

Lettre trimestrielle n°8 – 4ème trimestre 2011

Sommaire :

- Edito du Président **Page 1**
- Le point de vue des financiers **Page 2**
- La garantie d'actif et de passif : des risques théoriques à la pratique judiciaire **Page 7**
- Les pratiques M&A dans le cadre d'une négociation de GAP **Page 10**
- Impacts sur une transaction d'entreprise du choix des méthodes comptables et des changements éventuels des méthodes et des estimations **Page 13**
- La mise en œuvre de la garantie d'actif-passif et la valorisation du préjudice **Page 20**

Edito du Président,

*L'association A3E souhaite apporter sa contribution à la réflexion, afin de rappeler les fondamentaux de la démarche d'évaluation, de développer et d'homogénéiser les bonnes pratiques, et de diffuser les résultats des différentes études et enquêtes qu'elle réalise depuis de nombreuses années.*

*L'objectif des lettres trimestrielles est de partager certaines réflexions autour d'un thème qui servira de fil conducteur pour chaque numéro.*

Dans un contexte de crise durable, de raréfaction du nombre de transactions, de tension sur les prix, et surtout sur le financement des opérations de transmission, il nous a paru utile d'échanger dans le cadre d'une lettre trimestrielle sur les garanties d'actifs et de passifs (GAP).

Si les GAP font partie intégrante du paysage des transmissions d'entreprise, force est de constater qu'elles restent très engageantes pour les cédants, et peuvent créer des tensions fortes entre les parties pendant et/ou après le processus de transmission.

Il nous a paru intéressant d'aborder à la fois sous l'angle théorique et l'angle pratique la problématique des GAP : les GAP sont-elles systématiquement présentes dans les transmissions, sous quelles formes, quelles sont les tendances constatées, peut-on ou doit-on tout mettre dans une GAP, quelles sont les bonnes pratiques et les recommandations pour ne pas créer des blocages inutiles, existe-t-il un lien systématique entre le prix de la transaction et la GAP,....

Nous vous livrons ainsi les points de vue et témoignages intéressants d'intervenants d'horizons très divers, tels que Président du Tribunal de Commerce, financiers, avocats, comptables, évaluateurs, ..., mais tous concernés par le thème des GAP.

*Christophe VELUT – Président A3E Lyon*

---

Comité de Rédaction :

Eddy BLOY, Edouard CHASTENET, Bertrand MANET, Alain MARION, Christophe VELUT.

*La lettre présente les réflexions des membres de l'association sur des thèmes liés à l'évaluation. Les articles insérés dans cette lettre sont le fruit de l'étude d'un groupe de travail ou de leur(s) auteur(s) intervenant à titre personnel. Elles ne sauraient engager l'association A3E ni les sociétés mentionnées dans cette lettre, en aucune manière.*

## Le point de vue des financiers sur les garanties d'actifs et de passifs (GAP)

---

**Interviews de Anne Le Goulven (Responsable Corporate Finance – Direction Entreprises Rhône-Alpes-Auvergne) et Bertrand Manet (gérant associé Aforge Finance), par Christophe VELUT, Président A3E :**

### *Etes-vous souvent confrontés à des mises en oeuvre de garanties d'actifs et de passifs ?*

**ALG :** si l'on considère les 6 dernières années, nous n'avons été informés qu'une seule fois sur environ 100 dossiers de la mise en œuvre d'une GAP, et en plus, dans un cas où nous étions cautions. Il faut noter que, dans le cas des financements structurés, l'Emprunteur doit communiquer aux banquiers tout évènement défavorable significatif et la mise en œuvre de la GAP en fait partie.

**BMA :** non, dans 90% des cas, les parties essayent de trouver une solution, car certaines modalités de mise en œuvre, telles que l'arbitrage, peuvent être longues, coûteuses, ... et sans appel.

Il existe également d'autres raisons liées à la démarche de la transmission : les GAP sont rentrées dans la culture financière de la transmission d'entreprise, elles sont mieux préparées en amont (audits, data rooms,...), notamment lorsque des intermédiaires interviennent dans la transmission.

### *Une GAP est-elle toujours mise en place dans le cas des opérations d'acquisitions, et selon des modalités similaires ?*

**ALG :** non, cela dépend très clairement de la nature des opérations. Ainsi, il n'existe généralement pas de garantie d'actif net dans le cadre des OBO, car le dirigeant est impliqué financièrement dans l'opération et reste aux manettes de la société, seul ou avec un ou plusieurs acquéreurs.

La structure des GAP est beaucoup plus complexe lorsque l'acquéreur est un financier, ou lorsque des compléments de prix sont prévus.

L'importance des GAP est liée également à la taille des opérations et au périmètre des audits. Ainsi, dans les « petites » opérations de LBO, les audits sont généralement ciblés (audit du cash, de l'endettement, du BFR,...), ainsi, les GAP ont un rôle important. Dans les grosses opérations de LBO, les conventions de GAP peuvent représenter plus de 100 pages.

**BMA** : non, c'est très variable en fonction des types d'opérations :

- il est rare de voir des GAP dans le cas des OBO, car les dirigeants restent majoritaires,
- les clauses de garantie d'actif sont fréquentes et plus dures dans le cas des opérations de LBO avec un changement de majorité, mais elles restent globalement acceptables, car le dirigeant qui reste dans la société est l'un des bénéficiaires. Exemples de clauses : plafond de la garantie : entre 15% et 30% du prix ; franchises unitaires,....,
- les clauses sont beaucoup plus contraignantes avec des acquéreurs industriels dans le private equity avec des cas différents qui peuvent se présenter : absence de plafonds, plafond de 100% du prix, puis dégressif sur 4 ans, plafond portant sur de 40% du prix,....

### *Constatez-vous une évolution en matière de GAP ?*

---

**ALG** : on peut constater une évolution en faveur du cédant sur différents points : la durée des GAP diminue, les montants décroissent dans la durée et les franchises sont plus systématiques et plus élevées,... Il est fréquent de constater que les enjeux en matière de garantie d'actif interviennent souvent la 1<sup>ère</sup> année qui suit la transmission.

**BMA** : je pense que la crise n'a pas eu beaucoup d'impact sur les GAP, ni au niveau de leur contenu, ni au niveau de leur mise en œuvre, notamment dans le private equity.

Nous ne constatons pas d'évolution significative récente, mais les garanties sont mieux « verrouillées » qu'avant, notamment lorsque les parties sont accompagnées par des intermédiaires.

On peut noter plus de transparence des cédants sur les risques spécifiques (déclarations de litiges,...), et que les sujets spécifiques ont tendance à être traités dans des garanties autonomes.

### *Les banques qui participent au financement ont-ils des exigences particulières en matière de garantie d'actif net ?*

---

**ALG** : non, il n'y a pas d'exigences particulières sur le contenu des conventions de garantie, même si les banques sont attentives à ces conditions dans l'appréciation du risque de crédit.

La seule exigence généralement demandée par les banques prêteuses est la mise en place d'une délégation de GAP à leur profit.

Il est à noter qu'il est fréquent que les acquéreurs demandent des cautions bancaires liées à la garantie d'actif net.

