



LEXCO
SOCIÉTÉ
D'AVOCATS

ARTICLE DE FOND

ACTES PRÉPARATOIRES À LA REPRISE D'UNE SOCIÉTÉ: POINTS DE VIGILANCE

Les négociations précédant le rachat d'une entreprise, du fait de leur importance et de leur durée, doivent faire l'objet d'un encadrement juridique se matérialisant généralement par la conclusion d'une lettre d'intention.

Il s'agit d'un acte unilatéral émanant de l'acquéreur potentiel ou d'un contrat engageant les deux parties. Cette lettre constitue le premier acte écrit du processus de cession et structure le cadre des négociations en couvrant une pluralité de thématiques. Elle fixe notamment le périmètre de l'opération, le calendrier de l'opération, les conditions financières et particulières telles que par exemple les modalités de réalisation d'un audit de la société cible.

En pratique, il est également impératif de procéder à la conclusion d'un accord de confidentialité afin de protéger toutes les informations échangées entre les parties dans le cadre des négociations comme de l'audit d'acquisition. La confidentialité peut être prévue dans un contrat indépendant ou faire partie de la lettre d'intention.

Il est nécessaire de porter une attention particulière à la rédaction de ces actes, afin de leur conférer la portée juridique souhaitée (1). Les clauses essentielles de ces accords méritent un focus particulier afin de sécuriser le processus d'acquisition (2).

1 – Des lettres d'intention ayant une force juridique variable selon leur rédaction

Quand elle est dite « *non-binding* », la lettre d'intention est en principe d'une portée juridique assez peu contraignante. En effet, sa signature intervient à un stade où les parties, qui ne se sont pas encore mises d'accord sur les conditions essentielles de la transaction, ne souhaitent pas s'engager définitivement à vendre ou à acquérir. Elle ne peut donc donner lieu à une exécution forcée. Le non-respect d'une lettre d'intention est alors sanctionné par des dommages et intérêts notamment en cas de rupture abusive des pourparlers.

Une lettre se qualifie de « *binding* » dans un processus d'acquisition déjà avancé où l'acquéreur potentiel a déjà procédé à certaines investigations, et s'engage alors sur une première valorisation qui doit être confirmée ou renégociée selon les audits réalisés. Le degré de contrainte est plus ou moins reflété dans les stipulations du contrat.

Cependant, la portée juridique de la lettre d'intention dépend en réalité de la manière dont les parties la rédigent. Selon leurs besoins, elles pourront recourir aux obligations de moyens ou aux obligations de résultat (A). En outre, l'inclusion de certaines informations dans la lettre d'intention permet de constituer un faisceau d'indices de son caractère engageant (B).

A) La portée des « obligations de moyens » et des obligations de résultat »

Les obligations de moyens sont des obligations par lesquelles le débiteur s'engage à déployer ses meilleurs efforts. Il n'est pas tenu d'atteindre un résultat. Dans le cadre d'un processus d'acquisition, il pourrait par exemple être prévu que le vendeur « s'efforcera » à faire en sorte que la filiale conserve une trésorerie suffisante au remboursement d'un prêt. Si le résultat n'est pas atteint, la responsabilité du vendeur pourra uniquement être engagée s'il est démontré qu'il a commis une faute.

Au contraire, si le vendeur souscrit une obligation de résultat, son cocontractant pourra exiger qu'il atteigne le résultat prévu, sans avoir à prouver de faute de sa part pour engager sa responsabilité si le résultat n'est pas atteint.

Si la différence entre une obligation de résultat et une obligation de moyens semble claire en théorie, l'examen de la jurisprudence donne en pratique du fil à retordre aux rédacteurs comme aux parties. En effet, des expressions telles que « faire tout le nécessaire » ou « mettre en œuvre tous les moyens pour que... » ont été considérées par les juridictions comme des obligations de résultat. La partie qui s'est engagée « à faire tout le nécessaire » pour maintenir la trésorerie de la société cible à un certain niveau, mais qui n'y est pas parvenu peut donc être poursuivie, même si elle n'a commis aucune faute.

