



UGGC AVOCATS



Acquisitions et cessions : comment maîtriser la négociation de vos garanties d'actif et de passif ?

Formation LexisNexis Maroc du 17 mars 2021



Introduction (1/3)

Des considérations et des problématiques différentes pour les différents acteurs d'une opération d'acquisition ou de cession d'une entreprise :

- Pour le vendeur :
 - sécuriser la procédure d'acquisition ;
 - valoriser de manière maximale la société cible ; et
 - limiter le périmètre et la durée des garanties qu'il serait amené à devoir consentir dans le cadre de la cession.
- Pour l'acquéreur potentiel :
 - de disposer d'une visibilité la plus précise possible sur le patrimoine et la situation financière de la société; et
 - l'obtention de garanties satisfaisantes sur le patrimoine et l'activité de la société cible.



Introduction (2/3)

La **convention de garantie d'actif et de passif** constitue un moyen de sécuriser l'opération juridique de cession ou d'acquisition d'une entreprise.

Définition : *la convention d'actif et de passif a pour objet de prévoir l'étendue et les modalités de l'engagement de garantie du cédant au profit du cessionnaire (et/ou la de société cible) et qui porte sur la consistance du patrimoine (actif et passif) de la société cible à la date de cession.*

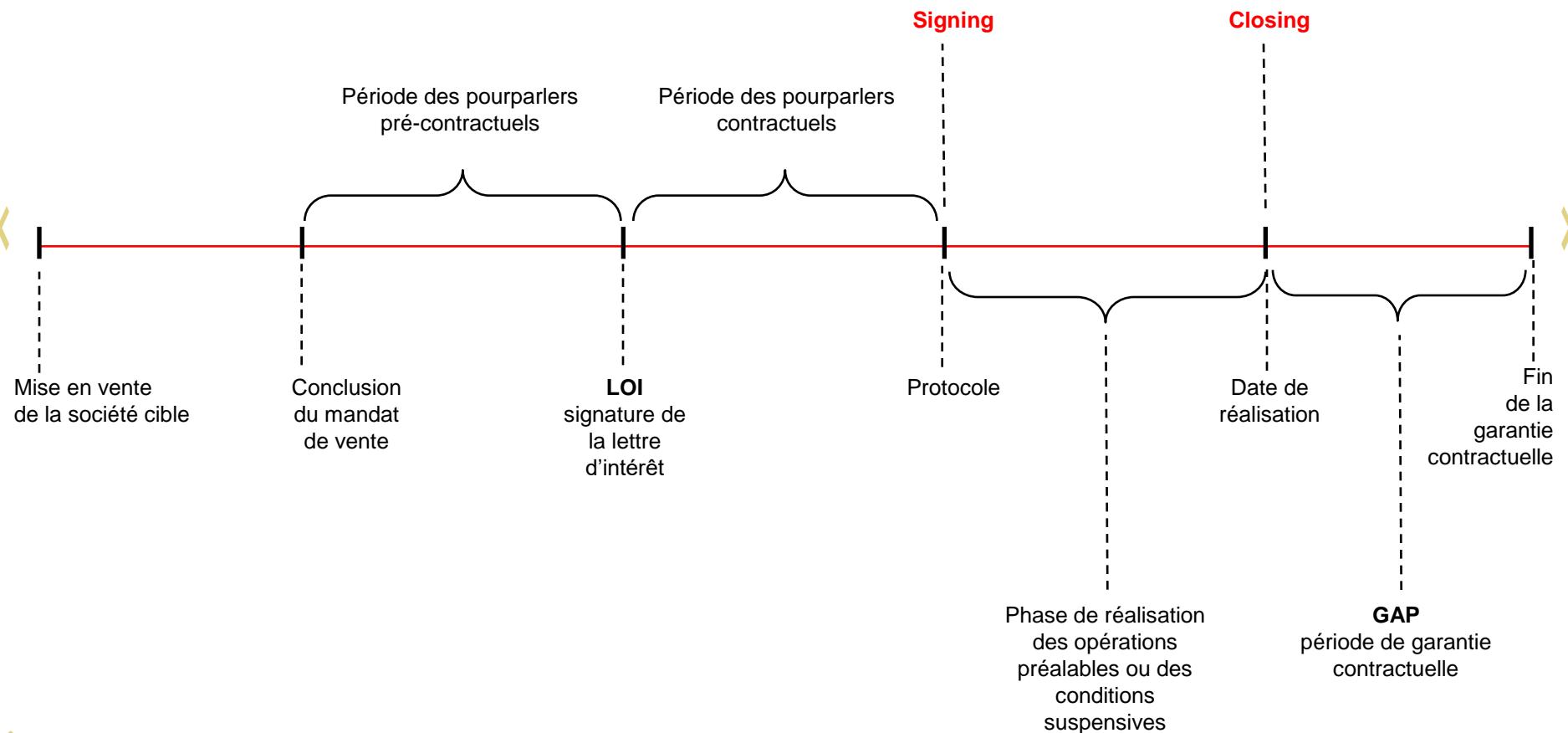
Au regard des enjeux importants qu'elle implique pour chacune des parties, la garantie d'actif et de passif est **l'un des sujets principaux de négociation et de discussion** lors de toute procédure d'acquisition ou de cession d'une société.





