

Assurance des garanties de passif : des risques et des incertitudes



D.R.

Par Bruno Pichard, avocat associé, ancien élève de l'Ecole polytechnique IEP Paris, DESS en Droit, Pichard & Associés

On sait que lors de la cession d'une société, l'acquéreur demande fréquemment une garantie. Cette garantie, dite de passif, porte sur l'état de la société, ses actifs et ses passifs et entraîne ainsi pour le cédant le risque de devoir rembourser une partie du prix de cession, et par là même le risque de devoir entrer dans de nouvelles discussions, parfois difficiles, avec l'acquéreur. Mais le chef d'entreprise qui cède son affaire pour prendre sa retraite, voudra éviter de la voir troublée. Il arrive également que le vendeur reste à la tête de son entreprise, même s'il en a cédé le contrôle. L'acquéreur et le vendeur deviennent alors partenaires dans cette entreprise et voudront éviter les sources de conflits que peut faire naître la garantie de passif.

Il est donc souvent tentant de vouloir contourner les risques nés d'une garantie de passif et c'est l'objectif de l'assurance de cette garantie, qu'elle soit souscrite par l'acheteur ou par le vendeur. Le principe est alors de faire prendre en charge par un assureur les conséquences financières de la garantie de passif pour qu'en cas de mise en jeu de cette garantie, ce ne soit donc plus le cédant qui soit appelé à payer mais l'assureur. Le principe est simple et séduisant et répond à un réel besoin. Sa mise en œuvre se révèle cependant complexe. Pour simplifier, on considérera ici que le vendeur est l'assuré.

1- Un risque général réduit mais maintenu

L'assurance de garantie de passif reste une assurance et elle ne consiste pas à substituer dans cette garantie l'assureur à l'assuré, assuré qui s'en trouverait ainsi totalement dégagé. Au bout du compte des risques subsisteront pour l'assuré, qu'ils proviennent de franchise ou de plafond de garantie ou encore d'exclusion de certains événements de la couverture d'assurance. A titre d'exemple, ne sont en principe pas couvertes les erreurs ou inexactitudes dans les déclarations faites par le cédant dans la garantie de passif lorsqu'il les connaissait lors de la souscription. Il y a des risques clairement exclus et dont l'exclusion est acceptée sans ambiguïté par l'assureur et le cédant. Mais comme pour toute assurance, il peut aussi y avoir des discussions sur l'étendue de l'assurance. Si l'assureur, pour une raison quelconque, refuse de couvrir un sinistre que le cédant croyait couvert, le cédant se retrouvera face à l'acquéreur avec l'obligation de satisfaire à la garantie de passif. L'assurance garantie de passif prend donc en charge une partie, qui peut être significative et très appréciable pour l'assuré, des risques de la garantie de passif mais elle ne réduit pas pour autant ces risques à zéro.

2- Des négociations plus incertaines

L'assureur ne peut couvrir qu'un risque qu'il connaît et qu'il a pu évaluer. Autrement dit, il devra être informé de toutes

les clauses de la garantie de passif et cette garantie sera annexée au contrat d'assurance. La mise en place de la garantie intervient donc non plus à l'issue d'une négociation bipartite vendeur/acquéreur mais d'une négociation tripartite vendeur/acquéreur/assureur, ce qui ne manquera pas de compliquer les discussions.

3- Des seuils, franchises ou plafonds aux effets potentiellement inattendus

3.1. Une inversion des effets entre la garantie de passif et l'assurance

Les seuils et les franchises qui bénéficient au vendeur assuré dans la garantie de passif restent au contraire à sa charge dans l'assurance. Il s'agit bien des mêmes mots et des mêmes concepts mais aux effets opposés pour l'assuré suivant le contrat auquel ils s'appliquent. En plus, ces effets se cumulent. L'assureur ne couvrira que des sinistres dont le montant excédera la somme des deux franchises. En effet, tant que la franchise de la garantie de passif n'est pas atteinte, l'assuré n'a rien à payer. Une fois cette franchise atteinte, l'assureur n'interviendra que pour les paiements excédant la franchise de l'assurance. En final, l'assureur ne prendra en charge que les sinistres de la garantie de passif au-delà de l'addition des deux franchises. En matière de plafonds, la vigilance s'impose également : le plafond de la garantie de passif vise le montant maximum que le cédant pourra payer à l'acquéreur. Il ne tient pas compte des frais engagés par le cédant pour se défendre (honoraires d'avocat par exemple). En revanche, le plafond de l'assurance pourra inclure de tels frais.

3.2. Des difficultés d'application

Comme rappelé ci-dessus, l'assurance garantie de passif comporte naturellement des éléments exclus de l'assurance. Si la garantie de passif est mise en jeu du fait d'un de ces éléments, le coût en sera supporté par le cédant. Que se passe-t-il alors si deux sinistres, l'un couvert par l'assurance et l'autre non, surviennent et si le cumul de ces sinistres dépasse le montant de la franchise de la garantie de passif, sans qu'aucun de ces deux sinistres n'atteigne

isolément cette franchise ? Vis-à-vis de l'acquéreur, le cédant sera tenu de l'excédent de ces deux sinistres par rapport à la franchise. La responsabilité de l'assureur est, elle, moins tranchée. Pour fixer les idées, le coût du sinistre couvert par l'assurance sera considéré comme égal à 200, le coût de celui qui n'est pas couvert à 300 et le montant de la franchise de la garantie de passif à 400. Pour simplifier, on considère que l'assurance n'a pas de franchise. On peut imaginer au moins trois solutions :

a) L'événement exclu (coût 300) est réputé inexistant vis-à-vis de l'assureur. Dans les rapports entre l'assureur et l'assuré, seul l'événement couvert (coût 200) est pris en compte et, entre eux, la franchise de la garantie de passif (400) n'est alors pas considérée comme atteinte. L'assureur ne paye donc rien et l'assuré vendeur prend à sa charge le coût total de la mise en jeu de la garantie (soit 100). Pour l'assuré, le résultat est le même que si aucun des deux événements n'avait été couvert.

