



Les conventions d'acquisition en anglais, soumises au droit français : pièges & astuces

22 JANVIER 2020

Dana Anagnostou, avocate associée

Reid Feldman, avocat associé

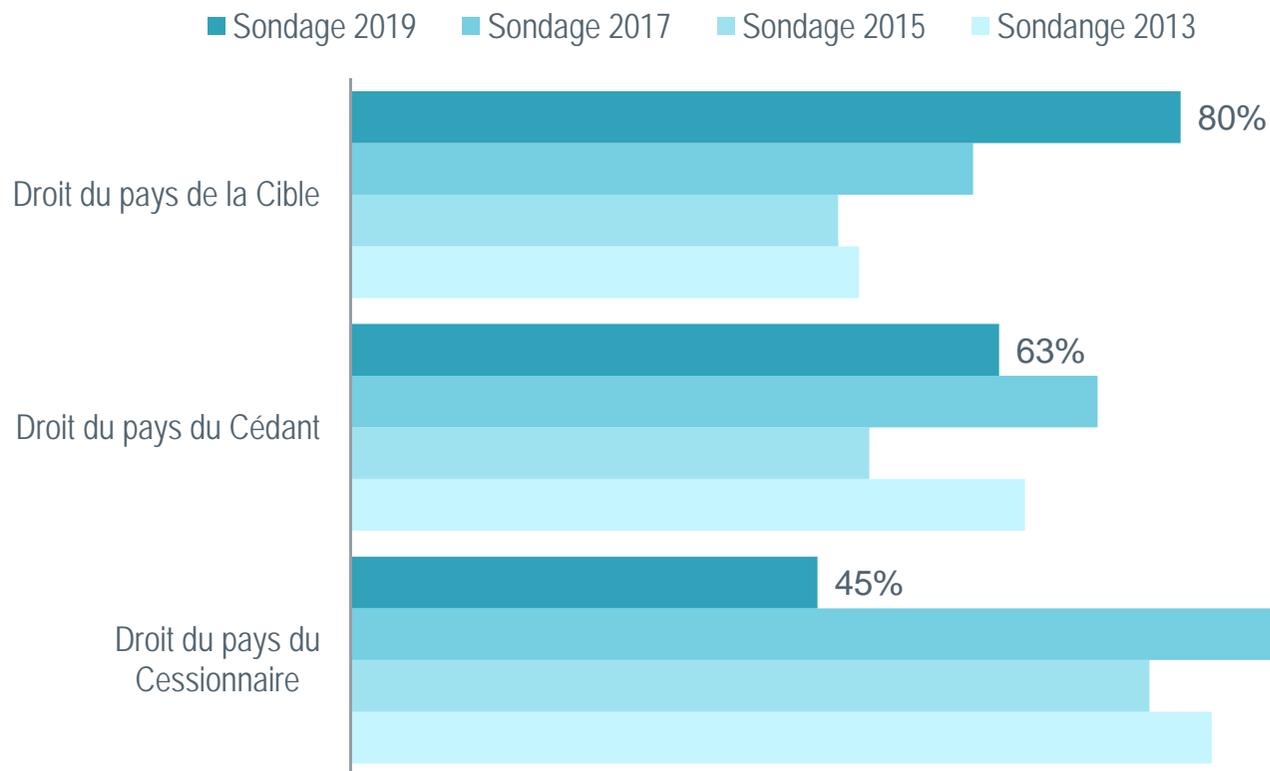
Marie-Christine Fournier-Gille, avocate associée

PLAN

- **Choix du droit applicable**
- **Comparaison des approches anglo-saxonne/française**
- **Comment aborder en anglais les spécificités du droit français**
 - Règles de base
 - Règles spécifiques
 - L'utilisation du français
 - Devant les juridictions françaises
 - Invocation des concepts français
 - Renvois utiles
 - Faux amis
- **Quelques clauses clés**
 - La phase précontractuelle (LOI, MOU, *term sheet*)
 - Les contrats de cession de titres (SPA)
 - Les contrats de cessions d'actifs / fonds de commerce

Le choix du droit applicable

- Choix usuels : le droit du pays de la Cible, du Cédant ou du Cessionnaire
- Etudes des conventions de cession d'actions de cibles européennes :



Sources : ABA European Deal Points Studies 2013, 2015, 2017 & 2019

Comparaison des approches anglo-saxonne et française

Problématique	Approche française	Approche anglo-saxonne
Principes / règles	Confiance relative en les principes – la bonne foi	Méfiance en les principes donc tendance à exposer une multitude d'exemples – buyers beware
Source du droit	L'Etat français	US : les 50 Etats et la loi fédérale UK : England ou Scot. + UK
Approche des dirigeants	Rejet par les dirigeants des contrats trop longs, indigestes	Acceptation des contrats longs (pas entièrement compris?)
Techniques employés	VDD assez courant, avec responsabilité envers l'acquéreur Aucun accès aux <i>auditor work papers</i>	US : en cas de VDD aucune responsabilité envers l'acquéreur Accès au <i>auditor's work papers</i> , habituellement
Information financière	CaC pour toute entreprise répondant aux critères	US : Comptes audités obligatoires uniquement pour les sociétés cotées
Perception du système de droit	Confiance en les codes (et les comptes ?).	Méfiance
Coût et effort liés à un contentieux	Faibles Expertise indépendante mais imprévisible Preuve documentaire, sans témoin, pas de <i>jury</i> , ou de <i>trial</i> , juge professionnel ou consulaire Coûts supportés par chaque partie (sous réserve de l'article 700 du CPC) Niveau des dommages raisonnable	Importants (<i>discovery</i>) "Battle of the experts" (témoins) Juge (et <i>jury</i> sauf renonciation), <i>trial</i> avec présentation de preuves US : coûts supportés par chaque partie UK : coûts supportés par le perdant Dommages imprévisibles, éventuellement élevés (<i>punitive, double / treble damages</i>)

Comment aborder en anglais les spécificités du droit français

- **Règles de base**

- C. civil art. 1103 : Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.
- C. civil art. 1188 : Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.
- C. civil art. 1189 : Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier. Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci.
- C. civil art. 1190 : Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé.
- C. civil art. 1191 : Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun.
- C. civil art. 1192 : On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation.

Comment aborder en anglais les spécificités du droit français

- **Règles spécifiques de droit français**

- C. civil art. 1104 : Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.
- C. civil art. 1112 : L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages.
- C. civil art. 1161 : En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié.
- C. civil 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.

...

[texte complet page 26 ci-dessous]

Comment aborder en anglais les spécificités du droit français

- **Règles spécifiques de droit français (suite)**

- C. civil art. 1194 : 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.
- C. civil 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. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

- C. civil 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.

Comment aborder en anglais les spécificités du droit français

- **Règles spécifiques de droit français (suite)**

- C. civil art. 1591: Le prix de la vente doit être déterminé et désignée par les parties.
- C. civil art. 1592 : Il 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.
- C. civil art. 1843-4 : 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, par jugement du président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce compétent, statuant selon la procédure accélérée au fond et sans recours possible.

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 partie.

Comment aborder en anglais les spécificités du droit français

- Textes sur l'utilisation de la langue française

- Ordonnance de Villers-Cotterêts (15 août 1539) art. 111 : « *nous voulons que dorénavant tous les arrêts ainsi que toutes autres procédures (. . .) et tous les autres actes et exploits de justice (. . .) soient prononcés, publiés et notifiés aux parties en langue maternelle française, et pas autrement* »

- Constitution de la IV^{ème} République art. 2 (avenant 1992) : « *la langue de la République est le français* »

- Loi Toubon du 4 août 1994 :

Art. 1^{er} « *la langue française est un élément fondamental de la personnalité et du patrimoine de la France (. . .). Elle est la langue (. . .) des services publics.* »

Art. 5 : « *(. . .) les contrats auxquels une personne morale de droit public ou une personne privée exécutant une mission de service public sont parties sont rédigés en langue française. Ils ne peuvent contenir ni expression ni terme étrangers lorsqu'il existe une expression ou un terme français de même sens approuvés dans les conditions prévues par les dispositions réglementaires relatives à l'enrichissement de la langue française.*

Ces dispositions ne sont pas applicables aux contrats conclus par une personne morale de droit public gérant des activités à caractère industriel et commercial, la Banque de France ou la Caisse des dépôts et consignations et à exécuter intégralement hors du territoire national. (. . .)

Les contrats visés au présent article conclus avec un ou plusieurs cocontractants étrangers peuvent comporter, outre la rédaction en français, une ou plusieurs versions en langue étrangère pouvant également faire foi.

Une partie à un contrat conclu en violation du premier alinéa ne pourra se prévaloir d'une disposition en langue étrangère qui porterait préjudice à la partie à laquelle elle est opposée.