### *Y-a-t-il un lien systématique avec les prix d'acquisition ?*

**ALG** : non, on ne peut pas dire qu'il y ait de liens systématiques entre le prix et la GAP.

**BMA** : le souhait des fonds est plus de réduire le prix et de sortir de la garantie (ou d'insérer dans une garantie autonome) un risque spécifique, sans franchise ni limitation de montant.

### *Les clauses de garantie d'actif net sont-elles bien acceptées par les cédants ?*

**ALG** : les mises en cause des GAP consomment beaucoup d'énergie et créent des tensions qui peuvent être très fortes entre les parties.

Le problème vient souvent du fait que les GAP viennent assez tard dans les discussions, car leur contenu dépend des résultats des audits, et peuvent être influencées par les négociations sur le prix.

Il est important de souligner que la GAP ne remplace pas un audit, elle vient en complément.

**BMA** : même si les GAP sont des procédures courantes, elles font souvent l'objet de tensions entre les parties, notamment en cas de changement d'actionnaires et de management, celui-ci n'étant plus dans la société pour suivre les mises en cause de GAP. Les garanties sont en effet très engageantes pour les cédants.

### *Quels sont les points qui sont fréquemment sortis des GAP ?*

**ALG** :

Vouloir tout intégrer dans une GAP est une erreur. La GAP est adaptée pour certaines situations, et ne l'est pas pour d'autres. Les GAP sont pertinentes pour couvrir des risques comptables, fiscaux ou sociaux.

Les éléments tels qu'un engagement sur un niveau de trésorerie, de besoin en fonds de roulement ou de résultat, sont généralement pris en compte au niveau du prix d'acquisition, sous des formes différentes (ajustement du prix à la date d'acquisition, complément de prix,...).

Pour information, nous constatons que beaucoup de transmissions ont été réalisées avec des compléments de prix en 2010, dans un contexte où les perspectives étaient plutôt bonnes. Depuis le 2<sup>ème</sup> semestre 2011, la tendance s'est inversée, dans un contexte généralement où il y a beaucoup moins de transactions.

Les risques environnementaux, et/ou les litiges spécifiques sont généralement exclus, ou font l'objet d'une GAP spécifique.

**BMA** :

Il peut y avoir plusieurs points qui sont fréquemment sortis des GAP :

- Les stocks sont généralement exclus. Il est préférable que les 2 parties fassent un inventaire contradictoire, surtout quand l'acquéreur est un industriel, car les méthodes comptables, notamment en termes de dépréciation peuvent être très différentes. Certains risques, tels que l'obsolescence des produits, sont difficiles à apprécier dans le cadre d'un audit,
- Les créances clients font souvent l'objet d'un traitement spécifique (ex : dans le cas des créances non provisionnées, les créances non encaissées au-delà d'un certain délai par rapport au délai habituel –ex : 2 fois- rentrent dans la garantie d'actif net),
- Les données telles qu'un niveau de trésorerie (endettement net normatif), et/ ou de besoin en fonds de roulement, sont généralement gérées avant la convention de garantie d'actifs nets, au moment de la signature du protocole d'achat, ou dans le cadre d'une disposition spécifique d'ajustement du prix.

***Qu'en est-il plus spécifiquement des engagements tels que les engagements de retraite, ou des litiges en cours?***

---

**ALG** : comme indiqué ci-dessus, les litiges spécifiques sont généralement traités de manière spécifique (ex : GAP distincte, exclusion de la GAP avec réduction forfaitaire du prix,...).

**BMA** : les engagements de retraite sont généralement gérés en amont de la garantie. Les litiges spécifiques sont généralement traités de manière spécifique (garantie autonome,...).

### Existe-t-il des sujets « épineux » ?

---

**ALG :** au-delà des risques environnementaux, on peut constater que les risques fiscaux restent des sujets sensibles.

**BMA :** oui, très clairement les sujets liés aux maladies professionnelles ou à l'environnement (risques de pollution,...). Il est difficile d'en estimer les impacts, qui peuvent être vite très significatifs. Il est donc fréquent que ces points soient sortis des GAP, ou soient limités dans leur portée.

### Les opérations « cross-border » ont-elles une influence importante sur la structure des GAP ?

---

**BMA :** il y a pu avoir des différences importantes dans le passé, mais ce n'est plus vrai aujourd'hui : le « latin » s'est beaucoup callé sur le droit anglo-saxon, très déclaratif, ce qui conduit à des pratiques plus homogènes, quelque soit la nationalité des parties.

### Auriez-vous 3 conseils à donner pour que les GAP soient mieux gérées et mieux acceptées par les parties dans le cas d'une transmission ?

---

#### **ALG :**

- Les durées des GAP doivent être courtes, hors risques fiscaux et sociaux, dont la durée doit être callée sur la prescription,
- La GAP doit prévoir une franchise (unitaire et globale), dans un souci d'efficacité et d'économie (les mises en œuvre sont très consommatrices de temps, et donc très coûteuses). Elles créent des tensions parfois inutiles ou disproportionnées au regard des enjeux.
- Il ne faut pas chercher à tout traiter par une GAP générale. La GAP doit se concentrer sur les points significatifs. Il est préférable de gérer de manière spécifique les risques dont l'impact est difficile à estimer, mais potentiellement important. Il faut distinguer ce qui est du ressort du prix et ce qui est du ressort de la GAP.

#### **BMA :**

- Le cédant doit être très transparent -> déclaratif,
- Les parties doivent s'entourer de conseils, qui doivent les assister dans la démarche de transmission en général, et en particulier sur l'établissement des GAP, très engageantes pour le cédant : une transmission ne doit pas être un «exercice solitaire »,
- Les parties doivent privilégier les accords amiables aux arbitrages et procédures judiciaires.

## La garantie d'actif et de passif : des risques théoriques à la pratique judiciaire

Marcel Sengelin, Président du Tribunal de Commerce de Lyon

« Les décisions rendues en matière de garantie d'actif et de passif représentent moins de 1 % de l'ensemble des jugements sur rapport et des ordonnances de référés »,  
« Si les dossiers relevant du traitement judiciaire sont aussi peu nombreux et somme toute assez classiques cela signifie que la « filière amont » a fonctionné efficacement à la fois en approche préventive et en traitement curatif »,  
« Nous constatons une amélioration significative des qualités rédactionnelles à la fois sur le fond et la forme »,  
« Les problématiques liées à l'application des garanties d'actif et de passif se prêtent fort bien aux modes alternatifs des règlements des conflits »,  
« L'apport des experts judiciaires est primordial dans la mesure où leur mission les conduit à analyser en droit et/ou en chiffres des données objectives »,  
« Toute cette orientation positive de traitement des litiges post-garantie d'actif et de passif ne serait pas complète sans évoquer les progrès considérables réalisés en matière comptable sachant que les comptes de référence sont la base essentielle de toute action en garantie d'actif et de passif »,  
« En résumé, la garantie d'actif et de passif présente certes quelques malfaçons ponctuelles dans sa construction, mais elle a en réalité largement trouvé son architecture et ses architectes ».

L'élaboration d'une garantie d'actif et de passif est devenue une construction contractuelle courante, puisqu'elle accompagne la quasi-totalité des cessions de titres, soit quelques milliers de transactions par an.