b) Dans leurs rapports, l'assureur et l'assuré appliquent la garantie de passif telle qu'elle est et, pour déterminer entre eux si la franchise de la garantie est atteinte, on prend alors en compte le sinistre exclu de l'assurance (300) et le sinistre couvert par cette assurance (200). Entre eux, dans le cadre de cet exemple, la franchise (400) est donc réputée atteinte et l'assurance va pouvoir jouer. L'assureur paiera alors 100 et l'assuré rien. On obtient le résultat inverse de la solution précédente : pour l'assuré tout se passe comme si les deux événements avaient été couverts par l'assurance.

c) La franchise de la garantie de passif est appliquée, entre l'assureur et l'assuré, proportionnellement au montant des sinistres exclus et non exclus, ce qui est probablement le plus équitable. Le calcul devient alors : une fraction de la franchise égale à $200 / (200 + 300) = 40\%$ est déduite du sinistre couvert par l'assurance soit, à déduire : $40\% \times 400 = 160$. Le coût pour l'assureur est alors de $200 - 160 = 40$. Le solde de la franchise, soit 240, est déduit du coût de l'événement non couvert par l'assurance, soit $300 - 240 = 60$ à supporter par l'assuré. A défaut de clause précise, il risque d'être très difficile de trancher entre ces solutions.

4 - Des compensations délicates

Les garanties de passif contiennent assez souvent des clauses prévoyant des compensations entre les éléments mettant en jeu la garantie et des accroissements d'actifs ou des diminutions de passif de la société vendue. Ici aussi il conviendra d'être très vigilant lors de la rédaction. On peut en effet retrouver des problèmes voisins de ceux de la franchise. Il en sera ainsi, par exemple, en cas de mise en jeu de la garantie de passif pour deux événements dont l'un est couvert par l'assurance (coût supposé aux termes de la garantie de passif : 300) et l'autre ne l'est pas (coût supposé aux termes de la garantie de passif : 200). S'il existe également des suppléments d'actifs (valeur selon la garantie de passif : 400) permettant, dans le cadre de la garantie de passif, une compensation avec le coût de ces deux événements, à nouveau trois options peuvent être envisagées :

a) Pour le calcul de l'indemnité d'assurance, les suppléments d'actifs (400) sont supposés s'appliquer en priorité sur l'événement couvert par l'assurance (300) et en diminuent d'autant le coût pour l'assureur. Avec cet exemple, les suppléments d'actifs (400) sont supérieurs au coût de l'événement couvert par l'assurance (300). L'assureur n'a rien à payer. En revanche, l'assuré devra payer $300 + 200 - 400 = 100$. Cette solution sera donc pénalisante pour l'assuré qui ne bénéficie alors que du résidu des événements favorables après l'imputation au profit de l'assureur.

b) On adopte la solution inverse de la précédente. Le supplément d'actif (400) s'impute par priorité sur l'événement non couvert par l'assureur (200) et le solde de ce supplément (200) sur l'événement couvert par l'assurance (300). L'assureur devra prendre à sa charge la différence entre le coût de l'événement couvert par l'assurance (300) et le solde de ce supplément d'actifs (200) soit au total : $300 - 200 = 100$. Cette solution se révèle, elle, pénalisante pour l'assureur qui, en définitive, dans notre exemple, prend à sa charge l'intégralité du coût de la mise en jeu de la garantie de passif alors que l'un des événements était exclu de l'assurance.

c) L'assurance peut prévoir une répartition proportionnelle de ces suppléments d'actifs sur les deux événements au pro rata de leur coût. C'est une solution qui a le mérite d'une certaine équité. Dans notre exemple, le supplément d'actif s'impute à hauteur de $300 / (300 + 200) = 60\%$ sur l'événement couvert (soit à déduire du coût de l'événement couvert $60\% \times 400 = 240$) et à hauteur de $200 / (300 + 200) = 40\%$ sur l'événement non couvert. Au total, le coût pour l'assureur est de $300 - 60\% \times 400 = 60$ et pour l'assuré $200 - 40\% \times 400 = 40$. Comme précédemment, à défaut de clause claire, il sera difficile de trancher.

5 - Des règles de mise en jeu à surveiller

Il sera naturellement nécessaire de vérifier la cohérence des mécanismes d'information et de notification des sinistres à l'assuré par l'acquéreur, d'une part, et à l'assureur, par l'assuré, d'autre part. A défaut, l'assuré pourrait se trouver dans l'impossibilité de satisfaire ses obligations à la fois vis-à-vis de l'assureur et de l'acquéreur. Il faudra aussi être très vigilant sur la cohérence des clauses concernant la conduite des sinistres. Par exemple, si la garantie de passif prévoit que c'est l'acheteur qui décide de la gestion d'un sinistre, le contrat d'assurance ne pourra naturellement pas stipuler que cette gestion sera confiée à l'assureur. En définitive, l'assurance garantie de passif se révèle comme la superposition de deux mécanismes voisins : une vraie assurance (l'assurance de la garantie) et un contrat proche de l'assurance (la garantie de passif). Il en résulte un mécanisme délicat, susceptible de donner facilement naissance à des incohérences ou des incertitudes. Sa complexité réserve également cette assurance à des opérations d'une certaine taille. Mais pour peu que l'on garde à l'esprit ses limites et qu'elle diminue les risques sans pouvoir tous les éliminer, l'assurance de la garantie de passif offre une sécurité complémentaire, propre à faciliter certaines acquisitions. ■