuand la « multi-évaluation » de l'expert
de l'article 1843-4 du code civil devient admissible !
Note sous Com. 17 janvier 2024
note Jean-Jacques Ansault _____

568

Sociétés par actionsConversion des actions de préférence
Note sous Com. 10 juillet 2024
note Thierry Bonneau _____

573

Sociétés anonymesLa dissolution judiciaire pour pertes excessives
Note sous Com. 13 mars 2024
note Thibault de Ravel d'Esclapon _____

578

Droit des sociétés cotéesPouvoir d'audition simple des agents des douanes :
quelle portée donner à l'arbitrage de la chambre
mixte de la Cour de cassation ?
Note sous Cass., ch. mixte, 29 mars 2024
note Gaspard de Bellescize et Arnaud Mailhos _____

582

Commissaires aux comptesL'étendue du devoir de conseil de l'expert-comptable
circonscrite par la teneur de sa mission
Note sous Com. 14 février 2024,
note Jennifer Bardy _____

586

Droit fiscal des sociétésExonération de taxe sur la valeur vénale
des immeubles possédés en France par des entités
juridiques et divulgation de l'identité des actionnaires
Note sous Com. 10 mai 2024
note Xavier Cabannes _____

590

Droit social et sociétésContrat de travail d'un salarié devenu président
d'une société sous liquidation judiciaire
Note sous Soc. 13 décembre 2023
note Jean-François Barbiéri _____

593

Chronique de droit des marchés financiers _____ **596**

par Pierre-Henri Conac, Bénédicte François, Anne-Catherine Muller et Johan Prorok

ÉTUDE /

Pratiques des garanties d'actif
et de passif et influences internationalesJean-François Mion
Docteur en droit de l'Université de Genève

La garantie d'actif et de passif est un instrument indispensable pour tout cessionnaire souhaitant mener à bien l'acquisition d'une société ou sa prise de contrôle. Le caractère sui generis de cette garantie lui a permis de s'affranchir de nombreuses dispositions du droit commun. Elle demeure un instrument purement contractuel en ce qu'elle ne fait l'objet d'aucun régime légal. Il s'agit ainsi d'analyser les pratiques françaises et internationales compte tenu de la multiplication des transactions cross-border, afin de connaître les risques à maîtriser, à l'aune de la jurisprudence française.

1. L'acquisition ou la prise de contrôle d'une entreprise peut avoir lieu de différentes manières. Le cessionnaire peut acquérir le fonds de commerce (ou l'entreprise). Il s'agit alors d'une cession de fonds de commerce (ou « *asset deal* »). Il s'agit généralement de la voie empruntée pour les petites acquisitions. En matière d'acquisitions de taille intermédiaire ou de grande taille, la voie empruntée est celle de l'achat de la société propriétaire du fonds de commerce. L'on parle alors de « *share deal* ».

2. En matière de *share deal*, les parties ont tout autant la volonté de transférer la totalité de l'entreprise, ou du moins son contrôle, qu'en présence d'*asset deal*. Pourtant, le contrat de cession qu'elles concluent ne porte « que » sur les titres de la société propriétaire de l'entreprise. Il en résulte une dualité entre le bien « visé » par les parties et le bien transféré aux termes du contrat, et par conséquence entre les garanties souhaitées et les garanties légales. À cet endroit, la garantie de passif permet d'« assurer l'équilibre contractuel et le succès de l'opération en garantissant le cessionnaire de la consistance des éléments du fonds de commerce de la société cédée »¹.

3. L'insuffisance des garanties légales en matière de *share deal* n'est plus à prouver. L'on peut rapidement rappeler à cet égard que la cession de contrôle d'une entreprise n'est pas assimilable à la vente d'un fonds de commerce, et ne peut en ce sens bénéficier des mêmes garanties². Le cessionnaire peut user des moyens offerts par le droit commun des contrats en matière de vices du consentement, sur les fondements de l'erreur, du dol et de la violence. Ces moyens sont peu satisfaisants dans la mesure où la caractérisation de

l'erreur exige que le passif révélé compromette la poursuite de l'activité de la société ou que son actif principal soit quasiment disparu³. Il en est de même en matière de dol, exigeant la preuve de manœuvres dolosives et l'intention de tromper⁴.

Le cessionnaire dispose également des garanties offertes par le droit spécial de la vente. L'on peut citer la garantie des vices cachés de l'article 1641 du code civil, qui de la même manière que l'erreur ne peut être mise en œuvre que si la société cédée est dans l'impossibilité d'exploiter son fonds de commerce, et pas dans des cas d'insuffisance avérée de la valeur de la société⁵. Le cessionnaire dispose également de la garantie d'éviction de l'article 1626 du code civil, qui encore une fois ne porte que sur les titres cédés. Une différence entre la substance de la société cédée présentée par le cédant et la substance réelle, de même qu'une baisse de valeur des titres ne suffira pas à caractériser une éviction sur les titres. Concernant la garantie de l'existence des droits incorporels de l'article 1693 du code civil, les juges refusent de condamner un cédant sur son seul fondement, en considérant que la révélation d'un passif n'est pas un défaut de la chose vendue que sont les titres de la société⁶.

4. Face à cette insuffisance des garanties légales, les praticiens ont imaginé des garanties conventionnelles. Parmi elles, la garantie d'actif et de passif, dépourvue de régime légal, est de fait sujette à interrogation quant aux dispositions légales lui étant applicables. Elle peut également être sujette à interprétation suivant sa rédaction, et les influences internationales, très importantes compte tenu de la matière des cessions d'entreprises, exigent d'être intégrées à la fois avec agilité et attention. L'analyse de la garantie d'actif et de passif et de sa jurisprou-

(1) Civ. 1^{re}, 31 oct. 2012, n° 11-15.529.

(2) Com. 11 mars 2014, n° 12-24.901, JurisData n° 2014-004392 ; RDA 2014, n° 532 ; Dr. sociétés 2014, comm. 80, H. Hovasse.

(3) Com. 30 sept. 2020, n° 18-18.239 FD, Rev. sociétés 2021, 371, note B. Saintourens ; BRDA 21/20 ; Com. 10 nov. 2015, n° 14-11.370 FD, Rev. sociétés 2016, 362, note J.-J. Ansaut ; RDA 12/16 n° 867.

(4) Com. 7 juill. 2020, n° 18-19.173 FD, BRDA 18/20 ; Com. 11 mai 2017, n° 15-25.301 FD, RDA 10/17 n° 633.

(5) Com. 14 déc. 2004, n° 00-20.287, JurisData n° 2004-026349 ; Civ. 3^e, 12 janv. 2000, Bull. Joly 2000, 422.

(6) Com. 4 juin 1996, n° 94-13.047, Bull. civ. IV, n° 154.

Pratiques des garanties d'actif et de passif et influences internationales / ÉTUDE

dence doit dès lors permettre d'identifier si un régime légal est nécessaire et si les influences internationales sont correctement intégrées à la lumière du droit français.

5. Il s'agit ainsi de distinguer par leur fonctionnement les garanties conventionnelles voisines, et d'étudier les

enjeux de qualification de cette garantie d'actif et de passif créée par la pratique (I). Il convient ensuite de s'intéresser à la structuration de la garantie à la lumière de chaque cession (II), pour enfin analyser les pratiques internationales complémentaires et alternatives à la garantie (III).

I. Les enjeux de qualification d'une garantie créée par la pratique

A. La typologie des garanties conventionnelles

La doctrine et la jurisprudence distinguent généralement les garanties de reconstitution (ou garanties indemnitaires) des garanties de valeur (ou garanties de prix).

1. Les garanties de reconstitution

6. Les garanties de reconstitution n'ont pas pour objet de réparer un dommage en raison d'un préjudice qu'aurait subi la société cédée. Il en résulte qu'il n'est pas nécessaire pour le bénéficiaire de rapporter la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité. La garantie d'actif et de passif en est une et ne consiste pas en un aménagement de la responsabilité du cédant⁷.

Il est généralement préférable, comme c'est le cas dans de nombreux modèles, d'éviter les termes de dommages ou de préjudices dans la rédaction de la garantie⁸. Cela permet d'éviter tout amalgame entre ces notions et la garantie, afin d'en maîtriser le risque d'interprétation. En effet, la garantie d'actif et de passif n'a pas pour objet de réparer un dommage, mais simplement de procéder à une reconstitution, ou à un rééquilibrage défini conventionnellement par rapport à une situation de référence⁹.

La rédaction est particulièrement importante à cet égard et les juges confèrent une pleine efficacité aux clauses clairement formulées. Ainsi, la Cour de cassation a confirmé qu'il n'y a pas lieu de rechercher si l'amoindrissement de l'actif a une incidence sur la valeur de la société car cela impliquerait une dénaturation de la garantie aux termes de laquelle le cédant s'était engagé envers le cessionnaire « à le dédommager, au prorata du nombre de titres sociaux cédés, de tout amoindrissement ou diminution de la valeur de l'actif immobilisé ou non, circulant ou non, à l'exception du stock »¹⁰.

7. Il serait bien plus complexe d'évaluer un préjudice résultant de l'amoindrissement de l'actif ou d'une augmentation du passif, lesquels ne seraient pas nécessairement de montants identiques. En outre, l'existence d'un préjudice serait potentiellement réelle pour le cessionnaire,

mais pas pour la société cédée, dans la mesure où l'apparition d'un passif non révélé consiste généralement en une dette incombant de toute manière à ladite société¹¹. À ce sujet, la garantie d'actif et de passif est parfois présentée comme une garantie « indemnitaire ». Même si l'on comprend qu'il s'agit d'une garantie indemnitaires au sens conventionnel, ou d'un préjudice ou d'une indemnité conventionnelle tels que définis aux termes du contrat, il semble préférable de s'éloigner de ces termes ayant un sens commun si bien défini, qu'ils peuvent prêter à confusion en la matière. Par ailleurs, cette formulation est à éviter de manière certaine concernant les conséquences d'une inexactitude des déclarations et garanties du cédant, notamment lorsqu'elles constituent une garantie indépendante de la garantie d'actif et de passif.

L'on sait en effet que la preuve d'un préjudice a été exigée par la Cour de cassation en présence de la formulation suivante : « les garants s'engagent, en conséquence des affirmations qui précèdent, à rembourser aux bénéficiaires toute somme quelle qu'en soit la nature ou l'origine, qui pourrait être mise à la charge définitive des sociétés du groupe, en tant qu'elle réduirait la situation nette [...] »¹². À l'opposé, la cour d'appel de Paris a accepté de sanctionner le cédant en présence de déclarations inexactes, au motif qu'elles ont fait perdre au cessionnaire une chance de négocier les conditions de son acquisition en considération de la situation d'un contrat qui n'a pas été déclaré¹³.

2. Les garanties de valeur

8. Les garanties de valeur, aussi appelées garanties de prix ou clauses de révision de prix, sont plafonnées au prix de cession¹⁴. Le cédant ne peut être engagé pour des sommes supérieures au prix, quand bien même le supplément de passif révélé dans la société cédée le serait¹⁵. Ainsi, la garantie de valeur n'oblige le cédant à garantir l'actif net de la société cédée qu'à concurrence du prix de vente. À la différence des garanties de reconstitution, les garanties de valeur ne peuvent être qu'au bénéfice du cessionnaire, dans la mesure où seul le prix de la cession est garanti¹⁶.