Il en ressort qu'il faut être particulièrement attentif lors du choix de la formulation, car cette dernière peut atténuer ou renforcer la portée des obligations, et par extension la responsabilité de celui qui s'oblige.

B/ L'importance des données mentionnées dans la lettre d'intention à titre « informatif »

Au-delà des strictes obligations faites aux parties, mentionner certaines données dans la lettre d'intention à titre d'information, telle que la méthode de valorisation retenue pour le calcul du prix, permet de formaliser la connaissance par l'autre partie de l'importance que revêt cette donnée pour son cocontractant.

Ainsi, dans un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris (CA Paris 14 septembre 2023, N°21/22491), il a été jugé que le cédant n'ignorait pas l'importance déterminante de l'EBITDA pour le cessionnaire et qu'en conséquence, il aurait dû attirer l'attention de ce dernier sur un changement de méthode comptable affectant l'EBITDA.

En effet, la Cour d'appel a retenu que « *Il n'en demeure pas moins que dans sa lettre d'intention du 8 juillet 2016, la société X indique que la valorisation proposée de 310.000 millions d'euros s'appuie notamment sur la perspective de ventes nettes à fin 2016 de 112.000.000 euros et d'un EBITDA normatif consolidé à fin 2016 de 23.600.000 euros telle que présenté dans l'« Information Memorandum ». Ce niveau de valorisation correspond à un multiple de ventes nettes (...). Dans son offre ferme et définitive du 5 août 2016, la société X indique que le multiple d'EBITDA correspondant à la valeur d'entreprise de 310 millions d'euros s'établit finalement à 13,4x (vs 13,1x dans la LOI).* »



La Cour d'appel en conclut que le cédant était donc informé « de l'importance pour la cessionnaire de l'EBITDA de l'année 2016 et donc de la nécessité qui en découlait pour celle-ci de disposer de l'ensemble des éléments lui permettant d'apprécier l'EBITDA devant être réalisé au terme de l'année 2016 au cours de laquelle la cession devait avoir lieu ». Par conséquent, il a été jugé que le cédant a commis un manquement à son obligation d'information précontractuelle, faisant perdre une chance au cessionnaire de faire baisser la valeur de la société cible de 5%. Le cédant a ainsi été condamné à lui payer des dommages-intérêts de l'ordre de 600.000 euros.

2 – Focus sur les clauses de confidentialité et d'exclusivité

Les clauses de confidentialité et d'exclusivité ont pour objet de sécuriser la période des négociations tant du côté du cédant que du cessionnaire. Leur rédaction nécessite donc une attention particulière.

A) Le périmètre des clauses de confidentialité

Les clauses de confidentialité ont pour objet d'assurer au cédant et à la société cible que les informations communiquées au cessionnaire pendant les négociations ne seront pas divulguées. Ces clauses doivent comporter des précisions tant sur les informations qui sont protégées que sur les obligations des parties. Pour déterminer le périmètre des informations confidentielles, plusieurs méthodes sont envisageables. Il est par exemple possible de lister tous les éléments concernés par la confidentialité. Cette méthode est fastidieuse et présente des risques en cas d'oubli de l'une des informations. Il est donc recommandé d'indiquer que c'est l'ensemble des informations transmises qui sont confidentielles, peu importe leur nature, leur support ou leur forme.

De même, il est préférable d'étendre le contenu de la clause à une obligation de non-exploitation des informations, en plus d'une obligation de non-divulgaration et une obligation de destruction des informations confidentielles, à terme ou en cas de manquement contractuel. Cela permet en effet de s'assurer que ces informations ne peuvent être révélées à un tiers et de garantir à la société cible qu'elle en reste bien propriétaire.

B) Des clauses d'exclusivité modulables

La clause d'exclusivité a quant à elle pour objet de protéger non pas le cédant et la société cible, mais le futur acquéreur. En effet, celui-ci va être conduit à engager des frais importants d'audit et de valorisation et à dédier du temps à l'examen de son projet d'acquisition. Le vendeur s'engage ainsi à ne négocier avec aucune autre personne que le bénéficiaire de l'exclusivité sur une période donnée, pour laisser à ce dernier un temps de réflexion sans être mis en concurrence.



