



Séminaire First Tuesday: jurisprudence M&A

18 janvier 2022, Genève
Philippe Jacquemoud
Chloé Ricci

Sommaire



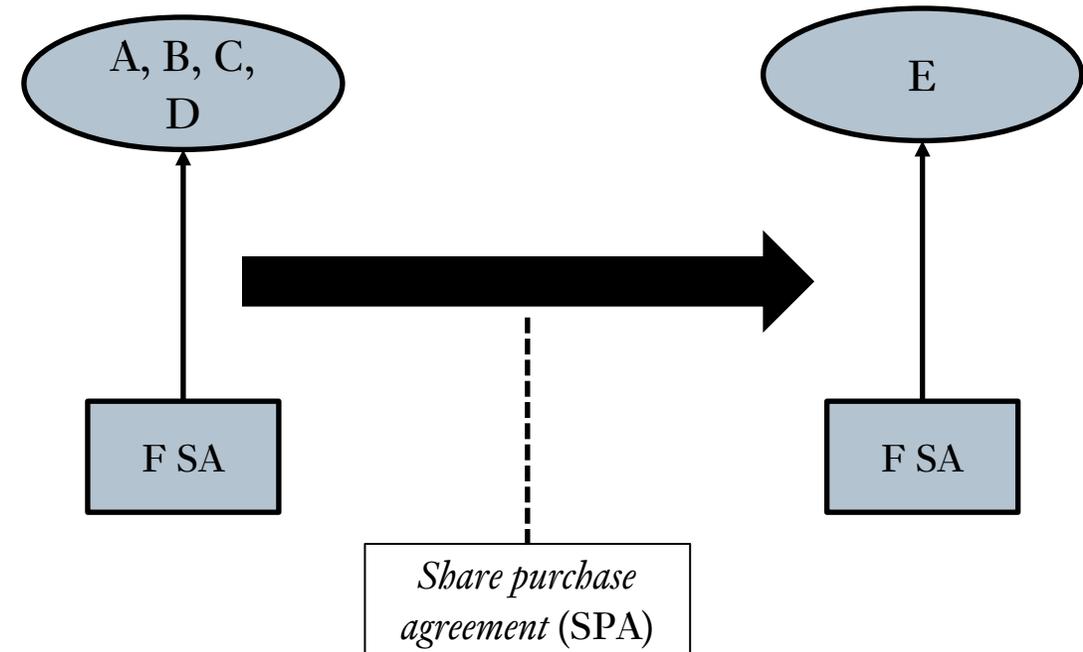
1. TF 4A_225/2020 du 4 septembre 2020
2. TF 4A_445/2019 du 18 février 2020
3. TF 4A_24/2020 du 26 mai 2020
4. TF 4A_186/2020 du 30 juillet 2020



1. TF 4A_225/2020 du 4 septembre 2020

Situation Factuelle

1. Le 4 décembre 2015, A, B, C et D (les vendeurs) décident de vendre les actions de la société F SA à E (l'acheteur) au prix de CHF 7'700'000.
2. Un premier paiement de CHF 5'600'000 est versé par l'acheteur au moment du *closing*. Le SPA prévoit que le solde restant est retenu en garantie d'éventuelles prétentions en réduction de prix (notamment en fonction du revenu de F SA pour l'année 2015).
3. Afin de pouvoir déterminer le revenu de F SA pour l'année 2015, le SPA prévoit que l'acheteur s'engage à remettre aux vendeurs les comptes audités de 2015 de F SA au plus tard le 30 avril 2016 (pas de conséquences prévues dans le SPA en cas de violation du délai).
4. Les vendeurs ne reçoivent pas les comptes à temps et intentent une action en paiement à l'encontre de l'acheteur pour le montant restant du prix de vente.



Raisonnement du Tribunal fédéral

1. Raisonnements cantonaux

- Le Tribunal de première instance a considéré qu'en ne transmettant pas les comptes audités à temps, l'acheteur était déchu de son droit de réclamer une réduction du prix à raison des revenus et du fonds de roulement de F SA.
- En appel, la Cour de justice a considéré que malgré le retard dans le livraison des comptes audités, l'acheteur conservait le droit d'exiger la réduction du prix de vente. Pour arriver à cette conclusion, la Cour de justice a recherché la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1 CO) et estimé que le délai pour transmettre les comptes audités constituait un simple « délai d'ordre » dont l'inobservation n'entraînait pas de conséquences défavorables (consid. 3).