(7) P. Mousseron, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010, n° 194, 140.

(8) *Id.*

(9) Com., 24 sept. 2013, n° 12-22.204 FD, Sté *Crédit Agricole Bretagne Habitat Transactions c/ B.*, *Rev. sociétés* 2014, 91, note T. Massart, n° 13.

(10) Com., 7 juill. 2020, préc.

(11) Com., 24 sept. 2013, préc. 95, note T. Massart, n° 13.

(12) Com., 21 mars 2018, n° 16-13.867, RJDA 7/18 n° 580.

(13) Paris, 2 juin 2020, n° 17/18974.

(14) Paris, 13 mars 2002, *JurisData* n° 2002-186378.

(15) Com., 18 déc. 2001, n° 98-17.320, RTD com., 2002, 492, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard.

(16) Paris, 28 juin 2002, RDJA mars 2003, n° 2003 ; F. Sauvageot, De quelques points de vigilance à observer à propos des garanties de passif et plaider pour un régime légal de celles-ci, *Rev. Sociétés* 2021, 219.

ÉTUDE / Pratiques des garanties d'actif et de passif et influences internationales

3. La différence fondamentale entre ces deux types de garanties

9. Les deux types de garanties ont une portée bien différente. En effet, les garanties de valeur protègent uniquement le cessionnaire en ce qu'il ne peut pas être perdant sur le prix payé.

À l'inverse, les garanties de reconstitution protègent le cessionnaire ou la société cédée en ce que son patrimoine social doit être reconstitué par le cédant. Cette reconstitution doit aboutir à la situation de la société telle que présentée par le cédant, pour laquelle le cessionnaire a acquis la société et accepté d'en payer le prix convenu. Cette protection de la société cédée existe peu importe que la garantie bénéficie à cette dernière ou au seul cessionnaire. Si elle profite au cessionnaire, l'effet de la reconstitution est le même pour lui. Dans ce cas la société cédée n'en profite pas.

Ces deux types de garanties ont dès lors une finalité différente. En l'absence de plafond, les sommes que le cédant peut devoir au bénéficiaire sont limitées au prix de vente en matière de garantie de valeur et ne sont pas limitées en matière de garantie d'actif et de passif : cette différence témoigne des différentes finalités poursuivies. La jurisprudence témoigne également de cette différence en reconnaissant que le montant de la garantie ne peut être supérieur au prix en matière de garantie de valeur uniquement¹⁷. La jurisprudence reconnaît également ces deux qualifications de garantie de valeur et de garantie de reconstitution, la présence d'une limitation du montant de la garantie participant à la qualification de garantie de valeur¹⁸.

10. Il s'agit d'une différence structurelle car ce n'est pas le prix payé par le cessionnaire qui est reconstitué mais la situation de la société cédée. Il en résulte une différence de nature économique. Les garanties de valeur sont ainsi des garanties de reconstitution de prix uniquement, au périmètre plus restreint que les garanties de reconstitution. Il y a ainsi deux types de garanties : les garanties de valeur ou de reconstitution de prix, et les garanties de reconstitution de la valeur.

B. Un contrat *sui generis*

1. La qualification juridique des garanties d'actif et de passif

11. La garantie d'actif et de passif a été nommée de la sorte par la pratique car elle est une garantie relative au contrat de vente des titres de la société. Cela étant, la garantie d'actif et de passif ne semble pas être une garantie en elle-même au sens premier des sûretés. Le

code civil distingue les sûretés réelles des sûretés personnelles. La sûreté réelle y est définie par l'article 2323 comme « l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens [...] ». Dès lors, la garantie d'actif et de passif ne constitue pas une sûreté réelle.

12. Les sûretés personnelles sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention. En matière de garantie de passif, le cédant ne s'oblige pas à payer la dette d'un débiteur à son créancier, mais à payer au débiteur (la société cédée) ou au cessionnaire le montant d'une dette non révélée. Cela écarte la qualification de cautionnement¹⁹. Par ailleurs, le cédant ne s'engage pas en considération d'une obligation souscrite par la société cédée, dès lors que cette obligation, si elle existe, n'a pas été révélée. La garantie autonome est ainsi écartée²⁰. La garantie de passif n'est pas non plus susceptible de recouvrir la qualification de lettre d'intention en l'absence d'engagement relatif à un soutien de la société cédée dans l'exécution de ses obligations²¹. De la même manière, la garantie d'actif n'est pas susceptible d'être assimilée à une sûreté réelle ou personnelle.

Cela étant, le cédant prend un engagement et s'oblige à l'égard du cessionnaire ou de la société cédée. Il en résulte qu'il est tenu de remplir son engagement sur l'ensemble de ses biens conformément à l'article 2284 du code civil, faisant de la garantie d'actif et de passif une sûreté. Par ailleurs, un supplément de passif ou un amoindrissement d'actif ne constitue pas en tant que tel un dommage pour la société, car c'est un état de fait²². En effet, si un passif est révélé, cela signifie que la société avait une dette qui n'a pas été inscrite à son bilan. Ce n'est pas en soi un dommage. Il en est de même en cas d'amoindrissement d'un actif, notamment en raison de l'évolution de son marché, sauf si cet amoindrissement résulte du fait d'un tiers constitutif d'un dommage pour la société. En pareil cas, une fois le fait générateur, le préjudice et le lien de causalité avérés et reconnus par une décision judiciaire, la société dispose d'une créance en dommages-intérêts contre le tiers en question.

Ainsi, la garantie d'actif et de passif ne répare par un dommage, et sa mise en œuvre n'exige pas de préjudice²³. Elle contractualise le préjudice et le montant du dommage. C'est la différence entre la situation comptable présentée par le cédant et la même situation comptable faisant l'objet d'un supplément de passif ou d'un amoindrissement d'actif qui constitue le fondement de la mise en œuvre de la garantie.

13. La garantie d'actif et de passif est ainsi caractérisée par son fonctionnement purement mécanique. Elle est le meilleur moyen trouvé par les acteurs pour garantir la conformité de la chose vendue avec celle de la chose promise. Cette simplicité de la mécanique de la garantie doit être soulignée.

(17) Com. 18 déc. 2001, n° 98-17.320, RTD com. 2002, 492, obs. J.-P. Chalaz et Y. Reinhard ; Paris, 27 juin 1989, 25^e ch. A, Bull. Joly 1989, 695, note M. Jeantin.

(18) Paris, 26 avril 1990, 3^e ch. B, Bull. Joly 1990, 633, note G. Fréchet ; Com. 28 janv. 1992, Dr. sociétés 1992 comm. n° 119 note H. Le Nabasque.

(19) C. civ., art. 2288.

(20) C. civ., art. 2321.

(21) C. civ., art. 2322.

(22) Com. 24 sept. 2013, préc. 95, note T. Massart, n° 13.

(23) *Id.* ; T. Portwood et R. Fathallah, Arbitrage et garantie de passif : questions de preuve et de procédure, Dr. & patr. 2008, n° 966, 75.

Pratiques des garanties d'actif et de passif et influences internationales / ÉTUDE

Ce fonctionnement purement mécanique est à recouper avec la situation comptable de référence servant à sa mise en œuvre. Finalement, si la garantie d'actif et de passif est mise en œuvre, cela signifie que la situation comptable de référence est erronée. C'est en cela que la garantie d'actif et de passif n'est pas une garantie de réparation, quoiqu'elle vise à réparer la situation de la société par rapport à une situation fixée dans l'esprit des parties, sur laquelle le consentement du cessionnaire s'est arrêté. Elle vise simplement à reconstituer cette situation. L'on se demande ainsi s'il ne serait pas préférable de parler d'engagement plutôt que de garantie. Il s'agit en effet d'un engagement de reconstitution, et non d'une garantie en tant que telle.

14. L'on pourrait s'interroger sur le fait de savoir s'il s'agit d'un contrat ou d'un acte unilatéral. La garantie d'actif et de passif étant toujours consentie à l'occasion d'une cession, sa contrepartie est le prix payé par le cessionnaire, même s'il constitue déjà la contrepartie des titres vendus. En effet, l'on imagine mal une garantie d'actif et de passif consentie postérieurement à une cession en l'absence de promesse ou d'engagement du cédant à cet égard. Ainsi, la garantie d'actif et de passif est bien liée au contrat de vente et sa contrepartie est le prix. Cela en fait un contrat synallagmatique conclu à titre onéreux. Il ressort de l'analyse du fonctionnement de ce contrat qu'il ne peut être rattaché à une catégorie de contrats nommés. Il ne peut pas non plus être rattaché à une catégorie de sûretés.

15. Cette disqualification du contrat de garantie d'actif et de passif à l'égard des contrats nommés en fait un contrat *sui generis*. La conséquence de cette disqualification est que les dispositions applicables à ces contrats nommés ne sont pas, par principe, applicables au contrat de garantie d'actif et de passif²⁴. Il convient dès lors de se référer à la rédaction du contrat, et à la jurisprudence afin d'appréhender les règles applicables.

16. Le contrat de garantie d'actif et/ou de passif peut ainsi être défini comme un contrat aux termes duquel le cédant des titres d'une société s'engage envers le cessionnaire ou la société à en reconstituer l'actif et/ou le passif, tels que présentés dans une situation comptable de référence, en cas d'amoindrissements d'actif ou de suppléments de passif ayant une origine antérieure à une date fixée.

2. L'affranchissement des dispositions régissant les garanties nommées

Le caractère *sui generis* de la garantie d'actif et de passif l'affranchit des dispositions encadrant les garanties nommées.

(24) C. Attias, *Épistémologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985, 129 : « La fonction de la qualification n'est pas de décrire la réalité, mais de la soumettre au régime juridique le plus approprié » ; P. Malaurie, L. Aynes et P.Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 3 : « Un contrat nommé est un contrat prévu et réglementé dans la loi ».

(25) Com. 26 juin 1990, n° 88-14.444 P Bull. civ. IV n° 197, Rev. sociétés 1993, 96, note I. Urbain-Parieani ; Paris, 28 oct. 2014 n° 13/14284, RIDA 4/15 n° 279 ; Com. 20 sept. 2012, n° 11-13-144 FD, RIDA 1/13 n° 41.

(26) *Id.*

a. L'affranchissement à l'égard du cautionnement

17. En matière de cédant personne physique, la mention manuscrite de la somme sur laquelle il s'engage en vertu de la garantie d'actif et de passif n'est pas exigée²⁵. L'article 1376 du code civil ne peut pas être opposé par le cédant appelé en garantie pour contester la validité de son engagement compte tenu du caractère synallagmatique de l'acte. La position de la Cour de cassation est constante à cet égard²⁶.

