

Entreprise et expertise **Juridique**

Le casse-tête du sort réservé aux garanties en cas de revente des titres

En l'absence de clause contractuelle spécifique régissant la transmission des garanties consenties dans le cadre d'une cession de contrôle, la délicate question de leur sort se pose souvent en cas de revente des titres par l'acquéreur initial.



Par Marie Trécan,
avocat, **DS** Avocats

La validité de principe des clauses de garantie consenties dans le cadre de cessions de contrôle étant désormais unanimement admise, les praticiens ont toute liberté pour imaginer une grande variété de clauses de garantie permettant ainsi de renforcer la protection limitée offerte par le droit commun des contrats et de la vente.

Ces clauses de garantie sont sources d'un abondant contentieux tant au sujet de leur interprétation, de leur étendue et de leurs modalités d'exécution que pour la détermination du bénéficiaire de la garantie.

Parmi ces difficultés générales de contentieux, la question du sort de la garantie en cas de revente des droits sociaux par le cessionnaire initial est régulièrement soumise aux tribunaux. La chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de se prononcer sur cette question à de multiples reprises. En dégager une ligne jurisprudentielle cohérente est une tâche délicate tant la jurisprudence évolue au gré de l'imagination des praticiens pour l'élaboration des clauses de garanties.

La question de la transmissibilité des garanties ne se pose en pratique que dans l'hypothèse où les droits sociaux sont revendus avant l'expiration de la durée pour laquelle la garantie a été consentie par le cédant-garant. Dans ce contexte, il arrive ainsi que ce soit non pas le cessionnaire initialement bénéficiaire de la garantie et cocontractant

du garant mais le sous-acquéreur qui agisse sur le fondement des garanties conventionnelles.

Le cessionnaire initial conserve-t-il son droit à garantie après le transfert des titres ? Ce transfert emporte-t-il extinction ou transmission du droit au sous-acquéreur ? Autant de questions à propos desquelles la jurisprudence récente de la Cour de cassation a eu récemment l'occasion de se prononcer.

Il convient donc de faire le point sur l'état de la jurisprudence en la matière et de tenter d'identifier des critères d'interprétation en dépit de décisions dont l'interprétation est malaisée.

1. Deux qualifications doctrinales se distinguent pour anticiper le sort de la garantie après la revente des titres

De manière classique, la doctrine identifie deux types de garanties :

– la garantie de passif également identifiée sous le terme de garantie de reconstitution de patrimoine par laquelle le garant s'engage à payer tout le passif social dont l'origine est antérieure à la cession des titres, non connu à cette date. Cette garantie se distingue principalement par son caractère indemnitaire. Sauf clause contraire, le montant du prix de cession ne constitue pas en principe un plafond des montants susceptibles d'être dus au titre de l'indemnisation ;

– la clause de révision de prix (dite garantie de valeur) par laquelle le garant s'engage à restituer au cessionnaire la partie du prix qui se révélerait rétrospectivement indue en cas de révélation d'un passif (trouvant son origine antérieurement à la cession des titres) jusque-là occulte. Cette clause fait expressément référence à l'impact de sa mise en œuvre sur le prix de cession des titres. En principe, les montants dus par le garant au titre de

Les clauses de garantie sont sources d'un abondant contentieux tant au sujet de leur interprétation, de leur étendue et de leurs modalités d'exécution que pour la détermination du bénéficiaire de la garantie.

cette garantie ne peuvent pas excéder le prix de cession. Selon la qualification retenue, les juges en déduisent le sort qui est réservé aux garanties conventionnelles en cas de revente des titres par le bénéficiaire.

Selon la doctrine, c'est la société dont les titres sont cédés qui est, en principe, le bénéficiaire direct de la garantie qualifiée de «garantie de passif» de sorte que le transfert

ultérieur des titres ne devrait avoir aucun effet extinctif ou translatif de garantie.

Toutefois, la garantie de passif ne peut juridiquement bénéficier directement à la société que par le recours au mécanisme de la stipulation pour autrui, cette dernière n'étant en principe pas partie à la cession¹. Le recours à ce mécanisme peut résulter d'un accord entre le cédant et le cessionnaire prévoyant que le paiement sera fait entre les mains de la société cédée.

Dans cette hypothèse, la jurisprudence en déduit ainsi que «la convention de garantie de passif souscrite par le cédant est attachée à la chose cédée et ne peut plus être invoquée par le cessionnaire après la revente de celle-ci²». L'acquéreur

initial, en cas de revente, ne peut donc pas demander le bénéfice de la garantie dans la mesure où il n'en a jamais été titulaire. Il ne peut pas non plus demander l'exécution de la garantie au profit de la société, faute d'un intérêt à agir puisqu'il n'en est plus associé. Le sous-acquéreur ne peut pas non plus invoquer la garantie à son profit. Seule la société conserve ce droit.

