

# La réforme du droit des contrats, au service des opérations de M&A

**Tantôt caricaturé, tantôt délaissé pour d'autres droits réputés plus sûrs, le droit français est aujourd'hui sous le feu des projecteurs. En effet, le droit des contrats a été réformé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 qui est entrée en vigueur le 1er octobre 2016. Cette réforme codifie principalement des solutions jurisprudentielles existantes, offrant aux acteurs économiques davantage de sécurité juridique et la possibilité d'approches plus pragmatiques. Elle comprend également un certain nombre de nouveautés que les praticiens du M&A doivent prendre en compte.**



Par François Barrière, Counsel Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP professeur à l'Université de Lyon (EA 4573), président de l'ANDJCE et Pascal Bine, avocat au barreau de Paris, associé de Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP

## Le processus de négociation et de due diligence

En matière de négociations, la réforme impose de manière expresse la bonne foi lors des pourparlers, alors que la loi ne la visait jusqu'ici que lors de l'exécution des contrats. Concernant la rupture des négociations, la réforme consacre, sans évolution majeure, le principe jurisprudentiel de non-réparation de la perte des avantages attendus du contrat non conclu.

L'ordonnance consacre également un devoir général d'information, qui porte sur toute information (autre que l'estimation de la valeur de la prestation) qu'une partie « connaît » et dont elle sait qu'elle est « déterminante » pour le consentement de l'autre partie (article 1112-1 nouveau du Code civil). Il s'agit d'une règle d'ordre public dont le non-respect peut engager la responsabilité de la partie défaillante ou entraîner l'annulation du contrat. Pour pouvoir l'invoquer, la partie bénéficiaire de cette obligation doit légitimement ignorer l'information concernée ou faire confiance à son cocontractant. Dans le cadre d'une opération d'acquisition, l'acheteur ne pourra donc, en principe, invoquer le devoir d'information du vendeur que s'il a satisfait à son « obligation de se renseigner » en conduisant un audit de la société cible. La jurisprudence devra indiquer dans quelle mesure un acheteur qui a reçu un rapport de due diligence du vendeur peut valablement faire confiance à ce dernier et invoquer ce nouveau devoir d'information en cas d'inexactitude ou d'omission significative dans le rapport. Elle

devra également préciser si ce devoir d'information fait peser sur l'actionnaire vendeur une obligation de due diligence au niveau de la gestion de la société cible.

Par ailleurs, la réforme confirme le caractère irrévocable de l'offre jusqu'au délai fixé par son auteur ou, à défaut, jusqu'à l'issue d'un délai raisonnable. Dès lors, les parties devront ainsi préférer une date fixe pour éviter l'incertitude de la notion de délai raisonnable.

Enfin, en l'absence de toute clause de confidentialité, les informations confidentielles communiquées lors d'une due diligence sont protégées par l'instauration d'une responsabilité civile de droit commun en cas d'utilisation ou de divulgation de celles-ci. On retrouve ici un autre aspect de l'exigence de bonne foi. La stipulation d'une clause de confidentialité dans une lettre d'intention n'en demeure pas moins utile dans la mesure où une telle clause permettra d'apporter des précisions sur le champ d'application et l'étendue de la confidentialité, ou encore de prévoir des sanctions spécifiques.

## L'impact sur les contrats d'acquisition

Le nouveau devoir d'information précontractuel est susceptible d'impacter les contrats d'acquisition de plusieurs façons. En premier lieu, les dispositions de l'article 1112-1 nouveau du Code civil étant d'ordre public, toute clause ayant pour objet de réduire la protection de l'acheteur vis-à-vis de l'information qui lui a été fournie par le vendeur (ex. : clause de « recours exclusif » ou d'absence d'autres garanties) pourrait être

inopérante dès lors que les conditions d'application du nouvel article 1112-1 sont remplies. En second lieu, la nouvelle obligation d'information étant bilatérale, le vendeur aura désormais un argument fort pour demander à l'acheteur de lui déclarer qu'il n'a connaissance, à la date de réalisation de l'acquisition, d'aucun élément pouvant donner lieu à une action en indemnisation post-réalisation de l'opération, dès lors qu'un tel risque pourrait affecter la décision du vendeur de réaliser ladite opération. En dernier lieu, chaque partie pourra chercher à contractualiser le nouveau devoir d'information dans un sens qui lui est favorable, en demandant à l'autre partie de lui déclarer qu'elle a bien communiqué (dans le cas du vendeur) ou reçu (dans le cas de l'acheteur) toutes les informations nécessaires pour s'engager dans l'opération.

