

# Entretiens du droit des sociétés de l'ACE : Le projet de réforme du droit des contrats et les cessions d'entreprises

## SOMMAIRE

- P.19 Propos liminaires : quelques mots sur le projet de réforme du droit des contrats (A. Couret)
- P.22 Les apports du projet de réforme au stade de la négociation et de la conclusion du contrat d'acquisition (G. Mouy)
- P.25 La restauration de l'efficacité des avant-contrats dans le projet de réforme (G. Camphort)
- P.28 L'affaiblissement de la force obligatoire du contrat dans le projet de réforme (F. Giancarli)
- P.31 Les remèdes à l'inexécution du contrat dans le projet de réforme (G. Mouy)
- P.33 La réforme du droit des contrats à la lumière du droit allemand (A. Luke)
- P.36 Réflexions d'un juriste américain sur la réforme du droit des contrats (T. McDonald)
- P.39 Observations conclusives : le projet de réforme à l'épreuve de la spécificité de la cession d'entreprise (A. Couret)

## 22 Propos liminaires : quelques mots sur le projet de réforme du droit des contrats

En quelques lignes, le Professeur Alain Couret dresse le « portrait-robot » du projet de réforme. Il met en avant les innovations envisagées et pointe les sujets oubliés.

1 L'objectif de cet article liminaire est de jeter un **éclairage rapide** sur la réforme à venir des obligations avant que l'on entre dans l'examen technique de certaines dispositions. Essayons de répondre à quelques questions simples :

- Pourquoi une réforme ?
- Suivant quelle méthode ?
- Que trouve-t-on dans cette réforme ?
- Que n'y trouve-t-on pas que l'on aurait pu y trouver ?

### Pourquoi une réforme ?

2 On a déploré le **vieillessement** du Code civil : la discordance aujourd'hui est évidente entre le Code civil et le droit positif des contrats. Dans bien des cas, on est loin des objectifs initiaux des rédacteurs

du Code. Le juge n'est plus sur bien des points la bouche de la loi.

On a stigmatisé les **silences** du Code civil, et notamment son peu d'intérêt pour la période précontractuelle qui est essentielle en matière de fusions et acquisitions (M&A). La durée dans la formation du contrat n'est pas intégrée : le Code attache la perfection à l'échange des consentements. Le **vocabulaire** anglais a investi cet espace et, avec le vocabulaire, la tentation vient vite de raisonner avec la logique d'autres droits. Or le vocabulaire n'est jamais neutre. Il véhicule des concepts, comme l'a remarquablement montré Claude Hagège (« Contre la pensée unique », Ed. Odile Jacob, 2012). De même, la question de l'exécution des obligations est datée et appelle d'autres formulations. Le fait que le véritable droit des obligations n'est pas dans le Code

Alain Couret est Professeur de droit privé à l'Université Paris I et avocat associé du cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre.



**ALAIN COURET**  
Professeur à l'Université Paris I - Panthéon-Sorbonne  
Avocat associé CMS Bureau Francis Lefebvre  
Spécialiste de droit des sociétés et de droit financier, il participe à la rédaction des *Mémentos Sociétés commerciales et Groupes*. Il dirige le département doctrine juridique de CMS BFL et exerce également une activité d'arbitrage.

© Editions Francis Lefebvre • BRDA 1/16



a été souvent déploré. Ce droit se trouve dans les recueils de jurisprudence ou, de manière plus concrète, dans les ouvrages de doctrine. Mais ces ouvrages sont inévitablement construits sur des bases subjectives car ils sont le reflet des convictions de l'auteur.

## “ L’actuel droit des obligations n’est plus facilement accessible ”

Les conséquences de ces constats sont que le droit des obligations n’est plus facilement **accessible** (question de l’intelligibilité de la loi) ; il n’offre pas une **sécurité** suffisante aux acteurs, notamment par manque de prévisibilité ; il ne permet pas de réaliser une véritable **justice** contractuelle, peut-être également est-il insuffisamment **attractif**.

### Suivant quelle méthode ?

**3** Le projet se situe à la confluence de tendances lourdes si on l’aborde sous un angle méthodologique. Quatre **illustrations** de ces tendances peuvent être données.

**4** Le support choisi pour la réforme. On ne reviendra pas longtemps ici sur le choix de la réforme **par voie d’ordonnance**, méthode qui a été très largement discutée et contestée par le Sénat. Mais, comme on l’a déjà beaucoup rappelé, la tradition française en matière de Codes est plutôt autoritaire. Un débat sera toutefois ouvert lors de la discussion de la loi de ratification. Le recours à la technique de l’ordonnance tend à se généraliser dès lors que la matière abordée a un très fort contenu technique.

**5** La volonté de mettre en exergue des principes généraux. Ce sont d’abord ici les articles 1102 et 1103 du projet. Art. 1102 : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». Art. 1103 : « Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi ».

Ensuite, on trouve des principes généraux qui sont « noyés » dans les développements. Ainsi, l’article 1111, al. 1 : « L’initiative, le déroulement et la rupture des négociations sont libres. Ils doivent satisfaire aux exigences de bonne foi ».

Ainsi encore l’article 1130 : « L’erreur, le dol et la violence vicent le consentement lorsqu’ils sont de telle nature que, sans eux, l’une des parties n’aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes ».

Cette volonté est intéressante. On retrouve des tendances fortes en ce sens dans les codes étrangers et plus encore dans les codes dits « savants » (cf. M. Mekki : D. 2015 p. 816).

**6** La recherche conjointe de la consolidation et de l’innovation. L’ordonnance est le fruit d’un dialogue entre les sources (M. Mekki, précité).

Un des éléments de ce dialogue réside dans le fait que, sur bien des questions, l’ordonnance consacre des **solutions jurisprudentielles**. On peut évoquer le cas de la rupture des pourparlers qui a donné lieu à une jurisprudence très riche. On peut citer encore la jurisprudence relative aux vices du consentement. Sur l’erreur, sur le dol, le projet opère ici une « codification ». De même, s’agissant du contenu du contrat, la jurisprudence de 1995 concernant les contrats-cadres et l’abus dans la fixation du prix trouvent place dans l’article 1163 du projet.

**7** Le tropisme de la pédagogie. On est frappé par la place accordée aux **définitions**. L’utilité de ces dernières n’apparaît pas de manière évidente et l’on a un peu le sentiment à la lecture de certaines que l’on retrouve le fatras de définitions inutiles qui figure dans bon nombre d’actes aujourd’hui. Bien sûr, la loi se veut didactique car cela rentre dans l’objectif de rendre le droit plus accessible. Toute une série de dispositions est consacrée à la définition des contrats (art. 1101 à 1110, chapitre I, Dispositions préliminaires). A cela on pourra objecter que l’on a en fait allongé seulement une liste : les articles 1101 à 1106 de l’actuel Code civil contiennent également les définitions dans un corps de dispositions préliminaires.

De même, on trouve à l’article 1217, al. 1 du projet une liste des sanctions auxquelles le créancier victime d’une exécution totale ou partielle peut recourir : la suspension de l’exécution, l’exécution forcée en nature, la réduction du prix, la résolution du contrat, la réparation. Cette liste est pédagogique mais ne va pas jusqu’au bout d’une logique didactique : il n’y a par exemple aucune hiérarchie évidente entre ces sanctions.

### Que trouve-t-on qui soit fondamentalement nouveau dans cette réforme ?

**8** La reconfiguration est d’abord **architecturale** : ainsi, on remarque une sous-section 1 consacrée aux négociations qui regroupe les articles 1111 à 1126-8. On sort de la logique du Code civil ancien, qui raisonnait sur une formation instantanée du contrat. C’est un symbole. Mais surtout, la reconfiguration a pour objet des solutions apportées à des **questions de fond**.

Ainsi, la **contrainte économique** est érigée en violence morale par l’article 1142. Il peut être mis fin au contrat (article 1196) en cas d’**imprévision**. L’exécution forcée du contrat peut être refusée au motif de la disproportion et la **notion de clause abusive** est généralisée (article 1169).

Peut-être moins spectaculaire mais proche de nos préoccupations, la promotion de la **bonne foi** au rang de condition de validité de l’acte juridique dans l’article 1111 mérite d’être relevée.

Spectaculaire encore est la promotion de l’**exécution forcée en nature** (art. 1221), qui intéresse directement le M&A. Il y a donc renversement du principe exprimé par l’ancien article 1142. La nouveauté au plan des principes est au moins en apparence frappante. Moins peut-être au regard de la jurisprudence antérieure. La Cour de cassation dans le passé a décidé en plusieurs occasions qu’une obligation

de faire est en tout état de cause susceptible d’une exécution en nature sauf impossibilité matérielle, juridique ou morale. La limite est une mise en péril d’une liber-

essentielle du débiteur. La réforme apporte un fondement légal qui pourra permettre au juge d’intervenir plus sûrement, et elle introduit un correctif qui va laisser au juge un large pouvoir d’appréciation : l’exécution en nature pourra être écartée si son coût est manifestement déraisonnable. Ce juge semble pouvoir être le juge des référés, comme le laisse penser l’emploi de l’adjectif « manifestement ».

**9** Car une des conséquences de plusieurs dispositions sera la forte **promotion du rôle du juge**. On retrouve ici un mouvement qui accorde un rôle central et actif au juge perçu comme tiers impartial et désintéressé. Le juge était la « bouche » de la loi. Le juge se voit reconnaître la légitimité pour exercer sa mission de régulateur de la vie sociale.

## “ On est frappé par la place accordée aux définitions ”

Bien des formules employées vont permettre au législateur de passer la main au juge, qui statuera en équité sous couvert d'une sorte d'habilitation légale : le « coût manifestement déraisonnable » (art. 1221) que l'on a évoqué il y a un instant, le « comportement » de l'auteur qui permet de manifester la volonté de s'engager (art. 1113, al. 2), le « déséquilibre significatif » de l'article 1169.

La possibilité pour le juge de réécrire le contrat qui est contenue dans le nouvel article 1169 est susceptible de faire fuir les opérateurs du commerce international : la prévisibilité du contrat sera menacée et l'attractivité de notre droit pourrait en souffrir.

### Que n'y trouve-t-on pas que l'on aurait pu y trouver ?

10 D'abord un texte a disparu, qui organisait l'**articulation droit commun/droit spécial** de la vente. C'est l'article 1107 du Code civil : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières

à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce ».

Ensuite, il est une grande oubliée : **la cause**. Lorsque sa disparition est regrettée, on pourrait croire qu'il s'agit de souffrances d'intellectuels inconsolables devant la disparition d'une notion qui a suscité une littérature innombrable. Pourtant, on constate en parlant avec des avocats plaidants que la cause était un élément utile dans bien des litiges. Mais peut-être aussi une menace pour la sécurité juridique. Laurent Aynès nous dit ainsi que la cause « est devenue au fil du temps une menace pour la sécurité contractuelle, plutôt qu'un instrument d'équilibre. Il est temps de supprimer cette marque de méfiance à l'égard de l'acte de volonté » (Dr. et Patr. n° 247, mai 2015 p. 56). On n'y trouve pas non plus de référence à la notion de **conflit d'intérêts**. L'occasion était fournie d'introduire

dans notre droit un principe général relatif à cette problématique : des commentateurs ont déploré ce manque de hardiesse du législateur (cf. M. Fabre-Magnan RTD civ. 2015 p. 639 s.).

Enfin, le **droit spécial de la vente** n'est pas revu, mais peut-on reprocher au législateur quelque chose en ce domaine ?

## “ La cause, un élément utile dans bien des litiges ”

11 Au final, quel regard faut-il porter sur cette réforme ? « La vertu est un sommet entre deux abîmes », dit Saint Augustin. Le premier

abîme est celui de la résistance au changement, dont on ne peut sous-estimer l'importance. Le second serait celui d'un gouvernement des juges.

A sa manière, le projet est plutôt équilibré et il ne mérite pas l'accusation d'indignité dont certains ont essayé de dire qu'elle était sa caractéristique première. Il est sans doute perfectible. Reste donc à savoir quelles leçons les rédacteurs de l'ordonnance tireront des améliorations qui ont été çà et là suggérées.



## 23 Les apports du projet de réforme au stade de la négociation et de la conclusion du contrat d'acquisition

M<sup>e</sup> Mouy dresse le panorama des mesures envisagées concernant les négociations et les conditions de validité du contrat pour en cerner les répercussions sur le contrat d'acquisition. Il constate que se trouvent consacrées de nombreuses solutions jurisprudentielles et relève quelques innovations, pas toujours opportunes.

1 Il est naturellement très difficile de prévoir à l'avance les incidences qu'aura le projet de réforme du droit des contrats, si celui-ci devait être adopté en l'état, sur nos pratiques, et plus spécialement sur celles relatives aux contrats d'acquisition et de cession d'entreprises. A la vérité, toute consécration – toute fixation – d'une solution jurisprudentielle dans un texte est en elle-même porteuse de nouveautés puisqu'elle constitue alors un nouveau support normatif qui sera à son tour interprété, de façon timide ou audacieuse, par la Cour de cassation. La codification à droit constant est bien souvent un leurre, elle peut même constituer un accélérateur des phénomènes jurisprudentiels.

### “ Continuité par rapport aux solutions jurisprudentielles existantes ”

2 En ce qui concerne les apports du projet de réforme du droit des contrats au stade de la négociation et de la conclusion du contrat d'acquisition, on peut toutefois raisonnablement penser que ceux-ci devraient rester mineurs tant la rédaction de nombreux projets d'articles du Code civil, relatifs à la formation et à la validité du contrat, s'inscrit franchement dans une volonté de continuité par rapport aux solutions jurisprudentielles existantes. Quelques nouveautés, dont certaines laissent d'ailleurs perplexe, devront toutefois être signalées.

### I. Au stade de la formation du contrat d'acquisition : la probable continuité

3 On a souvent reproché au législateur de 1804 de s'être exclusivement intéressé aux vices pouvant affecter la validité du contrat, en oubliant la période des pourparlers ainsi que le processus de formation du contrat en tant que tel. Il est alors revenu à la jurisprudence le soin de combler ce vide en fixant les principes applicables à la négociation du contrat et ceux relatifs à l'émission d'une offre et d'une acceptation concordantes, principes que le projet de réforme reprend dans leurs grandes lignes.

