



Entreprise & expertise

Juridique



Par Benoît Charrière-Bournazel,  
associé, DS Avocats

# Opérations de carve-out: qui est responsable du passif?

**Un arrêt de la Cour de cassation en date du 4 juillet 2018 clarifie la répartition des responsabilités entre les acteurs d'une opération de carve-out<sup>1</sup>. Cet arrêt rappelle la distinction entre la prise en charge du passif au titre du traité d'apport et la garantie de passif prévue dans le contrat de cession ou d'investissement, dissipant ainsi une confusion liée notamment à la notion de transmission universelle du patrimoine. Une solution logique qui vient conforter une pratique bien établie en matière de détournement.**

## 1. Contexte des opérations de carve-out

Les opérations de détournement communément désignées sous le terme anglais « carve-out » peuvent être réalisées pour diverses raisons notamment dans le cas où un investisseur est intéressé à investir dans une branche d'activité spécifique et non dans une entreprise tout entière.

Ces opérations peuvent inclure au préalable un apport partiel d'actif par lequel l'entreprise cédante fait apport à une autre société, nouvelle ou existante, de la branche d'activité en cause et reçoit, en échange, des titres émis par la société bénéficiaire de l'apport.

La société bénéficiaire de l'apport devient alors filiale de l'entreprise cédante. L'apport partiel d'actif permet en définitive de filialiser une ou plusieurs branches d'activité de l'entreprise et de leur donner une existence juridique autonome.

Dès lors que l'apport est soumis au régime des scissions, la Cour de cassation considère que l'apport entraîne une transmission universelle du patrimoine, sauf dérogation expresse prévue par les parties<sup>2</sup>. Le traité d'apport prévoit en général que la société bénéficiaire s'oblige au paiement de la totalité des obligations et du passif liés à la branche d'activité apportée.

Une fois l'apport réalisé, l'investisseur acquiert tout ou partie des actions de la filiale, bénéficiaire de l'apport et désormais propriétaire de la branche d'activité qui intéresse l'investisseur.

L'investisseur devient ainsi l'actionnaire de la société bénéficiaire. L'acquisition se fait en général par le biais d'un contrat d'acquisition ou d'investissement, lequel comporte une clause de garantie d'actif et de passif.

L'articulation entre le traité d'apport et le contrat de cession peut soulever la question des responsabilités supportées par les acteurs de telles opérations, comme le démontre un arrêt récent de la Cour de cassation.

## 2. Validité et mise en œuvre de la garantie de passif

La Cour de cassation dans son arrêt du 4 juillet 2018 revient sur les distinctions à opérer entre la prise en charge du passif au titre du traité d'apport et la portée de la garantie d'actif et de passif incluse dans le contrat de cession ou d'investissement<sup>3</sup>.

En l'espèce, un équipementier automobile crée une filiale et lui apporte une branche de son activité. Dans le cadre de cet apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, un traité d'apport est conclu et prévoit que la filiale bénéficiaire de l'apport s'oblige au paiement de la totalité des obligations et du passif lié à cette branche d'activité nés à la date de l'apport ou à naître après cette date. L'équipementier cède par la suite la totalité des actions de sa nouvelle filiale à un tiers investisseur lequel devient ainsi le nouvel actionnaire de la filiale. Le contrat



de cession actant de cette opération prévoit selon l'usage une garantie d'actif et de passif au profit de l'investisseur.

Des salariés de l'usine où est exploitée cette branche d'activité saisissent le juge prud'homal sur le fondement d'un préjudice d'anxiété en raison de la présence d'amiante au sein de l'établissement. Ils agissent en responsabilité contre l'équipementier cédant et l'investisseur acquéreur. Se prévalant du traité d'apport, l'équipementier demande à l'investisseur de le garantir des condamnations mises à sa charge à la suite de cette action. La cour d'appel de Caen donne raison à l'équipementier en estimant que «les conditions de la transmission universelle de la société apporteuse à la société bénéficiaire de tous les biens, droits et obligations de la branche d'activité cédée sont fixées par le traité d'apport». Compte tenu des dispositions du traité d'apport rappelées ci-dessus, la cour d'appel estime que l'équipementier est fondé à solliciter la garantie de l'investisseur acquéreur en exécution du traité d'apport<sup>4</sup>.

La Cour de cassation casse l'arrêt, en ce qu'il condamne l'investisseur à garantir l'équipementier des sommes mises à la charge de ce dernier, au motif que la cour d'appel aurait dû se référer non pas au traité d'apport mais au contrat de cession en vertu duquel l'équipementier cédant «garantissait à l'acheteur que les opérations de l'activité française de freinage étaient conformes à la législation sur l'environnement, la sécurité et la santé au travail et qu'aucune faute inexcusable en matière de sécurité au travail n'avait été commise».

