

Alerion.news

Newsletter Corporate

FÉVRIER 2017

SOMMAIRE

PAGE 1 / 2

La bonne foi dans les négociations

PAGE 2 / 3

L'imprévision dans les opérations M&A

PAGE 3 / 4

Autres impacts de la réforme du droit des obligations

PAGE 4

Actions gratuites : 1 pas en avant, 2 pas en arrière

DÉPARTMENTS

DROIT SOCIAL

DROIT FISCAL

DROIT BANCAIRE

CONTENTIEUX DES AFFAIRES

DROIT DES SOCIÉTÉS - M&A

DROIT BOURSIER

PRIVATE EQUITY

RISQUES INDUSTRIELS / DROIT DES ASSURANCES

DROIT IMMOBILIER

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

COMMANDE PUBLIQUE

DROIT ECONOMIQUE

DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NTIC

AEROSPACE & DEFENCE

GERMAN DESK

SPANISH DESK

Réforme du droit des obligations et pratique de M&A

La bonne foi dans les négociations

Equipe Corporate

A lors que sous l'égide de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil l'exigence de bonne foi ne s'appliquait qu'à l'exécution des conventions, l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 a élargi ce principe à la phase précontractuelle, consacrant ainsi l'obligation d'information dans les négociations.

Ainsi, le nouvel article **1104 du Code civil** prévoit que les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi, cette disposition étant d'ordre public. A cet article général s'ajoutent deux autres articles dédiés aux négociations précontractuelles, les articles 1112 et 1112-1 nouveaux du Code civil.

L'article 1112 nouveau du Code civil se borne à rappeler l'exigence de bonne foi dans l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations.

L'article 1112-1 nouveau du même Code risque en revanche d'avoir un réel impact dans la conduite de la phase précontractuelle des opérations de cessions et de fusions-acquisitions, et notamment dans le cadre de l'organisation des due diligence. En effet, **il crée une obligation de divulgation par la partie qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre partie, dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.**

Cette disposition nouvelle pourrait notamment avoir pour conséquences :

- de mettre un terme aux pratiques consistant, dans le cadre de la constitution de *data rooms*, à dissimuler de manière intentionnelle des informations d'importance significative ou de répondre de manière évasive dans le cadre des Q&A ;
- de réhabiliter le devoir de se renseigner qui pèse sur l'acheteur, l'ignorance légitime (ou la confiance légitime) étant devenue une condition de l'obligation précontractuelle d'information. Ainsi, l'acquéreur qui n'aurait pas sollicité d'audit ou qui n'aurait pas volontairement consulté les documents mis à sa disposition dans la *data room* se trouverait donc en situation d'ignorance illégitime ;

DROIT DES SOCIÉTÉS - FUSIONS & ACQUISITIONS

PIERRE-OLIVIER BROUARD ASSOCIÉ

CHRISTOPHE GERSCHÉ ASSOCIÉ

VINCENT POIRIER ASSOCIÉ

ANTOINE ROUSSEAU ASSOCIÉ

KARINE KHOU CASTELLE AVOCAT SENIOR

SALIM BENCHEIKH AVOCAT

CÉCILE BESSON AVOCAT

PAULINE CLÉMENTIN AVOCAT

BENOÎT DERAMOUDET AVOCAT

LOUISE FERREIRA AVOCAT

ALEXANDRA FORTIN AVOCAT

MASAO YAMAMOTO AVOCAT

MERYL LE SAINT AVOCAT

CÉLINE MILENKOVIC JURISTE

SÉBASTIEN DEBOFFLE JURISTE

ALERION

www.alerionavocats.com | 1

• d'inciter les parties à dresser contractuellement la liste des informations qu'elles estiment déterminantes, sous réserve (i) de ne pas vider le devoir d'information de sa substance (article 1112-1 alinéa 5 du Code civil qui dispose que : « les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure, ce devoir »), et (ii) que ces informations aient un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties (article 1112-1 alinéa 3 du Code civil).
L'article 1112-1 alinéa 2 du Code civil

précise toutefois que la partie qui connaît la valeur monétaire réelle de la prestation convoitée est dispensée de renseigner l'autre sur ce point : « [...] ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation ».

