

Accueil > Juridique > Droit & Technique > **L'assurance de la garantie de passif**

FUSION-ACQUISITION

L'assurance de la garantie de passif

PAR DAVID BAKOUCHE, AGRÉGÉ DES FACULTÉS DE DROIT – PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PARIS XI, AVOCAT À LA COUR – CABINET
MAYER BROWN - LE 16/02/2016

L'assurance de la garantie de passif permet de protéger les parties contre les conséquences pécuniaires de toute réclamation ayant pour origine l'inexactitude d'une ou plusieurs déclarations et garanties données par le cédant. Nous faisons le point sur ces contrats proposés par les assureurs sous la forme de polices d'assurance dédiées.

Le 15 octobre dernier s'est tenue au cabinet Mayer Brown, à Paris, une conférence organisée par Erwan Heurtel, associé, et l'auteur de ces lignes, au cours de laquelle il a été question de « l'assurance de la garantie de passif ». Le sujet intéresse les acteurs du M&A et les assureurs puisque, dans le cadre des cessions de participation qui comportent des garanties de passif (ce qui est généralement le cas compte tenu de l'insuffisance des protections offertes par le droit commun au cessionnaire, qu'il s'agisse de la théorie des vices du consentement, de la lésion, des garanties du droit de la vente ou de la théorie de l'enrichissement sans cause), les sociétés d'assurance proposent, de façon très à propos, des polices d'assurance dédiées et dites assurances de la garantie de passif. On conviendra que, en tant que telle, l'idée de garantie de la garantie n'est pas nouvelle : le séquestre d'une partie du prix d'achat, un complément de prix, une garantie bancaire, un cautionnement sont des garanties consenties par le cédant. **Il reste que ces garanties sont souvent très contraignantes pour le vendeur et peuvent aboutir, dans certains cas, à un blocage et, finalement, une rupture des négociations.** Sous cet aspect, on s'explique que l'assurance de la garantie de passif puisse apparaître, en pratique, comme une alternative à ces difficultés.

L'assurance de la garantie de passif permet de protéger les parties contre les conséquences pécuniaires de toute réclamation ayant pour origine l'inexactitude d'une ou plusieurs déclarations et garanties données par le cédant. Adossée au contrat de garantie de passif, elle peut être souscrite par le vendeur ou par l'acquéreur.

Délégation de paiement des indemnités d'assurance au profit de l'acheteur

Le contrat d'assurance souscrit par le vendeur, qui a la qualité d'assuré, a pour objet de transférer à l'assureur les risques liés à la garantie de passif qu'il a consentie. Il peut prévoir une délégation de paiement des indemnités d'assurance directement au profit de l'acheteur,

conformément à l'article 1275 du Code civil, étant entendu que si le créancier délégataire y a consenti, le débiteur originaire (délégant) se trouve libéré. La délégation parfaite, emportant changement de débiteur par substitution du délégué au délégant, conduit ainsi à ce que l'acheteur renonce à tout recours contre le vendeur : l'assureur devient le seul débiteur. Encore convient-il alors de conseiller à l'acquéreur de conditionner la renonciation à tout recours contre le vendeur à la validité ou à l'efficacité de la garantie d'assurance, ce qui suppose qu'il ait pu en prendre attentivement connaissance. **Gare, par exemple, à la fausse déclaration intentionnelle du risque par l'assuré**, encore que la jurisprudence ait, il est vrai, circonscrit assez restrictivement la possibilité pour l'assureur de se prévaloir de la nullité du contrat d'assurance sur le fondement de l'[article L. 113-8 du Code des assurances](#) en décidant que, pour admettre la nullité, il faut que la fausse déclaration intentionnelle de l'assuré procède des réponses qu'il a apportées à des questions précises posées par l'assureur (Cass. ch. mixte, 7 févr. 2014, Bull. ch. mixte, n°1). Mais les dangers pour le cessionnaire ne se limitent pas au risque de fausse déclaration : que l'on songe à la connaissance par l'assuré du fait dommageable lors de la souscription ([art. L. 124-5 du Code des assurances](#) - [art. 1964 du Code civil](#)), voire à la représentation erronée de l'existence de l'aléa, autrement dit aux cas dans lesquels le risque, dit putatif, n'existerait que dans la croyance de l'assuré (sur la question, v. F. Leduc, L'existence de l'aléa : sa représentation par l'assuré *in* « L'aléa et le contrat d'assurance », RCA 2014, dossier 5). Sans compter que l'acquéreur aura bien entendu intérêt à avoir mesuré le sens et la portée des éventuelles clauses d'exclusion stipulées dans la police.

Financement par l'assureur des indemnités dues par le vendeur avant tout recours

Plus fréquemment en pratique, **le contrat d'assurance est souscrit par l'acquéreur, qui a donc la qualité d'assuré** : l'assureur couvre le préjudice et les conséquences financières qui résultent pour l'assuré lui-même de l'inexactitude d'une déclaration ou garantie donnée par le vendeur dans le cadre du contrat de garantie de passif. L'intérêt consiste évidemment dans le fait que le financement par l'assureur des indemnités dues par le vendeur se fait ici avant tout recours, contrairement à ce qui se produit en présence d'une police souscrite par le vendeur, où l'assureur n'indemnise qu'après mise en cause du vendeur par l'acquéreur et détermination de la dette du vendeur. Toujours est-il que l'on retrouve la condition classique en matière d'assurance tenant à l'existence d'un aléa, qui veut que les faits connus de l'assuré lors de la souscription de la police ne puissent faire l'objet d'une garantie. L'hypothèse peut s'avérer redoutable pour l'assuré lorsque le risque assuré est dit « composite », comme l'est par exemple le risque dans l'assurance de responsabilité : si son processus de réalisation est nécessairement progressif (fait générateur, survenance du dommage, réclamation de la victime, décision judiciaire), il n'en reste pas moins, en droit positif, que l'aléa fait défaut dès lors que le fait générateur, entendu comme la cause génératrice du dommage, s'est produit, au su de l'assuré, avant la conclusion du contrat. En clair, l'aléa n'existe plus dès l'instant que le premier élément du risque composite de responsabilité est survenu avant la souscription. Tout cela n'est sans doute pas sans incidence sur l'efficacité de l'assurance de la garantie de passif. Si le fait, pour le cessionnaire, d'avoir exposé la société au risque qui s'est finalement réalisé - un

redressement fiscal par exemple - n'est pas en tant que tel de nature à faire obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir de la clause de garantie de passif (Cass. com., 10 juill. 2007, Bull. civ. IV, n°188), il n'est en effet pas certain qu'il ne suscite pas quelques difficultés sur le terrain de la mise en œuvre de la garantie d'assurance.

On l'aura compris, **l'intérêt que revêt l'assurance de la garantie de passif explique l'engouement qu'elle suscite en pratique.** Elle recèle tout de même quelques pièges qu'il faut savoir éviter pour pouvoir tirer toute la quintessence d'un mécanisme particulièrement attractif. La nécessité de se faire correctement conseiller par des spécialistes de ces questions n'en est que plus grande.

A LIRE AUSSI



Projet BEPS de l'OCDE: quelles conséquences pour les assureurs ?

Un réservoir de croissance dans un océan saturé



L'entrée en vigueur de Solvabilité II : ligne d'arrivée ... et nouveau départ !

La tribune de l'assurance Tous droits réservés