

Aurélien FOURNIER
(fournieraurelien@ymail.com)



U – PANTHÉON - SORBONNE –
UNIVERSITÉ PARIS 1

LES ACCORDS DE CONFIDENTIALITE DANS LES CESSIONS DE DROITS SOCIAUX

Mémoire sous la direction du Professeur Michel Menjucq

Vendredi 17 juin 2011

Sommaire

INTRODUCTION	3
LES ACCORDS DE CONFIDENTIALITE, PALLIATIFS NECESSAIRES AUX LACUNES DU DROIT COMMUN DANS LE CADRE DES CESSIONS DE DROITS SOCIAUX	9
Section 1 : La nécessité des accords de confidentialité face aux insuffisances du droit commun quant aux personnes tenus à l'obligation de confidentialité	9
I. Les incertitudes quant aux personnes tenues à la confidentialité en vertu du droit commun	10
II. L'organisation contractuelle des personnes tenues à la confidentialité et leur responsabilité.....	13
Section 2 : La nécessité des accords de confidentialité face aux insuffisances du droit commun quant au contenu de l'obligation de confidentialité	16
I. La définition de l'étendue de l'obligation de confidentialité.....	16
II. La définition de l'information confidentielle	18
LES ACCORDS DE CONFIDENTIALITE, ENGAGEMENTS PROTECTEURS A L'EFFICACITE INCERTAINE	22
Section 1 : La conformité incertaine des accords de confidentialité à certaines règles du droit des obligations et du droit des affaires	22
I. Les problèmes de conformité des accords de confidentialité au regard du droit des obligations	22
II. Les problèmes de conformité des accords de confidentialité au regard du droit des affaires	25
Section 2 : Les difficultés de mise en œuvre des accords de confidentialité au regard des moyens de contrôle et d'action du créancier	27
I. Les moyens de prévention de la violation de l'obligation de confidentialité	28
II. Les moyens de sanction de la violation de la confidentialité	30
CONCLUSION	32
BIBLIOGRAPHIE	33

INTRODUCTION

D'après la mythologie grecque, Midas, roi de Phrygie, s'est vu doté d'oreilles d'âne par le Dieu Apollon après avoir préféré à sa lyre la flûte de Pan. Afin de les cacher au monde, il recouvrit sa tête d'un bonnet phrygien. Malheureusement, il ne pouvait cacher le problème à son barbier et dut, en conséquence, demander à ce dernier, confident exclusif, de s'engager à ne dire rien à personne sur ses nouvelles oreilles. Ainsi est peut être né le premier accord de confidentialité.

Les accords de confidentialité sont bien antérieurs au développement économique moderne, ils sont établis afin de protéger des secrets dont la révélation pourrait porter préjudice à leur propriétaire. Ils sont mis en place chaque fois qu'une information non publique est révélée par une personne à un tiers. Le droit commun ne connaissant pas de régime propre consacré à la confidentialité, mis à part certaines règles sectorielles, notamment relatives aux droits de la propriété intellectuelle, les parties recourent le plus souvent aux techniques contractuelles dans un souci de sécurité juridique légitime. Ces techniques peuvent prendre la forme d'une simple clause insérée dans un contrat dont l'objet est autre, ou d'un contrat à part entière, antérieur ou concomitant à un contrat principal conclu entre les mêmes parties. Ces stipulations sont particulièrement fréquentes dans le cadre de transfert de technologies, de licence, de mise à disposition de personnel ou encore de fabrication de produits. Elles ont tendance à se renforcer avec le développement des techniques de l'information et de la communication, et notamment de l'informatique et des réseaux numériques comme internet, qui mettent à mal le caractère non public d'un certain nombre de données.

Les parties qualifient les engagements souvent de confidentialité, parfois de secret et plus rarement de discrétion. La différence entre ces différentes notions réside dans le fait que là où la première implique une diffusion réduite, contenue et contrôlée de l'information, la seconde signifie une absence de diffusion totale, tandis que la troisième donne, au contraire, au débiteur un choix subjectif quant aux personnes susceptibles de connaître l'information. Juridiquement, c'est donc quasi uniquement à l'expression intermédiaire de confidentialité que renvoient les parties. Le « confident » s'entoure généralement de partenaires afin d'analyser les informations reçues dans la perspective d'en dégager des enseignements à l'égard de l'opération projetée.

L'obligation en elle-même recouvre potentiellement plusieurs engagements. Si l'abstention de divulguer les données protégées est une obligation évidente et inhérente à la confidentialité, celle-ci englobe également un devoir de non exploitation ou de non usage et, le plus souvent, de non révélation de la négociation elle-même et de tout ce qui entoure cette négociation, y compris les clauses du contrat de confidentialité. L'objet de la clause ou de la convention est, en revanche, unique. Il s'agit de l'information, laquelle est particulièrement délicate à définir en termes juridiques. Si l'on s'en réfère à la définition réglementaire, l'information est : « *un élément de connaissance susceptible d'être représenté à l'aide de*

conventions pour être conservé, traité ou communiqué »¹. Néanmoins, la doctrine préfère consacrer une définition plus économique, assise sur la valeur immatérielle de ce qui est transmis². Certains auteurs qualifient même l'information de bien³. Cependant, dans le cadre d'une transmission d'information assortie, pour le récepteur, d'une obligation de confidentialité, il ne saurait s'agir d'une cession d'information, analysée en tant que bien, celle-ci étant partagée et non perdue par son émetteur, mais plutôt d'une réservation des données et des connaissances.

Le classement tripartite des obligations opéré par les rédacteurs du Code civil à l'article 1126, qui a fait l'objet de nombreuses critiques doctrinales, oblige à qualifier la confidentialité d'obligation de ne pas faire, au sens de l'article 1145. Bien qu'elle soit complétée par diverses obligations de faire, dont l'objectif est d'assurer le créancier du respect de l'engagement, l'obligation reste principalement de ne pas faire puisqu'elle contraint son débiteur à une abstinence, dérogeant au principe de la liberté d'expression. Par nature, donc, l'obligation paraît être de résultat puisque toute obligation de ne pas faire est, par principe, une obligation de résultat⁴, particulièrement protectrice du créancier. En réalité, cela dépend très largement de la rédaction utilisée par les parties.

