

LES DIFFERENTS CAS DE FIGURE

- **La cession de contrôle** (le transfert des risques passifs et hors bilan)
 - Le cas particulier des transmissions avec recours à l'endettement (LBO, MBO, BIMBO, etc...)
 - La transmission d'entreprise en difficulté/retournement (situation très normée en RJ ou LJ / situation innomée hors procédure)

- **Le transfert de fonds de commerce** (pas de passif transféré / juste valorisation des actifs) (acte très normé et encadré)

Sur quoi travaille t'on ?

- **Arbitrage Titres / Actifs**

- **La logique des acteurs en présence** (vendeur, cessionnaire, cédant-dirigeant, acquéreur-*investisseur*, acquéreur-concurrent, Lbo, Mbi, Bimbo, Mbo ...)

LA DOCUMENTATION CONTRACTUELLE

- Lettres d'intention, engagements d'honneur, accords préparatoires ...
- Les lettres de mission - les accords de confidentialité - les mandats aux conseils (auditeurs, M&A, levée financements...)
- Les protocoles d'accords ou SPA
- Les garanties d'actif et de passif
- Les accords post-cession :
 - Pacte d'actionnaires
 - Engagements de non rétablissement / engagements de non concurrence
 - Conventions de rétrocession de T.R.I. ou de plus-value entre investisseurs / managers (« *management package* »)

LES PRINCIPES COMMUNS

- Les simples *pourparlers* ... et leur formalisation par une **lettre d'intention** (ou « *marque d'intérêt* » ou « *LOI* »)

Les clauses usuelles

Fixer un *calendrier* des négociations

Lister des éléments à *auditer*

Confidentialité des négociations et documents transmis/audités

Exclusivité

Prise en charge des *frais d'audit*

Le seul sujet : la rupture abusive des pourparlers

Arbitrage responsabilité contractuelle / responsabilité délictuelle (faute – article 1382 code civil) ou quasi-délictuelle (négligence)

LA RUPTURE ETAIT FAUTIVE :

- si son auteur avait suscité chez son partenaire la confiance dans la conclusion ferme du contrat envisagé (Cass. civ. 7-6-1967 : Bull. civ. II p. 146 ; Cass. com. 22-2-1994 : RJDA 7/94 n° 765) (CA Versailles 21-12-2001 : RJDA 5/02 n° 466) ;
- si elle est survenue alors que les ***pourparlers étaient très avancés et avaient reçu un commencement d'exécution*** (CA Riom 10-6-1992 : RJDA 10/92 n° 893) ;
- si une partie a rompu des pourparlers avancés alors qu'elle savait que son ***partenaire avait engagé de gros frais***, qu'elle a retenu le devis définitif transmis par lui et qu'elle l'a ***volontairement maintenu dans une incertitude prolongée*** (Cass. com. 20-3-1972 : JCP G 1973.II.17543 note Schmidt) ;

LA RUPTURE N'ETAIT PAS FAUTIVE :

En revanche, la rupture n'a pas été considérée comme fautive, quoique tardive, ***dès lors qu'elle a été décidée sans intention de nuire*** au partenaire (Cass. civ. 12-4-1976 : Bull. civ. I p. 98), sans surprise, son auteur ayant toujours fait connaître à l'autre partie la condition à laquelle il subordonnait son accord (Cass. civ. 19-12-1977 : GP. 1978.1.pan.89 ; dans le même sens, CA Versailles 21-9-1995 : RJDA 2/96 n° 177 ; CA Paris 18-1-1996 : DA 1996.292 : à propos de la rupture d'un contrat de pourparlers) ou à propos de négociations qui n'étaient engagées que depuis un peu plus de six mois et qui étaient très loin d'aboutir (Cass. com. 12-1-1999 : RJDA 4/99 n° 371).

