

## Les usages relatifs aux garanties de passif

Issu de Gazette du Palais - n°357 - page 9

Date de parution : 22/12/2012

Auteur :

Par Pierre Mousseron, Agrégé des universités Professeur à la faculté de droit de Montpellier

Le recours croissant à des garanties conventionnelles dans les opérations de cession de droits sociaux contribue aujourd'hui à l'émergence d'usages en la matière. Le professeur Pierre Mousseron évoque ici les moyens permettant d'identifier et d'invoquer efficacement ces règles de droit.

Un jour ou l'autre, la généralisation du recours à des garanties conventionnelles dans les cessions de droits sociaux devait conduire à l'éclosion d'usages 1. Ce jour semble venu.

Le 1er février 2011, la cour d'appel de Paris a jugé « que la clause de garantie en faveur du cessionnaire est non seulement parfaitement usuelle mais encore indispensable pour espérer conclure une opération dans laquelle est cédé le contrôle d'une société (...) qu'elle est donc de droit » 2. Le 31 octobre 2012, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt 3.

L'apparition d'usages dans le secteur des garanties de passif n'est pas fortuite. Elle tient principalement à la discrétion du législateur en la matière. Ce silence du législateur conduit les praticiens et les juges qui ne trouvent pas de directives dans des prescriptions légales à s'appuyer sur le caractère habituel de certains comportements pour fixer un régime de référence.

La reconnaissance d'usages en la matière est riche de conséquences. Les usages sont en effet susceptibles d'une grande variété d'effets 4. Durant les négociations des conventions de garantie, certains n'hésitent pas à invoquer le caractère usuel de certaines clauses, telles que les franchises ou les plafonds, pour obtenir leur insertion. Dans la phase d'application des garanties, les usages permettent d'interpréter les clauses de certaines conventions de garantie. On sait en effet que « ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé » comme l'énonce l'article 1159 du Code civil 5. Plus utilement encore, l'article 1160 du même code indique qu'« on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ». On sait aussi que les usages participent de la définition du contenu contractuel en application de l'article 1135 du Code civil aux termes duquel « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

D'autres usages justifient une neutralisation de certaines exigences déjà prévues par la loi. Par une décision en date du 18 octobre 2012, la cour d'appel de Paris a ainsi conféré aux usages professionnels un rôle décisif dans la détermination du caractère courant d'une convention au regard de la police des conventions réglementées 6. Dans cet arrêt, la cour a débouté une société qui invoquait la nullité d'une convention sur ce fondement, en relevant qu'elle ne rapportait nullement « la preuve qui lui incombait du caractère anormal des conditions de redevance fixées dans l'avenant du 28 février 2007 au regard des usages de la profession et des pratiques en vigueur dans l'établissement ». Par analogie, cette décision permettra de mieux apprécier si une convention de garantie peut se prévaloir de la qualité de convention « courante » pour échapper au formalisme des conventions réglementées, notamment dans les opérations de reclassement interne. Enfin, certains usages bien établis, comme la solidarité passive 7, justifient une dérogation à la loi.

Après avoir identifié certains usages reconnus en matière de garanties de passif (I), nous proposerons certains conseils en vue de leur invocation (II).

### I. L'IDENTIFICATION D'USAGES RELATIFS AUX GARANTIES DE PASSIF

La liste des usages relatifs aux garanties de passif est aussi infinie que celle des contrats. Des usages particuliers existent dans certains marchés, certains groupes de sociétés, certains secteurs d'activité ou certaines relations d'affaires. En demeurant à un niveau relativement général, on peut toutefois identifier certains usages en la matière.

**1. Des usages portent sur le principe même de la garantie.** Comme la cour d'appel de Paris l'a relevé dans son arrêt du 1er février 2011 susvisé, la garantie de passif est aujourd'hui en principe requise dans les cessions de contrôle 8.

La Cour de cassation relève aussi des usages relatifs aux parties à la garantie. Ces usages permettent

d'identifier le débiteur de garantie. Ainsi, pour désigner comme garant le dirigeant actionnaire de la société dont l'intégralité des titres était cédée et non pas la société cédée, comme cela était curieusement indiqué dans l'acte, la Cour de cassation s'est référée à « la commune intention des parties, conforme aux usages en la matière » 9. Les usages permettent aussi d'éclairer la situation des co-cédants. La Cour de cassation a affirmé que s'il est « chose courante » qu'une garantie de passif soit consentie par les cédants, cela n'empêche pas qu'elle puisse être souscrite par un seul des cédants 10. Cette solution est intéressante en ce qu'elle laisse penser qu'il existe un usage supplétif selon lequel tous les cédants sont garants. S'agissant du créancier de la garantie, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 1er février 2011 juge que l'usage consiste à attribuer la garantie au cessionnaire et non pas à la société cédée.