Comment aborder en anglais les spécificités du droit français

- **Contentieux devant les juridictions françaises**

- Rejet des pièces non-traduites

- Com. 27.11.2012 n° 11-17185 : « *si l'ordonnance de Villers-Cotterêts d'août 1539 ne vise que les actes de procédure, le juge, sans violer l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, est fondé, dans l'exercice de son pouvoir souverain, à écarter comme élément de preuve un document écrit en langue étrangère, faute de production d'une traduction en langue française* »
- Paris 08.06.2018 – n° 17/11144 : « *Considérant que les pièces communiquées par les parties doivent répondre au principe du contradictoire et permettre à chacune des parties de les contester et à la Cour de les comprendre ; que la production de pièces non traduites et en langue étrangère ne répond pas à cet impératif, la Cour ne maîtrisant la langue anglaise* »

Comment aborder en anglais les spécificités du droit français

- **Contentieux devant les juridictions françaises (suite)**

- Parfois rejetés sans traduction, les documents en langue anglaise sont pourtant communément examinés et mis en application par les juges français

- Interprétation des conventions en anglais

Com. 13.03.2019 n° 17-26571 : 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* ».

Comment aborder en anglais les spécificités du droit français

• Contentieux devant les juridictions françaises (suite)

- Parfois rejetés sans traduction, les documents en langue anglaise sont pourtant communément examinés et mis en application par les juges français (suite)

TC Paris 22.02.2019 n° RG 2017041506 :

Attendu qu'en ce qui concerne la notion de pertes (« Losses »), susceptibles de donner lieu à indemnisation, on s'en rapportera à la définition énoncée à l'article 1 du contrat, dans sa version anglaise, qui seule fait foi: « Losses means all losses, damages, claims, liens, or other obligations of any nature whatsoever, costs, expanses, interest, awards, judgments and penalties (including reasonable attorney's and consultant's fees and expanses of investigations) actual/y suffered, to the exclusion of indirect losses or incidental losses such as loss of profits. » ainsi qu'à l'article 7. 5 (a } « An Indemnified Party shall give the Indemnifying Party notice of any matter which an Indemnified Party has reasonably determined has given or could give rise to a right of indemnification under this Agreement, (. . .) ", une telle définition englobant au delà de la perte effectivement subie, le risque de perte et la perte ou le dommage estimé, conformément à l'acception retenue par le demandeur, (. . .)

Attendu que l'article 7.2 (a) du contrat stipule la garantie suivante : « The Seller undertakes to indemnify and hold harmless the Purchaser and the Company (each a "Purchaser Indemnified Party") from and against all losses arising out of or resulting directly from the break [SIC] of any representation and warranty contained in article 3 of this Agreement», que la mise en jeu de la garantie suppose donc la violation d'une déclaration ou garantie figurant à l'article 3 du contrat ; (. . .),

- Evocation des concepts anglo-saxons
 - *estoppel* – 162 mentions par la Cour de cassation depuis 2005 (15 mentions en 2019)
 - *hardship* – Com. 17.02.2015 n° 12-29550, 13-18956, 13-20230

Comment aborder en anglais les spécificités du droit français

Renvois utiles

- “Control, Controls, Controlled by ” means control as defined by article L. 233-3 I of the French commercial code, and the expressions “ Controls ” or “ Controlled by ” shall be interpreted accordingly.
- The provisions of articles 640 to 642 of the French code of civil procedure (*Code de procédure civile*) shall be applied to calculate any period of time under the Agreement, provided that the references in article 642 to “*un jour férié ou chômé*” and “*premier jour ouvrable*” shall be interpreted by reference to the definition of “Business Day” appearing herein.

Comment aborder en anglais les spécificités du droit français

Invocation des concepts de droit français – les préciser en français

- The Independent Accounting Firm [determining price adjustments] shall, in accordance with Article 1592 of the French Civil Code (*Code civil*), act as an expert (and not as an arbitrator) in making its determination which shall, in the absence of manifest error, be final and binding on the Parties and, without prejudice to any other rights which they may respectively have under this Agreement, the Parties expressly waive, to the extent permitted by law, any rights of recourse they may otherwise have to challenge it. In making its determination, the Independent Accounting Firm shall apply the Accounting Principles and the definitions provided under this Agreement and shall limit its determination to the correct calculation of the Disputed Items.
- If the Sellers' undertaking to complete the Transaction is not complied with on or prior to the Long Stop Date, despite the satisfaction or waiver of the Sellers' Conditions Precedent, the Purchaser may (so long as the Purchaser is not in material breach hereunder):
 - (A) defer Closing . . .;
 - (B) proceed to Closing so far as practicable by way of specific performance (*exécution forcée en nature*) in accordance with the terms of Articles 1217 and 1221 of the French Civil Code (*Code civil*), without prejudice to the Purchaser's right to claim damages; or
 - (C) terminate this Agreement, without . . .
- The Sellers hereby irrevocably appoint and designate RepCo, which accepts this appointment, as agent, representative and attorney-in-fact of the Sellers (the " Sellers' Agent ") for all purposes in connection with this Agreement, the other Transaction Documents and the other agreements ancillary hereto, . . . The Sellers' Agent shall be the sole person entitled to act in the name and for the account (*au nom et pour le compte*) of all Sellers in the capacity of the Sellers' joint representative (*mandataire commun*). In this respect, the Sellers hereby expressly acknowledge and agree to irrevocably waive the provisions of article 1161 of the French Civil Code (*Code civil*).
- In the event RepCo resigns or is unable, for any reason whatsoever, to act as Sellers' Agent, the Sellers shall, with the written consent of the Purchaser, which cannot be unreasonably withheld, appoint a new Sellers' Agent and shall promptly notify the Purchaser of the identity of such newly appointed Sellers' Agent. If the Sellers do not reach an agreement within twenty (20) Business Days . . . , then the new Sellers' Agent shall be appointed by the President of the Commercial Court of Paris ruling in summary form (*statuant en référé*), such ruling being unchallengeable on appeal.

Comment aborder en anglais les spécificités du droit français

Faux amis anglais

mot en anglais	traduction	au lieu de
<i>eventually</i>	à un temps futur	éventuellement (<i>possibly</i>)
<i>to achieve</i>	réaliser	accomplir (<i>to complete</i>)
<i>hazard</i>	danger	hasard (<i>chance</i>)
<i>to prevent</i>	empêcher	prévenir (<i>to warn</i>)
<i>to supply</i>	fournir	supplier (<i>to implore</i>)
<i>representations</i>	déclarations	représentations
<i>securities</i>	titres	sécurités (<i>pledges</i>)
<i>statutory rights</i>	droits légaux/accordés par la loi	droits statutaires
<i>assignment</i>	transfert	assignation (<i>subpoena</i>)
<i>execution</i>	signature	exécution (<i>implementation</i>)
<i>to resume</i>	recommencer	résumer (<i>to sum up</i>)
<i>to regard</i>	considérer	regarder (<i>to look at</i>)
<i>proper</i>	adéquat	propre (<i>clean</i>)
<i>partition</i>	séparation	partition musicale (<i>score</i>)
<i>notice</i>	avis, préavis	notice (<i>instructions</i>)
<i>expertise</i>	compétence	expertise (<i>expert's report</i>)
<i>commodity</i>	marchandise	commodité (<i>convenience</i>)
<i>to charge</i>	faire payer	charger (<i>to load</i>)
<i>actually</i>	en fait	actuellement (<i>at present</i>)

Comment aborder en anglais les spécificités du droit français

Faux amis anglais

mot en anglais	traduction	au lieu de
<i>equity</i>	un ensemble de droits garantissant l'équité et construit en parallèle du <i>common law</i> , appliqués historiquement par des juridictions spécifiques, afin de combler ce que la loi ne résolvait pas et de prévenir des dommages irréparables.	Equité = une forme d'égalité ou de juste traitement
<i>civil law</i>	les systèmes de droit d'origine romano-germanique, c'est-à-dire les régimes de droit de tradition écrite	Le droit civil = une branche du droit privé qui régit les rapports entre les personnes, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. Il est divisé en plusieurs branches principales : le droit des obligations et les contrats spéciaux ; le droit des personnes ; le droit de la famille ; le droit des biens et le droit des successions.
<i>common law</i>	les systèmes de droit d'origine anglaise, c'est-à-dire les régimes de droit de tradition non-écrite basés sur les décisions individuelles qui ont force contraignante sur les juges pour les décisions futures.	Le droit commun (en opposition au droit spécial) = les règles applicables à toutes les situations qui ne sont pas régies par des règles particulières. C'est le droit général qui s'applique à tous, sauf exceptions prévues par la loi.