Introduction (3/3)

Etapes du déroulement d'une procédure d'acquisition ou de cession





Sommaire

Introduction

I. Les garanties légales

II. Les garanties conventionnelles

III. Les déclarations du garant

IV. Les sanctions en cas de déclarations inexactes

V. La mise en œuvre de la garantie

VI. Contacts



I. Les garanties légales (1/6)

En l'absence ou en complément de la garantie d'actif et de passif, le droit positif marocain prévoit plusieurs mécanismes de garanties de droit commun qui pourraient théoriquement permettre de réparer le préjudice subi par un cessionnaire dans le cadre d'une opération d'acquisition d'une société, principalement :

- **la garantie pour cause d'éviction, et**
- **la garantie pour les vices rédhibitoires.**



I. Les garanties légales (2/6)

LA GARANTIE POUR CAUSE D'EVICTION (1/2)

L'éviction est définie par l'article 533 du Dahir des Obligations et des Contrats (D.O.C.) comme :

« L'obligation (...) pour le vendeur de s'abstenir de tout acte ou réclamation qui tendrait à inquiéter l'acheteur ou à le priver des avantages sur lesquels il avait droit de compter, d'après la destination de la chose vendue et l'état dans lequel elle se trouvait au moment de la vente. »

L'éviction peut provenir du vendeur lui-même ou d'un tiers, mais dans tous les cas **c'est le vendeur qui doit la garantie**. Il y a notamment éviction (article 534 du D.O.C.) :

- lorsque l'acquéreur est privé en tout ou partie de la possession de la chose,
- lorsqu'il ne réussit pas à en obtenir la possession contre un tiers détenteur,
- lorsqu'il est obligé de faire un sacrifice pour la délivrer.

Conformément à l'article 537 du D.O.C., l'acheteur actionné à raison de la chose vendue est tenu de **dénoncer la demande en éviction à son vendeur**. Si l'acheteur préfère se défendre directement à l'action sans en informer le vendeur, il perd tout recours contre ce dernier (sous réserve des dispositions de l'article 548 du D.O.C. en l'absence du vendeur).

Les parties peuvent contractuellement décider d'écartier l'application de la garantie pour cause d'éviction dans certaines limites (article 544 du D.O.C.).



I. Les garanties légales (3/6)

LA GARANTIE POUR CAUSE D'EVICTION (2/2)

Sur la base de principes similaires, la jurisprudence française a appliqué cette garantie en matière de cession de droits sociaux principalement dans l'hypothèse d'un rétablissement du céder de nature à empêcher les acquéreurs de poursuivre l'activité économique de la société et de réaliser l'objet social de cette dernière.

La jurisprudence marocaine est toutefois plus restrictive et réserve principalement à ce jour l'application de la garantie pour cause d'éviction aux cessions d'immeubles et/ou de fonds de commerce.

Il a ainsi été jugé en matière de cession de fonds de commerce que, **même en l'absence d'une clause spéciale et en vertu des dispositions des articles 998 et 532 du D.O.C.**, l'apporteur d'un fonds de commerce, comprenant tous ses éléments corporels et incorporels, est tenu à garantie envers le bénéficiaire de l'apport et **doit par la suite s'interdire de se livrer à un commerce semblable dans des conditions de nature à porter préjudice au cessionnaire** de son ancien établissement. Ce dernier est fondé à demander la suppression du fonds de commerce concurrent, avec dommages et intérêts à son profit. (*Trib. 1^{ère} inst. Casablanca, 30-IV-1936, G.T.M., 1936, n°688, p.204*),



I. Les garanties légales (4/6)

LA GARANTIE POUR LES VICES RÉDHIBITOIRES (OU DES DÉFAUTS DE LA CHOSE VENDUE) (1/2)

La garantie des défauts de la chose vendue est régie par les articles 549 à 575 du D.O.C.

L'article 549 prévoit que :

« le vendeur garantit les vices de la chose qui en diminuent sensiblement la valeur, ou la rendent impropre à l'usage auquel elle est destinée d'après sa nature ou d'après le contrat. »

Concernant l'exercice de cette garantie dans le cadre d'une opération d'acquisition d'une société, le vice peut théoriquement porter :

- soit sur la **fonction de la chose**, les droits sociaux sont alors inadaptés soit au but que leur destinait l'acheteur soit à leur utilisation ordinaire.
- soit sur la **valeur de la chose**, lorsque le vice entraîne une diminution sensible de la valeur des droits sociaux.



I. Les garanties légales (5/6)

LA GARANTIE POUR LES VICES RÉDhibITOIRES (OU DES DÉFAUTS DE LA CHOSE VENDUE) (2/2)

Conditions de mise en œuvre de la garantie des défauts de la chose vendue dans le cadre d'une opération d'acquisition d'une société :

1. L'acheteur doit agir dans un bref délai et notifier le vendeur de tout défaut dont celui-ci doit répondre, dans les sept jours qui suivent la réception (article 553 du D.O.C.).
2. L'action en garantie intentée par l'acheteur doit intervenir dans les 30 jours après la délivrance, pourvu que la chose ait été notifiée au vendeur dans les délais impartis (article 573 du D.O.C.).
3. Les dispositions du D.O.C. relatives à la garantie des défauts de la chose vendue restent toutefois peu adaptées en matière de cession de droits sociaux (l'obligation de procéder à un examen de l'état de la chose vendue lors de sa délivrance notamment) ce qui explique l'absence de jurisprudence marocaine identifiée relative à la mise en œuvre d'une telle garantie dans le cadre d'opérations d'acquisition de droits sociaux.





I. Les garanties légales (6/6)

LES VICES DU CONSENTEMENT

Aux termes de l'article 39 du D.O.C. :

« Est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol. Ou extorqué par violence »

Dans le cadre des opérations de cession de droits sociaux, les vices du consentement se limitent théoriquement à l'erreur et au dol à l'exclusion de la violence.

Toutefois, la jurisprudence applicable en droit marocain ayant conduit à la remise en cause de cessions de droits sociaux sur l'un de ces fondements (erreur ou dol) est rare voire inexistante.

On pourrait néanmoins concevoir par exemple qu'en présence d'un bilan falsifié ou tronqué et de dettes importantes uniquement connues par le cédant, une nullité de la cession puisse être demandée par le cessionnaire sur le fondement du dol.



II. Les garanties conventionnelles (1/4)

Pourquoi une garantie conventionnelle ?

