



# Comment faire évoluer votre pratique en M&A à la lumière de la jurisprudence récente ?

27 NOVEMBRE 2019

Jean-Marc Desaché, avocat associé  
Reid Feldman, avocat associé  
Antoine Paszkiewicz, avocat associé  
Camille Pedrini, *Counsel*



# Communication d'informations au cours du processus d'acquisition : l'efficacité des clauses exonératoires ou protectrices

27 NOVEMBRE 2019

Reid Feldman, avocat associé  
Camille Pedrini, *Counsel*

# PLAN

- **Clauses exonératoires ou protectrices concernant les informations communiquées**
- Textes de base
- Jurisprudence classique
- Jurisprudence récente
- Leçons à tirer

# Clauses exonératoires ou protectrices concernant les informations communiquées – *sont-elles efficaces ?*

## Inventaire des informations communiquées ou mises à disposition

L'Acquéreur confirme que lui-même et ses conseils ont

- eu accès au Mémoire d'Information et à la Data Room [dont le contenu figure sur les DVD-Rom dont copie . . . ] ;
- assisté à une réunion de présentation portant sur la Cible au cours de laquelle ils ont pu poser toutes les questions sur la Cible et ses activités qu'ils souhaitaient [et a/ont obtenu des réponses satisfaisantes] ;
- reçu de l'Acquéreur des réponses [écrites] aux des questions qu'ils ont posées [par écrit] ;
- mené tous audits et vérifications qu'ils estimaient nécessaires ;
- obtenu toutes informations
  - qu'ils ont souhaité obtenir sur la Cible et ses activités, notamment celles qu'ils jugeaient nécessaires pour déterminer la valeur des Titres ;
  - qu'il est usuel de fournir dans des transactions de ce type ;
  - qui sont déterminantes de son consentement à la présente convention et de la décision de l'Acquéreur de réaliser les opérations prévues par celui-ci.

# Clauses exonératoires ou protectrices concernant les informations communiquées – *sont-elles efficaces ?* (suite)

## Impact des informations divulguées

L'Acquéreur dans sa décision de conclure la présente convention :

- s'est fondé sur ses propres examens et analyses des Informations Communiquées et sur les déclarations et garanties des Vendeurs ;
- a bénéficié des conseils de ses propres avocats et autres conseils professionnels ;
- a été capable d'apprécier de manière indépendante et éclairée la portée de ses droits et obligations au titre des présentes.

Dans la mesure où l'acquéreur préalablement à la signature de la présente convention a connaissance d'une inexactitude d'une déclaration ou d'une garantie du Vendeur, il [pourra néanmoins] [ne pourra pas] se prévaloir de cette inexactitude.

# Clauses exonératoires ou protectrices concernant les informations communiquées – *sont-elles efficaces ?* (suite)

## Impact des informations divulguées (suite)

Le Vendeur déclare que :

- Les Informations Communiquées ont été communiquées de bonne foi avec pour objectif de permettre à l'acquéreur de disposer d'une information loyale sur la situation et les perspectives de la Cible.
- Le Vendeur n'a pas dissimulé [frauduleusement] d'informations quelconques relatives à la Cible qui, si elles avaient été dévoilées, auraient été susceptibles de remettre en cause la décision de l'Acquéreur d'acquérir les titres de la Cible, ou à tout le moins de modifier de manière substantielle la valorisation de la Cible retenue pour fixer le prix de ses titres.
- L'Acquéreur déclare que les Informations Communiquées portent sur tous les sujets dont l'importance est déterminante pour son consentement.

## Clauses exonératoires ou protectrices concernant les informations communiquées – *sont-elles efficaces ?* (suite)

« Divulgarion » signifie que les faits et/ou circonstances sont décrits dans [la Data Room] [les Informations Communiquées] avec un détail suffisant pour permettre à un cessionnaire [professionnel ] [ou ses conseils] [d'identifier] [d'évaluer ] le risque posé par lesdits faits et/ou circonstances [et sont communiqués en identifiant le sujet concerné par le risque] et le verbe “Divulguer” a un sens analogue.

Le Cessionnaire reconnaît :

- (i) qu'il existe des incertitudes inhérentes à la réalisation d'estimations, de prévisions, de budgets ou business plans (et aux hypothèses qui permettent leur établissement),
- (ii) qu'il est parfaitement conscient des risques que peut présenter l'utilisation de ces informations pour ses propres analyses,
- (iii) qu'il avait la responsabilité de faire sa propre évaluation de la pertinence des prévisions, estimations, budgets et business plans fournis par le cédant, et
- (iv) que le Cessionnaire ne pourra présenter aucune réclamation au Cédant à ce titre, le Cédant ne faisant aucune déclaration ou garantie de quelque nature que ce soit concernant ces prévisions, estimations, budgets et business plans, ou concernant la rentabilité ou les résultats futurs de la Cible.

# Textes de base concernant les informations communiquées

## Code civil

### Article 1104 (anciennement article 1134)

« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public. »

### Article 1112-1 (introduit par l'ordonnance n° 2016-131 du 10.02.2016)

« 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. »



# Textes de base concernant les informations communiquées (suite)

## Code civil

### Article 1130

« L'erreur, le dol et la violence vicient 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. »

**Article 1137 (anciennement article 1116, modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10.02.2016 et la loi n° 2018-287 du 20.04.2018)**

« Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.

Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.

Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation. »

**Article 1194 (anciennement article 1135)**

« Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »

## Jurisprudence classique – quelques exemples

**Com. 30.05.2012 n° 11-19594** – pas de dol en cas de non révélation d'information sans démonstration du caractère intentionnel de la non révélation et du caractère déterminant de l'information non révélée :

*« le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne peut caractériser le dol par réticence permettant l'annulation de l'engagement s'il ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci »*

**Com. 12.05.2015 n° 14-13234** – le Vendeur a « *garanti que toutes les informations . . . étaient exactes, sans distinguer selon que [l'Acquéreur] avait ou non connaissance des faits susceptibles d'affecter de manière substantielle les actifs* »

**Com. 03.02.2015 n° 13-12483** – la stipulation d'un mécanisme d'indemnisation pour diminution de capitaux propres n'est pas exclusive de l'existence de dol pour non révélation d'une telle diminution

# Jurisprudence récente

## Com. 21.03.2018 n° 16-13867

- **Faits** : Le Vendeur n'a pas révélé à l'Acquéreur la résiliation par la cible, quelques mois avant la signature de l'acte de cession, d'un contrat cadre ne précisant ni quantités, ni fréquence, ni prix.
- **Décision** : la sanction de l'inexactitude d'une déclaration étant l'indemnisation du préjudice, la garantie ne s'appliquait qu'en cas de préjudice et la cour d'appel a souverainement déduit que la résiliation n'a pas eu de conséquences dommageables pour la cible.