Comment aborder en anglais les spécificités du droit français

Faux amis français

mot en français	traduction	au lieu de
garanties (comme dans déclarations et garanties)	<i>warranties</i>	<i>guaranty</i> (comme dans garantie bancaire)
engagements	<i>covenants</i>	<i>commitment</i>
notifications	<i>notices</i>	<i>notification</i>
grave	<i>serious</i>	<i>grave</i> (tombe)
société	<i>company</i>	<i>society</i> (la société en général)
se retirer	<i>to withdraw</i>	<i>to retire</i>
bénéfice	<i>profit</i>	<i>benefit</i> (avantage)

Quelques clauses clés

La phase précontractuelle

Documentation usuelle :

- LOI = *letter of intent*
- MOU = *memorandum of understanding*
- termsheet = *term sheet*

C. civil art. 1112 (rappel) : L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages.

Quelques clauses clés

La phase précontractuelle

LOI = contrat

CA Versailles, 08.04.2014, n° 13/03008

- Considérant que les sociétés DGC et FC soutiennent qu'aux termes de la lettre d'intention du 2 juillet 2008, qu'elles qualifient de lettre d'intention "binding", la société EPC s'est engagée fermement et définitivement à réaliser "l'Opération", c'est-à-dire à constituer un pôle commun par la création d'une société dont le capital serait détenu par les sociétés du pôle DGC et celles du pôle Demosten ;
- Considérant que la société EPC oppose que la lettre d'intention comportait simplement une contractualisation de pourparlers et obligeait ses signataires à négocier de bonne foi en vue de la réalisation de l'opération, mais non à réaliser l'opération à n'importe quelles conditions ; qu'elle en déduit que seule une interruption des négociations sans motif sérieux est susceptible d'engager sa responsabilité vis à vis des sociétés FC et DGC ;
- Considérant que la lettre d'intention signée le 2 juillet 2008 est un document de 10 pages qui stipule en son article 1 intitulé "portée de la présente lettre d'intention" que les termes de la présente lettre constituent un engagement ferme pour ses signataires, ayant force obligatoire. Les signataires de la présente lettre s'engagent à négocier de bonne foi les modalités de l'Opération non encore définies, lesquelles ne pourront remettre en question les principes définis par la présente lettre ;
- Que l'usage des termes "engagement ferme", "ayant force obligatoire" traduit la volonté commune des parties de réaliser l'opération conformément aux précisions et modalités qui figurent dans la lettre, lesquelles sont décrites de manière très détaillée ;
- Que la référence à l'engagement des signataires de "négocier de bonne foi" ne concerne que les modalités de l'opération "non encore définies" et ne signifie pas que les parties n'en seraient encore qu'au stade de la négociation ;
- Qu'il apparaît au contraire, à la lecture de la lettre d'intention, que les parties étaient parvenues à un accord sur les conditions essentielles et déterminantes de l'Opération lesquelles sont détaillées et précisées dans ladite lettre qui est l'aboutissement d'une longue période de discussions;
- Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que, contrairement à ce que soutient la société EPC, la lettre d'intention du 2 juillet 2008 n'est pas une simple "contractualisation de pourparlers" mais contient l'accord des parties sur les éléments essentiels nécessaires à la création d'une société commune réunissant les sociétés des groupes EPC et DGC ;
- Que par cette lettre , la société EPC s'est engagée de manière claire et non équivoque à réaliser l'Opération ; (. . .)

Quelques clauses clés

La phase précontractuelle

LOI ≠ contrat

Com. 06.11.2012 n° 11-26.582

- Attendu, selon l'arrêt attaqué (Orléans, 15 septembre 2011), que par acte du 14 novembre 2008, M. et Mme X... ont cédé à la société Baudry Dutour l'intégralité des parts représentant le capital de la société civile d'exploitation agricole du Château de la Grille (la société civile) ; que la société du Roi Albert, qui avait adressé à M. X..., lequel y avait apposé sa signature, un acte daté du 3 octobre 2008 par lequel elle exposait à ce dernier son "intention d'acquisition de l'intégralité des parts composant le capital" de la société civile, faisant valoir qu'elle était devenue, par l'effet de cet acte, propriétaire des parts ultérieurement cédées à la société Baudry Dutour, a fait assigner cette dernière ainsi que la société civile et M. et Mme X... ;
- Sur le premier moyen :
- Attendu que la société du Roi Albert fait grief à l'arrêt d'avoir dit que l'acte du 3 octobre 2008 constituait un simple accord de principe et qu'en conséquence elle n'était pas devenue propriétaire des parts sociales litigieuses alors, selon le moyen :
- Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé qu'aux termes de la "lettre d'intention" du 3 octobre 2008, il était indiqué : "Nous vous proposons que le prix de cession définitif soit déterminé (...) sur la base d'une situation comptable en forme de bilan qui serait établie de manière contradictoire, à la date du 30 septembre 2008, destinée notamment à déterminer le passif envers les tiers" et constaté que le montant du passif était inconnu au jour de la lettre d'intention, ce dont il résultait que la fixation du prix des parts sociales impliquait un nouvel accord de volonté des parties, la cour d'appel en a exactement déduit que le prix n'était ni déterminé, ni déterminable suivant les seules stipulations de l'acte du 3 octobre 2008 ;
- Et sur le second moyen :
- Attendu que la société du Roi Albert fait encore grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande de dommages-intérêts pour rupture abusive de pourparlers
- Mais attendu qu'après avoir constaté que la société du Roi Albert avait offert, le 15 octobre 2008, de verser immédiatement 300 000 euros à la société civile pour autant qu'une garantie lui soit accordée par M. X..., et relevé que ce dernier avait refusé, ce qui était son droit, de la même façon que la société du Roi Albert avait pu, sans commettre de faute, exiger une garantie dans le cadre des négociations en cours, l'arrêt retient que les pourparlers ont été rompus sans que la responsabilité de l'une ou l'autre des parties fût pour autant engagée ; que la cour d'appel a ainsi répondu aux conclusions invoquées ; que le moyen n'est pas fondé.

Quelques clauses clés

La phase précontractuelle

Clause relative au caractère contraignant de la LOI

- **Governing Law and Jurisdiction:** This Proposal is governed by French law. Any dispute arising out of, or in connection with, this Proposal (including disputes around non-contractual obligations and disputes regarding the interpretation, validity, execution or termination of the Proposal) shall be submitted to the exclusive jurisdiction of French courts.
- **Non-Binding:** The terms of this letter including the Proposal are non-binding with the exception of the Confidentiality, Exclusivity and Governing Law and Jurisdiction provisions and supersede and annul any and all prior agreements, arrangements and understandings among the parties hereto and/or any of their affiliates including the letter of ____ __, 2020, between Party A and Party B, with the exception of the Confidentiality Agreement. It is understood that all statements and information provided to us in connection with the proposed Transaction are subject to disclaimers including those set out in the “Conditions of Access” in the Data Room and in the “Avertissement” and “Disclaimer” set out on the first pages of Data Room documents __, __, __ and __ and that the only representations, warranties or guarantees to be given in connection with the proposed Transaction will be those set out in the PTA and any other final Transaction documents.

Quelques clauses clés

SPA

Imprévision

C. civil art. 1195 (rappel) : 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.

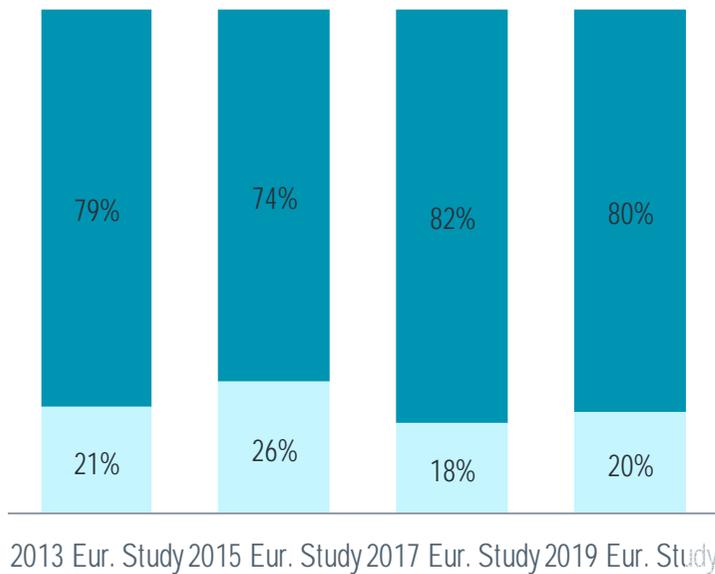
Renonciation

Each of the Parties expressly and irrevocably waives its right to request a renegotiation of the terms and conditions of this Agreement pursuant to article 1195 of the French Civil Code (*Code civil*) and the application of such article in the event of a change in circumstances, unforeseeable at the time of the execution of this Agreement.