2. Raisonnement du Tribunal fédéral

- Le Tribunal fédéral doit déterminer si la Cour de justice a arbitrairement qualifié de « délai d'ordre » (constatation de fait, consid. 3) le délai pour fournir les renseignements.
- Selon le Tribunal fédéral, la décision de la Cour de justice n'est pas arbitraire car :
 - i. La transmission des comptes audités n'est que la première étape d'une succession d'opérations prévues par le SPA et destinées à fixer le solde du prix de vente. En effet, la dernière opération impose aux parties de «se mettre d'accord» sur le montant des revenus et le fonds de roulement de F SA. En tant que cette dernière étape dépend du **bon vouloir des parties**, la procédure de fixation du solde du prix de vente est dépourvue de caractère précis et rigoureux; et
 - ii. Le SPA prévoyait également une potentielle **augmentation du prix de vente** en fonction des résultats de F SA. Or, si l'absence de transmission dans le délai des comptes audités impliquait également l'impossibilité pour les vendeurs de demander une augmentation du prix de vente, l'acheteur pourrait à sa guise décider de ne pas transmettre ces documents à temps, ce qui viderait de toute substance la possibilité d'augmenter le prix de vente.

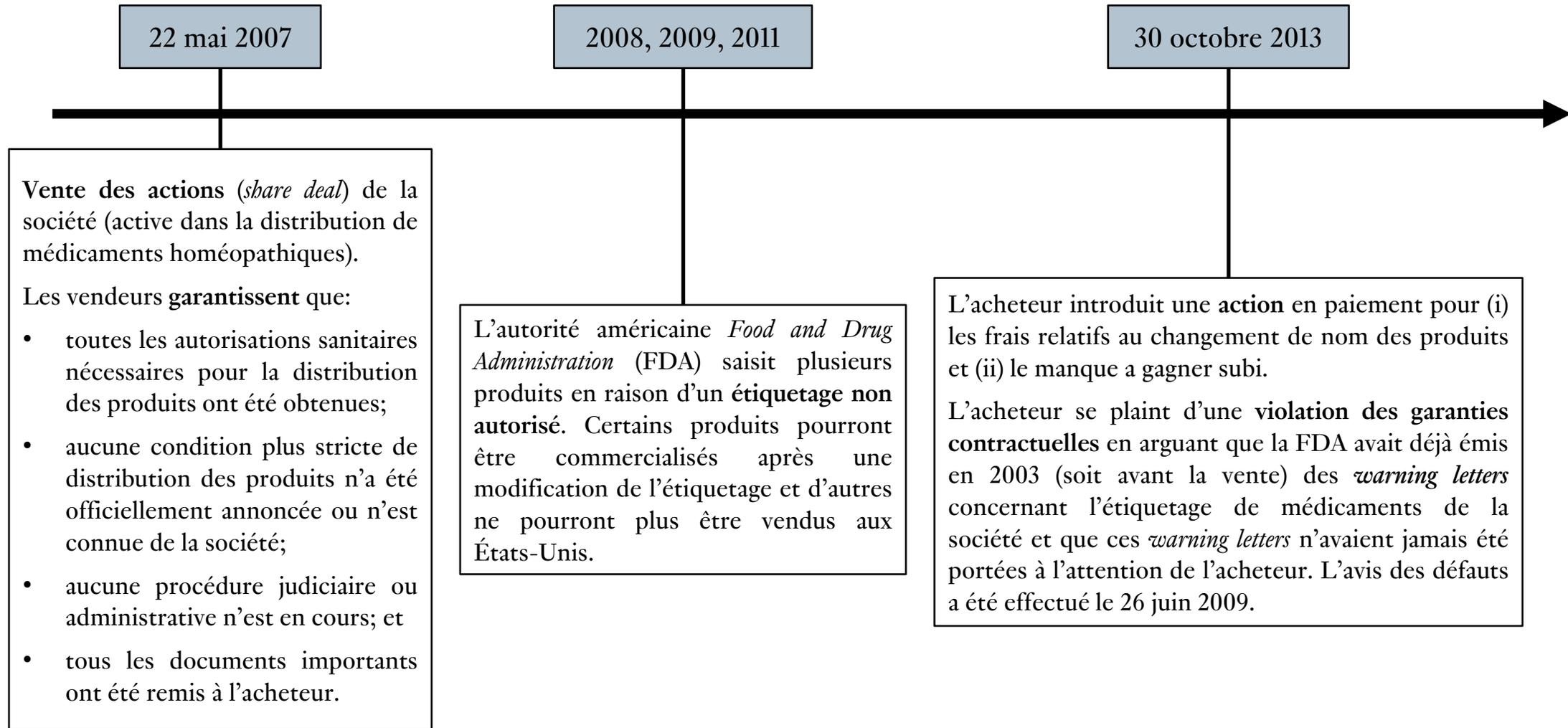
Commentaires

- Cet arrêt renforce l'importance d'une rédaction d'un SPA précis et complet. En effet, le contrat doit non seulement prévoir les obligations des parties mais également les conséquences de potentielles violations de ces obligations.
- Un contrat précis et complet évite des procédures judiciaires longues et coûteuses pour les parties et surtout écarte le risque d'une interprétation *ex post* malheureuse du contrat par les juges cantonaux, qui ne pourra être revue par le Tribunal fédéral que sous l'angle de l'arbitraire.



2. TF 4A_445/2019 du 18 février 2020

Situation Factuelle



Raisonnement du Tribunal fédéral

1. Rappel général

