

## Les garanties de passif : Enjeux et portée des engagements pris par le biologiste cédant

Pendant longtemps, les engagements de garantie de passif pris par le biologiste qui cède ses titres au profit de l'acquéreur, sont restés au second plan des discussions lors de la négociation et de la conclusion des accords de cession. Il arrivait même qu'aucune garantie de passif ne soit prévue.

Jusqu'à des temps récents, il n'était pas rare en effet de voir des biologistes s'engager sur la vente des titres de leur SEL sans qu'il y ait d'engagement de prévu au titre d'une garantie de passif ou alors qu'elle soit réduite à la portion congrue.

À cela, il existait plusieurs raisons.

Les opérations comptables et financières liées à l'exploitation d'un laboratoire de biologie médicale par une SEL et leur traduction dans les bilans et comptes de résultats étaient relativement lisibles pour des experts-comptables et des financiers familiers du secteur et les risques susceptibles de peser sur l'acquéreur étaient rapidement identifiables et donc maîtrisables.

Dans un marché favorable aux vendeurs, dans lequel les acquéreurs ont pour priorité de remplir leurs objectifs de croissance externe, il était jugé préférable de ne pas prendre le risque d'être écarté au profit d'un autre candidat à l'acquisition par l'effet négatif que feraient peser sur les discussions des conditions contractuelles considérées comme trop strictes. Dès lors, les exigences liées aux garanties de passif passaient au second plan.

Mais rien n'est immuable et les nouveaux paliers économiques et financiers franchis par le marché des acquisitions de sociétés de biologie médicale changent la donne.

Outre l'augmentation significative des niveaux de transaction, il faut souligner la présence quasi systématique, en première ligne ou en deuxième ligne, des opérateurs financiers qui soutiennent les opérations d'acquisition.



© Jirsak-iStock

Or ces nouveaux acteurs financiers ont des exigences beaucoup plus strictes vis-à-vis de leurs emprunteurs et ont eux-mêmes des engagements à respecter auprès de leurs propres commanditaires qui obéissent à un certain nombre de normes et de standards bien établis appartenant aux pratiques financières. Il s'agit de garantir dans leurs livres, la qualité, au moins du point de vue formel, des opérations qu'ils mènent.



© Saklalkova-iStock

Les nouveaux acteurs financiers ont des exigences beaucoup plus strictes vis-à-vis de leurs emprunteurs et exigent désormais des garanties de passif pour s'assurer de la qualité, au moins du point de vue formel, des opérations qu'ils mènent.



Le cédant doit permettre à l'acquéreur de réaliser des audits, afin que ce dernier puisse s'assurer que le passif comptabilisé au moment de la cession, corresponde exactement au passif réel qu'il aura à supporter.

Parmi ces standards, figurent en bonne place les garanties de passif qui non seulement deviennent systématiques dans les opérations de cession mais dont les conditions se durcissent.

Paradoxalement, et malgré ce phénomène, les engagements de garantie de passif et leurs aménagements contractuels demeurent largement méconnus des vendeurs qui, dans le contexte d'une opération complexe aux sujets multiples (délais de l'opération de cession, imposition des plus-values, projets de réinvestissement, nouvelles conditions d'exercice dans le laboratoire acquéreur...), y portent une attention relativement faible.

Or, il n'existe pas un modèle de garantie de passif compte tenu de la multiplication des possibilités offertes par la liberté contractuelle omniprésente en la matière.

Pour comprendre ces enjeux, il faut donc rappeler ce qu'est exactement une garantie de passif et les différentes possibilités qui sont offertes aux négociateurs lors de la rédaction des accords de cession. Le prix de cession final résulte d'une combinaison de la valeur reconnue au laboratoire (un pourcentage du chiffre d'affaires) et des éléments d'actif et de passif du bilan.

Or, il n'est jamais certain que le passif du bilan, c'est-à-dire le passif comptabilisé au moment de la cession, correspond exactement au passif réel qui sera supporté par l'acquéreur.

Il peut exister des sources de passif dissimulées, même de bonne foi, ou latentes au sein de l'entreprise.

La première mesure consiste à permettre à l'acquéreur de réaliser tous les audits qu'il souhaite pour rapprocher au plus près la réalité et surtout à le mentionner expressément dans les accords.

Ce processus sera complété par une série de déclarations formulées expressément dans les actes par le vendeur sur l'état du laboratoire et les conditions d'exploitation.

Le vendeur aura le plus grand intérêt à être le plus exhaustif possible car, en creux, ce qui ne correspondrait pas aux déclarations pourrait être source de responsabilité et engager le vendeur vis-à-vis de son acquéreur.

Mais ces deux séries de mesures peuvent être insuffisantes pour

assurer une bonne protection du vendeur et l'exactitude du prix final retenu par rapport à la situation de passif révélée ultérieurement. Pour combler cette insuffisance, la pratique a donc créé des engagements contractuels donnés par le vendeur à l'acquéreur qui sont des garanties de passif.

Il s'agit de se prémunir contractuellement contre la révélation a posteriori de l'acquisition d'un événement dont la cause ou l'origine est antérieure à celle-ci et qui se traduirait par un accroissement du passif.

La garantie de passif a donc pour objet de concourir au rééquilibrage financier de l'opération d'acquisition, en organisant une indemnisation du vendeur.

Confronté à cette nécessité de pallier à l'insuffisance des règles de protection légale, la pratique a créé une variété infinie de garanties de passif qui correspondent à la nature du secteur concerné par l'opération, mais aussi aux caractéristiques propres de l'entreprise cible. Dès lors, le terme de « garantie de passif » est un terme générique dont il faut se méfier car les engagements contractuels peuvent appartenir à différentes catégories.