Cependant si nous analysons le nombre de litiges qui en résultent et qui font l'objet d'un traitement judiciaire, nous devons fortement relativiser.

En effet, au Tribunal de Commerce de Lyon, qui est la première juridiction de Province en nombre de dossiers traités, **les décisions rendues en matière de garantie d'actif et de passif représentent moins de 1 % de l'ensemble des jugements sur rapport et des ordonnances de référés** qui sont au nombre d'environ 5 000 par année judiciaire.

La nature des litiges évoqués devant notre juridiction se répartit en deux catégories :

- *en premier lieu*, l'interprétation de certaines dispositions contractuelles, par exemple la valorisation des stocks, l'application de la franchise, les droits acquis en matière sociale...
- *en second lieu*, l'exécution de certains éléments du contrat entre autres les non respects des délais de notification, les problématiques d'exigibilité de dettes, la redéfinition de la mission initiale de l'expert...

*En réalité, si les dossiers relevant du traitement judiciaire sont aussi peu nombreux et somme toute assez classiques cela signifie que la « filière amont » a fonctionné efficacement à la fois en approche préventive et en traitement curatif.*

**Sur le plan de ce que nous appelons prévention en matière de garantie d'actif et de passif, nous constatons une amélioration significative des qualités rédactionnelles à la fois sur le fond et la forme :**

- *sur la forme*, nous relevons d'une part, un réel partenariat entre l'avocat, homme du droit, et l'expert comptable, homme du chiffre, et d'autre part, des échanges fréquents et intenses entre les dirigeants vendeurs/acquéreurs, et leurs conseils respectifs afin de mettre en place un dispositif adapté de protection juridique et financière.
- *sur le fond*, l'ensemble des domaines juridiques, financiers, comptables, fiscaux, sociaux et environnementaux sont passés en revue, la technique des déclarations a pris toute sa place, les modes opératoires des appels en garantie, des franchises et des prescriptions sont actés avec précision et clarté.

Quant au **traitement curatif**, nous pouvons dire que :

- des parties qui ont négocié parfois avec acharnement leur garantie d'actif et de passif sont tout à fait capables et disposées à se remettre autour de la table pour négocier la solution des litiges postérieurs à la cession,
- **les problématiques liées à l'application des garanties d'actif et de passif se prêtent fort bien aux modes alternatifs des règlements des conflits**, sachant qu'un accord recherché dans ce dispositif fera plutôt l'objet d'une approche en équité qu'en droit, ce que préfèrent généralement les parties en présence.



C'est pourquoi, le « SAV » des garanties d'actif et de passif est plutôt l'apanage des arbitres, des médiateurs et des conciliateurs.

**L'apport des experts judiciaires est primordial dans la mesure où leur mission les conduit à analyser en droit et/ou en chiffres des données objectives à partir de méthodes connues et de normes reconnues.**

Mais toute cette orientation positive de traitement des litiges post-garantie d'actif et de passif ne serait pas complète **sans évoquer les progrès considérables réalisés en matière comptable sachant que les comptes de référence sont la base essentielle de toute action en garantie d'actif et de passif.**

Nous disposons en effet actuellement **de comptes présentant un très bon niveau de fiabilité grâce à la compétence affirmée des experts comptables en général et à l'intervention pertinente des commissaires aux comptes en particulier.** Nous pouvons, dès lors, affirmer que ce n'est que dans le cas spécifique de comptes approximatifs que la proportion de litiges est importante et de surcroît délicate à traiter.

**En résumé, la garantie d'actif et de passif présente certes quelques malfaçons ponctuelles dans sa construction, mais elle a en réalité largement trouvé son architecture et ses architectes.**

Marcel Sengelin

## Les pratiques M&A dans le cadre d'une négociation de GAP

Frédéric Clairet, Director Deloitte Conseil Finance Lyon.

« Cette garantie permet de couvrir l'acquéreur de la matérialisation d'un évènement qui n'avait pas été pris en compte dans les éléments de valorisation et qui trouve une origine antérieurement à la date de réalisation de l'opération »,  
« L'investisseur sera d'autant plus enclin à valoriser une cible si les garanties qu'il demande lui sont apportées tôt dans le processus de négociation »,  
« LA GAP fait systématiquement l'objet d'un plafond fixé sur la base d'un pourcentage du prix de vente (généralement entre 15% et 30%) »,  
« L'appréciation du niveau de GAP à retenir est fonction des risques identifiés au cours du processus d'acquisition, notamment par le biais des due diligences »,  
« Le niveau de la GAP est également à corréliser aux termes et conditions de l'acquisition. En effet, un acquéreur peut considérer ne pas prendre de GAP dans le cadre de la négociation du prix des titres dans le but de le faire diminuer »,  
« Dans le cadre des opérations de fusions acquisitions, des nuances peuvent s'appliquer sur la détermination de la GAP en fonction de la typologie du montage mis en place »,  
« Un autre élément est à intégrer dans le cadre de la mise en place d'une GAP lors d'un processus de cession, à savoir l'utilisation ou non d'un crédit vendeur »,  
« La négociation de la GAP ne doit pas être trop différée ni négligée dans le calendrier des discussions ».

La Garantie d'Actif Passif (GAP) correspond à une garantie exigée par les acquéreurs et donnée par les cédants dans le cadre d'une opération de cession. **Cette garantie permet de couvrir l'acquéreur de la matérialisation d'un évènement qui n'avait pas été pris en compte dans les éléments de valorisation et qui trouve une origine antérieurement à la date de réalisation de l'opération.**

*La GAP est ainsi l'un des éléments fondamentaux dans le cadre d'une opération de fusion acquisition et ce, quelle que soit la qualité de l'acquéreur industriel ou financier.*

Cette garantie a pour vocation de donner des éléments de confort à l'investisseur, **qui sera d'autant plus enclin à valoriser une cible, si les garanties qu'il demande lui sont apportées tôt dans le processus de négociation.** La GAP présente donc un intérêt stratégique dans le cadre d'une opération car elle peut être un élément favorisant l'obtention du prix attendu par les cédants.

De façon générale, la GAP fait systématiquement l'objet d'un plafond fixé sur la base d'un pourcentage du prix de vente (c'est-à-dire de la valeur des titres), le plus généralement compris dans une fourchette entre 15% et 30%. Cette fourchette est à ajuster au cas par cas en fonction de plusieurs paramètres :

- ***tout d'abord*** l'appréciation du niveau de GAP à retenir est fonction des risques identifiés au cours du processus d'acquisition, notamment par le biais des due diligences. En effet, une revue comptable, financière, sociale, fiscale, juridique voire environnementale, technique et stratégique permet de mieux appréhender l'environnement de la cible et les risques inhérents à son activité. Ces travaux permettent de mesurer les risques en termes de gestion (gestion des litiges, agressivité des positions fiscales et sociales, ...) et de positionnement concurrentiel, et donc d'ajuster le niveau de la GAP aux problématiques rencontrées.
- ***par ailleurs***, le niveau de la GAP est également à corréliser aux termes et conditions de l'acquisition. **En effet, un acquéreur peut considérer ne pas prendre de GAP dans le cadre de la négociation du prix des titres dans le but de le faire diminuer.** Cette pratique est parfois mise en place dans le cadre d'une opération de rachat d'une société familiale pour laquelle le capital est détenu par une multitude d'actionnaires individuels très éloignés de la gestion opérationnelle de la cible.

