

EXPERTISE FINANCIERE

EN CAS DE LITIGE POST-ACQUISITION :

QUELLES MISSIONS POUR L'EXPERT-COMPTABLE ?

En matière de contentieux économiques, le recours aux « *experts indépendants* » est une pratique qui tend à se généraliser, sous l'effet conjugué d'une complexité croissante des questions techniques soulevées et d'une exigence accrue des instances judiciaires pour ce qui touche à la justification, la démonstration et le calcul des demandes financières.

Dans ce contexte, l'expert-comptable constitue un interlocuteur incontournable pour le traitement du volet financier des litiges, qui peut intervenir à la demande:

- du juge, dans le cadre des dispositions relatives aux expertises judiciaires, visées par les articles 232 et suivant du Code de Procédure Civile ;
- d'un tribunal arbitral en vertu des dispositions du règlement d'arbitrage en vigueur ;
- d'une des parties au litige, en vue de l'assister, en étroite coopération avec ses avocats, dans la défense de ses intérêts financiers devant les organes judiciaires.
- des deux parties conjointement dans le cadre de procédure de conciliation, en vue de trancher un point purement financier ne nécessitant pas d'interprétation sur des questions d'ordre juridique ou technique.

Parmi les typologies de contentieux les plus communément rencontrées (contentieux commerciaux, contrefaçon, appel en garantie suite à la survenance d'un sinistre,...), on observe que la proportion des litiges postérieurs à l'acquisition de sociétés est en croissance

constante, et ce pour des raisons bien connues : multiplication des transactions financières, mondialisation des flux de capitaux, recours toujours plus systématique à l'option judiciaire pour le règlement de différends, etc.

Dans ces situations particulières, les missions dévolues à l'expert-comptable sont de deux natures qui font l'objet du présent article :

- l'analyse comptable et financière relative à l'application des clauses de garanties de passif ou de révision de prix (« *earn-out* ») ;
- l'évaluation du préjudice subi par l'acquéreur du fait d'acte dommageable commis par le cédant lors de la conclusion de la vente (réticence dolosive par exemple) ;

1. l'analyse comptable et financière relative à l'application des clauses de garanties d'actif et de passif ou de révisions de prix (« *earn-out* »)

Dans un environnement toujours plus concurrentiel, les acquisitions d'entreprise représentent des opportunités incomparables pour acquérir une taille critique, conquérir de nouveaux marchés, contourner les barrières à l'entrée, développer les complémentarités et les synergies entre les métiers.

Naturellement, les risques attachés à ces opérations sont à la mesure des avantages attendus.

Car, la transmission des droits sociaux qui permet la prise de contrôle de l'activité et des actifs de la société, signifie également le transfert de passifs et de risques, dont certains ne produiront leurs effets que postérieurement à la date de cession.

Dans ce contexte, la sécurisation des transactions financières, passe d'abord par la réalisation par l'acquéreur de diligences techniques, juridiques et financières préalables à la cession, mais requiert également la mise en œuvre de garanties contractuelles visant à prémunir l'acquéreur contre l'apparition, postérieure à la cession, d'un événement dont la cause lui serait antérieure et qui se traduirait par un accroissement du passif ou une diminution de l'actif¹ de l'entreprise.

La clause de garantie est à distinguer soigneusement de la clause de révision de prix, car elles peuvent être confondues dans la pratique, alors que la jurisprudence les distingue par deux caractéristiques :

- le montant de l'indemnisation qui est limité, pour les clauses de révision de prix, au montant du prix de cession ;
- le bénéficiaire de la clause qui, dans les clauses de révision de prix, ne peut être que l'acquéreur et en aucun cas la société cible (contrairement à la clause de garantie de passif qui peut le prévoir).

Quelle qu'en soit la nature, ces clauses, compte tenu des incidences financières liées à leur application, font souvent naître des divergences techniques d'interprétation nécessitant une intervention extérieure.

Parmi les modes de règlements possibles de ces litiges, on notera, outre l'option judiciaire ou arbitrale, l'utilisation des articles 1592 et 1843-4 du code civil prévoyant la possibilité pour les parties de recourir à un tiers expert chargé de se prononcer de manière irrévocable sur l'application de la clause et de fixer les montants pouvant être appelés en garantie.