Quelques clauses clés SPA - tendances

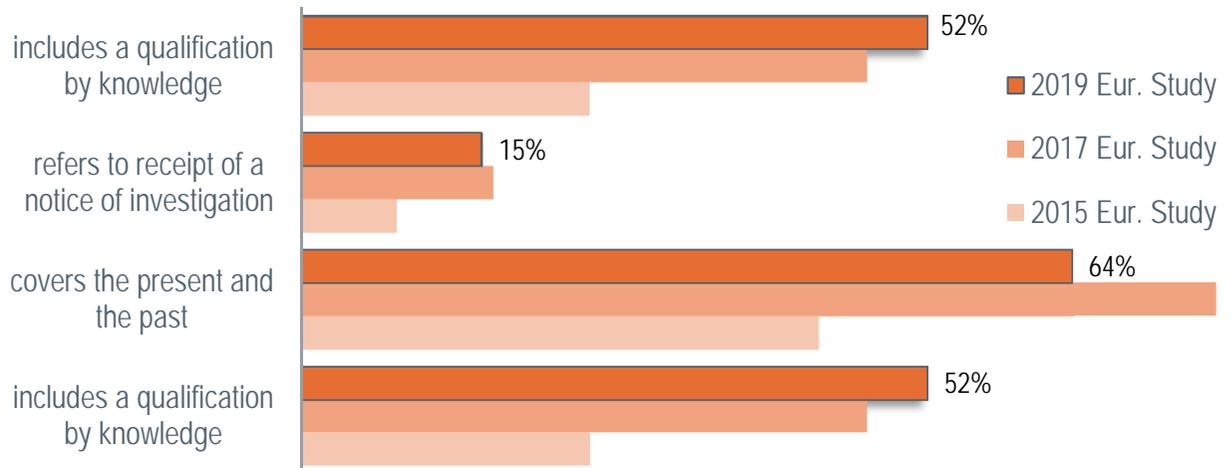
Opérations conformes à la loi

[To the Sellers' knowledge,] the business of Target [has been and] is being conducted in compliance with applicable law.



- Includes Rep
- Rep Not Included

(Subset: includes rep)



Quelques clauses clés

SPA

“ACCURACY OF REPRESENTATIONS” – WHEN MUST THEY BE ACCURATE?

Single point in time: at closing

Each of the Seller's representations and warranties shall have been accurate in all material respects *as of the Closing Date* as if made on the Closing Date.

Two points in time: at signing and at closing

Each of the Seller's representations and warranties is true and accurate *at the date of this Agreement* and shall be true and accurate *as of the Closing Date* as if made on the Closing Date.

“ACCURACY OF REPRESENTATIONS” – HOW ACCURATE MUST THEY BE?

Accurate in all respects:

Each of the representations and warranties is true and accurate *in all respects*.

Accurate in all material respects:

Each of the representations and warranties is true and accurate *in all material respects*.

Accurate in all material respects with "double materiality" scrape:

Each of the representations and warranties is true and accurate *in all material respects, it being understood that, for the purposes of determining the accuracy of such representations, all "MAE" qualifications and other materiality qualifications in such representations shall be disregarded*.

MAE qualification:

Each of the representations and warranties is true and accurate, *except for inaccuracies of representations or warranties the circumstances giving rise to which, individually or in the aggregate, do not constitute and could not reasonably be expected to have a Material Adverse Effect*.

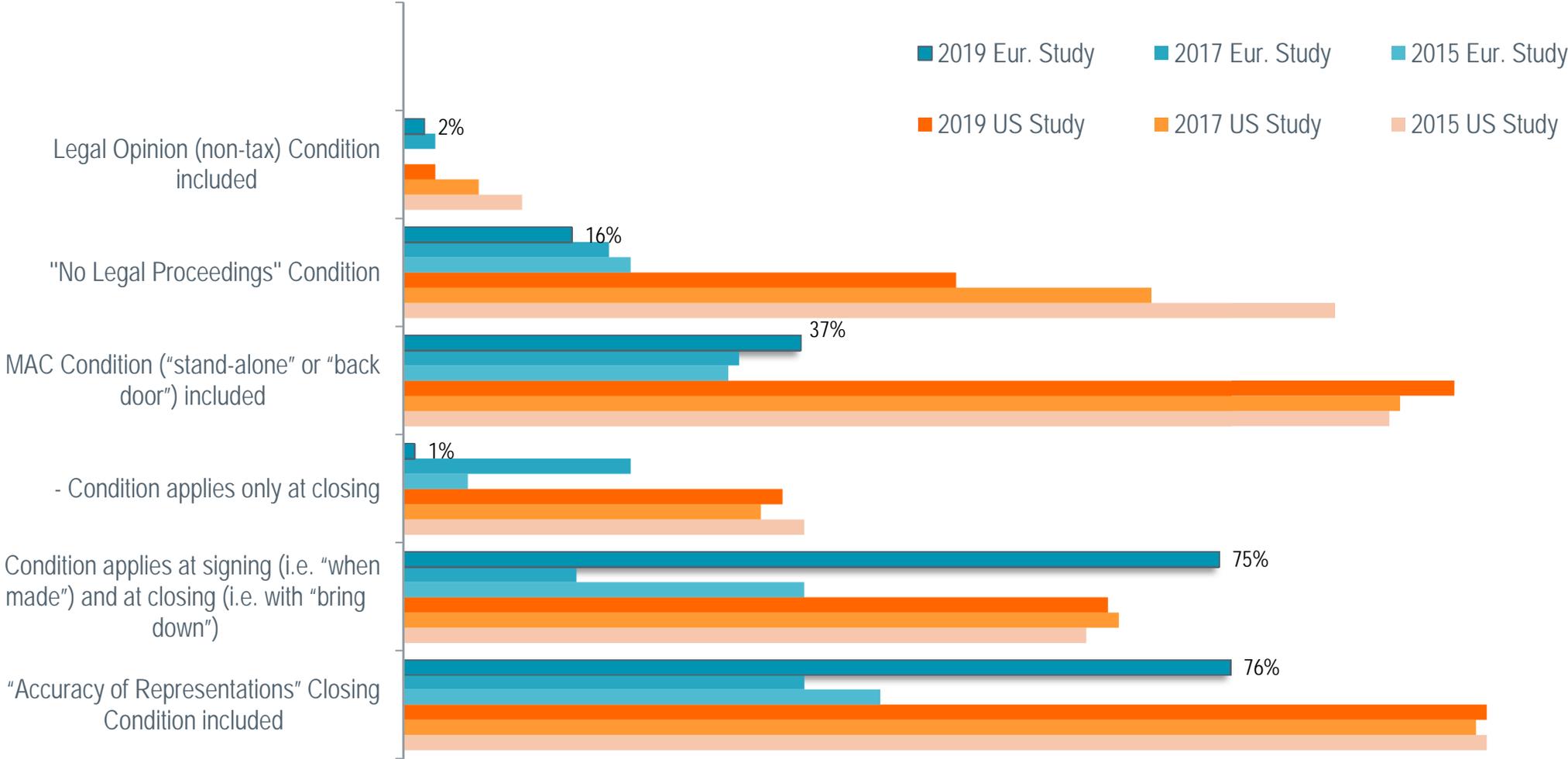
MAE qualification with "double materiality" scrape:

Each of the representations and warranties is true and accurate, *except for inaccuracies of representations the circumstances giving rise to which do not constitute and could not reasonably be expected to result in a MAE, it being understood that for purposes of determining the accuracy of such representations, all "MAE" qualifications and other materiality qualifications contained in such representations shall be disregarded*.

Quelques clauses clés

SPA - tendances

Closing conditions



Quelques clauses clés

SPA

- Divulgence des informations déterminantes – C. civil 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.

- Définition du périmètre des informations déterminantes – efficacité ?
 - The Seller declares that its decision to enter into this agreement for purchase of the Target's shares is based on the consideration of the subjects listed in the Data Room Index, and that no other considerations are determinative for purposes of such decision.



Quelques clauses clés

SPA

Faits connus de l'Acquéreur (*sandbagging*)

Benefit-of-the-Bargain / Pro-Sandbagging Provision:

The right of Buyer to indemnification will not be affected by any knowledge acquired or capable of being acquired by Buyer whether before or after the Closing Date with respect to the accuracy or inaccuracy of such representation or warranty.

Anti-Sandbagging Provision:

Seller shall not be liable for any Losses resulting from a breach of the Representations and Warranties if Buyer had knowledge of such Seller Breach and/or the facts and/or circumstances giving rise to such Seller Breach before Closing.

