

RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS EN FRANCE : ASPECTS PRATIQUES EN DROIT DES SOCIÉTÉS ET OPÉRATIONS DE M&A



L'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations vient d'être publiée au Journal Officiel du 11 février 2016 (l'"Ordonnance"). Cette réforme entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Après cette date, les nouvelles règles s'appliqueront aux seuls contrats conclus, renouvelés ou reconduits tacitement.

Ses impacts en matière de droit des sociétés et sur les opérations de M&A sont multiples, et concernent notamment :

- l'encadrement de la période de négociation du contrat d'acquisition ;
- la restauration de l'efficacité des avant-contrats ;
- le nouveau dispositif relatif aux vices du consentement ;
- la consécration de la théorie de l'imprévision ;
- la clarification des remèdes à l'inexécution contractuelle.

1. Négociation du contrat d'acquisition

Exigence de bonne foi – Le nouvel article 1112 prévoit que *"l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres"* à condition de rester de bonne foi. Tout manquement à ce principe, désormais d'ordre public, engage la responsabilité de son auteur. Il conviendra dès lors de garder à l'esprit cette exigence de bonne foi dans un certain nombre de situations, comme par exemple la communication tardive d'informations à un stade avancé des négociations, le fait de privilégier un candidat à un autre, ou la rupture brutale des négociations. Consacrant la jurisprudence *Manoukian*, le nouveau texte exclut du préjudice réparable les pertes résultant des avantages attendus du contrat non conclu. En pratique, seuls les frais directs liés à la période de négociation seront pris en compte (frais de déplacement, frais de conseils et autres frais divers).

Devoir d'information précontractuelle – Le nouvel article 1112-1 prévoit un devoir d'information qui s'impose à tout type de contrat



et à toute partie à la négociation. Ce devoir vise l'«*information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre*» partie. Il précise que seules les informations «*qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties*» sont considérées comme déterminantes. Les informations portant sur l'estimation de la valeur sont en revanche exclues. Dans les opérations de M&A, l'obligation pesant sur le vendeur «de s'informer pour informer en connaissance de cause» devrait être renforcée. En amont, il devient encore plus conseillé au vendeur de diligenter un audit poussé afin de fournir à l'acquéreur potentiel l'information la plus étendue possible. Par ailleurs, les déclarations qu'il pourra faire dans le SPA devront être scrupuleusement rédigées, celui-ci ne pouvant plus se retrancher derrière le fait que sa connaissance de l'information est limitée. Enfin, le nouvel article 1112-1 prévoit que la charge de la preuve du manquement au devoir d'information pèse sur l'acquéreur. Par conséquent il conviendra de veiller à élargir le périmètre de ses audits afin qu'on ne lui oppose pas que l'information qu'il prétend lui être due ne figure pas dans les matières couvertes par l'audit.

Obligation de confidentialité – Cette nouvelle obligation légale au cours de la phase de négociation, qui couvre à la fois l'utilisation et la divulgation de l'information confidentielle, n'aura qu'un impact pratique mineur en matière d'opérations de M&A. En effet, l'article 1112-2 ne définit pas l'information dite confidentielle. Il ne prévoit pas non plus la durée de la confidentialité, les conditions dans lesquelles l'information pourrait exceptionnellement être divulguée ou encore les sanctions qui pourraient se cumuler à l'engagement de responsabilité (clause pénale, *break up fees*, etc.). Ces différents éléments sont en général conventionnellement prévus et encadrés par une lettre

d'intention ou un *Memorandum of Understanding* (MOU). Enfin, dans la mesure où la clause de confidentialité figurant dans de tels documents est généralement prévue pour une certaine durée, il pourrait être suggéré de prévoir une renonciation expresse au nouvel article 1112-2 en cas de manquement à l'obligation de confidentialité au-delà de cette durée, ce nouvel article permettant d'engager la responsabilité extracontractuelle dans les conditions de droit commun.

2. Restauration de l'efficacité des avant-contrats

La promesse unilatérale de vente – Rompant avec une jurisprudence hésitante en la matière, le nouvel article 1124 alinéa 2 restaure la force obligatoire de la promesse unilatérale en énonçant que «*la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis*». Une telle solution sécurise les promesses de cession de droits sociaux en faveur de leur bénéficiaire. L'article 1124 alinéa 3 ajoute que «*le contrat conclu [...] avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul*». A contrario, le contrat conclu avec un tiers de bonne foi (qui ne connaissait pas l'existence de la promesse) ne sera pas frappé de nullité. Toutefois, une lecture combinée des alinéas 2 et 3 pourrait conduire à des situations de conflits entre acquéreurs successifs. Par ailleurs, alors que le nouvel article 1224 ne le prévoit pas expressément, le bénéficiaire d'une promesse ne pourrait-il pas demander sa substitution dans les droits du tiers sur le fondement désormais expressément admis de l'exécution forcée ? Enfin, quid de l'hypothèse où la promesse ne comporterait pas de délai pour lever l'option ?

