

L'ASSURANCE DE GARANTIE DE PASSIF : QUELQUES CONSIDÉRATIONS PRATIQUES

*par Antoine de la Gatinais, Avocat Associé,
Gide Loyrette Nouel*



L'assurance de garantie de passif s'est fortement développée ces dernières années. Grâce au transfert du risque financier qu'elle opère, elle constitue une réponse adaptée à de nombreuses situations que rencontrent les acteurs des fusions acquisitions.

Dans un marché où le rapport de force est favorable aux vendeurs, l'assurance garantie de passif "vendeur", qui assure le vendeur en cas de mise en jeu de la garantie de passif qu'il a consentie, est la formule la moins répandue. Elle présente par ailleurs des limites que ne connaît pas l'assurance "acheteur" (impossibilité de couvrir le dol par exemple). Dans le cas d'une assurance "acheteur", l'essentiel de la garantie est assumé par l'assureur, dans un lien direct avec l'acheteur. Le vendeur peut ainsi être déchargé d'une part (très) importante de l'indemnisation de l'acquéreur en cas de mise en jeu de la garantie. Par conséquent, ce type de police convient à toutes les situations où les vendeurs ne souhaitent pas (par exemple dans le cadre d'un processus d'enchères ou dans le cas de la revente rapide d'une société) ou ne peuvent pas (fonds d'investissement en fin de vie, vendeurs en situation financière difficile) donner de garantie complète. Elle est également pertinente lorsque l'acquéreur désire simplifier sa relation avec les vendeurs : réduire le quantum de l'obligation d'indemnisation du vendeur et s'assurer ainsi un avantage compétitif dans un

appel d'offres ou éviter les complications et les délais d'un procès ou d'une procédure arbitrale en cas de mise en jeu de la garantie.

L'assurance de garantie de passif "acheteur" - sur laquelle nous nous concentrerons - peut donc s'avérer un outil très utile pour rapprocher les exigences des vendeurs et des acheteurs dans les transactions. Le recours à cet instrument requiert néanmoins que les parties et les praticiens en intègrent les caractéristiques et le fonctionnement.

Avant toute chose, il est important que l'acquéreur et le vendeur anticipent dès le début de leurs discussions ce qui pourra être couvert ou non par l'assureur. Un certain nombre de risques sont généralement exclus par principe : risques environnementaux, responsabilité du fait des produits défectueux ou amendes pénales par exemple. Il faut également rappeler que les risques connus ne sont pas indemnisables. Devront aussi faire partie de cette réflexion initiale, la question du plafond de la garantie (et de la prime d'assurance qu'il implique), de sa durée, etc. afin que, combinée à ce que le vendeur pourra consentir au titre de la garantie de passif, la couverture de l'acquéreur soit satisfaisante. Cette étape est clé car elle évite de se retrouver dans la situation où, croyant pouvoir s'appuyer sur l'assurance, l'acquéreur a accepté le principe d'une exposition limitée du vendeur et découvre finalement que la police

offerte ne le couvre pas de manière satisfaisante. Il est utile de consulter un courtier spécialisé le plus tôt possible dans le processus de cession. On évite ainsi, autant que possible, de se retrouver au dernier moment avec un "trou" dans la couverture recherchée.

La définition du champ de l'audit mérite une attention particulière. Les assurances ne couvrent généralement que les domaines ayant fait l'objet d'un audit : ainsi, seront exclus de la garantie tous les risques ou tous les pays où le groupe cible a ses activités et pour lesquels aucun audit n'aura été conduit. Lorsque des rapports d'audit vendeur (VDD) ont été préparés, il est nécessaire de vérifier avec l'assureur quels audits complémentaires il exigera. Il faut aussi avoir à l'esprit que le montant de la garantie applicable à l'assurance ne pourra être inférieur au seuil de matérialité fixé pour les audits. Les auditeurs doivent être informés du fait que les risques identifiés sont par principe exclus de la garantie : il est impératif qu'ils puissent être le plus précis possible dans la description du risque afin de limiter au maximum les exclusions.