**Dans le cadre des opérations de fusions acquisitions, des nuances peuvent s'appliquer sur la détermination de la GAP en fonction de la typologie du montage mis en place.**

Ainsi dans le cadre **d'un MBO majoritaire**, l'investisseur aura naturellement tendance à appliquer un niveau de GAP plus modéré en considérant que le risque est limité du fait du réinvestissement massif à ses côtés des actionnaires cédants.

Par ailleurs, dans le cadre **d'un rachat par un financier avec l'incorporation au capital d'une équipe de managers** (non actionnaires au moment de l'opération), les risques peuvent être limités et couverts par la mise en place d'un management package offrant des conditions pénalisantes en cas de réalisation d'évènements rentrant dans le champ usuel des GAP.

Enfin, dans le cadre **d'une opération de rachat entre industriels** (rachat à 100%), le niveau de la GAP peut parfois être plus limité (sur les risques liés aux pratiques commerciales notamment) du fait de la parfaite connaissance de la cible et de son environnement par l'acquéreur.

**Un autre élément est à intégrer dans le cadre de la mise en place d'une GAP lors d'un processus de cession, à savoir l'utilisation ou non d'un crédit vendeur.**

Dans un contexte de durcissement des financements bancaires pour les opérations d'acquisitions, nous remarquons depuis quelques mois une augmentation des mécanismes de crédit vendeur pour finaliser le financement des opérations.

Dans ce cadre, la GAP est alors un argument facilitateur pour couvrir et compenser le crédit vendeur, sous réserve qu'il s'agisse d'un montant comparable. Aussi nous voyons apparaître dans certaines opérations des mécanismes de compensation entre des GAP et des crédits vendeurs favorisant ainsi le dénouement de certaines transactions.

***En conclusion***, la problématique liée à la GAP fait systématiquement l'objet de négociations spécifiques et doit donc être intégrée dans le cadre des échanges entre les parties. **Cet aspect de la négociation ne doit pas être négligé ni trop différé dans le calendrier des discussions, car il peut cacher des zones problématiques de nature à rendre plus difficiles la conclusion et la finalisation de l'opération.**

**Frédéric Clairet**

## Impacts sur une transaction d'entreprise du choix des méthodes comptables et des changements éventuels des méthodes et des estimations

---

**Philippe Bau, Associé Bau Chevalier & Associés, membre de A3E Lyon**

« L'acheteur de l'entreprise veut se garantir de la réalité des éléments qui lui ont permis de déterminer le prix de cession »,

« Afin que le résultat de référence soit le plus exact possible, il est important que les règles et méthodes comptables soient non seulement appropriées mais aussi qu'elles soient constantes dans le temps »,

« Si le choix des méthodes comptables est relativement cadré, il en va différemment des estimations nécessaires pour la mise en œuvre de ces méthodes »

« Tout changement de méthode ou d'estimation, toute correction d'erreur impacte soit les capitaux propres soit le résultat et doit faire l'objet d'un traitement spécifique afin de ne pas « polluer » les capitaux propres et le résultat de chaque exercice »,

« Par défaut, la garantie couvre toutes les dettes nouvelles dont la cause ou l'origine est antérieure à la cession (ou à une date déterminée par les parties dans la clause), que la dette fasse ou non l'objet d'un litige »

« L'acquéreur veut s'assurer de l'image fidèle de ces éléments. Pour cela, il fera procéder le plus souvent à des audits »,

« L'auditeur devra apprécier les impacts des éventuels changements d'estimation, et valider si l'exhaustivité des risques est appréhendée »,

« Seul le passif non révélé au jour de la cession est couvert par la garantie »,

« L'auditeur devra également s'assurer que les risques sont correctement provisionnés. Plus le risque est aléatoire dans son montant ou dans sa réalisation, plus son impact sera reporté du prix de cession vers la GAP »,

« 9 recommandations pour réduire le risque liés aux principes, méthodes et estimations comptables :

- validation par un expert des stocks,
- définition d'indicateurs « normatifs »,
- clause d'audit étendue,
- définition d'une clause de rentabilité qui garantit que les modifications du résultat de référence auront une incidence sur le prix de transaction,
- description précise des méthodes comptables et surtout des estimations retenues,
- définition précise de l'étendue de la GAP,
- rédaction attentive de la clause de complément de prix,
- recours à un expert amiable antérieurement à l'intervention éventuelle d'un arbitre,
- mise en place d'une assurance GAP. »

- Préambule

Les transactions d'entreprises sont basées le plus souvent sur un multiple de résultat.

**L'acheteur de l'entreprise veut se garantir de la réalité des éléments qui ont permis de déterminer le prix de cession.** La garantie d'actif et de passif (GAP), lui permettra, lorsqu'il aura repris la gestion de la société, de faire corriger le prix de cession si la valeur des actifs et les passifs annoncés est différente ou si la rentabilité de référence ayant servi au calcul de la valeur n'est pas la bonne.

L'acheteur devra se pencher sur la manière dont les méthodes comptables sont utilisées par le cédant pour déterminer le résultat de référence et la situation nette de la société qu'il rachète (**partie 1**). Il devra ensuite en mesurer l'impact (**partie 2**) pour en tirer les conséquences, soit sur le prix de cession soit sur un ajustement provenant d'une dépréciation des actifs achetés ou de nouveaux passifs non prévus.

## I. Les principes et méthodes comptables : la grammaire pour la qualité des comptes

Dans des transactions d'entreprises, le bilan de référence et/ou la situation intermédiaire de référence vont permettre de déterminer un résultat de référence sur lequel sera appliqué un multiple afin de proposer une valeur des titres.

Afin que le résultat de référence soit le plus exact possible, **il est important que les règles et méthodes comptables soient non seulement appropriées mais aussi qu'elles soient constantes dans le temps.** En effet, un changement de méthode comptable ou d'estimation comptable entre deux exercices successifs aura un impact sur le résultat de référence.

Ces éléments de référence vont également servir pour figer la valeur des actifs et des passifs afin de pouvoir éventuellement mettre en jeu la GAP (Garantie d'actifs et de passifs).

### *1) Rôle des principes, méthodes et estimations comptables dans l'information financière*

Les principes comptables donnent le cadre de référence pour que le langage comptable donne une image fidèle de la réalité des opérations économiques.

Les méthodes comptables, préférentielles ou non, qui sont l'application des principes comptables, assurent que les comptes annuels (ou les situations intermédiaires) sont établis avec régularité, sincérité et donnent une image fidèle (compte tenu du référentiel retenu).

Si le choix des méthodes comptables est relativement cadré, **il en va différemment des estimations nécessaires pour la mise en œuvre de ces méthodes.** Par exemple, concernant les stocks, la méthode est de provisionner les stocks dont la valeur d'utilité est inférieure au coût de revient, alors que l'estimation consiste à déterminer le juste taux de dépréciation.