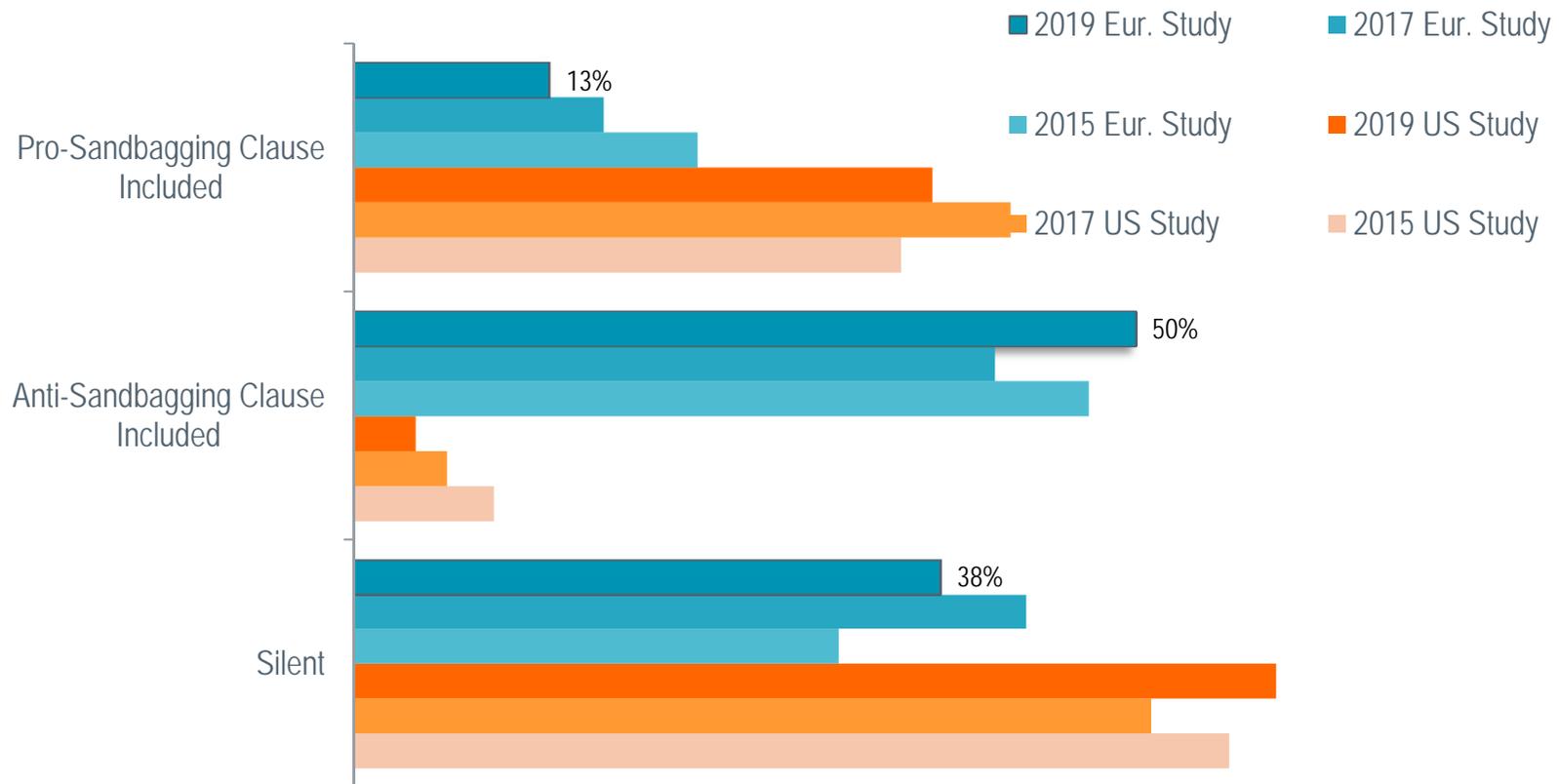
Representation by Buyer Provision:

Buyer is not aware of any breach or inaccuracy of any of the Seller's Warranties or any provision of this Agreement.

Quelques clauses clés

SPA - tendances

Faits connus de l'Acquéreur

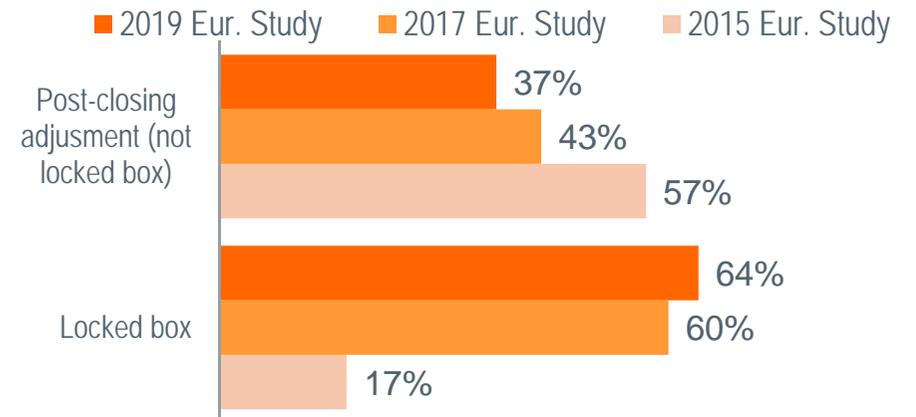
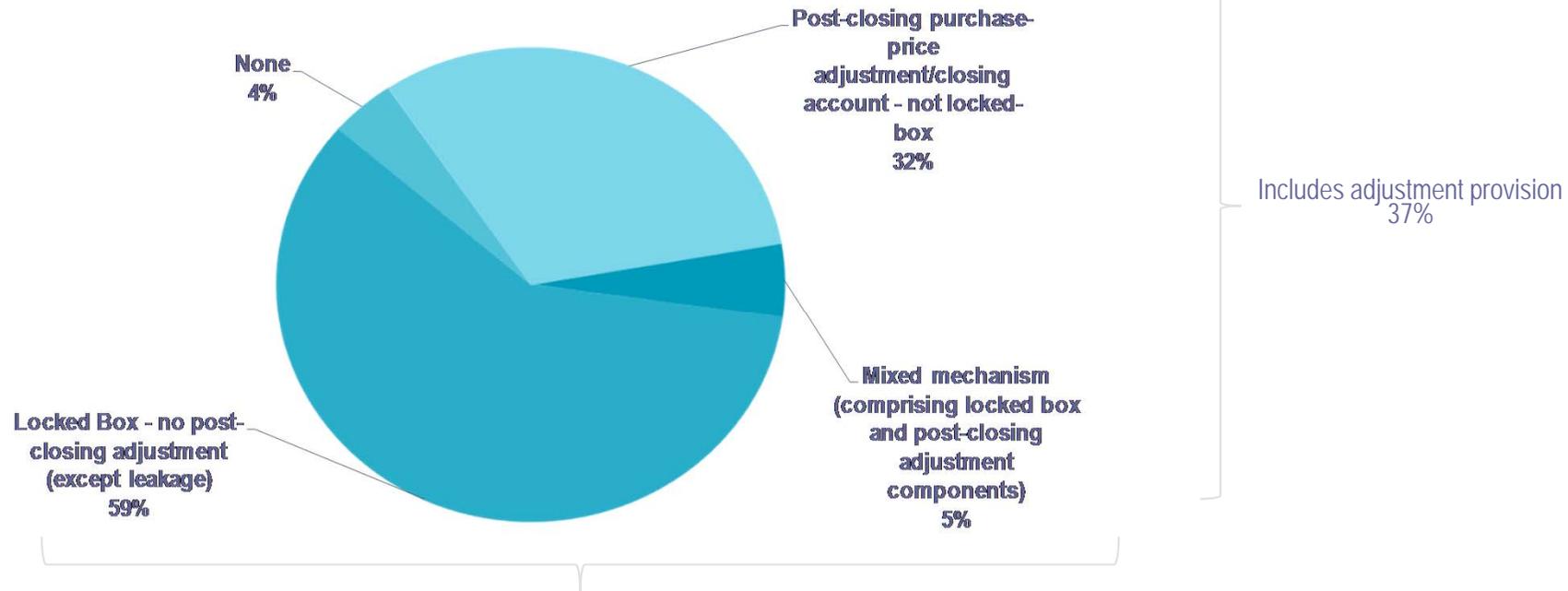




Quelques clauses clés

SPA - tendances

CLAUSES D'AJUSTEMENT DU PRIX / "LOCKED BOX"





Quelques clauses clés SPA

SURVIVAL/TIME TO ASSERT CLAIMS

Survival:

All representations and warranties in this Agreement, the Disclosure Letter and any other certificate or document delivered pursuant to this Agreement will survive the Closing.