Dans les cessions de droits sociaux, c'est-à-dire de parts sociales ou d'actions selon la société concernée, la confidentialité intervient dès le stade des pourparlers, et donc avant que la cession ne soit intervenue. Elle passe le plus souvent par la conclusion d'un contrat à part entière. Eu égard au coût et aux moyens nécessaires à la mise en place d'une transmission d'information, ainsi qu'au risque encouru par le candidat à l'acquisition qui souscrit à un accord de confidentialité, il n'est présent que lorsque la cession porte sur une fraction significative du capital social. Son domaine de prédilection est en effet constitué des cessions de bloc de contrôle des sociétés.

Les ventes relativement importantes de parts sociales ou d'actions sont négociées librement, de sorte qu'il n'existe pas une procédure unique de cession.

Elles peuvent se réaliser après qu'une personne se soit portée volontaire à l'acquisition et ait, dans cette optique, contacté l'associé de la société cible afin de connaître son intention de céder, ou non, ses titres.

Le modèle le plus fréquent est néanmoins celui dans lequel la cession est sollicitée par le cédant lui-même. Dans ce cadre, il est loisible au titulaire des droits sociaux de se mettre en relation avec un acquéreur potentiel, soit directement, soit par le biais d'une banque d'affaires, et de conclure avec lui un accord d'exclusivité au terme duquel il s'oblige à ne pas entamer de discussions ou de négociations avec toute autre personne concernant la cession des titres considérés. Dans la plupart des cas, cependant, le vendeur mandate une banque d'affaires afin que celle-ci organise une vente aux enchères des droits sociaux, ce qui inclut une pluralité d'acquéreurs potentiels. Il s'agit ici de la procédure d'« *open bid* » qui octroie un rôle central à l'intermédiaire bancaire. Celui-ci est chargé de gérer l'organisation générale

¹ Décret du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, JO du 17 janvier 1982, p.625.

² V. notamment, J-M Mousseron, Y. Raynard et Th. Revet, De la propriété comme modèle, in Mélanges Colomer, *Litec*, 1993, n°14 et J-C Galloux, Ebauche d'une définition juridique de l'information, *Dalloz* 1994, chron. N°5, p.229.

³ M Crémieux, Le secret des affaires, in L'information en droit privé, *LGDJ*, 1978, n°18.

⁴ F Terré, Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°588.

du processus d'acquisition. Pour cela, il élabore notamment un calendrier précis du déroulement des opérations, matérialisé par une lettre de procédure (« *process letter* »), laquelle est adressée au vendeur ainsi qu'aux candidats à l'acquisition. Ces derniers sont sélectionnés par la banque intermédiaire, le plus souvent sur la base d'une lettre d'intention attestant du sérieux de l'offre et présentant des garanties financières quant au versement du prix, purement indicatif et non liant, proposé.

C'est au cours de cette phase préliminaire qu'est organisé l'accès du ou des candidat(s) à l'information que la société cible, et donc ses dirigeants, met à leur disposition. L'objectif poursuivi par les parties est de permettre aux cessionnaires potentiels d'évaluer, le plus précisément possible, la valeur de la société cible. C'est en effet sur la base des informations reçues que le candidat formulera une offre d'acquisition définitive, contenant toutes les conditions de la cession. Les données sont émises en bloc ou au fur et à mesure, et peuvent porter sur des objets très différents. Il s'agit aussi bien de documents à caractère financier, comme les comptes passés mais aussi prévisionnels de la société, que fiscaux, afin de prendre connaissance des risques de redressement comme des possibilités d'optimisation. Les informations portent aussi sur la masse salariale et l'activité commerciale de la société. Elles reposent sur les opérations passées, présentes ou même à venir de la société, notamment lorsque celle-ci a élaboré divers projets techniques, sociaux, commerciaux ou financiers.

Les enchérisseurs doivent également avoir la possibilité d'évaluer les risques liés aux litiges nés, à naître ou simplement potentiels. En outre, si la cession emporte changement de contrôle de la société cible, ses cocontractants ayant contractés avec elle *intuitu personae* ou ayant prévu une clause de changement de contrôle à son égard pourront, unilatéralement et par fois même sans préavis, résilier leur convention. Ce danger, inhérent aux sociétés opérationnelles ou à certains contrats financiers conclus par des holdings, doit aussi être analysé par ceux qui accèdent à l'information. Enfin, lorsque la société cible est une société mère, les candidats chercheront encore à connaître un maximum de détails concernant ses filiales et sous-filiales afin, notamment, de maîtriser leur perspective de développement et d'effectuer un choix éclairé quant à la cession ou, au contraire, la conservation de ces sociétés, une fois l'acquisition de la mère réalisée.

Il est régulièrement prévu que la société communique les informations aux candidats sans qu'elle atteste pour autant de leur véracité. Cette stipulation, source d'insécurité pour le récipiendaire, produit les mêmes effets qu'une clause exclusive de responsabilité. En conséquence, l'acquéreur potentiel ne peut engager la responsabilité de l'entreprise qui lui a fourni les informations sur le fondement de leur inexactitude, sauf en cas de dol ou de faute lourde. Néanmoins, les accords peuvent stipuler que l'engagement de ne pas agir contre la société, le vendeur et ses conseils, est sans préjudice des garanties de passif ou d'actif qui pourront être négociées par la suite en cas d'acquisition d'entreprise.

L'analyse des données reçues de la société cible, dont la masse peut être assez conséquente, nécessite des compétences spécifiques, aussi bien dans les domaines juridiques et financiers que techniques, relativement au secteur d'activité de la société cible. Le potentiel acquéreur, quand bien même il s'agirait d'une personne morale disposant d'un personnel compétent, ne peut, à lui seul, évaluer avec pertinence tous les paramètres suscités qui conditionnent pourtant son offre de prix. En conséquence, il fait le plus souvent appel à des tiers - conseils juridiques ou financiers, experts techniques ou encore partenaires commerciaux - lesquels doivent également avoir accès à l'information disponible. Le recours aux tiers est néanmoins limité lorsque la négociation passe par une vente aux enchères. En effet, le candidat n'ayant dans ce cas aucune certitude d'être retenu, il sera souvent enclin à limiter les dépenses. Lorsque, au contraire, un engagement d'exclusivité a été souscrit par le cédant, son bénéficiaire peut davantage espérer qu'il sera acquéreur, et engager certaines

dépenses en conséquence, sans pour autant que cette issue lui soit garantie. Le respect de la confidentialité par ces experts est donc un enjeu de taille pour la société cible, bien que certains soient tenus, de façon générale, au secret professionnel dont la violation constitue une infraction pénalement sanctionnée.