L'articulation entre le contrat d'acquisition et la police est évidemment cruciale car c'est la combinaison de l'assurance et de la garantie du vendeur qui donne sa pleine couverture à l'acquéreur. Réciproquement, pour le vendeur, il est indispensable que sa responsabilité résiduelle soit rigoureusement délimitée. Si les délimitations sont claires, le contrat d'acquisition doit en théorie pouvoir ne pas faire référence à l'assurance. Des références à la police sont toutefois parfois insérées à la demande du vendeur avec l'objectif de limiter la possibilité pour l'acquéreur d'actionner la garantie contractuelle du vendeur. Il est par ailleurs impératif que le contrat d'acquisition contienne un jeu complet de déclarations et garanties car il constitue l'assiette sur laquelle est définie la couverture de l'assurance : si une déclaration n'est pas consentie par le vendeur, le risque correspondant ne pourra pas être garanti par l'assureur. L'assureur veut aussi être certain que le vendeur a réalisé l'exercice de constitution des annexes d'exceptions à la garantie de manière sérieuse même si en pratique, grâce à un plafond limité, l'exposition du vendeur est réduite. Bien entendu, pour les risques non couverts par l'assurance (par exemple ceux révélés par les audits ou, dans certaines hypothèses, le dol), il appartient à l'acquéreur de négocier leur prise en charge par le vendeur.

Il est impératif que le processus d'acquisition et en particulier la négociation du contrat d'acquisition aient été menés normalement, malgré la possibilité d'une couverture par l'assureur d'une partie des risques. L'acquéreur doit être en mesure de démontrer à l'assureur et ses conseils que la présence de l'assureur de l'a pas rendu moins diligent ni moins prudent. Réciproquement, il est vérifié que le

vendeur a fourni de bonne foi et de manière sérieuse les informations requises pour les besoins des audits.

La police est discutée entre l'acquéreur et son assureur. Sa négociation reprend les éléments classiques d'un contrat de garantie à la différence que l'assiette initiale des garanties est fixée par référence aux déclarations qui figurent dans le contrat d'acquisition. En principe, sous réserve des exclusions et limites de la police, l'assureur indemnise l'acquéreur comme l'aurait fait le vendeur en vertu du contrat d'acquisition si le plafond de la garantie contractuelle n'avait pas été applicable. L'assureur fait toutefois une revue attentive des déclarations consenties par le vendeur en vue le cas échéant d'en exclure certaines ou d'en réduire la portée. Cela n'affecte évidemment pas les rapports entre le vendeur et l'acquéreur mais réduit le champ des déclarations du vendeur opposables à l'assureur (et donc la couverture de l'acquéreur). Les autres thèmes de discussion avec l'assureur ne sont pas inédits pour le praticien : définition du dommage, franchise, plafond, durée, procédure de réclamation, gestion des litiges, etc. La singularité de l'exercice tient à ce que cette garantie complète celle du vendeur. Ainsi, il est nécessaire de prêter une attention particulière au fonctionnement des clauses de minimis, seuils, franchise et plafonds de la police par rapport au texte du contrat d'acquisition. Par exemple, il convient de vérifier si la franchise applicable au titre de la police se confond avec le plafond de la garantie du vendeur (auquel cas, l'assureur prend le relais de l'indemnisation, au premier euro, après épuisement du plafond applicable au vendeur) ou si une franchise spécifique a vocation à s'appliquer (auquel cas, l'assureur prend le relais de l'indemnisation après épuisement du plafond applicable au vendeur et épuisement de la franchise spécifique).

Le traitement fiscal de l'indemnisation reçue par l'acquéreur peut différer selon qu'il s'agit d'une indemnisation au titre d'une garantie de passif (réduction de prix) ou d'un contrat d'assurance (indemnité). Les polices contiennent donc généralement des clauses de gross-up qui garantissent à l'acquéreur une indemnisation nette de fiscalité.

Le vendeur est pour l'essentiel extérieur à la discussion de la police. Il veillera simplement à vérifier qu'elle contient bien une clause de non recours à son encontre de la part de l'assureur. Cette renonciation à recours prévoit généralement l'exception de la fraude ou de dol du vendeur.

En raison de ses caractéristiques, l'assurance garantie de passif "acquéreur" ne saurait être considérée comme un substitut parfait à une garantie classique. Il s'agit toutefois d'un moyen qui peut s'avérer très efficace, à condition de clairement définir au préalable ce qu'on en attend.