Le pacte de préférence – L'Ordonnance introduit dans le Code civil des règles relatives au pacte de préférence. Consacrant la jurisprudence

de la Chambre mixte du 26 mai 2006, le nouvel article 1123 permet au bénéficiaire d'obtenir la nullité du contrat conclu en violation du pacte, et sa substitution au tiers à la double condition de la connaissance par le tiers (i) de l'existence du pacte et (ii) de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir. Il est regrettable que l'Ordonnance n'ait pas retenu la solution prévue dans le projet initial, qui prévoyait un allègement de la charge de la preuve pesant sur le bénéficiaire en le dispensant de prouver la seconde condition.

Surtout, l'Ordonnance permet désormais au tiers de «*demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et [sa volonté de] s'en prévaloir*». A défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire sera privé de la possibilité de demander la nullité du contrat conclu ou sa substitution au tiers. Cette action interrogatoire – qui s'appliquera aux contrats en cours dès l'entrée en vigueur de l'Ordonnance – soulève plusieurs questions. Le bénéficiaire pourrait-il se retrancher derrière une éventuelle clause de confidentialité prévue dans le pacte ? Ne faudrait-il pas distinguer la possibilité de révéler l'existence du pacte, et non son contenu ? En toute hypothèse, à compter du 1^{er} octobre 2016, la rédaction des pactes de préférence devra tenir compte de ces nouveautés afin d'encadrer les conséquences de l'action interrogatoire.

S'agissant du tiers, il conviendra de mesurer l'intérêt d'user de cette faculté, au risque d'obtenir une réponse positive du bénéficiaire lorsque l'on sait que la double preuve prévue par l'article 1123 alinéa 2 est extrêmement difficile à rapporter. D'autres interrogations demeurent : quel serait le moment opportun pour engager l'action interrogatoire ? Quel serait le «délai raisonnable» qui devrait être laissé au bénéficiaire pour répondre ? Quelles



seraient les conséquences de l'absence d'action interrogatoire de la part du tiers s'il ne s'agit pour lui que d'une simple faculté ?

3. Vices du consentement susceptibles de porter atteinte à un SPA

L'erreur – Le nouvel article 1132 substitue aux termes “qualités substantielles” de l'objet du contrat ceux de “qualités essentielles de la prestation due” définies comme “celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté”. Alors que l'erreur sur la substance des titres cédés n'est admise par les tribunaux que de façon très marginale, les praticiens pourraient tenter d'obtenir la nullité des contrats de cession de droits sociaux sur le fondement de l'erreur, par une interprétation large des notions de qualités essentielles des prestations. Il reste que l'article 1136 exclut expressément l'erreur sur la valeur par laquelle l'acquéreur potentiel ferait une appréciation économique inexacte à moins que celle-ci conduise à une erreur sur les qualités essentielles.

Le dol – Deux nouveautés peuvent être mentionnées s'agissant du régime du dol, lequel est le vice du consentement le plus évoqué en pratique pour tenter d'obtenir l'annulation d'une cession de droits sociaux. D'une part, le nouvel article 1138 consacre le dol émanant d'un tiers à savoir le “représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du cocontractant” ou encore un “tiers de connivence”. D'autre part, le nouvel article 1137 sanctionne expressément la réticence dolosive caractérisée par la “dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie”. Cette violation doit être lue de façon combinée avec le nouvel article 1112-1 qui impose un devoir précontractuel d'information.

4. Consécration de la théorie de l'imprévision

Le nouvel article 1195, qui consacre la théorie de l'imprévision en droit privé français, apparaît comme l'une des innovations majeures de l'Ordonnance.

Pour rappel, l'imprévision résulte d'un “*changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat [et qui] rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque*”.

