

Les opérations de M&A après la réforme du droit des contrats

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, a modifié nombre de dispositions du Code civil. En matière d'opérations de M&A, s'agissant en particulier de la phase des négociations, elle est venue consacrer un certain nombre de positions jurisprudentielles et ajouter à la charge des parties des obligations nouvelles découlant de la notion de bonne foi.



Fabrice Cacoub,
avocat associé

SUR L'AUTEUR

Fabrice Cacoub est avocat associé en charge du pôle droit privé des affaires du cabinet Earth Avocats. Spécialiste en fusions et acquisitions, il accompagne les sociétés (PME, grands *corporate* et institutionnels) dans leurs opérations de levées de fonds, de croissance externe, de choix et de mise en œuvre de la *corporate governance*, de mise en place de partenariats commerciaux et de restructurations *corporate*.

S'agissant en particulier des opérations de cessions de titres, la protection légale, à savoir le droit commun de la vente, offert à l'acquéreur une protection bien faible, que cela soit lors de la phase précontractuelle ou lors de la phase postérieure à la conclusion du contrat de cession (SPA). C'est pourquoi la pratique a développé un encadrement conventionnel de la phase précontractuelle des négociations ainsi que des garanties attachées à la cession des titres (GAP). L'ordonnance de 2016 a désormais introduit un cadre légal aux négociations.

L'introduction d'un devoir général de bonne foi

L'ordonnance a introduit un devoir général de bonne foi qui s'applique, depuis le 1er octobre 2016, à toutes les phases des négociations, qu'il s'agisse de l'entrée en pourparlers, de leur déroulement ou de leur rupture. L'article 1104 nouveau du Code civil dispose en effet que « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* », ce qui signifie que les parties ne peuvent décider de l'écartier.

L'obligation de confidentialité dans la conduite des pourparlers

Alors qu'auparavant les parties ne pouvaient encadrer la confidentialité des négociations que conventionnellement (NDA), l'ordonnance de 2016 a créé une obligation de confidentialité pesant sur les parties: « *Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* »¹.

Toutefois, la doctrine s'interroge sur les conséquences pratiques de la violation de cette obligation, très générale, d'autant que la loi ne définit pas la notion d'information confidentielle. En pratique, les parties devraient donc continuer de l'encadrer conventionnellement. L'intérêt de la réforme réside davantage dans l'encadrement légal de la rupture des pourparlers.

L'encadrement de la rupture des pourparlers

La rupture des pourparlers a donné lieu à un contentieux fourni. Le principe, énoncé par la jurisprudence, est la libre rupture des négociations. Ainsi, la Cour de cassation a pu affirmer que le fait de ne pas poursuivre des négociations ne

constituait pas en soi une faute². L'ordonnance de 2016 consacre cette liberté de rupture des négociations: « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de bonne foi* »³.

La jurisprudence estimait toutefois que la responsabilité extra-contractuelle de celui qui rompait les pourparlers pouvait être engagée en cas de rupture fautive. Pour caractériser la faute, la jurisprudence a pu se fonder sur la brutalité, sur l'intention de nuire ou encore sur un manquement à l'obligation de bonne foi par l'auteur de la rupture. L'état avancé des pourparlers ou encore le caractère tardif de la rupture ont également pu justifier l'indemnisation de celui qui en subissait le préjudice.

Le préjudice issu de la rupture pouvait être réparé de plusieurs manières:

- soit par une clause de break up fees (ayant pour objet de prévoir à l'avance le paiement d'une indemnité à la charge de la partie qui souhaiterait se désengager unilatéralement d'une opération);
- soit par un protocole transactionnel (dans le cadre d'un règlement amiable);
- soit par une action en justice visant à mettre en jeu la responsabilité civile de l'auteur de la rupture.

LES POINTS CLÉS

- La réforme a donné un cadre légal aux différentes phases des négociations, lesquelles sont désormais régies par un devoir général de bonne foi, qui est d'ordre public.
- Elle a créé une obligation de confidentialité pesant sur les parties pendant la conduite des pourparlers. En outre, elle a consacré les principes jurisprudentiels de libre rupture des négociations et de réparation du préjudice subi en cas de rupture fautive.
- Elle a introduit un devoir général d'information, qui est d'ordre public. En cas de manquement, la responsabilité du débiteur de l'obligation pourra être recherchée et l'annulation du contrat de cession de titres pourra être obtenue.

L'ordonnance de 2016 a consacré le principe de réparation du préjudice en cas de « *faute commise dans les négociations* »⁴. Dans ce cas, le préjudice « *ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu* ». Cette solution est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a refusé de manière constante de réparer la perte de la chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat.

Le régime légal d'indemnisation de la rupture fautive des pourparlers devrait permettre, conformément à la jurisprudence établie en la matière, d'indemniser la victime pour les dépenses engagées en lien avec des négociations qui s'avèreront finalement inutiles, en particulier les frais engagés pour la réaliser des audits

(*due diligence*) et pour la rédaction de la documentation contractuelle de cession. L'ordonnance a également introduit une obligation générale d'information.

L'introduction d'un devoir général d'information

Le devoir précontractuel d'information, c'est-à-dire l'information destinée à éclairer le consentement de l'une ou l'autre des parties, est d'abord autonome. En effet, l'article 1112-1 nouveau du Code civil prévoit un devoir général d'information en dehors de l'obligation générale de bonne foi (et bien qu'elle en soit le corollaire). Il est ensuite d'ordre public: « *Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir* »⁵. Conformément à l'article 1112-1 nouveau du Code civil, trois conditions cu-

mulatives sont nécessaires à l'existence de ce devoir d'information: (1) que l'une des parties connaisse l'information, (2) que celle-ci soit déterminante pour le consentement de l'autre partie et (3) que cette dernière l'ignore légitimement ou fasse légitimement confiance à son co-contractant. Il revient au créancier du devoir d'information de prouver que le débiteur la lui devait⁶, cette preuve pouvant être rapportée par tous moyens. En outre, l'alinéa 2 de l'article 1112-1 nouveau du Code civil dispose que « *ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation* », ce qui est conforme à la jurisprudence.

Surtout, deux sanctions peuvent se dégager lorsqu'un tel manquement est constaté⁷. Tout d'abord, la responsabilité, de nature précontractuelle, du débiteur de l'obligation d'information pourra être mise en jeu. Ensuite, l'annulation du contrat de cession de titres pourra être obtenue dans le cas où le manquement à l'obligation d'information aurait vicié le consentement de son créancier sur le fondement de l'erreur ou du dol⁸. Enfin, l'ordonnance de 2016, reprenant pour l'essentiel les solutions jurisprudentielles antérieures, prévoit que le cédant devra restituer le prix perçu et que le cessionnaire devra lui restituer les titres.



¹ Article 1112-2 nouveau du Code civil.

² Cass. com., 12 janv. 1999, n° 96-14.604.

³ Article 1112 al.1 nouveau du Code civil.

⁴ Article 1112 al.2 nouveau du Code civil.

⁵ Article 1112-1 al.5 nouveau du Code civil.

⁶ Article 1112-1 al.4 nouveau du Code civil.

⁷ Article 1112-1 dernier al. nouveau du Code civil.

⁸ Article 1130 nouveau du Code civil.