En pratique, il est d'usage de prévoir une période d'exclusivité courant jusqu'à la finalisation de l'opération, ou d'une durée fixe, par exemple de soixante ou quatre-vingt-dix jours.

En cas de durée fixe, il est cependant possible d'en affiner la rédaction en permettant soit de rallonger, soit de raccourcir automatiquement la période d'exclusivité, selon que l'on veuille renforcer la protection de l'acquéreur, ou la limiter. Ainsi, le cédant peut s'engager à octroyer un délai d'exclusivité supplémentaire à l'acquéreur sous certaines conditions. A l'inverse, la lettre peut définir des éléments mettant fin de manière anticipée à l'exclusivité, par exemple si l'acquéreur ne parvient pas à remplir certaines conditions prévues dans cette même lettre au cours des négociations.

02. DROIT SOCIAL

L'employeur doit respecter les formalités contractuelles afin de renoncer valablement à une clause de non-concurrence

Cass. Soc. 3 juillet 2024 n°22-17.452

La Cour de cassation précise dans cet arrêt que l'employeur qui souhaite renoncer au bénéfice d'une clause de non-concurrence en fin de contrat doit le faire en respectant le formalisme prévu dans le contrat de travail.

Ainsi, n'est pas valide la renonciation envoyée par l'employeur par courriel, alors que le contrat de travail exigeait que cette renonciation soit faite par lettre recommandée avec accusé de réception.

La Cour a déjà indiqué dans des arrêts précédents que l'employeur est tenu de respecter le délai de renonciation prévu par contrat, sous peine de la voir privée d'effet. **Elle confirme ici que le formalisme est également une condition de sa validité.**

Si la renonciation par l'employeur n'est pas valable, celui-ci reste tenu à son obligation de verser la contrepartie financière prévue dans le contrat à l'ancien salarié.



Possibilité de résilier un contrat de travail suspendu en cas de liquidation de la société

Cass. Soc. 11 septembre 2024 n°22-18.409

Dans cet arrêt, la Cour de cassation confirme qu'il est possible pour l'employeur de résilier un contrat de travail qui a été suspendu, lorsque la société est en situation de liquidation judiciaire.

En principe, la rupture du contrat de travail qui a été suspendu est interdite. Cependant, la loi autorise l'employeur à résilier le contrat, soit en cas de faute grave du salarié, soit en raison de l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la maladie ou l'accident du salarié.

Dans ce second cas, la Cour avait déjà considéré que la cessation de l'activité justifie la rupture du contrat lorsqu'elle est réelle et qu'elle rend impossible le maintien du contrat, notamment en cas de fermeture de l'unique magasin de l'entreprise.

Dans l'arrêt présent, la Cour précise que cette impossibilité est démontrée lorsque l'employeur prouve que la cessation de l'activité est totale et définitive, ce qui était le cas en l'espèce car la société était en liquidation. La Cour déduit donc l'impossibilité de maintenir le contrat du caractère total et définitif de la cessation de l'activité, sans que l'employeur ait à démontrer pourquoi il ne pouvait effectivement pas maintenir le contrat.

03. DROIT FISCAL

Le régime fiscal des associés d'une SEL

Nouveau régime fiscal des associés des SEL : un formulaire de renseignements est à transmettre au SIE pour la déclaration de leurs revenus 2024

A compter de l'imposition des revenus 2024, les rémunérations perçues par les associés d'une société d'exercice libéral (« SEL ») au titre de leur activité libérale dans cette société sont, en l'absence de lien de subordination, impérativement imposables dans la catégorie des bénéficiaires non commerciaux (« BNC ») et non plus dans celle des traitements et salaires (« TS »).

A ce titre, l'administration fiscale a récemment publié un formulaire de renseignements à l'attention des associés de SEL pour la mise à jour de leur dossier professionnel (<https://www.impots.gouv.fr/questionnaire-associe-de-societes-dexercice-liberal-sel>).

Ce document doit être envoyé complété au SIE gestionnaire de la SEL dont ils sont associés avant la déclaration de leurs revenus de l'année 2024.