La transmission des informations est, de prime abord, contraire à l'intérêt social en ce qu'elle permet à des personnes extérieures à la société de bénéficier de connaissances sur elle qui ne sont pas publiques et qui pourraient être utilisées à son détriment. En particulier entre concurrents, la connaissance par le tiers est susceptible de lui conférer un « avantage concurrentiel », notamment au regard des données techniques et commerciales dont il pourrait jouir et qu'il serait en mesure d'exploiter pour son propre compte. Au-delà de la prohibition de toute divulgation en dehors du cercle des personnes autorisées, c'est donc l'interdiction d'utiliser l'information reçue, à une autre fin que celle pour laquelle les parties ont convenu de sa transmission, à savoir la négociation d'une acquisition de droits sociaux, qui est recherchée par le créancier. Mais la confidentialité se justifie aussi lorsque le récepteur de l'information n'est pas un concurrent de son émetteur. Il peut, d'une part, monnayer les informations financières afin d'en faire profiter autrui, mais il peut aussi se servir des données reçues pour connaître et analyser la situation des cocontractants de la société cible. Un autre risque contre lequel le créancier souhaitera se protéger est le débauchage de personnel, notamment de cadres, auquel serait susceptible de s'adonner le confident sur la base des documents relatifs aux salariés mis à sa disposition. Les créanciers de l'obligation de confidentialité sont la société cible et le vendeur. Son débiteur est, de façon évidente, le candidat à l'acquisition, mais également la banque d'affaires ou le cédant lui-même, notamment lorsque la confidentialité porte non seulement sur les secrets de l'entreprise mais également sur la négociation en cours.

La confidentialité, organisée contractuellement, sert finalement à éviter tout détournement des informations par leur récipiendaire par rapport à l'objet pour lequel elles ont été diffusées. Si l'obligation couvre l'ensemble de la période des négociations, pendant laquelle le risque de diffusion fautive est grand, sa durée dépassera le plus souvent cette phase pour comprendre celle postérieure à la conclusion de la cession. En effet, dans le cadre d'un « *open bid* », s'il y a une pluralité de candidats à l'acquisition, il ne peut y avoir qu'un seul cessionnaire. Pour les autres, non retenus, la négociation aura été coûteuse et infructueuse. Dès lors, il existe un risque pour la société cible que ces personnes cherchent à rentabiliser l'échec des négociations en utilisant ou diffusant les informations importantes et de grande valeur économique. Le réflexe corrélatif du créancier est donc d'imposer un engagement de confidentialité qui excède, en termes de durée, la phase des négociations.

Les négociateurs doivent toutefois être prudents dans la mesure où le principe, en droit positif, est la liberté d'expression. Ces restrictions, lorsqu'elles ne sont pas légales, sont donc autant de dérogations qui doivent être justifiées. En conséquence, le créancier ne peut trop en imposer à son débiteur, sous peine de voir la validité de l'obligation de confidentialité être contestée. Ce risque est plus particulièrement présent dans le cadre des acquisitions portant sur des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Le Code monétaire et financier ainsi que le Règlement général de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) font en effet de l'information du public un pilier de la réglementation des marchés et se montrent particulièrement méfiant à l'égard des informations détenues par un cercle restreint de personnes, lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir une incidence, si elles étaient connues du public sur le cours du titre de la société cible, et dont l'utilisation est constitutive d'un délit d'initié. C'est la raison pour laquelle les négociations de participation significative doivent être rendues publiques, de sorte que la procédure précédemment décrite,

comprenant un accord de confidentialité, n'est que dérogatoire et ne s'applique que dans des hypothèses où la confidentialité peut être garantie par les protagonistes.

Malgré la mise en place contractuelle d'une série d'obligations de faire destinées à assurer la protection de l'information et, ainsi, à renforcer les obligations de non divulgation et de non exploitation, il peut arriver qu'un débiteur manque à son devoir, soit volontairement, soit involontairement. Le créancier pourra engager la responsabilité contractuelle du débiteur fautif sur la base de l'article 1147 du code civil, si l'obligation est reconnue comme étant de résultat. Il n'est pas nécessairement le seul à avoir subi un préjudice du fait du manquement au devoir de secret. Si, par exemple, est rendu public un contrat passé par la cible avec un partenaire commercial, ce dernier pourrait également avoir un intérêt dans une action en responsabilité. Le débiteur est, dès lors, dans une position exposée. En effet, non seulement sa responsabilité contractuelle sera engagée par son créancier, mais le tiers qui aura subi un dommage du fait de son manquement contractuel pourra engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, par application de l'arrêt du 6 octobre 2006 rendu par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation⁵.

Le risque de divulgation est moindre lorsque le débiteur a finalement acquis les droits sociaux, son intérêt personnel se confondant alors, en tout cas à l'égard de la confidentialité, avec l'intérêt social. Après que son offre ait été retenue, un protocole de cession est conclu avec le cédant (« *signing* »). Ce protocole contient une promesse unilatérale de vente, délimite le périmètre de la cession et en fixe le prix. Il est généralement assorti d'un certain nombre de conditions suspensives qui devront être levées afin que l'acquisition soit définitive. En premier lieu, la vente doit parfois être préalablement contrôlée et autorisée par une autorité publique, notamment lorsque la société cible et son nouvel associé sont présents dans le même secteur d'activité. En pareille circonstance, les règles relatives au contrôle des concentrations sont susceptibles de s'appliquer⁶. Une autre condition suspensive usuelle consiste à subordonner le transfert de propriété des droits sociaux à l'accord d'un établissement de crédit, lorsque l'acquéreur a recours à l'emprunt pour financer l'opération. Enfin, le cessionnaire cherchera fréquemment à obtenir des garanties quant à la situation de la cible, élevant en condition suspensive l'absence de survenance de certains événements affectant cette dernière pendant la période intermédiaire, c'est à dire entre le « *signing* » et la réalisation matérielle de la vente (« *closing* »).

Au cours de cette période intermédiaire, le protocole d'accord entend organiser la gestion de la cible afin d'éviter que le vendeur ne modifie substantiellement les actifs de celle-ci ou ne contracte de nouveaux engagements ou dettes en dehors du cours normal des affaires. La clause prévue à cet effet pourra, par exemple, stipuler que l'accord préalable du cessionnaire est nécessaire à certaines décisions, bien que cela puisse présenter un danger lorsque l'opération est soumise au contrôle des autorités de la concurrence, une telle immixtion étant susceptible de caractériser une prise de contrôle antérieure à leur autorisation.