#### Le déroulement des négociations

4 En ce qui concerne la négociation du contrat, le projet de réforme lui consacre deux nouveaux textes, les articles 1111 et 1112.

5 L'article 1111 du projet reprend en ses deux premiers alinéas, sans grande originalité, les principes, dégagés depuis longtemps par la Cour de cassation, de **liberté** mais aussi d'exigence de **bonne foi** pesant sur les négociateurs à l'occasion des pourparlers, principes naturellement applicables lors de la négociation d'un contrat de cession de droits sociaux. Le texte dispose que « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi [al. 1]. La conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle [al. 2] ». Il reviendra donc toujours à la jurisprudence de déterminer ce qui découle à ses yeux de l'exigence de « bonne foi », en déclinant les comportements

Après avoir travaillé pendant plusieurs années dans des cabinets spécialisés en droit des affaires, en qualité de consultant, G. Mouy crée, en 2010, sa propre structure dédiée aux procès



GRÉGORY MOUY  
Avocat  
Cabinet  
Mouy Dangleterre

d'affaires, au conseil en droit des contrats et en droit des sociétés. Il fonde, au début de l'année 2016, avec Elise Dangleterre, le Cabinet Mouy Dangleterre. Docteur en droit privé, G. Mouy est coprésident de la Commission Droit des sociétés de l'ACE.

attendus du « bon père de famille » et à rebours les différents types de fautes pouvant être commises à l'occasion des pourparlers (rupture animée par une intention de nuire, rupture brutale, rupture tardive, etc.).

6 L'alinéa 3 de l'article 1111 du projet concerne le **préjudice réparable en cas de rupture fautive** des pourparlers et mérite d'être salué en ce qu'il fixe une solution jurisprudentielle admise en 2003 après quelques hésitations. Le texte précise que « Les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet de compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu ». Se trouve ainsi consacrée la jurisprudence « Manoukian » du 26 novembre 2003 refusant d'indemniser la perte de chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat (Cass. com. 26-11-2003 n° 00-10.243 : Bull. civ. IV n° 186, RJDA 5/04



n° 511, D. 2004 p. 869 note A. -S. Dupré-Dallemagne, JCP G 2004 I n° 163 §18 obs. G. Viney, JCP E 2004 n° 738 obs. Ph. Stoffel-Munck, RDC 2004 p. 257 obs. D. Mazeaud. Voir également Cass. 3<sup>e</sup> civ. 28-6-2006 n° 04-20.040 : Bull. civ. III n° 164, RJDA 1/07 n° 3).

Concrètement, en cas de rupture fautive des négociations portant sur la cession de droits sociaux, les bénéfices et gains attendus de la conclusion du contrat projeté ne seront pas réparables, ce qui paraît logique en l'absence de lien de causalité entre la faute et le préjudice invoqué, qui trouve en réalité sa source dans la rupture elle-même, laquelle en soi n'est pas fautive. Le préjudice réparable reste cantonné aux dépenses et frais occasionnés lors de la négociation du contrat dont la rupture a été fautive.

**7** Le second texte du projet relatif aux pourparlers, l'article 1112 du projet semble être davantage novateur et porteur de nouveautés pour nos pratiques, tout au moins en apparence. Cet article entend en effet consacrer une **obligation légale de confidentialité**, c'est-à-dire en dehors de toute stipulation contractuelle qui la prévoirait, des informations échangées à l'occasion des pourparlers, en disposant que « celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité extracontractuelle ».

**8** Est-ce à dire qu'un tel texte nous dispensera de conclure un **contrat** (telle une lettre d'intention) **organisant la confidentialité** des informations échangées lors des pourparlers portant sur la cession d'une entreprise ?

Une réponse négative paraît s'imposer avec évidence, et ce, pour plusieurs raisons. En premier lieu, la rédaction de l'article 1112 est en l'état très maladroite et privée de toute utilité réelle. Il est en effet tautologique d'affirmer que l'utilisation d'une information confidentielle est une faute. Dire que l'information est confidentielle, c'est précisément dire qu'elle n'est pas destinée à être diffusée et qu'en le faisant on commet une faute. La rédaction actuelle de l'article 1112 laisse en réalité entière la question de savoir, justement, ce qu'est une information confidentielle. Le texte aurait pu mentionner par exemple que : « Toute information non publique communiquée par une partie à l'autre dans le cadre des négociations précontractuelles est réputée confidentielle, sauf accord contraire des parties ».

En second lieu, la jurisprudence avait déjà eu l'occasion de sanctionner, en dehors de toute obligation contractuelle de confidentialité, la divulgation d'informations obtenues à l'occasion des pourparlers, même s'il est vrai qu'aucune décision – semble-t-il – ne concernait les cessions de droits sociaux (pour une approche globale du sujet, voir par exemple A. Latreille, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat » :

Petites affiches 7-8-2006 n° 156 p. 4, spéc. n° 38 s.).

En définitive, l'intérêt de rédiger une lettre d'intention organisant la confidentialité des informations échangées au cours des pourparlers reste entier : outre la définition des informations confidentielles, l'accord abordera d'autres questions essentielles, également éludées par l'article 1112 du projet, relatives à la durée de la confidentialité, aux circonstances autorisant exceptionnellement leur divulgation, etc.

#### Le processus de formation du contrat

**9** Les notions d'offre et d'acceptation et leurs régimes juridiques respectifs tels qu'ils ont été dégagés par la jurisprudence sont, de manière générale, repris par le projet de réforme.

**10** La **notion d'offre avec délai**, très fréquente dans les négociations de cessions de droits sociaux, ferait notamment son entrée dans le Code civil. Après que l'article 1115 du projet a rappelé qu'« Elle [l'offre] peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à la connaissance de son destinataire », le projet de nouvel article 1116 mentionne alors qu'« Elle ne peut être révoquée avant l'expiration du délai expressément prévu, ou, à défaut, avant l'expiration d'un délai raisonnable ». Et l'article 1117 de préciser que « La révocation de l'offre, en violation de l'obligation de maintien prévue à l'article 1116, n'engage que la responsabilité extracontractuelle de son auteur, sans l'obliger à compenser la perte des bénéfices attendus du contrat ».

**11** Le régime juridique de l'offre avec délai, assis sur une traditionnelle et incontestable **condamnation à des dommages et intérêts** (sur un fondement délictuel) en cas de rétractation dans le délai stipulé, deviendrait ainsi bien distinct du régime juridique de la promesse unilatérale de vente, qui, lui, change radicalement dans le projet !

L'article 1124, al. 2 du projet précise en effet que « La révocation de la promesse [unilatérale] pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis » (sur cette question, voir les développements ci-après de Gilles Camphort).

**12** La logique de la coexistence de deux régimes juridiques distincts, que la jurisprudence de la Cour de cassation sur la promesse unilatérale de vente a imprudemment rapprochés, serait ainsi restaurée. La sanction du retrait fautif d'une offre stipulée avec délai – qui reste une manifestation unilatérale de volonté – ne peut être qu'une condamnation à des dommages et intérêts, alors que la rétraction du promettant dans la promesse unilatérale de vente – qui est un contrat ayant force obligatoire – doit être réputée inefficace, comme le précise l'article 1124, al. 2 du projet.

## II. Au stade de la validité du contrat d'acquisition : des clarifications à apporter

### La disparition de la cause

**13** La disparition, dans le projet de réforme, de la cause comme condition de validité du contrat a souvent été présentée comme étant une innovation majeure. Il convient toutefois de garder à l'esprit que les deux **fonctions actuelles de la cause** – à savoir l'exigence d'une contrepartie dans le contrat (contrôle de l'existence de la cause) et celle portant sur une motivation licite et morale des contractants (contrôle de la moralité et de la licéité de la cause) – sont préservées dans le projet de réforme du droit des contrats. Le projet de nouvel article 1167 du Code civil prévoit en effet qu'« un contrat à titre onéreux est nul, lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire

## “ Les fonctions de la cause sont préservées ”

ou dérisoire », et l'article 1161 du Code civil dispose de son côté que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».



<sup>14</sup> Il en résulte que la disparition de la cause en droit des contrats devrait en réalité avoir un impact très limité, s'agissant notamment des cessions de droits sociaux. En particulier, l'annulation de la **vente de droits sociaux à vil prix** sur le terrain actuel de l'absence de cause (C. civ. art. 1131) serait préservée. Simplement, cette sanction deviendrait autonome, détachée de toute référence au concept ambigu de cause voué à disparaître, et aurait pour seul fondement le nouvel article 1167.

#### Les vices du consentement et la consécration d'un devoir général d'information

<sup>15</sup> Le projet de réforme du droit des contrats assimile le patient, et remarquable, travail de la Cour de cassation d'interprétation extensive des trois vices du consentement que sont l'erreur, le dol et la violence, qui avaient été définis de manière trop restrictive par les codificateurs de 1804.

<sup>16</sup> En ce qui concerne l'**erreur**, la Cour de cassation, on le sait, interprète classiquement la notion d'erreur sur la substance, seule visée à l'actuel article 1110 du Code civil, comme pouvant porter sur les qualités substantielles de la chose. Il reste qu'en matière de cessions de droits sociaux les hypothèses d'annulation du contrat sur le terrain de l'erreur sont très rares, la jurisprudence ayant limité cette sanction aux cas dans lesquels l'entreprise cédée était privée de la possibilité de réaliser son objet social (voir par exemple Cass. com. 4-12-2001 n° 00-10.926 : Bull. Joly 2002 p. 62 note A. Couret p. 105 ; Cass. com. 26-3-2002 n° 99-17.716). Le nouvel article 1131 du Code civil consacre la définition extensive de l'erreur, se référant toutefois à la notion d'erreur **sur les qualités « essentielles »** et non plus « substantielles » : « L'erreur de droit ou de fait est une cause de nullité du contrat si elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant et si elle est excusable ». Cette nouvelle rédaction ne devrait pas, selon nous, faire évoluer sensiblement la jurisprudence de la Cour de cassation. La simple erreur **sur la valeur**, ou sur la rentabilité économique de la société cédée, resterait naturellement sans incidence sur la validité du contrat (voir l'article 1135 du projet).

<sup>17</sup> En ce qui concerne le **dol**, qui est certainement le vice du consentement le plus fréquemment invoqué dans les cessions de droits sociaux, avec plus ou moins de succès d'ailleurs, le projet de nouvel article 1136 consacre les trois formes possibles de dol dégagées par la jurisprudence, à savoir les manœuvres stricto sensu – seules visées à l'actuel article 1116 du Code civil –, le mensonge et la réticence dolosive, qui devient dans le projet de réforme « la dissimulation intentionnelle ». Le nouvel article 1136 prévoit en effet que « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres, des mensonges ou par la dissimulation intentionnelle d'une information qu'il devait lui fournir conformément à la loi ».

<sup>18</sup> Dans le projet de réforme, la **dissimulation intentionnelle** se rattache ainsi explicitement à la violation intentionnelle d'une obligation précontractuelle d'information. Dans le même temps, et cela mérite d'être souligné, le projet de réforme entend alors consacrer un **devoir général d'information** à la charge de l'un des contractants, en pratique le vendeur : « celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant » (article 1129 du projet). Ce faisant, le projet de nouvel article 1129 entend en réalité, là aussi, consacrer l'**obligation précontractuelle d'information** dégagée par la Cour de cassation, sur le seul fondement de l'article 1382 du Code civil, qui a vocation à s'appliquer dès lors qu'un contractant, en particulier un vendeur de droits sociaux, a connaissance d'une information qu'il sait importante pour son cocontractant et que l'ignorance de ce dernier est légitime (sur les conditions de l'existence d'une obligation précontractuelle d'information dans la cession de droits sociaux, voir par exemple D. Leclercq, Les conventions de cession d'actions, éd. Larcier 2009, n° 37 s.). Si une telle consécration dans le projet de réforme légale n'est donc pas surprenante, il reste que l'article 1129 du projet

fait référence à des notions jusque-là inconnues en jurisprudence, telle celle de « faire confiance à son cocontractant ». Cela est potentiellement de nature à étendre le périmètre d'application de l'obligation précontractuelle d'information dans des proportions qui devront être précisées. Un juste équilibre devra toutefois être préservé entre les droits et obligations des parties, et l'acheteur ne sera protégé que si son ignorance de l'information – ou la confiance qu'il aura placée en son vendeur – est légitime, ce qui semble fonder implicitement, sauf cas particuliers, une obligation implicite pour celui-ci de réaliser un audit à l'occasion de l'acquisition d'une société.

#### “ Le projet consacre un devoir général d'information ”

<sup>19</sup> En ce qui concerne enfin la **violence**, on retrouve dans le projet de réforme la même ambition d'intégrer dans le Code civil les initiatives et interprétations

audacieuses de la Cour de cassation. Celle-ci considère en effet, depuis un arrêt du 30 mai 2000, que la violence – qui est classiquement « physique » ou « morale » – peut également être « économique » (Cass. 1<sup>er</sup> civ. 30-5-2000 n° 98-15.242 : RJDA 11/00 n° 1063). Les deux variantes possibles de la violence économique – à savoir une situation de contrainte économique (voir, dernièrement, Cass. 1<sup>er</sup> civ. 4-2-2015 n° 14-10.920) ou de dépendance économique (voir, dernièrement, Cass. 1<sup>er</sup> civ. 18-2-2015 n° 13-28.278 : RJDA 6/15 n° 404) – sont reprises dans le projet de nouvel article 1142 du Code civil, qui précise qu'« il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse ».

A notre connaissance, la notion de violence économique n'a pas encore, pour le moment, fait l'objet d'applications en matière de cessions de droits sociaux, ce qui ne saurait évidemment être écarté. On pense notamment aux salariés ou dirigeants, par ailleurs actionnaires de la société, qui pourraient subir certains abus, au regard de leur situation de dépendance, de la part du dirigeant ou de l'actionnaire majoritaire, pour vendre à bon compte leur participation dans le capital social.