Au contraire, la garantie dite «clause de révision de prix» étant considérée comme dépendante de la cession initiale, elle ne profite en principe qu'au cessionnaire initial. La revente des titres ne devrait donc avoir aucun effet extinctif sur la garantie conventionnelle ni entraîner le transfert automatique au sous-acquéreur.

Ainsi, en cas de fusion-absorption de la société cédée, l'acquéreur initial conserve-t-il le droit de mettre en œuvre la clause de révision de prix³.

2. Une distinction doctrinale pourtant incomplète pour refléter les multiples formes contractuelles des clauses de garanties

Cette distinction d'origine doctrinale se révèle toutefois particulièrement délicate à mettre en œuvre pour les tribunaux compte tenu de la variété des aménagements contractuels qui ne se limitent pas à ces deux qualifications.

Les garanties de valeur ne sont, en effet, pas homogènes et peuvent notamment correspondre à deux types des

conventions de nature différente : Surface approx. (cm²) : 971
– la véritable clause de révision de prix touchant à un ^{N° de page : 24-26} élément conditionnant la formation du contrat en stipulant une variation à la hausse ou à la baisse du prix de cession des titres en fonction de paramètres comptables ^{age 2/3} et financières, ou

– une clause de garantie relevant d'une catégorie intermédiaire se rapprochant d'une garantie de passif quant à sa nature indemnitaire (avec un prix de cession déterminé à l'avance et un contrat définitivement formé à sa signature) stipulant toutefois le versement d'une indemnité dans l'hypothèse où les titres se révéleraient surévalués, en raison d'un passif caché ou d'un actif surévalué au moment de la vente des titres. Si cette clause se distingue de la véritable clause de révision de prix par sa nature indemnitaire, elle bénéficie toutefois au cessionnaire et non à la société dont les titres sont cédés.

La diversité des clauses de garanties de passif et le risque de confusion quant à leur qualification ont conduit la jurisprudence à retenir un critère fondé sur l'identité du bénéficiaire et non plus sur l'objet de la garantie, étant précisé que les juges ne prennent généralement pas en considération la qualification donnée par les parties à ces clauses.

Ainsi, en ne semblant se fonder qu'exclusivement sur le critère tiré de l'identité du bénéficiaire de la garantie, la Cour de cassation a-t-elle jugé qu'«en l'absence de stipulation pour autrui consentie au profit de la société cédée, une garantie de reprise du passif conclue entre le cédant et le cessionnaire, désigné comme bénéficiaire de cette garantie, est une convention de garantie de prix profitant à ce dernier, indépendamment de la cession de ses titres⁴». Par cet arrêt, la Cour crée un nouveau type de garantie : la garantie de prix constituant une clause de révision de prix cumulée avec une garantie de passif.

Plus récemment, dans le cadre de la restructuration d'une société dont les titres ont été cédés, il a été jugé que l'acquéreur initial conservait qualité à agir pour invoquer le bénéfice d'une convention de garantie dont il était désigné bénéficiaire, même après l'absorption de la société cédée et revente des titres issus de la fusion⁵. Dans cette affaire, la Cour de cassation a pris le soin de préciser que la garantie était stipulée sous la forme d'une réduction du prix de cession des actions dû par l'acquéreur initial.

En revanche, la solution est différente lorsque c'est la société cédée désignée comme bénéficiaire de la garantie qui fait l'objet d'une cession par le sous-acquéreur au profit d'une société tierce avec laquelle la société cédée fusionne. Dans une telle hypothèse, la Cour de cassation a jugé que la société absorbante venant aux droits de la société bénéficiaire de la garantie était recevable à invoquer elle-même cette garantie⁶.

A la lecture de ces décisions jurisprudentielles et compte tenu du risque lié à l'interprétation incertaine faite par les tribunaux des clauses de garanties, il ne saurait être trop conseillé d'apporter une attention toute particulière

1. CA Paris, 12 octobre 2001.

2. Cass. com., 12 février 2008, n° 06-15951.

3. Cass. com., 3 avril 2007, n° 04-15532.

4. Cass. com., 11 mars 2008, n° 06-20738.

5. Cass. com., 11 septembre 2012, n° 11-13167.

6. Cass. com., 11 septembre 2012, n° 09-69347.

La diversité des clauses de garanties de passif et le risque de confusion quant à leur qualification ont conduit la jurisprudence à retenir un critère fondé sur l'identité du bénéficiaire et non plus sur l'objet de la garantie, étant précisé que les juges ne prennent généralement pas en considération la qualification donnée par les parties à ces clauses.

