

Interview

Les garanties d'actif et de passif en question

Mercredi 17 Septembre 2008

Philippe Roger



Le club droit des affaires du réseau de cabinets d'avocats Gesica vient d'organiser une conférence sur le thème des "garanties d'actif et de passif". Philippe Beauregard, associé du cabinet Brunswick et Sybille Elleboode-Merlier, associée du cabinet Holman Fenwick Willan, évoquent les points clés de ce type de contrat dans un deal de M& A.

CFnews: A quoi servent les garanties d'actif et de passif?

Philippe Beauregard: Les garanties légales du droit de la vente ne règlent pas tous les problèmes auxquels un cessionnaire de droits sociaux peut être confronté. Les garanties d'actif et de passif permettent aux acquéreurs de vérifier, par des déclarations consenties par le vendeur, que la présentation de l'actif et du passif comptable de la société cible d'une part et de sa situation au plan de ses activités d'autre part est conforme à la réalité. Grâce à ces clauses, l'acquéreur pourra se prémunir des conséquences préjudiciables découlant de la révélation postérieure à l'acquisition d'un évènement dont le fait générateur est antérieur à la cession des titres, se traduisant par une augmentation du passif ou une diminution du passif de la société cible.

CFnews: Quel est leur poids dans une opération de fusions-acquisitions?

Sybille Elleboode-Merlier: En pratique, l'existence et l'étendue de cette convention de garantie auront une incidence sur la détermination du prix de cession. L'absence de garantie entraîne ainsi une décote systématique du prix de cession.

CFnews: Quelle est la portée de ces garanties d'actif et de passif et quelles sont les limites?

Philippe Beauregard: La garantie d'actif et de passif joue le rôle de mécanisme d'ajustement du prix de cession pour l'acquéreur ; mais elle ne doit pas dispenser ce dernier de mener préalablement les diligences qu'il estime nécessaires afin de disposer de la vision la plus

fidèle possible de la situation de la société cible aux plans de ses activités, de son actif et de son passif. Cette connaissance préalable de la société cible lui permettra de confirmer son intention d'acquérir, d'orienter le prix de cession offert et de demander une garantie d'actif et de passif plus ou moins importante.

CFnews: Existe-t-il une garantie de la garantie?

Sybille Elleboode-Merlier: Le plus souvent, la garantie ne sera véritablement efficace que si elle est assortie d'une contre-garantie destinée, en cas de mise en oeuvre de la garantie, à couvrir notamment l'éventuelle insolvabilité du vendeur. A titre d'illustration, la garantie de la garantie pourra consister en un séquestre du prix de cession ou encore en une garantie bancaire.

CFnews: Quels conseils donneriez-vous à des acquéreurs ou des cédants qui souhaitent mettre en place des garanties d'actif et de passif dans leurs opérations?

Philippe Beauregard: La stipulation d'une garantie d'actif et de passif doit être envisagée assez tôt dans le processus de vente ; il est essentiel que le cédant/garant comme l'acquéreur/bénéficiaire soient accompagnés d'avocats rompus à la rédaction et aux techniques de négociation des garanties d'actif et de passif compte tenu des enjeux juridiques, fiscaux et financiers que porte le choix de rédaction de telle ou telle clause pour chacune des parties. En effet, pour être efficaces, les garanties d'actif et de passif ne doivent pas être des contrats type et intangibles!