## 24 La restauration de l'efficacité des avant-contrats dans le projet de réforme

Le projet restaure l'efficacité de la promesse unilatérale de vente, se félicite M<sup>e</sup> Camphort. Mais ses dispositions en matière de pacte de préférence comportant une clause de confidentialité suscitent de nombreuses questions.

1 Pour le praticien du droit des sociétés, la promesse unilatérale est un enjeu majeur : alors qu'elle est essentielle à la formation du contrat, elle présente une zone de **risque juridique** générée par les hauts magistrats.

Conscient de cet enjeu, le législateur s'empare enfin de la question des avant-contrats dans le cadre du vaste projet de réforme du droit des contrats, dont les articles 1124 et 1125 portent sur la promesse unilatérale de vente et le pacte de préférence.

A priori, ce projet de réforme devrait mettre un terme à l'insécurité préventive introduite par le vecteur de la promesse unilatérale de vente mettant à mal les modèles établis en droit des affaires.

Une première brique a été posée avec la nouvelle rédaction de l'article 1843-4 du Code civil issue de l'ordonnance 2014-863 du 31 juillet 2014. Le chantier de la sécurisation des conventions se poursuit avec la promesse unilatérale de vente et le pacte de préférence.

Cette restauration de l'efficacité passe par la remise au goût du jour de l'exécution forcée de la promesse unilatérale de vente, avec pour corollaire la nullité du contrat conclu avec un tiers averti, et la substitution du bénéficiaire du pacte de préférence dans les droits du tiers, toujours avec pour corollaire la nullité du contrat conclu avec un tiers.

### I. Restauration de l'efficacité de la promesse unilatérale : exécution forcée de la promesse et nullité du contrat conclu avec un tiers averti

#### A. LE CONTEXTE

2 Nul ne pourra reprocher à la Haute Juridiction sa constance quant au refus de l'exécution forcée du contrat après rétractation du promettant. A croire que

le promettant était à mettre sous tutelle des magistrats.

En effet, aux termes de l'arrêt dit « Consorts Cruz », la Cour de cassation a jugé que « l'obligation du promettant ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée de l'option, postérieure à la rétractation du promettant, excluait toute rencontre de volontés réciproques » (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 15-12-1993 n<sup>o</sup> 91-10.199). Cette rétractation se résolvait par la simple allocation de **dommages et intérêts**.

Dont acte. Jusqu'à la levée d'option, la vente n'est pas formée. Cela signifie-t-il pour autant que le promettant n'est débiteur que d'une obligation de faire ? N'avait-il pas, par avance, donné son consentement à la vente, de telle sorte qu'à son égard celle-ci était considérée comme formée ?

3 Il était loisible de penser alors que cette jurisprudence était en sursis du fait de la relative « faiblesse » de l'argumentaire fondé sur l'article 1142 du Code civil.

Une décision rendue en 2006 par la chambre mixte de la Cour de cassation, en matière de **pacte de préférence**, laissait augurer d'un revirement de jurisprudence (Cass. ch. mixte 26-5-2006 n<sup>o</sup> 03-19.376 : RJDA 8-9/06 n<sup>o</sup> 883) : « Le bénéficiaire d'un pacte est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur. »

4 Une décision du 8 septembre 2010 avait été interprétée par certains auteurs comme le signe « d'un abandon de la jurisprudence de 1993 ». La Cour, pour censurer un arrêt dans lequel les juges du fond avaient débouté le bénéficiaire de sa demande en exécution forcée de la vente promise à la suite du décès du promettant, faute d'un nouveau consentement exprimé par l'héritier mineur de celui-ci, avait affirmé « qu'en statuant ainsi, alors que le **promettant avait définitivement consenti à vendre** et que l'option pouvait être valablement levée après son décès,

Avocat depuis 1988, Gilles Camphort est associé et président d'Oratio Avocats. Spécialisé en droit des sociétés, il conseille les entreprises dans la mise en place de leur stratégie juridique et pour



GILLES CAMPHORT  
Avocat associé  
Oratio Avocats

l'ensemble de leurs opérations de croissance ou de restructuration. Il a acquis une forte expérience dans l'accompagnement à la transmission d'entreprise. Il participe également à des missions d'arbitrage. Il est coprésident de la commission Droit des sociétés de l'ACE.

contre ses héritiers tenus de la dette contractée par leur auteur, sans qu'il y ait lieu d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles, la cour a violé l'article 1589 du Code civil » (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 8-9-2010 n<sup>o</sup> 09-13.345 : RJDA 10/12 n<sup>o</sup> 1142)

L'emploi du terme « définitivement » donnait l'espoir du revirement.

5 Mais un arrêt rendu le 11 mai 2011 au visa des articles 1101 et 1134 du Code civil sonnait le glas de ces espérances, la Cour de cassation affirmant que « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la **rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques** de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée » (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 11-5-2011 n<sup>o</sup> 10-12.875 : RJDA 8-9/11 n<sup>o</sup> 690). « Nous maintenons ! » commentait le professeur Denis Mazeaud à l'issue de cet arrêt.

6 Tentant de sécuriser les engagements, les **praticiens** ont alors eu recours :



- à la stipulation d'une clause excluant conventionnellement l'article 1142 du Code civil, et offrant au bénéficiaire qui a levé l'option dans le délai convenu, mais après la rétractation du promettant, le droit de le contraindre ;

- à la stipulation d'un dédit suffisamment dissuasif assortissant cette rétractation. Mais la pratique ne peut faire l'économie de ses magistrats. D'où l'impérieuse nécessité d'une intervention du législateur.

## B. RESTAURATION DE L'EFFICACITÉ DE LA PROMESSE UNILATÉRALE

**7** L'article 1124 issu du projet est ainsi rédigé :

« La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, le droit, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.

La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.

Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

### Définition de la promesse

**8** Le projet définit la promesse unilatérale comme « le **droit**, pendant un certain temps, **d'opter pour la conclusion d'un contrat** dont tous les éléments essentiels sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ».

De cette définition, il ressort clairement que la formation du contrat promis dépend uniquement de la levée de l'option. L'engagement du promettant est ainsi, jusqu'au terme stipulé, irrévocable.

### Exécution forcée du contrat promis en cas de rétractation de la promesse avant le terme

**9** Le deuxième alinéa de l'article 1124 vient reconnaître expressément l'exécution forcée de la promesse en cas de levée de l'option et de rétractation du promettant avant le terme. Plus exactement, il déclare la **rétractation du promettant inefficace**. Le bénéficiaire pourra dès lors faire constater la conclusion du contrat.

Il est à noter que le projet de réforme harmonise et **distingue** ainsi le régime de l'**offre de contracter** assortie d'un délai et celui de la **promesse unilatérale**. L'offre assortie d'un délai ne peut être révoquée avant le terme sous peine d'engager la responsabilité délictuelle de son auteur (art. 1116 et 1117), alors que la rétractation de la promesse n'empêche pas la formation du contrat promis. D'un côté, il y a obligation de maintien, de l'autre, engagement unilatéral irrévocable.

### Nullité du contrat conclu avec un tiers averti en violation de la promesse

**10** L'efficacité de la promesse unilatérale est doublement renforcée en ce que l'alinéa 3 de l'article 1124 permet au bénéficiaire de la promesse de faire annuler le contrat conclu avec un tiers qui connaissait l'existence de l'avant-contrat.

En application du droit commun de la **preuve**, il incombera au bénéficiaire de prouver que le tiers avait connaissance de la promesse.

Sans que cela ne soit clairement exprimé dans le projet d'article, le bénéficiaire pourra probablement et en tout état de cause engager la **responsabilité contractuelle du promettant**.

La pratique avait déjà mis en place des clauses de style aux termes desquelles l'acquéreur n'a connaissance d'aucune promesse consentie par le cédant au bénéfice d'un tiers dans les contrats de cession de droits sociaux. Elles vont trouver là toute leur pertinence.

### C. LIMITES DE L'EFFICACITÉ DE LA PROMESSE

**11** En l'absence de terme stipulé au contrat, la jurisprudence devra préciser le **déla**i pendant lequel le promettant aura l'**obligation de maintenir sa promesse**. Certains auteurs font remarquer qu'il eût mieux valu préciser qu'« en l'absence de délai déterminé, il est loisible de mettre en demeure le bénéficiaire de prendre position » (N. Dissaux et C. Jamin, « Projet de réforme du droit des contrats, du régime général des obligations, commentaire article par article » : Dalloz 2015).

**12** On peut considérer qu'il existe une contradiction entre le 2<sup>e</sup> et le 3<sup>e</sup> alinéa dans la mesure où le promettant qui rétracte sa promesse et conclut un contrat avec un tiers qui ignore le premier enga-

gement conclut deux contrats. En effet, la rétractation du promettant n'empêche pas la formation du contrat promis (2<sup>e</sup> alinéa) mais le bénéficiaire ne pourra pas obtenir l'annulation du contrat conclu avec un **tiers ignorant la promesse** (3<sup>e</sup> alinéa). Dans ce cas, en application du régime de la vente, le premier contrat devrait primer le second.

## II. Restauration de l'efficacité du pacte de préférence : nullité du contrat conclu avec un tiers averti et substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers

### A. LE CONTEXTE

**13** La Cour de cassation est venue renforcer l'efficacité du pacte de préférence en affirmant que « si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu **connaissance**, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'**intention du bénéficiaire de s'en prévaloir** » (Cass. ch. mixte 26-5-2006 n° 03-19.376 : RJDA 8-9/06 n° 883). Toutefois, les critiques de cette solution portaient sur la difficulté pour le bénéficiaire du pacte de prouver la connaissance par le tiers de son intention de se prévaloir de l'avant-contrat. La **preuve** de cet élément intentionnel est en effet presque toujours impossible à rapporter (D. Mainguy, « Promesse unilatérale et pacte de préférence » : Droit et patrimoine oct. 2014).

### B. RESTAURATION DE L'EFFICACITÉ DU PACTE DE PRÉFÉRENCE

**14** Aux termes de l'article 1125 du projet, « Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter ».

« Lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le bénéficiaire peut également obtenir la réparation du préjudice subi. »



« Lorsque le tiers présume l'existence d'un pacte de préférence, il peut en demander confirmation par écrit au bénéficiaire dans un délai raisonnable. »  
 « Cet écrit mentionne en termes apparents qu'à défaut de réponse, le bénéficiaire du pacte de préférence ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers, ni la nullité du contrat, à moins que le pacte ne contienne une clause de confidentialité. »

### Définition du pacte de préférence

**15** La définition posée par la jurisprudence est délibérément large et laisse aux parties le soin de déterminer le contenu du pacte, sa validité n'étant pas affectée par la détermination initiale d'un prix ou d'une durée.

### Nullité du contrat conclu avec un tiers averti en violation du pacte et substitution du bénéficiaire ou octroi de dommages et intérêts

**16** Le projet d'ordonnance consacre la jurisprudence de la chambre mixte du 26 mai 2006 en disposant que « le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu » ou « obtenir la réparation du préjudice subi » lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence.

## “ La charge de la preuve pesant sur le bénéficiaire allégée ”

Le projet va même plus loin en allégeant la charge de la **preuve** pesant sur le bénéficiaire en le dispensant de prouver la connaissance par le tiers de son intention de se prévaloir du pacte. Il suffit qu'il prouve la connaissance de l'existence du pacte par le tiers.

A défaut, le bénéficiaire pourra obtenir des dommages et intérêts. Dans le silence du texte, il y a lieu de considérer que le bénéficiaire pourra agir contre le promettant, le tiers complice ou, conformément aux solutions jurisprudentielles (Cass. 1<sup>er</sup> civ. 11-7-2006 n<sup>o</sup> 03-18.528 ; RJDA 12/06 n<sup>o</sup> 1211), l'intermédiaire ayant contribué à la violation du pacte. Si l'efficacité du pacte de préférence s'en trouve renforcée, il en résulte

une **insécurité** juridique accrue : les actes de cession de droits sociaux seront plus facilement remis en cause. Par conséquent, l'article 1125 permet aux tiers de demander confirmation de l'existence du pacte au bénéficiaire présumé.

### Demande de confirmation de l'existence d'un pacte de préférence

**17** Le projet de réforme offre la possibilité au tiers qui « présume l'existence d'un pacte » d'en demander confirmation par écrit au bénéficiaire dans un délai raisonnable. S'il ne répond pas, le bénéficiaire ne pourra plus solliciter ultérieurement l'annulation du contrat conclu avec le tiers sauf si le pacte de préférence contient « une clause de confidentialité ».

A l'avenir, les acquéreurs de droits sociaux délivreront systématiquement un courrier aux personnes susceptibles de bénéficier d'un pacte. Il conviendra donc de distinguer selon la **réponse des bénéficiaires** potentiels :

- en cas de réponse **positive**, un pacte de préférence existe. Le tiers connaîtra le risque d'annulation du contrat et s'abstiendra éventuellement de contracter ;
- si la réponse est **négative**, le tiers est conforté dans ses droits et le bénéficiaire ne pourra plus agir en annulation du contrat ;
- en l'**absence** de réponse, un pacte assorti d'une clause de confidentialité existe peut-être. Le tiers devra alors juger si l'absence de réponse du bénéficiaire révèle probablement un pacte ou si le destinataire du courrier est simplement négligent.

### C. LIMITES DE L'EFFICACITE DU PACTE DE PREFERENCE

**18** L'efficacité du mécanisme trouve ses limites dans les 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> alinéas de l'article 1125 :

- En présence d'une **clause de confidentialité** dans le pacte de préférence, aucune obligation de réponse ne pèse sur le bénéficiaire, de sorte que son silence peut être interprété comme une négligence ou comme la confirmation de l'existence d'un pacte assorti d'une clause de confidentialité.