Cette indépendance de la garantie d'actif et de passif à l'égard du cautionnement doit être soulignée. En effet, même si elle se justifie par l'intégration de la garantie d'actif et de passif dans le contrat de cession en tant qu'acte synallagmatique avec une contrepartie, il n'en demeure pas moins que le cédant peut être amené à devoir des sommes supérieures au prix de vente, sur son entier patrimoine.

b. L'affranchissement à l'égard de l'article L. 225-35 du code de commerce

18. En matière de cédant personne morale, il s'agit d'identifier si le signataire de la convention a les pouvoirs. Il convient de rappeler que les sociétés par actions simplifiées, en commandite par actions et à responsabilité limitée sont engagées même par les actes des dirigeants n'entrant pas dans l'objet social, sauf à démontrer que le tiers contractant était informé de ce dépassement²⁷. Concernant les sociétés de personnes (société civile, société en nom collectif et société en commandite simple), elles ne sont engagées par leur représentant légal que pour les actes entrant dans l'objet social²⁸.

19. En matière de société anonyme, les cautions, avals et garanties ne sont valablement conclus par le dirigeant que si le conseil d'administration ou de surveillance l'a autorisé au préalable²⁹. Cela étant, la garantie d'actif et de passif porte sur les engagements propres de la société, résultant de la cession des titres qu'elle détient dans la société cédée. Dans la mesure où il ne s'agit pas de garantir les engagements de tiers au sens de l'article L. 225-35 du code de commerce, la Cour de cassation a confirmé que la conclusion d'une garantie d'actif et de passif n'a pas à être préalablement autorisée par le conseil d'administration ou de surveillance³⁰. Cette décision s'inscrit dans une jurisprudence constante de la Haute Cour en matière d'engagements pour compte propre³¹. Cette confirmation était bienvenue à l'endroit où le plaçant avait tenté d'élargir la notion de garantie de l'article L. 225-35 précité, alors qu'elle s'inscrit dans une formulation plus importante des « cautions, avals et garanties » aux termes de cet article³². Ainsi, cette notion de garantie doit être appréhendée à cet endroit

(27) C. com., art. L. 226-7, al. 2, L. 227-6, al. 2 et L. 223-18, al. 5.

(28) C. civ., art. 1849 ; C. com., art. L. 221-5, al. 1^{er} et L. 222-2.

(29) C. com., art. L. 225-35, al. 4 et L. 225-68, al. 2.

(30) Com. 12 juill. 2011, n° 10-16.118 FPB, Bull. civ. IV n° 123, Rev. sociétés 2012, 102, note J.-J. Daigre ; Bull. Joly Sociétés 2011, p. 865, note J.-F. Barbéri ; Dr. sociétés 2011, comm. 173.

(31) Com. 11 févr. 1996 ; Com. 4 mai 1999.

(32) Com. 12 juill. 2011, préc. Rev. Sociétés 2012, 103, note J.-J. Daigre, n° 4-5.

ÉTUDE / Pratiques des garanties d'actif et de passif et influences internationales

uniquement en lien avec les cautions et avals, tant en raison de la formulation choisie par le législateur, que de la finalité du texte visant à protéger la société contre les engagements de tiers³³.

Cette indépendance de la garantie d'actif et de passif à l'égard de l'article L. 225-35 dudit code résulte de son caractère *sui generis*. En effet, tel n'aurait pas été le cas si elle avait été qualifiée de garantie autonome ou de cautionnement, exigeant alors l'autorisation préalable du conseil d'administration³⁴.

20. Le cas d'une garantie d'actif et de passif portant sur les filiales de la société cédée, même s'il paraît différent au premier abord, semble appeler la même solution. Il ne s'agit pas pour elle de s'engager à payer un tiers en cas de défaut de sa filiale, mais de payer le cessionnaire (ou la société cédée) en cas d'apparition d'un passif de sa filiale non révélé lors de la cession, par exemple. La filiale étant considérée comme un tiers, il convient de rester vigilant dans certains cas³⁵.

Ce dernier sujet mérite en effet réflexion en présence d'un cas particulier. Les garanties de passif comportent souvent une disposition relative aux demandes de tiers, aux termes de laquelle il peut être stipulé que le cédant doit procéder au paiement de la dette en lieu et place de la société cédée. Un tel engagement par le cédant pour le compte de la filiale de la société cédée pourrait s'appréhender en une garantie d'un engagement pris par un tiers, et tomber alors sous le champ de l'article L. 225-35 précité. La vigilance appelle toutefois à se conformer systématiquement à l'article L. 225-35 précité en présence d'une société anonyme qui consent une garantie d'actif et de passif sur la filiale de la société qu'elle cède³⁶.

C. L'interprétation du contrat

1. Les principes applicables aux garanties d'actif et de passif

21. En l'absence d'encadrement législatif des garanties d'actif et de passif, les solutions jurisprudentielles sont avant tout fondées sur les termes de la convention³⁷. Ils doivent dès lors être suffisamment précis. À défaut, le juge en fait une application stricte en faveur du cédant, conformément à l'article 1190 du code civil. En présence d'une stipulation obscure, ambiguë ou contradictoire avec une autre stipulation du contrat, les juges doivent

procéder souverainement à l'interprétation du contrat, sans en dénaturer les conventions³⁸. À cet égard, une garantie de passif contenue aux termes d'une promesse de vente mais absente du contrat de vente définitif est parfaitement valide dès lors que ce dernier ne contient ni renonciation à la stipulation de la promesse, ni novation³⁹.

22. Par ailleurs, le principe *specialia generalibus derogant* a été appliqué en matière de garantie de passif. Ainsi, une disposition spéciale en contradiction avec une disposition générale a reçu application, laquelle était toutefois parfaitement claire ainsi que les juges l'ont fait remarquer⁴⁰. Il est ainsi possible de déroger à une disposition générale à condition que la formulation soit claire et précise, de sorte que le juge puisse l'appliquer sans risquer de dénaturer la volonté des parties⁴¹.

23. D'autre part, peu importe la participation du cédant dans le capital de la société cédée : il est tenu de garantir le cessionnaire de la totalité des suppléments de passif ou amoindrissements d'actif couverts. La cour d'appel de Paris a affirmé qu'il n'existe pas de principe général de proportionnalité qui imposerait que la garantie soit limitée en proportion de la participation du cédant⁴². Les parties ont la faculté de convenir d'une limite dans les proportions de leur participation⁴³. Pour le cessionnaire, il est évidemment préférable de ne pas accepter cette limitation, et d'exiger une solidarité entre les cédants afin d'augmenter ses chances de recouvrement.

2. L'appréhension du silence des parties

24. L'équité, les usages ou la loi peuvent compléter le contrat en vertu de l'article 1194 du code civil, sous la réserve de ne pas interpréter des clauses claires et précises conformément à l'article 1192 dudit code. Il s'agit ainsi de s'intéresser aux sujets sur lesquels les parties sont restées silencieuses, afin d'évaluer l'appréciation que peuvent en avoir les juges du fond. L'on sait que lorsqu'il n'a pas été prévu de sanction en présence d'un appel en garantie hors délai, les juges refusent de prononcer la déchéance de la garantie⁴⁴.

25. La cour d'appel de Paris a jugé que la garantie d'actif et de passif est « parfaitement usuelle mais encore indispensable pour espérer conclure une opération dans laquelle est cédé le contrôle d'une société de cette importance, qu'elle assure le cessionnaire de la consistance même du fonds de commerce de la société cédée, de l'actif donc, qu'elle est donc de droit »⁴⁵. Cet arrêt a été approuvé par

(33) *Ibid.*, n° 5.

(34) Com. 26 janv. 1993, n° 91-11.704, Bull. Joly 1993, 570, note Ph. Delebecque ; D. 1995, 17, obs. M. Vasseur ; Com. 15 janv. 2013, n° 11.27.648, n° 11.27.648, Bull. civ. IV, n° 11, Rev. sociétés 2013, 297, note J.-P. Mattout ; Com. 9 déc. 1997, n° 96-17.916 et 96-18.134, Rev. sociétés 1998, 561, note P. Delebecque ; Com. 13 oct. 1992, n° 91-10.201.

(35) Com. 25 févr. 2003, n° 99-10.107, RJD 7/03 n° 734, 1^{re} esp. ; Paris, 4 oct. 2002, n° 02-5650, RJD 3/03 n° 271.

(36) F. Bernauer, Conclusion de la garantie de passif : points de vigilance traditionnels, BRDA 4/21.

(37) Com. 17 mars 2021, préc., Rev. Sociétés 2021, 509, note N. Mathy, n° 4.

(38) Com. 24 sept. 2013, préc., Rev. Sociétés 2014, 92, note T. Massart ; Com. 7 juill. 2020, n° 18-19.230, Bull. Joly Sociétés nov. 2020, 13, note T. Massart ; RJD 2020, n° 573.

(39) Paris, 3^e ch. 29 nov. 1996, Cts Vandani et Noël C/ Épx Et Baz, JCP E 1997, parn., 261 ; Au sujet de déclarations présentes dans un premier protocole et absentes d'un second protocole : Paris, 2 juin 2020 ; RJD, n° 500, 674.

(40) Aix-en-Provence, 6 juill. 2017 n° 14/14154 ; Com. 4 déc. 2019 n° 18-14.537 FD, BRDA 1/20.

(41) C. Barrillon, Le contentieux sensible de l'interprétation de la garantie de passif, BRDA 4/21 inf. 28, 2021.

(42) Paris, 22 janv. 2004, n° 02/18970, RJD 6/04, n° 719.

(43) Com. 28 sept. 2004, n° 00-22.872.

(44) Com. 18 mai 2016, n° 14-22.354 FD, Rev. sociétés 2016, 734, note F. Pasquini et G. Marain ; RJD 8-9/16 n° 821 ; Com. 25 janv. 2017, n° 15-17.137 FD, Rev. sociétés 2017, 209, obs. P. Pisoni ; RJD 4/17 n° 255 ; Paris, 9 janv. 2020 n° 18/22848, BRDA 7/20.

(45) Paris, 1^{er} févr. 2011, n° 09/21974.

Pratiques des garanties d'actif et de passif et influences internationales / ÉTUDE

la Cour de cassation⁴⁶. Cet arrêt est particulièrement intéressant car la cour d'appel rappelle justement la vocation de la garantie d'actif et de passif, à savoir celle de garantir la consistance du fonds de commerce de la société cédée en l'absence de garantie légale satisfaisante en matière

de *share deal*. Cela étant, cette reconnaissance de la cour d'appel de Paris ne semble pas permettre de reconnaître la garantie d'actif et de passif comme un usage, de telle sorte qu'une cession qui ne contiendrait aucune stipulation relative à une garantie de passif n'en serait pas assortie⁴⁷.

II. La structuration de la garantie à la lumière de chaque cession

A. L'importance des périmètres matériels et temporels

Les périmètres matériels en termes de postes d'actif ou de passif couverts et temporels en termes de délais doivent être précisés afin d'éviter tout risque d'interprétation. Il s'agit de les restreindre pour le cédant, là où il s'agit de les élargir pour le cessionnaire.