Les données nécessaires aux estimations sont propres à chaque entreprise, en fonction de la maturité de son contrôle interne, de son organisation, de son système d'information, de son activité économique...

Or, c'est véritablement le choix des estimations et l'évolution de ces estimations dans le temps qui participent véritablement à l'élaboration de l'image fidèle.

La mise en œuvre des méthodes comptables nécessite un jugement de la part des responsables de l'arrêté des comptes afin d'utiliser les meilleures estimations, et ceci pour chaque arrêté des comptes.

Les estimations font la plupart du temps référence à des événements futurs qui comportent toujours un aléa, quantitatif, qualitatif et dans le temps. La réforme récente de la NEP 540 de la CNCC relative aux appréciations des estimations comptables recommande au commissaire aux comptes de faire affirmer à la direction le caractère « raisonnable des principales hypothèses retenues et que celles-ci reflètent correctement ses intentions et sa capacité à mener à bien les actions envisagées ».

Le choix ou le changement des méthodes et des estimations impacte les capitaux propres, le résultat et le montant de la trésorerie à la date de la réitération, servant à la détermination du prix.

C'est pourquoi, dans un contexte de transfert de la propriété du capital d'une société (et du transfert corrélatif de la responsabilité de gestion), il est important de mesurer précisément la manière dont les méthodes sont choisies, appliquées réellement ainsi que l'impact des éventuels changements de méthode ou changements d'estimations.

## 2) Traitement des changements de méthode ou d'estimation et des corrections d'erreur

Les changements de méthodes, d'estimation et les corrections d'erreurs ont fait l'objet d'un avis du CNC en 1997 (avis 97-06) qui a été intégré dans la refonte du PCG en 1999, dans le cadre de la convergence avec les normes IFRS.

**Tout changement de méthode ou d'estimation, toute correction d'erreur impacte soit les capitaux propres soit le résultat et doit faire l'objet d'un traitement spécifique afin de ne pas « polluer » les capitaux propres et le résultat de chaque exercice.**

Il convient d'en connaître l'impact s'il s'agit des capitaux propres de référence ou du résultat de référence afin d'en mesurer l'impact sur la valeur de cession.

Le changement ou la correction peuvent être soit à l'initiative de l'entreprise soit du fait d'un changement de réglementation qui s'impose à l'entreprise.

Les changements de méthode ou d'estimation ou les corrections d'erreurs doivent être mentionnés dans l'annexe aux comptes.

L'avis 97-06 du CNC précise qu'un « changement de méthode n'est possible que s'il existe un choix entre plusieurs méthodes comptables pour traduire un même type d'opérations ou d'informations : ce choix peut être implicite et résulter de la pratique en l'absence de texte, ou être explicite et résulter de l'existence d'une option dans les textes ».

L'impact d'un changement de méthode est traité, après impôt, de manière rétrospective, c'est-à-dire à partir des éléments de l'exercice précédent. En outre, il impacte les capitaux propres (compte report à nouveau) à l'ouverture de l'exercice au cours duquel il est procédé à ce changement. Il n'y a donc pas d'impact sur le résultat de l'exercice au cours duquel il a été procédé au changement.

L'impact d'un changement d'estimation est traité, après impôt, de manière prospective, c'est-à-dire à partir des éléments de l'exercice au cours duquel il est procédé au changement. En outre, il impacte le résultat de l'exercice au cours duquel il a été procédé au changement.

L'impact d'une correction d'erreur est traité, après impôt, de manière rétrospective, c'est-à-dire à partir des éléments de l'exercice précédent celui au cours duquel il est procédé au changement. En outre, il impacte le résultat de l'exercice au cours duquel il a été procédé au changement sauf si les conséquences de l'erreur étaient passées dans les capitaux propres.

## **II. L'impact des principes, méthodes et estimations comptables selon la nature de la transaction entre les parties**

### **1) Le déroulement « normal » d'une transaction**

Une cession de titres de société commence en général par la présentation au vendeur d'une lettre de confidentialité puis par une offre indicative. S'ensuivent des audits qui permettent à l'acquéreur de s'engager sur une lettre d'intention qui débouche ensuite sur la rédaction d'un acte de cession et d'une GAP.



En absence d’audit suffisant, le cessionnaire pourra plus difficilement alléguer un préjudice. L’audit peut parfois dédouaner le cédant lors d’une demande abusive de garantie de la part du cessionnaire.

**Par défaut, la garantie couvre toutes les dettes nouvelles dont la cause ou l’origine est antérieure à la cession (ou à une date déterminée par les parties dans la clause), que la dette fasse ou non l’objet d’un litige.**

2) La mesure de l’impact financier des méthodes et estimations comptables

De nombreux évènements ou difficultés rencontrés entre le cédant et le cessionnaire risquent d’affaiblir la force de l’acte de cession et de reporter des risques latents sur la GAP; et il y a fort à parier que la GAP servira à remettre en cause le prix d’acquisition, ce qui entraînera des litiges.

L’acquéreur veut s’assurer de l’image fidèle de ces éléments. **Pour cela, il fera procéder le plus souvent à des audits.**

**L’auditeur devra apprécier les impacts des éventuels changements d’estimation** : s’ils concernant une juste adaptation de la réalité économique et contractuelle auquel cas ils sont justifiés et ne sont pas isolés dans les comptes de résultat ou bien s’ils sont injustifiés et masquent des corrections d’erreur, auquel cas ils devraient être isolés dans le compte de résultat.

**L’auditeur devra également valider si l’exhaustivité des risques est appréhendée**, si le fait générateur est antérieur ou postérieur à la date de cession. Ainsi, la cause d’un licenciement trouve son origine dans la période antérieure à la cession, si elle résulte d’une maladie professionnelle ayant entraîné un arrêt de travail à compter d’une période antérieure à la cession.

**Seul le passif non révélé au jour de la cession est couvert par la garantie.** Il faut que le passif n’ait pas été inscrit au bilan (un passif déclaré mais n’ayant pas fait l’objet d’une provision au bilan est garanti), ou bien que l’acquéreur n’en ai pas eu connaissance (un passif a été garanti bien que non inscrit au bilan alors que le cessionnaire était au courant du procès ayant généré le passif alors que plus récemment, il a été décidé que la garantie ne s’appliquait pas pour une perte générée par une difficulté connue de l’acquéreur au moment de la fixation du prix de cession).

L’auditeur devra également s’assurer que les risques sont correctement provisionnés.

**Plus le risque est aléatoire dans son montant ou dans sa réalisation, plus son impact sera reporté du prix de cession vers la GAP.** Si le risque est suffisamment probable, la constitution d'un séquestre sur une partie du prix permettra de réserver une partie du prix de cession à cet effet.

Toutefois, l'auditeur butera toujours sur le stock à l'ouverture de l'exercice et sur la manière dont les estimations ont été appréciées par le management pour la clôture de l'exercice précédent celui sur lequel porte l'audit.

Enfin, la valeur de cession dépend souvent du niveau de la trésorerie à la date de signature de l'acte de cession. L'auditeur devra analyser l'évolution des éléments constitutifs du besoin en fonds de roulement pour valider ce niveau de trésorerie réellement disponible.

