

De quelques points de vigilance à observer à propos des garanties de passif et plaider pour un régime légal de celles-ci

François Sauvageot
Avocat à la Cour

L'objet de cette étude est, dans un premier temps, de recenser, de distinguer et de qualifier les principaux mécanismes de garanties contractuelles rencontrées à l'occasion d'une cession de droits sociaux puis, dans un second temps, de tenter d'exposer leur régime et le droit positif en la matière concernant le plafonnement et la transmission de ces garanties. Les solutions retenues par la jurisprudence pourraient dès lors permettre d'esquisser un régime légal supplétif de celles-ci.

1. Les garanties de passif constituent actuellement l'un des enjeux majeurs de la pratique des fusions-acquisitions, en droit des affaires. Rares sont les cessions de droits sociaux qui ne contiennent pas un mécanisme contractuel de garantie, sous forme d'une simple clause ou d'une véritable convention annexée au contrat principal.

2. La garantie de passif *lato sensu* a pour objet de garantir la valeur actuelle de la société ou de ses titres par la garantie, la couverture et la prise en charge d'un passif social latent dont la révélation ou l'apparition est postérieure à la cession mais dont l'origine, la cause ou le fait générateur est antérieur à celle-ci¹, tandis que la clause de complément de prix (ou d'« *earn out* »), quant à elle, vise à garantir la valeur future de la société ou de ses titres à l'issue d'un certain laps de temps postérieurement à la vente et a pour objet de moduler le prix de cession en fonction des résultats futurs de la société².

3. La garantie de passif porte sur le passif social de la société et donc indirectement sur la valeur de celle-

ci et *in fine* sur la valeur et le prix de cession des titres tandis que la garantie de prix (ou de valeur) porte directement sur le prix de cession des titres.

4. Il est désormais admis par la jurisprudence et la doctrine que la garantie de passif bénéficie en principe toujours au cessionnaire en l'absence de stipulation pour autrui (laquelle doit être expressément stipulée) au profit de la société³, tandis que la garantie de prix ou de valeur bénéficie toujours au cessionnaire⁴. En toute hypothèse, la garantie de passif consentie au profit de la société bénéficiera *in fine* toujours, au moins, indirectement, à ses associés, ce qui tend à rapprocher les garanties de passif des garanties de valeur ou de prix. En outre, rien n'empêche ni n'interdit, par principe, de faire bénéficier un associé en particulier (par hypothèse le cessionnaire) de l'objet de la garantie de passif qui serait cette fois consentie non plus au profit de la société mais au profit d'un ou plusieurs associés en particulier nommément désignés, généralement le ou les cessionnaire(s). La doctrine parle plus volontiers dans ce cas de « garantie de valeur », pour mieux souligner la différence avec une garantie de passif bénéficiant

(1) B. Lecourt et T. Allain, Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux, Rép. Dalloz Sociétés, §1 ; P. Mousseron, *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, éd. Fiduciaires, 1992, n° 228, p. 149 s. ; N. Jullian, Le sort de la garantie de passif en cas de revente des droits sociaux par l'acquéreur, Dr. sociétés, n° 11, nov. 2018 ; N. Borga, De la distinction entre garantie de passif et garantie de prix, BJS 2009, n° 10, p. 929 ; H. Lécuyer, La garantie de révision de prix, Dr. et patr. 1^{er} nov. 2008, n° 175 ; G. Notté, Les clauses dites « de garanties de passif » dans les cessions de droit sociaux, JCP 1985. I. 3139 ; J.-J. Caussain et A. Viandier, Garantie légale ou garantie contractuelle : garantie de passif ou garantie de valeur ?, DPCI 1992, n° 1, p. 48, n° 13.

(2) F.-D. Poitral, Cessions d'entreprise : les conventions de *earn out*, JCP N n° 14, 9 avr. 1999, p. 594, spéc. § n° 82

(3) Com., 8 mars 2017, n° 15-19.174, Rev. sociétés 2018. 94, note M. Menjucq ; RTD com. 2017. 645, obs. J. Moury ; RJDA 6/17 n° 413 ; Com. 26 févr. 2013, n° 12-15.216 ; *Mémento Francis Lefevre Sociétés commerciales*, 2019, § 17871 ; J. Paillusseau, Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle, JCP N 2002. 1301 ; Th. Lambert, La société bénéficiaire de la garantie de passif, RJC 1999, p. 45-55, spéc. n°15 ; M. Caffin-Moi, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, Economica, thèse, § 550.

(4) Com., 18 déc. 2001, n° 98-17.320, RTD com. 2002. 492, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard ; Defrénois, 30 juin 2002 n° 12, p. 821, note H. Hovasse ; RJDA 4/02, n° 394 ; Paris 27 juin 1989, BJS 1989. 695 note M. Jeantin ; *Mémento Francis Lefevre Sociétés commerciales*, 2019, § 17863.

à la société par le biais d'une stipulation pour autrui⁵. Néanmoins, il s'agit dans les deux cas d'une authentique garantie de passif dont seule diffère l'identité du bénéficiaire.

5. La garantie de passif peut également s'imputer sur le prix de cession des titres, auquel cas on parlera plus volontiers de clause de révision de prix. Il semble également possible pour les parties de prévoir une compensation conventionnelle entre le paiement du prix et l'indemnité due au titre de la garantie de passif⁶.

6. Le prix de cession peut être ou non révisé, modulé ou ajusté en fonction de différents critères ou paramètres. La clause de complément de prix (ou clause d'« *earn out* ») a pour objet de réviser un prix de cession par hypothèse déjà fixé (la révision du prix de cession est l'objet de la garantie) en fonction d'éléments postérieurs à la cession (généralement les résultats futurs de la société), tandis que la clause de révision de prix a pour objet de réviser et donc de réduire ou, beaucoup plus rarement, d'augmenter un prix de cession en fonction d'éléments antérieurs à la cession, parmi lesquels peut notamment figurer l'apparition ou la révélation d'un passif social dont l'origine serait antérieure à la cession des titres.

7. La grande variété des stipulations contractuelles a inspiré, à la jurisprudence et à la doctrine, une classification dualiste fondée principalement sur deux critères que sont alternativement ou cumulativement l'objet et le bénéficiaire de la garantie. Ces deux critères, qui ne se recoupent pas toujours en doctrine et en jurisprudence, déterminent en grande partie la qualification et le régime de la garantie, notamment l'identité de son bénéficiaire, le plafonnement de son montant, son sort en cas de transmission des droits sociaux ou encore le régime fiscal et comptable qui lui est applicable. Force est toutefois de constater qu'en dépit de ces critères et des classifications élaborées par la doctrine puis reprises par la jurisprudence, les critères utilisés ne sont pas toujours identiques et la doctrine et la jurisprudence peinent à définir le régime de la garantie, et en particulier les règles applicables à sa transmission.

8. Les praticiens ne sont pas toujours plus avisés. Paradoxalement, tandis que les droits sociaux, qu'ils soient cessibles ou négociables, circulent souvent, trop rares sont les conventions de garantie de passif qui envisagent expressément la question de leur transmission, pour le jour où les droits sociaux circuleront. En effet, contrairement à l'objet et au bénéficiaire de la garantie, qui constituent l'essentiel du contenu de la garantie, la question de sa transmission n'est généralement pas anticipée par les parties.

9. Or, en l'absence de régime légal, c'est sans doute cette question de la transmission qui soulève le plus de difficultés en jurisprudence et en doctrine, qu'il s'agisse d'une transmission volontaire, souhaitée par les parties ou d'une transmission fortuite, résultant d'une opération juridique dont l'effet sur la garantie n'était pas nécessairement anticipée ni recherché par les parties. L'absence de règles claires est d'autant plus problématique que la jurisprudence semble particulièrement fluctuante et incertaine sur cette question.

10. Il est enfin permis de s'interroger sur les critères de distinction et sur l'opportunité même de maintenir cette distinction entre les garanties de passif (au moins celles bénéficiant directement au cessionnaire) et les garanties de prix (aussi appelées clauses de révision de prix). En effet, par-delà des différences théoriques de nature et de régime indéniables entre ces deux types de garantie, leur objet, leur finalité et leur objectif pratiques apparaissent largement identiques et communs à ces deux types de garantie.

11. En dépit de cette apparente unicité d'objet (de l'obligation) et de la cause subjective du contrat de garantie qui les unit et qui les rapproche en apparence, derrière un objet du contrat commun, une cause subjective identique et des effets similaires (I), les garanties de passif et de prix peuvent néanmoins se distinguer en premier lieu par l'objet de l'obligation de la garantie ainsi que par la cause objective du contrat de garantie puis, en second lieu, par le bénéficiaire de celles-ci (II). Ces garanties peuvent néanmoins être combinées entre elles et sont également susceptibles d'être plafonnées (III), cédées ou transmises (IV), ce qu'elles sont fréquemment en pratique.

I. Identité et unicité d'objet des garanties de passif et des garanties de prix ou de valeur

12. L'idée exprimée ici est relativement simple et peut être formulée de la manière suivante : si le prix de cession des droits sociaux est censé refléter la valeur des titres et de la société, garantir le prix revient finalement

à garantir la valeur des titres cédés ainsi que celle de la société et, réciproquement, garantir la valeur de la société ou celle de ses titres revient, implicitement mais nécessairement, à garantir son prix et implique la garantie de celui-ci. On le voit, l'objet et le but de ces deux garanties est donc sensiblement identique et leur finalité est la même⁷.

(5) En ce sens : J. Paillusseau, Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle, JCP E n° 8, 2002, n° 367 ; Paris, 25° ch., sect. A, 12 oct. 2001, BJS 2002, n° 3, p. 344 ; Com. 26 févr. 2013, n° 12-15.216, préc. ; Paris, 25° ch. A, 16 mars 2001, n° 98/14679, RJDA 11/01, n° 1113 ; Com. 28 sept. 2004, n° 00-22.872 ; Paris, 3° ch. B, 14 mai 2009 n° 08/8152, RJDA 12/09, n° 1093.

(6) F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 1991, n° 135, p. 113 ; M. Thierry Lambert, L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, Rev. sociétés 1993. 11, §23 ; P. Mousseron et C. Guichard, BJS 2019. 18, §1 ; C. Hausmann et P. Torre, JCP E, n°

27, 7 juill. 1994, 372 ; MM. Delsol et Vermont, Droit des sociétés, n° 12, déc. 2013, étude 23.

(7) V. égal. en sens N. Borga, De la distinction entre garantie de passif et garantie de prix, BJS 2009, n° 1°, p. 929.

