

# La confidentialité dans le rachat des sociétés

*Il existe un moyen souvent utilisé pour obtenir des informations dans le domaine du droit des affaires, le vrai faux rachat d'une entreprise.*

*Une entreprise soit, directement soit par le biais d'un faux-nez, feint de vouloir en acheter une autre. Elle signe donc un premier protocole d'accord avec le cas échéant une ou plusieurs conditions suspensives.*

*Puis au dernier moment, elle refuse d'acquiescer sous un prétexte quelconque la société cible.*

Pour comprendre comment de telles pratiques sont possibles, il faut avoir une idée précise de la manière dont se déroule une cession. Quelques clauses usuelles dans les cessions limitent ces pratiques, quoique les conséquences d'absence d'acquisition soient relativement faibles.

## Déroulement d'une cession.

Le cédant d'une entreprise ou d'un groupe de sociétés doit faire face à plusieurs contraintes, d'une part dont la nécessité de ne pas dévoiler les secrets de son entreprise à un éventuel repreneur, afin de ne pas la rendre vulnérable, et d'autre part, à l'obligation de décrire la situation exacte de son entreprise pour ne pas voir la vente annulée ultérieurement ou à tout le moins voir baisser le prix d'achat pour ne pas avoir communiqué les informations qui lui étaient réclamées. (dol par réticence). À cet égard, les tribunaux n'hésitent pas à annuler la cession d'une entité économique ou à en diminuer le prix lorsque des informations de nature à faire baisser sa valeur furent cachées à l'acquéreur potentiel. Toutefois, ce dernier se doit d'être relativement diligent pour se prévaloir d'un dol en réalisant un minimum de diligences, en demandant une copie des procès-verbaux du conseil d'administration, par exemple. En choisissant d'être triviaux, il est possible de reprendre cette formulation d'un professeur de droit connu «*tout l'art du vendeur dans ce striptease est d'essayer de conserver sa dernière défense le plus longtemps possible*». Les praticiens de la cession d'entreprises ont donc mis au point des contrats de natu-

re à tenir compte des impératifs de protection du cédant, pour éviter un pillage de son patrimoine, tout en considérant la nécessaire information de l'acquéreur.

Ces contrats ne peuvent se comprendre que dans la notion de temps incluse dans le processus de l'acquisition car une cession se déroule le plus souvent en plusieurs étapes.

Le plus souvent la chronologie est la suivante :

- 1. Signature d'un premier protocole d'accord. Ce protocole comporte généralement des conditions suspensives, au nombre desquelles figure l'octroi d'un prêt, ainsi que des clauses d'audit et d'association du repreneur à la gestion.

- 2. Arrêté des comptes et établissement du prix définitif en fonction de ces comptes. L'établissement des comptes réclame des délais conséquents. Le jour de la signature du premier protocole d'accord ou de la cession, le repreneur ne connaît que les résultats qui correspondent aux deux ou trois derniers mois de l'activité. Il faut donc prévoir ce qui se passe dans le cas d'une baisse significative des résultats.

- 3. Signature quelques mois après des actes entraînant transfert de la propriété de la société cédée et signature d'une garantie de passif et d'actif. Ces actes sont le plus souvent des ordres de mouvement, soit un simple document demandant au dirigeant de l'entreprise de constater le transfert de propriété des titres. Pour des raisons fiscales, il était rarement fait un acte rappelant dans son corps les prix et les titres cédés. Leur intérêt, en termes de recherches d'information, est donc faible.

Pendant la période séparant la signature du premier protocole d'accord de la date du transfert de propriété, des dispositions contractuelles vont permettre à l'acquéreur d'une part de faire «auditer» la société (c'est ce que les anglo-saxons appellent les *due diligences*) et d'autre part d'être associé à sa gestion. Ce sont des redoutables moyens d'obtenir des informations sur un concurrent. Les vendeurs vont tenter de se protéger en insérant des clauses spécifiques.

## Clauses usuelles

Pour éviter de rendre l'entreprise cédée vulnérable, les modalités de l'audit d'ac-

quisition sont détaillées avec précision dans le protocole d'accord initial, protocole qui prévoit souvent des clauses de secret, de non-concurrence, et de non-débauchage.

## Les clauses d'audit.

Les clauses d'audit prévoient plusieurs éléments: le lieu où se déroule l'audit (ladate room) et les modalités d'accès ; les informations fournies (pièces comptables, pièces juridiques...) ; les informations «à emporter» ; les auditeurs (nombre, nom, qualité...); la durée. Plus les clauses seront précises, plus la protection sera grande.

## Les clauses de secret.

Aux termes de ces clauses, l'acquéreur s'engage à ne pas divulguer ou transmettre les informations qu'il a la possibilité de découvrir au cours de l'audit. De la même façon, il s'engage à ne pas utiliser des documents de synthèse issue des informations qui lui sont communiquées.

La portée de ces clauses fait l'objet d'une véritable discussion. Comment le cédant pourrait-il prouver la violation d'une telle clause ? Il s'agit donc plus d'un voeu pieux, sans véritable impact juridique.

Il faut cependant savoir que certains juristes tentent d'éluder ce problème en partant du principe que les informations communiquées sont non confidentielles et rédigent donc des clauses de non-confidentialité.

## Les clauses de non-concurrence

Elles présentent plusieurs degrés d'intensité. Si le repreneur n'est pas présent sur le marché, l'idéal est de lui interdire de s'intéresser au type d'activité de la société cédée. Dans le cas contraire, les clauses prévoient que l'acquéreur a pour interdiction de démarcher les clients ou prospects de la société concernée. Il peut se voir également défendre la reprise de certains savoir-faire ou procédé révélé au cours de l'audit. À l'instar des clauses de secret, les clauses de non-concurrence sont limitées dans le temps, une durée qui, en pratique, va de deux ans à cinq ans.