La Cour de cassation rappelle en effet au visa de l'article 1134 du Code civil<sup>5</sup> dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (nouvel article 1103 du Code civil) que ce sont les clauses du contrat de cession des actions de la filiale qui font foi entre l'équipementier et l'investisseur et non pas celles du traité d'apport.

### 3. Cohérence et portée de la décision

La solution adoptée récemment par la Cour de cassation paraît tout à fait logique. Il s'agit d'une application classique du droit des contrats. Le traité d'apport a été conclu entre l'équipementier cédant et la société bénéficiaire de l'apport. Ses dispositions, en ce inclus la prise en charge du passif par la société bénéficiaire, sont applicables entre ces deux parties et ne lient pas, en l'espèce, l'investisseur, tiers au contrat.

Cette solution rejoint également le principe selon lequel la clause de garantie d'actif et de passif bénéficie en général au cessionnaire et non à la société dont les actions sont cédées<sup>6</sup>. En l'espèce, l'investisseur était cessionnaire des actions de la société bénéficiaire. Il était donc logique qu'il ne puisse pas se voir imposer une responsabilité du fait du cédant. Cela annihilerait entièrement le but même de la clause de garantie d'actif et de passif.

La prise en charge par la société bénéficiaire du passif lié à la branche d'activité apportée ne doit pas faire obstacle à la mise en œuvre de la garantie de passif dont bénéficie l'investisseur

en vertu du contrat de cession ou d'investissement. Nonobstant ladite prise en charge en vertu du traité d'apport, l'entreprise cédante est tenue de garantir à l'investisseur les éventuels passifs selon les termes du contrat de cession ou d'investissement. La solution aurait pu être différente dans le cadre d'une absorption, la société absorbante se substituant à la société absorbée dans toutes ses obligations y compris les garanties. Cependant, le cas d'espèce ne présentait pas l'hypothèse d'une absorption

**La Cour de cassation dans son arrêt du 4 juillet 2018 revient sur les distinctions à opérer entre la prise en charge du passif au titre du traité d'apport et la portée de la garantie d'actif et de passif incluse dans le contrat de cession ou d'investissement.**

mais bel et bien d'une cession des actions de la filiale à l'investisseur. Ce sont les termes de ce contrat qui lient l'investisseur et qui définissent ses droits et obligations.

La cour d'appel aurait également pu rappeler la jurisprudence selon laquelle la société apporteuse ne peut plus être civilement poursuivie pour des fautes personnellement commises dans le cadre de la branche d'activité apportée<sup>7</sup>, de sorte que les litiges nés de manquements de la société apporteuse concernant la branche d'activité apportée doivent être dirigés contre la société bénéficiaire de l'apport<sup>8</sup>.

Ces arguments étaient toutefois inopérants à l'égard de l'investisseur en raison de la garantie d'actif et de passif incluse dans le contrat de cession. Cette clause excluait que l'investisseur puisse être tenu du passif lié à la branche d'activité en cause en matière de sécurité et de santé au travail. En revanche, ces arguments auraient pu être invoqués à l'encontre de la filiale bénéficiaire de l'apport dès lors que par effet de l'apport, elle reprenait l'intégralité du passif lié à la branche d'activité.

En pratique, il est conseillé aux parties impliquées dans une opération de carve-out de porter une attention particulière à la garantie d'actif et de passif dont la rédaction et la négociation sont un des points les plus délicats et importants des contrats de cession ou d'investissement. Quand bien même l'entreprise cédante s'opposerait à la mise en place d'une telle garantie d'actif et de passif, l'arrêt du 4 juillet encourage au contraire les investisseurs à prévoir une telle garantie dans leur contrat d'acquisition ou d'investissement. ■

1. Détournage en français.

2. Cass. com., 16 févr. 1988, Bull. IV, p. 48.

3. Cass. civ. 1, 4 juillet 2018, 17-22.110, Sté Honeywell matériaux de fonction c/ F.

4. CA. Caen, 2 juin 2017.

5. Article 1134 du Code civil dans sa version antérieure à la réforme de 2016:

«Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.»

6. Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-19.174, FD, Evelyne Gall Heng c/ Yolande Jung: JurisData n° 2017-003981.

7. Cass. com., 10 déc. 2003, n° 1790: RJDA 3/04 n° 312.

8. Cass. soc. 10 déc. 2014, n° 13-22.430: RJDA 2: 15 n° 101.