Dans tous ces contextes, les diligences à mettre en œuvre par l'expert-comptable consisteront à :

- procéder à une analyse détaillée du contrat d'acquisition, et étudier les caractéristiques de la clause de garantie et/ou de révision de prix ;
- identifier les postes comptables et/ou agrégats financiers visés par les stipulations contractuelles, et les difficultés d'interprétation y afférentes ;
- Revoir les méthodes comptables retenues, s'assurer de leur conformité avec le contrat (à défaut avec les méthodes retenues lors de l'établissement des comptes de cession) et identifier les éventuelles évolutions dans le temps ;
- S'assurer du respect du principe de séparation des exercices comptables et de la cohérence entre la période retenue comptablement et la période de garantie;
- Etablir ou valider le calcul de la réclamation financière au vu des données financières et juridiques analysées ;

¹ J-J Caussain et M. Germain : J-Cl. Sociétés Fasc. 165-20 n°20.



2. L'évaluation du préjudice subi par l'acquéreur en cas de dol

La réclamation financière de l'acquéreur déçu peut, dans certains cas, reposer sur le fondement du dol de l'article 1116 du Code Civil, lequel nécessite de prouver que :

- le consentement de l'acquéreur a été vicié du fait de manœuvres pratiquées par le vendeur (par exemple des dissimulations d'information) ;
- sans ces manœuvres l'acquéreur n'aurait pas contracté.

Notons que, selon la cour de cassation, « la stipulation d'une garantie de passif n'est pas de nature à priver le bénéficiaire de celle-ci de la faculté de se prévaloir du dol dont il a pu être victime de la part de son co-contractant² ».

L'action fondée sur le dol permet au cessionnaire de choisir entre deux options de réparation : l'annulation de la convention, avec s'il y a lieu l'attribution de dommages et intérêts ou uniquement l'indemnisation pécuniaire.

En matière de dol, l'identification et l'évaluation du préjudice nécessite au préalable d'étudier l'économie générale de la transaction afin de déterminer :

- si l'acquéreur a véritablement réalisé une « mauvaise affaire » d'un point de vue économique ;
- si cette « mauvaise affaire » aurait pu être évitée par la mise à disposition d'informations cruciales volontairement dissimulées par le vendeur.

La caractérisation du dol nécessite ainsi d'étudier les motivations de l'acquéreur et les

facteurs de valorisation de la cible à la date de cession. La question primordiale à laquelle doit répondre l'expert est celle de savoir, si les informations dissimulées auraient été de nature à modifier significativement le prix de cession acceptable pour l'acquéreur. Le traitement de cette question souvent complexe requiert l'analyse approfondie des documents d'analyse précontractuels ayant servi de support à la transaction : mémorandums de présentation, rapports d'audits, évaluations financières, correspondances, etc.

Une fois le dol caractérisé, l'évaluation de préjudice reposera dès lors sur le principe de réparation intégrale³, consistant à replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée en l'absence de dommage.

Schématiquement, la méthodologie qui découle de ce principe, consistera, dans ces situations particulières, à comparer :

- l'évolution patrimoniale réelle de l'acquéreur résultant de l'opération affectée du dol, laquelle peut s'analyser par la variation de la valeur de titres acquis corrigée des dividendes versés au cours de la période et des éventuelles augmentations de capital ;
- la situation patrimoniale reconstituée en l'absence de fait dommageable, le travail de reconstitution impliquant de déterminer la rentabilité qu'aurait pu attendre l'acquéreur d'un projet comparable, non vicié, au cours de la période concernée.

Les analyses présentées plus haut sont toujours complexes car elles nécessitent, au-delà de la technique financière pure, la mise en œuvre

³ Voir article précédent Article RFC - Avril 2009 : "L'assistance aux parties pour l'évaluation d'un préjudice"

² Cass. Com. 2 mai 2007, pourvoi n°05-21975



d'une approche qualitative reposant sur la compréhension du métier, du modèle économique et de la structure de rentabilité des sociétés impliquées dans la transaction.

C'est pourquoi, la mobilisation de compétences juridiques, stratégiques et économiques complémentaires s'avère un atout précieux pour une approche globale de ces problématiques.

Mikael OUANICHE
Associé OCA
mo@oca-audit.com