- Faut-il alors considérer que l'article 1125 ne permette au bénéficiaire de ne taire que le contenu du pacte et non son existence, qu'il doit révéler dans tous les cas ? Pour en juger, faut-il s'en rapporter au contenu de la clause de confidentialité selon qu'elle porte elle-même sur le contenu du pacte ou sur

son existence même (A. Couret et A. Reygrobellet, « Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux » : Bull. Joly 2015 p. 247) ?

Comment interpréter le silence du bénéficiaire ?

- N'est-il pas plus opportun d'imposer au promettant, de manière systématique, de renseigner le tiers sur l'existence d'un pacte de préférence (D. Mainguy, « Promesse unilatérale et pacte de préférence » : Droit et patrimoine oct. 2014) ?  
 - Quels seront alors les recours ouverts au tiers dont le contrat a été annulé ? Le tiers pourrait engager la responsabilité du promettant pour ne pas lui avoir révélé l'existence du pacte. Pourrait-il

également engager la responsabilité délictuelle du bénéficiaire du pacte alors que la loi lui permet de taire l'existence du pacte ?

- Le défaut de réponse du bénéficiaire suffit-il à prouver l'ignorance du tiers et, partant, entraîne-t-il l'impossibilité pour le bénéficiaire d'agir en nullité du contrat, ce, quand bien même le pacte contiendrait une clause de confidentialité (A. Couret et A. Reygrobellet, « Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux » : Bull. Joly 2015 p. 247) ?

Autant d'incertitudes compliqueraient fortement (inutilement) la mise en œuvre du projet d'article 1125 qui, s'il devait être adopté en l'état, exigerait des juges un effort de clarification et d'interprétation.

### Conclusion

**19** Attendons le texte définitif pour juger de son efficacité et de sa constitutionnalité (M. Fabre-Magnan, « De l'inconstitutionnalité des PUV » : D. 2015 p. 826). Réjouissons-nous de la volonté du législateur de sécuriser le droit des affaires.

C'est une étape supplémentaire franchie : après la sécurisation de la détermination du prix, celle de l'engagement pris.

Est-ce si « immoral » de figer le promettant et lui interdire de se rétracter s'il a été parfaitement éclairé sur la valeur de son engagement, si le prix tient compte de la période d'incertitude de la conclusion définitive du contrat en présence d'une indemnité d'immobilisation ?

Remercions les Juges suprêmes de remettre au cœur des négociations et de la sécurisation des actes juridiques l'avocat, garantie supplémentaire du consentement éclairé du promettant déjà protégé par la théorie des vices du consentement.



## 25 L'affaiblissement de la force obligatoire du contrat dans le projet de réforme

Deux mesures phares menacent la force obligatoire du contrat : la généralisation de la faculté pour le juge de supprimer les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et la consécration de la théorie de l'imprévision. Explications de M<sup>e</sup> Giancarli.

1 L'un des objectifs de la réforme est de rendre le droit français plus attractif et mieux adapté aux besoins de l'activité économique. Or, selon les termes mêmes de la Chancellerie, l'attractivité du droit est liée à sa prévisibilité, qui constitue un facteur de sécurité juridique. En ce sens, le projet de réforme affirme les principes de liberté contractuelle (art. 1102) et de force obligatoire du contrat (art. 1194).

Cependant, la réforme ambitionnant également de renforcer la protection de la « partie faible », ces principes sont tempérés par deux nouveautés majeures : la généralisation de la prohibition des clauses abusives et la consécration de la théorie de l'imprévision. L'objet de ces quelques lignes est de s'interroger sur l'impact que pourraient avoir ces nouvelles règles sur les contrats d'acquisition d'actions.

### I. La généralisation de la prohibition des clauses abusives

2 L'article 1169 du projet énonce : « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

3 Ce nouvel article introduit dans le droit commun des contrats le concept des clauses abusives, jusqu'alors cantonné au droit de la consommation (C. consom. art. L 132-1) et au droit de la distribution (C. com. art. L 442-6, I-2°). Certes, l'article L 442-6 du Code de commerce ne vise pas exclusivement les contrats de distribution mais, comme le relève Ph. Stoffel-Munck dans son commentaire du projet de réforme (Ph. Stoffel-

Munck, « Les clauses abusive : on attendait Grouchy... », Réforme du droit des contrats, Le débat : Droit et Patrimoine octobre 2014 n° 240), force est de constater que ce texte a été pensé au regard du secteur de la distribution et que la grande majorité du contentieux qui s'y rapporte concerne ce domaine.

### “La généralisation de la prohibition des clauses abusives est-elle bien opportune ?”

Sachant que des dispositions spéciales existent et qu'elles demeureront, on peut s'interroger sur l'opportunité de cette généralisation annoncée de la prohibition des clauses abusives. Il s'agit d'ailleurs de la disposition la plus critiquée du projet de réforme.

4 Il convient de rappeler que l'article 1168 du projet prévoit que : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite », ce qui offre déjà une protection contre les clauses les plus « déséquilibrées ». Mais surtout, hors cas particuliers (voir les domaines évoqués ci-avant), il paraît dangereux de donner au juge le pouvoir général de « supprimer » une clause que les parties ont souhaité inclure dans leurs contrats. Le risque d'insécurité juridique paraît d'autant plus réel que la rédaction du texte est imprécise. A la différence du texte précité du Code de la consommation, l'article 1168 ne donne aucune indication sur la façon dont le juge devra apprécier l'existence ou non d'un « déséquilibre significatif ». Selon N. Dissaux et Ch. Jamin, « l'interprète doit s'en remettre à la sagesse du juge » (« Projet de réforme du droit des contrats, du régime général

Frédéric Giancarli est avocat au barreau de Paris, spécialisé en Fusions & Acquisitions. Avant de fonder le cabinet De Bussy



Giancarli Chevalier en 2010, il a débuté sa carrière au cabinet Gide Loyrette Nouel (1997-2000) et exercé au sein du cabinet Shearman & Sterling (2001-2009).

FRÉDÉRIC GIANCARLI  
Avocat  
De Bussy Giancarli Chevalier

des obligations, commentaire article par article », Dalloz 2015), ce qui ne peut être considéré comme satisfaisant.

### “L'appréciation du déséquilibre significatif sera ardue”

5 S'agissant des contrats d'acquisition d'actions, on peut d'ores et déjà anticiper que l'appréciation du « déséquilibre significatif » sera particulièrement ardue, ces contrats étant le résultat d'un « équilibre » complexe. Comme l'a démontré le Professeur Boucobza, le contrat d'acquisition n'est en effet pas un simple contrat de vente, mais un contrat complexe ayant pour objet principal « le transfert du pouvoir sociétaire » (X. Boucobza, L'acquisition internationale de société, Thèse, LGDJ). Ayant pour objet d'organiser le transfert du pouvoir de diriger une entreprise qui exerce une activité à laquelle contribuent des salariés, des clients et des fournisseurs, la conclusion d'un contrat d'acquisition implique, le plus



souvent, de longues et difficiles négociations, dont le résultat est le fruit d'un équilibre global, propre à chaque opération. Chaque partie à une opération d'acquisition est conduite à faire des compromis et des concessions au regard de ses objectifs stratégiques de développement, de ses contraintes propres et, bien sûr, des exigences et concessions de l'autre partie. Dans un tel contexte, permettre à l'une d'elles de solliciter du juge a posteriori la suppression d'une ou plusieurs clauses du contrat peut paraître choquant. L'objectif affiché de protéger la partie faible, qui ne sera d'ailleurs pas toujours aisément identifiable dans le cas d'une opération d'acquisition, pourrait ainsi favoriser la mauvaise foi et la chicane.

**6** Il est heureux qu'à la suite de l'article 1169, l'article 1170 énonce : « Dans les contrats synallagmatiques, le **défaut d'équivalence des obligations** n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. » Toutefois, si cette disposition permet de « sauver » le contrat dans son ensemble, elle laisse entière la possibilité pour le juge de « supprimer » une ou plusieurs clauses censées occasionner un « déséquilibre significatif ».

**7** Sur le plan des principes, le texte du projet porte donc indéniablement atteinte à la sécurité juridique. Cette nouvelle disposition risque-t-elle pour autant d'avoir un **impact réel sur la pratique des fusions et acquisitions** ? Avec toute la prudence qu'impose le commentaire d'un projet de loi, il est permis d'en douter.

En premier lieu, certaines clauses sensibles que l'on rencontre fréquemment dans les opérations d'acquisitions, comme les clauses pénales, les clauses d'exclusivité ou les clauses de non-concurrence, font d'ores et déjà l'objet de règles qui soumettent leur validité à certaines conditions, ou en restreignent l'efficacité.

De plus, on peut penser, avec le Professeur Couret, qu'il est « très improbable qu'un juge se reconnaisse le pouvoir d'annuler une clause au seul motif qu'elle créerait un déséquilibre significatif sans prendre en compte l'ensemble dans lequel cette clause est incrustée » (A. Couret et A. Reygrobellet, « Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux » : Bull. July 2015 p. 247). La jurisprudence rendue sur le fondement de l'article L 442-6 du Code de commerce, qui invite le juge à apprécier l'éventuel déséquilibre significatif de façon globale, sans se limiter à la clause en litige, et à recher-

cher si d'autres clauses n'ont pas permis de « rééquilibrer le contrat » (Cass. com. 3-3-2015 n° 13-27.525 : RJDA 5/15 n° 393), pourra, on l'espère, influencer positivement les juges appelés à faire application du nouvel article à un contrat d'acquisition d'actions.

**8** Il n'en demeure pas moins que la portée générale de l'article 1169, son imprécision et le pouvoir qu'il donne au juge pourront être perçus comme autant de facteurs d'**insécurité juridique**, de nature à adresser un signal négatif au monde des affaires. Un auteur n'a d'ailleurs pas hésité à qualifier cette disposition de véritable « poison pill » de la réforme, jugée par ailleurs de façon positive (Ph. Stoffel-Munck, article précité). Dans l'attente d'un possible éclairage par la jurisprudence, force est de reconnaître que le praticien, qui devra alerter son client sur le risque de suppression d'une ou plusieurs clauses d'un contrat d'acquisition longuement négocié, sera bien en peine de lui expliquer ce qu'est un « déséquilibre significatif » ...

**9** A l'occasion de la consultation publique initiée par la Chancellerie, de nombreuses voix se sont élevées pour demander la suppression pure et simple de ce texte ou, à défaut, la **limitation de son champ d'application aux contrats d'adhésion**, qui seront désormais définis par le Code civil (voir l'article 1108). C'est la solution qui était préconisée par le Projet Catala. Elle a d'ailleurs été retenue, notamment, en droit allemand.

## II. La consécration de la théorie de l'imprévision

**10** Selon l'article 1196 du projet : « 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 demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

**11** Consacrant la théorie de l'imprévision, ce texte vient contredire la solution adoptée par la Cour de cassation en 1876 dans son célèbre arrêt « Canal

de Craonne » (Cass. civ. 6-3-1876 : D. 1876 I p. 193) en s'inspirant, en partie, de la solution adoptée en droit administratif par le non moins célèbre arrêt du Conseil d'Etat de 1916 « Gaz de Bordeaux » (CE 30-3-1916 n° 59928). La théorie de l'imprévision, qui avait connu un certain développement ces dernières années dans la jurisprudence, s'est développée à propos des **contrats de fourniture de longue durée**, pour lesquels le passage du temps et l'évolution des circonstances économiques peuvent aboutir à placer une des parties dans une situation très onéreuse, voire catastrophique.

**12** Le **contrat d'acquisition** n'étant pas un contrat de fourniture et son exécution se déroulant le plus souvent sur une période courte, on pourrait estimer que cet article ne devrait pas a priori trouver application dans notre domaine. Deux éléments nous incitent toutefois à nous y intéresser.

Tout d'abord, l'article 1196, qui figure dans le chapitre IV intitulé « Les effets du contrat », a une portée générale : il vise tous les contrats et pas seulement les contrats de fourniture. Ensuite, si certaines opérations d'acquisition se déroulent de façon immédiate, le transfert des titres et le paiement du prix intervenant le jour de la signature du contrat, il est fréquent que ces opérations se déroulent sur plusieurs mois, voire plusieurs années. Lorsque la réalisation de l'opération d'acquisition est soumise à l'obtention d'autorisations réglementaires (autorisation des autorités de la concurrence, par exemple), plusieurs mois peuvent s'écouler entre la date de signature du contrat et le transfert effectif des titres de la cible. Si un « changement de circonstance imprévisible » se produit entre la signature et le closing et que ce changement « rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour une partie », celle-ci pourra invoquer les dispositions de l'article 1196.

**13** Ainsi que cela a été souligné par les commentateurs, le texte ne donne aucune précision concernant le « **changement de circonstance imprévisible** » qui permet la renégociation, ce qui ouvre de nombreuses possibilités et risque d'aboutir à une multiplication des contentieux. Dans le cas des contrats d'acquisition, on pense notamment à une modification brutale des conditions économiques ayant un impact tel sur les activités de la cible qu'elles en affectent significativement la valeur, et peuvent de ce fait rendre le prix convenu trop onéreux pour l'acheteur. L'acheteur lui-même



peut se trouver affecté par l'évolution défavorable des circonstances économiques, aboutissant à rendre également le prix convenu trop onéreux au vu de sa nouvelle situation.

Ce type de situations, traitées jusqu'alors de façon contractuelle par les clauses dites de « Material Adverse Change » ou « MAC », seront désormais appréhendées par la loi.