Avant le « *closing* », est également négociée, au profit de l'acquéreur ou de la société, la garantie de passif ou d'actif. Il peut encore s'agir d'une clause de révision de prix, au seul bénéfice, dans ce cas, du cessionnaire. La garantie fait soit l'objet d'un accord à part, soit est adossée au contrat de cession. Elle a pour objet la prise en charge par le cédant de toute diminution d'actif ou d'augmentation de passif postérieure à la cession mais dont la cause est antérieure à celle-ci et qui n'était pas connue par l'acquéreur. Elle porte le plus souvent sur des valeurs comptables, à partir d'un référentiel comptable établi contradictoirement et le plus

⁵ Cass. AP., 6 octobre 2006, pourvoi n°05-13.255.

⁶ Art. L.430-1 et s. du Code de commerce et Règlement CE n°139-2004 du 20 janvier 2004.

proche possible de la date de cession définitive, ainsi que sur des déclarations du cessionnaire, assurant de l'absence de litige ou de contrôlé fiscal en cours, ou encore garantissant que telle ou telle information transmise durant les négociations est exacte et que toute donnée susceptible d'avoir une influence sur la valeur de la cible a été communiquée à l'acquéreur. Ces garanties d'actif ou de passif permettent le plus souvent de couvrir l'insécurité naissant pour l'acquéreur au moment de la réception des informations, lorsque l'émetteur lui notifie qu'il ne garantit pas leur exactitude. Cependant, une telle stipulation n'est pas nécessairement favorable au cessionnaire, dès lors que l'augmentation de passif ou la diminution d'actif résulterait d'une information connue et analysée par lui et couverte par la confidentialité. En effet, dans la masse des données reçues, une information précise a pu échapper à l'acquéreur et à ses conseils. L'appel à la garantie ne saurait, dans cette situation, être effectif. Il n'est pas certain, toutefois, que le droit commun soit davantage protecteur. Il pèse sur l'acheteur une obligation générale de renseignement qui l'empêche d'agir sur le fondement du dol dès lors que l'information lui avait été communiquée et qu'il disposait des moyens suffisants pour l'analyser⁷.

Le « *closing* » intervient une fois l'ensemble des conditions suspensives levées et à une date arrêtée par les parties. Il constate le transfert des droits sociaux entre le vendeur et l'acquéreur, lequel peut être rétroactif, ainsi que le paiement du prix par l'acquéreur.

Depuis la phase préalable jusqu'à la réalisation définitive de la cession, la période de transmission et d'étude des informations couvertes par l'accord de confidentialité est celle qui dure le plus longtemps. Une attention particulière est portée par les parties sur la protection de la confidentialité et sa négociation, laquelle peut être longue et âpre.

Dans quelles mesures la conclusion d'un accord de confidentialité permet-elle une protection efficace de la société, dont les droits sont cédés, par rapport au droit commun ?

Le droit commun, jurisprudentiel et légal, pose le principe de la liberté d'expression mais admet toutefois la confidentialité dans les relations d'affaires. De façon ponctuelle et sectorielle, le secret est même imposé. Néanmoins, les lacunes et incertitudes du droit commun sont source d'insécurité juridique et rendent nécessaires la mise en place d'une confidentialité contractuellement encadrée (Chapitre 1), laquelle ne peut, pour autant, être pleinement efficace et protéger de façon certaine la société cible contre toute divulgation ou exploitation d'une information confidentielle (Chapitre 2).

⁷ Cass. Com. 3 nov. 2004, n°00-15.725.

LES ACCORDS DE CONFIDENTIALITE, PALLIATIFS NECESSAIRES AUX LACUNES DU DROIT COMMUN DANS LE CADRE DES CESSIONS DE DROITS SOCIAUX

Les accords de confidentialité sont systématiques dans le cadre des négociations de droits sociaux. On peut toutefois se demander s'ils ne sont pas superfétatoires par rapport aux protections de l'information offertes par la loi et la jurisprudence, qui s'appliqueraient en l'absence d'un tel contrat.

Le droit positif ne consacre pas l'information comme un bien et ne prévoit pas de devoir général de confidentialité dans les relations d'affaires et plus particulièrement dans les cessions de parts sociales ou d'actions. Ce silence du droit français n'est pas tout à fait partagé par les droits étrangers, notamment anglo-saxons. Le droit anglais, par exemple, prévoit une obligation de confidentialité, même implicite, chaque fois que la discrétion est nécessaire à l'efficacité commerciale de l'accord⁸, ce qui est incontestablement le cas pour les cessions de droits sociaux, toute divulgation pouvant avoir un effet positif ou négatif sur la valeur des titres cédés. Il en va de même en droit américain, où la confidentialité est implicite chaque fois que des informations non publiques sont communiquées dans le cadre d'une cession d'entreprise⁹.

Le droit français, quant à lui, contient trop de lacunes et d'incertitudes pour protéger la société qui transmet ses informations sans un complément contractuel. L'accord de confidentialité est, en conséquence, nécessaire non seulement afin de définir les personnes tenues à la confidentialité (Section 1), mais également pour déterminer le contenu exact de l'obligation (Section 2).

Section 1 : La nécessité des accords de confidentialité face aux insuffisances du droit commun quant aux personnes tenues à l'obligation de confidentialité

Le droit commun des obligations et des affaires n'impose pas nécessairement la confidentialité à tous les intervenants amenés à prendre connaissance des informations non publiques. Cela dépend souvent du statut de ces intervenants et de leur situation par rapport à la société cible ou l'acquéreur potentiel. En outre, le contenu de l'obligation n'est pas non plus le même selon les cas et le créancier peut ne pas être en situation d'agir contre le tiers, au titre du droit commun, en cas de divulgation ou d'utilisation fautive de sa part.

⁸ F-X. Testud, La confidentialité conventionnelle, *Dr. et patr.*, 2002, n°102, p.81.

⁹ « *when parties bargain for the sale of a business the courts will imply from the bargaining relationship itself a covenant on the part of the prospective buyer not to disclose or exploit information disclosed in confidence* », Charles R. McManis, *The law of unfair trade practices*, West, 1982, p.90.

S'ils sont bien rédigés, les accords de confidentialité permettent de parer ces défauts. Par conséquent, si les personnes tenues à la confidentialité selon le droit commun sont incertaines (I), la convention permet, au contraire, de définir clairement le cercle et le régime de responsabilité des débiteurs (II).