La preuve de l'existence du devoir d'information incombe à la partie qui l'invoque, à charge pour la partie mise en cause de prouver qu'elle l'a fournie (article 1112-1 alinéa 4 du Code civil).

Outre la responsabilité de celui qui

est tenu à cette obligation précontractuelle d'information, l'article 1112-1 alinéa 6 du Code civil confirme que **le manquement au devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat** mais seulement si ce manquement a vicié le consentement de l'autre partie, ce qui sera le cas lorsqu'il sera à l'origine d'une erreur ou s'il est constitutif d'un dol selon les critères fixés par les articles 1130 et suivants du même Code.

L'imprévision dans les opérations de M&A

Equipe Corporate

La réforme du droit des obligations (Ordonnance n°131-2016 du 10 février 2016) a introduit l'imprévision en droit civil français en autorisant la renégociation des termes d'un contrat en cours d'exécution en raison d'un changement de circonstances, imprévisible au moment de la conclusion du contrat, qui rendrait son exécution excessivement onéreuse pour l'une des parties.

Jusqu'alors, la jurisprudence a refusé, sauf cas particuliers, d'admettre la révision d'un contrat en raison d'un changement ultérieur de circonstances.

Selon le nouvel article 1195 du Code civil est ainsi rédigé : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder

à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. ».

Trois conditions doivent être réunies pour qu'un co-contractant se prévale de l'imprévision :

(i) un changement de circonstances imprévisible lors de la formation du contrat. Le changement peut s'inscrire dans la continuité, et ne pas seulement résulter d'un bouleversement. Les circonstances doivent résulter de faits extérieurs à la partie concernée (guerre, accident, évolution des cours, etc.), et peuvent être imprévisibles par leur nature, ou leur ampleur.

(ii) une exécution devenue excessivement onéreuse. A la lumière des sources européennes, ce critère s'évalue en fonction du rapport coût/avantage.

(iii) l'absence d'acceptation du risque d'imprévision par la partie qui en est victime. La partie s'estimant victime du changement de circonstances doit solliciter la renégociation du contrat auprès de son co-contractant, tout en continuant à exécuter ses obligations. En conséquence, il est fondamental, pour la partie concernée, de se ménager des preuves de sa non-acceptation du

risque et de sa demande de renégociation du contrat.

Si ces conditions sont réunies, le nouvel article 1195 du Code civil met en place un mécanisme qui peut se décliner en trois temps :

1. la partie qui s'estime victime du changement de circonstances imprévisible rendant l'exécution du contrat trop onéreuse pour elle demande à l'autre partie de renégocier le contrat. Si cette négociation est acceptée et aboutit, le contrat est modifié et se poursuit dans sa version modifiée.

2. si l'autre partie refuse de renégocier, ou si la renégociation échoue, elles peuvent soit résilier le contrat, soit demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. Si en pratique, cette dernière situation risque d'être peu fréquente, elle pourrait néanmoins permettre aux parties, en pratique, de limiter le débat aux points portés dans la requête conjointe présentée au juge, statuant en amiable compositeur.

3. si les parties n'ont pu s'accorder sur la renégociation ou la demande conjointe faite au juge d'adapter le contrat, l'une des parties pourra, après un délai raisonnable, demander au juge de réviser le contrat ou d'y mettre fin aux conditions que celui-ci déterminera.

Le juge aura alors toute latitude pour réviser le contrat, la loi ne lui fixant aucune limite en ce sens, voire d'y mettre fin si la partie l'ayant saisi en fait la demande.

Aucune autre précision n'est toutefois fournie sur les faits susceptibles de constituer un « changement de circonstances imprévisible » ni sur le seuil à compter duquel l'exécution du contrat devient « excessivement onéreuse ».

Les parties ont toutefois la possibilité d'écarter l'application de l'article 1195 du Code civil et de supporter les conséquences d'un changement de circonstances. Elles peuvent aussi aménager les critères du changement de circonstances imprévisible, et fixer le seuil à partir duquel l'exécution du contrat deviendrait trop onéreuse ou encore aménager l'intervention du juge, qui pourra être un juge professionnel ou un tiers désigné par les parties.