**14** Si la **réalisation** du transfert des titres peut être **décalée dans le temps**, il convient de rappeler que l'exécution du contrat d'acquisition ne s'achève pas nécessairement avec le transfert des titres. Les contrats d'acquisition prévoient fréquemment des **clauses d'ajustement** ou de **complément de prix**, dont la mise en œuvre peut s'étaler sur plusieurs années. Dans le cas d'un complément de prix exigible, par exemple, deux ans après le transfert des titres, l'acquéreur, débiteur de l'obligation de paiement, peut être victime d'un changement de circonstance imprévisible lors de la conclusion du contrat et qui rend un tel paiement excessivement onéreux pour lui deux ans après. Les **garanties** usuellement prévues dans les contrats d'acquisition – garantie de passif, garanties d'actif et de passif, garanties spécifiques, etc. – peuvent être mises en jeu pendant une durée qui varie, en pratique, entre 12 et 36 mois après le closing, sachant que pour les matières fiscale et sociale, il est fréquent de prévoir une période de mise en jeu qui correspond à la durée de prescription applicable. En cas d'appel de la garantie un an après le closing, par exemple, le vendeur, débiteur de l'engagement d'indemnisation, pourrait se trouver affecté par des circonstances imprévisibles, qui rendraient excessivement onéreux le respect de cet engagement. Le mécanisme légal de révision pour imprévision pourrait donc trouver à s'appliquer aux opérations d'acquisition.

**15** Ce **mécanisme**, censé permettre la révision du contrat pour l'adapter aux circonstances nouvelles, prévoit plusieurs étapes. **Etape 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 renégociation est acceptée et aboutit, le contrat est modifié et les choses en restent là. Comme l'ont souligné les commentateurs du projet, jusqu'ici, rien de nouveau ! Mais la nouveauté se trouve dans les étapes 2 et 3.

**Etape 2** : Si l'autre partie refuse de renégocier, ou si la renégociation échoue, elles peuvent **demander**, d'un commun accord, **au juge de procéder à l'adaptation du contrat**. Concrètement, il ne sera sans doute pas toujours évident qu'une partie qui a refusé la renégociation accepte de se joindre à la demande d'adaptation du contrat présentée au juge par l'autre partie. Par hypothèse, la partie qui a refusé de renégocier doit souhaiter le maintien des termes du contrat, plutôt que leur adaptation. Par ailleurs, le texte ne donne aucune indication sur la façon dont le juge devra procéder. Aura-t-il toute liberté pour adapter le contrat selon ce qui lui paraît juste, ou devra-t-il prendre en compte les demandes des parties ? Ne devra-t-il se prononcer que sur les points de désaccord, ce qui supposerait qu'une tentative de négociation ait eu lieu ?

### *“ Le juge pourra difficilement modifier le contrat sans tenir compte des observations des parties ”*

S'agissant d'une opération d'acquisition, dont les composantes sont complexes, on peut anticiper qu'il sera difficile pour le juge de modifier le contrat sans prendre en compte les observations des parties. Dans un contrat de fourniture, il est envisageable qu'un juge puisse adapter un prix en fonction, par exemple, de l'évolution du marché des matières premières. En revanche, modifier le prix d'acquisition d'une entreprise est une tout autre affaire. De la même façon, un engagement d'indemnisation au titre des garanties données par un cédant est le fruit d'une négociation d'ensemble qu'il n'est pas aisé de corriger a posteriori. Dans notre domaine, l'intervention du juge risque donc d'être assez délicate.

**Etape 3** : Si le contrat n'a pas pu être adapté par le juge, une partie pourra lui demander d'y mettre fin. La rédaction du projet est sur ce point très imprécise. Tout d'abord, on ne sait pas si le **juge** saisi d'une telle demande aura l'obligation de **mettre fin au contrat**, ou s'il disposera d'une simple faculté. A l'évidence,

il conviendrait que l'anéantissement du contrat ne soit pas automatique. Deuxième incertitude : que signifie « mettre fin » au contrat ? S'agit-il d'une résiliation pour l'avenir, ou d'une résolution ? Dans l'hypothèse où le juge serait saisi entre la signature du contrat et le closing, la différence ne serait sans doute pas majeure, le transfert des titres n'étant pas encore intervenu. En revanche, si le juge se trouvait saisi d'une telle demande après la réalisation de l'opération, il existerait une différence fondamentale entre résiliation et résolution ; la seconde solution entraînerait la restitution de la cible au cédant, ce qui, dans certains cas, serait difficilement envisageable, pour de nombreuses raisons (économiques, sociales, fiscales, commerciales, réglementaires, etc.).

**16** Le **dispositif** prévu pourrait donc s'avérer **dangereux** et contraire à l'objectif affiché d'assurer l'attractivité du droit français : face au risque de voir le contrat modifié ou, pis encore, résilié par un juge, les parties à un contrat d'acquisition international pourraient être dissuadées d'opter pour le droit français.

**17** Il est toutefois important de relever que le **dispositif** de l'article 1196 paraît **supplétif**, dans la mesure où il est prévu que la renégociation est ouverte à la partie qui n'avait pas accepté d'assumer le risque du changement de circonstance. A contrario, il paraît donc possible d'écarter ce texte, en précisant dans le contrat que les parties acceptent d'assumer les conséquences d'un éventuel changement de circonstances.

**18** Certains commentateurs estiment d'ailleurs, à juste titre selon nous, qu'il convient d'aller plus loin : l'instauration de la théorie de l'imprévision dans le Code civil devrait encourager les parties à prévoir systématiquement dans leurs contrats des **clauses de hardship** ou « **MAC Clauses** ». Plutôt que de se retrouver contraintes de renégocier dans l'urgence, sous la « menace » de voir le contrat adapté ou résilié par le juge, il est préférable de définir à l'avance ce qui constitue un changement de circonstances justifiant une révision (par exemple en stipulant des cas précis et/ou des seuils de déclenchement) et d'encadrer les conditions d'une telle révision (pour la révision post-closing, en la limitant par exemple à un certain pourcentage du prix).



## 26 Les remèdes à l'inexécution du contrat dans le projet de réforme

Revue de détail par M<sup>e</sup> Mouy des remèdes à l'inexécution du contrat : suspension de l'exécution, exécution forcée, réduction du prix et résolution du contrat.

1 Le projet de réforme du droit des contrats comporte un chapitre IV relatif aux « effets du contrat » à l'intérieur duquel figure une section IV consacrée à « l'inexécution du contrat ». Les articles 1217 à 1231-7 du projet proposent alors un ensemble de « remèdes » à l'inexécution du contrat, notion plus large que les « sanctions » visant le seul débiteur défaillant.

Le premier de ces textes, l'article 1217, dresse la liste desdits remèdes : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'engagement ;
- solliciter une réduction du prix ;
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution ».

« Les remèdes qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés ; les dommages et intérêts peuvent s'ajouter à tous les autres remèdes. »

2 L'introduction des articles 1217 à 1231-7 dans le Code civil serait d'importance pour les cessions de droits sociaux, puisque si certaines solutions s'inscrivent franchement dans la continuité du droit actuel, d'autres sont plus novatrices et suscitent quelques interrogations et inquiétudes.

### L'exception d'inexécution

3 D'origine jurisprudentielle, l'exception d'inexécution applicable à tout rapport synallagmatique est consacrée à l'article 1219 du projet aux termes duquel « une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave ». Cette rédaction rappelle des solutions admises, la Cour de cassation subordonnant notamment la mise en œuvre de l'exception d'inexécution,

voie de justice privée qui ne nécessite pas d'autorisation judiciaire mais qui peut être sanctionnée a posteriori par le juge, à l'existence d'une inexécution suffisamment grave du débiteur.

4 Plus intéressant, le projet de nouvel article 1220 consacre l'exception pour risque d'inexécution, potentiellement très importante dans les cessions de droits sociaux. Ce texte autorise en effet la suspension du contrat par anticipation, c'est-à-dire avant même la caractérisation de l'inexécution : « une partie peut suspendre l'exécution de sa prestation 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. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais ». Cette rédaction vient consacrer la solution dégagée par la Cour de cassation dans un arrêt du 2 février 1993, précisément à propos d'une cession de titres, où il avait été admis qu'un cessionnaire de parts sociales pouvait suspendre le paiement du prix d'acquisition au motif qu'il sera probablement fondé à faire bientôt jouer une clause de garantie stipulée en sa faveur (Cass. com. 2-2-1993 n° 91-17.167 : RJD 5/93 n° 405, RTD civ. 1993 p. 819 obs. J. Mestre).

*“ Les conditions de mise en œuvre de l'exception sont assez floues ”*

5 Si l'on peut se réjouir du pragmatisme d'une telle solution, il reste que les conditions autorisant la mise en œuvre de la suspension du contrat pour risque d'inexécution sont en l'état assez floues. Que signifie en effet « dès lors qu'il est manifeste que [...] » ? Est-ce la certitude de l'inexécution ou peut-on se contenter d'une simple probabilité devant être

GRÉGORY MOUY  
Avocat  
Cabinet  
Mouy D'Angleterre



assez forte ? Concrètement, à partir de quel moment le cessionnaire de droits sociaux, bénéficiaire d'une garantie d'actif et de passif, pourra-t-il suspendre le paiement du complément de prix convenu entre les parties ? En outre, les auteurs du projet auraient également pu prévoir une obligation de motivation à la charge du débiteur, l'exigence d'une simple notification ne permettant pas, selon nous, de prévenir suffisamment les abus et les contentieux.

### L'exécution forcée en nature

6 L'affirmation par l'article 1221 du projet d'un droit à l'exécution forcée en nature est généralement saluée par la doctrine, toujours méfiante à l'égard des potentielles applications de l'actuel article 1142 du Code civil prévoyant la sanction de l'inexécution des obligations de faire ou de ne pas faire par une simple condamnation du débiteur à des dommages et intérêts. L'article 1221 du projet ne distingue plus suivant la nature de l'obligation - de donner, de faire ou de ne pas faire - et prévoit de manière générale que « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette inexécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable ».

7 Il reste qu'en matière de cessions de droits sociaux, la jurisprudence admet déjà, en général sans trop de difficultés, le prononcé de l'exécution forcée du contrat (ou « en nature », ce qui est la même chose). Elle admet notamment le prononcé de décisions valant titres (par exemple, Cass. com. 10-6-1976 n° 74-14.595 : Bull. civ. IV n° 190)



ou d'enjoindre au cédant d'offrir de céder ses titres conformément aux stipulations d'un pacte d'actionnaires (CA Paris 14-2-2012 n° 11-14683 : Bull. Joly 2012 p. 553 note G. Kessler et M. Tazi, RJDA 6/12 n° 600).

**8** La restriction apportée à l'exécution forcée par l'article 1221 du projet, à savoir l'existence « d'un **coût manifestement déraisonnable** » pour le débiteur, ce qui serait une réelle nouveauté en droit français, menace, à l'inverse, d'affaiblir la force obligatoire du contrat. Cependant, de telles craintes ne concernent en réalité probablement pas les cessions de droits sociaux où l'on voit mal comment l'exécution forcée des obligations du cédant, encore moins celles du cessionnaire, pourrait entraîner un coût manifestement déraisonnable de nature à faire échec à l'exécution en nature.

#### La réduction de prix

**9** Le projet de réforme du droit des contrats se montre très novateur en son article 1223, en accordant au créancier la possibilité de renoncer à l'exécution parfaite du contrat en sollicitant plutôt une réduction de prix. L'article 1223 du projet prévoit en effet que « le créancier peut accepter une exécution imparfaite du contrat et réduire proportionnellement le prix ». Dans le domaine de la vente, ce serait alors notamment le défaut de conformité de la chose qui permettrait à l'acheteur de réduire unilatéralement le prix d'acquisition.

**10** L'application d'un tel principe aux cessions de droits sociaux serait toutefois très incertaine, compte tenu de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation sur la garantie des vices cachés où la mise en œuvre de la garantie du cédant n'est admise que dans des cas exceptionnels (à savoir ceux où la réalisation de l'objet social est impossible). Elle considère en effet traditionnellement qu'un vice portant sur un élément d'actif de la société cédée (par exemple, Cass. com. 12-12-1995 n° 93-21.304 : Bull. Joly 1996 p. 200 note A. Couret, RJDA 3/96 n° 326)

### *« La consécration du principe de rupture unilatérale est dangereuse »*

ou un élément de passif (par exemple, Cass. com. 4-6-1996 n° 94-13.047 : Bull. Joly 1996 p. 926 note A. Couret, RJDA 10/96 n° 1204) ne constitue pas un vice caché des droits sociaux cédés car il ne porte pas sur la chose vendue elle-même. Aussi, les circonstances qui autoriseraient le cessionnaire de droits sociaux à se prévaloir d'une exécution défectueuse du contrat pour réduire le prix en application de l'article 1223 paraissent assez limitées.

#### La résolution unilatérale

**11** L'un des remèdes les plus attendus du projet de réforme du droit des contrats, mais qui est aussi le plus dangereux, est le pouvoir reconnu au créancier de rompre unilatéralement le contrat. Alors que la Cour de cassation avait admis dès 1998, mais dans des hypothèses très particulières (sur cette question, voir S. Amrani-Mekki, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée » : Petites Affiches 12 août 2002 p. 8-17 et 13 août 2002 p. 4), la possibilité pour le créancier de rompre unilatéralement le contrat à ses risques et périls, en cas de comportement grave du débiteur, l'article 1226 du projet entend consacrer un principe de rupture unilatérale du contrat, sous le nom de « résolution par notification », qui serait concurrent de la résolution judiciaire, c'est-à-dire placé sur un même pied d'égalité qu'elle.

Ce texte prévoit en effet que :

« Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne de manière apparente qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son enga-

gement, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution. »

**12** Des **précautions** ont donc été prises (mise en demeure préalable du débiteur de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, obligation de motivation à la charge du créancier, recours éventuel au juge, etc.). Mais on ne peut s'empêcher de penser que la **consécration** d'un tel principe de rupture unilatérale du contrat serait extrêmement **dangereuse**, en particulier dans les cessions de droits sociaux. Un tel principe est peut-être opportun pour les contrats à exécution successive, mais il l'est beaucoup moins pour les contrats de vente, a fortiori lorsque la vente porte sur une société, opération complexe ne pouvant d'ailleurs se réduire au seul transfert de propriété des titres.

Les parties mettent de longs mois pour s'entendre sur le principe et les conséquences de la cession de la société (sort des salariés, sort des contrats en cours pouvant contenir des clauses de déchéance en cas de cession de contrôle, etc.) et on voudrait donner à un contractant, par exemple au cédant qui n'aurait pas reçu le complet paiement du prix, le pouvoir de rayer « d'un trait de plume » tout ce qui a été patiemment construit, et ce sans contrôle préalable du juge ?