*« qu'en l'état de ces seuls motifs, dont elle a souverainement déduit qu'il n'était pas démontré que la perte de ce client ait eu des conséquences dommageables sur l'activité de la société STDU, la cour d'appel a pu rejeter les demandes d'indemnisation formées par la société MDE 95 »*

- **Motifs surabondants de la CA** : Ledit contrat cadre n'était pas visé par la garantie sur les contrats, la garantie ne comprenant pas de « *liste de clients dit stratégiques, comme le veut l'usage* ».
- **Leçons à tirer** : Nécessité pour l'acquéreur de préciser les éléments déterminants (et attention à l'appréciation parfois superficielle de la pratique par les juges).

## Jurisprudence récente (suite)

### Com. 09.01.2019 n° 17-28725

- **Faits** : Un actionnaire personne physique cède ses actions à une société, sans lui évoquer que la société susceptible de fournir des contrats au cessionnaire était dirigée par sa compagne.
- **Décision** : Le « *silence gardé* » sur les informations « *de nature à affecter les résultats* », dont le cédant « *ne pouvait ignorer l'importance dans la mesure où elles faisaient peser un aléa sur la pérennité* » des cibles, « *était nécessairement intentionnel* ».

*« Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que ces éléments étaient de nature à affecter les résultats et les perspectives des sociétés cédées, ce dont il résultait que le silence gardé par M. Y... sur ces informations, dont il ne pouvait ignorer l'importance dans la mesure où elles faisaient peser un aléa sur la pérennité des sociétés qu'il cédait, était nécessairement intentionnel, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ; »*

- **Leçons à tirer** : Arrêt sur une affaire pré-réforme (l'acquisition a eu lieu en 2008) conforme à l'expansion par l'article 1137 des critères du dol, bien que confirmant que « *le manquement au devoir général d'information ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement* ».

## Jurisprudence récente (suite)

Com. 20.02.2019 n° 17-27840

- **Faits** : L'acquisition des titres de la cible a été conclue après satisfaction des conditions suspensives y compris la conclusion par la cible de deux baux commerciaux sur des terrains, que l'Acquéreur entendait utiliser pour le stockage de matériaux. Il s'est avéré que ce stockage n'était pas possible sur ces terrains. Selon l'Acquéreur il s'agissait d'une condition déterminante de son consentement à l'acquisition, mais selon la cour d'appel ceci n'a pas été démontré, bien que le cédant ne l'ait pas contesté.
- **Décision** : L'affirmation par l'Acquéreur du caractère essentiel et déterminant de l'information non révélée est (dans ce cas) acceptée par la cour sauf démonstration du contraire par le vendeur.

*« Qu'en statuant ainsi, alors que les consorts W... ne discutaient pas le fait que la possibilité pour la société Entreprise W... d'utiliser les parcelles qui seraient données à bail commercial aux fins de stockage de matériaux constituait une condition essentielle et déterminante du consentement de la société S... G..., la cour d'appel a modifié l'objet du litige et violé le texte susvisé »*

- **Leçons à tirer** : Importance pour l'acquéreur d'exiger des garanties spécifiques sur les éléments déterminants pour lui.

## Jurisprudence récente (suite)

### Com. 05.06.2019 n°16-10391

- **Faits** : Les vendeurs se sont livrés à des manœuvres (retards de paiements, modification des échéances, etc.) afin de « *majorer artificiellement* » la trésorerie de la cible, pendant la période entre fin de l'audit/remise de sa lettre d'offre et le *closing*.
- **Décision** : Les vendeurs ont manqué à leurs obligations « *sur le fondement de la bonne foi et de la loyauté contractuelle* » et de gestion en « *bon père de famille* » pendant la période intercalaire, justifiant la condamnation à des dommages et intérêts.

*« (...) l'arrêt retient qu'il appartenait aux cédants, sur le fondement de la bonne foi et de la loyauté contractuelle et au titre de cette clause de gestion, d'informer les candidats à l'acquisition des opérations postérieures au 30 juin 2007, sans qu'ils puissent reprocher aux cessionnaires d'avoir limité l'audit à une période antérieure ; qu'il en déduit qu'en manquant à cette obligation, les cédants ont délibérément caché aux cessionnaires ces opérations, par des manœuvres dolosives destinées à masquer l'insuffisance de trésorerie et la situation financière de la société »*

- **Leçons à tirer** : Validation par la Cour de cassation d'une solution conforme aux attentes de la pratique.

# Communication d'informations au cours du processus d'acquisition

## Leçons à tirer côté Vendeur

- Emmener l'Acquéreur à définir les éléments déterminants pour lui.
- Bien définir les éléments portés à la connaissance de l'Acquéreur, que ce soit en data room ou autrement, notamment :
  - prévoir des déclarations de l'Acquéreur relatives à la mise à disposition des documents, processus de Q&A, etc.
  - annexer l'index de la data room et remettre une clé USB ou un CD ROM contenant l'ensemble des documents figurant en data room et le Q&A
- Intérêt de la mise à disposition de l'Acquéreur et de ses conseils d'un rapport de *vendor due diligence* (VDD), d'une data room exhaustive (les éléments confidentiels pouvant être révélés à une *clean team*)
- Préciser la portée de la notion de « divulgation »

# Communication d'informations au cours du processus d'acquisition

## Leçons à tirer côté Acquéreur

- Identifier les sujets importants pour lui et envisager des garanties spécifiques sur ces points
- La définition/identification des informations communiquées doit être limitée aux informations fournies par le Vendeur et auditées par l'Acquéreur et ses conseils
- Attention à toute définition trop restreinte des éléments déterminants
- Exonération du Vendeur uniquement pour tous les éléments figurant dans le contrat (et ses annexes)
- Intérêt de la revue d'un rapport de *VDD*