1. L'identification des postes couverts

26. En matière de garantie de passif, l'ensemble du passif peut être garanti ou seulement certains postes. Il a ainsi été jugé que si la garantie s'applique uniquement aux dettes en numéraire, elle ne peut pas être mise en œuvre à raison du coût des travaux de sécurité ayant pour origine des faits antérieurs à la cession⁴⁸. Si la garantie ne s'applique pas à tout le passif, il convient de désigner les postes du bilan ou le type des dettes couvertes afin d'éviter des risques d'interprétation, telles que par exemple les dettes fiscales, les dettes fournisseurs, etc. Les dettes résultant de risques liés aux nouvelles normes peuvent également être intégrées, même s'il est possible de protéger le cessionnaire au niveau des déclarations et garanties du cédant les concernant⁴⁹. La règle est la même en matière de garantie d'actif. Étant précisé qu'une garantie de passif ne peut couvrir les amoindrissements d'actif⁵⁰. Ainsi, la garantie d'actif ne se présume pas et doit être expresse.

27. Que ce soit en matière de garantie d'actif ou de passif, il convient de s'intéresser à l'économie de la société cédée dès lors que la garantie est cantonnée à certains postes. En effet, il s'agit d'anticiper les postes les plus susceptibles de connaître des suppléments de passif ou des amoindrissements d'actif, ce qui dépend grandement de l'activité.

2. La mise en place de périodes et délais bien définis

a. Les périodes et délais applicables

28. Plusieurs délais s'appliquent. Il s'agit tout d'abord de la période à laquelle s'applique la garantie, qui est généralement celle précédant la date du *closing* (correspondant généralement à celle du transfert de propriété des titres de la société cédée). Il s'agit ensuite de la période

pendant laquelle la garantie peut être mise en œuvre. Il s'agit enfin du délai dont dispose le cessionnaire pour procéder à un appel en garantie après l'apparition d'un amoindrissement d'actif ou d'un supplément de passif.

Les périodes doivent être cohérentes. À défaut, le juge peut considérer qu'elles ne sont pas opposables au cessionnaire notamment, comme par exemple dans un cas où la garantie devait être mise en œuvre au plus tard le 31 décembre 2014, dans la mesure où il ne pouvait pas disposer des comptes sociaux à ce moment-là⁵¹.

29. Pour le cédant, l'enjeu est de complexifier au maximum la mise en œuvre de la garantie, alors qu'il s'agit du contraire pour le cessionnaire. Cette complexification peut avoir lieu en matière de délais, de forme et d'informations contenues par l'appel en garantie, de présence d'un jugement confirmant les dettes révélées, voire de l'épuisement des voies de recours, etc. Les termes de la garantie doivent être particulièrement précis sur certaines conditions de sa mise en œuvre, dans l'intérêt des deux parties cette fois. En effet, il a déjà été jugé qu'un cessionnaire qui n'a pas tenté de recouvrer les créances pour lesquelles il met en œuvre la garantie est de mauvaise foi⁵². Cela étant, cette mauvaise foi n'autorise pas le juge à refuser l'application de la garantie mais seulement à condamner son bénéficiaire pour des dommages-intérêts⁵³. À l'inverse, le juge peut refuser l'application de la garantie si elle est subordonnée à la bonne foi du cessionnaire⁵⁴.

30. S'agissant d'une garantie conventionnelle, la période de couverture et les délais de mise en œuvre peuvent être librement fixés. Généralement, les délais correspondent aux prescriptions, notamment en matière fiscale et sociale. Cela étant, certains éléments en matière comptable ne se prescrivent pas, à l'image des reports de déficits ou des éléments cachés⁵⁵. Il en est de même

(48) Com. 7 nov. 1983, Bull. Joly 1984, 62.

(49) A. Couret, Intégrer les risques nouveaux dans le champ de la garantie de passif, BRDA 4/2.

(50) Com. 14 mai 1985, Bull. Joly 1985, 782.

(51) Paris, 14 janv. 2020, RDJA 2020, n° 375, 495.

(52) Lyon, 1^{er} juin 2006, n° 04-4930, RDJA 3/07 n° 267 ; Paris, 21 nov. 2006, n° 05-766, RDJA 6/07 n° 621.

(53) Com. 10 juill. 2007, n° 06-14.768, RDJA 11/07 n° 1057 ; Com. 3 mai 2018, n° 16-23 R17 F-D, RJDA R-9/18 n° 646.

(54) Com. 14 déc. 2010, n° 09-68.868 F-D, RJDA 3/11 n° 246.

(55) Le déficit étant reportable indéfiniment, l'administration fiscale peut redresser la société au moment où le déficit reporté est compensé avec du bénéfice, ce qui peut arriver de manière très tardive après la cession, par exemple s'il s'agit d'une société déficitaire représentant une branche de l'activité venant compléter celle du cessionnaire ; BOLS-DEF10-30.

ÉTUDE / Pratiques des garanties d'actif et de passif et influences internationales

en matière de biens du domaine public⁵⁶. À cet égard, il convient de rappeler que les conventions perpétuelles sont interdites⁵⁷. Un contrat perpétuel est traité comme un contrat à durée indéterminée, et peut ainsi être résilié par chacune des parties conformément à l'article 1210 du code civil. Tel n'est pas le cas en droit anglais qui admet les conventions perpétuelles.

b. Des intérêts parfois convergents pour les parties

31. En matière de demandes de tiers créanciers de la société cédée susceptibles de déclencher la garantie, les intérêts du cédant et du cessionnaire sont convergents et exigent souvent une coopération. Il en résulte une nécessité d'encadrer les obligations des parties en présence de telles demandes.

Le droit d'information du cédant en cas d'événements susceptibles de déclencher la garantie est un sujet central. En faveur du cédant, il peut être prévu un droit d'information immédiat à la diligence du cessionnaire, assorti d'une convention sur la direction de l'éventuelle procédure qui en découlerait. Il peut également être prévu qu'un accord transactionnel conclu par le cessionnaire avec le créancier n'est opposable au cédant que s'il y consent. La sanction d'un défaut du cessionnaire à ces endroits peut être des dommages-intérêts au profit du cédant, ou la déchéance de ses droits sur la mise en œuvre de la garantie au cas d'espèce. La déchéance de la garantie en pareil cas, si elle est prévue aux termes du contrat, est appliquée par les juges⁵⁸. Cela a été le cas notamment en présence d'une notification tardive de la mise en œuvre de la garantie⁵⁹.

32. Il est préférable pour le cessionnaire de limiter au maximum ces contraintes, et d'intégrer une convention encadrant l'effet d'un manquement de sa part, stipulant qu'il n'entraîne aucune déchéance, mais seulement réparation des dommages qu'il aurait causé au cédant.

c. L'importance de la qualification du fait générateur

33. Dans la mesure où la mise en œuvre de la garantie d'actif et de passif se fonde sur l'origine de l'amoindrissement d'actif ou du supplément de passif, son identification est souvent un sujet central et n'est pas sans risques. À cet égard, plus le rédacteur a connaissance de l'activité de la société et plus il sera à même d'anticiper les risques liés à celle-ci, de manière à mieux prévoir et organiser la prise en compte d'un fait générateur et ses effets. Deux arrêts récents relatifs à la même cession témoignent de la délicatesse du sujet.

34. Dans la première espèce, un salarié de la société cédée a été victime d'un accident du travail ayant entraîné un arrêt de travail, antérieurement à la cession⁶⁰. Pos-

térieurement à la cession, le salarié est déclaré inapte à l'emploi en raison de son état de santé, ne permettant pas non plus de le reclasser. La société cédée, sous le contrôle du cessionnaire, procède alors à son licenciement, que le salarié conteste pour absence de cause réelle et sérieuse. Après que la cour d'appel a refusé la mise en œuvre de la garantie de passif pour les indemnités de licenciement, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel en décidant que c'est l'accident de travail, et non le licenciement, qui est à l'origine du passif. En conséquence, les indemnités de licenciement devaient être couvertes par la garantie de passif.

Cette décision de la Cour de cassation a été critiquée par la doctrine dans la mesure où les indemnités de licenciement trouvent leur origine dans le licenciement, lequel est postérieur à la cession, et non dans l'accident du travail antérieur à la cession⁶¹. En matière de droit du travail, il est interdit à l'employeur de résilier un contrat de travail pendant la période suivant l'accident du travail⁶². Du point de vue du droit du travail, le fait générateur du licenciement ne peut donc pas être l'accident du travail. Cela étant, le licenciement résulte en l'espèce de l'impossible reclassement du salarié selon les prescriptions du médecin du travail, lequel résulte directement de l'accident du travail et enlève ainsi toute alternative à l'employeur. Si le médecin du travail avait indiqué qu'un reclassement du salarié était envisageable, alors l'employeur n'aurait pas été contraint dans sa décision de licencier le salarié.

L'on peut imaginer que la garantie de passif ne contenait pas d'exclusion relative aux informations communiquées par le cédant, ou bien que cette exclusion était formulée sur le modèle anglais des « *fair disclosures* », et que les informations n'ont pas été transmises de manière claire, ou encore que cette exclusion ne s'appliquait pas en matière sociale⁶³. En tout état de cause, il est délicat de se prononcer en l'absence de la convention⁶⁴.

35. Dans la deuxième espèce, des contrats de mission entre la société cédée et un tiers conclus avant la cession sont requalifiés en contrat de travail à durée indéterminée postérieurement à la cession. La société cédée est ainsi condamnée à payer au salarié une indemnité de requalification, une indemnité légale de licenciement, une indemnité de préavis et des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse⁶⁵. Par suite de la mise en œuvre de la garantie de passif par le cessionnaire, la cour d'appel condamne le cédant à payer l'ensemble des sommes dues par la société cédée.

(56) CGPPP art. L. 3111-1.

(57) O. Deshayes, Th. Genicon et Y.M. Lalthier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, 504 ; Civ. 1^{re}, 5 mars 1968, n° 66-11.776, Bull. civ. I, n° 85, JCP G 1968, II, n° 18525, note R. L.

(58) Com. 19 juin 2019, n° 17-26.635, RDA 2019, n° 635 ; Com. 9 juin 2009, n° 08-17.843, Bull. civ. IV, n° 77, Rev. sociétés 2010, 87, note J.-F. Dom ; RDA 2009, n° 752 ; Com. 15 mars 2011, n° 09-13.299, Rev. sociétés 2011, 287, obs. S. Prévost ; Dr. Sociétés 2011, n° 126, obs. M.-L. Coquelet.

(59) Com. 21 oct. 2014, n° 13-11.805 FFB, Rev. sociétés 2015, 463, note M. Menjucq ; RDA 2/15 n° 105 ; Versailles, 10 mars 2015, n° 13/05649 RDA 8-9/15.

(60) Com. 6 juill. 2022, préc.

(61) *Ibid.*, Rev. Sociétés 2022, 671, note T. Massart.

(62) C. trav., art. L. 1226-9.

(63) Généralement, le cédant négocie des exclusions à la garantie de passif relatives aux informations communiquées. Il peut s'agir d'exclusions dès lors que l'information a été communiquée, sans autres conditions. Il peut au contraire s'agir d'exclusions à condition que la communication ait été faite de manière claire, précise et non équivoque sur la base du modèle anglais des *fair disclosures*. Les exclusions peuvent également contenir elles-mêmes des exclusions, notamment en matière fiscale ou sociale. Voir sur ce dernier sujet X. Fromentin et M. Freche-Thibaud, La garantie d'actif et de passif : le pourquoi du comment et enjeux pratiques, *Defrénois* 4/2018, 20.