- Dans un *share deal*, la **garantie légale** ne porte pas sur les actifs de la société mais uniquement (même en cas de vente de toutes les actions) sur l'existence et l'étendue des droits aliénés. Les vendeurs ne sont donc responsables de la valeur économique des actions que s'ils ont donné des **garanties particulières** à cet égard (consid. 2.1 *ab initio*).
- Si les vendeurs garantissent l'absence de défauts, ils ne peuvent pas se prévaloir du fait que l'acheteur aurait dû reconnaître le défaut (consid. 2.1 *ab initio*).

2. L'action en garantie des défauts

- L'action en garantie des défauts se prescrit par 2 ans à compter de la livraison à l'acheteur (art. 210 al. 1 CO). L'avis des défauts doit être effectué sans délai (art. 201 CO).
- En l'espèce, tant l'avis des défauts que l'introduction de l'action est **tardif**. L'acheteur ne peut que se prévaloir du **dol** du vendeur, c'est-à-dire que le vendeur a volontairement induit l'acheteur en erreur (art. 203 CO).
- La prescription de l'action pour dol du vendeur est fixée à 10 ans (art. 127 CO *cum* art. 210 al. 6 CO).

3. Conditions de la responsabilité de l'action pour dol du vendeur (cumulatives)

Tromperie intentionnelle	Selon le tribunal cantonal, quand bien même l'absence de remise des <i>warning letters</i> pourrait constituer une tromperie, on ne peut pas considérer en l'espèce l'existence d'une tromperie <u>intentionnelle</u> . En effet, les vendeurs pouvaient à juste titre considérer que les <i>warning letters</i> n'étaient pas pertinentes dans la mesure où ils avaient pu continuer à vendre leurs produits aux États-Unis. Le Tribunal fédéral considère que ce raisonnement n'est pas arbitraire.
Dompage	Le Tribunal fédéral confirme l'absence de preuve suffisante du dommage. L'acheteur ne peut pas simplement demander l'exécution d'une expertise judiciaire pour calculer le dommage.
Lien de causalité	Il n'est pas prouvé que les <i>warning letters</i> ont causé la saisie des produits par la FDA. En effet, l'intervention de la FDA auprès de l'acheteur n'a jamais fait référence à des <i>warning letters</i> .