Là aussi, l'auditeur devra analyser les changements de comportement de la gouvernance de l'entreprise, relatifs aux changements d'estimation pouvant avoir un impact sur le besoin en fonds de roulement.

### **III. Recommandations**

Compte tenu des contraintes que nous avons fréquemment rencontrées dans des opérations de cession/acquisition, nous proposons les recommandations suivantes qui, bien que non exhaustives, nous paraissent de nature à réduire le risque d'impact significatif relatif aux principes, méthodes et estimations comptables utilisés par l'entreprise devant être cédée.

- Pour réduire l'incertitude du cessionnaire sur les stocks à l'ouverture du bilan de référence, le vendeur fait faire des dues diligences vendeur (DDV) spécifiques ; dans certains cas, **il fait intervenir un spécialiste ou un expert pour valider l'inventaire physique et l'évaluation du stock d'ouverture de l'exercice de référence.**
- **Rechercher des indicateurs « normatifs »** surtout concernant le besoin en fonds de roulement dont la variation servira au calcul des cash-flows futurs actualisés.
- L'offre indicative prévoit **une condition suspensive d'audits étendus**, afin d'établir un inventaire le plus large possible des passifs éventuels, d'ajuster le prix de la transaction, et de pouvoir déterminer l'étendue de la GAP.

- **La GAP est assortie d'une clause de rentabilité qui garantit que les modifications du résultat de référence auront une incidence sur le prix de transaction** (attention que cette clause ne rende pas le prix indéterminable ce qui aurait pour effet d'annuler l'acte de cession).
- La GAP ne doit pas se contenter de dire que les comptes de référence seront arrêtés avec les mêmes méthodes comptables : **la GAP doit contenir la description précise des méthodes comptables et surtout des estimations retenues** en expliquant le contexte économique et contractuel du choix de ces estimations.
- **L'étendue de la GAP et ses clauses méritent d'être définies très soigneusement**, si possible en présence de professionnels du chiffre. Notamment, un inventaire précis doit être fait par le cessionnaire entre les déclarations du cédant et les conclusions des audits afin de s'assurer qu'il est informé de tous les risques déclarés et qu'il en a tenu compte dans la rédaction de l'acte de cession et la GAP.
- **La clause de complément de prix doit être parfaitement rédigée** ; elle doit figer les méthodes comptables, laisser la possibilité de choisir les estimations de manière contradictoire ; elle prévoit l'intervention d'un expert pour donner un avis, avant de mettre en œuvre une éventuelle clause d'arbitrage (attention alors de ne pas l'assimiler à la disposition de l'art. 1843-4 du CC qui donne le pouvoir à l'expert de fixer le prix de la cession, sans recours possible des parties).
- **La GAP prévoit le recours à un expert amiable antérieurement à l'intervention éventuelle d'un arbitre**, afin de tenter de mettre d'accord les parties rapidement et à moindre coût sur les méthodes et estimations comptables et sur l'impact éventuel de leur changement, sur les comptes de référence et sur les situations intermédiaires puis sur les comptes arrêtés contradictoirement entre les parties s'il existe une clause de résultat ou de complément de prix.
- Enfin, on pourra rechercher l'opportunité **de contracter une assurance GAP** vendeur ou acheteur.

**Philippe Bau**

## LA MISE EN ŒUVRE DE LA GARANTIE D'ACTIF-PASSIF ET LA VALORISATION DU PREJUDICE

**Olivier Arthaud Expert-Comptable, membre de A3E Lyon - Lionel Gomet, Avocat**

« La mise en œuvre de la GAP est réalisée généralement par le cessionnaire. Mais ce peut être aussi la cible lorsque la garantie le stipule »

« La garantie sera actionnée contre le ou les cédants des titres désignés communément par le terme « garant », étant souligné que certains cédants, notamment minoritaires, peuvent être exclus de l'obligation de garantie »

« En cas de cession de contrôle et, sauf stipulation spécifique contraire, les garants sont solidaires entre eux et il est possible, pour le bénéficiaire, de n'actionner que l'un des garants »

« Les GAP contiennent traditionnellement une clause d'information du garant de tout événement susceptible de mettre en jeu la garantie »

« Il est toujours mentionné une durée de la garantie au-delà de laquelle elle ne peut plus être mise en œuvre ».

« La plupart des GAP stipulent des clauses de franchise et des plafonds de garantie ».

« Il est fortement recommandé de réaliser un audit avant acquisition. En effet, la GAP ne saurait constituer une assurance à 100%, vu la complexité des modalités de sa mise en œuvre et ses limites (franchise, plafond) ».

« Il est recommandé de stipuler dans la GAP que l'audit n'aura aucun effet sur la mise en œuvre de la garantie ».

« On observe également une tendance à garantir la trésorerie nette et l'endettement, même si la mise en œuvre et la rédaction s'avèrent délicates ».

« Il nous semble que la pratique des comptes de cession, associée à une clause de réduction du prix au vu de la situation nette des comptes de cession et d'un inventaire contradictoire, le jour de la cession, est la plus fiable ».

« La mise en œuvre de la garantie ne peut se faire que lorsqu'il existe un préjudice pour le cessionnaire dont le fait générateur est antérieur à l'acquisition, et qui ne s'était pas traduit correctement dans les comptes de cession garantis. ».

« Le préjudice peut provenir par exemple :

- de la comptabilisation dans les comptes de cession d'un actif en contradiction avec les règles comptables en vigueur, [...]

- de la survenance d'un passif dont le fait générateur est antérieur à l'acquisition,

- d'une déclaration erronée faite par les cédants »

« Certaines erreurs ou omissions, volontaires ou involontaires de la part du cédant, peuvent être significatives, sans pour autant avoir une incidence sur la situation nette garantie »

« Dans l'hypothèse d'une absence de sincérité des comptes de référence, le cessionnaire peut solliciter l'indemnisation de son préjudice en dehors du périmètre de la garantie »

« Il est [...] très recommandé, dans la rédaction des lettres d'intention, de préciser la ou les méthodes d'évaluation utilisées pour arriver à la proposition de prix »

« L'arrêt de la Cours de Cassation du 14 décembre 2010 a considéré que la connaissance que peut avoir le cessionnaire lors de la cession, de l'insuffisance de l'actif réel par rapport à celui qui figure dans les comptes de référence, est sans incidence sur la garantie du cédant couvrant toute insuffisance d'actif ayant une origine antérieure aux comptes de référence. Cet arrêt souligne l'importance des déclarations figurant expressément aux actes ».

**La garantie de passif est mise en œuvre afin de prémunir l'acquéreur de titres de sociétés contre les imprévus affectant la valeur de la société ou du groupe.**

Une fois celle-ci conclue, il convient d'assurer son suivi et sa mise en œuvre et de valoriser le préjudice.

## **I. La mise en œuvre de la garantie**

Un certain nombre de points doivent être appréhendés en vue de la mise en œuvre éventuelle de la garantie.

### **I. 1) Les parties**

**La mise en œuvre sera réalisée généralement par le cessionnaire. Mais ce peut être aussi la cible lorsque la garantie le stipule.**

Le sous-acquéreur ou les ayants-droit (fusion,...) ne pourront la mettre en œuvre que si la garantie contient une clause de transmission. Lorsqu'elle fait l'objet d'un nantissement au profit d'un établissement financier, celui-ci est alors impliqué et, à tout le moins, informé par le cessionnaire.