**2. Certains usages portent sur l'objet de la garantie.** La cour d'appel de Paris a ainsi jugé que des usages ne permettaient pas de transformer une garantie d'actif en garantie de passif 11. On trouve aussi fréquemment des stipulations par lesquelles les cédants déclarent que la société cédée n'a conclu aucun contrat préalablement à la cession qui ne soit pas d'usage dans son secteur d'activité en dehors de certaines conventions jointes en annexe. Pour la période comprise entre la date de signature et la date de prise d'effet de la cession, le cédant s'engage en outre souvent à ne pas conclure de conventions en dehors des opérations courantes. En fonction des termes de la clause de garantie, le débiteur de garantie pourra justifier de ce caractère courant soit par référence à la pratique habituelle au sein de la société cédée, soit par référence à la pratique habituelle dans le secteur d'activité de ladite société. La référence, dans la clause, à la pratique habituelle dans ce secteur d'activité sera plus favorable au cessionnaire qui ignorera généralement les pratiques antérieures de la société avant la cession, mais connaîtra mieux les us et coutumes du secteur d'activité dont il pourra plus facilement démontrer la méconnaissance par la société cédée afin d'obtenir réparation.

**3. Des usages portent sur les modalités de la garantie.** Les tribunaux observent régulièrement la solidarité existant entre les débiteurs de garantie 12. Il s'agirait même d'un usage contra legem dans la mesure où il déroge aux dispositions de l'article 1202 du Code civil 13. On précisera qu'il s'agit d'un usage qui est davantage relatif aux cessions de contrôle de sociétés commerciales qu'aux garanties de passif. Ainsi, il ne devrait pas y avoir d'engagement solidaire de la part des débiteurs d'une garantie de passif souscrite par des co-cédants de parts d'une société civile en l'absence de clause à cet effet. Par ailleurs, la cour de Paris a reconnu le caractère usuel de certaines stipulations de la garantie. Elle a ainsi jugé qu'un éventuel plafond de garantie aurait été limité à 50 % du prix de cession 14.

## II. L'INVOCATION D'USAGES RELATIFS AUX GARANTIES DE PASSIF

Comme le bon père de famille ou la bonne foi, les usages sont souvent perçus comme des références floues permettant d'habiller des positions juridiquement mal assurées. Ce point de vue est regrettable. Si les usages sont des instruments très plastiques, des travaux récents, tels que l'excellent ouvrage de notre collègue Pascale Deumier, permettent en effet de sécuriser le recours à ces instruments 15.

L'invocation rigoureuse d'un usage suppose de prêter particulièrement attention à trois points.

**1.** Il convient d'abord de déterminer aussi précisément que possible le contenu du comportement que l'on souhaite ériger en usage. Il nous paraît ainsi difficile d'affirmer de façon générale que les conventions de garantie sont des usages en matière de cessions de droits sociaux. La variété des garanties empêche en effet de définir le comportement sous-jacent à l'usage. Ce flou fragilisera l'usage lorsqu'il s'agira de lui reconnaître un effet juridique. Il sera déjà plus rigoureux d'affirmer qu'il est d'usage de souscrire une convention de garantie prévoyant une indemnisation en cas de survenance d'un passif ayant une cause antérieure à la cession.

**2.** Celui qui invoque un usage doit, en outre, délimiter le champ d'application du comportement dont il invoque le caractère usuel. S'agissant du champ matériel, celui qui invoquera par exemple le caractère usuel d'une clause devra préalablement préciser le type d'opération dans lequel il se place. Une clause de garantie de passif est ainsi usuelle dans une cession de contrôle, mais ne l'est pas dans une cession minoritaire ou une augmentation de capital. Toujours dans le cadre de cette délimitation matérielle, la partie invoquant l'usage devra parfois préciser le secteur d'activité considéré. Dans le cadre d'une réclamation formée par un cessionnaire au titre d'une garantie d'actif et de passif à propos de la valorisation de stocks, la Cour de cassation s'est ainsi rangée derrière la référence aux principes de valorisation habituels dans le secteur de la viande 16. La cour d'appel de Paris a marqué le même souci de délimitation de ce champ d'application en jugeant « qu'il n'existe en matière de cession de cabinet d'expertise comptable aucun usage ou pratique habituelle imposant au cédant la garantie du passif et de l'actif ». Cette limitation des garanties de passif aux simples postes de passif a du sens en matière de cession de cabinets d'expertise comptable. On peut en effet supposer que les hommes du chiffre distinguent bien passif et actif.