Commentaires

Etendue de la garantie légale :

- Le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence selon laquelle le vendeur n'est responsable de la valeur des actions que s'il a donné des **garanties particulières** à cet égard.
- Or, lorsque l'acheteur achète un nombre d'actions tel qu'il lui donne le contrôle de l'entreprise vendue, l'entreprise devrait être considérée comme objet de la vente et **la responsabilité légale pour les défauts devrait également s'appliquer aux actifs de la société.**

Exercice d'une action en garantie des défauts :

- Dans une action en garantie des défauts, le *timing* est un élément-clé. L'acheteur doit agir rapidement après la découverte du défaut, faute de quoi il ne pourra que se prévaloir du dol du vendeur.
- Dans une action en garantie des défauts, l'acheteur doit **prouver avec précision le dommage**. Il ne peut pas seulement se rapporter à une expertise judiciaire sur laquelle la partie défenderesse ne pourrait pas se prononcer.

Excursus

Tableau comparatif entre le dol (art. 28 CO) et le dol dans la garantie des défauts (art. 197 ss CO)

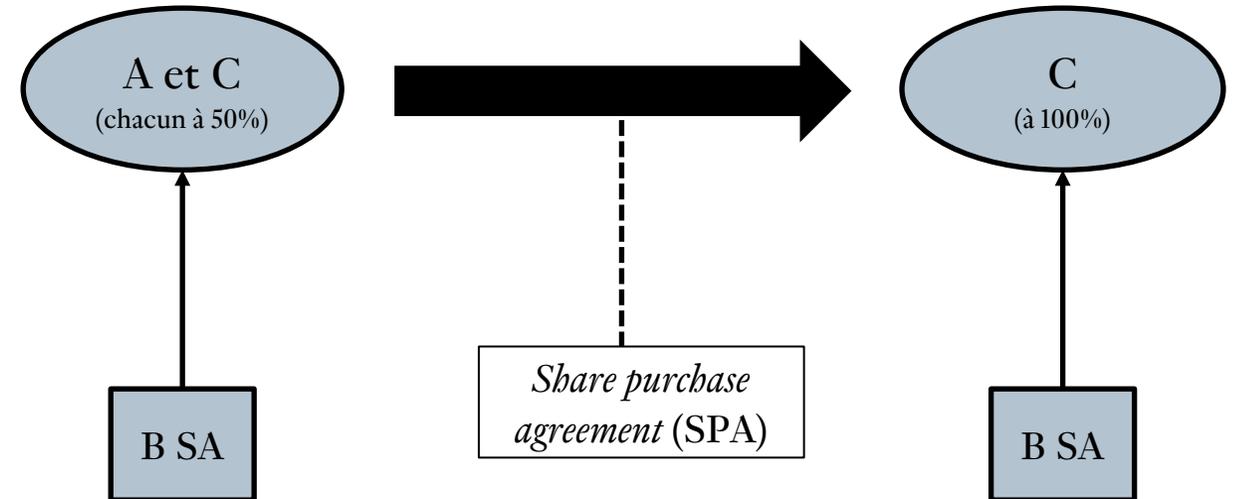
	Art. 28 CO	Art. 197 ss CO (art. 203 CO)
Champ d'application	Pas de restriction - D'autres circonstances liées à la conclusion du contrat peuvent être invoquées.	Existence d'un défaut (art. 197 CO) - L'absence d'une qualité dont le vendeur avait promis l'existence ou à laquelle l'acheteur pouvait s'attendre selon les règles de la bonne foi.
Actions possibles	- Invalidation du contrat - Ratification du contrat (+ D&I, art. 31 al. 3 CO)	Actions édiliciennes en cas de défaut - Action rédhibitoire (art. 205 <i>cum</i> 208 CO) : restitution des prestations (résolution du contrat) - Action minutoire (art. 205 al. 2 CO) : diminution du prix de vente - Action en remplacement (art. 206)
Délais	- 1 an après la découverte (art. 31 CO)	- 10 ans après le dol (art. 210 al. 6 <i>cum</i> 127 CO), c'est-à-dire 10 ans après la conclusion du contrat
Élément subjectif	- Dol intentionnel (dol éventuel suffit)	- Dol intentionnel (dol éventuel suffit)