13. C'est la raison pour laquelle, en réalité, la distinction entre garanties de passif et garanties de prix ou de valeur, bien qu'elle ne soit pas dénuée de tout intérêt pédagogique, apparaît somme toute relativement artificielle dès lors qu'elles ont chacune le même objet (du contrat), et partant la même cause subjective (du contrat), c'est-à-dire qu'elles ont et qu'elles poursuivent la même finalité dans l'esprit des parties, qui est de garantir la valeur de la société ou de ses titres.

Il y a, sinon une identité parfaite, du moins une unicité d'objet (du contrat) et de cause subjective (du contrat) entre garanties de passif et garanties de valeur ou de prix qu'il n'y a dès lors pas lieu d'opposer fondamentalement, les unes pouvant être assimilées aux autres, tant par leur objet et leur cause subjective (du contrat) que par leurs effets respectifs.

Il pourrait en effet être soutenu qu'il n'y a pas vraiment lieu de distinguer ni d'opposer les garanties de passif aux garanties de valeur (ou garantie de prix) et ce pour la simple raison que le prix de cession des titres est censé refléter la valeur de la société (et donc celle de ses titres) et que ceux-ci prennent déjà nécessairement en compte le passif social de la société. Ce faisant, le cédant, en garantissant un passif, garantit aussi la valeur de la société et de ses titres, et par conséquent garantit son (juste)

prix, lequel correspond à la valeur avérée ou supposée telle de la société.

14. De même et réciproquement, le cédant, en garantissant le prix ou la valeur de la société ou des titres cédés garantit déjà, implicitement mais nécessairement, le passif social de celle-ci, et donc aussi par conséquent le prix ou la valeur actuelle de la société ou de ses titres qui comprend et tient nécessairement compte du passif social actuel et potentiel de celle-ci.

De même et à plus forte raison, il n'y a pas lieu de distinguer entre la valeur de la société et le prix de vente des titres cédés, celui-ci étant censé refléter exactement la valeur de celle-là. Autrement dit, en garantissant le prix de vente des titres cédés, le cédant garantit aussi la valeur de la société et réciproquement, en garantissant sa valeur, il garantit son prix et par conséquent le prix des titres par lui cédés ou transmis.

15. La garantie du passif social directement ou de la valeur de la société ou des titres cédés devrait donc revenir strictement au même pour le cessionnaire bénéficiaire de la garantie. Néanmoins, ces garanties peuvent être distinguées en premier lieu par l'objet de leur obligation et, dans une moindre mesure, par leurs bénéficiaires potentiels.

II. La distinction possible des garanties de passif et de prix (ou de valeur)

16. En dépit de leur apparence unicité, il est néanmoins possible de distinguer garanties de passif et garanties de valeur (ou de prix) par différents critères qu'il convient de préciser (A) avant d'évoquer une autre distinction au sein des garanties de prix entre la clause de révision de prix et la clause d'ajustement ou de complément de prix (« *earn out* ») (B), lesquelles peuvent être également combinées et cumulées dans l'acte de cession (C).

A. Le critère de distinction des garanties de passif et des garanties de prix (ou de valeur)

17. Les garanties de passif se distinguent des garanties de prix (ou de valeur) en premier par l'objet ou la cause objective de l'obligation de la garantie (1) et en second lieu et dans une moindre mesure, par le bénéficiaire de la garantie (2).

1. La distinction possible des garanties de passif des garanties de prix (ou de valeur) selon l'objet ou la cause objective de l'obligation de garantie

18. À supposer et en admettant qu'il faille néanmoins distinguer les garanties de passif des garanties de prix, il nous semble que le critère de distinction entre les deux,

entre les garanties de passif *stricto sensu* (ou garanties de reconstitution encore appelées garanties indemnitaires) et les clauses de révision de prix (encore appelées garanties de valeur ou de prix) n'est pas tant le bénéficiaire de la garantie (qui, s'agissant de la garantie de passif *stricto sensu*, peut être aussi bien la société que le cessionnaire) mais l'objet de celle-ci, selon que la garantie porte sur le prix de cession des titres et vise à réviser ou moduler celui-ci, ou porte sur la valeur de l'actif et/ou le passif social et donc sur la valeur de la société ou de ses titres (qui théoriquement est la même puisque seul change le bénéficiaire de la garantie) et vise à reconstituer le patrimoine de la société et à indemniser la société ou directement le cessionnaire, selon le bénéficiaire de la garantie retenu (la société ou du cessionnaire)⁸.

19. Ainsi, la clause de révision de prix intervient (rétroactivement) au stade la formation du contrat (sur la formation du prix), tandis que la garantie de passif *stricto sensu* n'est susceptible d'intervenir qu'au stade de son exécution en compensant la survenance d'un passif nouveau ou d'un éventuel préjudice⁹.

20. De deux choses l'une, soit ces deux clauses sont identiques dans leur objet et leur cause, voire, pour la

(8) V. égal. en ce sens M. Caffin-Moi, th. préc., §543 ; O. Deshayes, D. 2008. 1801.

(9) N. Borgia, De la distinction entre garantie de passif et garantie de prix, BJS 2009, n° 1°, p. 929.

majeure partie d'entre eux au moins, dans leurs effets, auquel cas ce n'est pas le bénéficiaire de celles-ci qui les distingue fondamentalement, soit ceux-ci (l'objet, la cause et les effets de ces garanties) diffèrent, auquel cas ce n'est pas, ou pas seulement, le bénéficiaire de ces garanties qui peut suffire à les différencier et à les distinguer¹⁰.

En effet, si deux obligations (ou deux types ou modèles de contrat) pouvaient différer entre elles et une obligation changer de nature seulement par la différence (ou le changement) des parties ou, en l'occurrence, par la différence (ou le changement) du bénéficiaire de celle-ci (c'est-à-dire en l'espèce de l'obligation de garantie), alors toutes les obligations et tous les contrats différencieraient nécessairement entre eux et il ne serait dès lors plus possible de les distinguer ni de les rassembler dans des catégories juridiques. Or, tel n'est précisément pas le cas, ce n'est pas parce que les parties à un contrat sont différentes que la nature du contrat change ni que le contenu de ses obligations diffère en quoi que ce soit du précédent.

21. Bien au contraire, le code civil admet désormais expressément la cession d'un même contrat d'une partie à une autre, pourvu que cette cession recueille l'accord de la partie cédée¹¹.

22. La nature d'un contrat ne change et ne varie pas davantage en fonction de son bénéficiaire ni selon la qualité de celui-ci dès lors que l'article 1203 du code civil dispose que : « On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même » et que l'article 1199 du code civil prévoit pareillement que :

« Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.

Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV ».

23. Certes, l'article 1199 réserve « les dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV » qui concernent la promesse de porte-fort la stipulation pour autrui.

En apparence donc, cet article semble conforter l'idée qu'il pourrait exister une distinction selon le bénéficiaire de l'obligation, selon que celle-ci bénéficie à la partie contractante ou à un tiers (c'est-à-dire au bénéficiaire de la garantie qui se retrouve alors créancier de l'obligation, grâce à l'engagement du promettant envers le stipulant et qui l'a souscrite à son profit). Mais il n'en est rien dans la mesure où la qualité de bénéficiaire (ni celle du bénéficiaire) ne change en rien l'obligation ainsi souscrite ou stipulée. Elle souligne seulement celui ou la personne qui l'a souscrite, par quel moyen juridique ou au moyen de quel mécanisme et au profit de quel bénéficiaire il l'a stipulée, mais en réalité cette distinction n'apporte rien ou plutôt elle n'ajoute rien au droit commun des obligations.

En effet, de deux choses l'une, soit c'est la qualité de bénéficiaire (par opposition à celle de stipulant) et la distinction qui en découle (entre bénéficiaire et stipulant) que l'on entend souligner, auquel cas la présente distinction ne diffère en rien du droit commun des obligations et n'y ajoute rien ; soit c'est la qualité du bénéficiaire de l'obligation de garantie (la société ou le cessionnaire) que l'on entend souligner, auquel cas c'est moins la qualité de cessionnaire ou de société qui importe que celle de bénéficiaire ou de stipulant, et auquel cas la distinction entre cessionnaire et société rejoint et recoupe en fait en tout point la distinction précédente entre stipulant et bénéficiaire de la stipulation pour autrui (dans notre cas de la garantie) ; soit il peut encore s'agir de et la distinction renvoyer à l'identité précise des parties, auquel cas la distinction n'en est pas une dans la mesure où les parties peuvent toujours différer sans que l'obligation change de nature pour autant.

24. *A fortiori*, l'obligation ne s'éteint pas et ne change pas de nature par le simple changement de son créancier ou de son débiteur, pas plus que le contrat origininaire ne change de nature lorsque changent ses parties (lors d'une cession de créance ou de contrat). Tout au contraire, le but de la cession de créance est précisément de conserver la même obligation mais avec un nouveau créancier, de même que le but de la cession de contrat est de conserver le même contrat mais avec de nouvelles parties (généralement ou le plus souvent un nouveau débiteur). Dans le cas contraire il y aurait non plus cession de contrat mais novation (par changement de débiteur), auquel cas il s'agirait alors d'un nouveau contrat¹². Or, bien que ce cas de figure puisse exister et que la novation (par changement de débiteur¹³) puisse se produire en pratique (y compris à l'insu des parties lorsqu'elles ne l'avaient pas prévue ni désirée ou souhaitée¹⁴), cette hypothèse constitue justement l'exception au lieu de la règle, selon laquelle, d'une part, « la novation ne se présume pas » mais au contraire, « la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte » (selon l'art. 1330 C. civ.) et, d'autre part, que ce ne sont pas les parties à un contrat qui déterminent sa nature ni sa qualification juridique. Et ce d'autant plus que selon l'article 1330 du code civil, « la novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte ». De même, l'article 1337, alinéa 1^{er}, du code civil dispose que : « Lorsque le délégant est débiteur du délégataire et que la volonté du délégataire de décharger le délégant résulte expressément de l'acte, la délégation opère novation ».

(11) C. civ., art. 1216 : « Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé. »

(12) C. civ., art. 1329, al. 1^{er} : « La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée » ;

V. aussi, concernant la délégation dite « novatoire » ou « parfaite », C. civ., art. 1337, al. 1^{er} : « Lorsque le délégant est débiteur du délégataire et que la volonté du délégataire de décharger le délégant résulte expressément de l'acte, la délégation opère novation ».

(13) C. civ., art. 1329, al. 2 : « Elle [la novation] peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier ».

(14) C. civ., art. 1332 : « La novation par changement de débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur ».

(10) *Ibidem*, O. Deshayes, D. 2008. 1801.

