

## AFFAIRES

## Garantir la garantie d'actif et de passif (GAP) en souscrivant un contrat de capitalisation

Inf. 13

Dans le protocole de cession de parts sociales, pourquoi ne pas proposer au cédant la souscription d'un contrat de capitalisation pour garantir d'éventuelles dettes antérieures ou diminution d'actif ? Avantages de cette solution et précautions à prendre.

Par Union notariale financière (Unofi)

Les parties au protocole de cession peuvent déterminer librement la nature de la contre-garantie à apporter à la GAP. La solution retenue doit être compatible avec les caractéristiques de la GAP (généralement de 2 à 5 ans avec dégressivité) et permettre au cessionnaire d'obtenir un paiement immédiat en cas d'insolvabilité ou de mauvaise volonté du cédant.

### AVANTAGES DU CONTRAT DE CAPITALISATION

Sont ainsi régulièrement utilisés le séquestre d'une partie du prix de vente auprès d'un tiers assermenté, la caution bancaire et la garantie à première demande par un établissement bancaire (qui en contrepartie exigera le dépôt des capitaux correspondants sur un compte à terme ou un autre produit bancaire). A priori satisfaisantes pour le cessionnaire, bien que la banque caution ait la faculté d'opposer des exceptions au bénéficiaire au moment du paiement, ces garanties pénalisent financièrement le cédant : dans le cadre du séquestre, les capitaux immobilisés seront faiblement rémunérés, et des frais supplémentaires lui seront facturés en cas de caution bancaire (frais de caution correspondant à un pourcentage du montant cautionné, frais bancaires en cas de mise en jeu de la caution). En outre, la récupération des capitaux à l'issue de leur conservation pendant la durée conventionnelle de la garantie subira l'impôt sur les plus-values éventuelles.

En comparaison, la souscription du contrat de capitalisation auprès d'une société d'assurances permet à la fraction du prix de vente qui y est investie de capitaliser dans des conditions optimales de sécurité (sous réserve

toutefois des supports d'investissement choisis dans le cas d'un contrat multisupport), en évitant de payer inutilement des frais et dans une perspective beaucoup plus large que celle de la durée de la garantie. Le cédant pourra ainsi conserver tout ou partie du contrat pour bénéficier de son antériorité fiscale, et pourra même l'abonder si le contrat autorise les versements libres, ce qui est souvent le cas. La fiscalité des retraits, identique à celle de l'assurance-vie, demeure avantageuse et, dans le cadre de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), seule la valeur nominale du contrat continue à pouvoir être déclarée à l'administration fiscale (*Rép. Frassa Sén. 7-7-2016 n° 17495 : BPAT 6/16 inf. 242*).

Autre avantage du contrat de capitalisation, qui diffère sur ce point de l'assurance-vie, le décès du cédant pendant la période de garantie ne dénouera pas le contrat et ne contraindra donc pas ses héritiers à négocier avec l'acquéreur une nouvelle contre-garantie.

### PRÉCAUTIONS LORS DE LA SOUSCRIPTION

Les modalités de remise en garantie du contrat de capitalisation plaident également en sa faveur. La garantie sera constituée concomitamment à la souscription du contrat, au moyen de l'un ou l'autre des modes suivants :

- par délégation du contrat : il s'agit d'un acte sous seing privé régularisé par le cédant, le cessionnaire et la société d'assurances gestionnaire du contrat, cette dernière (« le délégué ») devenant directement débitrice du cessionnaire (« le délégataire ») à la place du cédant (« le délégant »). Totalement gratuite et d'une extrême souplesse, la délégation

emporte notre préférence, dans la mesure où les clauses de l'acte sont proposées par la société d'assurances et sont donc parfaitement adaptées aux caractéristiques du contrat ;

- par nantissement du contrat avec cession du droit de rachat (*C. ass. art. L 132-10*), régularisé par le cédant et le cessionnaire et simplement notifié à la société d'assurances gestionnaire du contrat ;

L'inconvénient du contrat de capitalisation réside dans le fait qu'il est encore peu promu comme instrument de garantie. Le plus souvent, les protocoles types de cession prévoient seulement le séquestre ou la caution bancaire, et si aucune autre alternative n'y figure, le coût d'un acte rectificatif ne pourra être évité. C'est pourquoi nous conseillons d'ajouter à la clause de contre-garantie des modèles de protocoles de cession la formulation suivante :

« Pour garantir la garantie de passif, le cessionnaire accepte de substituer aux garanties précitées une délégation de créance ou un nantissement, sous réserve qu'après examen, cette substitution n'emporte aucune diminution de sa garantie et lui assure une protection identique de sa créance en cas de réalisation. »

Précisons également qu'en cas de souscription d'un contrat de capitalisation multisupport, il convient de choisir avec précaution les supports sur lesquels les sommes seront investies pour limiter les risques de perte en capital, en privilégiant les supports sécurisés. Il peut aussi être utile d'encadrer les opérations d'arbitrage en prévoyant que, pendant la durée de la garantie, le cédant ne pourra exercer son droit à l'arbitrage qu'avec l'accord préalable du cessionnaire.