LES PRINCIPES COMMUNS

- La conclusion d'une « **convention** » et l'arsenal juridique général
 - *Article 6 code civil* : pas de convention contraire aux bonnes mœurs ou à *l'ordre public*
 - *Article 1108 code civil* [consentement exempt de vices, capacité à contracter, objet du contrat/objet de la vente et cause (considération de la contreprestation dans les conventions synallagmatiques)]
 - *Article 1134 code civil* (les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties ... elles doivent être exécutées de bonne foi)
- Les situations ambivalentes ; cumul d'engagements ayant pour certains force obligatoire et sanctionnés en droit positif [*exclusivité, remise de documents, confidentialité sur les échanges et documents remis ... avec des engagements « mous » obligation de négocier de bonne foi*]
 - *Recours aux règles d'interprétation des conventions (articles 1156 à 1162 du code civil ... recherche par le juge de la commune intention des parties)*
 - *Article 12 code de procédure civile* ; le juge n'est pas lié par les qualifications des parties / le juge restitue leur réelle portée aux actes sans s'arrêter à la dénomination donnée par les parties
 - *Article 1165 code civil* (effet relatif des conventions ; seuls les signataires sont liés)

LE PROTOCOLE D'ACCORD

- **LES PREALABLES A SA CONCLUSION**
 - *Respecter les obligations légales d'information préalable des instances représentatives du personnel (Pb confidentialité)*

- Consultation pour avis des délégués du personnel et du CE (y compris CE du groupe) en cas de fusion, cession, modifications importantes des structures de production, acquisition/cession de filiale, prise de participation, modification actionnariat, OPA/OPE contre l'entreprise (article L 432-1 alinéa 3).

- Respecter les contraintes inhérentes au droit de la concurrence (*contrôle des concentrations*) (articles L. 430-1 et suivants code de commerce)

- **Un ENGAGEMENT DE VENDRE ET D'ACHETER des droits sociaux (objet du contrat : vente) (l'objet de la vente ; des droits sociaux)**
 - *Vérifier la forme sociale en cause (SAS, Sarl, SC, SNC ...)*
 - *Vérifier la capacité à contracter des cédants/cessionnaires*

 - « portez les lunettes de votre interlocuteur » ! (appréciez les contraintes/opportunités inhérentes à la fiscalité du cédant / à la structuration des ressources du cessionnaire)

 - La cession de contrôle est présumée commerciale pour tous les cédants (solidarité)

 - *Engagements complexes (apport ou échange / versus vente) (crédit-vendeur) : cas des holding et Lbo*

 - Le traitement des actifs hors exploitation (SCI familiales notamment ...)

▪ **LE PRIX**

- *Doit être déterminé ou déterminable* (article 1592 code civil). Le risque : nullité de la vente pour indétermination du prix / recours au tiers-estimateur de l'article 1592 du code civil et impossibilité pour le juge de suppléer la carence des parties
- Les problématiques du *earn out et de son contrôle* (permanence des méthodes comptables, de la gestion etc...)
- Le prix provisoire ou à dire d'expert ; définir les termes employés / prévoir le recours à un tiers-expert au sens de l'article 1592 code civil.
- Le *business plan* est-il rentré dans le champ contractuel ? la question des éléments déterminants du consentement du cessionnaire

Contentieux sur le « *dol* » ou sur « *l'erreur sur les qualités substantielles* »

- Le remboursement des comptes-courants par la société acquise / la cession des comptes-courant (article 1690 code civil) (distinct du Prix) versus remboursement échelonné et faire des C/C A une garantie de l'exécution de la garantie de passif
- Les modalités de paiement ; numéraire, échange de droits sociaux, mix ... (article 150 O B du CGI crédit-vendeur défiscalisé)

- **CONDITIONS SUSPENSIVES** : leur défaut de réalisation empêche la formation de la convention (article 1181 du code civil)
- **CONDITIONS RESOLUTOIRES** : leur survenance anéantit la convention (article 1183 du code civil)
 - *La condition ne doit pas être purement potestative (« je vends si je veux ... »)* (article 1174 code civil)

La condition mixte est valable (article 1171 code civil)
La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur qui en a empêché la réalisation (article 1178 code civil)
 - *Il faut encadrer la condition (exemple ; obtention des crédits, réalisation d'audits avec des conclusions satisfaisantes ...)*

Ne pas hésiter à se substituer au débiteur en cas de défaillance / participer aux réunions avec le débiteur
 - *La purge des « agrément » et « droit de préemption » et « droit de 1^{er} refus » ...*
 - La mainlevée des cautions et garanties données par les cédants
 - La transformation sociale avant cession (Sarl en SA ou SAS)
 - Le danger des *M.A.C. clause (material adverse changes)*