25. C'est pourquoi, à notre avis, le cessionnaire peut tout à fait être le bénéficiaire direct de la garantie de passif sans pour autant que celle-ci soit nécessairement qualifiée de clause de révision ni de garantie de prix ou de valeur. En effet, même si le bénéficiaire est identique dans les deux cas (puisque'il s'agit du cessionnaire), l'objet de ces deux garanties est différent : l'une, la garantie de passif, est une garantie de type indemnitaire et vise à indemniser le bénéficiaire (la société ou le cessionnaire) du passif social qui serait apparu, survenu ou révélé postérieurement à la cession et dans ce cas le prix est d'ores et déjà fixé et payé, il n'est pas révisé par la suite et l'indemnité reversée dépend avant tout d'éléments et de risques juridiques ou financiers dont l'origine est antérieure à la cession mais qui sont apparus ou se sont révélés postérieurement à celle-ci ; tandis que la seconde, la garantie de prix ou de valeur (ou clause de révision de prix) porte sur le prix de cession des titres et vise à réviser, moduler le prix de cession des titres sociaux, en fonction d'éléments antérieurs à la cession (existence de passifs, dettes).

26. De même, mais généralement dans le sens contraire, la clause de complément de prix (ou clause dite d'« *earn out* ») vise à moduler, ajuster, compléter ou réviser le prix de cession en fonction d'éléments postérieurs à la cession (généralement les résultats futurs de la société), et vise à garantir l'adéquation entre le prix de cession et la valeur future de la société ou de ses titres à plus ou moins brève échéance.

La clause de complément de prix (ou clause d'« *earn out* ») vise donc à garantir ou à assurer l'adéquation entre le prix de cession et la valeur future de la société ou de ses titres en révisant ou en modulant le prix de cession en fonction d'éléments postérieurs à la cession, généralement les résultats futurs de la société.

De ce fait, l'objet de la garantie est différent et les éléments pris en compte pour fixer l'indemnité ou réviser le prix le sont également.

27. Il nous semble donc que la distinction centrale ou fondamentale en la matière doit être celle entre garantie de passif au sens large et garantie de prix dont l'objet diffère juridiquement (bien qu'il soit économiquement identique).

28. Concernant la valeur à garantir, il s'agit soit de la valeur actuelle de la société dans le cas d'une garantie de passif *stricto sensu*, aussi appelée garantie de reconstitution ou garantie indemnitaire au profit de la société ; soit de la valeur actuelle des titres cédés dans le cas d'une garantie de passif consentie au profit du cessionnaire ; soit de la valeur future de la société et/ou de ses titres dans le cas d'une clause de complément de prix aussi, encore appelée clause d'*earn out*.

29. En second lieu, il est également possible de sous-distinguer au sein des garanties de passif au sens large, selon le bénéficiaire de la garantie (la société ou le cessionnaire).

2. La sous-distinction possible au sein des garanties de passif et des garanties de prix (ou de valeur) selon le bénéficiaire de la garantie

30. Au sein des garanties de passif au sens large, il est possible de sous-distinguer selon le bénéficiaire de la garantie (la société ou le cessionnaire) :

- les garanties de passif au sens strict (*stricto sensu*), ou garanties de reconstitution qui peuvent bénéficier directement à la société (et donc indirectement à l'associé cessionnaire) ou au cessionnaire directement et qui visent à reconstituer le patrimoine social de la société ; et
- les clauses de révision de prix (encore appelées garanties de valeur ou de prix ou garantie de passif *lato sensu*) qui bénéficient uniquement et directement au cessionnaire et qui visent à l'indemniser directement du passif social à l'origine de la dépréciation de ses titres mais dont l'objet est identique, même si le bénéficiaire, lui, est différent ¹⁵.

31. La garantie de complément de prix (ou clause d'*earn out*), quant à elle, est une garantie portant sur le prix de cession et qui vise à le réviser ou à le moduler (le prix de cession) en fonction des résultats futurs de la société.

32. Il nous semble que la distinction entre garantie de passif et garantie de valeur n'est pas des plus pertinentes puisque leur objet est en réalité identique (garantir le passif et donc la valeur de la société ou celle des titres du cessionnaire), seulement, la première (la garantie de passif) porte sur la valeur de la société, tandis que la seconde (la garantie de valeur) porte sur la valeur des titres directement, ce qui théoriquement doit revenir au même puisque la valeur des titres est censée refléter la valeur de la société et doit prendre en compte et tenir compte du passif social de la société. Mais dans les deux cas, il s'agit bien de garantir une même valeur : soit la valeur de la société, soit celle de ses titres. Ainsi, on voit qu'en réalité et à proprement parler, la garantie de passif est une garantie de valeur.

33. Il convient à présent d'évoquer une autre distinction, celle des clauses de révision de prix et des clauses d'ajustement (et le plus souvent de complément) de prix.

B. La distinction au sein des clauses de garantie de prix entre les clauses de révision de prix et les clauses d'ajustement ou de complément de prix

34. La distinction entre clause de révision de prix et clause de complément de prix nous semble plus prégnante. En effet, tandis que la première (la clause de révision de prix) bénéficie au cessionnaire et porte sur le prix de cession des titres et vise à garantir l'adéquation entre le prix de cession et la valeur des titres de la société, la seconde (la clause de complément de prix) bénéficie

(15) Paris, 28 juin 2002, RJDA mars 2003, n°265 ; M. Caffin-Moi, th. préc., § 548.

cie au cédant et vise à réviser le prix à la hausse en tenant compte des résultats futurs de la société, par hypothèse postérieurs à la cession.

La clause de complément de prix est donc l'envers de la clause de révision de prix. La première bénéficie au cédant en révisant le prix à la hausse en fonction d'éléments postérieurs à la cession tandis que la seconde bénéficie au cessionnaire en révisant le prix à la baisse en fonction d'éléments dont l'origine est antérieure à la cession.

Ainsi, la clause de révision de prix comme la clause de complément de prix ou d'*earn out* sont toutes deux des clauses d'ajustement de prix (à la hausse ou à la baisse).

35. Mais la clause d'ajustement de prix pourrait également constituer une simple modalité de paiement d'une indemnité (due par exemple au titre d'une garantie de passif) ou du prix de cession et qu'une simple modalité de mise en œuvre ou d'exécution de la garantie, qu'il s'agisse d'une garantie de passif ou d'une garantie de prix (ou de valeur), ou d'une clause de révision de prix dont le montant viendrait s'imputer sur le prix de cession des titres. La révision du prix ne serait alors que la conséquence de la compensation opérée entre l'indemnité due au titre de la garantie et le paiement du prix ou du complément de prix (ou encore entre le complément de prix et une partie du prix restant à payer au titre d'un

crédit-vendeur)¹⁶.

C. La combinaison et le cumul possible des clauses de garantie de passif et de garantie de prix

36. Il est tout à fait possible de combiner les différentes garanties (de passif et de prix) entre elles. Il est ainsi possible de cumuler :

- une clause de garantie de passif avec une clause de révision de prix si le cédant garantit à la fois au cessionnaire et/ou à la société la valeur actuelle de la société ou de ses titres et que le prix peut être révisé¹⁷ ;
- une clause de garantie de passif avec une clause de complément de prix (ou d'ajustement de prix) comme modalité de paiement (par compensation) de l'indemnité due au titre de la garantie si le prix de cession n'a pas encore été payé dans son intégralité¹⁸ ;
- une clause de révision de prix avec une clause de complément de prix (ou d'ajustement de prix) si le prix peut être révisé ou l'a été mais n'est pas encore intégralement réglé ;
- une garantie de passif avec une clause de complément de prix et une clause de révision de prix ou un crédit-vendeur si le cédant garantit à la fois la valeur actuelle et la valeur future de la société ou de ses titres et que le prix peut être révisé ou l'a été mais n'a pas encore été intégralement payé¹⁹.

III. Le plafonnement de la garantie

A. Le plafonnement de la garantie au prix de cession

37. La jurisprudence opère une distinction entre les clauses de révision de prix pour lesquelles la garantie est plafonnée au prix de cession des titres (1), des garanties de passif, lesquelles ne sont en principe pas plafonnées, à défaut de stipulation contraire en ce sens (2).

1. En présence d'une clause de révision de prix

38. La clause de révision de prix (laquelle bénéficie toujours au cessionnaire), n'oblige le cédant à garantir la

perte de l'actif net qu'à hauteur du prix de cession, sans pouvoir être tenu au-delà de ce prix²⁰. Il en résulte que si le plafond de garantie prévu est supérieur au prix de cession, il ne s'agit plus d'une clause de révision de prix mais d'une garantie de passif²¹, laquelle est réputée stipulée au profit de l'acquéreur des droits sociaux, sauf en présence d'une stipulation pour autrui clairement exprimée dans l'acte au profit de la société, laquelle ne peut donc être tacite et ne se présume pas²².

2. En présence d'une garantie de passif

39. À l'inverse, en présence d'une garantie de passif, le cédant prend en charge l'intégralité du passif nouveau (et/ou la diminution d'actif), quel qu'en soit le montant, sauf stipulation contraire d'un plafonnement de la garantie à un certain montant, lequel peut en principe être supérieur au prix de cession. La jurisprudence tolère même les cessions de droits sociaux à « prix négatif »

(16) F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 1991, n° 135, p. 113 ; M. Thierry Lambert, L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, *Rev. sociétés* 1993. 11, § 23, préc.

(17) F.-D. Poitral, Cessions d'entreprise : les conventions de *earn out*, *JCP N* n° 14, 9 avr. 1999, p. 594, spéc. § n° 82 ; P. Mousseron, Indépendance des conventions de garantie et d'*earn-out*, *BJS* 2010, n° 11, p. 872 ; Lyon 3^e ch. 15 juin 2006, *JCP E* 2006. 2598, faisant jouer la clause de révision de prix dans le cas du versement d'une indemnité transactionnelle au profit de la société cédée, qui avait eu pour effet d'augmenter sa situation nette, et corrélativement la valeur des parts acquises par le cessionnaire ; également en ce sens Lamy *Sociétés Commerciales*, éd. 2017, §1150 : « Cela étant, on notera que l'acte de cession peut très bien renfermer une clause de révision de prix et une clause de garantie de passif, les deux stipulations étant amenées à jouer dans des hypothèses différentes » ; C. Hausmann et P. Torre, *JCP E*, n° 27, 7 juill. 1994, p. 372 ; MM. Delsol et Vermont, *Droit des sociétés*, n°12, déc. 2013, étude 23.

(18) P. Mousseron et C. Guichard, *BJS* 2019. 18, § 1 ; MM. Delsol et Vermont, *Droit des sociétés*, n°12, déc. 2013, étude 23, préc.

(19) C. Hausmann et P. Torre, *JCP E*, n° 27, 7 juill. 1994, 372, préc.

(20) Com., 18 déc. 2001, n° 98-17.320, préc. ; Paris, 25^e ch. A, 27 juin 1989, préc. ; M. Caffin-Moi, *th. préc.*, §127.

