

La réforme du droit des contrats à la lumière du droit allemand¹

Less is More : Février 2016



Antje LUKE, Dr. Jur.

Avocat au Barreau de Paris | Rechtsanwältin | Partner

Dr Antje Luke est associée de BMH AVOCATS. Son activité porte principalement sur les opérations de fusion ou d'acquisition transfrontalière, de restructuration d'entreprises et de joint-venture dans l'intérêt d'investisseurs français, allemands ou internationaux. Avant de rejoindre BMH AVOCATS, A. Luke a exercé dans les cabinets d'avocats internationaux Haarmann Hemmelrath, Marccus Partners et Pinsent Masons.

A. Luke a reçu le « Prix de l'avocat allemand » du Barreau de Paris, de la chambre fédérale des avocats allemands et du Deutscher AnwaltVerein. Elle est présidente de l'Association des avocats allemands établis en France.

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

Remarques préliminaires

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

¹ Publié à l'origine au BRDA 1/2016 dans les extraits des entretiens du droit des sociétés de l'ACE : le projet de réforme du droit des contrats et les cessions d'entreprises

pratique d'un pays, et seraient ainsi, à pouvoir jurisprudentiel interprétatif égal, à éviter dans un autre pays.

2. Par rapport à la presse étrangère, notamment anglo-saxonne, qui critique certains éléments de la réforme, l'écho en Allemagne est moins sévère. En effet, et cet article l'illustre plus dans le détail, un certain nombre des nouveautés françaises sont connues en droit allemand.

Le **droit allemand** a connu une **réforme importante du droit des obligations en 2002**. Celle-ci était moins profonde que la réforme prévue par le législateur français, mais elle a néanmoins engendré des appréhensions avant son entrée en vigueur, notamment en ce qui concernait les contrats de cession d'actions et de parts sociales. Il convient ici de souligner qu'à cette occasion, la pression des praticiens concernés a pu aider à modifier une disposition mal rédigée : le nouveau § 444 du code civil allemand ("BGB") interdisait en cas de "garantie donnée par le vendeur" d'exclure les garanties légales en matière de non-conformité ou vices prévues par le BGB. La pratique dans les contrats d'acquisition était justement de créer contractuellement le régime d'une garantie indépendante, mais d'exclure les garanties légales. Cette pratique ne semblait plus correspondre à la nouvelle rédaction du BGB. Le ministère de la justice a reconnu cette erreur de rédaction, et la disposition a été modifiée par la suite !

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

I. La conclusion du contrat

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

A. Obligation d'information

5. Le droit allemand impose une obligation d'information au vendeur avant la conclusion du contrat de vente. La question d'une violation de ce devoir occupe une place relativement importante dans la pratique des contrats de cession d'entreprise.

Les obligations précontractuelles ont été développées par la jurisprudence et ensuite introduites dans le BGB lors de la réforme du droit des obligations en 2002. Il s'agit d'une disposition générale selon laquelle l'obligation de bonne foi s'applique aussi à certaines relations précontractuelles (§ 311 BGB). Cette disposition couvre aussi bien la rupture abusive des pourparlers que l'obligation d'information. Détail important sur sa nature juridique : il s'agit d'une obligation contractuelle, non délictuelle.

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

dans la mesure où l'acheteur pouvait normalement compter sur leur divulgation ou communication.

Peut par exemple être sanctionné le fait de ne pas communiquer la perte d'une grande partie du chiffre d'affaires, l'existence d'un litige très important, ou d'une dette conséquente.

7. La responsabilité du vendeur est uniquement engagée en cas de faute. Toutefois cette faute est présumée, et il appartient au vendeur d'apporter la preuve contraire.

Il convient de délimiter cette responsabilité générale du régime du droit de la vente : une fois les actions ou parts sociales cédées, l'acheteur ne peut invoquer la violation de cette obligation d'information que s'il ne peut pas se prévaloir d'un vice caché ou d'une non-conformité de la chose.

« La mise en œuvre d'une data-room ne libère pas le vendeur de son obligation d'information »

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

Les conséquences d'une violation de l'obligation d'information peuvent être lourdes : l'acheteur doit être remis dans la position dans laquelle il eût été s'il avait reçu l'information. Dans certains cas graves, l'acheteur peut même demander l'annulation du contrat, ce qui entraîne de lourdes conséquences.

Il est usuel dans les contrats de cession d'exclure cette responsabilité précontractuelle. Toutefois, une exclusion n'est pas admise en cas de faute intentionnelle du vendeur.