- ✓ Limiter les risques inhérents à toute reprise d'entreprise.
- ✓ Rééquilibrer financièrement l'opération au profit de l'acheteur.
- ✓ Instrument de protection du vendeur.

Où figurent ces déclarations et garanties ?

Elles peuvent figurer soit au sein du protocole d'accord lui-même, soit faire l'objet d'un acte séparé.

Quelle forme pour la convention de garantie ?

La convention doit être **expresse**, elle ne peut être implicite.





II. Les garanties conventionnelles (2/4)

Trois types de garantie conventionnelle

La garantie d'actif et de passif (GAP)	La garantie de passif	La garantie d'actif
<p>La garantie d'actif et de passif permet de gérer contractuellement les risques relatifs à l'opération de cession.</p> <p>Le garant – le plus souvent le cédant - prend à sa charge :</p> <ul style="list-style-type: none">- tout supplément de passif ; et- toute diminution d'actif, ayant une cause antérieure à la conclusion de la garantie.	<p>Le garant prend à sa charge tout supplément de passif ayant une cause antérieure à la conclusion de la garantie et le cessionnaire est ainsi prémunie contre tout passif non déclaré de la société cible.</p> <p>Le garant s'engage ainsi à régler personnellement certaines dettes de la société, qui existaient déjà, au moment de la cession, mais dont la révélation interviendrait postérieurement.</p>	<p>Le garant s'engage sur la consistance et la valeur des actifs de la société cible. Elle prévient ainsi le cessionnaire contre une insuffisance d'actif net de la société cible.</p> <p>Elle peut prévoir ainsi que l'actif net à la date de cession sera au moins égal à un montant nominal déterminé ou que cet actif net sera au moins égal à celui figurant au dernier bilan précédent la cession.</p>



II. Les garanties conventionnelles (3/4)

Dans le cadre de la préparation de la garantie d'actif et de passif se déroule une première phase de **négociation de la garantie**.

La préparation de la garantie requiert alors **une bonne connaissance** :

- **de la société cible**, et
- **des risques** affectant cette dernière et son activité.

Le principe de la garantie d'actif et de passif peut être prévu **au stade de la négociation de la lettre d'intérêt** qui prévoit usuellement que l'accord de principe sur les conditions de réalisation de l'opération est réalisée sous réserve d'un accord des parties sur les termes de la documentation juridique.

La lettre d'intérêt permet :

- de fixer le principe de la GAP ;
- d'en définir les contours (plafond, nature de la garantie, caractère exonératoire des audits).



II. Les garanties conventionnelles (4/4)

Pour permettre de circonscrire et de rédiger avec une plus grande efficacité la GAP, il est conseillé de réaliser des **audits préalables** qui permettent :

- ✓ d'analyser les risques affectant la société cible et son activité ;
- ✓ de déterminer le niveau de garanties nécessaires ;
- ✓ de hiérarchiser les risques et renforcer la garantie sur les risques les plus élevés.

Ces audits préalables connaissant néanmoins certaines **limites** :

- ✓ L'accès limité à certaines informations confidentielles malgré la conclusion d'un accord de confidentialité : informations relatives au savoir faire et aux technologies de la société cible, aux clients de la société cible...
- ✓ Un audit ne permet d'auditer que ce qui a été révélé et pas ce qui a été caché.
- ✓ Un instrument de limitation de la GAP pour les vendeurs.



III. Les déclarations de la GAP (1/10)

Les déclarations de la garantie d'actif et de passif ont :

1. Des objectifs :

- ✓ décrire avec précision **la situation active et passive** de la société cible ;
- ✓ **formaliser l'acceptation d'un risque** par le bénéficiaire de la garantie ;
- ✓ couvrir les éléments qui n'ont pas été vérifiés lors de l'audit préalable ;

Si une déclaration est inexacte ou incomplète, une indemnisation peut être exigée en dehors de toute diminution d'actif net.

2. Des finalités :

- ✓ La régularité de la constitution de la société et de ses filiales ;
- ✓ Le respect des dispositions législatives et réglementaires applicables aux activités de la société et de ses filiales (obtention des autorisations nécessaires...) ;
- ✓ Le respect de la réglementation sociale et fiscale ;
- ✓ Le respect des obligations en matière d'environnement ou d'urbanisme ; et
- ✓ Le respect des obligations en matière de droit de la concurrence,



III. Les déclarations de la GAP (2/10)

Les déclarations de la GAP s'intéressent principalement aux :

1. DÉCLARATIONS RELATIVES À LA SOCIÉTÉ

- ✓ La régularité de la constitution de la société et de ses filiales ;
- ✓ La répartition du capital et des droits de vote ;
- ✓ La nature des valeurs mobilières émises ;
- ✓ Les situations de démembrement de propriété ;
- ✓ L'absence de soumission de la société et des filiales à l'ouverture d'une procédure collective.

2. DÉCLARATIONS RELATIVES AUX ACTIONS CÉDÉES

- ✓ La régularité des registres de mouvements de titres ;
- ✓ L'existence de pactes d'actionnaires ou autres accords extrastatutaires étendant ou restreignant les stipulations des statuts de la société et des filiales ;
- ✓ La régularité de la retranscription des opérations portant sur les droits sociaux représentatifs du capital de la société et des filiales dans les documents sociaux ainsi que la bonne réalisation des formalités nécessaires conformément à la réglementation applicable.



III. Les déclarations de la GAP (3/10)

3. DÉCLARATIONS RELATIVES À L'ACTIF DE LA SOCIÉTÉ :

Il faut s'assurer de l'**existence et de la libre jouissance des actifs dont la société est propriétaire**. Sont visées à ce titre :

- ✓ Les **immobilisations corporelles** parmi lesquelles :
 - les biens immobiliers,
 - les crédits baux,
 - les installations techniques,
 - le matériel et outillage.
- ✓ Les **immobilisations incorporelles** parmi lesquelles :
 - les droits de propriété intellectuelle.
- ✓ Les **immobilisations financières** parmi lesquelles :
 - la nature des droits sociaux détenus par les filiales,
 - la situation financière des filiales,
 - les nantissements ou engagements particuliers sur les titres.
- ✓ Les **stocks**.