(21) Paris, 3^e ch. B, 26 avr. 1990 ; Com. 28 janv. 1992, n° 90-15.935.

(22) Com., 8 mars 2017, n° 15-19.174, *Rev. sociétés* 2018. 94, note M. Menjuq ; *RTD com.* 2017. 645, obs. J. Moury.

dans le cas d'une convention de cession avec clause de garantie du passif où le cessionnaire se voit reverser une somme supérieure au prix payé. Il a été ainsi jugé que les cédants avaient pu retirer des avantages personnels d'une cession, assortie d'une clause de garantie de passif dont la mise à exécution avait absorbé le montant du prix, car ladite cession les avait libérés de leurs engagements de caution²³. Dans cette dernière décision, rendue sous le régime antérieur à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, une clause du protocole de cession prévoyait en effet que le cédant était libéré de son engagement de caution des dettes sociales. Les juges ont rejeté la demande de nullité de la cession après avoir considéré cet avantage comme la cause (à présent la contrepartie) de la cession, réalisée moyennant un prix qui devait se révéler inférieur à l'excédent de passif, le cédant s'étant engagé dans la perspective d'éviter la procédure collective de la société.

Dans le même sens, il a été jugé par la cour d'appel de Paris qu'en cédant les parts d'une société au franc symbolique, le cédant a voulu trouver un repreneur afin de permettre la continuité de l'exploitation et d'éviter le dépôt de bilan et que dès lors, en souscrivant une garantie de passif à l'occasion de cette cession, le cédant n'a pas seulement envisagé de prémunir l'acquéreur contre les déclarations inexactes susceptibles d'affecter la valeur des parts, mais a aussi entendu le garantir de l'exactitude de la présentation du passif social afin de le préserver des conséquences de l'insolvabilité de la société²⁴.

40. Un arrêt isolé de la cour d'appel de Paris a cependant jugé que l'indemnisation due au titre d'une garantie de passif stipulée au bénéfice de l'acquéreur ne pouvait pas excéder le prix de cession²⁵. Mais cet arrêt isolé est critiqué par la doctrine qui souligne que cette solution ne repose sur aucun fondement juridique²⁶. En effet, le versement (éventuel) d'une simple indemnité n'a pas normalement pour conséquence de réviser le prix fixé et c'est le point de distinction essentiel qui permet de distinguer clause de révision et garantie de passif dont l'objet et la nature juridique diffèrent : la clause de révision de prix est propre à la formation du contrat en modifiant *a posteriori* l'une des conditions de validité de la vente (i.e. son prix) tandis que la garantie de passif en vertu de laquelle le cédant s'engage à verser au cessionnaire une indemnité relève en principe de son exécution et ne modifie pas le prix fixé. C'est pourquoi la doctrine souligne que le montant d'une garantie de passif n'est pas, en principe et sauf stipulation contraire des parties, limité au prix de cession.

B. Le plafonnement de la garantie à la quote-part de participation cédée

(23) Paris, 24 juin 1981, Gaz. Pal. 1982. 1. 173 ; D. 1983. IR. 71, note J.-C. Bousquet. ; Com. 22 févr. 1983, n° 81-15.432, Bull. civ. IV, n° 72.

(24) Paris 16 mars 2001 n° 98-14.679, RJD 11/01, n° 1113.

(25) Paris 13 mars 2002 n° 01/6422, Dr. sociétés 2003, comm. n° 13 note H. Hovasse.

(26) Dr. sociétés 2003, comm. n° 13, note H. Hovasse, préc. ; B. Lecourt et T. Allain, Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux, Rép. Dalloz Sociétés, § 37.

41. Il convient à nouveau de distinguer selon la nature de la garantie, selon qu'il s'agit d'une garantie de prix ou clause de révision de prix (1) ou que l'on est en présence d'une garantie de passif au sens large (2).

1. L'inutilité du plafonnement de la garantie clause de révision de prix

42. Lorsqu'il s'agit ou que l'on est en présence d'une garantie de prix (ou clause de révision de prix), la garantie ne porte que sur le prix de cession des titres, l'objet de la garantie de prix est en effet de garantir la valeur de la société, et plus précisément les titres cédés par rapport à leur prix de cession. La garantie de valeur vise donc à garantir l'adéquation entre la valeur des titres de la société cédés et le prix de cession de ceux-ci. Par conséquent, de par son objet et de par sa nature même, cette garantie bénéficie uniquement et n'a vocation à bénéficier qu'au cessionnaire, à l'exclusion de tout autre associé, tiers à la convention de cession de droits sociaux. En outre, la jurisprudence décide que la clause de révision de prix est plafonnée au montant du prix de cession²⁷. Il en résulte que le cédant ne peut être tenu du passif social au-delà du prix qu'il a payé, censé refléter et correspondre à la valeur de sa quote-part de participation cédée. Il est donc inutile de plafonner « la garantie » (de prix) à la quote-part de participation cédée lorsqu'il s'agit d'une clause de révision de prix²⁸.

43. Il n'en va pas de même s'agissant des garanties de passif au sens large qui peuvent bénéficier aussi bien au cessionnaire qu'à la société au moyen d'une stipulation pour autrui, selon le choix du bénéficiaire de la garantie et qui peuvent être souscrites au profit de l'un ou de l'autre selon le cas.

2. Le plafonnement des garanties de passif (*lato sensu*)

a. L'absence de plafonnement de plein droit de la garantie de passif à la quote-part de participation cédée

44. Il est généralement admis en jurisprudence et en doctrine que sauf clause contraire, le cédant qui souscrit une garantie de passif accepte en principe de prendre en charge l'intégralité du passif nouveau (et/ou de la diminution d'actif), quel qu'en soit le montant. Il en résulte que lorsque la cession ne porte pas sur l'intégralité des parts ou actions d'une société, le cédant ne peut donc pas prétendre que son engagement est limité à la participation cédée.

En ce sens, les juges du fond ne peuvent pas décider qu'une garantie de passif doit s'appliquer proportionnellement au nombre des actions que le cédant possède dans le capital social alors qu'ils résultent de termes clairs

(27) Com. 18 déc. 2001, n° 98-17.320, préc. ; Paris, 25^e ch. A, 27 juin 1989, préc.

(28) V. en ce sens M. Caffin-Moi, th. préc., § 565 ; *contra* : C. Haussmann et P. Torre, *Les garanties de passif*, éd. EFE. 1996, n°77.

et précis de la clause litigieuse qu'il avait pris l'engagement non équivoque de régler personnellement « toutes les dettes sociales non inscrites au bilan »²⁹.

Ainsi, la cour d'appel de Paris a pu affirmer, en l'absence de stipulation de l'acte de cession en ce sens, qu'« aucun principe générale de proportionnalité n'impose que la garantie soit limitée en pourcentage des actions cédées par rapports au capital social »³⁰.

45. Les parties peuvent cependant convenir que la garantie de passif due par le cédant sera plafonnée au montant de sa participation cédée dans le capital de la société cible³¹.

46. Pourtant, on peut trouver certains arrêts affirmant la règle contraire et décidant, concernant la limitation de la garantie au prorata des parts cédées, que « la règle selon laquelle le cédant est tenu de garantir l'intégralité du passif n'est que supplétive de la volonté des parties ». Si cette solution semble économiquement logique et peut se recommander en équité, elle semble juridiquement tout à fait critiquable dans la mesure où aucune règle légale supplétive n'impose la proportionnalité du montant d'une garantie de passif au pourcentage de participation cédée et où en l'absence de règle établie en ce sens, il conviendrait au contraire de s'en remettre à la « loi des parties » et aux seules stipulations de la convention censées refléter la volonté de celles-ci³².

b. Le nécessaire plafonnement des garanties de passif (lato sensu)

47. S'agissant du plafonnement de la garantie, si l'objet des deux garanties (garantie de passif *stricto sensu* et garantie de valeur au sens précédemment défini) est en principe le même et qu'il est donc identique, le bénéficiaire, quant à lui, est différent. Or, le choix du bénéficiaire n'est pas neutre et a ou aura *in fine* une incidence certaine sur le montant de la garantie selon le choix du bénéficiaire, selon que la garantie souscrite bénéficie à la société dans le cas d'une garantie de passif *stricto sensu* (ou garantie indemnitaire ou de reconstitution) ou au cessionnaire directement dans le cas d'une garantie de valeur au sens précédemment défini, et ce quand bien même elle serait plafonnée en pourcentage ou dans son montant.

Le choix du bénéficiaire de la garantie (le cessionnaire ou la société) a une incidence non seulement pour celui-ci mais également, et peut être surtout, pour le cédant qui est tout à la fois le souscripteur et le débiteur de la garantie (de passif ou de valeur) consentie.

48. Il est en pratique plus avantageux et plus écono-

(29) Com. 13 juin 1978, n° 76-15.503, Bull. civ. IV, n° 163 ; B. Lecourt et T. Allain, *Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux*, Rép. Dalloz Sociétés, § 78.

(30) Com. 12 juill. 2005, n° 04-11.918, RJDA 11/05 n° 1230 ; Paris 22 janv. 2004, n° 02/18970, RJDA 6/04, n° 719 ; B. Lecourt et T. Allain, *Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux*, Rép. Dalloz Sociétés, §78 ; V. égal. ce sens : *Mémento Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, 2019, § 66530.

(31) Com. 28 sept. 2004, n° 00-22.872.

(32) Paris, 11 janv. 2000 n° 97/16341 et 97/18477.

mique pour le cédant de souscrire et de consentir une garantie de passif au profit du cessionnaire, autrement dit de recourir à une garantie de valeur au sens précédemment défini, plutôt qu'au profit de la société, du moins lorsqu'il ne possède pas l'intégralité des titres de la société.

49. Démonstration mathématique :

Soit une société S au capital social de 100 divisé en 100 parts d'une valeur nominale de 1 et d'une valeur réelle de 2, soit une valeur totale estimée à 200 au moment de la cession de la moitié des titres qui représentent donc une valeur de 100. A et B sont deux associés qui détiennent chacun respectivement 50 % des titres de la société, soit 50 titres chacun d'une valeur réelle de 2 chacun et d'une valeur réelle totale de 100, soit une valeur totale de 100 pour chacun. A vend l'intégralité de ses parts à C d'une valeur réelle de 100 pour un prix de 100.

Prix de cession de 50 % des titres = 100

Actif = Passif = 300

Passif :

- Capital social : 100
- Résultat : 100
- Capitaux propres : 200
- Autre passif / autres dettes : 100

Total passif : 300

Valeur estimée de la société (actif net comptable) = 300 - 100 = 200 (ou 100 + 100 = 200)

Prix de cession de 50 % des titres = 200 ÷ 2 = 100

Autre risque de passif possible/prévisible = 100

Montant de la garantie = 100 ou 50 selon le bénéficiaire de la garantie :

- 100 si la société est bénéficiaire de la garantie
- 50 si le cessionnaire est le bénéficiaire de la garantie

Si C achète l'intégralité des parts de A pour un prix de 100, il détiendra 50 % des parts de la société S, soit une valeur de 100 au jour de la cession.