**15** Et que penser de l'hypothèse où le **contrat** aurait été **injustement rompu**, c'est-à-dire de l'hypothèse où le juge constaterait a posteriori que les manquements du débiteur n'étaient pas suffisamment graves pour justifier la rupture unilatérale du contrat ? Le contrat injustement rompu existe-t-il toujours ou la rupture a-t-elle tout de même mis fin au contrat (à charge pour le créancier d'indemniser son cocontractant) ? Les termes ambigus de l'article 1126 du projet - « Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour **contester la résolution** » - ne permettent pas de trancher définitivement cette question, qui sera elle aussi source de bien des contentieux...



## 27 La réforme du droit des contrats à la lumière du droit allemand

Le droit allemand connaît déjà certaines mesures retenues par le projet de réforme français. Dr Luke présente les dispositions allemandes en matière de conclusion et d'exécution du contrat applicables aux cessions d'entreprise et met en lumière les difficultés qu'elles peuvent créer.

### Remarques préliminaires

1 Comparer les nouvelles dispositions proposées par la réforme du droit des contrats français avec d'autres ordres juridiques est tout à fait pertinent. D'une part, la **comparaison** permet de savoir dans quelle mesure de nouveaux concepts dont l'introduction en droit français est envisagée se trouvent aussi dans d'autres ordres juridiques. D'autre part, des solutions trouvées dans d'autres ordres juridiques pourraient faciliter l'interprétation des futures règles françaises si celles-ci reprennent de telles solutions. Enfin, le droit comparé peut mettre en lumière dans quelle mesure certaines dispositions servant de règle générale et, de plus, rédigées de façon excessivement générale ont pu poser des problèmes dans la pratique d'un pays, et seraient ainsi, à pouvoir jurisprudentiel interprétatif égal, à éviter dans un autre pays.

2 Par rapport à la presse étrangère, notamment anglo-saxonne, qui critique certains éléments de la réforme, l'écho en Allemagne est moins sévère. En effet, et cet article l'illustre plus dans le détail, un certain nombre des nouveautés françaises sont connues en droit allemand. Le **droit allemand** a connu une **réforme importante du droit des obligations en 2002**. Celle-ci était moins profonde que la réforme prévue par le législateur français, mais elle a néanmoins engendré des appréhensions avant son entrée en vigueur, notamment en ce qui concernait les contrats de cession d'actions et de parts sociales. Il convient ici de souligner qu'à cette occasion, la pression des praticiens concernés a pu aider à modifier une disposition mal rédigée : le nouveau § 444 du code civil allemand (« BGB ») interdisait en cas de « garantie donnée par le vendeur » d'exclure les garanties légales en matière de non-conformité ou vices prévus par le BGB. La pratique

dans les contrats d'acquisition était justement de créer contractuellement le régime d'une garantie indépendante, mais d'exclure les garanties légales. Cette pratique ne semblait plus correspondre à la nouvelle rédaction du BGB. Le ministère de la justice a reconnu cette erreur de rédaction, et la disposition a été modifiée par la suite !

3 L'objectif de cette contribution est de donner un bref aperçu sur le traitement en droit allemand de certains aspects de la réforme française du droit des contrats, en matière de contrats d'acquisition d'entreprises.

### I. La conclusion du contrat

4 Nous traiterons trois sujets autour de la conclusion du contrat : l'obligation d'information, les vices du consentement et l'annulation du contrat, la promesse unilatérale et le pacte de préférence.

#### A. OBLIGATION D'INFORMATION

5 Le droit allemand impose une obligation d'information au vendeur avant la conclusion du contrat de vente. La question d'une violation de ce devoir occupe une place relativement importante dans la pratique des contrats de cession d'entreprise. Les obligations précontractuelles ont été développées par la jurisprudence et ensuite introduites dans le BGB lors de la réforme du droit des obligations en 2002. Il s'agit d'une disposition générale selon laquelle l'obligation de bonne foi s'applique aussi à certaines relations précontractuelles (§ 311 BGB). Cette disposition couvre aussi bien la rupture abusive des pourparlers que l'obligation d'information. Détail important sur sa nature juridique : il s'agit d'une obligation contractuelle, non délictuelle.

6 Le **vendeur doit informer l'acheteur** des faits connus qui pourraient empêcher la réalisation de l'objectif du contrat, et qui sont donc pertinents

Dr Antje Luke est associée de BMH AVOCATS. Son activité porte principalement sur les opérations de fusion ou d'acquisition transfrontalières, de restructuration d'entreprises et de joint-venture dans l'intérêt d'investisseurs français, allemands ou internationaux. Avant de rejoindre BMH AVOCATS, A. Luke a exercé dans les cabinets d'avocats internationaux Haarmann Hemmelrath, Marccus Partners et Pinsent Masons. A. Luke a reçu le « Prix de l'avocat allemand » du Barreau de Paris, de la chambre fédérale des avocats allemands et du Deutscher AnwaltVerein. Elle est présidente de l'Association des avocats allemands établis en France.



ANTJE LUKE  
Rechtsanwältin,  
Avocat  
BMH AVOCATS

pour la décision de l'acheteur, dans la mesure où l'acheteur pouvait normalement compter sur leur divulgation ou communication. Peut par exemple être sanctionné le fait de ne pas communiquer la perte d'une grande partie du chiffre d'affaires, l'existence d'un litige très important, ou d'une dette consécutive.

7 La **responsabilité du vendeur** est uniquement engagée en cas de faute. Toutefois, cette faute est présumée, et il appartient au vendeur d'apporter la preuve contraire. Il convient de délimiter cette responsabilité générale du régime du droit de la vente : une fois les actions ou parts sociales cédées, l'acheteur ne peut invoquer



la violation de cette obligation d'information que s'il ne peut pas se prévaloir d'un vice caché ou d'une non-conformité de la chose.

## “La mise en œuvre d'une data room ne libère pas le vendeur de son obligation d'information”

Afin d'éviter, ou tout au moins de réduire, le risque d'un tel reproche, les vendeurs organisent des data rooms. Cependant, la mise en place d'une data room ne libère pas le vendeur de cette obligation d'information. L'information donnée doit être lisible, intelligible et ne doit pas être « noyée » dans des informations sans grand intérêt.

Les conséquences d'une violation de l'obligation d'information peuvent être lourdes : l'acheteur doit être remis dans la position dans laquelle il eût été s'il avait reçu l'information. Dans certains cas graves, l'acheteur peut même demander l'annulation du contrat, ce qui entraîne de lourdes conséquences. Il est usuel dans les contrats de cession d'exclure cette responsabilité précontractuelle. Toutefois, une exclusion n'est pas admise en cas de faute intentionnelle du vendeur.

### B. VICES DU CONSENTEMENT

**8** En matière de contrats portant sur une cession d'entreprise, deux types d'annulation du contrat pour vices sont envisageables (Anfechtung, § 119 et § 123 BGB) : annulation pour erreur ou annulation pour dol.

#### Annulation pour erreur « de déclaration ou de contenu »

**9** Le BGB accorde au cocontractant le droit à l'erreur : si une partie a commis une erreur dans la déclaration (par exemple, elle a écrit un chiffre erroné), sur les qualités de la chose ou sur la personne de son cocontractant. Elle a alors le droit de contester la validité du contrat dès qu'elle apprend son erreur. L'autre partie qui avait confiance dans la validité du contrat est toutefois protégée, dans une certaine mesure : elle peut obtenir du cocontractant qui met en cause la validité du contrat des dommages-intérêts. Ainsi, le législateur vise à équilibrer les conséquences graves qu'une contestation peut avoir pour le cocontractant.

Toutefois, une telle erreur sur le contenu n'a pas de grande importance en matière de contrats d'acquisition. Et ce, pour plusieurs motifs :

- tout d'abord, une grande partie des entreprises allemandes ayant la forme d'une GmbH, la cession des parts sociales requiert un acte notarié. L'étude du contrat par le notaire et sa lecture ont notamment l'objectif d'exclure de simples erreurs de rédaction ;
- le droit de contestation pour erreur de déclaration peut être contractuellement exclu, et les parties le font souvent dans la pratique ;
- la contestation pour erreur est exclue après remise de la chose vendue si elle se réfère à un vice de la chose ou à un élément couvert par une non-conformité selon le droit de la vente. De plus, une erreur de l'acheteur sur le calcul du prix, ou sur la motivation ou les attentes qui ne sont pas reflétées dans le contrat, ne donne pas droit à contestation pour erreur.

### Contestation pour dol

**10** La contestation d'un contrat peut être basée sur le dol si le cocontractant a été induit en erreur par l'autre partie de façon intentionnelle. Les conséquences de la contestation sont aussi l'annulation du contrat, mais évidemment pas le paiement de dommages-intérêts par le contestant. Le manque au devoir d'information que nous avons analysé n° 5 peut dans certains cas alternativement donner lieu à une contestation pour dol.

En matière de contrat portant sur une cession d'entreprise, la Cour de cassation allemande (BGH) a, par ailleurs, jugé en 2007 que le fait qu'une telle transaction serait très difficile à dénouer après son exécution n'est pas un motif pour exclure le droit à contestation pour dol.

### C. PROMESSE UNILATÉRALE ET PACTE DE PRÉFÉRENCE

**11** Pour un juriste allemand, les modifications proposées par le projet de réforme du droit des contrats français dans cette matière sont à saluer. La solution française va toutefois plus loin que le droit allemand.

Le droit allemand connaît aussi des promesses unilatérales ou des pactes de préférence. Il est également courant d'accorder un droit d'option pour l'achat d'actions ou de parts sociales.

**12** De telles promesses ou options obligent le promettant d'honorer cette promesse, sans qu'il puisse se rétracter. Toutefois, notamment si la promesse ou l'option est accordée pour une **longue durée**, la jurisprudence en matière de contrat à durée déterminée accordant aux parties le droit de le résilier pour motif grave pourra trouver à s'appliquer.

**13** L'acte conclu par le promettant en violation de sa promesse, option ou pacte de préférence ne sera pas entaché de nullité. Il restera en principe valable, et le promettant se verra exposé aux sanctions classiques pour non-exécution (retrait du contrat, dommages-intérêt). Une exécution forcée, qui est normalement possible en droit allemand, par exemple même en remplaçant une déclaration de volonté par un jugement, ne sera pas possible car le tiers aura acquis la propriété des parts sociales ou actions. La seule connaissance par le tiers de l'existence du pacte de préférence ou de l'option ne suffit pas pour annuler cette deuxième transaction. En effet, seule la mauvaise foi qualifiée et l'intention dolosive (collusion) pourront faire annuler cette transaction.

**14** De plus, depuis une réforme de 2008, une part d'une société à responsabilité limitée allemande (GmbH) peut être acquise de bonne foi si le vendeur est inscrit comme propriétaire dans la liste des associés remise au registre du commerce et des sociétés. La jurisprudence a eu l'occasion de juger que la liste ne peut pas être assortie d'une réserve ou remarque selon laquelle les parts sociales font l'objet d'une promesse ou d'un pacte. Le seul moyen pour le bénéficiaire des options ou pactes de préférence de se protéger contre une cession à un tiers est une clause d'agrément statutaire.

## “Le projet français va plus loin que le droit allemand”

### II. L'exécution du contrat

#### A. LES REMÈDES À L'INEXÉCUTION ET LA RESOLUTION UNILATÉRALE DU CONTRAT

**15** Le code civil allemand distingue entre les remèdes issus du droit des obligations dans sa partie générale et les remèdes spécifiques en matière de droit de la vente, également applicables aux cessions d'entreprises.

**16** L'inexécution de l'obligation principale (par exemple, le défaut de transfert



de propriété des parts sociales) peut être sanctionnée par l'exécution forcée, et l'acheteur pourra entre autres obtenir un jugement remplaçant la déclaration de transfert de propriété.

En matière de **non-conformité ou de vices**, le droit de la vente prévoit quatre moyens pour l'acheteur : le complément de prestation (difficile pour une cession de droit sociaux), la réduction du prix, le retrait du contrat (exclu dans les contrats de cession de droit sociaux) et les dommages-intérêts. L'acheteur pouvant seulement demander des dommages-intérêts si le vendeur a commis une faute, les contrats de cession de droits sociaux excluent usuellement le régime de la vente et le remplacent par une garantie d'actif et de passif assortie d'un régime propre de réduction de prix ou de dommages-intérêts.

### “ Le droit allemand permet aux parties de se faire justice ”

De manière générale, le droit allemand permet aux parties, et de façon assez large, de « se faire justice », par exemple avec le droit de rétention, ou un droit de retrait en cas de non-respect des obligations, et ce, sans intervention du juge.

Si le débiteur a déjà effectué une prestation partielle, le créancier peut uniquement se retirer du contrat dans sa totalité s'il n'a pas d'intérêt dans la prestation partielle. En revanche, le retrait partiel est possible seulement si la prestation peut être divisée.

#### B. THEORIE DE L'IMPREVISION

**17** La théorie de l'imprévision a été développée par la jurisprudence et intégrée dans le BGB en 2002 avec la réforme du droit des obligations (§ 313 BGB). Ce paragraphe recouvre aussi bien l'imprévision que la force majeure.

Il accorde à une des parties le droit de demander à l'autre partie une adaptation du contrat lorsque les **conditions** suivantes sont remplies :

- des circonstances essentielles qui faisaient partie du contrat ont été modifiées après conclusion du contrat de façon grave ;
- les parties n'auraient pas conclu le contrat avec le même contenu si elles avaient connu ce changement ;
- le maintien du contrat sans modification ne serait pas supportable pour une

des parties, en prenant en compte toutes les circonstances.

Cette disposition accorde un droit à la **modification** qui peut être réclamé devant le juge si les parties ne se mettent pas d'accord. L'ultime moyen reste le **retrait** si une autre solution n'est pas possible. Dans des contrats de cession de parts sociales, cette disposition a, en pratique, vocation à s'appliquer uniquement pendant la période entre signing et closing. En pratique, les parties vont toutefois essayer de l'exclure ou de la concrétiser par une MAC clause.