III. Les déclarations de la GAP (4/10)

Dans le cadre des déclarations sur les actifs de la société, les déclarations sur les stocks et les créances ainsi que les biens immobiliers obéissent à des **impératifs particuliers** :

- ✓ Concernant les **stocks** : les stocks des sociétés sont loyaux et marchands et peuvent être vendus en l'état ou être préalablement transformés, compte tenu des spécificités de la profession ; ils ont été comptabilisés dans les comptes, net de provision s'il y a lieu, selon les mêmes méthodes que pour les exercices précédents.

- ✓ Concernant les **créances** : les créances, factures à établir et autres actifs monétaires figurant dans les comptes ont bien une valeur au moins égale à celle pour laquelle ils sont comptabilisés, net de provision s'il y a lieu.

- ✓ Concernant les **biens immobiliers** :
 - Propriété légitime des immeubles qui figurent à l'actif des comptes, lesquels ne font l'objet d'aucun privilège, hypothèque, autre sûreté ni restriction quelconque, autres que ceux qui auraient pu être donnés aux établissements financiers pour garantir le financement desdits immeubles ou garantir les autres engagements financiers des sociétés et,
 - la construction, l'entretien et les réparations de chacun des immeubles ont été conformes aux lois et règlements applicables.



III. Les déclarations de la GAP (5/10)

4. DÉCLARATIONS RELATIVES AU RESPECT DES RÉGLEMENTATIONS :

Ces déclarations ont pour objet de garantir que **les sociétés ont toujours respecté et respectent les dispositions légales et réglementaires nationales et communautaires en vigueur** en matière de transport, de pollution, d'hygiène et d'environnement.

5. DÉCLARATIONS RELATIVES AU RESPECT DES PERMIS :

Ces déclarations ont pour objet de garantir que **les sociétés bénéficient et ont toujours bénéficié des autorisations de toute nature nécessaires pour exercer leurs activités** et :

- ✓ que ces autorisations sont en cours de validité et ne peuvent plus faire l'objet de recours de la part de tiers ;
- ✓ qu'il n'existe aucune procédure ou menace visant au retrait, à la suspension ou à la modification des autorisations ;
- ✓ que toutes les demandes de délivrance ou de renouvellement ont été faites dans les délais et dans les formes requises ;
- ✓ que la cession des actions cédées ne pourra pas avoir pour effet la résiliation, la modification, le refus de renouvellement à l'identique d'une ou plusieurs autorisations.





III. Les déclarations de la GAP (6/10)

6. DÉCLARATIONS RELATIVES AU PASSIF DE LA SOCIÉTÉ

Par ces déclarations, sont notamment visés :

- ✓ les dettes,
- ✓ la nature et le montant des provisions comptabilisées,
- ✓ les engagements donnés aux dirigeants, associés ou tiers,
- ✓ les obligations en matière sociale et fiscales.

Ainsi **en droit fiscal**, les déclarations ont pour objet de garantir le dépôt aux dates prescrites et dans les formes nécessaires des déclarations fiscales, para fiscales, sociales et douanières.

Concernant **l'acquittement de toutes les obligations envers les tiers**, les déclarations ont pour objet de garantir que la société s'est toujours acquittée dans les formes et les délais prescrits de ses obligations envers les tiers et en particulier n'est ni en retard ni en défaut dans la déclaration et/ou le règlement d'aucune somme due, notamment aux employés, aux fournisseurs, aux établissements de crédit, aux administrations fiscales et sociales, aux institutions d'assurances, de prévoyance ou de retraite.





III. Les déclarations de la GAP (7/10)

Concernant **le droit social**, devront être annexés à la convention de garantie :

- ✓ la liste des salariés transférés,
- ✓ les conventions collectives, accords collectifs, accords d'entreprise, les règlements intérieurs, les accords de salaires différés, les engagements de retraites, de prévoyance ou de mutuelles autres qu'obligatoires,
- ✓ les accords d'intéressement ou de participation.

Concernant **les litiges**, les déclarations doivent garantir qu'il n'existe aucune action susceptible d'être engagée contre la société pour des faits antérieurs, que la société n'est partie à aucune instance devant quelque juridiction, tribunal, arbitre, médiateur que ce soit, qui soit susceptible de faire naître à leur charge des obligations ou des dettes, non comptabilisées ni provisionnées ou insuffisamment provisionnées dans les comptes.





III. Les déclarations de la GAP (8/10)

7. DÉCLARATIONS RELATIVES AU CONTRATS SIGNIFICATIFS DE LA SOCIÉTÉ

Ces déclarations ont pour objet de garantir :

- ✓ qu'il n'existe, en dehors de certains contrats énumérés, aucun contrat significatif souscrit ou conclu par les sociétés en dehors de ceux afférents à leur exploitation normale et conclus à des conditions usuelles,
- ✓ que ces contrats significatifs sont résiliables par elles sans indemnité (à l'exception des indemnités de licenciement prévues par la loi ou la convention collective) et avec un préavis qui n'excède pas six (6) mois.

8. DÉCLARATIONS RELATIVES AUX ASSURANCES

Ces déclarations ont pour objet de garantir :

- ✓ que les sociétés sont suffisamment et valablement assurées auprès d'assureurs solvables contre les risques qu'il est d'usage de garantir,
- ✓ qu'elles n'ont réalisé aucune activité qui soit en dehors des activités garanties par ces polices,
- ✓ que ces polices d'assurances sont toujours en vigueur,
- ✓ que les primes en ont été régulièrement payées à leur échéance,
- ✓ que les sociétés ont respecté les obligations, déclaratives ou autres, mises à leur charge par lesdites polices ou nécessaires à leur conclusion ou leur maintien en vigueur,
- ✓ qu'il n'existe à ce jour aucune cause de refus de couverture par les assureurs, au titre des risques assurés.



