PAROLES DE LECTEURS

YVETTE MISLIN

COBATY PARIS DOYEN
DIRECTEUR GÉNÉRAL DE LOGION FINANCE

“Cession de son entreprise : la négociation de la Convention de garantie d’actif et de passif (GAP)”

Après deux articles portant l’un sur la cession de son entreprise par son propriétaire, l’autre sur la valorisation d’une entreprise de bâtiment lors de sa transmission (« Cobatynfo », n°165, novembre 2020, page 45 et n°166, avril 2021, page 43), Yvette Mislin, qui dirige le cabinet de transmission d’entreprise Logion Finance, traite dans ce numéro de la Convention de garantie d’actif et de passif lors de la cession d’entreprise. Ainsi prend fin cette série de trois articles dont « Cobatynfo » remercie Yvette Mislin.

Lorsqu'un acquéreur rachète les titres d'une société, il reprend, par la même occasion, l'intégralité de l'actif et du passif.

Pour se protéger, l'acheteur demande au vendeur de s'engager sur les possibles conséquences de ses actes de gestion et à l'indemniser en cas de baisse de l'actif ou d'augmentation du passif (en valeur) qui seraient constatées postérieurement à la transaction. La couverture du risque ne s'arrête donc pas aux simples éléments d'origine comptable.

Les principes et les modalités de mise en œuvre du mécanisme d'indemnisation vont être définis dans une Convention de garantie d'actif et de passif plus communément appelé la GAP. Il s'agit d'un document majeur associé au contrat de cession de titres. Il est rédigé le plus souvent par un avocat spécialisé en droit des affaires et comporte une série de déclarations « véritables et sincères » effectuées par le vendeur.

UN DOCUMENT DONT LES CLAUSES DOIVENT ÊTRE COMPLÈTES ET RIGOUREUSES

La GAP, document pouvant donner lieu à d'âpres négociations, demeure un point important dans toute transaction.

Il faut savoir que la GAP peut être activée quand bien même le cédant aurait été d'une parfaite bonne foi et malgré la réalisation par l'acquéreur d'un audit destiné à identifier des zones de risques et à évaluer leur incidence sur la bonne marche de l'activité.

Il arrive également qu'une fois l'acquisition effectuée, l'acquéreur doive faire face à la découverte d'un passif relatif à une période antérieure à la réalisation de l'opération et/ou à la dépréciation d'un actif dont la valeur réelle s'avère inférieure à celle qui avait été déclarée au jour de la vente.

Il est très important d'insister sur l'impérieuse nécessité de faire preuve de rigueur et de méthode dans la rédaction des différentes clauses. Des rédactions incomplètes ou imprécises conduisent à des difficultés liées à l'interprétation de ses clauses. En voici quelques exemples significatifs :

Exemples de baisse de la valeur des actifs relative à une dépréciation d'un actif qui s'avère avoir une valeur réelle inférieure à celle déclarée au jour de la vente :

- une rupture avant la cession d'un contrat liant la société à un client sans en avoir informé l'acquéreur ;
- l'existence de créances irrécouvrables et non provisionnées dans le poste client ;
- des stocks dont la valeur a été surévaluée.

Exemples d'augmentation de la valeur du passif :

- un redressement fiscal et/ou social portant sur les années antérieures à la cession et survenu à la suite d'un contrôle intervenu après le transfert des titres ;
- un contentieux antérieur à la cession ayant abouti à une condamnation judiciaire après la transaction ;
- une facture fournisseur échue et qui n'a pas été payée à bonne date ;
- des avis d'imposition ou de charges sociales échues ;
- un litige salarial survenu post-cession mais dont le fait générateur porte sur des éléments de rémunération antérieurs à la cession (ex : calcul erroné des congés payés, primes...).

DES PRÉCISIONS COMPLÉMENTAIRES AUX DÉCLARATIONS

Outre les déclarations, la GAP doit comporter un certain nombre de précisions complémentaires. En voici quelques unes.

- **Les garants**

Ce sont les signataires de la GAP. Il existe des situations où certains cédants peuvent ne pas être garants (ex. : cas d'associés minoritaires n'ayant aucun rôle dans l'activité, l'épouse actionnaire, ni dans la gestion de l'entreprise). En général, ce sont les principaux associés contrôlant le capital et disposant d'un pouvoir de décision dans la gestion qui sont les signataires de la GAP.
Se posera également la question du périmètre de la GAP, susceptible le cas échéant d'être limité au taux de participation de l'associé en question.