La pratique connaît effectivement les garanties de passif entendues strictement qui ont pour seul objet de garantir l'acheteur contre tout élément de passif fiscal et social non révélé au moment de la cession. Mais il existe également des garanties d'actif aux termes desquelles le vendeur s'engage sur la consistance et la valeur des actifs cédés.



Le processus d'audits sera complété par une série de déclarations formulées expressément dans les actes par le vendeur sur l'état du laboratoire et les conditions d'exploitation.

Cette garantie sera communément combinée avec une garantie de passif.

Il existe aussi des garanties de situation nette ou d'actif net qui prévoient par exemple que l'actif net au jour de la cession sera au moins égal à un montant donné.

Elle se combine le plus souvent avec l'établissement d'un bilan dit « bilan de cession » arrêté à la date de la cession définitive.

Dès lors, les garanties concédées par le vendeur sont en réalité multiformes.



François Marchadier  
Avocat au Barreau de Paris



La garantie de passif a pour objet de concourir au rééquilibrage financier de l'opération d'acquisition, en organisant une indemnisation du vendeur.

Ainsi, il apparaît indispensable, lors de la conclusion des accords de cession, de bien comprendre et d'être certain de pouvoir définir avec précision la nature de la garantie réclamée et de celle qui est finalement consentie afin de mesurer la portée des engagements pris et des avantages obtenus par l'acquéreur.

Cette multiplicité des typologies de garanties de passif se combine avec un grand nombre d'options contractuelles relatives au fonctionnement de la garantie qui sont déterminantes pour mesurer la portée des engagements pris par le garant.

Il est en premier lieu déterminant de savoir quels sont les postes de passif qui sont garantis.

Il faut en effet rappeler que, à l'origine, il s'agissait essentiellement de garantir le risque social et le risque fiscal.

Aujourd'hui, c'est la situation passive dans sa globalité qui est généralement couverte.

Il est aussi déterminant de préciser sans ambiguïté le bilan de référence qui va servir à déterminer si la variation d'un passif va justifier le déclenchement de la garantie.

Une difficulté technique naît de ce que la valorisation du laboratoire et l'offre qui est formulée sont faites sur la base d'un bilan qui ne sera pas celui établi pour fixer le prix définitif et son ajustement.

Il faudra donc être vigilant et bien veiller à ce que le bilan de référence qui sert au fonctionnement de la garantie de passif soit le dernier bilan établi ayant servi à la fixation du prix définitif car des variations seront certainement présentes.

Il faudra aussi veiller à bien définir la durée de la garantie.

La règle usuelle est de retenir les durées applicables en matière de prescription fiscale et sociale.

Il ne faut pas oublier que, dans l'hypothèse où, en matière fiscale, la mauvaise foi ou l'abus de droit sont retenus, le délai de prescription va au-delà des trois ans.

Selon la rédaction de la garantie de passif, le délai d'engagement des garants peut donc être relativement long.

Il est essentiel que la garantie de passif prévoit de manière détaillée et précise la procédure qui doit être respectée pour porter des réclamations à l'encontre du garant.

Le vendeur qui donne sa garantie devra se poser la question de savoir si la procédure prévue le protège suffisamment en matière de respect de délai et de niveaux d'informations.

Il faut éviter les engagements de garantie aux termes desquels l'acquéreur n'aurait qu'à présenter la facture sans autre justificatif pour obtenir une indemnisation. Le vendeur veillera à ce qu'il puisse être associé dès l'origine aux réclamations des tiers afin de pouvoir argumenter et défendre sa position le cas échéant.

Ces règles de procédure, si elles sont suffisamment décrites, peuvent être prévues à peine de déchéance des droits du bénéficiaire de la garantie.

Sur ce sujet, la jurisprudence est très stricte dès lors que les conditions sont clairement exprimées dans l'acte, le non-respect de la procédure de déclenchement de la

garantie par son bénéficiaire l'expose à ne pas pouvoir l'opposer à son vendeur garant.

Enfin, il faudra également veiller attentivement à négocier des seuils de déclenchement, qui comme en matière d'assurance, fonctionnent sous forme de franchise et des plafonds de garantie. Enfin, les vendeurs ne devront jamais oublier qu'ils représentent une communauté d'associés et devront veiller à organiser entre eux les recours et leur contribution à la charge de la dette née d'une garantie de passif.

En effet, l'acquéreur veillera à obtenir un engagement solidaire des vendeurs, pour éviter d'avoir à supporter la charge de répartir ses réclamations sur chacun d'entre eux.

Enfin, il faut avoir présent à l'esprit que dans la plupart des secteurs, la vente d'une entreprise suppose non seulement l'établissement d'une garantie de passif mais également une garantie financière donnée par le vendeur sous forme de garantie bancaire ou de séquestre d'une partie du prix de cession. Jusqu'à présent, la cession des laboratoires a échappé à cette règle compte tenu du rapport de force existant. Pour combien de temps ? La question est ouverte.

Cette présentation très synthétique des obligations de garantie en matière de cession de titres montre que cet engagement contractuel est loin d'être anodin. Il peut avoir des conséquences extrêmement importantes, étant entendu que les opérations de cession de laboratoire ont franchi un nouveau pallier dans la mesure où il devient de plus en plus fréquent de voir les acquéreurs, après la vente, actionner effectivement les garanties de passif et réclamer des indemnités à leurs vendeurs, choses qui n'étaient pas observées dans la biologie jusqu'à des temps récents. ■