La garantie sera actionnée contre le ou les cédants des titres désignés communément par le terme « garant », **étant souligné que certains cédants, notamment minoritaires, peuvent être exclus de l'obligation de garantie. Certains cédants assurent donc parfois une garantie non-proportionnelle aux titres qu'ils ont cédés. L'on stipule parfois un mécanisme désignant l'un des garants comme agent des autres garants, afin de faciliter la mise en œuvre de la garantie.**

En cas de cession de contrôle et, sauf stipulation spécifique contraire, les garants sont solidaires entre eux et il est possible, pour le bénéficiaire, de n'actionner que l'un des garants (bien sûr le plus solvable), laissant à ce dernier la gestion et les aléas du recours à due concurrence contre ses co-garants.

### **I. 2) La forme**

**Généralement, la garantie contient une clause de notification.** Elle stipule les adresses, les modalités de communication (LRAR, huissier, lettre remise en main propre contre décharge ...), les destinataires, le contenu de la notification, les éléments à joindre...

Le respect de cette clause est essentiel pour conserver le droit à actionner le ou les garants.

### **I. 3) Le délai de prévenance et l'obligation d'information du garant**

Les GAP contiennent traditionnellement une clause d'information du garant de tout événement susceptible de mettre en jeu la garantie, dans un certain délai et avant prise de décision.

Généralement, les clauses des GAP stipulent la déchéance de la garantie en cas de non-respect de ces obligations d'information préalable dans le délai requis.

Compte tenu de la gravité de la sanction, certaines GAP stipulent que la déchéance ne sera acquise qu'au cas où le non-respect du délai ou de l'information aura causé un préjudice substantiel au garant qui ne puisse être remédié.

Les délais varient généralement selon la nature de l'événement (contrôle fiscal, Urssaf ou douanier, assignation, etc). Il est généralement prévu un aménagement pour les cas d'urgence.

### **I. 4) Le délai et les observations du garant**

Parallèlement, la GAP stipule souvent les modalités et le délai de communication, par le garant, de ses observations et instructions, relatifs à l'événement susceptible de mettre en jeu la GAP.

Il est prévu qu'à défaut de réponse dans un délai donné, le garant sera réputé avoir renoncé à faire valoir ses observations.

Le bénéficiaire se doit d'agir de bonne foi, en mettant en œuvre les actions permettant de réduire autant que possible l'exposition du garant (mise en œuvre des assurances, recours en responsabilité civile contre les tiers, recouvrement judiciaire...). La garantie ne devrait pas sauf stipulation contraire s'interpréter comme une assurance.

### **I. 5) La durée de la garantie**

**Il est toujours mentionné une durée de la garantie au-delà de laquelle elle ne peut plus être mise en œuvre.** Cette durée est généralement liée au délai de reprise des administrations fiscales, sociales et douanières. D'autres délais sont prévus, par nature, et au regard de la prescription applicable (environnement, commercial,...).

### **I. 6) Les franchises et plafond**

**La plupart des GAP stipulent des clauses de franchise et des plafonds de garantie.**

Il est donc recommandé de suivre scrupuleusement les mises en œuvre, et notamment ne pas hésiter à déclencher la garantie pour de faibles montants, afin d'apurer la franchise.

On prévoit aussi des seuils minima pour les petites réclamations et en-dessous desquels la garantie ne sera pas actionnée. **Par contre, il convient d'être prudent et d'exclure la franchise des minimas, notamment pour les litiges sériels (en série).**

Au niveau des plafonds, tout est possible. Contrairement à l'acquéreur, le cédant souhaitera évidemment limiter au maximum son obligation. **La question du montant du plafond doit s'apprécier à l'issue de la réalisation de l'audit.**

On peut par ailleurs ne pas plafonner la GAP sur certains postes, comme par exemple la propriété des titres (dont le défaut rendrait d'ailleurs la vente nulle).

### I. 7) L'audit

**Il est fortement recommandé de réaliser un audit avant acquisition.** En effet, la GAP ne saurait constituer une assurance à 100%, vu la complexité des modalités de sa mise en œuvre et ses limites (franchise, plafond).

Par ailleurs, l'indemnisation qui sera abordée ci-après, couvre généralement le préjudice subi par la cible et non pas un multiple de valorisation.

Toutefois, afin d'éviter les recours visant à faire reconnaître la déchéance de la garantie pour achat en connaissance de cause, compte tenu de la réalisation de l'audit, **il est recommandé de stipuler dans la GAP que l'audit n'aura aucun effet sur la mise en œuvre de la garantie.**

Dans le même sens, il est recommandé de ne pas remettre le rapport d'audit au cédant.

### I. 8) L'approbation des comptes

Il est également recommandé de préciser, au sein de la GAP, **que le fait d'approuver les comptes, suite à la cession, n'aura pas pour effet de réduire ni d'affecter la possibilité de mettre en œuvre la garantie.**

### I. 9) Le champ de la garantie

Traditionnellement, la garantie portait sur les postes de bilan (actifs et passifs). Il ne faut cependant pas oublier d'inclure **les annexes, notamment pour couvrir les engagements hors-bilans tels les crédits-baux.** Puis la pratique a étendu le champ de la garantie pour **inclure les déclarations, et assez souvent, les termes du protocole de cession.**

**On observe également une tendance à garantir la trésorerie nette et l'endettement,** même si la mise en œuvre et la rédaction s'avèrent délicates.

### **I. 10) Les comptes de référence**

Lors de la mise en œuvre de la garantie, il faudra le plus souvent indiquer dans la notification au garant le préjudice éventuel qui sera, le plus généralement, un actif trop valorisé ou un passif sous-estimé.

Se pose donc la question des comptes de référence pour la mise en œuvre de la garantie.

Deux pratiques se rencontrent :

- *La référence aux derniers comptes arrêtés avant la cession*, conjuguée avec une clause de gestion en « bon père de famille » ;
- *La référence à des comptes de cession qui seront arrêtés de manière contradictoire*, dans un délai donné suivant la cession.

**Il nous semble que la pratique des comptes de cession**, associée à une clause de réduction du prix au vu de la situation nette des comptes de cession et d'un inventaire contradictoire, le jour de la cession, **est la plus fiable**.

Après avoir revu tous ces points, se pose la question de la détermination du préjudice subi.

## **II. La valorisation du préjudice**

La mise en œuvre de la garantie ne peut se faire que **lorsqu'il existe un préjudice pour le cessionnaire dont le fait générateur est antérieur à l'acquisition et qui ne s'était pas traduit correctement dans les comptes de cession garantis**.

Il peut également y avoir **un préjudice par rapport aux déclarations faites par le cédant dans la partie descriptive de la GAP**. Nous traitons ici essentiellement le cas des comptes de cession.

### **II. 1) Principes généraux :**

#### *a) Les postes comptables garantis*

Traditionnellement, les conventions de GAP garantissent les postes d'actifs et de passifs du bilan, et en conséquence, la situation nette des comptes de référence. Il peut néanmoins être expressément prévu, suite à la négociation entre les parties, que certains postes d'actifs ou de passifs soient exclus de la garantie.