Parmi les informations à préciser figure le régime d'imposition retenu par l'associé, à savoir le régime spécial BNC (communément appelé « micro-BNC » ouvrant droit à un abattement automatique de 34 % directement via la déclaration 2042-C-PRO) ou le régime de la déclaration contrôlée via la déclaration de résultats de BNC n°2035-SD. Ce dernier est obligatoire en cas de dépassement du seuil de recettes annuelles de 77.700 € HT (seuil applicable pour les années 2023, 2024 et 2025).

A noter que ces rémunérations techniques perçues par les associés de la part de SEL n'entrent pas dans le champ d'application de la TVA.



04. DROIT DES CONTRATS

La preuve d'un préjudice conditionne le droit à indemnisation du bailleur en cas de dégradation des locaux commerciaux par le preneur

Trois arrêts de la 3e Chambre civile de la Cour de cassation du 27 juin 2024, n°22-10.298, n°22-21.272 et n° 22-24.502

Par trois arrêts du même jour, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence en considérant que le bailleur qui se prévaut de la dégradation de ses locaux commerciaux du fait du preneur, doit prouver que celle-ci lui cause un préjudice en vue d'obtenir des dommages-intérêts.

En principe, en matière de baux, quelle que soit sa nature (civile ou commerciale), le locataire est responsable des dégradations et des pertes qui surviennent pendant la location, à moins qu'il puisse se prévaloir d'une cause exonératoire de sa responsabilité telle que la force majeure. Ainsi, le preneur est tenu pour responsable dès lors que des dégradations sont constatées, sans que le bailleur ne doive prouver de faute de sa part.

Demeurait non tranchée la question de savoir si l'indemnisation du bailleur supposait de rapporter la preuve d'un préjudice résultant de ces dégradations.

La réponse à cette question était jusqu'à présent incertaine, la Cour de cassation considérait parfois que la preuve du préjudice était inutile et parfois qu'au contraire, elle était une condition impérative du droit à indemnisation du bailleur.

Les arrêts rendus le 27 juin 2024 par la Cour de cassation mettent fin au débat : la preuve d'un préjudice est désormais une condition impérative du droit à indemnisation.

Précision intéressante : pour rapporter cette preuve, le bailleur peut se prévaloir d'éléments postérieurs à la libération des locaux.

La Cour précise également que si la preuve d'un préjudice est requise, l'indemnisation n'est cependant pas subordonnée au fait que le bailleur exécute des travaux de remise en état ou engage effectivement des dépenses en ce sens.

Ainsi, dans le premier arrêt, la Cour casse la décision rendue en appel qui considérait que la justification d'une perte de valeur du local était sans incidence sur le droit du bailleur à être indemnisé.

De même, dans le deuxième arrêt, la Cour considère que le bailleur qui allègue d'un préjudice de moins-value lors de la revente ultérieure du local en raison des dégradations, doit prouver l'existence effective de ce préjudice. La moins-value liée à la vente du local à la suite de sa libération, si elle est prouvée, est un exemple de fait postérieur à la rupture du bail qui peut servir à prouver le préjudice.

Enfin, dans la troisième espèce, la Cour d'appel avait considéré que la réalisation par le bailleur d'une plus-value lors de la revente ultérieure du local commercial était sans incidence et n'excluait pas son droit à indemnisation. La Cour de cassation casse cette décision, car la Cour d'appel n'avait pas recherché si le bailleur avait subi un préjudice. On en déduit que la réalisation d'une plus-value par le bailleur lors de la revente du local doit être prise en compte et serait même de nature à exclure le droit à indemnisation.



FISCAL - Service de correction de déclaration en ligne

Disponibilité du service de correction de déclaration en ligne jusqu'au 4 décembre 2024

Le service de correction en ligne de déclaration des revenus est ouvert depuis le 31 juillet jusqu'au 4 décembre 2024 concernant les revenus de 2023. Après la réception de votre avis d'impôt, ce service vous permet de modifier ou rectifier toute erreur figurant sur votre déclaration, qu'elle soit en ligne ou automatique.