Time limitations:

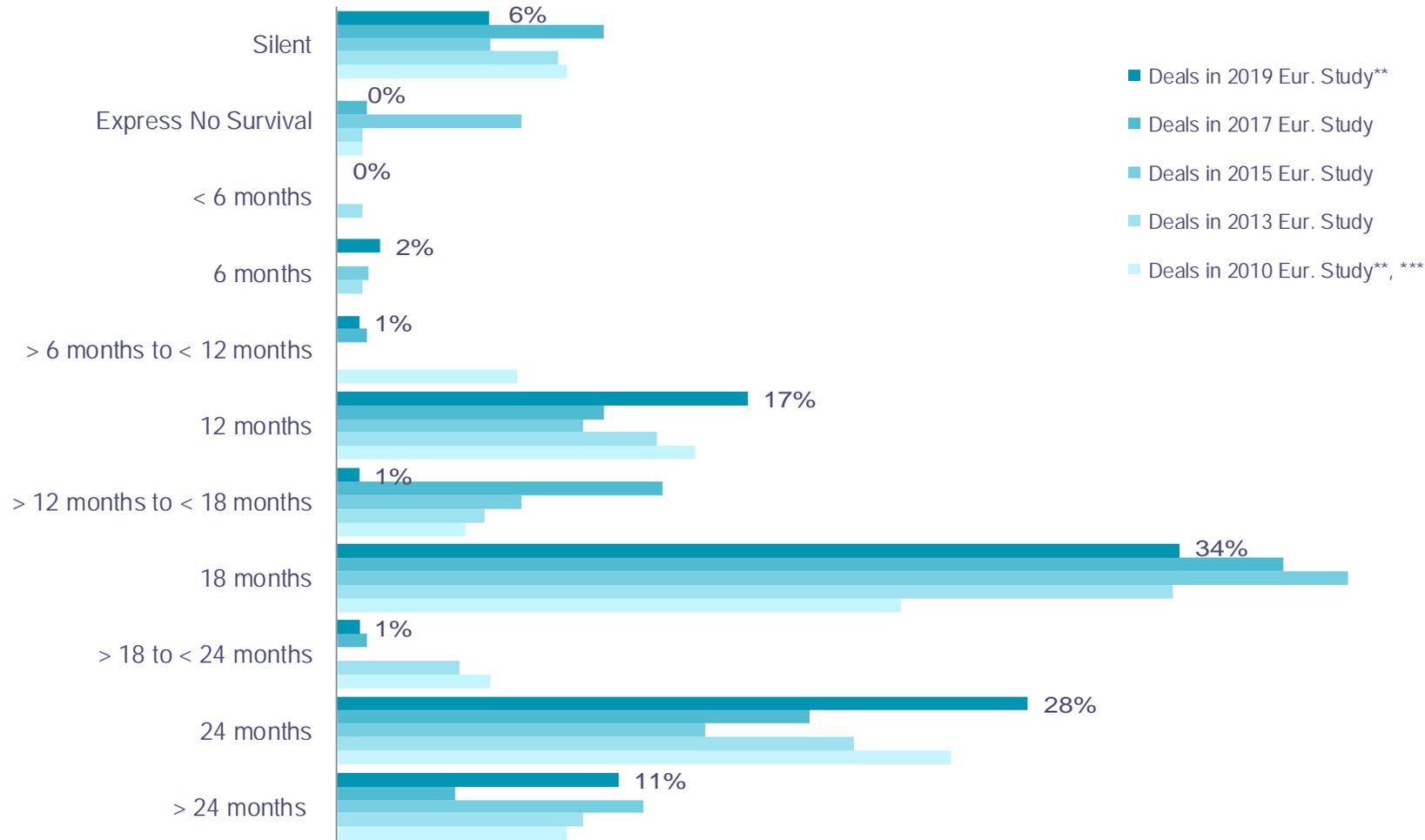
If the Closing occurs, Sellers will have no liability (for indemnification or otherwise) with respect to any representation or warranty, unless on or before _____ Buyer notifies Sellers of a claim specifying the factual basis of that claim in reasonable detail to the extent then known by Buyer.



Quelques clauses clés

SPA - tendances

SURVIVAL/TIME TO ASSERT CLAIMS (generally*)



* These periods apply to most representations; certain representations may be carved out from these periods and given other survival periods.

** Does not included one deal for which survival period is stated to equal the statute of limitations.

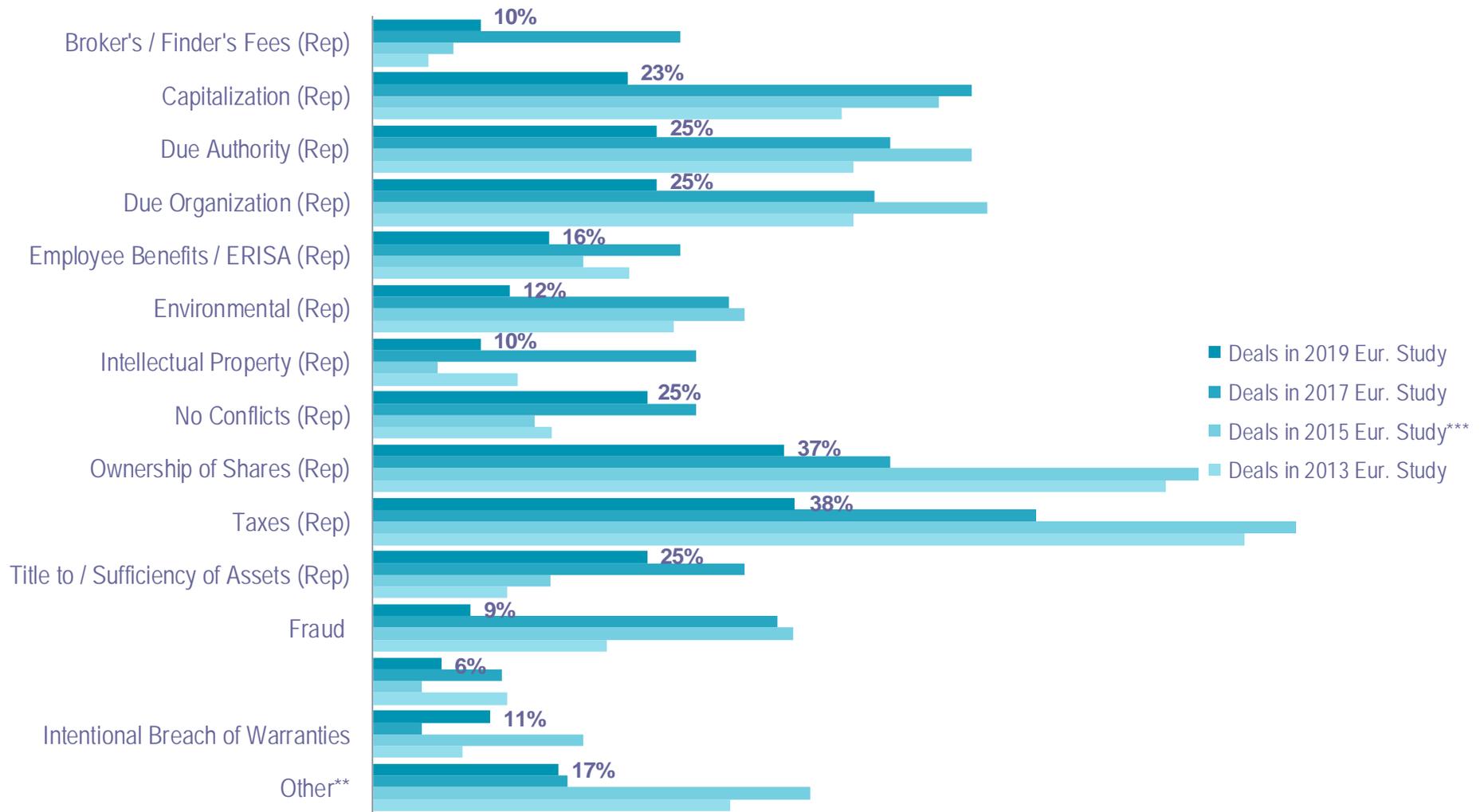


Quelques clauses clés

SPA - tendances

SURVIVAL/TIME TO ASSERT CLAIMS – CARVE-OUTS TO SURVIVAL LIMITATIONS

(Subset: deals with survival provisions)