I. Les incertitudes quant aux personnes tenues à la confidentialité en vertu du droit commun

En l'absence de lien contractuel, la responsabilité du débiteur est nécessairement délictuelle, fondée sur les articles 1382 et suivants du Code civil. Il est en revanche particulièrement difficile de délimiter avec exactitude le champ des débiteurs de l'obligation de confidentialité. Le droit commun semble l'imposer au candidat à l'acquisition par le biais d'un devoir de loyauté (A) tandis qu'il est, sauf exception, silencieux sur les tiers amenés à recevoir et étudier l'information (B).

A. L'acquéreur potentiel, débiteur d'une obligation de loyauté au cours des pourparlers

Dans la période précontractuelle, les négociateurs sont tenus à une obligation très générale de bonne foi, laquelle sous-tend la confidentialité des informations transmises, qui est davantage précisée par le droit de la concurrence, par la prohibition de la concurrence déloyale.

La négociation précontractuelle est régie par deux principes directeurs du droit des obligations, la liberté et la bonne foi.

Le premier principe reconnaît aux parties un pouvoir de mettre fin librement aux pourparlers. Le second, qui est parfois entendu comme une limite nécessaire à la liberté, impose une négociation loyale. Lorsque les négociations incluent un partage d'informations et de connaissances, le principe de liberté paraît permettre leur utilisation ou leur divulgation par le récepteur. Cette interprétation est confortée par le commentaire de l'article 2.16 des principes Unidroit, estimant que « *tout comme il n'existe pas de devoir général de divulgation, les parties qui entament des négociations pour la conclusion d'un contrat ne sont habituellement pas tenues de considérer que les informations qu'elles ont échangées sont confidentielles* »¹⁰. Néanmoins, le devoir de négocier loyalement, peut permettre de sanctionner le récipiendaire qui utilise à des fins personnelles ou divulgue une information reçue dans un cadre précontractuel précis, l'acquisition de droits sociaux.

L'obligation de loyauté repose sur la confiance qu'a le vendeur à l'égard du potentiel acquéreur. Si ce dernier trompe la confiance légitime placée en lui, sa responsabilité est engageable¹¹. Il s'inscrit dans ce cadre, notamment, la divulgation ou l'exploitation par le négociateur d'informations dont il ne pouvait ignorer le caractère confidentiel. Les principes Unidroit précisent ainsi, afin de limiter le principe de liberté, que « *la partie qui reçoit*

¹⁰ Comm. sous art. 2.16 Principes Unidroit (2004), §1.

¹¹ Cass. Com. 11 juillet 2000, *Contrats, conc., consom.* 2000, n°174.

l'information peut être tenue à un devoir de confidentialité. C'est le cas lorsque, en raison de la nature particulière de l'information ou des qualités professionnelles des parties, il serait contraire au principe général de la bonne foi pour la partie qui reçoit l'information de la divulguer ou de l'utiliser à des fins personnelles »¹². Cette obligation générale de loyauté laisse donc les parties, tributaires de ce qui sera considéré comme confidentiel ou non, dans une incertitude potentiellement dommageable. Le droit de la concurrence est, quant à lui, plus précis quant à l'exigence d'un comportement loyal entre les négociateurs.

Le droit de la concurrence déloyale se fonde également sur l'article 1382 du Code civil afin de prohiber tout procédé de conquête malhonnête de clientèle. Cette définition initiale a évolué, en l'absence d'intervention législative ou réglementaire, afin d'atteindre « *tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale* »¹³. De ce concept de concurrence déloyale, la jurisprudence a pu dégager, dans le cadre de pourparlers, une obligation « *de réserve et de discrétion* »¹⁴ dont la violation constitue une faute délictuelle¹⁵. En outre, si, à l'origine, l'entreprise qui avait subi un acte déloyal devait démontrer un lien de concurrence avec son auteur, ce n'est plus le cas d'après une jurisprudence désormais constante¹⁶. Cette évolution est due à l'apparition de la notion de parasitisme, composante de la concurrence déloyale. D'après le Professeur Vogel, le parasitisme « *se traduit généralement par la reprise de manière identique ou quasi identique des éléments ayant contribué au succès d'une entreprise afin d'en profiter sans consentir d'efforts financiers, intellectuels ou promotionnels* »¹⁷. Il s'agit donc principalement de l'appropriation par un acteur économique du travail d'une autre entreprise, davantage que de la divulgation d'informations compromettantes.

L'obligation de loyauté ne s'impose toutefois qu'à celui qui est en relation directe avec la société cible, délaissant les autres intervenants amenés à connaître et à analyser les informations transmises.

B. Les tiers récipiendaires, débiteurs occasionnels d'une obligation de confidentialité

Il n'existe pas, pour les personnes autres que le potentiel acquéreur et en dehors de toute convention, d'obligation générale de non divulgation ou de non exploitation. Ponctuellement, cependant, une telle obligation peut naître, tenant soit à la qualité du tiers, soit au contexte particulier des marchés financiers.

Cela concerne en premier lieu l'employé du candidat à l'acquisition. Il est en effet fréquent que le contrat de travail stipule expressément que le salarié ne pourra exploiter pour son propre compte ou divulguer les informations qu'il aura eu à traiter dans le cadre de son emploi. Si le contrat est silencieux à cet égard, le salarié n'est pas pour autant libéré de toute

¹² Comm. sous art. 2.16 Principes Unidroit (2004), §2.

¹³ Convention d'union de Paris pour la protection de la propriété industrielle (1990), art. 10 bis.

¹⁴ CA Paris, 1^{er} février 1989, Juris-Data n°1989-020420.

¹⁵ Cass. Com., 12 mars 1996, pourvoi n°94-42.105.

¹⁶ Cass. Com., 30 mai 2000, pourvoi n°97-10.575.

¹⁷ L. Vogel, Droit français de la concurrence, *JuriScience* 2006, n°83.

obligation de discrétion, dès lors que repose sur lui un devoir général de loyauté envers son employeur, lequel comprend notamment un devoir de confidentialité durant la relation de travail¹⁸. La Cour de cassation a même reconnu le caractère « *superfétatoire, vexatoire et désobligeant* » du document confirmant l'obligation de confidentialité à un employé, quand bien même cet acte permettait à l'employeur de se conformer à ses engagements à l'égard de ses partenaires¹⁹. Le créancier, en cas de manquement imputable à l'employé, pourra engager la responsabilité de son employeur, sur le fondement de l'article 1384 du Code civil relatif à la responsabilité du fait d'autrui.