Mais si le passif anticipé ou prévu survient et se réalise, la valeur de la société ne sera plus que de 200 - 100 = 100 (ou si l'on préfère 300 - 200 = 100) au lieu de 200 et donc la valeur des parts de C sera de : 100 ÷ 2 = 50 au lieu de 100 initialement et antérieurement (tout comme celles de B d'ailleurs).

50. Ainsi, il convient à nouveau de distinguer selon que la garantie de passif (ou de valeur) aura été souscrite et stipulée au profit du cessionnaire C, auquel cas il s'agit d'une garantie de valeur au sens précédemment défini (i), ou (au profit) de la société S, auquel cas l'on est en

présence d'une garantie de passif *stricto sensu*, encore appelée garantie indemnitaire ou de reconstitution (ii), ce qui revient en fait à distinguer selon le bénéficiaire de la garantie.

i. En présence d'une garantie de valeur souscrite et consentie au profit du cessionnaire

51. Si la garantie de prix ou de valeur ou la garantie de passif (en admettant qu'elle puisse bénéficier au cessionnaire) a été souscrite au profit du cessionnaire C uniquement, exclusivement et directement, si le cessionnaire C est le bénéficiaire unique, exclusif et direct de la garantie et que celle-ci couvre l'intégralité du passif prévu ou anticipé évalué à un montant de 100, le cessionnaire aura droit à 100 % de la garantie, celle-ci sera d'un montant de 100 (> 50), qui sera donc supérieur à la perte de valeur de ses titres ($100 - 50 = 50 < 100$).

C'est la raison pour laquelle il convient dans ce cas de plafonner le montant de la garantie à la quote-part de la participation cédée représentant en l'occurrence 50 % du passif social de la société, soit 50 dans notre hypothèse, ce qui au demeurant est assez logique dans la mesure où le cessionnaire ne détient que 50 % des titres de la société, seulement 50 % du passif lui revient ou a vocation à lui échoir. Le montant de la garantie sera donc de $100 - 50 = 50$ et pourra ne couvrir que 50 % du montant du passif social et non l'intégralité de celui-ci. Le montant maximal de la garantie sera de 50 au lieu de 100 pour compenser la perte de valeur des titres du cessionnaire C, laquelle est bien de 50 ($100 - 50 = 50$) et non de 100.

Il en résulte qu'en présence d'une garantie de valeur souscrite et consentie au profit du cessionnaire, le montant de la garantie (de passif ou de valeur) doit être plafonné au pourcentage de la participation cédée dans le capital social.

ii. En présence d'une garantie de passif stricto sensu (ou garantie indemnitaire ou de reconstitution) souscrite et consentie au profit de la société (S)

52. Si en revanche, la garantie a été souscrite au profit de la société uniquement et exclusivement et que celle-ci couvre l'intégralité du passif prévu ou anticipé évalué à 100, la société S aura droit à 100 % de la garantie. Celle-ci sera donc d'un montant de 100, de sorte à ce que C, qui a droit ou vocation à recevoir 50 % du montant de la garantie ($50 \% \times 100 = 50$), reçoive bien les 50 qui lui sont garantis. En effet, C ne détenant que 50 % des titres de la société S, il n'aura vocation à recevoir que 50 % de l'actif de la société S (et corrélativement 50 % du passif de cette dernière) et n'aura droit qu'à 50 % du montant de la garantie, soit 50 sur les 100.

Si le montant de la garantie est de 100, peu importe que la garantie soit plafonnée en pourcentage ou en montant, un plafonnement de la garantie serait de surcroît inutile dès lors que le montant qui revient et qui échoit *in fine* au cessionnaire est déjà plafonné ou cantonné au montant de sa participation dans le capital social (50 % dans notre exemple).

Si en revanche le montant de la garantie avait été de 50 comme dans l'hypothèse précédente, C n'aurait eu droit ou n'aurait eu vocation à recevoir que 50 % de 50, soit 25 seulement ($50 \% \times 50 = 25$) au lieu des 50 que représente pour lui la perte de valeur de ses titres...

53. On le voit, il est plus économique et finalement plus avantageux pour le cédant garant, débiteur et souscripteur de la garantie de garantir directement le cessionnaire pour un montant correspondant à la valeur de ses titres, c'est-à-dire à une fraction du passif social correspondant à sa participation dans le capital social (c'est-à-dire ici, en l'espèce et dans notre exemple, 50 % de $100 = 50$) plutôt que de garantir la société pour la totalité du passif (100% de $100 = 100$).

En effet, et toutes choses égales par ailleurs, A (le cédant) devrait verser deux fois plus (100 au lieu de 50) à la société qu'au cessionnaire directement. La différence s'explique par le principe d'égalité entre associés et l'égalité vocation aux bénéfices (et aux pertes) qu'ont tous les autres associés présents dans la société (en l'espèce B) qui profitent eux aussi indirectement de la garantie, même si tel n'est pas le but recherché. Raison de plus, donc, pour exclure ce type de garantie ou, si l'on nous suit, pour en faire bénéficier directement le cessionnaire plutôt que la société.

54. En outre, dans le cas où la garantie de passif est souscrite au profit de la société qui en est l'unique et le bénéficiaire exclusif, il est parfaitement inutile et superflu de plafonner la garantie dans la mesure où celle-ci est déjà intrinsèquement et naturellement plafonnée au montant de la participation du cessionnaire dans le capital social et ce pour au moins deux raisons :

55. 1° D'abord et premièrement parce que dans ce cas le plafonnement est pourrait-on dire naturel, la garantie est naturellement plafonnée et le montant de la garantie qui reviendra *in fine* au cessionnaire est déjà par hypothèse et par principe plafonné et cantonné au montant de la participation du cessionnaire dans le capital social et que si tel n'était pas le cas, il s'agirait d'une dérogation, voire d'une entorse au principe d'égalité entre associés et d'une répartition inégalitaire du résultat et/ou du boni de liquidation qui nécessiterait et qui requerrait alors au moins un vote majoritaire des autres associés puisque l'article 1844-1, alinéa 1^{er}, du code civil, relatif à la répartition des bénéfices, dispose que « La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire. [...] ».

Le second alinéa du même article, relatif à la prohibition des clauses léonines, ajoute que « Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites ».

56. Il est permis de s'interroger sur l'application éven-

tuelle de ce second alinéa et du principe de prohibition des clauses léonines posé par cet article et partant sur la validité d'une clause du contrat de garantie ou des statuts qui prévoirait que le montant de la garantie de passif stipulée au profit de la société revient ou échoit dans son intégralité et sa totalité à l'associé cessionnaire dans cette hypothèse, c'est-dire au cas dans lequel une clause du contrat de cession (ou des statuts) stipulerait que l'associé cessionnaire profite de l'intégralité du montant de la garantie de passif pourtant stipulée au profit de la société.

57. Dans le sens de la prohibition d'une telle clause et de son assimilation à une clause léonine, il pourrait être aisément soutenu qu'attribuer la totalité ou l'intégralité du montant de la garantie de passif à un associé revient à lui attribuer la totalité d'un profit de la société ou à l'inverse, et plus vraisemblablement ou plus exactement, à exonérer cet associé d'une perte de la société qui serait supportée par les autres associés dès lors que l'objet de la garantie est bien de garantir la société d'un passif (et donc d'une perte) et non de lui assurer un profit (c'est-à-dire ici en fait une économie).

58. Mais, dans le sens contraire, il pourrait également et tout aussi bien être soutenu que la société, et partant tous les autres associés, n'ont nullement vocation à recevoir et à profiter de la garantie d'un passif qui n'est ou qui ne sera généralement et le plus souvent pas plus imputable à l'associé cédant qu'à tous les autres associés alors en place au moment de la cession. Dans le même sens, à supposer qu'elle ait un objet valable (ce qui n'est pas douteux), il pourrait également être soutenu qu'une telle garantie n'est pas valable au motif qu'elle serait dépourvue de toute contrepartie réelle (anciennement de cause) pour les autres associés³³. Quelles seraient en effet la cause (finale et subjective) et la contrepartie d'une telle garantie pour les associés de la société cédée, par hypothèse tiers à la cession ? La réponse n'est pas évidente.

59. Toutefois, l'attribution de l'intégralité ou de la totalité du bénéfice de la garantie à un associé (le cessionnaire) pourrait également nécessiter et requérir l'accord exprès et unanime des associés en application de l'article 1836 du code civil, qui dispose que « Les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par accord unanime des associés »³⁴.

60. S'agissant à présent de l'intérêt du cédant à souscrire une telle garantie et de la contrepartie à celle-ci, il pourrait également être soutenu que la clause est dépourvue de cause et le cédant pourrait considérer que son engagement est sans contrepartie, en particulier

lorsque le prix de cession se révèle nettement inférieur aux sommes qu'il est obligé de verser en exécution de la garantie. Néanmoins, la jurisprudence s'est toujours refusée à sanctionner ce type de clause sur le fondement de l'absence de cause³⁵, et refuse de considérer l'aléa comme la cause du contrat en matière de cession de droits sociaux³⁶. Il est toutefois permis de s'interroger sur la possibilité d'invoquer l'article 1170 du code civil, pour réputer non écrit ce type de clause, lorsqu'elle a pour effet de faire payer au débiteur de la garantie un coût supérieur au prix perçu, ce qui le priverait de son obligation essentielle³⁷.

De même, s'agissant de l'objet de la garantie de passif, celui-ci n'est pas d'avantager un associé par rapport aux autres mais seulement de protéger son investissement et de le prémunir contre une perte de valeur de celui-ci du fait de la révélation d'un événement dont l'origine est antérieure à la cession.

La jurisprudence refuse de considérer que la clause est léonine. Ainsi, dans une décision de la cour d'appel de Paris du 23 janvier 2004³⁷, était intervenue une cession de 40 % des actions d'une SA au profit d'un associé qui en détenait déjà 60 %. Un contrôle fiscal était en cours, et le cédant s'était engagé à supporter les conséquences financières de ce contrôle et à prendre en charge tout passif fiscal intervenu. Le cédant prétendait que le paiement de l'intégralité du redressement fiscal avait un caractère léonin en ce qu'il aboutirait à garantir également la valeur des actions que l'acquéreur détenait avant la cession. Les juges parisiens ont pourtant considéré, à juste titre, que la garantie n'avait aucun caractère léonin car elle ne remettait pas en cause le pacte social et n'affectait pas le principe de participation aux bénéfices et aux pertes.