# Communication d'informations au cours du processus d'acquisition

## Synthèse

	Vendeur	Acquéreur
Définition/identification des informations communiquées	Définition précise et exhaustive	Définition limitée aux informations réellement fournies et auditées
Définir l'impact des informations divulguées sur les déclarations et garanties	Toutes les informations communiquées (annexes, data room, etc.) sont exonératoires à l'égard de l'ensemble des déclarations	Chaque annexe est uniquement exonératoire à l'égard de la déclaration contre laquelle elle est annexée
Intérêt d'une VDD	Oui	Oui
Définition des sujets déterminants	Déclaration de l'Acquéreur indiquant quels éléments de la transaction sont déterminants pour lui	Aucune déclaration, ou définition suffisamment large
Connaissance de l'Acquéreur d'une inexactitude dans les garanties ( <i>sandbagging</i> )	Tous les éléments portés à la connaissance de l'Acquéreur sont exonératoires	Seules les annexes du SPA sont exonératoires



# Détermination du prix : quelques précautions salutaires

27 NOVEMBRE 2019

Jean-Marc Desaché, avocat associé  
Antoine Paszkiewicz, avocat associé

# Introduction

## Les principes directeurs en matière de contrat de vente :

- Le prix est la chose des parties et l'expert auquel les parties s'en remettent pour fixer le prix n'est que le prolongement de cette volonté ;
- Le prix doit être déterminé ou déterminable ;
- Le prix doit être réel et sérieux (non dérisoire ou illusoire), ce qui n'exclut pas la validité des clauses de *bad leaver* dans les opérations de *private equity*.

# Le prix doit être déterminé par les parties ou un tiers désigné par elles et non par le juge

Article 1592 du Code civil :

*« Il [le prix] peut cependant être laissé à l'estimation d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente, sauf estimation par un autre tiers. »*

# Evolution législative de l'article 1843-4 du Code civil

Article 1843-4 du Code civil dans sa version antérieure à l'ordonnance du 31 juillet 2014	Article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance du 31 juillet 2014	Article 1843-4 du Code civil dans sa version à venir au 1 <sup>er</sup> janvier 2020
<p>« <u>Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible.</u> »</p>	<p>« I. – <u>Dans les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible.</u></p> <p>L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties.</p> <p>II. – Dans les cas où les statuts prévoient la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ces droits par la société sans que leur valeur soit ni déterminée ni déterminable, celle-ci est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné dans les conditions du premier alinéa.</p> <p>L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties. »</p>	<p>« I. – Dans les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, <u>par jugement du président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce compétent</u>, statuant selon la procédure accélérée au fond et sans recours possible.</p> <p>L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties.</p> <p>II. – Dans les cas où les statuts prévoient la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ces droits par la société sans que leur valeur soit ni déterminée ni déterminable, celle-ci est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné dans les conditions du premier alinéa.</p> <p>L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties. »</p>

# L'expertise de prix de l'article 1843-4 du Code civil

## Avantages d'une référence à l'article 1843-4 du Code civil :

- Vente réputée formée dès la saisine de l'expert (Cass. com., 30 novembre 2004). En cas de défaillance de l'expert, les parties peuvent saisir le juge pour désigner un autre expert
- Pour l'expertise de l'article 1592 du Code civil, la vente est réputée formée au jour où l'expert rend son rapport puisque si l'expert ne remet pas son rapport, il n'y a point de vente

## L'expertise de prix de l'article 1843-4 du Code civil

Qu'il s'agisse de l'expertise de l'article 1592 ou de l'article 1843-4 du Code civil, il s'agit d'une expertise conventionnelle, l'expert étant le mandataire des parties :

- le prix fixé par l'expert peut être remis en cause en cas d'erreur grossière ou d'abus de pouvoir
- L'expert n'est pas tenu de respecter le principe de la contradiction (Cass.com., 26 septembre 2018)
- Ce n'est PAS le juge qui fixe le prix

# L'arrêt de la Cour de cassation du 10 octobre 2018 : la clause compromissoire peut confier à l'arbitre le soin de fixer le prix

- **Faits** : un associé a été exclu de la SCI les Mousquetaires lors d'une assemblée générale. L'associé tenu de vendre ses parts a contesté le prix de vente, et a demandé la désignation d'un expert. Toutefois une clause compromissoire prévoyant que l'arbitre pouvait fixer le prix était présente dans les statuts.

## L'arbitre a-t-il le pouvoir d'évaluer le prix des parts ?

- **Décision** : la Chambre commerciale a admis que la clause d'arbitrage puisse étendre la mission de l'arbitre à l'évaluation des parts sociales pour un litige né à l'occasion d'une expertise fondée sur l'article 1843-4 du Code civil.

*« qu'après avoir retenu que le caractère d'ordre public de l'article 1843-4 du code civil n'exclut pas l'arbitrabilité du litige, l'arrêt décide exactement que la circonstance que cette clause accorde aux arbitres le pouvoir de procéder eux-mêmes à cette évaluation et de trancher le litige, contrairement au pouvoir de l'expert nommé en application de l'article 1843-4 du code civil d'évaluer sans trancher, ne la rend pas manifestement inapplicable ou nulle »*



# L'arrêt de la Chambre commerciale du 14 novembre 2018 : interprétation du contrat par le juge

- **Faits** : Un protocole de cession de parts sociales stipulait une clause de complément de prix, dont le montant et la date d'exigibilité dépendaient d'une procédure en cours devant l'Autorité de la concurrence. L'acte de cession prévoyait ainsi que le complément de prix serait payé aux cédants dans les 30 jours de la « signification d'une décision de justice définitive ayant autorité de la chose jugée ».

## L'ambiguïté de la clause d'earn-out implique une interprétation du juge du fond (article 12 CPC) ,

- **Décision** : La Chambre commerciale de la Cour de cassation valide l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, s'en remettant à son pouvoir souverain d'interprétation en l'absence de dénaturation d'une clause claire et précise.