En dehors des salariés, le droit positif impose la confidentialité aux personnes sujettes au secret professionnel. Le secret professionnel est prévu à l'article 226-13 du Code pénal qui dispose qu'est constitutif d'un délit la divulgation d'une information confidentielle par un récipiendaire tenu au secret « *soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire* ». Les professions visées font le plus souvent l'objet d'un texte spécifique, comme c'est le cas pour les banques²⁰, les avocats²¹, les notaires²², les agents du fisc²³, les magistrats et auxiliaires de justice²⁴ ou encore les conseils en propriété industrielle²⁵. L'obligation s'impose aussi aux experts-comptables, commissaires aux comptes, ou assureurs mais sans sanction pénale²⁶. Elle ne s'impose nullement aux dirigeants d'entreprise²⁷. La formule du texte pénal est large et ouverte, de sorte qu'il n'est pas évident de dresser un champ exhaustif des personnes concernées. En outre, si la responsabilité pénale du professionnel fautif est certaine, la question de sa responsabilité civile à l'égard du cédant ou de la société cible est plus délicate. En effet, les professionnels sont débiteurs à l'égard de leur client, qui est l'acquéreur potentiel. En l'absence de tout lien de subordination entre le client et le professionnel, le créancier ne peut agir sur le fondement de la responsabilité du fait d'autrui. L'obligation de confidentialité peut aussi être déconnectée de la qualité du dépositaire de l'information.

Le droit des marchés financiers a érigé en infraction pénale, à l'article L.465-1 du Code monétaire et financier, le délit d'initié. Il s'agit du fait, pour une personne détentriche d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution de ces titres, de réaliser ou de permettre de réaliser des opérations sur le marché avant que le public ait connaissance de ces informations. La propagation d'informations privilégiées est un risque majeur lors d'une négociation de droits sociaux puisque, outre les informations de nature commerciale ou financière transmises, l'existence même des pourparlers est susceptible d'avoir une influence sur le cours des valeurs cotées de la société cible. Cela peut

¹⁸ Cass. Soc. 30 juin 1982, pourvoi n°80-41.114.

¹⁹ Cass. Soc. 19 octobre 1994, pourvoi n°93-40.652.

²⁰ Loi du 1^{er} mars 1984, art.57.

²¹ Décret du 12 juillet 2005, art. 4.

²² Règlement national du notariat, art.7.

²³ Livre des procédures fiscales, art. 103.

²⁴ Code de procédure pénale, art. 11 et 11-1.

²⁵ Loi n°2004-130 du 11 février 2004.

²⁶ V. notamment pour les comptables : Crim., 14 janvier 1933, *Bull. crim.*, n°12 ; pour les assureurs et agents d'assurance : Crim., 19 novembre 1985, *Bull. crim.*, n°364

²⁷ Crim., 5 février 1970, *D.* 1970, p.249.

également concerner toute société sur qui des renseignements suffisamment précis ont été transmis sous prétexte d'audit de la cible, notamment ses cocontractants.

L'initié qui utilise, permet d'utiliser ou communique une information privilégiée engage, de façon certaine, sa responsabilité pénale. Il est en revanche moins évident que la société concernée, ou le vendeur d'actions, puisse être en mesure d'engager sa responsabilité délictuelle, dès lors que le comportement fautif ne lui a pas causé de préjudice.

Les régimes de droit commun offrent donc une protection imparfaite du détenteur de l'information. Cette information a vocation à circuler entre de nombreuses mains, experts, collaborateurs ou encore filiales de l'acquéreur, qui ne sont pas nécessairement visés par les obligations de confidentialité prévues par le droit commun.

II. L'organisation contractuelle des personnes tenues à la confidentialité et leur responsabilité

L'accord de confidentialité est, en règle général, conclu entre le cédant, la société cible et le potentiel acquéreur. Le principe de l'effet relatif des conventions, consacré à l'article 1165 du Code civil, exclut normalement d'étendre l'effet de l'accord à un tiers. Pour étendre la confidentialité à l'ensemble des intervenants qui auront à connaître des renseignements confidentiels, les parties recourent à leur listage (A) et à la contractualisation de leurs obligations (B).

A. La contractualisation des différents récipiendaires de l'information

L'accord de confidentialité permet lister les personnes qui seront autorisées à étudier les documents protégés. Dans son silence, l'interprétation du contrat permettra parfois d'étendre ses effets à des tiers non expressément visés.

Dans un souci de prévisibilité, l'émetteur de l'information souhaitera connaître à l'avance qui en sera le récepteur ultérieur et dans quel but. La contractualisation des dépositaires est, pour lui, un outil de contrôle lui permettant de les agréer en amont. Cela peut prendre deux formes distinctes. La première méthode consiste à lister, dès la conclusion de l'accord, l'ensemble des personnes qui auront accès aux communications confidentielles faites. Faire une telle liste est peu prudent dans la mesure où il peut s'avérer utile pour le potentiel acquéreur de faire appel à tel ou tel partenaire auquel il n'avait pas initialement songé. La seconde méthode prévoit un système d'autorisation au fur et à mesure. Dans ce système, le contrat stipule que chaque fois que le candidat à l'acquisition souhaitera transmettre, aux fins d'étude et d'analyse, un document confidentiel à un tiers, il devra au préalable notifier une telle intention à la société ou au cédant. La communication envers le tiers ne pourra avoir lieu qu'après acceptation, formelle et explicite, par ces derniers.

Pour le potentiel acquéreur, la situation est tout de même relativement inconfortable. D'une part, il est tenu d'attendre l'autorisation de l'émetteur des informations pour les transmettre - ce qui rend utile d'enfermer la réponse dans un délai assez court - et, d'autre

part, toute communication d'information à une personne qui n'est pas connue et acceptée du créancier constitue une violation de la confidentialité, quand bien même la communication serait justifiée au regard de l'objectif poursuivi par les parties. Néanmoins, dans certains cas, l'interprétation de l'accord permet d'en étendre les effets à des tiers.

Le contrat constitue une situation juridique opposable aux tiers, au terme de l'interprétation de l'article 1165 du Code civil. Cette opposabilité permet au créancier d'exiger du tiers qui a connaissance de l'existence de l'accord de confidentialité le respect de celui-ci. A défaut, le tiers qui manquerait à la confidentialité en connaissance de cause serait susceptible d'engager sa responsabilité délictuelle, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Cette responsabilité peut être engagée à l'égard du tiers que celui-ci soit complice du débiteur de l'obligation contractuelle ou qu'il agisse seul. La Cour de cassation a ainsi pu estimer que « *le contractant victime d'un dommage né de l'inexécution d'un contrat (...) peut demander la réparation de ce préjudice au tiers à la faute duquel il estime que ce dommage est imputable* »²⁸.