CORPORATE - Validité partielle de la clause d'exclusion non conforme aux prescriptions légales

Cass. Com. 29 mai 2024 n° 22.13-158

Il est de jurisprudence constante qu'une clause d'exclusion ne peut pas priver un associé du droit de voter sur la délibération concernant sa propre exclusion. En pareille hypothèse, la Cour de cassation annulait la décision d'exclusion et réputait non écrite la clause d'exclusion privant l'associé concerné de son droit de vote.

Désormais, la Cour de cassation réputé non écrite seulement la partie de la clause d'exclusion qui a pour objet ou pour effet de priver de son droit de vote l'associé dont l'exclusion est proposée. Le reste de la clause d'exclusion demeure valide.

CONTRAT - Résiliation du bail commercial au cours d'une procédure collective : une protection accrue du débiteur

Cass. Com. 12 juin 2024 n°22-24.177

En principe, un bail commercial peut être résilié de plein droit par le juge commissaire, sur demande du bailleur, en cas de loyers impayés postérieurement à l'ouverture de la procédure collective. La demande de résiliation peut seulement être formulée à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de l'ouverture de la procédure.

Par un arrêt récent, la Cour de cassation a considéré que la résiliation du bail n'était possible que si des créances de loyers impayés existaient toujours à la date où le juge commissaire statue. Cette solution est favorable au débiteur : elle lui permet de maintenir son bail et d'éviter la résiliation s'il parvient à rembourser les loyers impayés au cours de la procédure de résiliation.

DROIT DES SOCIÉTÉS, FUSIONS-ACQUISITIONS

Le Cabinet LEXCO se distingue par une forte expertise dans l'ingénierie de la « structure sociale » : constitution de sociétés, modifications statutaires, suivi du secrétariat juridique, rédaction de pactes d'associés, création de filiales communes. Le Cabinet LEXCO conseille des sociétés françaises et étrangères dans le cadre d'acquisitions ou de cessions en France et à l'étranger. Le Cabinet LEXCO conseille également des fonds d'investissement, des investisseurs et des groupes industriels et de services ainsi que des dirigeants lors de différentes opérations complexes de « haut de bilan » (LBO, capital développement, capital-risque, etc.).

STRUCTURATIONS DE GROUPES

Le Cabinet LEXCO a développé une expertise de premier plan en intervenant à tous les stades de la structuration ou la restructuration de groupes de sociétés, de l'identification du besoin avec le Client à la définition du schéma puis à sa mise en œuvre.

Ces opérations particulièrement complexes nécessitent d'adopter une approche globale et de prendre en considération une multiplicité de facteurs en intégrant les différents objectifs poursuivis ; en effet, la réflexion sur la structuration juridique, fiscale et opérationnelle d'un groupe de sociétés doit aussi se combiner avec la logique patrimoniale du chef d'entreprise ou l'anticipation d'une transmission familiale ou au profit de tiers.

DROIT FISCAL

Le Cabinet LEXCO est reconnu pour ses interventions dans tous les domaines de la fiscalité des sociétés et des groupes de sociétés (IS, TVA, impôts locaux, fiscalité internationale, plus-values, intégration fiscale, etc.), ainsi que de de leurs dirigeants (IR, revenus de capitaux mobiliers, revenus fonciers, etc.). Cette expertise permet au Cabinet LEXCO de conseiller ses Clients dans la gestion quotidienne des problématiques fiscales ainsi que lors d'opérations ponctuelles (cession, structuration de sociétés, etc.).

En outre, le Cabinet LEXCO conseille ses Clients en matière patrimoniale (transmission d'entreprise, structuration de l'actif professionnel et immobilier, etc.) et assiste les dirigeants dans le cadre de leurs obligations déclaratives (déclaration de revenus et d'ISF).

Le Cabinet LEXCO est également régulièrement saisi en matière d'assistance au contrôle et au contentieux fiscal tant en ce qui concerne les sociétés que les personnes physiques.