LES CONSEQUENCES DES AUDITS D'ACQUISITION

- Les contrats devant être *modifiés* au closing (ajout de clause de non concurrence aux contrats de salariés clés, rapatriement des marques et actifs incorporels, les baux avec des SCI familiales, les rémunérations familiales..)
- Les contrats devant être *conclus* au closing (garantie de passif, pacte d'associé, convention de crédit-vendeur, management package et accords de rétrocession de TRI aux managers, promesses de vente/achat solde de titres ...)
- Les contrats devant être *annulés* au closing (contrats familiaux, contrats de prestations de services ...)

- **LE TRANSFERT DE LA DIRECTION**
 - Les démissions de mandats / fonctions salariées ;
 - La convocation des associés cédants en Assemblée / le renouvellement des organes de direction au choix du cessionnaire ;
 - L'annulation des délégations de pouvoir consenties par les cédants ;

- **L'ENGAGEMENT DE NON-RETABLISSEMENT DU CEDANT (...insuffisance des garanties de droit commun)**
 - Restriction temporelle, géographique et liée à l'activité
 - La question de la rémunération de l'engagement de non-concurrence / versus l'accompagnement par le cédant

- **LE DETOURAGE DES ACTIFS**
 - La reprise de certains actifs par les cédants (danger ; acte anormal de gestion au sens fiscal / abus de biens sociaux / conventions réglementées) ;
 - La cession à prix convenu des actifs d'exploitation conservés par les cédants (marques, etc...)

- **LE TRANSFERT DES TITRES ET LA FISCALITE**

LES ACCORDS DE MANAGEMENT PACKAGE, DE PARTAGE DE PLUS-VALUE OU DE RETROCESSION DE TRI

OBJECTIF ; opérer un partage inégalitaire des plus-values de cession entre Investisseurs / Managers

Le danger :

- La requalification fiscale et sociale des gains du manager en salaires ou revenus innomés (article 92 du CGI)
- L'instruction du 12 mai 1995, in BOI 5 S-9-95

*« ... lorsqu'un dirigeant salarié ou toute autre personne en relation d'affaires avec un groupe de sociétés bénéficie d'options de souscription ou d'achat d'actions en dehors du dispositif légal, ou se voit offrir la possibilité d'acheter ou/et de vendre dans des conditions préférentielles des titres d'une société, **l'administration se réserve le droit de requalifier le gain réalisé à cette occasion et de le taxer non pas dans la catégorie des plus-values sur valeurs mobilières mais [] au barème progressif de l'impôt sur le revenu** ».*
- *« tous les avantages en nature ou en argent accordés à un salarié, qui trouvent leur origine dans le contrat de travail liant l'intéressé à son employeur, entrent dans le champ d'application de l'impôt sur le revenu et sont imposables, au même titre que la rémunération principale, dans la catégorie des traitements et salaires [...] **à ce titre la faculté offerte à des salariés d'acquérir les actions de l'entreprise à un prix inférieur à leur valeur réelle s'analyse, lorsqu'elle est exercée, et à due concurrence de l'avantage alors constaté, comme un complément de salaire imposable dans les conditions de droit commun, [...] cet avantage étant consenti dans le cadre d'aucun des dispositifs d'épargne salariale ou d'actionnariat salarié** »*

(Rep. Min. Baeumler, question n° 50871 du 18 septembre 2000 (JO p. 5322) et réponse publiée au JO, Débats Ass. Nat. du 14 mai 2001 p. 2810

LES ACCORDS DE MANAGEMENT PACKAGE, DE PARTAGE DE PLUS-VALUE OU DE RETROCESSION DE TRI

LES MECANISMES A EVITER :

- les promesses de vente/achat sans prix ou à vil prix,
- les prix différenciés sur des titres de même nature,

LES MECANISMES ROBUSTES :