## Les clauses associant le repreneur à la gestion

Un cédant de mauvaise foi pourrait mettre

à profit la période s'écoulant entre le premier protocole et la vente pour dénaturer la société vendue. Il lui suffirait pourquoi pas de vendre certains de ses actifs ou d'embaucher des salariés dont ne voudrait pas l'acquéreur. Pour éviter une telle situation, le premier protocole d'acquisition précise que le cédant doit associer l'acquéreur aux principales décisions de gestion qui peuvent être limitativement énumérées. L'association aux décisions de gestion implique obligatoirement un partage de l'information nécessaire à une prise de décision.

### Les clauses de «non-débauchage» du personnel

Le personnel est une des forces de l'entreprise. Il importe donc que le protocole d'accord initial interdise à l'acquéreur de débaucher les salariés de la société à céder.

### Les conséquences de l'absence d'acquisition

Le pseudo acquéreur devra à terme interrompre les négociations. Quels risques encourt-il en situation du fait de son attitude ? La réponse à cette question dépend beaucoup de la qualification juridique donnée au premier protocole d'accord mais également des modalités de cette rupture. Le protocole d'accord peut prendre plusieurs qualifications :  
La promesse de vente unilatérale. Le cédant s'engage à vendre, à un prix fixé, mais l'acquéreur n'a aucune obligation d'acquiescer, indépendamment de l'issue de l'audit. Cette forme est peu usitée puisque le cédant s'interdit de céder sans rien obtenir en contrepartie. Il n'existe aucun risque de rupture.

La vente sous condition suspensive : La condition dépend tout à la fois de l'obtention des résultats de l'audit et de la nature de ces résultats. La difficulté réside dans le fait de connaître les éléments relevés par l'audit et susceptibles d'entraîner une annulation de la vente. «*Dans l'hypothèse où l'audit ferait apparaître des éléments*

*de nature à altérer gravement la valeur de la participation vendue*», une formulation semblable, vague et imprécise, apparaît souvent.

Cette qualification implique à terme une source de contentieux.

De plus, il arrive également que les clauses d'audit soient plus précises. En la circonstance, elles ont pour défaut d'enfermer le repreneur: Obligation d'effectuer des démarches sérieuses pour obtenir le crédit. Prétendre que l'on n'a pas obtenu de concours bancaire ni réuni le tour de table est un prétexte pour ne plus se porter acquéreur à la suite de l'audit et de la communication des informations recherchées. Il faut toutefois aborder ce domaine avec une grande prudence. Le Code Civil prévoit que si une personne accepte une condition suspensive et ne fait rien pour qu'elle se réalise, la condition est réputée remplie. En d'autres termes, si l'acquéreur ne montre pas qu'il a tout mis en oeuvre pour réunir les fonds nécessaires à l'achat, il peut être contraint de verser le prix de la cession!

Cette solution peut apparaître extrême, voire difficilement applicable, car un contentieux engagé sur le paiement du prix et donc, sur la propriété, empêchera la cession de la société pendant cette période. Il y a donc souvent des dommages et intérêts dont le montant varie en fonction des conditions de la rupture.

### Modalités de rupture des négociations

Les tribunaux attachent beaucoup d'importance à la bonne foi, ainsi qu'à la mauvaise foi, lors de la conduite de négociations. La mauvaise foi est notamment illustrée : ● Dans le cas d'un «candidat cessionnaire de parts sociales, ayant caché à ses cocontractants qu'il était tenu d'avoir recours à un prêt bancaire pour la totalité du prix de cession et leur a fait connaître la veille de la signature de la promesse de vente qu'il n'avait pas obtenu la garantie, a fait preuve de mauvaise foi dans le déroulement des négociations caractérisant un comportement fautif de réticence dolosive et de fausses indications».

● Dans le cas de longs pourparlers, d'un dossier complexe et de l'engagement de multiples frais.

● Dans le cas d'une personne qui s'est présentée à de nombreux tiers comme l'acquéreur de la société, et ce même avec l'accord du cédant.

● Dans le cas d'une rupture s'étant produite la veille, voire à une heure de la signature du contrat.

On le voit, il y a des risques dans le domaine de la vie des affaires qui sont difficiles à faire disparaître. Or, des pays étrangers ont un arsenal législatif et coercitif plus efficace que le nôtre.

Contrairement à ce qui existe aux Etats-Unis avec l'Espionnage Act de 1996, appelé aussi Cohen Act, il n'existe pas en France de véritable protection du secret des affaires. Cette situation ne peut perdurer si l'on veut que les entreprises françaises gardent leur compétitivité face aux sociétés étrangères.

Il faut donc une législation spécifique qui pourrait protéger le secret des affaires notamment dans le cadre de la reprise d'entreprise.

**Par Thibault du MANOIR de JUAYE**  
Avocat à la Cour  
[www.France-lex.com](http://www.France-lex.com)

*Auteur de «Intelligence économique : Utilisez toutes les ressources du droit» aux Editions d'Organisation*

- Articles 1109 et 1116 du Code Civil.
- CA, Besançon, 10 octobre 1996, annulation d'une cession pour cause de dissimulation d'une dette fournisseur et d'une dette URSSAF.
- CA, Grenoble, 25 septembre 1996.
- Gilbert, Cahier de droit de l'entreprise, 1972, I. 24.
- CA, Paris, 7 juillet 1995.
- CA, Rennes, 29 avril 1992.
- Tribunal de Commerce de Paris, S.A. SRDLX c/ CIC.
- Ca, Paris, 16 décembre 1998.