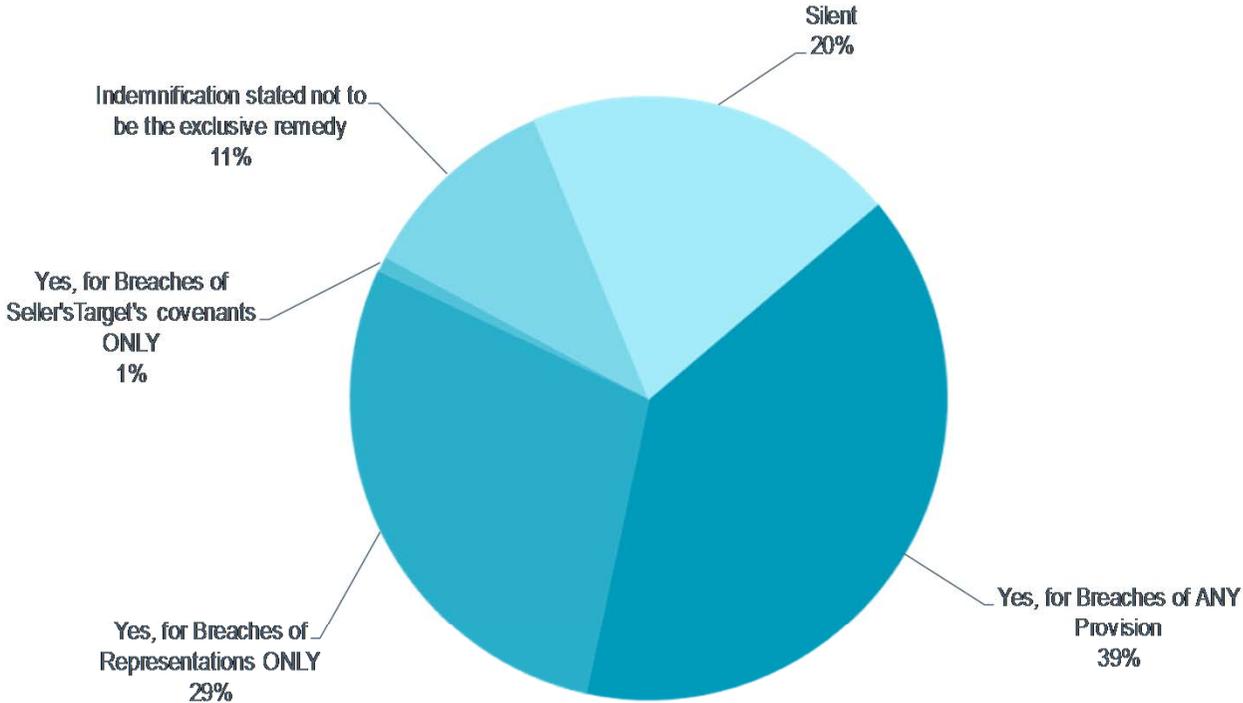




Quelques clauses clés

SPA - tendances

INDEMNIFICATION AS EXCLUSIVE REMEDY*



* Indemnificatio

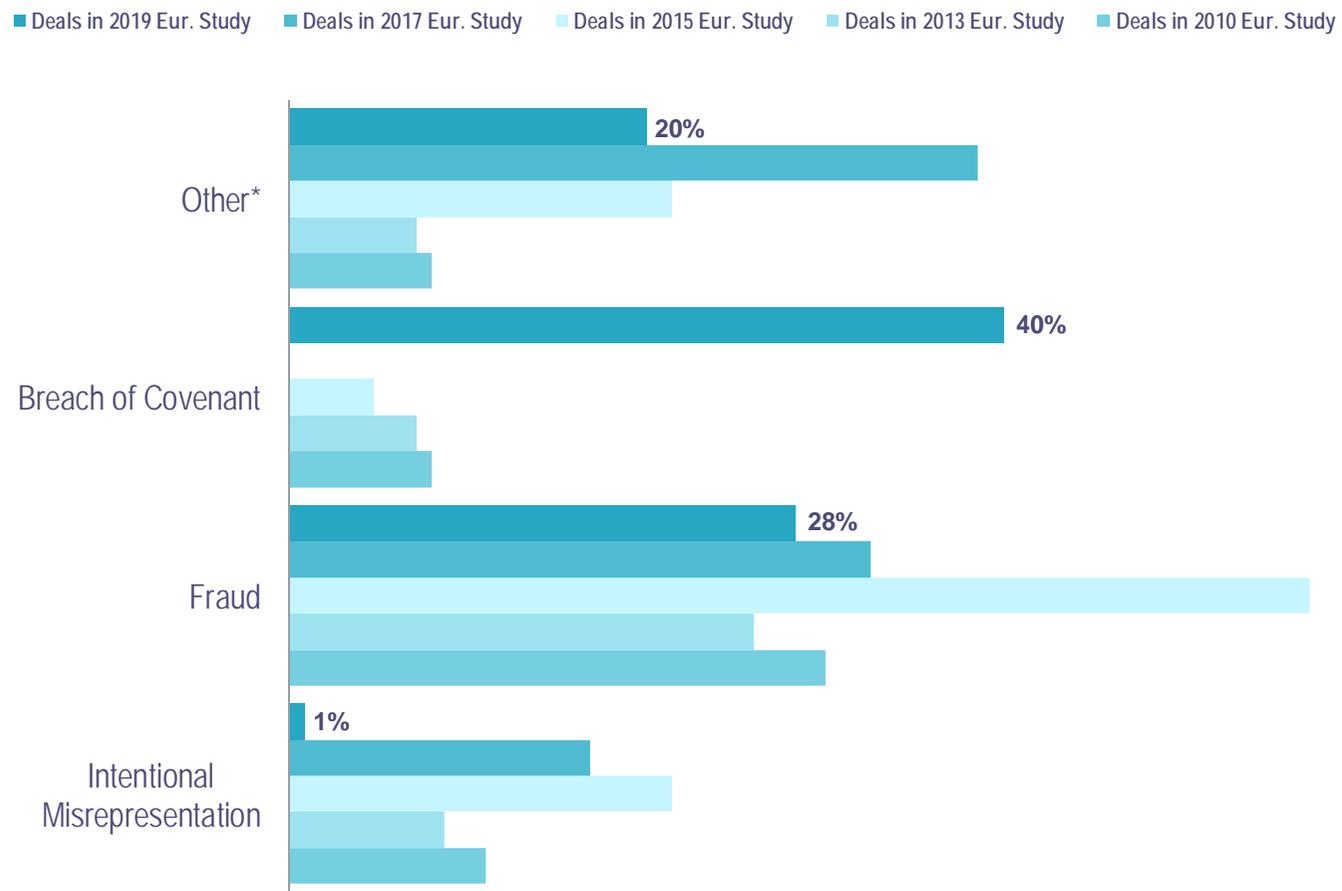


Quelques clauses clés

SPA - tendances

INDEMNIFICATION AS EXCLUSIVE REMEDY – CARVE-OUTS

(Subset: deals with indemnification as exclusive remedy)



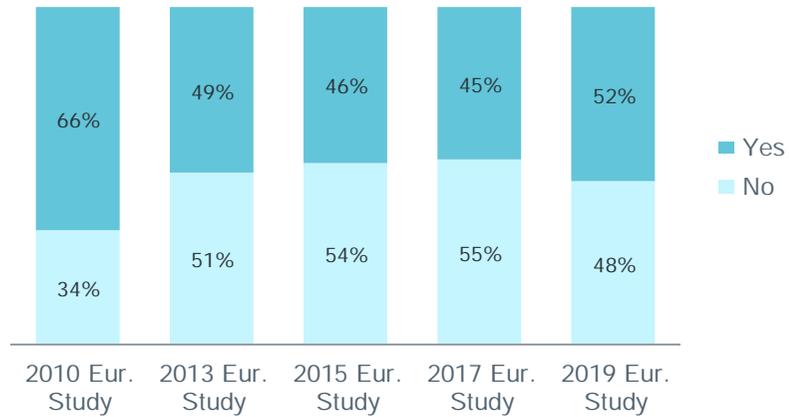
• Examples of other carve-outs: willful misconduct, intentional deception, “fundamental warranties”



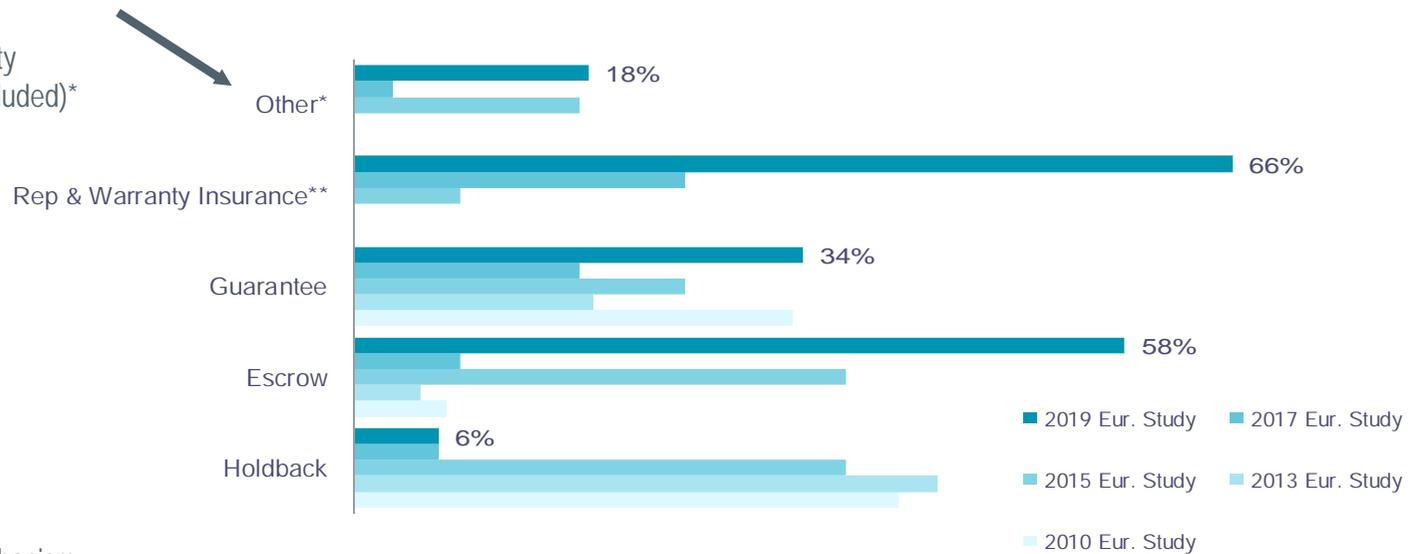
Quelques clauses clés

SPA - tendances

SECURITY FOR PAYMENT OF SELLER'S INDEMNIFICATION OBLIGATIONS



(Subset: security mechanism included)*



* Of deals with a security mechanism, 14% had more than one mechanism.