- le *sweet equity*
- l'émission d'Absa au profit des managers ... mais avec paiement d'un prix du « Bsa » / versus actions simples aux investisseurs (nécessité de faire valoriser les titres optionnels et le prix acquitté par le manager sous forme d'un % de l'action de base)
- la non conversion d'OC par l'investisseur (contrepartie du *sweet equity*)
- les *actions ratchet* avec une grille de multiple (« loi des carrés » si Investisseur fait x2, les managers font x4 etc...) ; le mécanisme marche à la hausse et à la baisse (mécanisme de dégradation pour les managers si les investisseurs n'atteignent pas multiple minimal) ;

LES ACCORDS DE MANAGEMENT PACKAGE, DE PARTAGE DE PLUS-VALUE OU DE RETROCESSION DE TRI

LE JUGE DE L'IMPOT S'AUTORISE EXCEPTIONNELLEMENT A REQUALIFIER LA PLUS-VALUE EN SALAIRE

- Les plus-values tirées de la cession de droits sociaux peuvent exceptionnellement entrer dans la catégorie « balai » des revenus innomés de l'article 92, 1 du code général des impôts dès lors que « **le gain en capital peut en réalité s'analyser comme la contrepartie d'une activité personnelle déployée par le cédant, exercée à titre professionnel, en vue d'augmenter la valeur des titres cédés** »
(CE, 8^{ème} et 3^{ème} sous sections, 7 nov 2008, Affaire Fontana et De Framond, n° 301642 censurant la CCA Paris 4 décembre 2006, n° 05PA04472, Droit Fiscal 2007, n° 17, comm 475, RJF 2007 n° 497)

MAIS CETTE REQUALIFICATION RESTE L'EXCEPTION

- « **le seul fait de diriger une entreprise n'est pas un motif suffisant pour justifier la requalification en BNC de gains en capital constatés lors de la cession de titres** » (TA Paris 1^{ère} section, 5^{ème} Ch, 25 février 2002, n° 96-8807, affaire Cattez, RJF 2002 n° 786)
- « *La valorisation importante de droits cédés, voire même dans des proportions supérieures à l'évolution des conditions économiques générales, ne saurait constituer à elle seule un motif permettant de passer du régime de taxation des gains en capital au régime des BNC. Il appartient à l'administration de rapporter la preuve de ce que l'opération d'achat/revente des droits sociaux non cotés revêt en soi le caractère d'une activité professionnelle, ce qui justifie alors que le gain y afférent soit imposé comme un revenu d'activité et non comme un gain en capital* »
(CE 18 janvier 2006, n° 265790 et 265791, 9^{ème} et 10^{ème} S. Sections, Affaire Serfaty, RJF 4/06 n° 378)

LE CAS PARTICULIER DE LA GARANTIE D'ACTIF ET DE PASSIF

« *Convention qui permet de faire supporter au(x) vendeur(s) les conséquences pécuniaires de tout dommage survenant postérieurement à la date de sa cession et affectant la société cédée, dès lors que le fait générateur du dommage est antérieur à la date de cession* »

RAISONS D'ÊTRE

1°) LES ELEMENTS TRANSMIS SONT DES *DROITS SOCIAUX* ET COMPORTENT DES RISQUES (ACTIFS + PASSIFS + HORS BILAN) VERSUS / *ACTIFS*

2°) LES INSUFFISANCES DES GARANTIES LEGALES APPLICABLES A LA VENTE.....LA CESSION A POUR OBJET DES « DROITS SOCIAUX »

L'associé n'a pas de droit sur les actifs sous-jacents : il ne peut se prévaloir que d'une éviction ou des vices cachés des titres acquis

- *Garantie d'éviction* (1626 code civil) ... ne peut pas être un substitut à l'engagement de non rétablissement du cédant, sauf si ce rétablissement est de nature à empêcher totalement les cessionnaires de poursuivre l'activité de la société acquise (Cass. Com. 21 janvier 1997 aff. Eridania Beghin Say c/Ducros)
- *Garantie des vices cachés* (1641 code civil) L'objet de la vente est des « droits sociaux » (pas les actifs sous jacents quand bien même ils seraient infectés d'un vice caché)
Le vice qui diminue la valeur des titres acquis sans interdire à la société d'exercer son activité économique est inopérant (Cass. Com. 12 décembre 1995, SC Financière Vauban c./ Amar) (pour un cas d'admission, achat d'une société de garage Renault en réalité dépourvue du contrat de concession Renault, Cass. Com. 19 oct. 1999 aff. Tois c./ Bonnefoy)