#### C. DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

**18** Parmi les dispositions proposées par le projet de réforme du droit des contrats français, c'est certainement celle qui est la plus problématique aussi du point de vue allemand. Pour deux raisons : d'une part, elle se rajoute à d'autres dispositions en droit français relatives au déséquilibre significatif (pour les relations entre entreprises, notamment celle de l'article L 442-6, 1-2° du Code de commerce) ; d'autre part, le développement de la jurisprudence allemande relative aux contrats d'adhésion a montré que des dispositions très générales peuvent être interprétées de façon extensive par la jurisprudence.

**19** Le sujet du déséquilibre significatif fait l'objet de deux règles en droit allemand : une disposition générale interdisant les contrats contraires aux bonnes mœurs (§ 138 BGB) et le contrôle des contrats d'adhésion ou des clauses non négociées (§ 305s. BGB).

#### Contrat contraire aux « bonnes mœurs » ( § 138 BGB)

**20** Selon cette disposition générale, tout acte juridique qui « contrevient aux bonnes mœurs » est nul. De même, est nul tout acte juridique par lequel quelqu'un, en utilisant la contrainte, l'inexpérience, l'état de nécessité ou la faiblesse de volonté d'autrui, se fait, à lui-même ou à un tiers, promettre ou garantir un avantage pécuniaire contre une prestation, en **déséquilibre flagrant avec la prestation**.

Ce texte sanctionne aussi bien la violence économique et l'usure que le déséquilibre significatif.

Ainsi, une différence entre la valeur de la chose et le prix convenu peut être sanctionnée si le vendeur avait l'intention d'abuser de sa position. Cette intention peut être déduite de certaines circonstances, présomption à renverser par le vendeur.

Cette disposition a récemment été appliquée par la cour d'appel de Francfort pour annuler un contrat d'acquisition d'une agence immobilière. Le tribunal avait estimé le juste prix en fonction d'une pratique du marché et annulé la vente convenue pour un prix trois fois plus élevé.

### “ La nullité peut être constatée par une partie sans l'intervention du juge ”

La nullité peut être constatée par l'une des parties sans intervention du juge. Celui-ci sera néanmoins souvent appelé à intervenir parce que l'autre partie contestera la nullité invoquée.

La jurisprudence a développé des catégories de contrats qui « violent les bonnes mœurs ». Un cas dans le B2B est par exemple la sanction d'une banque qui demande trop de sûretés en garantie de la créance qu'elle doit sécuriser.

#### Sanction de contrats d'adhésion créant un « inconvénient inadéquat »

**21** Une base légale pour sanctionner un « déséquilibre significatif » dans un contrat se trouve en droit allemand, dans une certaine mesure, grâce au contrôle des contrats d'adhésion. Selon une disposition générale du BGB (section relative aux conditions générales de contrats et aux contrats d'adhésion), un contrat préformulé (donc un contrat d'adhésion), voire une clause d'adhésion, peut être nul, même dans les relations entre entreprises, si il constitue un « inconvénient inadéquat » (« unangemessen benachteiligen ») pour l'autre partie.

Cette disposition générale est appliquée de manière extrêmement extensive par la Cour suprême allemande (le BGH), aussi bien en ce qu'elle retient une définition très large de ce qui est un contrat d'adhésion, que par rapport à l'interprétation de la notion d'« inconvénient inadéquat ». Le BGH interdit par cette voie certaines clauses dans les contrats avec des consommateurs ou entre entreprises. Un exemple important concerne les clauses limitatives de responsabilité.

**22** En matière de **fusions-acquisitions**, les opinions sont divergentes sur la question de savoir si ces règles s'appliquent.



On peut notamment se demander si certaines de ces clauses sont préformulées ou négociées, puisque les juristes qui rédigent le contrat travaillent souvent sur la base de modèles. Il reste à voir si les clauses sont ensuite ouvertes à une négociation. Afin d'éviter tout risque, il peut être utile de clairement indiquer qu'un contrat a été

négocié dans sa totalité, et de bien garder les preuves d'une telle négociation. La pratique est très critique vis-à-vis de cette jurisprudence extensive de la notion d'« inconvénient inadéquat ». Une réforme de ces dispositions est en discussion.

**25** En définitive, tout au moins dans le domaine de la cession de parts, le législateur français aurait intérêt à mieux connaître le droit allemand et les difficultés qu'ont pu nourrir certaines solutions qui risquent d'être adoptées en France.

## 28 Réflexions d'un juriste américain sur la réforme du droit des contrats

Pour M<sup>e</sup> McDonald, le projet de réforme s'enracine dans la tradition du Code civil de 1804, tout en s'éloignant un peu plus des principes retenus par la Common Law, qui privilégie la sécurité contractuelle à la protection de la partie « faible ».

### I. Observations générales

**1** L'un des objectifs du projet de réforme du droit des contrats et des obligations, annoncé par la Garde des Sceaux, est de « renouveler l'influence de la France et son rayonnement par le droit, tant au niveau européen qu'international ». En effet, le **Code civil de 1804** a eu une influence considérable sur le développement du droit dans le monde : l'Europe continentale, toute l'Amérique du Sud, une grande partie de l'Afrique, le Moyen-Orient et l'Asie, et même les Etats-Unis dans mon pays de Louisiane, ont pris le Code civil comme **modèle**.

*“ L'influence  
du Code civil  
en berne  
dans le monde  
du commerce  
international ”*

**2** Cette influence est en berne depuis longtemps, du moins dans le monde du commerce international. L'influence

de la « **Common Law** » est sans conteste plus importante aujourd'hui dans les **transactions internationales** que celle du droit français. Les raisons en sont multiples, tant politiques que juridiques. L'hégémonie du droit britannique et américain dans les affaires est due en partie à la puissance économique de ces pays aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles. Mais aussi, la prétendue sécurité contractuelle de la « **Common Law** » – le sacro-saint respect de l'accord des parties, incarné par le dicton « *pacta sunt servanda* » (le contrat doit être respecté) – y est pour beaucoup.

**3** Il a été soutenu que la **réforme** envisagée **ne changera pas l'influence du droit français** dans le domaine contractuel international (notamment, J. Cartwright, « Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats » : *Rev. Contrats* 2015 p. 691).

La critique est fondée, et l'on peut même dire que le projet va accroître la méfiance des juristes internationaux vis-à-vis du droit français.

**4** Mais le génie du droit civil français réside moins dans son adéquation avec le commerce international que dans sa conception de l'importance du droit positif et du rôle du juge dans une société. Dans cette perspective, la réforme proposée est tout à fait dans la lignée de la grande **tradition du droit civil français**. Bien sûr, il existe des critiques sur divers aspects du projet (voir, notamment, ci-dessus les articles du professeur Couret et de mes confrères Giancarli et Mouy), mais, dans sa globalité, le projet

Thomas McDonald est avocat aux barreaux de Paris, de New York et de la Louisiane. Il est associé of counsel au sein du cabinet White & Case, où il exerce depuis plus de 16 ans. Il intervient principalement dans le do-



THOMAS  
MCDONALD  
Avocat associé  
White & Case

maine des financements internationaux et notamment en matière de financements d'actifs (en particulier d'aéronefs, de bateaux et d'équipements).

est cohérent, plutôt bien rédigé et constitue le reflet d'un esprit rédactionnel et philosophique digne des juristes du Code de 1804.

Le rayonnement du droit français ne sera pas jugé au nombre de contrats internationaux de cession de parts sociales ou de financement soumis au droit français, mais sur l'influence du projet comme constituant un modèle pour le monde du droit continental et civil.

**5** En tant que juriste de l'Etat de Louisiane, je me permets de parler du premier rayonnement du Code civil de 1804 afin de démontrer que le projet s'enracine dans la grande tradition du droit civil. En 1808, le **Digeste de la Loi**



civile a été adopté par le nouvel Etat de Louisiane. En général, le Digeste reprenait la forme du Code civil de 1804. Mais les juristes Louisianais ne se sont pas contentés de copier la version officielle de 1804 du Code français. Ils ont abondamment utilisé le Projet de l'An VIII. Ainsi trouve-t-on, dans le Digeste de la Louisiane, le titre « De l'application et de l'interprétation de la loi » extrait pratiquement mot à mot du Titre V du Livre préliminaire du Projet de l'An VIII, mais ne figurant pas (sauf pour deux articles) dans la version définitive du Code civil de 1804. L'article 11 dudit Titre V prévoit que « Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre de l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive. »

6 La théorie de la législation et le rôle du droit et du juge dans une société telle qu'exprimés dans le Livre préliminaire du Projet de l'An VIII, et surtout dans le **Discours préliminaire de Portalis** du projet de l'An VIII, constituent la pierre angulaire du droit civil français. Le Discours préliminaire est capital pour comprendre l'approche philosophique du droit civil, aux antipodes de l'approche de la « Common Law ».

Dans ce Discours, Portalis a expliqué que « la liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique », mais il ajoute immédiatement que « c'est précisément lorsqu'il s'agit de fixer ces limites que les difficultés naissent de toutes parts » (voir aussi les articles 6 du Code civil et 1102 du projet).

7 Le projet fixe de nouvelles limites de la liberté contractuelle à la lumière de plus de 200 ans de jurisprudence et d'une vision politique de la société du XX<sup>e</sup> siècle, visant à protéger davantage la partie faible du contrat.

Par conséquent, le projet prévoit l'extension de l'obligation de bonne foi à la formation des contrats (art. 1103 et 1111 du projet), l'obligation de l'information entre cocontractants (art. 1129), la prohibition des clauses abusives (art. 1168 et 1169) et la consécration de la théorie de l'imprévision (art. 1196). Ces dispositions ont en commun un affaiblissement de la sécurité contractuelle. Le rôle du juge de réformer ou d'annuler les contrats est ainsi élargi et sera sans doute la source d'une jurisprudence abondante. L'attractivité du droit

français dans le contexte du commerce international est amoindrie. Mais, dans un sens plus large, le projet avec le rôle du juge réformateur des relations contractuelles se situe bien dans la tradition du droit civil et pourrait servir de modèle pour d'autres pays de droit civil, surtout les pays émergents ou en voie de développement.

## II. La formation du contrat

### L'obligation de bonne foi

8 L'extension de l'obligation de bonne foi à la formation ainsi qu'à l'exécution des contrats (art. 1103 et 1111 du projet) n'est autre que la confirmation de la jurisprudence.

En droit anglais, une telle obligation n'existe pas, ni pour la formation ni pour l'exécution d'un contrat, malgré une décision récente tendant à assouplir la règle hostile à une obligation générale de bonne foi dans les relations contractuelles (*Yam Seng Pte Ltd. v. International Trade Corp. Ltd.* [2013], EWHC 111 [QB]). Néanmoins, il y a toujours une réticence des tribunaux anglais à l'idée d'imposer une telle obligation (J. Cartwright, « Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats » : *Rev. Contrats* 2015 p. 696).

Aux Etats-Unis, l'Etat de New York et certaines autres juridictions ont adopté une position moins stricte que l'Angleterre. L'article 1-203 de l'Uniform Commercial Code prévoit que tout contrat contient une obligation de bonne foi, et la jurisprudence affirme l'obligation de « good faith and fair dealing » dans la performance du contrat

(*Dalton v. Educ. Testing Serv.*, 87 N. Y. 2d 384, 389 [1995]). Mais ce principe est limité : l'obligation de bonne foi ne peut pas être utilisée pour imposer aux parties averties des obligations positives qu'elles auraient pu prévoir dans leur contrat (M. Galligan, « Choosing New York Law as Governing Law for International Commercial Transactions » : *New York State Bar Association Business Law Section* p. 10 [2014]; *Reiss v. Financial Performance Corp.*, 97 N. Y. 2d 195 [2001]).

9 Les tribunaux anglais et new-yorkais sont encore plus réticents à utiliser l'obligation de bonne foi

afin d'imposer une responsabilité pour rupture abusive des négociations précontractuelles. L'article 1111 du projet, qui est simplement une codification d'une solution jurisprudentielle, impose une responsabilité délictuelle

pour rupture fautive des négociations. Ce principe n'a pas d'équivalent en Angleterre. A New York, bien qu'un arrêt important de 1981 ouvre la porte à une responsabilité pour manque de bonne foi dans les négociations (*American Broadcasting Companies Inc. v. Wolf*, 52, N. Y. 2d 394 [1981]), cette décision a été fondée sur les faits bien précis établissant un accord entre les parties d'avoir à négocier un accord final de bonne foi avec une indication des résultats voulus. La tendance de la loi de New York reste hostile à une telle responsabilité générale (M. Galligan, art. précité, p. 12 [2014]).

### Le devoir d'information

10 Le devoir général d'information, consacré dans l'article 1129 du projet d'ordonnance, exprime, dans un langage général, une obligation positive de divulguer l'information « dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre » et que l'autre a ignoré légitimement. L'ambiguïté de ces termes a été notée (A. Couret et A. Reygrobellet, « Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessations de droits sociaux » : *Bull. July* 2015 p. 252).

11 L'approche de la **Common Law** est bien évidemment différente. Prenons l'exemple de l'Etat de New York : au lieu d'un principe exprimé dans des termes généraux, l'obligation d'information est dégagée de la jurisprudence concernant la fraude. L'obligation d'information est particulièrement importante pour les contrats de cession d'entreprise où l'acheteur américain est censé veiller sur ses propres intérêts en faisant une opération de « due diligence » afin de se renseigner sur la société cible.