(64) Com. 6 juill. 2022, préc., Rev. Sociétés 2022, 670, note T. Massart.

(65) Com. 21 sept. 2022, n° 20-18.965 FB, *Sté Financier Holding c/ Sté Gama Invest*, Rev. sociétés 2023, 84, note Sandie Lacroix-De Sousa.

Pratiques des garanties d'actif et de passif et influences internationales / ÉTUDE

La Cour de cassation casse partiellement l'arrêt d'appel en mettant en exergue la distinction entre les deux types d'indemnités dues par la société cédée. De manière minutieuse, elle distingue ainsi la requalification des contrats de mission en contrat de travail dont l'origine est antérieure à la cession, et est à ce titre couverte par la garantie de passif. Cela étant, elle rappelle que la rupture de ce contrat de travail n'a pas la même origine en ce qu'elle est intervenue postérieurement à la cession, et ne doit pas être couverte par la garantie. En identifiant d'abord les différents passifs selon les différentes indemnités, la Cour de cassation établit ensuite leurs origines et par conséquent leur éligibilité au titre de la garantie. En effet, la requalification de la relation trouve son origine à la date du premier contrat de mission irrégulier, lequel avait eu pour effet de contourner les dispositions de l'article L. 1251-5 du code du travail⁶⁶.

Cependant, la Cour de cassation relève que le cessionnaire a fait établir par la société cédée de nouveaux contrats de mission postérieurement à la cession. En agissant dans la même méconnaissance que son cédant, puis en mettant ensuite un terme à la relation de travail avec le salarié, c'est bien le cessionnaire qui a été l'origine des indemnités de licenciement, lesquelles n'auraient pas été dues par la société cédée en l'absence de licenciement. Elles n'étaient donc pas liées à la requalification du contrat. Intellectuellement la solution est satisfaisante : en approuvant la mauvaise structure contractuelle de la relation mise en place par le cédant, le cessionnaire fait un choix qui déplace l'origine des indemnités de licenciement. Tel n'aurait certainement pas été le cas si le cessionnaire avait mis fin aux contrats de mission tout de suite après la cession. Un audit social approfondi aurait également permis d'identifier ce risque, afin de mieux l'encadrer dans la rédaction de la garantie.

36. Ces deux arrêts illustrent parfaitement les enjeux dans l'identification du fait générateur. duquel dépend la mise en œuvre de la garantie d'actif et de passif. À cet égard, le rédacteur a le pouvoir d'organiser la qualification d'un fait générateur et sa portée.

B. Les enjeux de l'intégration dans le contrat de cession

1. La compensation avec les sommes dues par le cessionnaire

La garantie d'actif et de passif étant intégrée à un contrat de cession, sa mise en œuvre rend le créancier du prix de vente débiteur au titre de la garantie, et le débiteur du prix de vente créancier au titre de la garantie. Partant, la compensation peut devenir un sujet central.

a. La faculté de compensation au profit du cessionnaire

37. Il est intéressant de prévoir la compensation entre les sommes qui seraient dues par le cédant en vertu de la garantie et celles par le cessionnaire au niveau du paiement du prix à deux égards.

⁽⁶⁶⁾ *Ibid.*, Rev. Sociétés 2023, 87, note S. Lacroix-De Sousa.

38. Le premier intéresse toutes les cessions pour la période entre le *signing* et le *closing* (ou la promesse et l'acte réitératif). De la sorte, le cessionnaire aura la faculté de compenser une partie du prix avec les sommes dues par le cédant en vertu de la garantie d'actif et de passif si la situation de la société cédée implique sa mise en œuvre. Pour cela, il est nécessaire que la garantie puisse être mise en œuvre avant le *closing*, alors que le transfert de propriété des parts ou actions de la société cédée n'a généralement pas encore eu lieu. La rédaction doit être adroite afin que la disposition ne prête pas à confusion, au risque de voir requalifier la garantie d'actif et de passif en garantie de valeur. La clause ne doit donc prévoir aucune modification du prix qui aboutirait à une révision du prix, mais simplement une compensation entre sommes dues réciproquement par les parties. De la sorte, ce n'est pas le prix qui est modifié, mais sa modalité de paiement, qui aura lieu en nature pour la partie payée par compensation avec la créance de la garantie, et en numéraire pour le surplus.

39. Le second intéresse les cessions postérieurement au *closing* avec un prix payable en tout ou partie à terme ou assortie d'un *earn-out* (complément de prix). Il s'agit de permettre au cessionnaire de compenser tout ou partie du solde du prix de vente ou des compléments de prix avec les sommes dues par le cédant en vertu de la garantie⁶⁷.

Notons à cet égard que le cessionnaire peut suspendre l'exécution de ses obligations en application des articles 1219 et 1220 du code civil, lui permettant d'aboutir à un résultat similaire dans les faits si la compensation n'a pas été prévue au contrat. La Cour de cassation avait d'ailleurs indiqué avant la réforme du droit des contrats que le juge des référés est compétent pour ordonner la suspension de l'obligation du cessionnaire de payer le solde du prix de cession en prévision de la mise en œuvre de la garantie de passif⁶⁸. Dans le même sens, l'article 1223 du code civil relatif à la réduction du prix en cas d'exécution imparfaite du débiteur peut servir le cessionnaire.

b. La compensation entre les postes du bilan

40. Il arrive parfois, même si cela reste rare, que des diminutions de passif ou des augmentations d'actif, ayant une origine antérieure à la cession, se révèlent postérieurement. Il est intéressant pour le cédant de prendre en compte ces mouvements. Il s'agit de prévoir que les augmentations de passif et les amoindrissements d'actif à l'origine de la mise en œuvre de la garantie se compenseront avec les diminutions de passif et les augmentations d'actif, en intégrant également les reprises sur provisions nettes d'impôt, dès lors qu'elles ont une origine antérieure à la cession.

41. Cela étant, les plus-values latentes ne doivent pas pouvoir faire l'objet d'une compensation et doivent dès lors être minutieusement exclues par le rédacteur. En effet, cela reviendrait à neutraliser la garantie avec une valeur prise en compte par le cessionnaire et ayant participé à la détermination du prix, pour le seul motif que ce surplus de valeur, connu des parties ou du seul cessionnaire, n'est pas inscrit à l'actif.

⁽⁶⁷⁾ P. Mousseron et C. Guichard, *BJS* 2019, 18, n° 1 ; C. Hausmann et P. Tome, De la compensation entre un créancier vendeur et une garantie de passif, *JGP* E 1994, I, 372.

⁽⁶⁸⁾ *Com.* 2 févr. 1993, n° 91-17.167, *Bull. civ.* IV, n° 46, *Dr. Sociétés* 1993, n° 77.

ÉTUDE / Pratiques des garanties d'actif et de passif et influences internationales

2. Le bénéfice de la garantie d'actif et de passif

Il s'agit de savoir à qui bénéficie la garantie d'actif et de passif en l'absence de mention dans le contrat et quelles sont les formulations adaptées pour en faire bénéficier les sous-acquéreurs. La faculté de pouvoir désigner différents bénéficiaires peut être un avantage sur le plan civil mais également sur le plan fiscal.

a. L'application stricte des termes du contrat

42. En l'état de la jurisprudence, il nous semble possible de dire que le juge fait une application stricte des termes du contrat. En l'absence de désignation de la société cédée en tant que bénéficiaire, la Cour de cassation considère dans ses derniers arrêts que la garantie bénéficie uniquement au cessionnaire, sans possibilité de désigner ou de substituer la société cédée⁶⁹. La Cour de cassation a posé deux principes : le bénéficiaire de principe de la garantie est le cessionnaire et la société cédée ne peut l'être que par l'effet d'une stipulation pour autrui⁷⁰.

43. Des auteurs ont fait remarquer que cette position de la Cour de cassation dans l'arrêt du 8 mars 2017 est contraire avec sa jurisprudence antérieure quand elle considérait alors que la garantie d'actif et de passif était réputée au bénéfice de la société cédée⁷¹. Ces auteurs renoncent cependant à considérer que la Cour de cassation a admis un principe à cet égard dans la mesure où l'arrêt du 8 mars 2017 n'a pas été publié à son *Bulletin*⁷². Pourtant, la cour d'appel, reprise par la Cour de cassation, a relevé que la société cédée peut être bénéficiaire de la garantie, à condition que « le pacte de cession renferme une stipulation claire en sa faveur »⁷³.

À notre sens, la position de la Cour de cassation semble logique. Dans la mesure où la garantie d'actif et de passif est incluse aux termes du contrat de cession conclu entre le cédant et le cessionnaire, elle consiste en une stipulation pour autrui s'il est prévu qu'elle bénéficie à la société cédée. Avant tout, une telle stipulation ne peut, par sa nature, se déduire du silence des parties. Elle doit être expresse et la Cour de cassation refuse d'admettre l'existence de stipulation pour autrui tacite⁷⁴. Les arrêts précités le confirment⁷⁵. Une fois la stipulation faite, le bénéficiaire doit être « précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse » pour qu'elle soit valable⁷⁶. Il convient dès lors de prévoir expressément que la garantie d'actif et de passif bénéficie à la fois au cessionnaire et à la société cédée, au choix de ce dernier.

44. L'on sait que la Cour de cassation a approuvé des juges du fond d'avoir estimé que le sous-acquéreur, en sa qualité d'ayant-droit à titre particulier du cessionnaire, ne bénéficiait pas de la garantie dont le bénéficiaire était pourtant prévu « aux cessionnaires ou leurs ayants droit »⁷⁷. La formulation a été interprétée comme ne visant que les ayants droit à titre universel, et non à titre particulier⁷⁸. Cette appréciation de la Haute Cour (et des juges du fond) est selon nous très stricte. Cela étant, il faut admettre qu'il est difficile d'identifier de manière certaine la volonté des parties. Considéraient-elles que les sous-acquéreurs étaient inclus dans cette formulation ? S'agissait-il d'une formule de style ? Quoiqu'il en soit, l'on sait à présent qu'il convient d'opter pour une formulation plus précise.

45. Dans un autre arrêt, la Cour de cassation avait précisé que la transmission de la garantie n'est pas possible lorsque le contrat a été conclu *intuitu personae*, dont l'appréciation des juges du fond est souveraine en la matière⁷⁹. Rappelons à cette occasion que la plupart du temps la garantie d'actif et de passif est incluse dans le contrat de cession, lequel peut comporter une clause de non-cession, qui s'applique alors à la garantie sauf stipulation spécifique contraire.

Cette position stricte de la Cour de cassation appelle à réfléchir sur les alternatives s'offrant au cessionnaire bénéficiant d'une garantie à son seul bénéfice : peut-il mettre en œuvre la garantie alors qu'il ne serait plus propriétaire de la société cédée ? Cela revient à poser le problème de la sorte : la mise en œuvre de la garantie d'actif et de passif exige-t-elle que son bénéficiaire soit propriétaire des titres de la société cédée ?