** Examples of other security arrangements: secured promissory note, mortgage on assets and set-off against earn-out.

Quelques clauses clés

SPA

Loi Hamon

- C. com. art. L.141-23 al. 1er: Dans les entreprises qui n'ont pas l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise en application de l'article [L. 2322-1 du code du travail](#), lorsque le propriétaire d'un fonds de commerce veut le vendre, les salariés en sont informés, et ce au plus tard deux mois avant la vente, afin de permettre à un ou plusieurs salariés de l'entreprise de présenter une offre pour l'acquisition du fonds. (...)
- solutions
 - Pursuant to articles L. 141-23 et seq. and R.141-1 et seq. of the French Commercial Code, by the notices and waivers dated __ ____ 2020 each of the employees of the Target has (a) acknowledged that he/she has been notified, by notice delivered by hand, of the intention of the Seller to sell the shares of the Target and of his/her right to present an offer to purchase it and (b) informed the Seller of his/her decision not to present such an offer.
 - Option concédée par le Cessionnaire au Cédant prévoyant que la vente ne pourra être réalisée qu'à l'option du cédant et après consultation des salariés – voir exemple slide suivant.

Quelques clauses clés

SPA

Option

[Buyer's letterhead]

Dear Seller,

We refer to our recent discussions relating to the contemplated acquisition . . .

We acknowledge that before the Seller can be in a position to take any decision to sell the Company, the works' council (*comité social et économique*) of the Company (the "Works' Council") must be informed and consulted in connection with the contemplated Transaction.

This letter (the "Put Option Letter") sets forth Buyer's irrevocable commitment to acquire all the shares representing 100% of the share capital of the Company (the "Shares") on the terms and subject to the conditions set forth in the agreed form share purchase agreement attached hereto as Schedule 1 (the "Draft SPA").

1. PUT OPTION

- a) The Buyer hereby irrevocably undertakes to purchase the Shares at the price and under the other terms and conditions set forth in the Draft SPA, subject only to the sending by the Seller to the Buyer, in accordance with the terms of this Put Option Letter, of a notice to sell the Shares to the Buyer (the "Put Option" and the notice of such decision being referred to as the "Exercise Notice").
- b) By countersigning the Put Option Letter (the date of such signature being referred to as the "Put Option Date"), the Seller accepts the benefit of the Put Option as an option solely, without undertaking to exercise such option.
- c) The Exercise Notice shall be sent by the Seller to the Buyer, on or prior to the earlier of (the "Expiry Date") . .
- d) The Put Option is governed by the provisions of Article 1124 of the French Civil Code and is irrevocable until the Expiry Date.
- e) If the Exercise Notice has not been sent on or prior to the Expiry Date at 6 pm CET, the Put Option will automatically lapse and terminate . . .

Quelques clauses clés SPA

Option (suite)

(f) In case of exercise of the Put Option, the Buyer and the Seller irrevocably undertake to execute the Draft SPA within ____ (__) Business Days of the date of receipt by the Buyer of the Exercise Notice (the "Execution Period"). The date of execution of the Draft SPA or failing the Buyer to execute the Draft SPA within the Execution Period, the date of the last day of the Execution Period, is referred to as the "Execution Date".

g) The validity and enforceability of the Put Option is not subject to the execution of the Draft SPA. Accordingly, upon exercise of the Put Option and execution of the Draft SPA by the Seller, the Buyer shall be bound to acquire the Shares at the price and under the other terms and conditions of the Draft SPA, whether or not the Draft SPA has been executed by the Buyer. The Buyer agrees that its obligations under the Put Option and the completion of the Contemplated Transaction as provided under the Draft SPA may be enforced through specific performance, in accordance with the provisions of articles 1221 and 1222 of the French Civil Code, without any prior formal notice (*mise en demeure préalable*) being required from the Seller. The parties expressly acknowledge that specific performance may be sought by the Seller even if it creates a manifest disproportion between its cost to the Buyer and its interest for the Seller.. .

2. CONSULTATION PROCESS

The Buyer acknowledges that the execution of the Draft SPA by the Seller is subject to the Works' Council being informed and consulted and issuing its opinion (*avis*) on the Contemplated Transaction in accordance with the French Labor Code (the "Consultation Process").. .

3. EMPLOYEES INFORMATION

The Buyer acknowledges that the execution of the Draft SPA by the Seller is subject to all employees of the Company being informed of the proposed sale of the Shares, in accordance with articles L.23-10-7 et seq. of the French Commercial Code (the "Employees Information"). . . .

[EXCLUSIVITY, INTERIM PERIOD - CONDUCT OF BUSINESS, REPRESENTATIONS & WARRANTIES, ANNOUNCEMENT – CONFIDENTIALITY, DURATION AND TERMINATION]

Yours faithfully,

Accepted

SELLER

BUYER

Quelques clauses clés

SPA

Enregistrement

At the Closing, Seller and the Buyer shall (i) execute or cause to be executed a reiterative share transfer agreement (acte réitératif de cession de parts sociales) regarding the transfer of the Target's Shares, substantially in the form attached hereto as Exhibit X, and (ii) notify by bailiff to the Target the reiterative share transfer agreement in accordance with the articles of association of the Target. Also at the Closing, the Buyer shall execute as the sole shareholder of the Target the decisions amending the articles of association to reflect the transfer of the Target's Shares, and shall effect on the Commercial Register, within one month after the Closing, all formalities relating to the registration of such transfer.

If the Conclusive Net Working Capital Adjustment Statement includes an adjustment of the Purchase Price allocation, an amending act (acte rectificatif), a draft of which is attached as Exhibit Y, reflecting such adjustment, shall be executed by the Buyer and Seller on the date of the final determination of the Purchase Price under this Article II, for the sole purpose of tax registration formalities in France.

Quelques clauses clés SPA

Closing Deliverables

- Les **cerfas 2759 SD** complétés et signés ou un **acte réitératif**;
- Pour les sociétés par actions : les **ordres de mouvements de titres** complétés et signés ; les **registres des mouvements de titres** et les comptes d'actionnaires mis à jour;
- **Déclaration des bénéficiaires effectifs (DBE)** signée
- Formaliser les modifications aux KBis, le cas échéant (prévoir les PV nécessaires ainsi que les documents devant les accompagner pour l'enregistrement au RCS : pouvoir, DNC, copie de la carte d'identité etc.)

Actions Post-Closing

- Enregistrement auprès de la recette des impôts compétente des cerfas 2759 SD (ou d'un acte réitératif de cession) dans les 30 jours de la signature du SPA
- Enregistrement de deux exemplaires de l'acte réitératif enregistré auprès du RCS
- Enregistrement de la **déclaration des bénéficiaires effectifs (DBE)** auprès du RCS ou du CFE
- Signification par acte d'huissier pour certaines sociétés (SARL, SCIs)

Quelques clauses clés

Cession de fonds de commerce

Mentions obligatoires (C. com. art. L.141-1) dans un acte de cession de fonds de commerce :

- le nom du précédent cédant
- le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel
- l'état des privilèges grevant le fonds
- l'état des nantissements grevant le fonds
- le chiffre d'affaires qu'il a réalisé durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente
- les bénéfices commerciaux réalisés pendant le même temps
- le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant

Sanction pour toute omission ou inexactitude (C. com. art. L.141-3)

- nullité relative de l'acte de cession à la demande de l'acquéreur à condition que l'omission ou l'inexactitude ait vicié le consentement de l'acquéreur;
- réduction du prix de la vente sur le fondement de l'enrichissement sans cause ou de la dépréciation du fonds;
- attribution de dommages et intérêts.

Questions ?