B. Vices du consentement

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

Annulation pour erreur « de déclaration ou de contenu »

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

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

- tout d'abord, une grande partie des entreprises allemandes ayant la forme d'une GmbH, la cession des parts sociales requiert un acte notarié. L'étude du contrat par le notaire et sa lecture ont notamment l'objectif d'exclure des simples erreurs de rédaction ;

- le droit de contestation pour erreur de déclaration peut être contractuellement exclu, et les parties le font souvent dans la pratique ;
- la contestation pour erreur est exclue après remise de la chose vendue si elle se réfère à un vice de la chose ou à un élément couvert par une non-conformité selon le droit de la vente. En plus, une erreur de l'acheteur sur le calcul du prix, ou sur la motivation ou les attentes qui ne sont pas reflétées dans le contrat, ne donne pas droit à contestation pour erreur.

Contestation pour dol

10. La contestation d'un contrat peut être basée sur le dol si le cocontractant a été induit en erreur par l'autre partie de façon intentionnelle. Les conséquences de la contestation sont aussi l'annulation du contrat, mais évidemment pas le paiement de dommages-intérêts par le contestant.

Le manque au devoir d'information que nous avons analysé n° 5 peut dans certains cas alternativement donner lieu à une contestation pour dol.

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

C. Promesse unilatérale et pacte de préférence

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

« Le projet français va plus loin que le droit allemand »

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

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

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

14. De plus, depuis une réforme de 2008, une part d'une société à responsabilité limitée allemande (**GmbH**) peut être acquise de bonne foi si le vendeur est inscrit comme propriétaire dans la liste des associés remise au registre du commerce et des sociétés. La

jurisprudence a eu l'occasion de juger que la liste ne peut pas être assortie d'une réserve ou remarque selon laquelle les parts sociales font l'objet d'une promesse ou d'un pacte. Le seul moyen pour le bénéficiaire des options ou pactes de préférence de se protéger contre une cession à un tiers est une clause d'agrément statutaire.

II. L'exécution du contrat

A. Les remèdes à l'inexécution et la résolution unilatérale du contrat

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

16. L'**inexécution de l'obligation principale** (par exemple, le défaut de transfert de propriété des parts sociales) peut être sanctionnée par l'exécution forcée, et l'acheteur pourra entre autres obtenir un jugement remplaçant la déclaration de transfert de propriété.

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

« Le droit allemand permet aux parties de se faire justice »

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

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

B. Théorie de l'imprévision

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

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

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

- le maintien du contrat sans modification ne serait pas supportable pour une des parties, en prenant en compte toutes les circonstances.

Cette disposition accorde un droit à la **modification** qui peut être réclamé devant le juge si les parties ne se mettent pas d'accord. L'ultime moyen reste le **retrait** si une autre solution n'est pas possible.

Dans des contrats de cession de parts sociales, cette disposition a en pratique vocation à s'appliquer uniquement pendant la période entre signing et closing. En pratique, les parties vont toutefois essayer de l'exclure, ou de la concrétiser par une MAC clause.

C. Déséquilibre significatif

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

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

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

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

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

Ainsi, une différence entre la valeur de la chose et le prix convenu peut être sanctionnée si le vendeur avait l'intention d'abuser de sa position. Cette intention peut être déduite de certaines circonstances, présomption à renverser par le vendeur. Cette disposition a récemment été appliquée par la cour d'appel de Francfort pour annuler un contrat d'acquisition d'une agence immobilière. Le tribunal avait estimé le juste prix en fonction d'une pratique du marché et annulé la vente convenue pour un prix trois fois plus élevé.

« La nullité peut être constatée par une partie sans l'intervention du juge »

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

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

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

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

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

22. En matière de **fusions-acquisitions**, les opinions sont divergentes sur la question de savoir si ces règles s'appliquent. On peut notamment se demander si certaines de ces clauses sont pré-formulées ou négociées, puisque les juristes qui rédigent le contrat travaillent souvent sur la base de modèles. Il reste à voir si les clauses sont ensuite ouvertes à une négociation.

« Il peut être utile d'indiquer que le contrat a été négocié »

Afin d'éviter tout risque, il peut être utile de clairement indiquer qu'un contrat a été négocié dans sa totalité, et de bien garder les preuves d'une telle négociation.

La pratique est très critique vis-à-vis de cette jurisprudence extensive de la notion d'« inconvénient inadéquat ». Une réforme de ces dispositions est en discussion.

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