46. En présence d'une garantie profitant à la société cédée, la jurisprudence a reconnu que le stipulant ne peut plus la mettre en œuvre s'il n'est plus actionnaire, compte tenu de la perte de l'intérêt à agir⁸⁰. À plus forte raison, la solution est la même en présence d'une garantie profitant uniquement au cessionnaire⁸¹. En cédant ses actions il perdra l'intérêt à agir à l'endroit de la garantie, et ne pourra pas s'engager auprès de son cessionnaire à la mettre en œuvre afin de contourner l'impossibilité de la lui céder.

47. À la différence des garanties légales, la garantie d'actif et de passif est une garantie conventionnelle dont les conditions dépendent grandement de sa négociation, laquelle dépend d'un grand nombre de paramètres : contexte, situation du prix par rapport au prix de marché, situation de la société cédée, situation financière du cédant, etc. À notre sens, ce caractère conventionnel ne

(69) Com. 17 mars 2021, n° 19-18.901 F-D, *Sté Arti*, *Rev. sociétés* 2021, 508, note N. Mathey ; Com. 8 mars 2017, n° 15-19.174 F-D, *Gall Heng és qual. o/ Jung*, *Rev. sociétés* 2018, 94, note M. Menjuoc ; Com. 26 févr. 2013, n° 12-15.216, *JurisData* n° 2013-003190.

(70) *Id.* ; Com. 11 mars 2008, n° 06-20.738.

(71) JCP N 2017, comm. R. Mortier ; Com. 8 mars 2017, préc., *Rev. sociétés* 2018, 94, note M. Menjuoc, n° 1. Pour les jurisprudences sur lesquelles la Cour de cassation est revenue : Com. 19 déc. 1989, *Bull. Joly* 1990, 177 ; Civ. 1^{re}, 11 juill. 2006, *JCP E* 2006, note C. Legros ; T. Lambert, *La société bénéficiaire de la garantie de passif*, *RJ com.* 1999, 45.

(72) *Id.*

(73) Com. 8 mars 2017, préc.

(74) Com. 17 mars 2021, préc., *Rev. sociétés* 2021, 509, note N. Mathey, n° 10.

(75) Com. 17 mars 2021, préc.

(76) C. civ., art. 1205, al. 2.

(77) Com. 4 déc. 2007, n° 06-19.996, *RTD civ.* 2008, 155, obs. R. Ferrot ; *RDJA* 4/08 n° 424 ; *Bull. Joly* 2008, 378, note A. Couret.

(78) Com. 8 mars 2017, préc., *Rev. sociétés* 2018, 94, note M. Menjuoc, n° 1.

(79) Com. 20 oct. 2015, n° 14-17.896, *Rev. sociétés* 2016, 436, note N. Borgia ; *JCP E* 2016, 1217.

(80) Com. 4 juin 1996, n° 94-13.047, *Bull. Civ. IV*, n° 154 ; Com. 11 sept. 2012, n° 11-13.167, *BJS* 2012, 835, note F. Mousseron ; F. Sauvageot, *op. cit.*, 226.

(81) Com. 12 févr. 2008, n° 06-15.951.

Pratiques des garanties d'actif et de passif et influences internationales / ÉTUDE

devrait pas en faire une garantie accessoire aux titres cédés au même titre que les garanties légales. Pourtant, la Cour de cassation a reconnu que la garantie de passif est attachée à la chose cédée, certes pour déclarer irrecevable la mise en œuvre de la garantie par le cessionnaire ayant revendu entre temps la société⁸². Certains auteurs considèrent pour leur part que la garantie de passif est l'accessoire des titres cédés⁸³.

Il nous semble que la formule « attachée à la chose cédée » a été utilisée par la Cour de cassation uniquement pour rappeler l'existence d'un intérêt à agir, et que c'est la possession des titres assortis d'une garantie de passif qui le caractérise. Dès que le cessionnaire bénéficiaire de la garantie a revendu ses titres, il n'est plus fondé à mettre en œuvre la garantie pour cette raison. Selon nous, cet arrêt n'a pas d'autre portée. L'on sait qu'en matière de garantie légale, telle que celle ayant trait au défaut de la chose vendue, le cédant peut se retourner contre son cédant d'alors en cas de mise en œuvre de la garantie par le cessionnaire, s'il s'avère par exemple qu'il avait connaissance du défaut ou encore si son origine remonte avant sa propre acquisition.

Le caractère conventionnel de la garantie d'actif et de passif, *sui generis* au surplus, ne peut pas en faire une garantie accessoire à la chose vendue sur ce point. En effet, cette garantie n'est qu'un engagement que prend le cédant à l'égard du cessionnaire (ou de la société cédée), au même titre que de nombreux autres engagements. Cet engagement naît aux termes d'une convention particulière et n'a de valeur qu'entre les parties cocontractantes (ou le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui). Il ne saurait être incorporé à la chose ven-

due pour ces raisons, et ne peut ainsi en constituer un accessoire transférable avec elle.

b. Une faculté d'arbitrer la fiscalité

48. En pratique, il est intéressant d'intégrer la fiscalité en stipulant que les impôts qui seraient dus par le cessionnaire ou la société cédée doivent être versés en sus par le cédant. Cela étant, la négociation ne permet pas toujours l'intégration de la fiscalité. La faculté pour le cessionnaire de se réserver le choix de la personne indemnisée est ainsi intéressante à cet égard. Cela lui permet d'arbitrer les avantages et inconvénients suivant les différences de traitement fiscal de l'indemnité, suivant qui du cessionnaire ou de la société cédée la perçoit. En effet, l'indemnité est imposée à l'impôt sur les sociétés ou à l'équivalent en matière de société de droit étranger, que ce soit entre les mains du cessionnaire ou de la société cédée. Cela étant, il se peut que l'indemnité soit fiscalement neutralisée si elle est perçue par la société cédée dans le cas où une provision a pu être inscrite pour cause d'un amoindrissement d'actif ou dans la mesure où le supplément de passif est simplement déductible, selon les cas. Il est rappelé que l'indemnité couvrant un supplément de passif non déductible n'est pas imposée. Le principe établi par le Conseil d'État étant que les sommes versées en vertu d'une obligation conventionnelle ne constituent des recettes imposables que si la perte ou la charge qu'elles ont pour objet de compenser est elle-même déductible du bénéfice imposable⁸⁴.

Cette faculté, si elle est offerte au cessionnaire, lui permet ainsi de réaliser les arbitrages opportuns lors des différentes mises en œuvre de la garantie.

III. Des pratiques internationales complémentaires et alternatives à la garantie

A. L'influence anglaise

1. Les déclarations et garanties (ou *representations & warranties*)

a. Le système des déclarations et garanties

49. Le droit anglais et ses pratiques ont une influence incontestable en matière de cessions d'entreprises. D'abord sur le plan économique, compte tenu des principales places financières mondiales situées aux États-Unis et au Royaume-Uni. Ensuite sur le plan juridique, en raison notamment du système coutumier du droit anglais. Ce système coutumier impliquant des sources multiples du droit et de fait des solutions aléatoires a eu deux conséquences. La première est l'effort de précision

au plus haut point de la part des rédacteurs afin d'essayer d'anticiper et d'encadrer toutes les conséquences de leurs contrats, offrant bien souvent une très haute qualité. La seconde est la règle du précédent en matière judiciaire (*stare decisis*), impliquant pour le juge de rechercher l'ensemble des affaires passées similaires sur les faits afin d'appliquer à l'espèce la même solution, gage de continuité et de stabilité de la jurisprudence⁸⁵.

50. Ainsi, le système des déclarations et garanties provient directement de la pratique anglaise des *representations and warranties*. En droit anglais, toute déclaration erronée est sanctionnée par l'action en *misrepresentation* (équivalent au dol), sauf à ce qu'il s'agisse d'une déclaration dite « générale »⁸⁶. Il s'agit ainsi de prévoir des déclarations les plus spécifiques et précises possibles.

(82) *Id.*

(83) F. Sauvegeot, *op. cit.*, 228.

(84) CE, ass. plén., 12 mars 1982, n° 17074 ; CE 11 déc. 2009, n° 301341 ; Rép. min. n° 28652 ; JOAN, 9 févr. 2021, 1154, R. Gra.

(85) F.-X. Testu, *op. cit.*, n° 00.05.

(86) *Ibid.*, n° 12.28 et 96.03 ; M. Chen-Wishart, *Contract Law*, 7^e éd., Oxford, 2022, 238 ; *Great Lakes Chem. Corp. v. Pharmacia Corp.*, 788 A.2d 544, 554 [Del. Ch. 2001].

ÉTUDE / Pratiques des garanties d'actif et de passif et influences internationales

Avant tout il convient de rappeler ce qu'est une déclaration et une garantie. Une déclaration est une assertion d'un état de fait ou de droit, qui peut être positive ou négative, généralement aux moments de la conclusion du contrat et du transfert de propriété. Une garantie est une promesse qu'une déclaration est vraie ou qu'un événement futur se produira ou non. Les termes déclaration et garantie sont souvent assimilés malgré cette distinction⁸⁷. Une déclaration fautive, erronée, inexacte ou faisant l'objet d'un manquement ou d'une omission, implique une violation de la garantie et donne ainsi lieu à une indemnisation. La jurisprudence reconnaît ce droit à indemnisation en pareil cas dès lors qu'il est précisé que le cédant « déclare et garantit » même si le contrat ne stipule pas clairement la conséquence d'un manquement⁸⁸. Il est particulièrement important de définir la portée et les conséquences des manquements aux déclarations, les juges ayant reconnu leurs effets dans bon nombre de décisions⁸⁹.

51. Il s'agit pour le cédant de limiter le champ des déclarations et garanties et de la garantie d'actif et de passif notamment aux éléments matériels pour l'entreprise, à ses connaissances effectives, et sur une certaine durée. Les contrats de cession de société doivent contenir des déclarations et garanties relatives notamment à la conformité de la société cédée à l'égard des lois qui lui sont applicables, à la répartition de son capital, à ses filiales, à ses états financiers, à l'absence de changements défavorables, aux contrats principaux, à la fiscalité, aux litiges, aux salariés, aux dettes, à certains actifs matériels, à l'environnement, à la propriété intellectuelle, etc.

b. L'articulation avec la garantie d'actif et de passif

52. L'articulation de la garantie d'actif et passif avec les déclarations et garanties est totalement libre. Il peut être prévu qu'elle vient dans le prolongement des déclarations et garanties, et qu'elle peut être mise en œuvre notamment en présence de violation d'une déclaration. Cela n'est pourtant pas une condition de la garantie d'actif et passif dont le fonctionnement est purement mécanique.

