
Petit-déjeuner sur le thème :

**La Réforme du droit des contrats :
Quel impact sur la pratique du droit des sociétés ?**

**1^{ère} table-ronde : l'impact sur les opérations relatives aux
sociétés**

Les Pactes d'Actionnaires

**Université Paris Est Créteil
23 Juin 2016**

INTRODUCTION

Situation avant la réforme en matière de droit de sociétés et d'opérations de capital investissement :

- Peu d'articles consacrés aux contrats préparatoires
- Absence de définitions légales d'un certain nombre de contrats très usuels en la matière tels que la lettre d'intention, le protocole d'accord, le pacte d'actionnaires, la garantie d'actif et de passif, etc.
- Absence de cadre juridique et, par conséquent, manque de sécurité juridique
- Importance du pacte d'actionnaire en matière de capital investissement

Les nouveaux principes introduits par l'ordonnance du 10 février 2016

- I. Pacte de préférence (Art. 1123)
- II. Promesse unilatérale (Art. 1124)
- III. Devoir d'information (Art. 1112-1)
- IV. Changement de circonstances imprévisible (Art. 1195)
- V. Porte-fort (Art. 1204)
- VI. Stipulations pour autrui (Art. 1205 et suivants)

I. Pacte de préférence (Art. 1123)

Art. 1123 – « *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 déciderait de contracter.*

*Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la **réparation du préjudice subi**. Lorsque le tiers connaissait **l'existence du pacte** et **l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir**, ce dernier peut également agir en **nullité** ou demander au juge de le **substituer au tiers** dans le contrat conclu.*

*Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être **raisonnable**, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.*

L'écrit mentionne qu'à défaut dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat. »

Evolutions :

- ⇒ Codification jurisprudence (Arrêt n° 240 du 26 mai 2006 – Cour de Cassation – Chambre Mixte)
- ⇒ Une définition du « pacte de préférence » (contrat préparatoire) qui n'existait pas avant
- ⇒ Distinction selon que le tiers est de bonne ou de mauvaise foi
- ⇒ Allocation de dommages et intérêts au profit du bénéficiaire
- ⇒ Possibilité de solliciter la nullité du contrat conclu avec le tiers
- ⇒ Action interrogatoire: elle permet au tiers de faire cesser une situation d'incertitude
- ⇒ Possibilité de se substituer au tiers

I. Pacte de préférence (Art. 1123)

Les incertitudes dans l'application :

- ✓ Quasi-impossibilité d'identifier le bénéficiaire d'un tel pacte (pacte secret => mention dans les statuts ?)
- ✓ Notion de délai raisonnable
- ✓ La preuve de la réception de la demande de confirmation faite au bénéficiaire
- ✓ Conditions de la substitution (conditions de la vente, paiement du prix, existence de garanties etc..)
- ✓ L'intérêt pour le tiers d'effectuer une telle demande avec le risque de recevoir une réponse positive du bénéficiaire (alors qu'en l'absence d'une telle demande de confirmation, ce sera au bénéficiaire de prouver que le tiers avait connaissance du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir).

Impact sur les pactes d'actionnaires :

- ⇒ Application en matière de droit de préemption, droit de premier refus ou de première offre
- ⇒ Référence d'un pacte dans les statuts : l'existence du pacte sera facile à démontrer

II. Promesse unilatérale (Art. 1124)

Art. 1124 – « *La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit 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 le tiers qui en connaissait l'existence est nul.*** »

Evolutions :

- ⇒ Une définition de « la promesse unilatérale (contrat préparatoire) qui n'existait pas avant
- ⇒ Neutralisation de la révocation pendant la période de levée de la promesse
- ⇒ Possibilité d'obtenir, devant un juge, l'exécution forcée d'une promesse, même en cas de rétractation du promettant

II. Promesse unilatérale (Art. 1124)

- ⇒ Fin à une jurisprudence très critiquée : La Cour de Cassation (Arrêt « Consorts Cruz » Chambre Civile 3, Arrêt du 15 décembre 1993 - N° de pourvoi 91-10.199) refuse en effet la réalisation forcée du contrat lorsque la levée de l'option par le bénéficiaire intervient postérieurement à la rétractation du promettant, et limite la sanction à des dommages et intérêts.
- ⇒ Sanction : la nullité du contrat mais uniquement si le tiers avait connaissance de la promesse
- ⇒ Il n'est pas nécessaire de démontrer que le tiers connaissait son intention de se prévaloir de la promesse pour invoquer la nullité du contrat passé en violation de ses droits
- ⇒ Différence avec le pacte de préférence : pas de faculté de substitution au tiers

Impact sur les pactes d'actionnaires :

Instrument clé en matière de pacte d'actionnaire : renforcement de la sécurité juridique quant à l'application des clauses de good leaver/ bad leaver, droit de cession forcée, liquidité, drag along, tag along, clauses de rachat etc.