- **Le plafond de la GAP et la dégressivité**

Il n'y a pas de plafond pré-déterminé. Chaque transaction nécessite la négociation d'un plafond spécifique défini de gré à gré. Il est d'usage, dans l'hypothèse où les audits n'ont pas révélé d'anomalie, où la société ne possède pas d'actifs immobilisés ni de stocks importants, de déterminer de manière normative un plafond exprimé en pourcentage du prix de cession et compris entre 15 à 20%.
Selon la nature des risques identifiés, ce ratio peut varier et, dans certains cas, atteindre des montants très élevés. Par exemple lorsque le montant d'un chantier dépasse le seuil couvert par la garantie décennale MAF.
Il est fréquent de négocier une dégressivité annuelle du montant de la garantie en l'absence de la survenance d'évènement. La dégressivité entraîne alors la baisse du plafond à hauteur d'un tiers par exemple à chaque date anniversaire.

- **Les bases comptables de la garantie**

Il convient de fixer avec l'acquéreur les comptes de référence sur lesquels prendra appui l'engagement de garantie. Le plus souvent, il s'agit de l'arrêté des comptes (bilan) du dernier exercice mais il est possible de s'appuyer sur une situation intermédiaire préalablement auditée. Ce bilan va servir de support à la rédaction de la GAP qui sera complété par des mentions relatives aux variations des postes de l'actif et du passif au cours de la période entre les comptes de référence et la date du closing (date de la signature de la transaction, cession des titres et paiement du prix).

- **Les déclarations spécifiques**

Effectuées par le vendeur, elles peuvent par exemple porter sur la déclaration relative à l'absence de contentieux social, à l'absence de contentieux fiscal, à l'absence de litige...

- **Les risques couverts**

Outre les aspects comptables, la GAP peut également couvrir les risques environnementaux (pollution des sols...), les appels en garanties décennales...

- **La durée de la garantie**

Elle reste l'un des éléments fondamentaux de l'opération. Généralement, cette durée varie en fonction de la nature des risques auxquels est soumise l'activité.

Il est d'usage d'accorder une garantie d'une durée de 36 mois étendue à l'année en cours pour couvrir les éventuels risques fiscaux et sociaux. Les durées peuvent cependant être plus longues pour des risques de type environnementaux, fraudes, discriminations à l'embauche

ainsi qu'en matière de harcèlement moral par exemple.

UNE « GARANTIE DE LA GARANTIE » QUI PROTÈGE L'ACQUÉREUR

Si le vendeur a organisé son insolvabilité ou a quitté le territoire, il pourra difficilement être inquiété dans le cas de la mise en œuvre d'un appel en garantie. La GAP deviendrait alors sans objet en l'absence de capacité à actionner le garant. Pour se prémunir contre cet aléa, le bénéficiaire va demander la mise en place d'une sûreté appelée « garantie de la garantie » ou « garantie financière ». Cette garantie supplémentaire consiste à mettre en séquestre une partie du montant de la garantie.

Ce séquestre restera disponible en cas d'appel en garantie. Le montant de cette garantie financière est au maximum égal au plafond de la garantie.

Concrètement, plusieurs mécanismes de « garantie de la garantie » peuvent être proposés.

- **La garantie bancaire à première demande**

Cette garantie doit être contractée par le cédant auprès d'une banque qui bloque la somme demandée et pourra libérer tout ou partie de son montant sur simple demande de l'acheteur.

- **Le séquestre d'une partie du prix de cession**

Un avocat peut être nommé en qualité de séquestre d'une partie du prix devenu la « garantie de la garantie ». Dans ce cadre, une partie du prix reste bien évidemment bloquée durant la période qui aura été déterminée entre les parties.

- **Une « garantie de la garantie » assise sur le crédit-vendeur**

Dans l'hypothèse où le paiement du prix se ferait de manière échelonnée (on parle généralement de « crédit-vendeur »), ce crédit-vendeur qui correspond à une dette de l'acquéreur envers le cédant peut servir de garantie à la garantie. En fonction de la typologie de l'opération, d'autres mécanismes de « garantie de la garantie » peuvent être prévus.