3. TF 4A_24/2020 du 26 mai 2020

Situation Factuelle

1. A et C sont actionnaires de la société B SA. A détient 50% du capital-actions de B SA.
2. Le 24 décembre 2015, A et C concluent un SPA par lequel A (le vendeur) vend ses parts de B SA à C (l'acheteur).
3. Le chiffre 4 du SPA prévoit que le vendeur recevra « *50% du dividende encore à décider pour l'exercice 2015, les parties partant aujourd'hui du principe et convenant que le dividende brut pour l'année 2015 doit s'élever au total à CHF 600'000, payable au plus tard le 30 juin 2016 (sous déduction de l'impôt anticipé de 35%). L'acheteur s'engage à veiller à ce que le dividende de 2015 soit décidé et versé en conséquence* ».
4. Un dividende de CHF 300'000.- a finalement été décidé pour l'exercice 2015, dont la moitié a été versée au vendeur (sous déduction de l'impôt anticipé).
5. Le vendeur intente une action en justice contre l'acheteur pour obtenir le paiement de CHF 150'000 plus intérêts (montant égal au dividende non versé, soit 50% de CHF 600'000).



Raisonnement du Tribunal fédéral

1. Raisonnements cantonaux

- La première instance zurichoise a rejeté l'action du vendeur.
- Sur appel du vendeur, l'*Obergericht* a condamné l'acheteur au paiement des CHF 150'000.- restants. Pour arriver à cette conclusion, l'*Obergericht* a interprété le SPA selon le principe de la confiance et considéré que le chiffre 4 du SPA constituait une garantie au sens de l'art. 111 CO.

2. Raisonnement du Tribunal fédéral

- Sur recours de l'acheteur, le Tribunal fédéral a **confirmé** la qualification par l'*Obergericht* du chiffre 4 du SPA comme garantie au sens de l'art. 111 CO et a donc rejeté le recours.
- Les juges fédéraux ont estimé que le texte du SPA était **clair**, que l'acheteur s'était engagé à veiller à ce que le dividende soit décidé «*en conséquence*» (c'est-à-dire à hauteur de 600 000 CHF) et «*versé*», le fait que les parties ne pouvaient pas encore connaître le montant exact du dividende à l'époque n'y changeant rien.
- Dans son arrêt, le Tribunal fédéral expose les **critères de délimitation** entre garantie (111 CO) et cautionnement (492 CO) (consid. 4.2.1 ss) :

Garantie (111 CO)	Cautionnement (492 CO)
Engagement indépendant qui ne présuppose pas de créance existante : <i>in casu</i> , le vendeur n'avait pas contre la société de créance existante	Engagement accessoire qui dépend de l'existence et du contenu de l'obligation principale
Intérêt personnel du promettant : <i>in casu</i> , le règlement du dividende permettait à l'acheteur de payer une partie du prix de vente par l'intermédiaire de la société	Absence d'intérêt propre de la caution dans l'opération à garantir
Absence d'exigence de forme	Exigence de forme (493 CO)