III. Les déclarations de la GAP (9/10)

9. DÉCLARATIONS RELATIVES AUX COMPTES

Ces déclarations servent à garantir que :

- ✓ les comptes donnent une image sincère, régulière et fidèle des sociétés, de leurs activités et de leur patrimoine ;
- ✓ qu'ils sont exacts en tous points et pour tous les postes comptables ;
- ✓ qu'ils ont été établis conformément aux principes et méthodes comptables régulièrement en vigueur pour leur secteur d'activité ;
- ✓ qu'il n'y a pas eu de changement de méthode par rapport aux comptes de l'exercice précédent ;
- ✓ qu'ils reflètent bien l'intégralité de la situation tant active que passive des sociétés.

Il est nécessaire de **prêter attention à la période entre la clôture des comptes et la cession**, durant celle-ci les sociétés doivent avoir été gérées avec prudence et diligence selon les mêmes principes et le même esprit que par le passé. Il faut s'assurer qu'il n'est survenu aucun fait ou événement, autres que ceux usuels dans la profession, qui aurait affecté défavorablement les affaires, le patrimoine et la situation des sociétés.





III. Les déclarations de la GAP (10/10)

Les déclarations de la GAP sont l'objet d'après négociations entre les parties et le vendeur et l'acquéreur chercheront chacun un équilibre qui leur est favorable, notamment sur les sujets suivants :

- ✓ Lien entre violation d'une déclaration et mise en jeu de celle-ci,
- ✓ Application cumulative des garanties légales et contractuelles,
- ✓ Existence d'une déclaration de sincérité de l'acquéreur,
- ✓ Garantie de sincérité ou d'exactitude de la part du vendeur,
- ✓ Caractère exonératoire de la data room consultée par l'acquéreur,
- ✓ Portée des exceptions à la garantie (générale ou spécifique),
- ✓ Possibilité de mettre à jour les annexes entre *signing* et *closing*,
- ✓ Existence de déclarations générales de conformité à la loi.





IV. Les sanctions en cas de déclarations inexactes (1/7)

Une déclaration inexacte ou incomplète peut donner lieu, en principe, à un dédommagement en dehors de toute diminution d'actif net ou augmentation du passif.

L'indemnisation du préjudice en cas de fausse déclaration ou de déclaration inexacte est différente **selon l'ampleur de la garantie**.

En effet, il existe deux formes de garanties :

la garantie de sincérité & la garantie d'exactitude.

La différence principale entre ces deux formes de garantie réside dans le renforcement de la charge de la preuve.





IV. Les sanctions en cas de déclarations inexactes (2/7)

1. GARANTIE DE SINCERITE

La garantie de sincérité est souscrite « *à la meilleure connaissance du garant* ».

Le bénéficiaire doit non seulement rapporter la démonstration de l'existence d'un évènement permettant la mise en œuvre des garanties, mais également du fait que l'évènement était connu du garant ou qu'il constituait un évènement qui devait être connu de tout mandataire social diligent,

2. GARANTIE D'EXACTITUDE

La garantie d'exactitude sera délivrée **même en l'absence de connaissance par le garant de l'évènement en cause**. Ainsi, l'ensemble des risques, même connus par les parties, peut être compris dans le périmètre de garantie.

L'indemnité est alors due en raison de la **simple démonstration de l'existence d'une différence entre l'objet garanti et la situation réelle de ce dernier**.





IV. Les sanctions en cas de déclarations inexactes (3/7)

Les garantie de reconstitution de patrimoine et garantie dite « de réduction ou de révision du prix »

Les clauses des garanties de passif et/ou d'actif peuvent être scindées en deux groupes principaux :

(i) Les clauses de garantie dites de réduction de prix.

Aux termes des clauses de garantie de révision de prix (ou « garantie de valeur »), le cédant s'engage à verser aux cessionnaires des indemnités compensatrices des dommages résultant de la **moins value subie par les titres cédés**.

Attention : les sommes dues par les cédants **ne peuvent entraîner une restitution supérieure au prix de cession**, quelque soit l'importance du passif apparu postérieurement à la cession. Ainsi, les clauses prévoyant expressément que leur mise en œuvre à un effet direct sur le prix sont considérées comme des clauses de révision de prix.





IV. Les sanctions en cas de déclarations inexactes (4/7)

(ii) Les clauses de garantie de reconstitution de patrimoine

Aux termes des clauses de garantie de reconstitution de patrimoine, le **cédant s'engage à indemniser personnellement le bénéficiaire en cas d'apparition d'un passif imprévu ou d'une insuffisance d'actif.**

Conditions particulières :

- La société peut être bénéficiaire de l'indemnisation, même si elle n'est pas partie à la convention de garantie, alors même que cela contrevient au principe de l'effet relatif des conventions.
- Le plafonnement dans les garanties de reconstitution de patrimoine n'est pas limité au montant du prix, mais doit être expressément convenu entre les parties.

Le juge peut être saisi pour interpréter ces clauses lorsqu'elles sont obscures, et notamment en ce qui concerne les limites de l'indemnisation. Il est donc important d'apporter une vigilance toute particulière à leur rédaction.



IV. Les sanctions en cas de déclarations inexactes (5/7)

Les limitations de la garantie

Plusieurs **mécanismes de limitation de la garantie** sont possibles, le garant peut notamment choisir :

- ✓ d'exclure les faits révélés dans le cadre d'un éventuel audit préalable ;
- ✓ de prévoir l'exclusion des informations publiques ;
- ✓ de convenir que les informations contenues dans les annexes de la convention de garantie et/ou dans le protocole d'accord auront un caractère exonératoire.