*« Mais attendu qu'ayant relevé que l'ajout de la mention « décision de justice définitive » confortait l'intention des parties d'attendre une issue définitive à la procédure de paiement de complément de prix et que la clause relative à la réserve d'ajustement avait été prévue pour corriger les effets de la fixation et du paiement d'un complément de prix avant l'intervention d'une décision irrévocable sur le montant de la sanction, c'est par une interprétation souveraine exclusive de dénaturation, de l'article 3.2.1 du protocole de cession de titres du 12 juillet 2012 que l'ambiguïté de ses termes rendait nécessaire, que la cour d'appel a retenu que l'exigibilité du complément de prix n° 1 était subordonnée à l'intervention d'une décision de justice irrévocable »*

# L'arrêt de la cour d'appel d'Aix en Provence du 21 juin 2018 : l'interprétation de sa mission par l'expert

- **Faits** : Un associé d'une SARL est décédé, ses parts revenant à ses héritiers il revenait à la société de décider soit d'agréer ces derniers, soit de proposer de racheter les parts. La SARL a refusé d'agréer les héritiers. Un litige s'est donc élevé sur le prix des parts sociales.

## L'expert est-il autorisé à interpréter sa mission ou s'agit t-il d'un monopole du juge ?

- **Décision** : La cour d'appel d'Aix-en-Provence a validé la décision de l'expert ayant interprété le périmètre de sa mission. Ainsi, ne constitue pas une erreur grossière le fait pour un expert de ne pas faire porter

*« son évaluation sur des comptes annuels qui n'étaient pas approuvés à la date de dépôt du rapport, et en relativisant l'intérêt de prendre en compte le bilan en cours d'élaboration, au titre d'éléments prévisionnels, dès lors que la baisse du résultat qu'il révélait était imputable à des augmentations de salaires consenties aux salariés en place, l'expert n'a pas commis d'erreur grossière dans l'accomplissement de sa mission ».*

## CA Paris, 17 septembre 2004, SAS Panzani c/ Cons S

- La Cour d'appel de Paris a dans cette affaire clairement posé le principe du pouvoir d'interprétation par l'expert de sa mission
- La cour précise qu'il y a entre le rôle du juge et le rôle de l'expert une zone de chevauchement:

*« Considérant que la nature de cette mission, qui tend à obtenir dans les meilleurs délais la détermination d'un prix conditionnant la validité même de la vente, emporte pouvoir de ce tiers expert d'appliquer le contrat et, sauf exclusion claire et précise, de donner, nonobstant toute saisine du juge judiciaire, de fait incompatible avec la célérité requise, leur sens aux clauses de ce dernier dans la mesure où elles se rattachent à la mission qui lui est confiée sauf à priver de tout intérêt la mission ainsi confiée »*

*« Considérant que ce large pouvoir d'appréciation, eu égard à ce qui a été indiqué, n'est contredit, ni par le pouvoir souverain d'interprétation reconnu au juge lequel n'est pas exclusif de l'appréciation par un mandataire commun des clauses se rattachant à sa mission, ni par la circonstance que l'appréciation de certaines clauses ne dépende pas nécessairement de concepts comptables, ni par la circonstance que le recours contre la décision du tiers expert est limité »*

# L'arrêt de la Chambre commerciale du 7 mai 2019 : le délai de contestation

- **Faits** : Les associés d'une société avaient conclu un pacte d'actionnaires, prévoyant une clause de *bad leaver*. Le pacte organisait la procédure contentieuse en cas de conflit sur la fixation du prix des actions, et prévoyait notamment un délai de contestation.

## Le délai de contestation déterminé dans le pacte s'impose-t-il en cas de désignation d'un expert ?

- **Décision** : dans la procédure de fixation du prix, les délais sont impératifs « à peine de forclusion » même si la clause ne le prévoit pas

*« qu'il résulte des termes clairs et précis de l'article 14-3 du pacte d'actionnaire, auquel renvoie l'article 8-2-4, pour résoudre les différends relatifs à la fixation du prix, que « toute contestation, quel qu'en soit le contexte, portant sur le prix par valeur mobilière (...) devra être notifiée à tous les actionnaires, au cessionnaire désigné comme tel dans un projet de transfert, et à la société Easytherm, au plus tard dans les 8 jours (...) de la réalisation de la condition prévue à l'article 8 », c'est-à-dire de la cessation des fonctions de « l'actionnaire minoritaire 1 », et que « les parties concernées, à défaut d'accord amiable dans un délai de 8 jours à compter de la notification de la contestation, devront soumettre leur différend à un expert (...) désigné d'un commun accord, ou à défaut d'accord sur le choix de l'expert, à un cabinet d'expertise comptable (...) désigné par le président du tribunal de commerce de Lyon statuant en référé ».*

*« En conséquence il incombait à la société CIAT, si elle entendait élever une contestation sur le prix des actions qu'elle était obligée d'acquérir, de notifier celle-ci dans le délai de huit jours à compter de la cessation de fonctions de M. A... P..., la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »*

- La solution est diamétralement différente en matière de garanties de passif (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 octobre 2018)

## L'arrêt du 7 juin 2016 : différentes mises en cause des clauses de *bad leaver*

- **Faits** : Une salariée ayant bénéficié d'un plan de *stock-options* était partie à un pacte d'actionnaires avec la société qui prévoyait une clause de cession forcée en cas de cessation de ses fonctions. La clause prévoyait que le prix serait fixé à dire d'expert dégradé d'une décote de 50% de la valeur des titres en fonction de la cessation des relations de travail.

### La décote prévue dans le pacte d'actionnaires rend-elle le prix dérisoire ou illusoire ?

- **Décision** : La Cour de cassation a validé la clause de *bad leaver* prévoyant une telle décote. Une telle clause ne rend donc pas le prix illusoire ou dérisoire et ne s'analyse pas en une « *sanction pécuniaire prohibée* ».

