

Le renforcement prétorien de la confidentialité des affaires lors des processus d'acquisition d'entreprises

SEPTEMBRE 2015

Si la tendance à la moralisation des affaires ainsi que la protection d'une sphère secrète pendant le cours des affaires ne sont plus à démontrer, on assiste depuis plusieurs années au renforcement prétorien de la protection du secret dès le stade de la « préparation d'affaires », notamment en cas d'acquisition d'entreprises.

La confidentialité est l'objet d'une des principales clauses de contrats conclus entre professionnels. Un engagement réciproque est en effet nécessaire, notamment pendant les opérations d'acquisition d'entreprises : le cessionnaire, désireux de connaître ce qu'il achète, prend en effet connaissance de renseignements complets sur l'entreprise cédée et accède ainsi à des informations confidentielles.

La forme de l'engagement de confidentialité : lors de la phase des pourparlers ou de négociation commerciale, les parties peuvent convenir d'un engagement de confidentialité¹, sous la forme d'une simple clause dans un contrat préparatoire ou d'un accord précontractuel à lui seul².

En droit des sociétés cotées, la conclusion d'un accord de confidentialité peut s'avérer une obligation. Il en va notamment ainsi en application de la Position-recommandation AMF n°2003-01, relative à la transmission d'informations privilégiées préalablement à des opérations de cession de participations significatives dans des sociétés cotées sur un marché réglementé (« procédures dites de data room »).

L'objet du secret : les data room ne pouvant à elles seules permettre la sélection des informations pouvant être communiquées, la clause de confidentialité vise à protéger des informations confidentielles – techniques, commerciales et financières – communiquées à l'autre partie. Elle vise ainsi protéger le contenu du contrat en cours de négociation.

Mais une telle clause peut également être destinée à assurer la confidentialité de l'existence même de relations contractuelles engendrant une obligation de ne pas révéler, à des tiers ou à des partenaires, l'existence d'une négociation en cours, d'un projet de cession-acquisition. L'accord de confidentialité lui-même peut être confidentiel.

La confidentialité est d'autant plus importante lorsque l'une des parties est une société cotée dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, du fait de l'obligation qui lui est faite de révéler toute information précise la concernant qui, si elle était rendue publique, serait susceptible d'avoir une influence sensible sur le cours des instruments financiers qu'elles ont émis. Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers autorise un

émetteur, sous sa responsabilité, à différer la publication d'une information privilégiée (par exemple, l'existence de pourparlers de cession ou d'acquisition, et la constitution d'une data room), notamment s'il est en mesure d'assurer la confidentialité de ladite information en contrôlant l'accès à cette dernière.

La protection judiciaire de la confidentialité et la sanction de sa violation : alors qu'en droit anglais l'obligation de confidentialité est implicite chaque fois que la discrétion est nécessaire à l'efficacité commerciale de l'accord, en France, cette protection n'est pas instituée par la loi en période précontractuelle mais découle alors des obligations de bonne foi dans les pourparlers et par induction de discrétion et du devoir de confidentialité. Ainsi, en l'absence même d'une clause ad hoc de confidentialité et de toute convention spécifique, le sachant qui divulgue les informations et connaissances échangées commet une faute délictuelle qui pourra être qualifiée de concurrence déloyale ou d'agissements parasitaires. Très généralement, le préjudice réparable sera simple : les frais que le demandeur a exposés inutilement et le préjudice résultant de la divulgation de telles informations. Les conséquences de la violation de la confidentialité en présence d'une société cotée sur un marché réglementé peuvent être plus lourdes, notamment si à cette occasion des opérations boursières sont intervenues (ou ont été tentées) par la personne qui détenait une information privilégiée (manquement et délit d'initiés).

La protection conventionnelle de la confidentialité et la sanction de sa violation : la clause de confidentialité permet d'ériger automatiquement en faute la divulgation d'une information, sans craindre les vicissitudes de la jurisprudence. Même si la règle de principe demeure la liberté de rompre les pourparlers, les parties s'étaient engagés et elles commettent donc une faute contractuelle que l'on voit de plus en plus sévèrement sanctionnée par des dommages et intérêts.

Génératrices d'obligations, ces clauses s'imposent en effet sous la sanction des tribunaux ; depuis un arrêt du 17 février 1997³, on assiste à une tendance au renforcement de l'efficacité des clauses de secret. Le tribunal de commerce a conforté récemment cette moralisation de la vie des affaires dès sa phase de préparation, notamment dans le cadre d'opérations d'acquisition d'entreprises, en sanctionnant la violation d'une clause de confidentialité et en condamnant l'auteur à une amende de 1,5 millions d'euros au titre de la violation de ses engagements de confidentialité, sans qu'il n'eut été besoin d'apporter la preuve d'un préjudice⁴.

Pour faciliter l'indemnisation du préjudice résultant de la divulgation, une clause pénale ad hoc peut-être également prévue par les parties.

La survie de la clause de confidentialité : le devoir de discrétion et de bonne foi au cours des pourparlers ne cesse pas à terme. De la même manière, l'obligation de confidentialité, bien qu'issue du contrat, survit à celui-ci ; c'est là sa fonction même. La durée de vie de la clause de confidentialité peut être prévue par les parties⁵ et à défaut, le juge pourra s'appuyer sur une recherche de volonté, ainsi que sur l'article 1135 du Code civil selon lequel les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé mais également à toutes les suites que l'équité ou l'usage donnent à l'obligation contractuelle en cause d'après sa nature.

¹ Encore dénommée « clause de secret », « de discrétion » ou « de non divulgation ». Le sigle anglo-saxon NDA pour *Non Disclosure Agreement* est également utilisé.

² Appelé « accord de confidentialité » ou « de secret ».

³ CA Paris, 5e ch. B, 14 février 1997 ; Sté de droit anglais Michael O'Mara Books Limited c/ SARL Point de Vue et a., JCP G 1998, II, n° 10000, note Fages B.

⁴ Jugement du tribunal de commerce de Paris en date du 30 janvier 2015, SA Kapa Santé (e.a.) c/ Maniokani SpA International (RG n°2013043533).

⁵ Ce que les anglo-saxons appellent une « *Merger of obligations clause* ».

5 Min Read

Related Locations

Paris

Related Capabilities

Transactions

Litigation/Trials

Related Regions

Europe

Related Professionals



Jérôme Herbet