Par ailleurs, l'ordonnance prévoit que le juge pourra désormais modifier le contrat en cas de survenance d'un changement de circonstances imprévisible rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour l'une des parties (article 1195 nouveau du Code civil). La portée du texte devrait toutefois être limitée en pratique eu égard à son caractère supplétif. En outre, la pratique a déjà développé des outils, telles que les clauses de material adverse change (MAC) et de hardship, qui permettent à l'une des parties de « sortir » du contrat ou de le réviser dans des situations déterminées. Du point de vue des contrats d'acquisition, de deux choses l'une : soit il existe un accord entre les parties sur la possibilité pour l'acheteur de sortir de l'opération dans ce type de circonstances, auquel cas elles auront intérêt à préciser les conditions d'exercice de ce droit en stipulant une clause MAC dans le contrat d'acquisition plutôt que de se reposer sur les dispositions de l'article 1195 nouveau du Code civil et une interprétation entièrement judiciaire des concepts de « changement de circonstances imprévisible » et d'« exécution excessivement onéreuse » ; soit il n'y a pas d'accord entre les parties sur la possibilité pour l'acheteur de sortir dans les circonstances ci-dessus, auquel cas le contrat d'acquisition devra expressément écarter l'application de l'article 1195 nouveau du Code civil dans ce cas de figure.

## Les pactes d'actionnaires

Il est fréquent que les pactes d'actionnaires prévoient des pactes de préférence et des promesses unilatérales. L'ordonnance vient confirmer le régime pour les premiers, le solidifier pour les seconds. En outre, les remèdes à l'inexécution du contrat sont précisés.

L'ordonnance confirme en effet le régime du pacte de préférence, fréquent dans la pratique des affaires, par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à une autre de traiter avec elle pour le cas où elle déciderait de contracter. Les deux conditions jurisprudentielles, cumulatives, à la substitution du bénéficiaire d'un pacte à un tiers à un contrat conclu en violation dudit pacte sont reprises : il faut d'une part, que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence, et d'autre part, qu'il ait eu connaissance

de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Une action interrogatoire est instaurée, accordant au tiers la possibilité de demander confirmation de l'existence d'un pacte de préférence au bénéficiaire présumé. Il semble toutefois peu probable que le tiers y ait recours, étant mieux loti en ne sachant rien !

La réforme renforce considérablement l'efficacité de la promesse unilatérale. La révocation de la promesse pendant le temps de levée de l'option ne fait plus obstacle à la formation du contrat promis. Jusqu'à présent, la jurisprudence permettait la révocation de la promesse unilatérale en affirmant que la levée de l'option, postérieure à la rétractation du promettant, excluait toute rencontre des volontés. Opportunément, l'ordonnance vient prendre le contre-pied de cette jurisprudence. La clause d'exécution forcée de la promesse revêt désormais une importance moindre, alors que les clauses de dédit et les clauses pénales conservent une importance singulière puisqu'elles permettent de sortir de la promesse (s'agissant du promettant) ou de sanctionner le cocontractant qui n'aurait pas exécuté correctement son obligation. La réforme consacre la nullité du contrat qui aurait été conclu avec un tiers qui connaissait l'existence de la promesse. Afin de limiter les risques pour les tiers et que ceux-ci se ménagent un commencement de preuve, l'insertion dans un contrat d'acquisition d'une déclaration spécifique d'absence d'existence d'une promesse unilatérale de vente portant sur le même objet que celui dudit contrat pourrait se développer. Inversement, les parties à une promesse unilatérale pourraient aussi conclure une clause pénale, en cas de violation de la promesse au bénéfice d'un tiers sans connaissance de celle-ci (et à l'encontre de qui la nullité ne pourra donc pas être requise).

L'exécution en nature est érigée comme principal remède à l'inexécution du contrat. Une limite est apportée en cas de « disproportion manifeste entre le coût de l'exécution pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ». En ce sens, les parties auront intérêt à prévoir une clause précisant que l'exécution des obligations ne sera pas excessivement onéreuse pour le débiteur, voire à écarter conventionnellement la limite posée par le dispositif. En matière de conventions de vote, l'exécution forcée devrait vraisemblablement être accueillie. Certes, la jurisprudence devrait confronter ce principe au caractère « personnel » du droit de vote, mais l'on peut penser que les juges y seront favorables, ayant déjà pu valider, avant même l'ordonnance, des exécutions forcées de pactes d'actionnaires et de conventions de vote. En outre, l'ordonnance instaure un mécanisme de réduction unilatérale du prix en cas d'exécution imparfaite. Les parties devraient toutefois pouvoir déroger à ce mécanisme.

Cette réforme est heureuse, en ce qu'elle clarifie et consolide plusieurs aspects utiles aux praticiens. La liberté contractuelle demeure dans l'ADN du droit des contrats français, les articles étant, sauf exception, supplétifs de volonté et offrant autant d'options que possible aux praticiens. Le Code ne reflétait plus le droit des contrats qui était devenu essentiellement jurisprudentiel. La réforme a permis, à travers une entreprise de codification, un gain de sécurité juridique. ■