« (...) le prix de cession des titres serait le montant évalué à dire d'expert dégradé du coefficient 0,5, ne s'analyse pas en une sanction pécuniaire prohibée, en ce qu'elle ne vise pas à sanctionner un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, dès lors qu'elle s'applique également dans toutes les hypothèses de licenciement autre que disciplinaire ; »

La Cour de cassation indique que la clause :

«participait de l'équilibre général du contrat et s'inscrivait dans un processus d'amélioration de la rémunération de l'intéressée mais également d'association à la gestion et d'intéressement au développement de la valeur de l'entreprise, en contrepartie de son activité au profit de cette entreprise, la cour d'appel en a justement déduit que la cause de la convention litigieuse n'était pas illicite ».

- L'on retrouve dans cet arrêt l'idée d'une opération complexe qui nécessite de prendre en compte l'ensemble des éléments pour apprécier la contrepartie particulière du prix.

## Autres angles de contestation possibles

- L'abus de dépendance économique (écarté par l'arrêt du 7 juin 2016)
- Le déséquilibre significatif (article 1171 du Code civil) ne saurait jouer lorsque le déséquilibre porte sur le prix
- Le caractère potestatif de la clause (écarté par l'arrêt du 7 juin 2016). Cass., civ 1ere, 6 décembre 2017 : la Cour de cassation avait considéré que la condition liée à l'exercice de la promesse en cas de licenciement du salarié n'étant pas potestative de la part de celui qui s'oblige à vendre ne pouvait entraîner la nullité de l'obligation
- La rétractation de la promesse : la Cour de cassation applique l'article 1124 du Code civil issu de la réforme du droit des contrats aux situations postérieures à l'ordonnance (Cass. soc., 21 septembre 2017)
- En revanche, concernant les actes soumis au droit antérieur, la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence antérieure (Cass. civ., 3<sup>ème</sup> 6 décembre 2018)

# Recommandations

- Soyez précis dans la rédaction de la clause de prix :
  - Utilisez les termes du Code de procédure civile (« *décision ayant force de chose jugée* »)
  - Evitez les doubles définitions (BFR normatif en valeur et en définition)
- Pensez à l'après contrat (fusion post-*closing*)
- Retirez à l'arbitre le pouvoir de fixer le prix (la double casquette)
- Définissez les contours de la mission de l'expert que vous aurez choisi ou que vous aurez laissé au tribunal le soin de désigner (c'est maintenant possible sous le régime de l'article 1843-4 du Code civil )
- Prévoyez que l'expert devra respecter le contradictoire (sinon il n'y est pas obligé) ; assurez-vous de son indépendance et communiquez les éventuels conflits d'intérêts à l'autre partie.
- Respectez scrupuleusement les procédures contractuelles de fixation du prix (elles sont de fait « *à peine de forclusion* »)



# Déclarations et garanties : quelles évolutions sont en cours ou à prévoir ?

27 NOVEMBRE 2019

Reid Feldman, avocat associé  
Antoine Paszkiewicz, avocat associé



# PLAN

- Exemples de clauses usuelles
- Textes de base concernant les déclarations et garanties
- Jurisprudence classique – quelques exemples
- Jurisprudence récente
- Leçons à tirer pour la rédaction des déclarations et garanties

# Exemples de clauses usuelles (simplifiées) – *sont-elles efficaces ?*

## Caractère exclusif des garanties contractuelles

Les déclarations figurant à l'article \_\_ sont faites à l'exclusion de toute autre garantie expresse ou tacite, légale ou conventionnelle et le Cessionnaire reconnaît qu'il ne s'est fondé sur aucune autre déclaration ou garantie pour conclure les présentes, notamment relative aux relations futures de la Cible avec ses clients ou fournisseurs, ou sur ses perspectives financières ou commerciales. Par conséquent, les Titres et la Cible sont cédés « en l'état » et le Cessionnaire renonce expressément et à titre irrévocable, dans la mesure permise par la loi, au bénéfice de toute garantie généralement à la disposition des acquéreurs en vertu notamment des articles 1130 et suivants et articles 1626, 1641 et 1643 du Code civil.

Les déclarations et garanties faites et consenties par le Cédant aux termes des présentes annulent et remplacent toutes déclarations et garanties antérieurement faites ou consenties par le Cédant au Cessionnaire s'agissant des Titres, de la Cible ou des opérations envisagées aux présentes et le Cédant n'encourt aucune responsabilité à raison de telles déclarations et garanties antérieurement faites ou consenties (et au sujet desquelles le Cessionnaire s'engage à s'abstenir d'engager une quelconque réclamation ou action à l'encontre du Cédant).

## Déclaration de « sincérité »

Les Informations Communiquées sont exactes, sincères et conformes à la réalité et [à la connaissance du Cédant] ne contiennent une information ou une omission trompeuse. Le Cédant n'a Connaissance d'aucun fait, événement ou circonstance, de quelque nature que ce soit, susceptible de causer un Dommage et/ou d'affecter la poursuite des activités de la Cible.

## Exemples de clauses usuelles (simplifiées) – *sont-elles efficaces ?* (suite)

### « Connaissance »

L'expression « Connaissance » signifie d'une part la connaissance qu'une partie ne peut ignorer et d'autre part la connaissance qu'elle devrait avoir si elle avait effectué des diligences.

### Date d'effet des garanties

Le Cessionnaire déclare et garantit, avec effet [à la date de signature de la présente convention] [et] [à la date de conclusion de la cession des Titres], ce qui suit : . . .

### Respect des lois/conformité

La Cible:

- exerce, et a toujours exercé, ses activités conformément aux Lois et s'est conformée à toute décision ou injonction rendue à son endroit par une Autorité ;
- dispose valablement de toutes les autorisations requises des Autorités, nécessaires à l'exercice de ses activités ou à la détention ou à l'utilisation de ses actifs et a effectué toutes les formalités pouvant être nécessaires au renouvellement de ces autorisations ;
- n'est pas tenue de procéder à des investissements ou d'engager des dépenses afin de se conformer aux Lois ou à toute décision ou injonction rendue à son endroit par une Autorité.

[A la connaissance du Cédant] il n'existe aucune circonstance pouvant conduire au retrait, à la suspension, au refus de renouvellement, ou à la modification de l'une quelconque des autorisations visées ci-dessus.