L'éviction et le vice ne sont retenus que s'ils empêchent la société dont les titres ont été cédés d'exercer son activité ou de réaliser son objet social

- Le mécanisme de la « *cession de créance* » est spéculatif (1693-1694 code civil)
- L'invocation des « *vices du consentement* » est théorique (... sauf « Dol » ou « erreur sur les qualités substantielles » sur la viabilité économique de l'entreprise Cass. Com 18 février 1997 aff Segic C./Dauphin) ; il n'y a pas d'erreur sur le prix ou sur la valeur en droit français

Le « *dol* » est une cause de nullité de la vente lorsque les manœuvres pratiquées par une partie sont telles que sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté.

Les « manœuvres » visées :

- Le cédant a l'obligation de fournir des renseignements exacts et des documents comptables non falsifiés ; mais la production de documents inexacts alors que le cédant ignorait ces inexactitudes ne constitue pas un dol (Cas. Com 2 mai 1990 aff. Duval c./ Rolland, Cass. Com 5 octobre 2004 aff. Audit c./ Picaquart)
- Le fait de présenter sciemment une comptabilité inexacte est un dol (CA Paris 8 janvier 1979, CA Paris 6 décembre 2005) ... mais le défaut d'atteinte de résultats prévisionnels n'est pas un dol (CA Paris 25 octobre 1996 aff Pescarolo) sauf si ce prévisionnel a été sciemment falsifié pour masquer des pertes à venir connues (CA Paris 6 décembre 2005, aff. Optium c./Suzanne)
- Le fait de retenir ou occulter des documents essentiels faisant état de passifs (Cass. Com 3 nov. 2004 aff. Berlioz) ou le fait de dissimuler des sinistres majeurs affectant la société (CA Lyon 29 mars 1991 aff. Rey c./ Manin) ou la perte de contrats essentiels pour l'activité (Cass. Com 8 juillet 2003, aff. Boisset c./Bricard) sont constitutifs d'un dol.

Le dol ne se présume pas ; celui qui l'invoque doit en rapporter la preuve.

FONDEMENT JURIDIQUE

- C'est une « *convention* » [conditions cumulatives à respecter : Articles 1108 (conditions de validité des conventions), 6 (définition ordre public), 1134 (force obligatoire des conventions), 1165 (effet relatif des conventions) du code civil]

- C'est une convention adossée à des comptes de référence relatifs à la société dont les titres sont cédés

INDEMNISATION DES DOMMAGES POSTERIEURS A LA CESSION ... MAIS DONT LE FAIT GENERATEUR EST ANTERIEUR

- C'est une convention accessoire à la cession de titres et dont elle emprunte la nature civile ou commerciale :

La cession emportant le contrôle d'une société est présumée commerciale (Cass. Com. 24 novembre 1992 aff. Disco Gros c./Farre).... application de la solidarité, de règles de compétence commerciale, etc...

Si des actes sont indivisibles, la nullité ou caducité de l'un entraîne la nullité ou caducité de l'autre (Cass. Civ 1^{ère} 4 janvier 1966 aff. Tison c./Poisson)

LES DIVERSES FORMES DE GARANTIE

- **GARANTIE DE PASSIF** (*stricto sensu*) GARANTIR TOUT NOUVEAU PASSIF NON OU INSUFFISAMMENT COMPTABILISE

- **GARANTIE ACTIF NET** GARANTIR UN SOLDE D'ACTIF NET (càd situation Nette / Capitaux propres)

 Forme de garantie plutôt favorable au cédant qui, en cas d'apparition d'un passif nouveau, invoquera une augmentation d'actif pour limiter la baisse d'actif net

- **GARANTIE DE BILAN (ACTIF & PASSIF)** GARANTIR TOUTE BAISSSE D'ACTIF et TOUTE HAUSSE DE PASSIF

 Cette forme de garantie peut obliger le cédant au-delà du prix qu'il a reçu ;
 Elle peut bénéficier à la société dont les titres ont été cédés, ou au cessionnaire des titres ;