En conséquence, la GAP pourra être mise en œuvre dès lors qu'un actif garanti apparaît comme surévalué ou dès lors qu'un passif garanti apparaît comme insuffisant.

En somme, dès lors qu'il y a un impact sur la situation nette des comptes de cession qui est garantie, le cessionnaire peut activer la GAP.

*b) Le montant de l'indemnité*

Il peut être prévu de calculer le montant de l'indemnité non pas en fonction des rectifications apportées aux éléments d'actifs ou de passifs, mais en fonction des conséquences que ces modifications peuvent avoir sur le résultat de la société concernée, et donc sa situation nette.

Généralement, il est prévu que tout passif ou toute diminution d'actif, se traduisant par une charge déductible pour la société, sera réduit à concurrence d'un montant égal aux sommes déduites en vertu du taux applicable de l'impôt sur les sociétés.

Une clause large peut prévoir que seule la charge nette réellement subie par le cessionnaire devra être indemnisée, car il apparaît équitable de restreindre l'obligation de garantie aux seules dettes nettes d'impôts.

Les parties peuvent, en outre, aménager la garantie de passif afin de limiter cette garantie au préjudice réellement subi par le cessionnaire.

*c) La preuve du préjudice*

Le préjudice peut provenir par exemple :

- **De la comptabilisation dans les comptes de cession d'un actif** en contradiction avec les règles comptables en vigueur. Par exemple un stock valorisé à un montant supérieur à son coût d'achat.
- **De la survenance d'un passif** dont le fait générateur est antérieur à l'acquisition, comme par exemple le litige prud'homal d'un salarié licencié avant l'acquisition, un redressement URSSAF ou fiscal portant sur la période antérieure à l'acquisition....

Il sera plus aisé de prouver le préjudice lorsqu'il émane d'un tiers (prud'homme, administration fiscale...). En revanche, lorsque le cessionnaire s'aperçoit que certains actifs comptabilisés ne sont pas justifiés, la preuve sera plus difficile à apporter.

## II. 2) Le cas d'un préjudice sans impact sur la situation nette :

### a) Le cas de trésorerie erronée

**Certaines erreurs ou omissions, volontaires ou involontaires de la part du cédant, peuvent être significatives, sans pour autant avoir une incidence sur la situation nette garantie.**

Ce serait par exemple le cas d'une trésorerie artificiellement élevée au bilan, de par la comptabilisation dans les comptes de banque de traites non encore à échéance : cela permet de laisser croire à une situation de trésorerie meilleure que la réalité.

Dans cette hypothèse, il n'y a pas d'impact de cette erreur comptable sur la situation nette de la société car il s'agit d'une écriture qui n'affecte que les postes de créances clients et trésorerie.

Néanmoins, dans l'évaluation qu'a pu faire le cessionnaire pour arriver au prix proposé au cédant, il est fort à parier qu'il a utilisé une méthode des comparables, comme par exemple un multiple d'EBIT auquel il a ajouté la trésorerie nette et soustrait les dettes financières. Le montant de la trésorerie qu'il a retenu étant erroné, il existe bien évidemment un impact sur le prix proposé.

Il y a donc sans discussion un préjudice, mais sans impact sur la situation nette garantie. C'est ici que les choses se compliquent, car la mise en œuvre de la GAP va probablement être impossible à mettre en œuvre.

### b) Les autres voies juridiques

La Cour de cassation a rendu un arrêt en date du 2 février 2010, qui rappelle que **la déclaration de sincérité des comptes oblige le cédant à indemniser le cessionnaire en cas d'inexactitude, et ce, en application de la garantie d'actif et de passif.**

La clause de déclaration de sincérité des comptes sociaux au sens large, implique la garantie du cédant, en cas d'inexactitude, et ce, alors même que la situation nette ne serait pas expressément désignée dans la convention de garantie comme des chefs indemnisables, le droit commun pouvant fonder une demande d'indemnisation. **Cette solution pourrait valoir pour toute autre déclaration dont l'inexactitude s'avèrerait préjudiciable au cessionnaire, même en l'absence de clause expresse de garantie.**

Le recours au droit commun présente certains avantages. **Dans l'hypothèse d'une absence de sincérité des comptes de référence, le cessionnaire peut, si les conditions sont réunies, solliciter l'indemnisation de son préjudice en dehors du périmètre de la garantie, en s'affranchissant ainsi des conditions de délai et de forme prévues à la convention de garantie.**

Il en est de même des limites conventionnelles telles que les plafonds ou franchises de garantie. La demande d'indemnisation peut, dans ce cas, être formée judiciairement, sans notification préalable et pendant tout le délai de l'action fondée sur le dol, soit cinq ans à compter de la cession, sans limitation de montant ni franchise.

**Afin de mettre en œuvre une demande d'indemnisation sur le terrain du dol, il convient d'établir le caractère déterminant de l'inexactitude. Ce caractère déterminant doit être prouvé par l'acquéreur qui prétend avoir été lésé.** La voie du dol, sans doute utile, présente néanmoins une charge probatoire plus lourde qu'en matière de simple mise en œuvre d'une garantie conventionnelle.

c) La preuve du préjudice

Dans ce cas particulier où le montant de la trésorerie s'avère erroné, il conviendra pour le cessionnaire de prouver que le prix qu'il a proposé et qui a fondé la discussion avec le cédant a été déterminé en tenant compte du montant de la trésorerie au bilan. **Il est en conséquence très recommandé, dans la rédaction des lettres d'intention, de préciser la ou les méthodes d'évaluation utilisées pour arriver à la proposition de prix.**

Une autre question semble pouvoir également se poser. **Qu'advient-il lorsque le cessionnaire a diligenté un audit avant l'acquisition, mais que ce dernier n'a pas révélé l'erreur ou l'omission ?**

II. 3) Le lien avec l'audit d'acquisition

**La connaissance que peut avoir le cessionnaire lors de la cession, de l'insuffisance de l'actif réel par rapport à celui qui figure dans les comptes de référence, est sans incidence sur la garantie du cédant couvrant toute insuffisance d'actif ayant une origine antérieure aux comptes de référence.** C'est la solution retenue par un arrêt prononcé le 14 décembre 2010 (n° 09-68.868) par la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

**Cet arrêt souligne l'importance des déclarations figurant expressément aux actes, par rapport à toutes celles qui pourraient être faites verbalement ou en dehors des actes par le cédant.** C'est notamment le cas des déclarations faites par le cédant à l'occasion de la négociation de la cession. **Cela signifie également que les conclusions de l'audit d'acquisition, dont le rapport ne doit pas être communiqué au cédant, sont sans incidence sur la GAP.**

Une fois le préjudice déterminé, il restera à obtenir l'exécution de son engagement par le garant. Pour garantir son exécution, la pratique fait recours à des mécanismes de compensation, de compte séquestre, de caution, voire de garantie bancaire à première demande ou, plus exceptionnellement en France, à des mécanismes d'assurance.

**Olivier Arthaud Expert-Comptable - Lionel Gomet, Avocat**