## Exemples de clauses usuelles (simplifiées) – *sont-elles efficaces ?* (suite)

### Garantie spécifique

Le Cédant s'engage à indemniser à l'euro/l'euro le Cessionnaire (par réduction du Prix) ou la Cible de toute(s) sanction(s) pécuniaire(s) excédant cumulativement \_\_\_\_\_ euros (la « Franchise ») et dans la limite de \_\_\_\_\_ euros (le « Plafond ») prononcées par l'Autorité Administrative à l'encontre de la Cible, dans le cadre du contrôle réalisé par l'Autorité Administrative conformément à la lettre du \_\_\_\_\_ adressée à la Cible (le « Contrôle AA »). La qualification de l'indemnisation en réduction de prix n'aura pas pour effet de permettre à l'une des Parties de demander la nullité de la présente convention et/ou des opérations qu'il prévoit au motif que le Prix serait de ce fait indéterminable, celui-ci ayant été définitivement déterminé par les Parties aux termes du Contrat.

## Exemples de clauses usuelles (simplifiées) – *sont-elles efficaces ?* (suite)

« **Principes Comptables** » désigne (i) le Plan Comptable Général et (ii) les principes et méthodes comptables généralement admis en France à la Date de Référence, tels qu'appliqués de manière constante par la Cible [à l'exception de ce qui est indiqué en annexe \_\_\_];

« **Plan Comptable Général** » désigne le plan comptable général adopté par le règlement de l'Autorité des normes comptable n° 2014-03 du 5 juin 2014 homologué par arrêté du 8 septembre 2014 ainsi que le règlement n° 99-02 du Comité de réglementation comptable tel qu'homologué le 22 juin 1999 et actualisé par le règlement CRC n° 2005-10 du 3 novembre 2005 ;

### Les Comptes de Référence :

- ont été préparés conformément aux Principes Comptables ;
- donnent une image fidèle et sincère du patrimoine, de la situation financière et du résultat de la Cible à la date à laquelle ils ont été arrêtés et de son résultat d'exploitation pour l'exercice clos à cette date ;
- font état de L'ensemble des passifs, charges et risques de la Cible à la Date de Référence et des provisions adéquats s'y rapportant [en application des Principes Comptables].

La Cible n'a pas consenti d'engagements hors-bilan (telle que cette notion est définie dans les Principes Comptables) et il n'existe aucune Caution ou Sûreté consentie par ou octroyées à la Cible [à l'exception de \_\_\_\_\_].

Les Principes Comptables ont été appliqués uniformément et de manière constante par rapport aux exercices précédents.

Tous les livres comptables requis par les Lois applicables ont été tenus par la Cible et sont en sa possession.

# Textes de base concernant les déclarations et garanties

## Code civil

**Article 1103 (anciennement article 1134 al. 1) :** Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

**Article 1104 (anciennement article 1134 al. 3) :** Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.

**Article 1194 (anciennement article 1135) :** Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.

**Article 1626 :** Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente.

**Article 1641 :** Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.

**Article 1643 :** Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie.

## Jurisprudence classique – quelques exemples

**Com. 11.09.2012 n° 11-13167** : le bénéficiaire des déclarations et garanties en conserve le bénéfice alors même qu'il a cédé les actions.

**Com. 3.02.2015 n° 13-12483** : les garanties contractuelles se cumulent avec garanties de droit commun.

**Com. 12.05.2015 n° 14-13234** : sauf dérogation conventionnelle, la convention de garantie porte tout son effet malgré la connaissance d'un risque ou la connaissance d'une inexactitude par le cessionnaire au moment de la signature de la convention.

**Com. 20.10.2015 n° 14-17896** : le bénéficiaire de la garantie peut la transmettre même sans précision dans ce sens dans le contrat sauf si ce dernier est intuitu personae.

**Com. 8.03.2017 n° 15-19174** : dans le silence du pacte de cession ou en cas de doute, le bénéficiaire de la garantie est le cessionnaire.

# Jurisprudence récente

## Com. 03.05.2018 n° 16-20741

Le contrat de cession prévoyait que « pour pouvoir mettre en jeu la présente garantie [de bilan], le cessionnaire devra avoir avisé le cédant de toute réclamation et notamment, de toute vérification fiscale, parafiscale ou sociale dont la cible pourra faire l'objet et l'avoir mis à même d'assurer la défense de ses intérêts ». Cependant, la clause ne prévoyait pas de délai impératif et le cessionnaire avait mis plus de deux ans à informer sa cocontractante de l'existence d'une enquête douanière

Décision : le manque de diligence du cessionnaire à informer le cédant promptement et à coopérer en lui fournissant tous les éléments relatifs à procédure d'infraction douanière, n'entraîne pas sa déchéance du bénéfice de la clause de garantie de passif dès lors :

- qu'une telle sanction n'était pas prévue dans la convention des parties; et
- que la convention ne prévoyait pas de délai impératif dans lequel le cessionnaire devait informer le cédant.

Leçons à tirer : Pour se protéger efficacement, le cédant, débiteur de l'obligation d'indemnisation, doit (1) prévoir **l'obligation du cessionnaire** de l'informer des événements de nature à faire naître son obligation d'indemnisation, **ET** (2) insérer l'obligation d'information du cessionnaire dans un **délai précis, ET** (3) préciser qu'un manquement à l'obligation d'information sera sanctionné par la **forclusion**



## Jurisprudence récente (suite)

### Com. 09.01.2019 n° 16-20355 & 16-22626

A la suite des erreurs dans l'établissement des comptes de la cible préparé par son expert comptable et certifié par son dirigeant, ce dernier, cédant de ses titres, a été condamné à verser au cessionnaire

- une indemnité au titre de réduction de prix des titres cédés, sur la base de la garantie d'actif et du passif et
- une indemnité en réparation du préjudice causé par la perte par le cessionnaire d'une chance de ne pas avoir contracté.

Décision : L'indemnité au titre de réduction de prix est due par le cédant aux termes de la garantie bien que l'anomalie dans les comptes fût sans effet sur la décision du cessionnaire d'acquiescer les titres. Cette indemnité ne constitue pas un préjudice du cédant réparable par son co-responsable .

Leçons à tirer : La rigueur dans tout ce qui concerne les comptes financiers s'impose aux cédants. La responsabilité contractuelle (indemnisation pour manquement à une garantie) n'est pas exclusive d'une responsabilité délictuelle (perte d'une chance de ne pas contracter).