- **GARANTIE DE VALEUR** 2 FORMES

 1) Clause de révision du prix de cession en fonction de comptes à arrêter à la date de cession puis à comparer aux comptes de référence (Cass. Com. 18 décembre 2001, aff. Marduel c./ Plantevin)

 La clause de révision de prix n'oblige le cédant qu'à concurrence du « prix » sans être tenu au-delà (Cass.Com 18 dec. 2001, CA Paris 27 juin 1989)
 La révision de prix ne peut jouer qu'au profit du cessionnaire ... (pas de la société dont les titres ont été cédés)

 2) Clause de rentabilité ou de earn out
 Garantir au cessionnaire le niveau de résultats (Ebit, Rex, Résultat net ...) futurs de la société cédée.
 La problématique ; « *garantir des résultats futurs, l'atteinte d'objectifs, alors que la direction de la société cédée est sous le contrôle d'un nouvel associé* »

CONSTRUCTION

- 1/ DÉCLARATIONS SUR LA SOCIETE, SES ACTIFS / PASSIFS, SES CONTRATS, SES SALARIES, SON ACTIVITE,

- 2/ GARANTIE DES COMPTES PROPREMENT DITE
 - Régularité des « comptes de référence » Y compris engagements hors-bilan

- 3/ GARANTIE DE CONSISTANCE DES ACTIFS
 - Créances ... (garantir leur bon encaissement à une date donnée)
 - Stocks ...(garantir leur valeur marchande, leur juste provisionnement)
 - Éléments incorporels / corporels (garantie d'une valeur de goodwill contractuelle)

- 5/ PÉRIODE TRANSITOIRE – MAINTIEN DE PATRIMOINE
 - Garantie que la société a été gérée en bon père de famille entre la date des comptes de référence et la date de cession

- 6/ AFFIRMATION DE SINCERITE Garantir l'exactitude des déclarations

- 7/ DURÉE DES GARANTIES ... (... quelques dates « clés » ; prescription fiscale, sociale, de droit commun)

8/ EXÉCUTION DES GARANTIES

- MISE EN JEU DE LA GARANTIE
- DIMINUTION DU PRIX ... et AU-DELÀ DU PRIX, DOMMAGES-INTÉRÊTS

Le danger ; la garantie des *dommages indirects* (exemple : préjudice d'image atteignant le cessionnaire)

- PROBLÈME : CHOIX DU BÉNÉFICIAIRE (question qui n'existe pas en présence d'une clause de révision du prix)

A défaut d'indication, la garantie est réputée stipulée au profit de la société (Cass.Com. 19 déc. 1989 aff. Samson c./Sidergie)

POINTS CLÉS

SEUILS DE DECLENCHEMENT GLOBAL / PARTIELS (paiement au 1^{er} € de dommage)

FRANCHISE (paiement du 1^{er} € au-delà de la franchise)
PLAFONNEMENT

PRISE EN CHARGE DU PASSIF NET DE L'ÉCONOMIE D'IMPÔT si déductibilité fiscale du dommage

9/ GARANTIE DE LA GARANTIE

• PRIX SÉQUESTRE / CAUTIONNEMENT ou GARANTIE A 1ERE DEMANDE / ASSURANCE GARANTIE DE PASSIF

• LA PORTEE DES **AUDITS** PREALABLES

LA JURISPRUDENCE TIEN COMPTE DU ROLE JOUE PAR LE CESSIONNAIRE ET DE SA CONNAISSANCE DU PASSIF (Cass.com 11 oct. 2005 ; sur la prise en compte dans le prix de difficultés connues lors de la cession et se traduisant par des pertes a posteriori – refus de mise en œuvre GAP)

(CA Paris 22 décembre 2000, idem refus de faire jouer une garantie lorsque le cessionnaire a participé à la gestion de la société avant cession et a participé à des travaux dont le coût ne figure pas dans les comptes de référence)

• LA PORTEE DES **ANNEXES** A LA GARANTIE ... EXONERATOIRES OU NON ? PRISES EN COMPTE DANS LE PRIX ?

• LA PORTEE DES DECLARATIONS FAITES « **A LA CONNAISSANCE DU GARANT** ... » : LA QUESTION DU RENVERSEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE ET DE LA DEMONSTRATION DE LA CONNAISSANCE PAR LE GARANT

LA PARADE ; DEFINIR LES TERMES « A LA CONNAISSANCE DE »

• QUEL **DOMMAGE** INDEMNISER ?