Le créancier est susceptible de rencontrer un problème en cas de fusion-absorption de la société candidate à l'acquisition. Une telle opération entraîne *de facto* la transmission des informations à la nouvelle entité créée. En revanche, il n'est pas certain que le protocole d'accord, qui ouvre la négociation, et l'accord de confidentialité lui soient transmis. En effet, la transmission universelle du patrimoine connaît une limite tenant aux contrats conclus *intuitu personae*. Or, il est évident que la négociation et la mise à disposition de données confidentielles se font en considération de la personne du négociateur. Face à cette situation, le cédant peut rompre les négociations ou les poursuivre, ce qui entraînera la transmission à la société absorbante des contrats conclus dans ce cadre. S'il rompt les négociations, il existe un risque que la nouvelle entité ne soit pas tenue par l'accord de confidentialité acceptée par l'absorbée. Dès lors, une solution consistera à interpréter l'accord, et notamment son préambule, afin d'en étendre les effets à la société absorbante. Néanmoins, un doute subsiste et il est préférable que les parties prévoient cette éventualité dès la conclusion de l'accord.

Le fait que le créancier connaisse l'identité des différents récipiendaires ne correspond qu'à la moitié du chemin. L'autre moitié est composée des moyens permettant au créancier de leur imposer la confidentialité.

B. La contractualisation des obligations de confidentialité des tiers récipiendaires

Les différents dépositaires de l'information, bien qu'agréés par le créancier, reçoivent généralement celle-ci du candidat à l'acquisition dont ils sont les partenaires, collaborateurs ou conseils. Dès lors, le créancier va chercher à s'assurer de leur engagement de secret et de non utilisation. Dans cette optique, vont être utilisées soit des techniques juridiques traditionnelles, soit une technique plus moderne qui est la *data room*.

Pour que les tiers soient débiteurs d'une obligation de confidentialité, les parties recourent généralement à une clause de porte-fort. La clause de porte-fort se définit comme un engagement, pris par le débiteur initial, de faire souscrire à ses partenaires, collaborateurs, conseils ou même salariés, une obligation de non divulgation et de non utilisation quant aux

²⁸ Cass. Civ., 26 janvier 1999, D. 2004, p.869.

documents qui leur seront transmis. Il s'agit d'une obligation de résultat dont l'absence de réalisation impliquerait la responsabilité contractuelle du candidat à l'acquisition. En revanche, il exécute son obligation dès lors que le tiers a souscrit à l'engagement. Si ce même tiers viole la confidentialité ainsi convenue, la société cible ne pourra rechercher la responsabilité contractuelle du potentiel acquéreur. Le tiers, quant à lui, n'est pas pour autant lié contractuellement à l'égard de la société cible, il n'est débiteur que vis-à-vis du potentiel acquéreur. Le créancier du premier accord ne pourra donc engager que sa responsabilité délictuelle, en invoquant sa faute contractuelle, sur le fondement de la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 6 octobre 2006, mentionnée en introduction.

L'absence de lien direct entre la société cible et le tiers récipiendaire est toutefois peu rassurant pour la première. Dans une perspective préventive, et afin de renforcer la pression sur le tiers, elle précisera dans la promesse de porte-fort dont est débiteur le candidat à l'acquisition que la convention de secret qu'il imposera à son partenaire contiendra une stipulation pour autrui, désignant la société cible comme bénéficiaire de l'engagement. Prévues à l'article 1121 du Code civil, la stipulation pour autrui permet ainsi à la cible d'être créancière directe du partenaire de son cocontractant. Une autre méthode consiste à impliquer ce dernier dans le respect du secret par le tiers. A ce titre, il peut arriver que le candidat à l'acquisition se porte garant des engagements du tiers à l'égard de la cible ou du vendeur.

D'origine anglo-saxonne, la procédure de *data room* consiste en la centralisation de l'ensemble des données que la société cible est prête à mettre à la disposition des acheteurs et de leurs partenaires en un lieu sécurisé, numérisé ou non. Le principe directeur de la *data room* est le contrôle qu'à la cible sur l'accès à l'information et le traitement de celle-ci. L'accès au lieu de centralisation de l'information est subordonné à l'acceptation du règlement de la *data room*. Cette même acceptation emporte conclusion d'un engagement de confidentialité, contrat d'adhésion en fait, dont le créancier est la société cible, organisatrice de la procédure.

Toutes les personnes qui souhaitent connaître l'information confidentielle doivent donc accepter ce règlement, qu'il s'agisse du potentiel acquéreur ou de ses partenaires. Ils sont tous, en conséquence, débiteurs d'une obligation de confidentialité, autonome juridiquement, mais identique dans le contenu, par rapport aux autres signataires, à l'égard de la cible. Par ce biais, celle-ci peut, en cas de manquement aux articles du règlement, agir en responsabilité contractuelle contre le fautif.

Le droit commun présente de grandes lacunes quant aux personnes débitrices d'une obligation de confidentialité. L'accord de confidentialité a ainsi pour objet de les pallier. De la même manière, la convention est indispensable afin de déterminer le contenu exact de l'obligation.

Section 2 : La nécessité des accords de confidentialité face aux insuffisances du droit commun quant au contenu de l'obligation de confidentialité

En l'absence de définition contractuelle, une question particulièrement délicate qui se pose est celle de savoir quelle information peut être considérée comme confidentielle ou non (II). Face à l'absence de jurisprudence et de cadre légal, une place trop importante est laissée à la casuistique, source d'insécurité juridique. En outre, il faudra également déterminer quelles obligations particulières s'imposent au débiteur (I).

I. La définition de l'étendue de l'obligation de confidentialité

L'obligation de confidentialité, pour être efficace, doit comprendre aussi bien des obligations de ne pas faire que des obligations de faire. Le droit commun connaît, à cet égard, trop d'incertitudes (A) rendant nécessaire une définition contractuelle de l'obligation de confidentialité (B).

A. Les incertitudes du droit commun

Comme cela a déjà été énoncé, le droit commun envisage l'obligation de confidentialité à travers un devoir général de loyauté, aux contours imprécis, ainsi que des obligations spéciales de secret, aux contenus insuffisants.

L'obligation de loyauté recouvre deux hypothèses : une obligation générale relevant du droit des obligations et une obligation spécifique au droit de la concurrence. Au titre de l'obligation générale, la jurisprudence sanctionne une mauvaise foi aigüe de la part du débiteur. Elle exigera le plus souvent une faute patente, indiscutable de sa part²⁹ voir même une intention de nuire³⁰.