## Jurisprudence récente (suite)

### Com. 06.02.2019 n° 17-20896

Le seul fait pour les garants de s'être personnellement rendus, en connaissance de cause et sans émettre de réserves, aux opérations d'expertises réalisées à l'occasion des réclamations formulées par divers clients ne vaut pas « renonciation non équivoque » à se prévaloir du défaut d'information préalable prévue pour la mise en œuvre de la garantie de passif.

- Décision : La renonciation à un droit peut être implicite dès lors qu'elle résulte d'un acte manifestant sans équivoque la volonté de renoncer. En l'occurrence, la présence des garants aux opérations d'expertise ne valait pas renonciation à se prévaloir de la garantie.
- À noter que la cour d'appel avait aussi relevé que la renonciation ne résultait pas d'une manifestation **expresse** de volonté de la part des cessionnaires. La Cour de cassation la désapprouve sur ce point considérant que ce motif est erroné, mais en l'occurrence surabondant.

Leçons à tirer : Le cessionnaire doit veiller à ne pas perdre son droit à indemnisation par son comportement. Il est conseillé en cas de contact avec le cédant de préciser que les contacts se font « *sans préjudice du droit à indemnisation* ».

## Jurisprudence récente (suite)

### Com. 13.03.2019 n° 17-26571

A la suite de la mise en jeu de la garantie de conformité à la loi de la cible, qui a dû engager des frais importants pour mettre ses opérations à une nouvelle réglementation, le cédant cherchait à minorer le calcul de l'indemnité due au cessionnaire, par compensation des frais engagés avec l'augmentation de l'actif net de la cible entre la date d'établissement des comptes de référence et la date du *closing*. La cour d'appel accepte la compensation, sur la base de son interprétation littérale des termes « *clairs et précis* » d'une clause du SPA.

Décision : La cour d'appel n'a pas recherché la commune intention des parties en présence d'une ambiguïté dans le contrat litigieux,

*« qui, d'un côté, prévoyait en son article 3.1.1 l'indemnisation du préjudice résultant de toute diminution d'actif ou augmentation de passif ayant une cause antérieure au 31 décembre 2010, date d'établissement des comptes de référence, et, de l'autre, stipulait en son article 3.2.2 un mécanisme de compensation entre le montant de l'indemnité due et toute diminution de passif ou augmentation d'actif, de sorte qu'il était ambigu sur l'existence d'une limitation temporelle dans cette hypothèse inverse ».*

Leçons à tirer : Le rédacteur des garanties doit évidemment éviter toute ambiguïté non intentionnelle, sachant ses lecteurs futurs comprendront éventuellement les juges (ou arbitres).

## Jurisprudence récente (suite)

### Com. 22.05.2019 n° 18-13325

L'acte d'acquisition comprenait une garantie d'actif et de passif avec une exclusion de garantie de la valeur des titres de la filiale opérationnelle de la cible, qui a fait l'objet d'un audit par l'expert comptable du cessionnaire. Après la liquidation judiciaire de la cible, le cessionnaire a recherché la responsabilité de son notaire, rédacteur de l'acte, et de son expert comptable, qui sont condamnés à payer seulement une indemnisation modique pour perte de chance.

.Décision : Le préjudice subi est évalué en raison de la perte de chance due à l'omission d'avoir invité les cessionnaires à « *une certaine prudence* ».

Leçons à tirer : Le cessionnaire, comme le cédant, ne peut s'appuyer aveuglement sur l'avis de ses conseils.

## Jurisprudence récente (suite)

### **Cass. Com. 18.09.2019 n°17-22764**

Les cessionnaires ont mis en jeu la convention de garantie d'actif et de passif en contestant certaines règles d'établissement des comptes. Le cédant s'est ensuite retourné contre le commissaire aux comptes de la cible ayant certifié les comptes qu'il tient pour responsable de son préjudice. La méthode comptable litigieuse était parfaitement connue des dirigeants et il ne résultait pas de cette méthode comptable qu'elle donne une image infidèle de la société. Il est pourtant reproché au CAC de ne pas avoir averti du changement de méthode comptable ainsi que de n'avoir émis aucune réserve sur les comptes.

Décision : Le fait pour le commissaire aux comptes de n'avoir pas fait d'observation sur le changement de méthode comptable de la cible, changement connu des dirigeants sociaux, était sans lien de causalité avec le dommage invoqué.

Leçons à tirer : Le cédant est seul responsable des déclarations et garanties qu'il consent au cessionnaire. À lui de s'assurer que ses déclarations et garanties sont rigoureusement exactes. Il ne peut pas se reposer sur des tiers, fussent-ils des professionnels, pour espérer échapper à sa responsabilité contractuelle ni rechercher la responsabilité de ces tiers sauf à démontrer que leur faute est la cause directe de son préjudice.

# Pactes d'actionnaires et statuts : quel support choisir ?

27 NOVEMBRE 2019

Jean-Marc Desaché, avocat associé  
Camille Pedrini, *Counsel*

# Introduction

- Il n'est guère d'opération d'investissement qui se réalise sans pacte d'actionnaires, véritable contrat cadre destiné à régir les droits patrimoniaux et politiques des associés,
- Avantages des pactes d'actionnaires :
  - Confidentialité
  - Souplesse découlant de la liberté contractuelle
- Mais le pacte présente des inconvénients :
  - Le pacte ne se substitue pas aux statuts qui prévalent en cas de contradiction, même si contre cette jurisprudence, les signataires du pacte prévoient dans les opérations de *private equity* que le pacte prévaut sur les statuts : vœu pieux ?
  - Le pacte serait insusceptible d'exécution forcée (cf. ancien article 1142 du Code civil); jugement trop sévère (cf. désignation d'un mandataire ad hoc pour voter une augmentation de capital : CA Paris, 5 ch., 30 juin 1995) ; sans doute faiblesse inhérente à la volonté de protéger les tiers de bonne foi. La réforme du droit des contrats vient renforcer l'exécution forcée (article 1221 du Code civil). Maintien cependant de la protection du tiers de bonne foi (promesse unilatérale de vente article 1124 du Code civil ; pacte de préférence article 1123 du Code civil).