LE DOMMAGE « **DIRECT** » (ATTEIGNANT LA SOCIETE CEDEE) ... VOIRE LE DOMMAGE « **INDIRECT** » (ATTEIGNANT LE CESSIONNAIRE, SES PROPRES ASSOCIES)

LE DOMMAGE NET D'ECONOMIE D'IMPOT

- **LE FORMALISME DE MISE EN ŒUVRE DE LA GARANTIE ET SON NON-RESPECT ; QUELLE SANCTION ?**

1^{ER} CAS ; ABSENCE DE CLAUSE D'INFORMATION

PAS D'OBLIGATION D'INFORMER LE CEDANT DU LITIGE/DOMMAGE SURVENANT (Cass.Com 23 nov. 1993 aff. Moissnet c./In co) (Cass. Com. 21 juin 1994 aff. Sesostris c./ Pierrel)

(Cass.Com. 9 mai 2001 aff. Le Boedec c./Miralles) ; l'absence d'obligation contractuelle d'information a pour conséquence que le cessionnaire n'a pas à informer les garants

MAIS JP DIVERGENTE PLUS DRASTIQUE EN PRESENCE D'UN PREJUDICE : FORCLUSION DU DROIT DE SE PREVALOIR DE LA GARANTIE (cass. Civ. 28 janvier 2003 aff. Sorlut c./Richard – CA Paris 10 octobre 2000 Sonpetrol c./ Forasol, CA Paris 24 oct. 2000 Combes c./ Fromentin : solution retenue même à défaut de stipulation en ce sens

2^{EME} CAS : MENTION D'UNE CLAUSE SUR OBLIGATION D'INFORMATION

INTERPRETATION STRICTE PAR LA JP ; ELLE SERA RELATIVE AUX LITIGES ET DOMMAGES VISES (Cass.Com. 28 nov. 1995 aff. Lucas c./Pioch)
LE BENEFICIAIRE DE LA GARANTIE DOIT DEMONTRER AVOIR RESPECTE SON OBLIGATION D'INFORMATION (la seule présence du cédant-garant dans la société ne suffit pas à démontrer que l'acquéreur l'a informé du dommage CA Paris 16 mars 2001 aff. Ocelli c./ Garcia)

LE BENEFICIAIRE NEGLIGENT EST FORCLOS... OU SIMPLE REFUS D'INDEMNISER LE PREJUDICE SUPPLEMENTAIRE INHERENT AU RETARD DE MISE EN ŒUVRE.

- **PLURALITE DE GARANTS** : QUELLE INCIDENCE ?

DANS LE SILENCE DE LA GARANTIE, ET EN PRESENCE D'UNE CESSION DE CONTROLE, LA SOLIDARITE EST PRESUMEE (Cass. Com. 28 avril 1987 aff. Szenkman c./Sabella)

- ARTICULATION REDUCTION DU PRIX AU TITRE D'UN PROTOCOLE / INDEMNISATION AU TITRE DE LA GARANTIE ; **PAS DE DOUBLE INDEMNISATION**
- LA CLAUSE DE **DELEGATION DE PROCEDURE ET DE DIRECTION DE PROCES** ; LES « NON SUJETS » (VERIFICATION SOCIALE, FISCALE) ET LES VRAIS PROBLEMES
- LES **ACCORDS TRANSACTIONNELS** CONCLUS PAR LA SOCIETE POST CESSION ... AVEC ACCORD DU CEDANT-GARANT MAIS POURVU QUE LE REFUS DU CEDANT-GARANT SOIT CONFORME A L'INTERET SOCIAL DE LA SOCIETE CEDEE ;
- LA PROBLEMATIQUE DES **MODIFICATIONS** LEGISLATIVES, REGLEMENTAIRES OU JURISPRUDENTIELLES POST CESSION ;
- LE CHANGEMENT DES **MODES DE COMPTABILISATION / DE GESTION** PAR LA NOUVELLE DIRECTION DE LA SOCIETE CEDEE ;

le cessionnaire qui a laissé se développer le dommage ne peut invoquer la garantie (CA Paris 14 mars 2006 aff. Verdier c./Fromont – recettes non comptabilisées dans une discothèque)