Commentaires

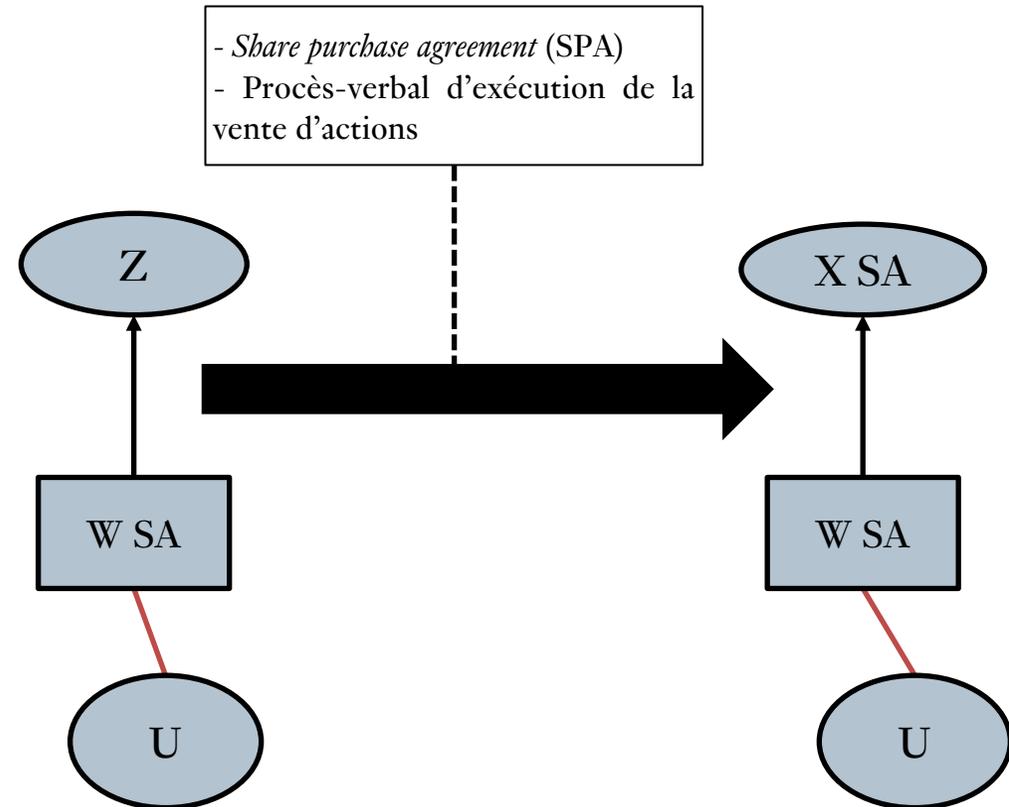
- Cet arrêt souligne une fois encore l'importance de rédiger **soigneusement et précisément** un SPA afin d'éviter tout risque de mauvaise interprétation du contrat par les juges cantonaux, laquelle ne pourra être revue le cas échéant que de façon limitée par le Tribunal fédéral.
- L'existence ou l'absence d'**intérêt personnel** est un indice important permettant de distinguer la garantie (111 CO) du cautionnement (492 CO). L'absence d'intérêt personnel de la caution explique les exigences de forme particulières requises par la loi.



4. TF 4A_186/2020 du 30 juillet 2020

Situation Factuelle

1. Après avoir exercé une activité d'agent pour W SA, U ouvre une action le **4 octobre 2007** contre W SA et réclame CHF 738'500.-.
2. X SA (l'acheteuse) rachète les actions de W SA le **3 décembre 2007**. L'art. 6 du SPA précise que Z (le vendeur) s'engage à garantir le risque du procès à travers une garantie bancaire de premier ordre de CHF 850'000.- qui sera maintenue jusqu'à la fin du procès, mais qui sera libérée au plus tard le **28 février 2012**. Par ailleurs, X SA s'engage à payer les frais liés au procès mais peut déduire ces frais du paiement des actions (lequel intervient en plusieurs tranches).
3. Le **30 juillet 2008**, le montant total du prix de la vente d'actions ayant été versé, Z et X SA souscrivent un «*procès-verbal d'exécution de la convention de vente d'actions*» selon lequel X SA est autorisée à exiger le remboursement par Z des frais liés au procès.
4. Le **17 mars 2016**, W SA succombe dans la procédure l'opposant à U et est condamnée au paiement d'une somme d'argent. À cette date, la garantie bancaire avait été libérée en faveur de Z. Ce dernier avait par ailleurs remboursé les frais de défense liés au procès jusqu'au 31 décembre 2011.
5. X SA intente une action paiement contre Z en estimant que ce dernier s'était obligé sans limitation dans le temps à rembourser le montant que les tribunaux alloueraient à U ainsi que les frais de défense.



Article 6 du SPA

SURETES RELATIVES AUX PROCEDURES « P_____ »

6.1 Garantie de CHF 850'000.- émise par le Vendeur (Article 4.4)

Compte tenu du risque procédural potentiel présenté par la demande en paiement formée contre W SA par U (cf. Article 5.11), le Vendeur s'engage, [...] à garantir ce risque envers l'Acquéreur, par la remise d'une garantie bancaire de premier ordre à hauteur de CHF 850'000.- qui sera maintenue jusqu'à droit jugé de manière définitive et exécutoire, mais qui sera totalement libérée au plus tard le 28 février 2012, en tout état et sans autre condition.