La limite du principe de « caveat emptor » est fixée par la jurisprudence si le vendeur a commis une faute dolosive (« common law fraud »). Selon la jurisprudence de New York, la responsabilité d'un vendeur ne peut pas être engagée sauf si les conditions suivantes

“ L'acheteur américain doit poursuivre une investigation appropriée ”

“ Un affaiblissement de la sécurité contractuelle ”



sont remplies : il a fait une fausse représentation significative (« material misrepresentation ») ; il l'a fait intentionnellement (« with intent to defraud ») ; l'acheteur a raisonnablement fait confiance à cette représentation (« reasonable reliance ») et il a subi un préjudice à cause de cette confiance (M. Farhang, A. Bloom et S. Meadow, « Financial Due Diligence and the Specter of Fraud in the Private M&A Context » : Bloomberg BNA, p. 6 [2013]). A New York, la jurisprudence prévoit que la responsabilité du vendeur ne peut pas être engagée sauf si l'information non fournie est significative et ne peut pas être découverte par l'acheteur. Ce dernier a donc l'obligation de poursuivre une investigation appropriée (« adequate due diligence »). Un acheteur averti doit établir que sa confiance dans l'information fautive ou manquante était légitime.

<sup>12</sup> Les contours de la **nouvelle obligation générale de l'article 1129 du projet** auront certainement besoin d'être clarifiés et complétés par la jurisprudence. On peut constater une certaine similarité dans le texte général du projet qui impose la responsabilité pour « réticence dolosive » et le « common law fraud ». Mais il faut remarquer que, dans l'Etat de New York, la responsabilité pour fraude dans le contexte de la cession d'entreprises est bien définie et circonscrite par la jurisprudence imposant une importante obligation pour l'acheteur d'avoir à se renseigner par le processus de « due diligence », surtout si l'acheteur est avisé. On se demande comment les tribunaux français vont fixer les limites du nouveau devoir d'information imposé par l'article 1129 du projet.

### Interprétation des contrats

<sup>13</sup> Un autre grand principe du projet – qui n'est pas une innovation mais qui contraste avec les pays de la Common Law – est que l'interprétation des documents contractuels est faite à la lumière de **l'intention des parties** (art. 1188 du projet, reprenant pour l'essentiel les termes de l'article 1156 du Code civil). C'est une approche plutôt subjective, à l'opposé de l'approche objective de la Common Law, que de trouver dans l'écrit une **interprétation « raisonnable » des mots**.

Il est intéressant de noter, quand même, que le deuxième alinéa de l'article 1188 du projet se réfère, de façon subsidiaire après la recherche d'une commune intention, à l'interprétation selon une « personne raisonnable » dans la même situation.

### Prohibition des clauses abusives

<sup>14</sup> Beaucoup plus novatrice (et critiquée ; voir F. Giancarli, « L'affaiblissement de la force obligatoire du contrat dans le projet de réforme » : ci-dessus inf. 25) est l'introduction dans le projet d'un principe général de prohibition des clauses abusives qui créent « un déséquilibre significatif » entre les droits et obligations des parties (art. 1169 du projet) au-delà des contrats de consommation ou d'adhésion.

Le pouvoir des juges d'annuler une clause ou un contrat commercial complexe dans un domaine comme celui des cessions de droits sociaux est bien plus limité dans les pays de la Common Law.

<sup>15</sup> Pour prendre comme exemple la loi de New York, au-delà des domaines spécifiques tels les contrats de consommation et les contrats de vente des meubles corporels (« sales of goods » ; N. Y. UCC 2-302), il n'y a pas de dispositions législatives d'une portée générale permettant aux juges d'annuler des clauses contractuelles. La jurisprudence prévoit qu'un contrat ne peut être annulé entièrement ou en partie que si le tribunal estime que le contrat ou la **clause** est « ... **grossièrement non raisonnable** et excessif à la lumière de la moralité et des pratiques d'affaires de l'époque et du lieu » (« ... so grossly unreasonable or unconscionable in light of the mores and business practices of the time and place » ; 1 Corbin on Contracts, sec. 128, p. 400 ; Mandel v. Liebman, 303 N. Y. 88, 94 [1951] ; Gillman v. Chase Manhattan Bank, N. A., 73 N. Y. 2d 1, 10 [1988]).

La détermination de l'excessivité (« unconscionability ») d'une clause ou d'un contrat est à la fois une question de procédure et de substance. Si le contrat a été négocié sans lien de dépendance (« at arm's length ») entre cocontractants avertis (comme c'est pratiquement toujours le cas pour les contrats de cession d'entreprises), la condition procédurale ne sera pas satisfaite et le contrat, même déséquilibré, a peu de chance d'être invalidé (Dallas Aerospace Inc. v. CIS Air Corp., 352 F 3d 775 [2d Cir. 2003]. Voir K. Schlosser, « Rare Case Highlights Pitfalls of Unconscionable Contracts » : New York Law Journal, Litigation Review [25 septembre 2007]). L'existence d'une excessivité substantielle (« substantive unconscionability ») est encore plus

difficile à établir. Pour la jurisprudence, il faut établir que la clause ou le contrat en question est scandaleux (« outrageous ») dans son contexte (Gillman v. Chase Manhattan Bank, N. A., 73 N. Y. 2d 1, 12 [1988]).

Dans le domaine des contrats d'acquisition d'actions, la doctrine jurisprudentielle d'« unconscionability » en droit new-yorkais est bien plus restrictive que le « déséquilibre significatif » entre les droits et obligations des cocontractants envisagé par le projet français.

## III. L'exécution du contrat

### La théorie de l'imprévision

<sup>16</sup> Egalement novatrice, et différant significativement de l'approche des pays de la Common Law, est la consécration de la théorie de l'imprévision dans l'article 1196 du projet. Le concept équivalent en Common Law est le « **hardship** », par lequel la performance du contrat est devenue très difficile et onéreuse à la suite de circonstances nouvelles imprévues.

En général, en Angleterre et aux Etats-Unis, ce principe a une application très restreinte. En droit de New York, en dehors d'une disposition applicable aux ventes de meubles corporels (N. Y. UCC 2-615), les règles sont jurisprudentielles et très strictement appliquées. Même en présence d'une clause « Material Adverse Change » (« MAC »), les tribunaux ont tendance à refuser de substituer leur jugement aux stipulations adoptées par les cocontractants ou de modifier la répartition

des risques négociée (F. Fucci, « Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-performance of Contracts » : ABA Section of International Law, p. 6 [2006]).

<sup>17</sup> Il est intéressant de noter la similarité de l'article 1196 du projet avec les articles 6.2.1, 6.2.2 et 6.2.3 des **Principes d'Unidroit** concernant le « Hardship », ainsi qu'avec la théorie de l'imprévision en **droit allemand** (A. Luke, « La réforme du droit des contrats à la lumière du droit allemand » : ci-dessus inf. 27).

Il convient enfin de relever, avec d'autres commentateurs, que la **règle de l'article 1196** semble **supplétive** ; on peut donc supposer que des clauses de « hardship », MAC ou anti-MAC deviendront systématiques dans les contrats

*“ Un contrat,  
même déséquilibré,  
a peu de chance  
d'être invalidé ”*



de cession de parts sociales (F. Giancarli, article précité : ci-dessus inf. 25).

### Remèdes de l'inexécution

**18** Les articles 1217 à 1231-7 du projet proposent, dans une rédaction compréhensive, un ensemble des remèdes à l'inexécution du contrat. L'approche est substantiellement différente de celle de la Common Law, et ce à plusieurs égards. En particulier, l'**exécution en nature**, déjà admise par la jurisprudence et la doctrine comme remède plutôt préférentiel en France, est essentiellement un remède discrétionnaire en Common

Law et ne sera pas accordée sauf si une condamnation à payer les dommages et intérêts se révèle insuffisante.

L'**exception d'inexécution** prévue par l'article 1219 du projet existe en Common Law et il est intéressant de noter que l'article 1220 instaure une exception pour risque d'inexécution, à l'instar de l'« anticipatory breach » de la Common Law.

Dans le domaine des remèdes, le projet maintient une grande distinction

entre le Droit civil et la Common Law. L'article 1232-1 du projet, reprenant les termes de l'article 1147 du Code

Civil actuel, met en exergue le rôle de la bonne foi dans la question de la **responsabilité contractuelle** et le calcul des dommages et intérêts. La question de la faute n'est pas, en général, pertinente en

Common Law pour remédier à l'inexécution du contrat (J. Cartwright, article précité, p. 698 et 699).

*“ La faute n'est pas prise en compte en Common Law ”*

## 29 Observations conclusives : le projet de réforme à l'épreuve de la spécificité de la cession d'entreprise

La cession de droits sociaux présente quatre principales particularités la distinguant des autres opérations contractuelles. Le Professeur Couret se demande si la réforme envisagée permet de mieux les prendre en compte.

**1** Il convient de revenir quelques instants sur le fond des débats pour rechercher un fil conducteur aux multiples réflexions. Il semble que l'on doive partir des spécificités de l'opération de cession de droits sociaux qui présente **quatre singularités** susceptibles de mettre à l'épreuve le droit des obligations et l'on peut se demander si la réforme aboutit à une meilleure prise en compte de cette originalité de l'opération de cession.

### La singularité du processus de formation

**2** On l'a dit en débutant, le processus de formation est complexe. Il comporte plusieurs **séquences** : les négociations encadrées ou non par une lettre d'intention, les promesses, le « signing », la période intermédiaire, le « closing ». Chaque étape est lourde de **risques** : les négociations peuvent être abusivement rompues ; la promesse peut ne pas être exécutée ; à l'heure du signing, peut être stipulé un nombre de conditions suspensives ou résolutoires qui font de cet accord un accord fragile ; la période

intermédiaire doit être bordée ; le closing lui-même n'est pas totalement exempt de danger.

*“ La contribution du nouveau texte sera modeste ”*

**3** Pour ne pas être négligeable, la contribution du texte nouveau ne pourra qu'être modeste en raison de la complexité même de l'opération. L'ordonnance contribue à sécuriser certaines séquences mais l'ensemble des risques ne pourra jamais être maîtrisé par l'œuvre du législateur. La **sécurisation** des promesses unilatérales est indubitablement une avancée majeure : on a insisté à juste raison sur ce point. D'autres solutions ne sont que des confirmations de jurisprudence.

### La singularité de l'objet même de la cession

**4** Cette singularité revêt plusieurs visages.



ALAIN COURET  
Professeur  
à l'Université Paris I -  
Panthéon-Sorbonne  
Avocat associé  
CMS  
Bureau Francis Lefebvre

**5** D'abord, juridiquement, ce sont des **droits sociaux** qui sont cédés. Économiquement, c'est une **entreprise**. Il faut donc aller rechercher l'entreprise derrière les droits sociaux en cas de contestation sur la validité du consentement de l'acquéreur. Jusqu'à ce jour, les juges ont répugné à procéder ainsi en raison même de la personnalité morale de la société dont les titres sont cédés. Lorsque l'erreur doit porter sur une qualité, c'est d'une qualité substantielle des titres cédés dont il s'agit. Ce n'est que lorsque l'entreprise en quelque sorte sous-jacente n'a aucune viabilité que l'erreur peut être retenue. De ce point de vue, le juge va disposer de moyens nouveaux pour fonder des solutions peut-être plus créatives et notamment une nouvelle



définition de l'erreur. Mais rien ne peut nous assurer qu'il en ira ainsi.

Au demeurant, la nullité n'est pas une sanction idéale : la remise en cause de l'opération aboutit à remettre les parties dans l'état antérieur au prononcé d'une éventuelle nullité. Or l'histoire ne peut être aussi facilement réécrite, d'où l'utilité des dispositions du projet de réforme sur les restitutions.

**6** Ensuite, la cession de droits sociaux aboutit au transfert du pouvoir sociétaire. On est donc dans une opération complexe qui a conduit les négociateurs à bâtir parfois de difficiles équilibres. Ainsi, par exemple, dans les opérations de LBO. Peut-on admettre que le juge puisse demain pénétrer dans le contrat pour remettre en cause l'équilibre économique sur lequel s'est construite la transaction ? De ce point de vue, l'article 1169 du projet nous interpelle largement : une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée.

#### La singularité des mécanismes de garantie

**7** On sait que les mécanismes de garantie en la matière sont multiples et partiellement imbriqués : le cessionnaire déçu

peut emprunter au droit commun, au droit spécial de la vente, au droit pénal. Il bénéficie de mécanismes contractuels qu'il se sera employé à constituer : garanties de passif, déclarations de conformité, par exemple.

La réforme n'aura sans doute pas d'incidence sur la manière de rédiger les garanties de passif. La réforme, en revanche et dans le prolongement de ce que l'on a indiqué précédemment, donne au juge des fondements pour l'élargissement du jeu des garanties légales en généralisant l'obligation de bonne foi, en imposant une obligation générale d'information.

#### La singularité dans l'exécution du contrat

**8** Le contrat de cession de droits sociaux contient des dispositions, notamment quant au paiement du prix, qui aboutissent à rendre l'opération peu conforme aux habitudes communes. Par exemple, les ventes avec des clauses de « earn-out » contiennent des éléments dont on peut se demander s'ils ne seront pas susceptibles de remise en cause par le juge. L'article 1196 est redoutable qui prévoit que, en cas de changement imprévisible lors de la conclusion du contrat qui rendrait l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assurer le risque cette partie peut demander une renégociation du contrat.

En cas d'échec, la partie qui se considère victime peut demander de mettre fin au contrat. On tremble pour la sécurité du contrat. En même temps, on peut penser que la difficulté peut être dépassée par le recours à des MAC clauses ou à des clauses de hardship qui demeurent encore relativement peu répandues en droit français.

**9** Que pensent nos observateurs étrangers de cette rencontre entre les spécificités de l'opération et le projet de réforme ? Vu depuis l'Allemagne, l'abîme n'est pas si grand entre le droit français des obligations et le **droit allemand**, s'agissant des questions qui ont retenu notre attention. C'est peut-être surtout la faiblesse des promesses unilatérales qui surprenait antérieurement nos voisins allemands, belges, suisses : ce point est résolu par le projet d'ordonnance.

Le **droit américain**, lui, ne se sent pas menacé par la réforme car certaines dispositions du projet ne sont pas de nature à accroître véritablement l'attractivité du droit français pour les investisseurs. C'est sans doute la question la plus délicate : le **droit français** gagnera-t-il en attractivité ?

### “ Pas d'incidence sur la manière de rédiger les garanties de passif ”