53. Les déclarations et garanties et la garantie d'actif et passif peuvent ainsi fonctionner de manière indépendante suivant la rédaction retenue⁹⁰. Le cédant doit veiller en pareil cas à introduire une disposition visant à exclure la double indemnisation. Pour le cessionnaire, cette

indépendance peut être intéressante à différents égards. Il existe en effet des sujets qui peuvent s'avérer préjudiciables pour la société cédée alors même qu'aucun supplément de passif ni amoindrissement d'actif ne serait révélé. Il peut s'agir notamment d'absence de conformité à l'égard des dispositions légales applicables en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, de règlement général sur la protection des données, à l'égard de l'environnement ou en matière d'assurance⁹¹. L'enjeu de ces domaines qui relèvent de la responsabilité civile et même de la responsabilité pénale a été rappelé à plusieurs reprises⁹². Un fonctionnement indépendant permet ainsi de mieux protéger le cessionnaire qui pourra demander des dommages-intérêts en pareil cas alors même qu'aucun supplément de passif ou amoindrissement d'actif n'est révélé⁹³.

2. L'appréhension des informations divulguées

a. Le rapport entre la garantie d'actif et de passif et les informations divulguées

54. L'appréhension des informations divulguées par le cédant ou obtenues par le cessionnaire lors de son investigation est particulièrement importante. Dans une espèce, les parties avaient précisé que les garanties consenties « ne seront pas réduites ou limitées du fait des revues ou investigations préalables effectuées par le cessionnaire »⁹⁴. Les juges du fond ont considéré cette disposition comme une clause de style et qu'en conséquence elle ne reflétait pas la commune intention des parties⁹⁵. Partant, les juges du fond ont écarté les effets de cette clause, ce qui a été validé par la Cour de cassation.

Cela étant, il ne semble pas possible de tirer une conclusion générale de cet arrêt quant à ce type de disposition dans la mesure où les différents moyens du cessionnaire pour justifier la mise en œuvre de la garantie ont été rejetés. De plus, il résulte de l'arrêt de cassation que le cessionnaire avait audité au moyen de la société KPMG la situation de la société cédée pendant plusieurs jours. Toutefois, la Cour de cassation n'a pas tiré de conséquences particulières de cet état de fait et a poursuivi son analyse sur un autre sujet⁹⁶. Cela amène à considérer ces dispositions relatives à la portée des investigations du cessionnaire avec une attention particulière, dans la mesure où il résulte bien souvent (pour ne pas dire systématiquement) des pourparlers ou des échanges entre les parties que des audits sont menés, de manière plus ou moins poussée suivant la taille des cessions.

(87) D. Oesterle, *Mergers and Acquisitions*, St. Paul 2001, 43 : « Technically, representations are statements as to existing circumstances and warranties cover future situations. Most lawyers compact the two concepts and refer to them in a run-on term as reps-and-warranties ».

(88) Com. 2 févr. 2010, n° 09-11.064 F-PB, RJDA 7/10 n° 751 ; A. Couret et P. Rosenpick, *L'articulation entre déclarations et clauses de garantie d'actif et de passif*, Dr. & patr., n° 175, 2008, 3.

(89) Com. 2 févr. 2010, n° 09-11.064, préc. ; Com. 21 oct. 2014, n° 13-11.805 F-PB, Rev. sociétés 2015, 463, note M. Menjuq ; RJDA 2/15 n° 105 ; Com. 21 mars 2018, n° 16-13.867 F-D, RJDA 7/18 n° 580 ; Paris, 2 juin 2020, préc.

(90) L. Chatain et P. Mousseron, *Garantie de passif et autres engagements de garanties*, La BaseLextenso, 2020, 2.

(91) Paris, 5 mars 2004, n° 97-911, 97-4112, 97-27.309 et 98-2443, BRDA 9 mai 2006, n° 3 ; Com. 3 avr. 2007, n° 04-15.532, 04-15.544 et 04-18.382, BRDA 10 juill. 2007, n° 3 ; Dr. sociétés 2007, comm. 147, 12, obs. H. Lécuwer ; A. Couret et P. Rosenpick, *op. cit.*, 6.

(92) H. Dubout, *Garanties de passif et assurances de responsabilité civile*, Bull. Joly Sociétés 1993, 967 ; E. Fremeaux et F. Coutant, *Les cessions de droit sociaux et la protection de l'environnement*, Bull. Joly Sociétés 1994, 1061 ; E. Bianco, *Garanties de passif et environnement*, Journ. sociétés, avr. 2004, 14 ; B. Ferrari, *Retour sur les garanties de passif : réflexions sur la couverture conventionnelle d'un passif d'origine répressive*, Bull. Joly sociétés 2019, 58.

(93) Com. 4 nov. 2008, n° 07-19.195, Rev. sociétés 2009, 334, note B. Dondero ; Bull. Joly Sociétés 2009, p. 454, note P. Mousseron ; Com. 2 févr. 2010, n° 09-11.064, Bull. civ. IV, n° 32 ; JCP E 2010, 1391 ; Com. 12 mai 2015, 659, obs. D. Porrachia.

(94) Com. 24 sept. 2013, n° 12-22.204, préc.

(95) Com. 24 sept. 2013, préc., Rev. Sociétés 2014, 95, note T. Massart, n° 9.

(96) *Ibid.*, n° 16.

Pratiques des garanties d'actif et de passif et influences internationales / ÉTUDE

La mise à l'écart de cette disposition dans ce cas doit inviter les parties à préférer une rédaction plus détaillée et circonstanciée quant aux effets réservés aux divulgations et aux investigations préalablement à la cession, souvent très négociés.

b. La garantie d'actif et passif indépendante de la mauvaise foi du cessionnaire

55. L'exécution de la garantie d'actif et de passif en présence de la mauvaise foi du cessionnaire a été rappelée par la Cour de cassation⁹⁷. Dans ce cas, un cessionnaire a mis en œuvre une garantie de passif afin de reconstituer un passif fiscal résultant d'une mauvaise gestion de sa part en sa qualité d'ancien dirigeant. La décision des juges du fond qui avaient rejeté la demande du cessionnaire en invoquant le manquement à la bonne foi contractuelle a été censurée. La Cour de cassation a rappelé que le manquement à la bonne foi contractuelle, évident dans ce cas, ne permet pas au juge de réviser le contrat mais de sanctionner son usage déloyal⁹⁸.

56. La Cour de cassation s'est également prononcée au croisement de la mauvaise foi contractuelle du cessionnaire et des investigations qu'il a menées : cela ne doit pas empêcher l'application de la garantie⁹⁹. Dans cette affaire, les juges du fond ont observé que le cessionnaire était un professionnel de l'investissement et qu'il avait mené un audit complet avec du personnel qualifié. Les parties avaient prévu que les investigations, les vérifications et les diligences préalables à la cession ne vaudraient en aucune façon décharge d'une quelconque déclaration ou garantie. Les parties semblaient ainsi ne pas vouloir conférer un caractère exonératoire aux investigations menées par le cessionnaire, quoique dans des termes peu précis.

Les juges du fond ont usé de leur pouvoir d'interprétation. Selon eux, seul le passif dissimulé, et non celui apparaissant après réexamen des comptes était couvert par la garantie. Dans la mesure où le cessionnaire avait rapporté uniquement des imputations comptables irrégulières, et non des écritures fictives, les juges du fond ont écarté l'application de la garantie, qui aurait dû porter sur plus du double du prix payé par le cessionnaire. Les juges du fond se sont notamment appuyés sur le caractère inéquitable qu'aurait eue l'application de la garantie. La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel pour dénaturer des termes clairs et précis du contrat¹⁰⁰.

57. La Cour de cassation reconnaît et applique les clauses organisant la portée des investigations effectuées par le cessionnaire, qui peut, même de mauvaise foi, mettre en œuvre les garanties d'actif et de passif sans que les juges du fond ne puissent opérer de révision des obligations légalement convenues entre les parties¹⁰¹. La position de la Cour de cassation est constante à ce sujet, et ce même si les parties sont restées silencieuses sur le sort

des investigations, dès lors qu'elles ont seulement prévu que la garantie d'actif et de passif s'applique si l'origine de l'amoindrissement de l'actif ou de l'augmentation du passif est antérieure à la date de la cession¹⁰².

Il convient de souligner dans la jurisprudence de la Haute Cour l'application des termes du contrat tels que prévus par les parties, sans aucune révision en matière du sort des divulgations et des investigations.

c. Les pratiques et conventions régissant les divulgations

58. Les jurisprudences analysées révèlent qu'il est impératif pour les parties et leurs conseils de réserver des formulations précises en la matière. Là où le cessionnaire a intérêt à refuser un caractère exonératoire pour les documents et informations transmises, le cédant a l'intérêt opposé. Il s'agira parfois de trouver un juste milieu soit en cantonnant le caractère exonératoire à certains documents, ou matières, soit en prévoyant une annexe de divulgations (*disclosure schedule*) aux termes de laquelle le cédant fera les divulgations pour lesquelles il entend être exonéré.

Cette pratique de l'annexe de divulgation, si elle est plus en faveur du cessionnaire, permet de délimiter un vrai périmètre des documents et informations objets de l'exonération. Cette annexe peut faire l'objet d'une négociation importante, dans la mesure où le cédant souhaite être exonéré sur un maximum de sujets et va ainsi tenter de viser un maximum de documents. Le cessionnaire doit essayer de s'y opposer en exigeant que seuls les documents et informations pouvant être la cause de la mise en œuvre de la garantie en raison des circonstances soient retenus. Il s'agit en pratique de n'accepter que les divulgations sans lesquelles le cédant serait en violation de ses déclarations (divulgations spéciales ou *specific disclosures*), les divulgations générales (ou *general disclosures*) devant être évitées par le cessionnaire. Au niveau de la structure, des mécanismes plus complexes de refus des divulgations croisées sont parfois insérés au bénéfice du cessionnaire, impliquant qu'une divulgation faite au titre d'une déclaration du contrat de cession n'est pas supposée avoir été faite au titre d'une autre déclaration.

59. Enfin, il peut être d'intérêt de renforcer ces divulgations par l'exigence de sincérité et de complétude des détails pour identifier le périmètre des éléments divulgués, emprunté au concept de *fair disclosures* du droit anglais. Plus précisément, il s'agit de prévoir que les informations divulguées par le cédant (ou identifiées par le cessionnaire) qui constituent une violation des déclarations et garanties du cédant (ou qui impliquent une incomplétude ou une inexactitude) ne sont pas exonératoires. Il s'agit là d'un point d'articulation entre la garantie d'actif et de passif et les déclarations et garanties.

(97) Com. 10 juill. 2007, préc.

(98) Com. 24 sept. 2013, préc., Rev. Sociétés 2014. 96, note T. Massart, n° 14.

(99) Com. 9 déc. 2014, n° 13-21.774-FD, Sté Soreg Est c/ V, Rev. sociétés 2015. 298, note T. Massart.

(100) Com. 9 déc. 2014, préc., Rev. Sociétés 2015. 298, note T. Massart, n° 2.

(101) *Ibid.*, n° 11.

(102) Cas où les cédants avaient informé le cessionnaire de certaines difficultés et proposé l'inscription d'une provision pour dépréciation préalablement à la cession, refusée par ce dernier et dont les montants ont fait par suite l'objet d'un appel en garantie : Com. 14 déc. 2010, n° 09-58.868.