Dans l'hypothèse où W SA succomberait dans cette procédure, ladite garantie serait libérée à due concurrence des montants mis à sa charge, pour autant qu'il soit démontré que W SA a fait preuve de toute la diligence requise dans la conduite de cette procédure. Aucune transaction, judiciaire ou extrajudiciaire, ne pourra intervenir entre W SA et U sans l'accord écrit du Vendeur, qui ne pourra toutefois pas refuser son accord sans motifs.

Enfin, les parties conviennent que l'étude O_____ suivra les procédures en cours contre U et que celle-ci sera rémunérée par l'Acquéreur directement. D'entente entre les parties, tous les frais et honoraires liés à ces procédures et acquittés par l'Acquéreur entre la Date de signature de la présente Convention et le 31 mars 2009 seront toutefois portés en déduction de la dernière tranche du Prix de cession de CHF 2'000'000.- exigible le 31 mars 2009 (cf. Article 4.4). A cette date au plus tard, l'étude O_____ fournira aux Parties le décompte des frais et honoraires déjà réglés ou encore dus pour ces procédures et ce décompte servira de base au calcul de l'éventuelle déduction à porter à la dernière tranche du Prix de cession.

En dérogation à ce qui précède, il est toutefois précisé que dans le cadre de la première procédure (cf. Article 5.11) [soit la demande en paiement pour un montant de 738'500 fr.], une des conclusions prises par U repose sur une reconnaissance de dette concernant les commissions dues à U pour le mois de septembre 2001 et signée par W SA le 21 septembre 2001 pour un montant de CHF 35'000.-. Ainsi, dans l'hypothèse où W SA serait condamnée à verser cette somme sur la base de ce document, ce montant devra être directement acquitté par W SA, à l'entière décharge du Vendeur et en déduction des montants garantis au paragraphe précédent. Par voie de conséquence, cette somme ne fera pas l'objet d'une déduction sur le Prix de cession.

En revanche, la somme en capital, intérêts et frais que U a été définitivement condamné à verser à W SA à l'issue de la procédure par-devant la Cour de Justice (cf. Article 5.11, procédure TVA) sera encaissée par l'étude O_____ en vue d'être déduite du montant de la troisième tranche du règlement du Prix de cession (cf. Article 4.4).

Extraits d'articles du procès-verbal d'exécution

Article 5

Une fois émise, la garantie bancaire visée à l'article 6 de la convention demeurera valablement émise en faveur de la société X SA jusqu'au 28 février 2012, au plus tard, sous réserve de la réalisation des autres conditions de sa levée ou de sa libération, énoncées dans le texte de ladite garantie

Article 7: Suivi des procédures en cours opposant W SA à U

Conformément à l'article 6 de la convention [...] l'Etude O_____ suivra les procédures en cours et le cas échéant, les procédures à venir et les pourparlers transactionnels, contre U auxquels W SA est et sera partie.

Les frais et honoraires de l'Etude O_____ liés à l'accomplissement de cette activité seront directement réglés par W SA qui refacturera ces frais et honoraires à Z au 31 décembre de chaque année

L'Etude O_____ décidera, après s'être concertée avec Z (le vendeur), des choix tactiques et juridiques à adopter dans la conduite des procédures en cours. De même, il appartiendra à Z de décider s'il doit être fait appel ou recours contre une décision rendue dans le cadre des diverses procédures opposant W SA à U.

Au surplus, les parties demeurent liées par les modalités prévues par la convention conclue le 3 décembre 2007.

Raisonnement du Tribunal fédéral

1. Nature de la contestation

- Interprétation de l'art. 6 du SPA et du procès-verbal d'exécution de la convention de vente d'actions.
- **Thèse de X SA** (l'acheteuse) : Z (le vendeur) *«s'est obligé sans limitation dans le temps à rembourser tout montant que les tribunaux alloueraient à U. _____ et à rembourser également la totalité des frais de défense. Il s'est en outre obligé à fournir une garantie bancaire destinée à garantir jusqu'au 28 février 2012 son aptitude à exécuter cette obligation de rembourser»* (consid. 6).
- **Thèse de Z** : Z *«s'est seulement obligé à fournir une garantie bancaire destinée à couvrir pendant la durée de validité convenue, soit jusqu'au 28 février 2012, les montants alloués à U. _____ et les frais de défense. Il a entièrement exécuté cette obligation et il n'est plus débiteur de la demanderesse»* (consid. 6).