Limitations de l'indemnisation

Le droit à indemnisation peut faire l'objet :

- ✓ d'un **seuil** qui consiste à ce que ce droit ne soit ouvert qu'après le franchissement d'un montant déterminé. Ce franchissement réalisé, la totalité du montant de l'indemnité est due.
- ✓ d'une **franchise**, à l'inverse, le droit à indemnisation existe ab initio mais ses effets sont anéantis jusqu'à hauteur d'une somme déterminée, toute somme n'étant due que pour la part dépassant le montant de la franchise.

Le critère principal de différenciation résidant dans le facteur déclenchant la somme visée, il convient d'être très attentif à ce point.

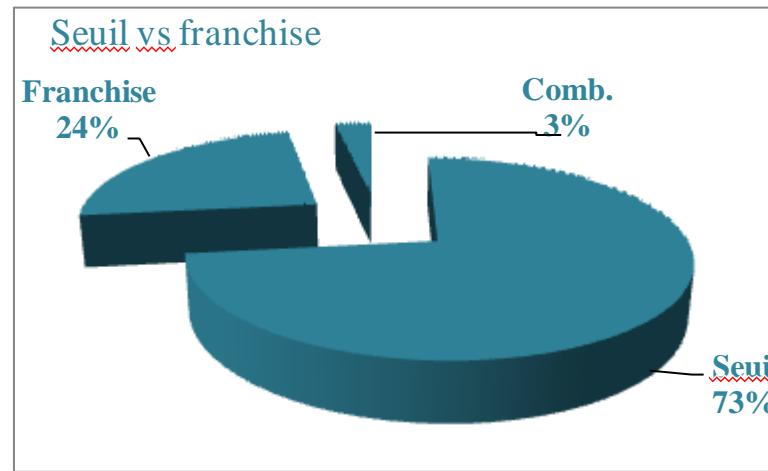




IV. Les sanctions en cas de déclarations inexactes (6/7)

Une autre limitation du droit à indemnisation peut également être **appliquée au montant individuel de chaque réclamation par l'insertion** dans la convention de garantie d'un seuil de déclenchement unitaire.

Il est nécessaire d'adapter la définition de l'évènement permettant la mise en œuvre de la garantie, car une cause commune pourrait donner lieu à de multiples évènements dont le traitement individualisé emporterait leur exclusion globale.



Pour résumer : Le seuil, s'il est stipulé pour un montant élevé au regard du prix de cession, est souvent expliqué par la volonté des parties d'exclure toute mise en œuvre de la convention de garantie, à l'exception des faits d'une importance telle qu'ils modifient profondément les données économiques de l'opération.

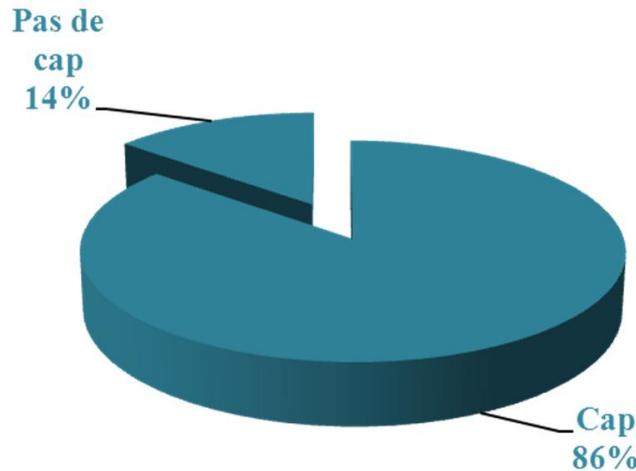
Sources: American bar Association

IV. Les sanctions en cas de déclarations inexactes (7/7)

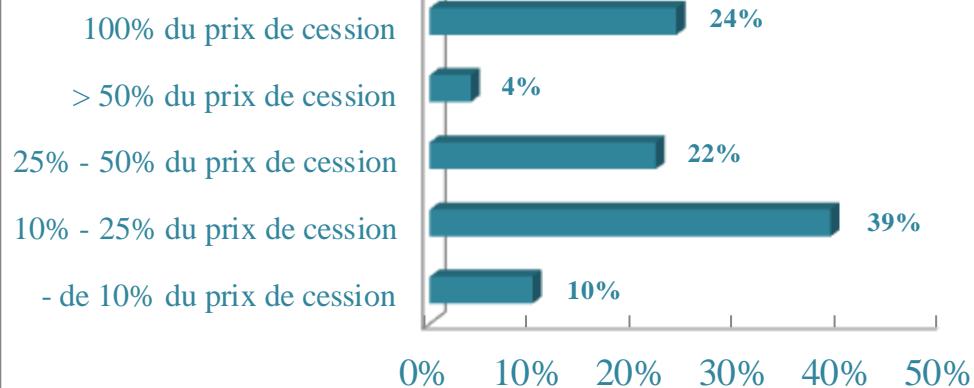
La limitation de l'indemnisation peut aussi passer par l'instauration d'un **plafond de l'indemnisation**.

Il convient de noter que ce plafond est « naturellement » présent au sein de la garantie est dite de « réduction de prix » : la limite de l'indemnisation réside alors dans le montant du prix. Ce plafond peut également faire l'objet d'une dégressivité.

Présence d'un plafond



Montant du plafond



Sources: American bar Association



V. La mise en œuvre de la garantie (1/8)

LES ACTEURS DE LA GARANTIE

➤ Qui est le garant ?

- ✓ le ou les cédants, notamment si ce dernier était également l'ancien dirigeant de la société cible ;
- ✓ l'ancien dirigeant (notamment en cas de montage où un dirigeant qui détenait l'ensemble des titres d'une société les transmet à des tiers) ; ou
- ✓ l'ancienne société mère de la société cible.