Dans le cadre d'opérations de M&A, la stipulation fréquente de conditions suspensives et/ou

résolutoires implique qu'une période plus ou moins importante peut s'écouler entre le « *signing* » et le « *closing* ».

Des clauses « *Material Adverse Change* » (clause MAC) sont donc fréquemment stipulées dans les contrats d'acquisition. Cette clause prend précisément en compte le risque d'un changement significatif de circonstances entre le signing et le closing et a pour objet de mettre fin au contrat. Dans les contrats dont l'exécution s'étale sur la durée, la clause de *hardship* vise à prévoir une adaptation du contrat au changement de circonstances.

Le rédacteur de ces clauses devra désormais tenir compte du nouvel article 1195 du Code civil. Ainsi, les parties qui souhaitent prévoir une clause MAC prévoyant une résolution du contrat sans renégociation de ses termes devront prévoir expressément la renonciation des parties à se prévaloir d'une renégociation du contrat.

Pour le cédant, il conviendra d'être particulièrement précis sur les actifs

ou les situations sur lesquelles porte le changement de circonstances imprévisible, et si possible quantifier le seuil à partir duquel l'exécution du contrat est considérée comme excessivement onéreuse au regard notamment de l'impact sur le prix de cession. En pratique, les cédants chercheront à obtenir de l'acquéreur sa renonciation à toute renégociation ou résolution du contrat en cas d'imprévision.

Pour l'acquéreur, la rédaction des clauses MAC ou de *hardship* devra être la plus large possible de manière à pouvoir lui offrir une porte de sortie ou une renégociation du contrat portant notamment sur le prix.

En ce qui concerne l'intervention du juge, les parties pourront soit l'écarter purement et simplement au profit d'un tiers, soit l'aménager en précisant, par exemple, que le juge pourra seulement mettre fin au contrat et pas le modifier ou prévoir une modification uniquement dans certaines proportions contractuellement prévues.

Autres impacts de la réforme du droit des obligations

Equipe Corporate

Création d'une obligation légale de confidentialité

Le nouvel article 1112-2 du Code civil crée une obligation de confidentialité : « *Celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* ». Ce texte de portée générale qui s'applique donc aux périodes de négociation n'empêche pas pour autant la rédaction d'accords spécifiques de confidentialité, premier document contractuel négocié dans le cadre d'opérations M&A, afin notamment de cibler l'information confidentielle, les personnes concernées et les dérogations.

Précisions quant aux conditions de l'offre de contracter (le cas des lettres d'intention)

• **Les éléments de l'offre :** Le nouvel article 1114 du Code civil précise que pour être valable, l'offre doit exprimer « *la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* », ainsi que « *les éléments essentiels du contrat envisagé* ». A défaut, « *il y a seulement invitation à entrer en négociation* ». Ainsi, dans les lettres d'intention ferme (« *binding offer* »), il convient d'indiquer précisément les termes de l'offre et les conséquences de son acceptation même si elle est assortie de conditions suspensives. Dans le cas contraire, l'offre sera considérée comme indicative uniquement (« *non binding offer* »).

• **Rétractation de l'offre :** Le 1^{er} alinéa du nouvel article 1116 du Code civil précise que l'offre de contracter « *ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable* ». Pendant ce délai, l'offre est irrévocable. La référence à un délai raisonnable sans plus d'indication incite à prévoir systématiquement une durée précise de validité de l'offre (mentionnant si possible le jour et l'heure).

• **Indemnisation :** Les 2^{ème} et 3^{ème} alinéas du nouvel article 1116 du Code civil prévoient l'indemnisation du préjudice résultant de la rétractation d'une offre pendant le délai fixé avant son acceptation

par le destinataire de l'offre : cette rétractation « engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser les pertes des avantages attendus du contrat ». A défaut de précision contractuelle, l'indemnisation résultant de la rétractation d'une offre est limitée principalement aux coûts engagés pour la conduite des négociations. Il sera toutefois possible de prévoir contractuellement une indemnisation plus large (en prévoyant par exemple une « clause pénale »). En revanche, si le retrait de l'offre intervient postérieurement à l'acceptation, la responsabilité de l'offrant serait contractuelle, ce qui permettrait d'obtenir l'exécution du contrat ainsi formé.