NUMÉRIQUE / DONNÉES PERSONNELLES PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Le Cabinet accompagne ses clients dans la conduite de leurs projets numériques, informatiques et de e-commerce (pilotage juridique, accompagnement au déploiement, contractualisation).

Le Cabinet LEXCO propose conseil et assistance dans le domaine des données personnelles (audit, mise en place du RGPD, recours à un délégué à la protection des données – DPO externe).

Enfin, le Cabinet intervient en matière de protection de la propriété intellectuelle (analyse et sécurisation des droits, rédaction de licence et de contrat de cession de droits)

Associés :

Arnaud Chevrier – arnaud.chevrier@lexco.fr
Jérôme Dufour – jerome.dufour@lexco.fr
Nicolas Joucla – nicolas.joucla@lexco.fr
Vimala de Malet – vimala.demalet@lexco.fr
Fanny Penche-Dantez – fanny.penche@lexco.fr

DROIT SOCIAL

L'exécution et la rupture des contrats de travail, les rédactions d'actes, de contrats et de lettres, le volet social des opérations de restructurations, les systèmes de rémunération et le fonctionnement des institutions sociales (CE, DP, CHSCT...) au sein de l'entreprise constituent les domaines d'intervention principaux du cabinet.

DROIT DES CONTRATS

Le Cabinet LEXCO propose à ses Clients une approche stratégique pour la sécurisation juridique et fiscale de ses accords contractuels de toutes natures : contrats d'affaires de tout type, contrats de distribution, de représentation commerciale, conditions générales de vente, baux commerciaux, etc.

Après avoir accompagné ses Clients dans leurs négociations, le Cabinet LEXCO prend en charge la rédaction de l'ensemble de ces actes.

CONTENTIEUX DES AFFAIRES

Le Cabinet LEXCO conseille ses Clients dans les phases pré-contentieuses (assistance, audit, négociations et rédaction de protocoles transactionnels) et les représente dans les procédures devant les juridictions civiles, commerciales et pénales, ou devant les instances arbitrales.

Les interventions du Cabinet LEXCO couvrent toute la vie de l'entreprise : litiges commerciaux (conflits entre associés, recouvrement, ruptures abusives des relations commerciales établies, etc.), litiges dans le cadre des relations contractuelles, ventes aux enchères, sécurisation des créances des Clients par la mise en œuvre de saisies conservatoires, droit de la construction, litiges avec les assureurs, baux commerciaux, professionnels et immobiliers, etc.

PROCÉDURES COLLECTIVES

Le Cabinet LEXCO présente une offre complète de services (conseil, assistance et représentation) dans le domaine de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises. Pour sauvegarder l'entreprise, et surmonter une dégradation des résultats ou de la trésorerie qui peut n'être que contextuelle, un large panel de procédures est aujourd'hui proposé au chef d'entreprise (mandat ad hoc, sauvegarde judiciaire, redressement judiciaire). Quand les difficultés d'exploitation conduisent à envisager l'ouverture d'une procédure collective, le Cabinet LEXCO conseille ses Clients pour étudier les différentes options envisageables, en fonction de la nature et de l'ampleur de ces difficultés.

Enfin, le Cabinet LEXCO conseille ses Clients dans le cadre de liquidations judiciaires quand les difficultés de l'entreprise l'imposent.

Avertissement : Cette lettre d'information est destinée et réservée exclusivement aux clients et contacts de la société d'Avocats LEXCO et ne saurait constituer une sollicitation ou une publicité quelconque pour le cabinet, ses associés et ses collaborateurs. Les informations contenues dans cette lettre ont un caractère strictement général et ne constituent en aucun cas une consultation ou la fourniture d'un conseil à l'égard des lecteurs.

Cette lettre d'information est éditée par
la Société d'Avocats Lexco

www.lexco.fr

LEXCO
SOCIÉTÉ
D'AVOCATS

BORDEAUX
81 rue Hoche
33200 Bordeaux
+33 (0)5 57 22 29 00

PARIS
34-36 rue de la Perouse
75116 Paris
+33 (0)1 71 93 02 07

LA RÉUNION
46 route de l'Éperon
97435 St Gilles les Hauts
+262 (0)2 62 22 48 18