Il convient de noter qu'en cas de pluralité de garants, en l'absence de stipulation contraire, le caractère commercial entraîne leur solidarité.

➤ Qui est le bénéficiaire ?

- ✓ dans le cadre d'une clause dite de révision de prix : seul le cessionnaire est bénéficiaire ;
- ✓ dans le cadre d'une clause de reconstitution de patrimoine, la garantie peut, au contraire, également être souscrite au profit de la société cible elle-même, voire directement au profit des créanciers sociaux.



V. La mise en œuvre de la garantie (2/8)

LE MOMENT DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA GARANTIE

- Quel est l'**événement** à l'origine de cette mise en œuvre ?

Chaque indemnité due par le garant résulte de la constatation de la survenance d'un évènement dont l'origine est antérieure à la date d'effet de la cession et qui a un impact négatif sur la société cible.

- Quelle est la **date d'effet de la garantie** ?

Les parties optent traditionnellement pour une date d'effet de la convention de garantie qui correspond à la **date de réalisation de la cession**. Ainsi, toute la période antérieure à la cession est couverte par la garantie.

Attention : les garanties sont fréquemment établies sur la base des situations de référence qui sont antérieures à la date de réalisation de la cession. Ainsi, il existe une période intercalaire entre la date des comptes de référence et la date de cession qui doit être appréhendée par les parties.





V. La mise en œuvre de la garantie (3/8)

- Quel est le **fait générateur** ?

La date du fait générateur de l'évènement doit être **antérieure à la date convenue entre les parties comme étant la date d'effet de la convention de garantie.**

- Quel est le **fait révélateur** ?

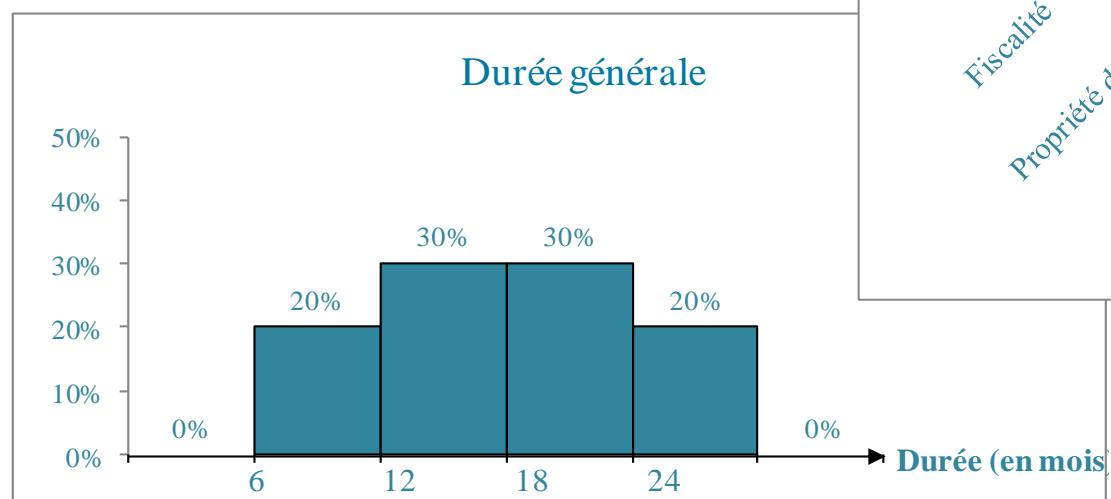
Le fait révélateur interviendra dans un certain délai après le *closing* mais **avant la date limite de prise en compte des Évènements** et devra faire l'objet d'une notification avant l'expiration des délais de vigueur de la GAP.

Cette date limite est généralement celle de la prescription des recours fiscaux, sociaux, environnementaux ou des recours relatifs à la violation des dispositions du droit de la concurrence.

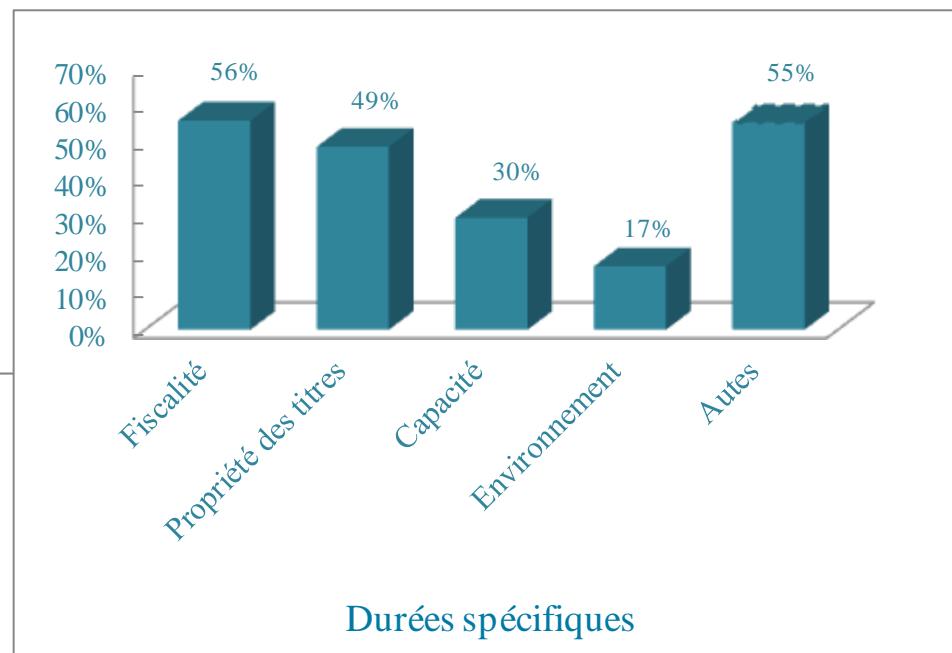
Toutefois, les parties pourront également prévoir des délais différents selon la nature du risque en soumettant la date limite de réclamations relatives à certains éléments à des prescriptions particulières, notamment en matière de litiges.