61. 2° Ensuite et deuxièmement parce que la stipulation expresse d'un plafonnement supplémentaire pourrait être interprétée en défaveur du cessionnaire et finalement s'avérer contreproductive en aboutissant à un « sur-plafonnement » de la garantie et ainsi au contraire du but recherché qui est que le cessionnaire reçoive *in fine* une part de la garantie égale ou proportionnelle à sa participation dans le capital social. Le risque serait alors de « sur-plafonner » la garantie ou, si l'on préfère, de « sous-garantir » le cessionnaire en deçà du montant de sa participation.

En effet, si dans ce même exemple, la garantie, en plus d'être consentie et souscrite au profit exclusif de la société était en outre plafonnée au montant de la participation du cessionnaire (c'est-à-dire dans notre exemple à 50 %), au mieux il ne recevrait toujours que 50 % du montant total de la garantie, auquel cas le plafonnement évoqué est bien effectivement inutile et superfétatoire, au pire il ne recevrait alors plus que 50 % de la part qui

(33) V. en ce sens Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, n° 94-14.800, Bull. civ. I, n° 286 ; D. 1997. 500, note P. Reigné ; RTD civ. 1996. 901, obs. J. Mestre ; RTD com. 1997. 308, obs. B. Bouloc ; solution partiellement reprise par Com. 27 mars 2007, n° 06-10.452 et codifiée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations à l'art. 1169 C. civ. : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

(34) V. en ce sens Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, n° 94-19.529, Bull. civ., I, n° 375 ; RTD com. 1997. 467, obs. C. Champaud et D. Danet ; Dr. sociétés, 1997, comm. n° 4, obs. Th. Bonneau ; BJS 1997. 131, § 44, note P. Le Cannu.

(35) Com. 22 févr. 1983, n° 81-15.432, Bull. civ. IV, n° 72

(36) T. com. 10 mars 1992, RJDA 8-9/1992, n° 834

(37) En ce sens : M. Mekki, Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Les clauses, Rev. sociétés 2016. 563 ; cité par B. Lecourt et T. Allain, Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux, Rép. Dalloz Sociétés, § 22.

(38) RJDA 2004, n° 719, p. 649

lui échoyait déjà (50 %), soit 50 % de 50 %, c'est-à-dire 25 %, les 25 % subsistant restant échéant à la société, et seraient répartis proportionnellement à la participation de chaque associé dans le capital social. Dans notre hypothèse, le cessionnaire C recevrait ou aurait donc droit ou vocation à recevoir : $(50 \% \times 50 \%) + (50 \% \times 25 \%) = 25 \% + 12,5 \% = 37,5 \% < 50 \%$ tandis que l'associé B aurait quant à lui droit ou vocation à recevoir : $50 \% \times 25 \% = 12,5 \% < 50 \%$.

Ainsi, on le voit, dans cette hypothèse (où le bénéfice de la garantie échoit uniquement à la société et non au cessionnaire directement, le plafonnement de la garantie devient inutile et superflu et pourrait même s'avérer dangereux et contreproductif en ce qu'il pourrait présenter un risque pour le cessionnaire selon l'interprétation qui en serait faite, par le juge le cas échéant.

En effet, le plafonnement étant dans cette hypothèse « naturel », il est ou il devient dès lors inutile et même dangereux de prévoir expressément ce plafonnement car ce faisant, il pourrait être soutenu soit que la clause de plafonnement n'est qu'un simple rappel, une redite de ce plafonnement naturel au pourcentage de la participation de l'associé dans le capital social, auquel cas la clause est parfaitement inutile et superflue puisqu'elle ne change et n'ajoute rien ; soit que la stipulation d'une telle clause aurait au contraire pour objet et/ou pour effet de limiter et de plafonner la garantie du cession-

naire au-delà de sa « vocation naturelle », c'est-à-dire en deçà du montant de sa participation dans le capital social, d'où le risque susmentionné de « sur-plafonnement », de sur-plafonner la garantie ou, dit autrement, de « sous-garantir » le cessionnaire en deçà du montant de sa participation.

Dans l'hypothèse où la société est bénéficiaire de la garantie, celle-ci profite ou a vocation à profiter au cédant mais également et plus généralement à tous les associés en place (au moment où elle est payée et exécutée) en vertu du principe d'égalité entre actionnaire et de l'égalité vocation des associés aux bénéfices et aux pertes qui en résulte, et ce indépendamment et en dépit du plafonnement éventuel de la garantie et peu important celui-ci.

Un éventuel plafonnement de la garantie serait dès lors inutile et ne ferait ou ne pourrait au pire que réduire le montant de la garantie au profit du cessionnaire C, sans pour autant exclure les autres associés (B dans notre exemple) du bénéfice de la garantie.

62. L'intérêt commun du cédant et du cessionnaire est donc finalement, pour l'un comme pour l'autre, que le cédant garantisse directement le cessionnaire au jour de la cession à hauteur d'une fraction du passif social identifié correspondant à sa participation dans le capital social (en l'espèce 50 % dans notre exemple).

IV. La transmission ou la cession de la garantie

63. S'agissant de la transmission de la garantie, celle-ci devrait logiquement dépendre de sa nature et de sa qualification et devrait en découler. Il convient donc de distinguer selon que l'on est en présence d'une garantie de passif au sens large (ou garantie indemnitaire ou de reconstitution) consentie au profit de la société ou du cessionnaire (A), ou que l'on est en présence d'une garantie de prix ou de valeur, encore appelée clause de révision de prix consentie au profit du cessionnaire uniquement (B).

A. La transmission des garanties de passif lato sensu (ou garantie indemnitaire ou de reconstitution)

64. Ici, il convient à nouveau de distinguer selon que la garantie de passif bénéficie à la société (1) ou au cessionnaire des titres directement (2).

1. Le maintien de la garantie de passif (stricto sensu) consentie au profit de la société

65. Il convient de distinguer selon que l'opération en cause est une transmission à titre particulier par le biais d'une vente, d'une cession, d'un apport, d'un apport partiel d'actifs ou d'une branche complète d'activité (a) ou

à titre universel (b).

a. *Incidence des opérations affectant les titres de la société cédés : le maintien de la garantie de passif (stricto sensu) consentie à la société en cas de revente des titres*

66. Concernant les opérations affectant les titres de la société cédée, il convient de distinguer le droit et l'intérêt à agir de la société qui est maintenu (i) et transmis au profit du cessionnaire sous-acquéreur (ii), de l'intérêt à agir du cédant (cessionnaire initial) qui disparaît postérieurement à la cession (iii).

i. *Le maintien de l'intérêt à agir de la société*

67. Les clauses de garantie de passif *stricto sensu* ou garanties de reconstitution (celles qui bénéficient uniquement à la société par le biais d'une stipulation pour autrui), ne sont pas affectées par la cession et ne sont donc pas transmises au sous-acquéreur cessionnaire des titres dès lors qu'elles ont toujours vocation à pro-

(39) Paris, 25 janv. 1994, BJS 1994. 387, note A. Couret ; Com., 4 juin 1996, n° 94-13.047, D. 1996. 176 ; RTD com. 1996. 680, obs. C. Champaud et D. Danet ; *ibid.* 1997. 111, obs. Y. Reinhard et B. Petit ; RJDA 1996. 865, n° 1204 ; BJS 1996. 926, note A. Couret ; H. Dubout, Le sort des garanties de passif en cas de revente de la société cible en droit français, BJS 1998. 1250 ; P. Mousseron, Irrecevabilité de demandes de mise en œuvre de garanties de passif, BJS 2008, n° 5, p. 378 ; N. Jullian, Le sort de la garantie de passif en cas de revente des droits sociaux par l'acquéreur, Dr. sociétés n° 11, nov. 2018, n° 15, § 8.

fiter à la même personne, c'est-à-dire au même créancier (la société) et que le créancier et le débiteur initial demeurent inchangés³⁹. Le créancier (la société) et le débiteur (le cessionnaire initial) demeurent identiques, c'est la raison pour laquelle la garantie est maintenue au profit de la société et n'est pas véritablement transmise au sous-acquéreur à proprement parler. Il serait plus exact de dire qu'elle ne s'éteint pas par la cession ou la revente des titres de celui qui l'a consenti et qu'elle a toujours vocation à jouer entre les mêmes personnes, le cédant et garant (débiteur de la garantie), d'une part et la société bénéficiaire, d'autre part. La garantie de passif et la cause de celle-ci (la garantie d'un bilan ou d'une situation comptable) n'est pas éteinte, nonobstant la cession ou la revente de ses titres à un tiers. Dit autrement, ce n'est pas parce que le cédant et garant initial (le débiteur de la garantie) cède ses titres qu'il cesse d'être tenu par celle-ci vis-à-vis de la société.

68. Il en est de même lorsque la garantie de passif est consentie au profit du cessionnaire directement (v. 2 *infra*).

69. S'agissant des opérations impliquant ou comportant la cession à un ou des ayant(s) cause à titre particulier dans le cadre d'une opération d'apport partiel d'actifs (non soumis au régime des scissions) ou d'un transfert d'une branche complète d'activité, ne devraient être transférées que les garanties de passif en relation avec l'activité en cause ou avec le bien cédé ou apporté selon le cas.

Ainsi, en présence d'ayants cause à titre particulier, seules les garanties de passif qui présentent un lien avec l'activité en cause ou avec le bien cédé ou apporté selon le cas, devraient être transmises.

ii. La perte de l'intérêt à agir du cédant stipulant et, le cas échéant, du cessionnaire initial) en cas de garantie de passif comportant une stipulation pour autrui au profit de la société

70. En l'absence de clause particulière, le cessionnaire ayant conclu une garantie de passif comportant une stipulation au profit exclusif de la société cédée ne semble plus pouvoir l'invoquer en cas de revente de ses titres alors même qu'il pourrait le faire s'il demeure actionnaire⁴⁰.

La jurisprudence semble en effet avoir admis la perte d'intérêt à agir du stipulant après la cession de ses droits sociaux⁴¹, sauf stipulation expresse contraire désignant expressément le stipulant ou prévoyant le maintien de son droit à agir en exécution de la garantie⁴².

iii. La transmission de l'intérêt à agir au sous-acquéreur du fait de sa qualité de nouvel associé

71. À l'instar de l'action *ut singuli* qui ne peut être exer-

cée que par un associé au moment de son introduction, l'intérêt et la qualité à agir du cédant s'apprécient en fonction de la date de la cession et son action est transmise au sous-acquéreur du fait de sa qualité de nouvel associé postérieurement à celle-ci⁴³.

72. La question peut se compliquer encore si la revente de l'intégralité des titres intervient alors que la mise en jeu de la garantie est intervenue et qu'un contentieux est déjà né entre le cédant et le cessionnaire initial⁴⁴.