S'agissant du champ territorial, la partie invoquant l'usage devra aussi préciser l'envergure de l'opération. Certains usages sont mieux établis dans la pratique interne qu'internationale. Une délimitation temporelle de l'usage sera aussi pertinente. Les usages fluctuent selon les époques, et un comportement généralisé dans le passé ne le sera plus nécessairement ultérieurement.

Ces délimitations permettent de mieux définir la norme et d'en accuser l'autorité. Plus techniquement, elles rendent les usages invoqués plus spéciaux, ce qui permettra de les faire prévaloir sur d'autres usages plus généraux 17.

3. Il convient enfin de démontrer la généralité de la pratique invoquée dans le champ d'application préalablement délimité. À cet égard, la publication régulière d'études en la matière facilite la démonstration de cette généralité. On pourra ainsi invoquer avec profit les relevés statistiques des clauses les plus fréquemment stipulées dans le secteur juridique des acquisitions. Ces relevés permettent d'établir, par clause et par pays, la généralité de certains comportements de nature à leur conférer la nature d'usages. À titre d'illustration, une étude récente montre qu'« en 2011, 62 % des opérations de fusions et acquisitions contenaient dans les contrats de cession un montant minimal (de minimis) pour qu'un dommage individuel soit susceptible d'être pris en compte pour le calcul du préjudice indemnisable par le cessionnaire, contre 54 % sur la période 2007-2010 » 18. Plus promotionnellement, on pourra aussi consulter la Bibliothèque des usages librement accessible 19 et référencée sur le site Legifrance.

(1) Le premier usage en notre matière est malheureux. Il consiste à employer la formule « garantie de passif » pour désigner des garanties qui ne portent pas toujours sur des postes de passif.

(2) CA Paris, pôle 2, ch. 1, 1er févr. 2011, no 09/21974, Jacques V. c/ Sté Covea Risks.

(3) Cass. 1re civ., 31 oct. 2012, no 11-15529.

(4) Dès 1986, Bruno Oppetit observait que « l'ascension à la vie juridique de pratiques souvent mal définies correspond à une tendance des systèmes juridiques contemporains vers une normativité relative » in B. Oppetit, « Sur la coutume en droit privé » : Droits no 3, 1986, p. 39.

(5) Pour une invocation de cette règle dans le secteur du capital-risque : CA Versailles, 30 juin 2011, no 10/06302 : JCP E 2011, 1877, note P. Mousseron.

(6) CA Paris, 18 oct. 2012, no 11/13255, Clinique de la Dhuys.

(7) B. Dondero, « La présomption de solidarité en matière commerciale : une rigueur à modérer » : D. 2009, p.1097.

(8) CA Paris, pôle 2, ch. 1, 1er févr. 2011, no 09/21974, préc. ; dans le même sens, CA Paris, pôle 2, ch. 1, 24 janv. 2012, no 10/13165, Jean-Pierre X c/ Sté Covea Risks.

(9) Cass. com., 6 mars 2007, no 06-10889.

(10) Cass. com., 30 mai 2012, no 11-17858.

(11) CA Paris, 13 déc. 2011, no 10/20985 : Dr. sociétés mai 2012, no 81, note D. Gallois-Cochet.

(12) Cass. com., 28 avr. 1987 : Rev. sociétés 1987, p. 391, note J.-C. Bousquet.

(13) L'article 1202 du Code civil énonce : « La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi ».

(14) CA Paris, pôle 2, ch. 1, 1er févr. 2011, no 09/21974, préc.

(15) P. Deumier, Le droit spontané, *Économica*, 2002.

(16) Cass. com., 7 avr. 2009, no 08-13881.

(17) A. Brès, « Le renouveau dans l'application des usages : les conflits d'usages » : Journ. sociétés nov. 2011, p. 25.

(18) J. Isnard, « Les enseignements de l'année 2011 sur la pratique du M&A » : Option Finance 9 juill. 2012, p. 3.

(19) [www.bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com](http://www.bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com)