2. Raisonnement de la Cour de justice, confirmé par le Tribunal fédéral

- L'art. 6 du SPA n'exige pas de Z autre chose que la remise d'une garantie bancaire de durée limitée.
- Le remboursement des frais de défense était une obligation accessoire et sa durée n'excédait pas celle de la garantie bancaire.

Commentaires (1/2)

Distinction importante à effectuer entre la date d'expiration de :

- i. La **garantie** (*Sicherungsmittel*) : c'est-à-dire la garantie bancaire.
- ii. La **promesse de garantie** (*Sicherungsversprechen*) : c'est-à-dire la promesse du vendeur de garantir la promesse de prestation au moyen de la garantie bancaire.
- iii. La **promesse de prestation** (*Leistungsversprechen*) : c'est-à-dire la promesse de rembourser les frais relatifs au procès.

Critiques complémentaires :

- La date d'expiration de la garantie **ne correspond pas nécessairement** à la date d'expiration de la promesse de garantie et encore moins de la promesse de prestation (aucune distinction n'est effectuée dans le raisonnement de la Cour de justice, confirmé par le Tribunal fédéral, ce qui est critiquable).
- Si la date d'expiration de la garantie bancaire est claire, il ne peut **pas être présumé** que les autres dates d'expiration sont les mêmes.
- Il est courant que la validité de la garantie soit plus courte que la validité de la promesse de prestation. **Une garantie bancaire peut être limitée dans le temps sans pour autant que la promesse de garantie ou de prestation ne le soit.**

Conclusion : Cet arrêt souligne une fois encore l'importance de rédiger soigneusement le SPA.

Commentaires (2/2)

Qualification juridique des promesses de prestation au moyen d'un examen au cas par cas :

1. **Garantie du contrat de vente** (197ss CO) : assurent certaines qualités de l'objet de la vente.
2. **Garantie au sens de III CO**, dans des relations tripartites (garantie au sens strict) mais également dans des relations bipartites (garantie au sens large)
 - i. Garantie de qualité (*Beschaffheitsgarantie*) : garantissent certaines caractéristiques de l'objet de la vente à un moment donné ou pour une période déterminée.
 - ii. Garantie de non-qualité (*Nichtbeschaffheitsgarantie*) : assurent la survenance ou non-survenance de certains événements futurs, lesquels ne dépendent pas des caractéristiques de l'objet de la vente.
3. **Reprise de dette** (175ss CO), interne ou externe

Qualification juridique de la promesse de prestation du vendeur *in casu* :

- **Garantie de non-qualité** : le vendeur a promis un **résultat futur**, à savoir le remboursement de certains frais liés à la procédure judiciaire.
- **Absence de reprise de dette** : le vendeur a promis à l'acheteuse non pas la prise en charge de la dette, mais le remboursement de tous les frais de procédure, de sorte qu'il n'y a pas non plus de reprise de dette interne ou externe.

Implications de la distinction entre garanties au sens de 197ss CO et garanties au sens de III CO :

- **Garanties au sens de 197ss CO** :
 - Art. 200 al. 1 CO (importance de la connaissance du défaut par l'acheteur), 201 CO (obligation de l'acheteur de vérifier et de signaler les défauts), lesquels peuvent être modifiés contractuellement, par exemple en remplaçant l'art. 200 CO par un *disclosure concept* qui se base moins sur la connaissance de l'acheteur que sur la divulgation à l'acheteur.
 - Prescription de 2 ans (art. 210 al. 1 CO).
- **Garanties au sens de III CO** : délai de prescription de 10 ans (127 CO), lequel ne peut pas être modifié contractuellement (129 CO).



Merci pour votre attention

Jacquemoud Stanislas
2, rue François-Bellot
1206 Genève, Suisse
Jslegal.ch

Tél +41 22 716 96 96
Fax +41 22 346 89 64
Philippe.jacquemoud@jslegal.ch