ÉTUDE / Pratiques des garanties d'actif et de passif et influences internationales

B. Les pratiques en droit suisse

1. La garantie indépendante ou l'assurance contractuelle

60. De la même manière qu'en droit français, et pour les mêmes raisons de dualité des garanties en présence de *share deal* et d'*asset deal*, des garanties *sui generis* se sont développées en droit suisse. La doctrine suisse emploie l'expression « assurance » ou « garantie indépendante » à la place de « garantie d'actif et de passif »¹⁰³.

61. Le Tribunal fédéral reconnaît ainsi la validité des garanties indépendantes données par le cédant¹⁰⁴. Elles peuvent porter sur des faits ou éléments futurs, de manière positive ou négative (garantie qu'un événement se produira ou ne se produira pas), alors inexistantes lors du transfert des risques de la chose¹⁰⁵. Le cessionnaire bénéficiaire de la garantie, n'est pas contraint par les dispositions de l'article 201 du code suisse des obligations, relatif à son obligation de vérifier l'état de la chose ou d'en signaler les défauts une fois connus¹⁰⁶.

2. La pratique de l'exclusion des autres garanties et moyens légaux

62. En matière de négociation contractuelle, dès lors qu'il s'agit d'introduire des garanties conventionnelles pour le cessionnaire, il s'agit de minimiser la portée des garanties légales, voire de les exclure quand cela est possible pour le cédant. Dans la pratique suisse, il est fréquent que le cédant cherche à cantonner sa responsabilité aux garanties contractuelles. Pour ce faire, il est nécessaire de prévoir une exclusion conventionnelle des garanties légales et de la responsabilité en matière extracontractuelle. En droit suisse, la responsabilité pour faute dans la conclusion d'un contrat, ou *culpa in contrahendo* est une forme de responsabilité précontractuelle *sui generis*, que le Tribunal fédéral n'a rattaché ni à la responsabilité quasi contractuelle, ni à la responsabilité délictuelle¹⁰⁷. Il s'agit d'un cas particulier de responsabilité basée sur la confiance¹⁰⁸. Le Tribunal fédéral reconnaît la validité de ces clauses d'exclusion à l'égard des garanties légales et de l'erreur en ce qui concerne la *culpa in contrahendo*¹⁰⁹.

La jurisprudence suisse pose toutefois certaines limites à l'exclusion de l'erreur. Il s'agit notamment des cas où l'erreur serait invoquée en présence de défauts totalement étrangers aux éventualités qu'un acheteur diligent peut raisonnablement prendre en compte, de nature à compromettre l'économie du contrat¹¹⁰. Une exclusion de responsabilité n'est pas valable à l'égard du dol¹¹¹.

Cette faculté d'exclusion conventionnelle de l'erreur dans le droit suisse est ainsi basée sur un principe de raison, qui s'apprécie suivant les circonstances. Cette faculté basée sur le même principe est également présente en *common law*¹¹².

63. En droit français, la *culpa in contrahendo* peut correspondre aux vices du consentement. Son exclusion suscite également des réflexions en droit français¹¹³. Le droit français ne permet pas d'exclure conventionnellement la responsabilité extracontractuelle. Il est impossible d'exclure ou d'aménager les vices du consentement dans la mesure où les dispositions afférentes sont d'ordre public¹¹⁴.

Le caractère d'ordre public de la responsabilité extracontractuelle a été reconfirmé récemment par la Cour de cassation, justement en présence d'une garantie de passif¹¹⁵. À l'occasion d'une cession, les parties avaient conclu une garantie de passif assortie d'une clause « de renonciation à recours ». Par suite de la découverte de plusieurs faits et informations dissimulés par le cédant, le cessionnaire a introduit une action à son encontre sur le fondement du dol. Le cédant a ensuite opposé la présence de cette clause de renonciation lors de son pourvoi en cassation. La Cour de cassation a répondu que les articles 1240 et 1241 du code civil sont d'ordre public et « que leur application ne peut être neutralisée contractuellement par anticipation, de sorte que sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle »¹¹⁶. L'on retrouve ainsi cette tentation dans la pratique française pour le cédant de faire renoncer le cessionnaire à des voies de recours intéressant la responsabilité extracontractuelle.

64. Dans les faits, il est possible de réduire la possibilité du cessionnaire de remettre en cause la cession sur le fondement de l'erreur. En effet, plus les déclarations effectuées, les informations et documents transmis sont complets, plus il est difficile pour le cessionnaire de rapporter une erreur. Mais il semble s'agir là d'une grande différence avec le droit suisse. La divulgation d'un certain nombre d'informations est nécessairement de nature à compromettre la faculté pour le cessionnaire d'invoquer

(103) S. Eberhard, *Acquisitions, Due Diligence et Responsabilité pour les défauts*. In : F. Dessemontet et alii (Ed.). *EvoAspects actuels du droit de la société anonyme* : travaux réunis pour le 20^e anniversaire du CEDIDAC (1985-2006), Lausanne, Lausanne : Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 2005, 601-602 ; P. Terrier et alii, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Zurich, 2016, 100 ; P. Böckli, *Gewährleistungen und Garantien in Unternehmensverkäufen*. In : R. Tschäni, *Mergers & Acquisitions*, Zurich, 1998, 88 ; B. Chappuis, *Le calcul du dommage dans les litiges en matière de fusions et acquisitions*. In : F. Defferrard, et alii. *Développements récents en droit commercial IV*, Lausanne : Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 2015, 26.

(104) ATF 122 III 426, JdT 1998.

(105) *Ibid.*, cons. 4 ; B. Chappuis, *op. cit.*, 26.

(106) *Id.*

(107) ATF 58 II 429, JdT 1933 | 345 ; ATF 68 II 295 ; ATF 80 II 26.

(108) ATF 134 III 390 ; ATF 133 III 449.

(109) ATF 126 III 59 cons. 3 ; ATF 91 II 275 cons. 2b = JdT 1967 I 37 ; ATF 4A_551/2010 du 2 déc. 2010, cons. 2.6 ; S. Eberhard, *op. cit.*, 607 ; S. Marchand, *L'évolution de la jurisprudence récente en matière de contrats de vente (1994-2004)*. In : P. Engel et alii. (Ed.). *Évolution récente du droit des obligations* : travaux de la Journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 10 fév. 2004, Lausanne, Lausanne : Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 2004, 79.

(110) ATF 4A_444/2017 du 12 avril 2018, cons. 5.1 ; voir également A. Kern et M. Visher, *Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen : Die Fallgruppe der Neubauten*, in C.J.N. publié le 18 sept. 2018 ; ATF 130 III 686, cons. 4.3.1. JdT 2005 | 247 ; S. Schürch, *Le dol et l'erreur dans la vente d'entreprises*. In : Jusletter, 2018, 7.

(111) Code suisse des obligations, art. 199.

(112) V. Kelly, Holmes, Hayward, *Business Law*, 5^e éd., Cavendish [UK] 2005, 163 ; Grimstead & Son Ltd v McGarrigan, Oct. 27, 1999, case QBENF 97/1641 C [non publ., cité par D. Spachmüller, *Reiburg Law Students Journal*, Aug. VI – 11/2007] ; F.-X. Testu, *Daloz Contrats d'affaires*, 2010, n° 12.32.

(113) Rép. Civ. Daloz, *V^e Renonciation*, D. Houtcleff, spéc. n° 44 s ; Com. 3 fév. 2015, n° 13-12.483 F-P+B, F.c./C., Rev. sociétés 2015, 571, note J.-J. Ansault.

(114) F.-X. Testu, *op. cit.*, n° 12.22 ; Civ. 17 fév. 1955, D. 1956, 17, note Esmein.

(115) Civ. 1^{re}, 5 Juill. 2017, n° 16-13.407.

(116) *Id.*

Pratiques des garanties d'actif et de passif et influences internationales / ÉTUDE

l'erreur. Cela étant, il s'agit là uniquement d'un encadrement des effets que l'invocation de l'erreur pourrait avoir. Le cessionnaire conserve ce moyen de droit, c'est uniquement sa mise en jeu qu'il s'agit d'endiguer par la

nature et la qualité des informations divulguées. Ainsi, le moyen demeure. Le droit suisse est différent à cet égard, dès lors qu'il permet de priver le cessionnaire de l'exercice de ce moyen, quoique sous certaines conditions.

IV. Conclusion

65. La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de garantie d'actif et de passif est cohérente. Il pourrait être intéressant de généraliser un modèle-type pour garantir la plus grande qualité aux parties, avec des options de négociations, dont l'articulation et les formulations seraient bâties sur la pratique et la jurisprudence. Plutôt que d'introduire un régime légal qui viendrait retirer ce caractère *sui generis* aux garanties d'actif et de passif, il pourrait être pertinent de travailler à leur standardisation.

66. Cela aurait les avantages de la *soft law* que l'on connaît en matière internationale, mais aussi et surtout de ne pas enfermer cette garantie dans un régime légal qui ne serait pas forcément adapté suivant sa composition, compte tenu de la difficulté et des nombreuses subtilités à encadrer. Un autre avantage de cette standardisation serait de faciliter l'assurabilité des garanties d'actif et de passif. En supprimant le risque de recouvrement pour le cessionnaire, certaines cessions pourraient être facilitées.

67. Les rédacteurs seront bien avisés d'utiliser les déclarations et garanties, lesquelles permettent de compléter la garantie d'actif et de passif, voire de conférer une protection supplémentaire sans nécessité de rapporter l'existence d'un supplément de passif ou d'un amoindrissement d'actif. Elles sont également très utiles en matière de cession par des minoritaires, auxquels il est généralement délicat d'imposer une garantie d'actif et de passif s'ils n'ont pas eu de rôle dans l'administration de la société.

68. Les garanties d'actif et de passif étant conventionnelles, leur interprétation dépend totalement de leur formulation. Dès lors, il est regrettable que les magistrats ne relatent pas systématiquement ces conventions, ou a minima les extraits sur lesquels ils fondent leurs décisions. Cela permettrait peut-être de mieux comprendre certaines décisions et de constituer une base de données.

69. Le caractère libéral que le droit français peut avoir en la matière (à l'image de l'application de la garantie par le juge malgré la mauvaise foi du cessionnaire) doit être souligné. Cette souplesse peut amener des contreparties étrangères ou des cessions de sociétés étrangères, ou encore présentant des éléments d'extranéité (comme c'est souvent le cas) à prévoir une élection de for français et de loi française. Cela participe à attirer du contentieux en France et à créer de l'activité pour les professionnels du secteur. Cela participe également à fournir les contentieux avec plus de cas. Finalement, la compétitivité de la place économique et juridique française compte sur la souplesse et la libéralisation de son droit. L'on sait que ce n'est pas le cas dans beaucoup de domaines du droit, très réglementés. Cette compétitivité est pleinement d'actualité avec le retrait du Royaume-Uni de l'UE, dont les décisions judiciaires ne sont plus automatiquement transmissibles et applicables dans l'UE en ce qu'elles ne peuvent dorénavant plus bénéficier du règlement Bruxelles I bis. La nécessité de passer par la procédure d'*exequatur* pour ces décisions, longue et coûteuse par opposition à la reconnaissance automatique dans l'UE des décisions rendues par un juge français est une vraie opportunité, particulièrement en matière de cessions d'entreprises.