

## Point de vue

Mise en jeu de la garantie d'actif et de passif  
et défaut d'information du garantPar **Sophie Nayrolles, associée, Simon Associés**

**L**a convention de garantie d'actif et de passif, plus couramment dénommée « GAP », permet dans le cadre des cessions des titres de société de sécuriser la transmission de l'entreprise en garantissant la situation de celle-ci au jour de la cession. Elle s'ajoute aux garanties légales attachées à la formation du contrat et constitue pour le cessionnaire un véritable gage. Elle a ainsi pour objet de faire supporter au cédant tout à la fois le passif supplémentaire et l'insuffisance d'actif qui surviennent après la cession et dont la cause est antérieure à celle-ci. Cette garantie peut également se limiter au passif pur et simple ou à l'actif net.

**Dans le cadre d'un changement de contrôle de l'entreprise, la garantie d'actif et de passif constitue un point majeur des négociations.** La GAP stipule généralement une procédure détaillée de mise en œuvre (seuil, franchise, délais), un plafond de garantie et un mécanisme de « garantie de la garantie ». Elle peut également prévoir des garanties particulières. Le contenu de cette convention est négocié concomitamment au protocole d'accord, auquel elle est soit intégrée, soit annexée.

**Pour être pleinement efficace, la rédaction de convention de garantie d'actif et de passif doit être précise.** En effet, une clause incomplète ou mal rédigée est facteur d'insécurité, tant pour le cessionnaire que pour le cédant, et ainsi source de contentieux.

**À ce titre, la Cour de cassation a récemment rappelé qu'en cas de silence ou d'imprécision**



du contrat, le juge pouvait, en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation, interpréter la volonté commune des parties concernant, notamment, la sanction du non-respect par le cessionnaire de son obligation d'informer le cédant de toute réclamation, fait ou événement susceptible d'entraîner la mise en jeu de la garantie dans le délai convenu (Cass. com. 25 janvier 2017, n°15-17137 et n°15-18246).

**Si la Cour de cassation a pu estimer qu'en l'absence de sanction prévue par le contrat, l'inobservation par le cessionnaire de son obligation d'informer le cédant en temps utiles de faits susceptibles d'entraîner la mise en œuvre de la garantie entraînait sa déchéance** (Cass. com. 9 juin 2009, n°08-17843). Elle a récemment jugé le contraire, en estimant que l'inobservation de cette obligation d'information par le cessionnaire permet uniquement au cédant d'obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice que le retard avait pu causer aux cédants (Cass. com. 18 mai 2016, n°14-22354 ; Cass. com. 25 janvier 2017, n°15-17137 et n°15-18246).

**Les changements intervenus en droit des obligations depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016** portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ne devraient pas modifier ces solutions jurisprudentielles désormais établies. En effet, le nouvel article 1188 du Code civil précise désormais expressément que « *le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes* ».

## Cette semaine

■ **Céline Fronval promue directeur juridique groupe de Publicis** (p2)

■ **Acquisition des marques emblématiques européennes de Mondelez par Eurazeo**, trois cabinets sur le deal (p3)

■ **Acquisition d'un portefeuille de parcs éoliens de Velocita Energy Development par Innergex**, trois cabinets sur le deal (p4)

■ **Condamnation d'Orange à 7 millions d'euros de dommages-intérêts**, trois cabinets sur le deal (p5)

■ **Sociétés pluri-professionnelles d'exercice, le cadre législatif est enfin posé** (p6)

1%

C'est le pourcentage de managers de transition qui ont occupé la fonction de directeur juridique, selon la 3<sup>e</sup> enquête nationale de Valtus, publiée le 20 avril dernier.