- **LA CIRCULATION DE LA GARANTIE ET SON TRANSFERT AUX CESSIONNAIRES SUCCESSIFS**

Lorsque la garantie est stipulée au profit de la société ou de ses créanciers elle circule librement ;

... mais la stipulation *d'intuitu personae* fait échec à cette libre circulation ;

La fusion ne fait pas obstacle au transfert de la garantie figurant dans le patrimoine de l'absorbée (CA Paris 20 octobre 2005 aff. Thirion c./ GFI informatique)

Garantie de bilan : L'acquéreur initial qui cède ses titres perd la qualité à se prévaloir de la garantie (Cass. Com. 4 juin 1996, aff. Sefri c./Guérin) même si le sous-acquéreur est une filiale du 1^{er} acquéreur (CA Paris 4 juillet 1997 aff. Crometal c./ Riffaud)

Garantie de valeur ou de earn out ou de révision de prix : le 1^{er} acquéreur peut toujours s'en prévaloir (CA Aix 3 mars 1988 aff. Unitec Int Ltd c./ Portugais) (dans le même sens CA Paris 5 mars 2004 aff. Vendrand c./ Onyx)

- **LE TRAITEMENT FISCAL DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA GARANTIE ; QUE NEGOCIER ? GARANTIE DE BILAN OU CLAUSE DE REVISION DU PRIX ?**

Les conséquences étaient théoriques en matière de DE du fait du plafonnement des droits (néanmoins sur le principe, cf. Rep. Min. Kergueris, Ass. Nat. 5 février 1996 sur le principe de restitution des droits au prorata en cas de clause de révision de prix) ; cette problématique va ré apparaître avec le retour de DE proportionnels au prix de cession.

SITUATION DU CEDANT

- le cédant-garant PP peut demander un dégrèvement de leur imposition aux plus-values (article 150 O D 14 du CGI) ; solution non applicable au cédant-garant de parts d'une société de personnes et qui exerçait son activité dans la société en question
- le cédant-entreprise ou PM ne peut obtenir un tel dégrèvement à raison du principe d'annualité de l'impôt et de spécialité des exercices (CE 11 octobre 1974 sur le caractère définitif de l'imposition) ... mais les sommes versées constituent une charge fiscalement déductible au titre de l'exercice de leur engagement avec une distinction
 - o *révision de prix* (article 39 duodécies 9 du CGI) (correction par symétrie avec le résultat dégagé lors de la cession)
 - o *garantie de bilan* (la charge corrélative a en principe un caractère indemnitaire et constitue une charge) (CAA Paris 10 juin 1993, aff. SA Gallay) – L'entreprise cédante peut donc constituer une provision

SITUATION DU BENEFICIAIRE DE LA GARANTIE

- *Le bénéficiaire de la garantie est le cessionnaire PP*

Les sommes perçues ne constituent pas un revenu imposable, mais diminuent le prix de revient des titres acquis.

- *Le bénéficiaire de la garantie est le cessionnaire entreprise ou PM :*
 - o En cas de *garantie de bilan*, la somme perçue a le caractère d'une indemnité et rentre dans le résultat imposable (CE 24 avril 1981) ... avec la faculté de constater une provision pour dépréciation des titres acquis (rarement déductible fiscalement)
 - o En cas de *clause de révision de prix*, il y a réduction du prix des titres ce qui est sans incidence fiscale (Inst. 30 sept. 1996, 4B-3-96 sous n° 42)

- *Le bénéficiaire de la garantie est la société cédée :*

La somme perçue est imposable entre les mains de la société qui la perçoit (article 38-2 du CGI). Ce profit est neutralisé si le dommage indemnisé constitue par ailleurs une charge fiscalement déductible.

Si l'indemnité compense une charge non déductible fiscalement (ex : rappel d'impôt), l'indemnité n'est pas imposable (CE 12 mars 1982, Ass. Plénière)

- *Le bénéficiaire de la garantie est un créancier de la société cédée :*

La société est alors imposable du fait de l'extinction de sa dette comme si elle avait elle-même reçu les fonds pour paiement de son créancier.