Mécanisme prévu – L'Ordonnance prévoit un mécanisme en plusieurs temps : (i) la partie pour laquelle l'exécution est excessivement onéreuse peut demander à son cocontractant de renégocier le contrat, (ii) en cas de refus ou d'échec dans cette renégociation, les parties peuvent, d'un commun accord, décider de résoudre le contrat, ou demander au juge de “*procéder à son adaptation*”, (iii) en l'absence d'accord entre les parties “*dans un délai raisonnable*”, l'une des parties peut demander au juge de réviser le contrat ou d'y mettre fin.

Imprévision et MAC clauses – L'introduction d'un régime de l'imprévision dans le Code civil pourrait a priori conforter les praticiens. Toutefois, le contour incertain des notions de “*changement de circonstances*” et d’*“exécution (...) excessivement onéreuse”*, mais surtout le large pouvoir laissé in fine au juge pour adapter, voire résoudre le contrat “*à la date et aux conditions qu'il fixe*”, devrait conduire les parties à une opération de M&A à écarter expressément ce mécanisme, supplétif de volonté, pour recourir de façon plus systématique aux *Material Adverse Clause* (MAC) pour encadrer les risques qui pourraient survenir entre le *signing* et le *closing*. En effet, les parties auront tout intérêt à définir en amont les critères qui pourront être pris en compte ainsi que les conséquences

de la survenance de certains événements défavorables afin d'éviter une renégociation dans l'urgence. L'incertitude quant à la possibilité pour les parties d'être indemnisées en cas de résolution judiciaire du contrat, des investissements déjà réalisés voire des gains futurs qu'aurait pu procurer le contrat, devrait également conduire à rédiger scrupuleusement les MAC clauses. Enfin, et en plus de ces dernières, il conviendra d'anticiper dans le SPA les conséquences d'un changement de circonstances imprévisible en cas de clause d'ajustement de prix ou de complément de prix qui pourrait survenir post *closing*.

Imprévision et clause d'acceptation des risques

– Le nouvel article 1195 prévoit en outre que la partie qui subirait l'exécution devenue onéreuse, ne devrait pas avoir accepté d'en assumer le risque. En pratique, l'acceptation des risques sera matérialisée dans la partie déclarative des garanties d'actif et de passif voire dans les plafonds de garanties prévus pour tel ou tel risque. Au titre de ces stipulations, les parties auront tout intérêt à prévoir que les risques que chaque partie a accepté d'assumer ne pourront pas être invoqués pour obtenir une renégociation voire une révision des termes du contrat, au titre du nouvel article 1195.

5. Remèdes à l'inexécution contractuelle

L'Ordonnance introduit dans le Code civil une nouvelle section consacrée à l’*“inexécution du contrat”*.

L'exception d'inexécution par anticipation

– Le nouvel article 1220 permet à une partie de suspendre le contrat avant même que l'inexécution par l'autre partie de ses obligations soit caractérisée “*dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution*



sont suffisamment graves pour elle". En pratique, cette solution pourrait conduire le cessionnaire de droits sociaux à suspendre le paiement d'un complément de prix qui aurait pu être prévu, au motif qu'il serait fondé à mettre en jeu une garantie d'actif ou de passif stipulée en sa faveur. Or si cette solution paraît pragmatique, elle suscite de nombreuses interrogations : à partir de quand peut-on considérer qu'"il est manifeste" que l'autre partie ne s'exécutera pas ? Comment apprécier *in concreto* l'"inexécution suffisamment grave" ? Ne faudrait-il considérer que la notification de la suspension, qui doit être faite "dans les meilleurs délais", doit être motivée ?

L'exécution forcée en nature – L'affirmation de l'exécution forcée en nature au nouvel article 1221 devrait conduire les praticiens à y recourir de façon plus systématique en matière de droits des sociétés. Traditionnellement, les tribunaux se fondaient sur l'article 1142 du Code civil pour condamner l'exécution forcée en nature d'une obligation de faire. Le nouvel article 1221 ne distingue plus les obligations de faire/de ne pas faire et les obligations de donner. L'exécution forcée devrait pouvoir être invoquée en matière de promesse unilatérale, de pacte d'actionnaires ou encore d'une convention de vote, alors que cette solution a traditionnellement été refusée par la jurisprudence.

La réduction du prix – Le nouvel article 1223, en prévoyant la possibilité pour le créancier d'"accepter une exécution imparfaite du contrat et de solliciter une réduction proportionnelle du prix", généralise la solution existante en matière d'action estimatoire prévue pour la garantie des vices cachés. La jurisprudence refuse traditionnellement de caractériser un vice caché des droits sociaux cédés pour permettre au cessionnaire d'obtenir une réduction du prix sur ce fondement, sauf à ce que ce vice empêche la poursuite de l'objet

social. Cette solution pourrait sans doute évoluer.