- **Un seuil de déclenchement**

C'est le seuil à partir duquel le vendeur est appelé en garantie, et ce dès le premier euro de préjudice constaté par l'acquéreur. Dans ce cas, si le seuil de déclenchement a été fixé à 25 000 €, l'acquéreur ne pourra appeler la garantie que lorsque le montant cumulé des préjudices aura dépassé ce seuil, soit à partir de 25 001 €. Tant que ce seuil ne sera pas atteint l'acquéreur devra faire l'avance des sommes.
Le seuil de déclenchement peut être cumulatif ou relatif à chaque préjudice individualisé.

- **Une franchise**

C'est la somme en-dessous de laquelle le montant des appels en garantie reste toujours à la charge de l'acquéreur. Si par exemple la franchise est fixée à 20 000 € et le montant des appels en garantie est de 50 000 €, le vendeur devra régler uniquement 30 000 €.
A défaut de franchise, et en cas de franchissement du seuil de déclenchement, le garant devra indemniser le bénéficiaire dès le premier euro. La franchise et le seuil de déclenchement peuvent se combiner.
Un appel en garantie est considéré comme une réduction du prix de vente. S'il y a un appel en garantie sur une année fiscale postérieure, le cédant pourra effectuer une réclamation auprès du service des impôts.

Ces éléments sont bien évidemment à négocier et ne sont ici indiqués qu'à titre indicatif.

UN MÉCANISME DE DÉCLENCHEMENT TRÈS ENCADRÉ

Le bénéficiaire de la GAP doit rapporter la preuve de l'existence d'un préjudice subi du fait de l'inexactitude des comptes de référence et/ou des déclarations effectuées par le vendeur ou de tout fait nouveau générateur de charges imputables à la gestion du cédant.

A cet égard, la notion de préjudice doit aussi être encadrée dans la Convention pour déterminer avec exactitude le montant que le bénéficiaire serait susceptible de réclamer au vendeur.

Ainsi, plusieurs principes classiques peuvent être rappelés ici.

- **Le principe selon lequel le préjudice à indemniser doit rester le « préjudice net ».**

Ainsi, le préjudice net véritablement subi correspond à la dépréciation amputée de la réduction d'impôt généré. Le même principe peut trouver à s'appliquer dans l'hypothèse où le bénéficiaire de la garantie aurait touché une indemnité d'assurance ou récupéré la TVA.

- **Le principe de limitation du préjudice veut que l'acheteur, en cas de découverte d'un élément pouvant permettre l'activation de la garantie, prévienne dans les meilleurs délais le vendeur et mette tout en œuvre pour limiter le montant du préjudice.**

D'autres éléments liés à la définition du préjudice peuvent être précisés en fonction de l'opération, de l'activité ou de la typologie des actifs de la société.

Au-delà des principes liés au périmètre et aux montants de la garantie, les principes relatifs à la mise en jeu pratique de cette dernière ne sont pas à négliger.
En effet, des principes et des délais clairs doivent être indiqués par la garantie.
Au titre des grands principes, on peut notamment citer :
- l'obligation pour l'acheteur de convoquer le vendeur et lui permettre de se défendre (directement ou indirectement) en cas de survenance d'un litige ou d'une vérification fiscale/sociale relative à sa gestion ;
- l'obligation pour l'acheteur de prévenir le vendeur dans un délai raisonnable à la suite de la découverte d'un préjudice ;
- l'obligation de communiquer par un moyen de nature à générer une preuve d'envoi et de réception (généralement un courrier recommandé avec demande d'avis de réception).

QUELQUES MOTS POUR CONCLURE.

La rédaction d'une Convention de garantie d'actif et de passif doit être effectuée au cas par cas par un professionnel. Cette garantie ne reste cependant qu'un des éléments d'une transaction, au même titre que l'audit préalable, la rédaction des actes de cession (protocole avec acte réitératif, contrat de cession) en eux-mêmes ou la convention d'accompagnement.
La GAP reste un document essentiel dont il revient au cédant de bien mesurer les obligations et engagements consentis au terme de la transaction.
Il est donc indispensable d'en avoir une parfaite compréhension et d'en négocier avec l'appui de son conseil les termes et conditions car les contentieux sont nombreux. Et les acquéreurs parfois sans scrupules...