V. La mise en œuvre de la garantie (4/8)



Sources: American bar Association





V. La mise en œuvre de la garantie (5/8)

LES CONDITIONS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA GARANTIE

- Qu'est ce que **le préjudice** ?

Le préjudice doit être défini précisément par les parties. Il doit correspondre au **préjudice réellement subi par le bénéficiaire**.

- A quoi correspond **l'indemnisation** ?

L'indemnisation devra recouvrir **l'ensemble des conséquences pécuniaires** pour la société cible et le cessionnaire. En effet, l'indemnisation est généralement **équivalente à l'appauvrissement net**, c'est-à-dire aux conséquences financières défavorables de l'évènement concerné.

Il est nécessaire de prévoir une **clause concernant l'étendue des éléments** pris en compte pour le calcul de l'appauvrissement net, à savoir :

- ✓ Incidence sur les capitaux propres de la société cible et/ou sur la valorisation
- ✓ Prise en compte de l'ensemble des frais divers et accessoires



V. La mise en œuvre de la garantie (6/8)

➤ Quels sont les moyens de **limiter le montant de l'indemnisation** ?

Il existe différents moyens de limiter le montant de l'indemnisation, pour lesquels les intérêts du cédant et du cessionnaire sont strictement antinomiques, notamment par la prise en compte :

- ✓ **des sommes reçues des compagnies d'assurance**
- ✓ **du montant des provisions qui avaient été constituées**
- ✓ **des augmentations d'actif et/ou diminution de passif (compensation des excédents)**
- ✓ **de l'effet fiscal du préjudice qu'elle a pour objet de compenser**
- ✓ **de la fraction des titres cédés par rapport à la totalité du capital**

➤ Qu'en est-il de **l'information du garant** ?

Le garant doit être informé :

- ✓ des procédures opposant la société à un tiers pour lui permettre de participer à l'instruction et à la défense des réclamations ;
- ✓ sur l'évènement susceptible de déclencher la garantie et permettre ainsi au garant de chercher à gérer l'évènement en amont afin de limiter la perte garantie.



V. La mise en œuvre de la garantie (7/8)

En cas d'insolvabilité du garant, le bénéficiaire ne pourra recevoir directement de celui-ci l'indemnisation due au titre de la garantie. La pratique a imaginé plusieurs moyens pour se prémunir contre les risques de non paiement des indemnisations demandées par le bénéficiaire :

1. LE SÉQUESTRE CONVENTIONNEL :

Par le **dépôt de tout ou partie du prix des titres chez une tierce personne** chargée d'en assurer la conservation et de l'attribuer au cédant à une échéance convenue, après une éventuelle déduction des dettes de celui-ci au titre de la garantie.

En pratique, cette solution requiert :

- de s'entendre sur l'identité du tiers séquestre,
- que le séquestre accepte d'assumer la responsabilité et la garantie des fonds séquestrés, et
- de rémunérer le tiers séquestre, ce qui entraîne un coût supplémentaire pour les parties.

2. SÛRETÉS PERSONNELLES (le plus souvent émises par des établissements bancaires)

✓ Le cautionnement :

Le cautionnement a pour caractère essentiel d'être **fondamentalement accessoire à l'obligation qu'il garantit**. La dette de la caution n'est autre que celle du débiteur principal.

La caution appelée en paiement par le créancier peut lui opposer toutes les exceptions appartenant au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette.

Le cautionnement est toutefois une sûreté très efficace car elle permet au bénéficiaire de la garantie d'être payé en cas de mauvaise volonté ou d'insolvabilité du garant. Il est à cet égard préférable de stipuler, au sein de la caution bancaire, un engagement de solidarité.



V. La mise en œuvre de la garantie (8/8)

✓ La garantie à première demande :

La garantie à première demande est **complètement indépendante du contrat dont elle est destinée à garantir l'exécution**. L'obligation du garant n'est pas de payer la dette d'autrui mais constitue bien une obligation totalement nouvelle et personnelle au garant.

Le garant ne peut donc opposer au bénéficiaire aucune exception tirée du contrat principal (le contrat d'acquisition ou la garantie de passif), qu'il s'agisse de sa nullité, sa rupture, son inexécution ou son extinction.

Le garant peut toutefois s'opposer à une demande de mise en jeu de la garantie s'il estime que l'appel en garantie est manifestement frauduleux ou abusif.

3. LA COMPENSATION :

- ✓ Par exemple avec un crédit-vendeur ou une clause d'earn-out
- ✓ Les conditions nécessaires à la compensation (articles 357 et suivants du D.O.C.) : réciprocité des créances, liquidité et exigibilité
- ✓ Les limites posées par la réglementation des changes dans l'hypothèse d'un garant marocain et d'un bénéficiaire étranger

4. LES AUTRES MECANISMES ENVISAGEABLES (SÛRETES REELLES, POLICES D'ASSURANCE)



UGGC AVOCATS

VI. Contacts



Ali Bougrine

Avocat associé du bureau de Paris
et associé gérant du bureau de
Casablanca

E-mail : a.bougrine@uggc.com

Tel France : + 33 1 56 69 70 65

Tél Maroc : + 212 522 77 44 40



Fabien Gagnerot

Avocat Collaborateur Senior du
bureau de Paris et de Casablanca

E-mail : f.gagnerot@uggc.com

Tel: + 33 1 56 69 71 23

Bureau de Casablanca



Email : casablanca@uggc.com

Tel : + 212 5 22 99 7

Site : www.uggc.com

Fax : + 212 5 22 23 86 66

97, boulevard Massira Al Khadra
Casablanca
Maroc





UGGC AVOCATS