## Introduction (suite)

- Les statuts peuvent présenter l'avantage :
  - De l'opposabilité aux tiers
  - Force contraignante plus grande ? Mais uniquement pour les décisions susceptibles d'être frappées de nullité (manquement contraire à une disposition légale impérative ou une disposition expresse). Avantage à cet égard de la SAS (article L. 227-9 ; L. 227-13 ; L. 227-14 ; L. 227-15 ; L. 227-16 ; L. 227-17 du Code de commerce)
  
- La jurisprudence récente confirme-t-elle ces grands équilibres entre pacte et statuts?



# Pacte d'actionnaires – Force obligatoire : Cass. com., 27 juin 2018

- **Faits** : Un pacte d'actionnaires prévoyait une promesse de vente ainsi qu'une clause d'inaliénabilité. Un associé n'a pas respecté cette dernière obligation et a cédé ses titres en résiliant ses engagements de façon anticipée. Le pacte n'indiquait pas de sanction spécifique en cas de violation de ses clauses. En revanche, les statuts prévoyaient que toute convention contrevenant aux stipulations du pacte était sanctionnée par la nullité.

## Est-il possible de prévoir les sanctions de la violation d'un pacte d'actionnaires dans les statuts ?

- **Décision**: La Cour de cassation énonce que la résiliation anticipée et la cession effectuée en violation du pacte doit être sanctionnée par la nullité conformément à la clause des statuts prévoyant une telle sanction.

*« Qu'en statuant ainsi, alors que la révocation unilatérale de la promesse et, par suite, la cession litigieuse constituaient une violation du pacte d'associés entraînant la nullité de la cession en application de l'article 11.3 des statuts de la société Financière Amplegest, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »*

- **Leçons à tirer de cet arrêt** : cette solution est considérée comme hérétique par certains. Il s'agit plutôt d'une règle d'opposabilité, le tiers ne pouvant être de bonne foi en l'espèce, et sans doute la raison pour laquelle la cession intervenue en méconnaissance de la promesse de vente était nulle. Notons qu'il s'agit d'une application particulière de l'article 1143 ancien du Code civil (article 1222 issu de l'ordonnance du droit des contrats). Une autre façon de rendre le pacte d'actionnaires opposable serait de préciser l'existence de clauses de préemption/inaliénabilité dans les registres de mouvement de titres

## Statuts – Force obligatoire – Sanction de leur violation : Cass. com., 25 janvier 2017

- **Faits** : le pacte d'actionnaires prévoyait une clause de révision de prix qui fonctionnerait dans l'hypothèse où le chiffre d'affaires diminuerait et à condition que le cédant soit encore administrateur.

**Peut-on déclencher la clause de révision de prix alors que les statuts ne prévoient pas la présence d'un conseil d'administration au sein de la société ?**

- **Décision**: La Chambre commerciale casse l'arrêt de la cour d'appel sur le fondement des articles L. 227-1 et L. 227-5 du Code de commerce. En effet les statuts ne mentionnant pas l'existence d'un conseil d'administration, dès lors le cédant ne pouvait pas avoir la qualité d'administrateur.

*« Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes que seuls les statuts de la société par actions simplifiée fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée ; »*

*« Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que les statuts de la société par actions simplifiée Cabinet Rexor ne faisaient pas mention d'un conseil d'administration, ce dont il résultait que M. X... n'avait pas conservé sa qualité d'administrateur à la suite de la modification de la forme juridique de cette société, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ; »*

- **Leçons à tirer de cet arrêt** : certains auteurs ont pu voir dans cet arrêt un frein aux clauses extra statutaires aménageant le fonctionnement de la société. En pratique, il est possible de maintenir des comités *ad hoc* dans les pactes d'actionnaires mais ils doivent rester conformes aux statuts qui gardent leur primauté.

# Statuts – Force obligatoire – Sanction de leur violation : Cass. com., 5 juin 2019

- **Faits** : un pacte d'actionnaires prévoyait une règle de majorité qualifiée pour la révocation des membres du directoire. Or les statuts amendés ultérieurement prévoyaient que la révocation d'un membre du directoire se faisait à la majorité simple. Deux ans plus tard, deux membres du directoire font l'objet d'une révocation par le conseil de surveillance, à la majorité simple, conformément aux statuts.

**Les statuts sont-ils en mesure de modifier les dispositions du pacte alors qu'ils n'en apportent pas la précision ?**

- **Décision**: Alors que les requérants faisaient valoir l'application du pacte et la violation par la décision de révocation des dispositions de ce dernier, la Cour de cassation a affirmé que la décision de révocation était conforme « *aux stipulations statutaires adoptées le 9 décembre 2010, qui constituaient un amendement aux dispositions du pacte d'actionnaires* ».

*« qu'il en déduit que la décision de révocation de MM. I... et W... prise le 21 décembre 2012 respectait les stipulations statutaires adoptées le 9 décembre 2010, qui constituaient un amendement aux dispositions du pacte d'actionnaires et aux statuts initiaux au sens de l'article 27 du pacte d'actionnaires ; qu'en l'état de ces énonciations, constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'a pas modifié l'objet du litige, et qui a recherché comment s'articulaient le pacte d'actionnaire et les statuts de la société Nutritis, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ; »*

- **Leçons à tirer de cet arrêt** : cet arrêt consacre la primauté des statuts pour les actes liés au fonctionnement de la société. En pratique, il est toujours possible de faire un renvoi des statuts au pacte d'actionnaires, à la condition que la cohérence de ces deux instruments soit maintenue.

# Synthèse

	Statuts	Pacte
Opposabilité aux tiers	Oui	Non (sauf mesures particulières d'opposabilité)
Confidentialité	Non	Oui
S'appliquant aux futurs associés de la société	Oui	Non
Possibilité de les modifier	Oui (en AGE)	Oui (à l'unanimité)
Possibilité d'exécution forcée ou de nullité des actes contrevenant aux statuts	Nullité mais uniquement pour les actes contrevenant à une disposition impérative	Traditionnellement, non, avec des réserves. Depuis la réforme du droit des contrats en 2016 : oui (force obligatoire renforcée et jurisprudence très favorable)

Questions ?