La qualité et l'intérêt à agir s'apprécient en principe au moment de l'introduction de l'instance, c'est-à-dire au moment où se forme le « contrat judiciaire ». Selon la position actuelle de la jurisprudence, la mise en jeu de la garantie serait ainsi fermée au cessionnaire initial s'il a revendu ses titres avant l'introduction de l'instance, tandis qu'elle pourrait prospérer dans le cas contraire (quand bien même les céderait-il après l'introduction de l'instance). La solution n'est cependant pas certaine.

C'est ainsi qu'en matière d'action *ut singuli*, il est exigé que l'actionnaire qui agit en lieu et place des dirigeants sociaux conserve ses titres pendant le déroulement de l'instance⁴⁵. De façon plus générale, certains arrêts ont considéré que l'intérêt à agir pouvait disparaître en cours d'instance dès lors que la cause juridique fondant l'action venait elle-même à disparaître en cours d'instance, entraînant l'extinction de celle-ci⁴⁶. Le « contrat judiciaire » offre ici par sa particularité une souplesse que le droit des contrats explique difficilement.

73. C'est à cette jurisprudence que se rattache celle qui fait perdre au cessionnaire initial le droit d'invoquer la garantie de passif au sens strict en cas de revente de ses titres. Comme dans l'action *ut singuli* dans laquelle l'actionnaire agit en lieu et place des dirigeants sociaux, le cessionnaire initial stipulant de la garantie de passif conclue au profit de cette dernière n'aurait intérêt à agir pour la mettre en œuvre que lorsqu'il conserve tout ou partie des titres initialement acquis.

À cet égard, seul le sous-acquéreur pourrait exercer une action *ut singuli* en cas de carence de la société et de ses dirigeants à réclamer l'exécution de la stipulation pour autrui et de la garantie stipulée à son profit par le cédant promettant postérieurement à la cession, tandis que seul le cédant (cessionnaire initial de la garantie) pourrait exercer une telle action avant la cession⁴⁷.

74. En l'état actuel de la jurisprudence, pour réserver ses droits à l'égard de son sous-acquéreur, le cessionnaire

(40) Com. 4 juin 1996, n° 94-13.047, Bull. civ. IV, n° 154 ; D. 1996. 176 ; RTD com. 1996. 680, obs. C. Champaud et D. Danet ; *ibid.* 1997. 111, obs. Y. Reinhard et B. Petit ; RJDA 1996. 865, n° 1204, BJS 1996. 926, note A. Courret ; Com. 11 sept. 2012, n° 11-13.167, BJS 2012. 835, note P. Mousseron.

(41) Com. 4 juin 1996, n° 94-13.047, préc.

(42) Com. 11 sept. 2012, n° 11-13.167, préc.

(43) V. en ce sens : Com. 3 nov. 2004, n° 03-13.802.

(44) Civ. 1^{re}, 22 févr. 2005, n° 02-10.481, Bull. civ. I, n° 88 ; D. 2005. 794 ; Rev. crit. DIP 2005. 671, note M.-E. Ancel.

(45) *Memento Francis Lefebvre Sociétés*, n° 14073 ; B. Le Bars, Responsabilité civile des dirigeants sociaux, Rép. Dalloz, n° 85 ; v. égal. Paris, 25^e ch. sect. B, 4 févr. 1994, BJS 1^{er} avr. 1994, n° 4, p. 402, et Paris, 6 avr. 2001, RJDA 2001, n° 982

(46) V. not. Civ. 3^e, 15 déc. 1998, n° 97-10.681, s'agissant de la perte, en cours d'instance, de l'intérêt à agir lors d'un appel en garantie, dès lors que l'instance principale a été éteinte en cours d'action du fait d'une transaction

(47) En ce sens, M. Jean-Marc Desaché, Le sort de la garantie de passif en cas de revente des titres à la lumière des arrêts du 11 septembre et 9 oct. 2012, Publication Ansa

initial devra donc s'assurer que la garantie de passif le désigne d'une manière ou d'une autre comme bénéficiaire de la garantie.

75. Mais il pourra également céder les droits qu'il tient de la garantie à son sous-acquéreur, lui permettant ainsi de réduire ses propres obligations à l'égard de son sous-acquéreur⁴⁸.

Conclusion :

76. Les solutions mises en œuvre aujourd'hui par la jurisprudence peuvent être ainsi résumées :

- la société cible pourra invoquer la garantie à tout moment, que le cessionnaire initial ait ou non revendu ses titres, si elle en est le bénéficiaire dans le cadre d'une garantie comportant une stipulation pour autrui⁴⁹. Elle le pourra également dans les conditions prévues par convention si, comme dans l'arrêt précité du 11 septembre 2012, elle partage cette qualité de bénéficiaire avec le cessionnaire.
- tant qu'il n'aura pas revendu ses titres, le cessionnaire initial, qui aura conclu une garantie de passif comportant une stipulation au profit [exclusif] de la société cible, pourra néanmoins l'invoquer au profit de celle-ci⁵⁰ ; en effet, le stipulant partie à la convention de garantie a un intérêt à son exécution tant qu'il conserve les titres.
- le cessionnaire pourra encore invoquer la garantie après revente des titres en dehors de l'hypothèse exceptionnelle où la garantie de passif comporterait une stipulation au profit exclusif de la société dont les titres sont cédés⁵¹.

La règle de principe est que la garantie est stipulée au profit du cessionnaire ; ce n'est que par dérogation et en vertu d'une clause expresse stipulée à son profit que la société cible peut être bénéficiaire de la garantie.

(48) Com., 9 oct. 2012, n° 11-21.528, Rev. sociétés 2013. 344, obs. B. Fages ; D. 2012. 3020, obs. X. Delpech, note N. Borga ; RTD civ. 2013. 114, obs. B. Fages ; RDC 2013. 568, note J. Klein ; BJS janv. 2013, p. 10, note A. Couret et B. Dondero ; JCP 2013. 90, n° 2, obs. F. Deboissy et G. Wicker ; JCP E 2012. 1654, note P. Mousseron ; Dr. sociétés 2013, comm. n° 2, obs. R. Mortier.

(49) En cas de stipulation pour autrui, la société peut demander l'exécution de la garantie (Com. 7 oct. 1997 préc., rejet du pourvoi contre Paris, 3^e ch. B, 19 mai 1995) ; v. égal. plus généralement sur la faculté pour le bénéficiaire de la stipulation pour autrui d'en demander l'exécution (Com. 30 mai 2012, n° 11-17.067 ; Com. 6 févr. 2007, n° 04-11.718 ; Com. 27 mai 2003, n° 00-19.355).

(50) Com. 1^{er} avr. 1997, Bull. civ. IV, n° 94 ; BJS 1^{er} juill. 1997, n° 7-8, p. 647, note P. Mousseron, rejetant le pourvoi contre Douai, 30 juin 1994. Dans cette affaire, le demandeur au pourvoi faisait valoir que seule la société était bénéficiaire de la garantie de passif, que ce type de convention doit être distingué d'une clause de révision de prix puisqu'elle ne peut entraîner une restitution qu'au seul profit de la société à l'exclusion des acquéreurs, de sorte que selon le demandeur au pourvoi, le cessionnaire n'avait pas d'intérêt à agir. Le moyen est rejeté par la Cour de cassation qui affirme que le cessionnaire était partie à la convention à l'exécution de laquelle il avait intérêt. V. égal. Com. 3 nov. 2004, n° 03-13.802, la Cour de cassation rappelle « que les cessionnaires étaient parties à la convention à l'exécution de laquelle ils avaient intérêt », qu'en conséquence, quand bien même la société était désignée comme bénéficiaire de la garantie, la mise en œuvre de la garantie à l'initiative des cessionnaires était néanmoins recevable.

(51) Com. 7 janv. 2014, n° 09-15.256. Ces solutions avaient déjà été retenues par la Cour de cassation dans l'arrêt du 4 juin 1996, *Société Sefri c/ Guérin et autres*, préc. V. égal. Paris 12 oct. 2001.

(52) C'est ce que relève notamment l'arrêt préc. de la Cour de cassation du 3 avr. 2007 (Com. 3 avr. 2007, n° 04-15.532, BJS 1^{er} juill. 2007, n° 7, p. 844, note P. Mousseron), en indiquant que la garantie de révision de prix

Si le cessionnaire initial est également bénéficiaire de la garantie à un titre ou à un autre, il pourra encore l'invoquer après revente de ses titres. Il faut ici encore faire exception de toute stipulation contraire⁵⁰.

77. Néanmoins, la nature de la garantie n'est pas ou ne devrait pas être le seul élément ni le seul critère à prendre en compte pour savoir si la garantie doit se transmettre ou pas. Il importe également de tenir compte de la nature de l'opération ou de la cession en cause.

b. Incidence des opérations affectant les parties ou la société cédée : la transmission de plein droit de la garantie de passif (stricto sensu) en présence d'une opération emportant transfert universel de patrimoine (fusion, scission ou apport partiel d'actif d'une branche complète d'activité, dissolution sans liquidation)

78. S'agissant en revanche de toutes les opérations impliquant une transmission universelle du patrimoine (fusion, scission, ou apport partiel d'actif d'une branche complète d'activité, dissolution sans liquidation) de la société débitrice ou créancière d'une garantie de passif, celle-ci emportent logiquement transmission automatique et de plein droit de la garantie de passif concernant la société à la nouvelle entité (la société absorbante)⁵³, sauf si le contrat et/ou la garantie a été conclu *intuitu personae*⁵⁴.

2. La transmission possible de la garantie de passif (ou garantie de valeur) consentie au profit du cessionnaire directement

a. L'absence de transfert de plein droit de la garantie au sous-acquéreur

79. De même, en présence d'une garantie de passif (ou garantie de valeur de type indemnitaire selon le sens précédemment défini), la garantie n'a été consentie qu'à une personne nommément désignée, le cessionnaire (au lieu de la société), par le cédant, et son objet (ou sa cause) est identique mais, à la différence de la situation précédente, le problème de la transmission ne se pose que lorsque c'est le créancier potentiel de la garantie qui revend ses titres (et non plus le débiteur de celle-ci comme dans le cas précédent) et il n'y a dès lors aucune

ne bénéficiait, « en l'absence de toute clause contraire, qu'au cessionnaire alors même qu'il ne serait plus titulaire des actions ».

(53) Com., 10 juill. 2007, n° 05-14.358, Bull. civ. IV, n° 192, Rev. sociétés 2007. 798, note M. Dubertret ; D. 2007. 2113, obs. A. Lienhard ; Com. 9 juin 2009, n° 08-15.213, BJS 2010. 1062, note P. Mousseron ; Com. 11 sept. 2012, n° 09-69.347 ; Com. 11 sept. 2012, n° 11-13.167, BJS 2012. 835, note P. Mousseron ; Com., 7 juin 2006, n° 05-11.384, D. 2006. 1685, obs. A. Lienhard ; RTD civ. 2006. 764, obs. J. Mestre et B. Fages.