La résolution unilatérale – Admise par la jurisprudence, la résolution unilatérale aux "risques et périls" du créancier fait son entrée au nouvel article 1226 aux côtés de la clause résolutoire (nouvel article 1225) et de la résolution judiciaire (nouvel article 1227). Des précautions ont certes été prises (mise en demeure préalable du débiteur de satisfaire son engagement, délai raisonnable qui lui est imparti, notification de la résolution et obligation de motivation, possibilité pour le débiteur de recourir au juge), mais la consécration d'un tel remède est incontestablement dangereuse en matière de cessions de droits sociaux. Surtout, quel serait le pouvoir du juge saisi par le débiteur qui contesterait la résolution ? Et quid du sort du contrat injustement résolu ? Ces interrogations méritent d'être réfléchies.

La nouvelle réglementation entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Il est dès à présent recommandé d'anticiper les impacts de ces nouvelles règles pour les contrats qui seront conclus postérieurement à cette date ainsi que les nouvelles obligations qui pèseront sur les parties. Les interrogations qui demeurent devront, de la même façon, être anticipées, discutées et dans la mesure du possible purgées, afin de prévenir de potentiels contentieux.



Pour plus d'information sur le sujet, vous pouvez contacter les auteurs de ce *briefing* :

Franck Bernauer

Avocat Associé, Paris

T : +33 1 44 94 40 50

E : franck.bernauer@hfw.com

Soraya Salem

Collaboratrice, Paris

T : +33 1 44 94 40 50

E : soraya.salem@hfw.com

HFW compte plus de 450 avocats en Australie, en Asie, au Moyen-Orient, en Europe et en Amérique Latine. Pour plus d'information sur des problématiques liées aux contrats d'acquisition dans d'autres juridictions, vous pouvez contacter :

Nick Hutton

Partner, Londres

T : +44 (0)20 7264 8254

E : nick.hutton@hfw.com

Brian Gordon

Partner, Singapour

T : +65 6411 5333

E : brian.gordon@hfw.com

Pierre Frühling

Partner, Bruxelles

T : +32 (0) 2643 3406

E : pierre.fruhling@hfw.com

Henry Fung

Partner, Shanghai

T : +86 21 2080 1000

E : henry.fung@hfw.com

Michael Buisset

Partner, Genève

T : +41 (0)22 322 4801

E : michael.buisset@hfw.com

Patrick Cheung

Partner, Hong Kong

T : +852 3983 7778

E : patrick.cheung@hfw.com

Jasel Chauhan

Partner, Le Pirée

T : +30 210 429 3978

E : jasel.chauhan@hfw.com

Aaron Jordan

Partner, Melbourne

T : +61 (0)3 8601 4535

E : aaron.jordan@hfw.com

Ziad El-Khoury

Partner, Beyrouth

T : +961 3 030 390

E : ziad.elkhoury@hfw.com

Carolyn Chudleigh

Partner, Sydney

T : +61 (0)2 9320 4620

E : carolyn.chudleigh@hfw.com

Khulaif Al-Enezee

Partner, Riyadh

T : +966 11 276 7372

E : khulaif.alenezee@hfw.com

Matthew Blycha

Partner, Perth

T : +61 (0)8 9422 4703

E : matthew.blycha@hfw.com

Rula Dajani Abuljebain

Partner, Dubaï/Koweït

T : +971 4 423 0502/
+965 9733 7400

E : rula.dajaniabuljebain@hfw.com

Jeremy Shebson

Partner, São Paulo

T : +55 11 3179 2900

E : jeremy.shebson@hfw.com

Lawyers for international commerce

hfw.com

© 2016 Holman Fenwick Willan France LLP. Tous droits réservés.

Nous veillons à envoyer les informations les plus précises possibles, néanmoins, elles ne constituent aucunement un avis juridique.

Holman Fenwick Willan LLP est responsable du traitement de vos données personnelles. Pour les mettre à jour ou modifier les listes de diffusion auxquelles vous êtes inscrit, veuillez contacter Craig Martin au +44 (0)20 7264 8109 ou craig.martin@hfw.com.

São Paulo Londres Paris Bruxelles Genève Le Pirée Beyrouth Riyadh Koweït Abu Dhabi Dubaï
Singapour Hong Kong Shanghai Tianjin Perth Melbourne Sydney