Clarification des règles relatives à l'inexécution du contrat

Alors que les règles en matière d'inexécution contractuelle figuraient dans le Code civil de manière éparse, la réforme regroupe dans une seule et même sous-section les différentes sanctions de l'inexécution (articles

1217 à 1231-7 du Code civil).

- **L'exception d'inexécution** : le caractère suffisamment grave de l'inexécution par une partie permet à l'autre partie de refuser d'exécuter sa propre obligation. Une partie peut également, par anticipation, suspendre l'exécution de son obligation s'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance, sous réserve d'une simple notification.

- **L'exécution forcée en nature** : avec le nouvel article 1221 « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ». Le créancier peut également faire exécuter lui-même l'obligation.

Ces nouvelles dispositions renforcent sensiblement l'efficacité des pactes d'actionnaires stipulant des promesses unilatérales de cession de titres (« call and put options »), des clauses de sortie conjointe ou de sortie forcée (« tag along » / « drag along ») en ce que

le non-respect de ces clauses pourrait aboutir à leur exécution forcée et non seulement à des dommages-intérêts.

- **La réduction de prix** : sanction intermédiaire entre l'exception d'inexécution et la résolution qui permet de procéder à une révision du contrat à hauteur de son exécution effective. S'il a déjà payé, le créancier de l'obligation peut solliciter une réduction de prix ; s'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais.

- **La résolution du contrat** : la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire prévue au contrat soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une décision unilatérale du créancier ou d'une décision de justice.

- **Les dommages-intérêts** : Les dommages-intérêts viennent en complément des sanctions visées ci-avant. Ils ne sont dus que si le débiteur a été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable.

Actions gratuites :

1 pas en avant, 2 pas en arrière !

La loi Macron adoptée en juillet 2015 avait sensiblement amélioré le régime fiscal et social des actions attribuées gratuitement aux salariés d'une entreprise :

- Imposition des gains d'acquisition au titre des plus-values mobilières plutôt qu'au titre des traitements et salaires faisant ainsi bénéficier à l'attributaire d'un abattement pour durée de détention ;
- Abandon de la contribution salariale de 10% ;
- Réduction de la contribution patronale de 30% à 20%.

Dans la nuit du 19 octobre 2016, des députés de la majorité ont déposé un amendement au projet de loi de finance pour 2017 avec l'intention de revenir en arrière et de supprimer les améliorations apportées par la loi Macron.

Le gouvernement s'est toutefois

opposé à une modification de ce régime, notamment pour ce qui concerne la question de la rétroactivité attachée à cette modification. Un compromis a finalement été trouvé entre le gouvernement et sa majorité. Le projet de loi de finances pour 2017 adopté le 20 décembre 2016 prévoit les modifications suivantes :

- Application du régime des plus-values de cession jusqu'à 300.000 euros de gains d'acquisitions par an ; au-delà de 300.000 euros, les gains seront fiscalisés dans la catégorie des traitements et salaires au barème de l'impôt sur le revenu ;
- Taux de la contribution patronale fixé à 30 %, l'exonération de

contribution patronale étant maintenue pour les PME n'ayant procédé à aucune distribution de dividendes depuis leur création ;

- Application du nouveau régime aux actions gratuites dont l'attribution a été autorisée postérieurement à la publication du projet de loi de finance pour 2017.

Les actions gratuites se trouvent donc régies par plusieurs règles selon la date à laquelle l'Assemblée générale en a décidé l'attribution.

Ce régime juridique et fiscal des actions gratuites rest donc à surveiller en 2017 car il est probable qu'il sera à nouveau modifié au gré des humeurs des prochains gouvernements.

ALERION

137 rue de l'Université, 75007 Paris, France
tél. 01 58 56 97 00 fax 01 58 56 97 01
www.alerionavocats.com

Conception graphique :
Valérie Besser / valatwork.com

Mise en page :
Agnieszka Krasnicka

Photo credits :
Antoine De Roux