(54) Com., 13 déc. 2005, n° 03-16.878, D. 2006. 149, obs. A. Lienhard ; RTD civ. 2006. 310, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2006. 429, obs. P. Le Cannu ; Paris, 9 févr. 2006, Rev. sociétés 2006. 431, obs. I. Urbain-Parleani ; D. 2006. 654, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2006. 429, obs. P. Le Cannu ; Com. 29 oct. 2002, RJDA 2003, n° 263, p. 233 ; v. pour une dissolution : Com. 7 juin 2006, n° 05-11.384, préc.

(55) En ce sens : Com. 3 avr. 2007, n° 04-15.532, préc. ; Com., 4 déc. 2007, n° 06-19.996, RTD civ. 2008. 155, obs. R. Perrot ; BJS 2008. 378, n° 5, note P. Mousseron ; Com., 11 mars 2008, n° 06-20.738, D. 2008. 1801, note O. Deshayes ; RTD com. 2008. 794, obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; cont. ra : Com. 12 févr. 2008, n° 06-15.951, BJS 2008. 472, note P. Mousseron

raison pour que celui-ci garantisse un sous-cessionnaire qu'il ne connaît pas et n'a jamais accepté de garantir. La garantie ne devrait donc pas lui être transmise de plein droit du seul fait de la cession⁵⁵.

b. Le transfert conventionnel des droits issus de la garantie

80. Néanmoins, comme l'on se trouve en fait en présence d'une cession de créance qui ne nécessite pas par principe l'accord du débiteur cédé, la créance de garantie devrait pouvoir être transmise au sous-cessionnaire en respectant les formalités propres à la cession de créance en cas de revente des titres⁵⁶ à condition que le contrat et la garantie ne soient pas conclues *intuitu personae*⁵⁷ et que la cession de la garantie s'accompagne de la revente des titres car elle n'en est jamais que l'accessoire⁵⁸. La cession de créance conclue avant le 1^{er} octobre 2016 doit notamment, en application de l'article 1690 du code civil, être signifiée au cédant ou acceptée dans un acte authentique. Celle conclue postérieurement à cette date doit respecter les formalités relatives à la cession de créance requises par les articles 1323 et suivants du code civil issus de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, ce qui suppose qu'elle ait été constatée par écrit et que, si le cédant n'y a pas déjà consenti, elle lui soit notifiée ou qu'il en ait pris acte.

81. C'est pourquoi en présence d'une garantie de valeur, il convient en fait de distinguer :

- en l'absence de clause en ce sens, il ne devrait pas y avoir de transmission automatique de la garantie, mais la cession de la créance de garantie est toujours possible (sauf en cas contrat ou garantie conclu *intuitu personae*) en respectant les formalités propres à la cession de créance en cas de revente des titres à condition que le contrat ou la garantie n'ait pas été conclu *intuitu personae* et que la cession de la garantie s'accompagne de la revente des titres car elle n'est jamais que l'accessoire de ceux-ci ;
- en présence d'une clause expresse en ce sens, celle-ci pourrait prévoir la transmission automatique et de plein droit de la créance de garantie en cas de revente des titres, à condition que la cession de la garantie s'accompagne de la revente de ceux-ci car elle n'en est jamais

que l'accessoire.

82. Il est vrai néanmoins que la solution inverse (c'est-à-dire la transmission automatique ou de plein droit de la garantie en même temps que et en raison de la revente des titres) est également défendable et pourrait également être retenue en s'appuyant cette fois sur le fondement de la théorie de l'accessoire retenue à propos des chaînes de contrat translatives de propriété⁵⁹ ou sur la notion d'« *intuitu rei* » qui s'attacherait aux titres cédés et non plus à la personne du cédant (par opposition au caractère *intuitu personae* d'une telle garantie). L'idée consisterait à dire que la garantie de passif est l'accessoire des titres cédés, qu'elle y est attachée par nature et que par conséquent elle se trouve transmise avec eux⁶⁰. Le tout serait que la jurisprudence soit cohérente sur la solution à adopter en retenant l'une ou l'autre des solutions et non l'une et l'autre selon les cas.

B. L'absence de transmission et le maintien d'une garantie de prix ou de valeur (ou clause de révision de prix) consentie au profit du cessionnaire uniquement

83. Enfin, en présence d'une garantie de prix (clauses de révision de prix et plus encore clause d'ajustement de prix), toute transmission automatique ou de plein droit de la garantie devrait par principe être exclue⁶¹, la garantie étant cette fois relative au prix de cession et propre au cessionnaire, elle demeure exclusivement personnelle à celui-ci, contrairement aux garanties de passif dont la cause et l'objet demeurent (ou peuvent demeurer) malgré la revente ultérieure des titres.

84. Mais ici encore, rien ne semble devoir s'opposer, par principe, à une cession conventionnelle de la garantie dans les formes prévues et requises par l'article 1690 du code civil en cas de revente des titres⁶², à condition que le contrat et la garantie n'aient pas été conclus *intuitu personae*⁶³ et que la cession de la garantie s'accompagne de la revente des titres car elle n'en est jamais que l'accessoire⁶⁴.

Conclusion

85. À l'issue de cette étude et de ce bref panorama de la jurisprudence et de la doctrine, il apparaît que les garanties de passif au sens large (garantie de passif et garantie de prix) peuvent être classées en deux grandes catégories : 1- les garanties de passif *stricto sensu* (avec parmi elles (i) les garanties de reconstitution bénéficiant à la société et (ii) les garanties passif ou de valeur béné-

ficiant directement au cessionnaire) et 2- les garanties (ou clause) de révision de prix bénéficiant toujours au cessionnaire en fonction principalement de l'objet et du bénéficiaire de la garantie.

(56) Com. 9 oct. 2012, n° 11-21.528, préc.

(57) Com., 20 oct. 2015, n° 14-17.896, Rev. sociétés 2016. 439, note N. Borga ; BJS janv. 2016, p. 11, note H. Barbier ; JCP E n° 2, 14 janv. 2016, 1021, obs. P. Mousseron.

(58) En ce sens, Com. 12 févr. 2008, n° 06-15.951, préc. ; *contra* : Com. 11 mars 2008, n° 06-20.738, préc.

(59) Cass, Ass. plén., 7 févr. 1986, n° 8314.631 ; en ce sens O. Deshayes, D. 2008. 1801.

(60) En ce sens, Com. 12 févr. 2008, n° 06-15.951, préc.

(61) En ce sens : Com. 3 avr. 2007, n° 04-15.532, préc. ; Com. 4 déc. 2007, n° 06-19.996, préc. ; Com. 11 mars 2008, n° 06-20.738, préc.

(62) Com. 9 oct. 2012, n° 11-21.528, préc.

(63) Com. 20 oct. 2015, n° 14-17.896, préc.

(64) Com. 12 févr. 2008, n° 06-15.951, préc.

86. Ces deux derniers critères, qui ne se recourent pas toujours en doctrine et en jurisprudence, déterminent en grande partie la qualification et le régime de la garantie, notamment l'identité de son bénéficiaire, le plafonnement de son montant, son sort en cas de transmission des droits sociaux ou encore le régime fiscal et comptable qui lui est applicable. On observe en effet en jurisprudence, comme en doctrine et dans la pratique, que les juges, les auteurs et les praticiens ont souvent tendance à inférer la qualification de la garantie des éléments de son régime. Toutefois, force est de constater qu'en dépit de ces critères et des classifications élaborées par la doctrine puis repris par la jurisprudence, les critères utilisés ne sont pas toujours identiques et la doctrine et la jurisprudence peinent à définir le régime de la garantie, et en particulier les règles applicables à sa transmission.

87. Toutefois, par-delà cette distinction, il apparaît également que ces deux types de garantie ont une finalité et un but identiques, celui de garantir la valeur de l'actif social de la société et par voie de conséquence celle de ses droits sociaux, quel que soit par ailleurs le mécanisme juridique employé afin d'y parvenir (celui d'une indemnité ou d'une révision du prix de cession).

88. Il nous semblerait dès lors opportun de réfléchir à la proposition d'un régime légal ou jurisprudentiel supplétif en la matière, que les parties pourraient elles-mêmes aménager et adapter, le cas échéant, lequel pourrait être dualiste ou unitaire, selon que l'on souhaiterait maintenir ou au contraire s'affranchir de la distinction entre garantie de passif et garantie de prix, lesquelles recouvrent finalement un objectif identique.

89. Ce régime légal pourrait être le suivant : le bénéficiaire d'une garantie de passif (*lato sensu*) serait toujours présumé être le cessionnaire à défaut de stipulation pour autrui expresse au profit de la société, la garantie serait par défaut plafonnée au pourcentage des titres cédés,

les garanties ou clauses de révision de prix bénéficieraient toujours exclusivement au cessionnaire comme actuellement et ne seraient pas transmises au sous-acquéreur ni ne profiteraient à la société, les garanties de passif (ou garanties de valeur) bénéficiant au cessionnaire ne seraient pas non plus de plein droit transmises au sous-cessionnaire des titres mais pourraient lui être cédées contractuellement au moyen d'une cession de créance dès lors que celle-ci n'a pas été interdite et que la garantie n'a pas été consentie *intuitu personae*.

90. S'agissant enfin des garanties de passif bénéficiant à la société, plus problématique est la solution tendant à priver le cessionnaire initial de la faculté d'invoquer la garantie en cas de stipulation au profit exclusif de la société cible alors même qu'en qualité de stipulant, il est admis à l'invoquer tant qu'il conserve les titres. Le cessionnaire initial garde une exposition économique et donc un intérêt à l'invoquer en cas de revente, même si cet intérêt n'est plus celui qui présidait lors de la conclusion de la convention initiale (à savoir la reconstitution de l'actif net de la société cédée) mais la préservation de ses droits à l'égard du sous-acquéreur. Il nous semblerait dès lors plus équitable d'autoriser le cessionnaire initial à invoquer cette garantie initiale s'il peut justifier au regard de la seconde garantie d'un intérêt économique à le faire.

91. Un tel régime permettrait de renforcer le respect des volontés contractuelles ainsi qu'une meilleure prévisibilité des solutions, dans l'intérêt commun du cédant comme du cessionnaire de droits sociaux. La force obligatoire de la garantie, et par là son efficacité, en sortirait également renforcée. Cela permettrait enfin d'assécher le contentieux massif concernant la mise en œuvre des garanties de passif, au point que l'on puisse même se demander si ces garanties jouent vraiment le rôle de substitut aux insuffisances des garanties légales, qui ont justifié par le passé leur généralisation.