Pratique intérieure : promesses « irrévocables » complétées par des clauses d'exécution forcée

III. Devoir d'information (Art. 1112-1)

Art. 1112-1 – « Celle des parties qui connaît une information dont **l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre** doit l'en informer dès lors que, **légitimement**, cette dernière **ignore cette information** ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

*Ont une importance déterminante les informations qui ont **un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties**.*

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

*Outre la **responsabilité** de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner **l'annulation du contrat** dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».*

III. Devoir d'information (Art. 1112-1)

Evolutions :

- ⇒ Devoir général d'information précontractuelle : règle d'ordre public que les Parties ne pourront pas exclure
- ⇒ Sanction : dommages / intérêts et nullité s'il y a vice du consentement – erreur ou dol
- ⇒ Information légitimement ignorée par l'autre partie : obligation *de facto* de se renseigner (notion qui devra être précisée par les juridictions)

Les incertitudes dans l'application :

- ✓ Difficile encore d'apprécier toute la portée : dans l'attente des interprétations jurisprudentielles => insécurité et source de contentieux

Impact sur les pactes d'actionnaires :

Information sur l'existence d'autres pactes, promesse, lettre d'intention signée, participations détenues ou fonctions exercées dans des sociétés ayant une activité concurrente, similaire ou complémentaire.

IV. Changement de circonstances imprévisible (Art. 1195)

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

*En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la **résolution** du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son **adaptation**. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, **réviser le contrat** ou y **mettre fin**, à la date et aux conditions qu'il fixe. »*

Evolutions :

- ⇒ L'une des innovations importantes de l'ordonnance
- ⇒ Théorie de l'imprévision : Notion connue en droit administratif
- ⇒ Caractère supplétif : les Parties pourront décider par avance de l'écarter

IV. Changement de circonstances imprévisible (Art. 1195)

- ⇒ Sanction : dommages / intérêts
- ⇒ L'imprévision joue un rôle préventif : le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge doit inciter les parties à négocier
- ⇒ Dans les contrats on trouve souvent la MAC clause («material adverse change») : Elle permet à l'acquéreur de se prémunir contre tout événement imprévisible entre la période de signing (date de conclusion du contrat) et de closing (date de réalisation de la cession) qui rendrait l'exécution du contrat particulièrement difficile pour lui.

Les incertitudes dans l'application :

- ✓ La possibilité pour les Parties d'exclure son application donnera lieu à un nouveau sujet de discussion lors des opérations.

Impact sur les pactes d'actionnaires :

Promesses contenant des formules de prix, liquidité avec une valorisation convenue par avance entre les parties.

V. Porte-fort (Art. 1204)

Art. 1204 - « *On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers.*

*Le promettant est libéré de toute obligation, si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des **dommages et intérêts**.*

Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit. »

Evolutions :

- ⇒ L'article 1204 complète le régime actuel de l'article 1120
- ⇒ La définition est ouverte, incluant aussi bien (i) le « porte-fort de ratification » (c'est-à-dire lorsque le promettant se porte fort d'obtenir le consentement à un acte qui est déjà négocié et conclu), (ii) le « porte-fort de conclusion » (lorsque dans un acte le promettant s'engage auprès du bénéficiaire à ce qu'un tiers conclue un autre acte juridique) et (iii) le « porte-fort d'exécution » (lorsque le promettant s'engage à ce qu'un tiers exécute un contrat conclu avec le bénéficiaire, à titre de garantie).
- ⇒ Effet rétroactif : uniquement en cas de porte-fort de ratification
- ⇒ Rappel : confirmation du principe des dommages-intérêts / pas d'exécution forcée vis-à-vis du tiers qui n'était pas partie au contrat

V. Porte-fort (Art. 1204)

Impact sur les pactes d'actionnaires :

Clauses de Tag-along (sortie conjointe): Engagement par un associé de faire racheter, par le tiers cessionnaire, les titres d'un autre associé.

Porte-fort de l'actionnaire majoritaire pour le compte des minoritaires non-signataires du pacte (clause de drag-along), de la Société pour le compte des filiales.

Cour d'Appel de Versailles en date du 14 octobre 2004 : «... *la clause par laquelle les majoritaires s'engagent à faire en sorte que les minoritaires puissent, à leur convenance, céder prioritairement tout ou partie des titres qu'ils détiennent, s'analyse en une obligation de faire susceptible d'exécution forcée dès lors qu'il n'est pas établi que cette obligation se heurterait à une impossibilité matérielle, juridique ou morale* ».

VI. Stipulation pour autrui (Art. 1205)

Art. 1205 « *On peut stipuler pour autrui.*

L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse. »

Art. 1206 – « *Le bénéficiaire est investi d'un **droit direct à la prestation** contre le promettant dès la stipulation.*

Néanmoins le stipulant peut librement révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée.

La stipulation devient irrévocable au moment où l'acceptation parvient au stipulant ou au promettant ».

Evolutions :

- ⇒ Les articles 1205 et 1206 développent, sans nouveauté de fonds, la description du mécanisme.
- ⇒ L'article 1205 instaure la définition de la stipulation pour autrui
- ⇒ La réforme a précisé les effets à l'égard du bénéficiaire qui a un droit direct à la prestation
- ⇒ Exécution forcée demandée par le bénéficiaire sur le fondement de l'article 1221 de la réforme

Impact sur les pactes d'actionnaires :

Clauses de sortie forcée (drag-along) : le tiers acquéreur bénéficie d'un droit direct à la prestation, et ce à compter de la stipulation.