7. Cass. com.
12 octobre 2012,
n° 11-21528.
8. Cass. com.
4 décembre 2007,
n° 06-19996. Dans
cette affaire, une
clause de garantie
stipulée au profit du
cessionnaire et de
ses ayants droits
a été interprétée
comme ne visant
que les ayants droits
à titre universel et
jugée intransmissible
au sous-acquéreur,
celui-ci n'ayant que
la qualité d'un ayant
droit à titre particulier.

à la rédaction des clauses relatives à la transmission des garanties consenties dans le cadre d'une cession de contrôle. Il est pourtant assez curieux de constater à quel point, en pratique, cette question est rarement réglée contractuellement par les parties.

Les schémas contractuels régissant les conventions de garanties de nature variée ne font, en effet, pas toujours la distinction entre garantie de reconstitution et garantie de valeur et peuvent de ce fait donner lieu à une interprétation imprévisible par les juges de la nature de la convention.

Le cédant s'attachera ainsi à stipuler le caractère intransmissible de la garantie consentie afin d'éviter de voir la garantie invoquée par un tiers avec lequel il n'a pas contracté.

De son côté, le cessionnaire veillera à prévoir, dans l'acte de cession initial, le caractère transmissible de la garantie. En cas d'omission d'une telle clause régissant la transmission de la garantie, il semblerait toutefois que celle-ci ne fasse pas obstacle à la cession par le cessionnaire initial en faveur du sous-acquéreur de sa créance résultant de la garantie (y compris lorsque celle-ci a la nature de garantie de valeur), à condition néanmoins de respecter les formalités prescrites par l'article 1690 du Code civil⁷. Ces clauses régissant les conditions de transmission de la garantie devront, en tout état de cause, exprimer la volonté des parties de la façon la plus claire possible pour ne pas être soumises à l'interprétation souveraine et parfois aléatoire des tribunaux⁸. ■

L'ACTUALITÉ JURIDIQUE EN BREF

Clause de préemption statutaire : la liberté ou la contrainte ?



**Par Jérôme
Lombard-Platet,
avocat associé,
DS Avocats**

L'application restrictive des clauses de préemption par la jurisprudence impose une rigueur exemplaire dans la rédaction de ce mécanisme statutaire ou pacté. Une récente décision vient rappeler combien le candidat acquéreur de droits sociaux, objet

d'une préemption, est soumis aux règles du jeu fixées par les associés.

En l'espèce, deux sociétés de groupes industriels avaient créé une joint-venture, en se conférant un droit de préemption statutaire réciproque sur les titres de la filiale commune en cas de cession. La notification devait mentionner le projet de cession, le nom de l'acquéreur, le nombre d'actions et le prix. En juin 2010, un des associés notifiait son intention de céder ses actions à un tiers pour 10 millions d'euros. L'autre associé exerçait son droit de préemption conformément aux statuts au même prix. Le contrat de cession fixait l'engagement de cession mais retardait le transfert de propriété de six mois. L'acquéreur évincé considérant que ce transfert différé constituait «une violation du mécanisme de préemption», saisissait le tribunal de commerce pour voir autoriser la cession à son profit des actions de la filiale et réclamait des dommages intérêts.

La cour d'appel de Paris, infirmant la surprenante décision des premiers juges, rejetait les demandes du tiers acquéreur, estimant qu'il n'avait pas qualité pour agir en nullité de la préemption et jugeait, pour le surplus, son

droit à indemnisation infondé.

Cette espèce rappelle que la clause de préemption statutaire lie uniquement les associés de la société et que tout tiers ne peut se prévaloir d'un manquement par un associé de ces stipulations. Le caractère public des statuts (qui parfois conduit à y insérer la préemption pour informer les tiers et donner à l'engagement une portée supérieure) ne change rien à l'affaire. En l'absence de lien de droit avec les associés, l'acquéreur évincé n'avait pas qualité pour agir. En revanche, une action en dommages intérêts sur le fondement délictuel aurait pu se justifier si le tiers démontrait un préjudice subi du fait du manquement contractuel. Mais préemption n'est pas agrément, le cadre contractuel de la clause de préemption n'emporte aucun élément impératif de la procédure d'agrément : en matière de préemption, les parties organisent librement le mécanisme et tout aménagement qui ne contrevient pas aux règles édictées est loisible. Ici, aucune faute n'était imputable à l'associé préempteur. Conformément aux statuts, il avait notifié, dans les formes et délais requis, son intention de préempter les actions au prix convenu, en retardant, dans le silence des statuts, la date de transfert. Il n'est donc pas forcément de l'intérêt des associés de prévoir systématiquement des clauses de préemption dont la sophistication le dispute à la contrainte, comme ces clauses où les exigences en termes de préemption complexifient à l'excès l'action du préempteur ou au contraire retardent exagérément la sortie du cédant. C'est en tous les cas à eux de choisir, et le tiers acquéreur doit admettre qu'il n'a pas voix au chapitre, enfin, aux statuts.