Un arrêt a ainsi pu retenir la responsabilité délictuelle d'un opérateur économique qui avait pris l'initiative d'une négociation sans intention réelle de contracter, à seule fin d'obtenir la révélation de certains secrets³¹. Il ressort de l'ensemble de ces décisions que l'obligation de loyauté interdit certainement toute divulgation ou utilisation volontaire et contraire à l'objet de la négociation par le récipiendaire. En revanche, il semble qu'il n'est mis à la charge du négociateur aucune diligence particulière quant à la sécurisation de l'information reçue. De même, il n'est pas acquis qu'une divulgation volontaire mais conforme à l'objectif poursuivi par les parties soit de nature à engager la responsabilité du potentiel acquéreur, quand bien même elle serait à l'origine d'une divulgation bien plus large portant atteinte aux intérêts de la

²⁹ CA Pau, 14 janvier 1969, *D.* 1969, p.716.

³⁰ Cass. Com. 26 novembre 2003, *Bull. Civ.* IV, n°186.

³¹ CA Rennes, 8 juillet 1929, *DH* 1929, 458.

société cible. En outre, cette obligation générale ne couvre que la phase des pourparlers et ne permet aucun recours en cas de divulgation postérieure.

La prohibition des actes de concurrence déloyale paraît davantage protectrice. Elle interdit aussi bien la divulgation au public d'informations jetant un discrédit sur un produit ou une entreprise que le débauchage de salariés ou une désorganisation de l'entreprise provoquée par une violation des secrets d'affaires. Le champ, dont les limites sont fixées par la jurisprudence, n'est cependant pas clairement défini et ce, d'autant plus que l'apparition de la notion de parasitisme l'a élargi afin d'englober, désormais, tout comportement permettant de tirer profit du savoir faire d'un opérateur économique, sans contrepartie. Il faudra en outre que l'entreprise visée prouve un dommage commercial pour obtenir réparation. Cependant, et contrairement à l'obligation générale de loyauté, l'élément intentionnel n'est pas une condition de l'action³². Pour autant, il n'y a aucun exemple jurisprudentiel de condamnation à des dommages-intérêts à l'égard d'un opérateur économique qui aurait insuffisamment protégé un secret, provoquant involontairement sa divulgation. De plus, la notion de parasitisme paraît impliquer une captation irrégulière de l'information, alors que, dans le cadre d'une négociation de droits sociaux, le « confident » a obtenu les informations de manière régulière.

Les obligations spéciales de discrétion, quant à elles, ne couvrent que partiellement les exigences de la confidentialité. L'obligation de confidentialité attachée au contrat de travail n'est pas satisfaisante en soi pour le créancier. En effet, si elle prohibe toute divulgation ou exploitation dans le cadre des fonctions de l'employé, elle ne permet pas de résoudre les difficultés susceptibles d'apparaître au cas où la relation de travail viendrait à prendre fin. Le salarié retrouve en effet sa liberté à cette occasion, sauf à lui imposer une obligation de non concurrence qui doit dès lors être strictement définie, limitée dans le temps et dans l'espace et avoir une contrepartie financière équilibrée. Pour être punissable, la violation du secret professionnel doit consister en un acte de révélation intentionnelle. La divulgation par inadvertance ne relève ainsi pas de l'article 226-13 du Code pénal, tout comme le simple usage de l'information par le professionnel.

Le délit d'initié ne concerne que les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, ce qui réduit très largement son champ d'application. Il permet uniquement d'atteindre celui qui utilise l'information privilégiée afin de réaliser des opérations sur un marché réglementé, ou celui qui la communique, dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions à un tiers, sans qu'il soit exigé que celui-ci en tire profit. Dès lors, le fait de rendre publique une information tenue à titre confidentiel n'est pas constitutif d'un délit d'initié. En outre, le comportement doit être intentionnel, bien que le seul fait d'avoir conscience de violer les règles du marché puisse suffire.

Ces lacunes sont une nouvelle incitation à passer par la voie contractuelle afin de définir avec exactitude le contenu de l'obligation.

B. La définition contractuelle de l'obligation de confidentialité

L'objectif poursuivi par l'entreprise est que les données transmises ne soient pas détournées de leur objet. A cette fin, le négociateur et ses partenaires doivent respecter une interdiction de divulguer l'information ainsi qu'une interdiction de l'exploiter.

³² Cass. Com. 18 avril 1958, *D.* 1959, p.87.

L'interdiction de révéler trouve sa limite dans les personnes autorisées par le créancier lui-même. Elle concerne les informations reçues à titre confidentiel mais également, bien souvent, l'existence de la négociation. Un problème peut néanmoins être rencontré lorsque la révélation est sollicitée par des autorités publiques. Par exemple, dans le cadre d'une instance en cours, le juge peut exiger la production de documents par le débiteur. Ce peut être encore le cas si l'acquisition est soumise à un contrôle des concentrations. A chaque fois qu'il est enjoint au débiteur, par une autorité publique, de communiquer une information, celui-ci ne peut arguer de l'existence d'un engagement de confidentialité. Il ne pourra, pour autant, voir sa responsabilité engagée, puisque la requête de l'autorité publique s'apparente à un fait du prince, c'est-à-dire à une cause de force majeure. En principe, la confidentialité ne sera toutefois pas atteinte en raison de l'obligation de secret professionnel qui s'impose aux fonctionnaires³³, magistrats et auxiliaires de justice³⁴. L'accord ne peut, en raison de l'ordre public, s'opposer à une injonction de produire des documents, mais il est en revanche possible d'organiser un système de notification au créancier afin qu'il soit informé de la production de données confidentielles à l'autorité publique.

Le récipiendaire se voit également interdire par l'accord de confidentialité d'utiliser l'information protégée dans un autre dessein que celui défini par le préambule de la convention, l'évaluation de la société cible. Toute utilisation des données qui ne serait pas conforme à cet objet serait constitutive d'un détournement et engagerait la responsabilité contractuelle de son auteur. Cette obligation de ne pas faire, qui peut également être renforcée par divers obligations de faire, vise à prévenir tout comportement frauduleux d'une personne qui participerait à la négociation dans la perspective exclusive d'obtenir des informations confidentielles sur la cible et de les exploiter. Parmi les usages prohibés en vertu d'une telle obligation, on peut citer l'exploitation d'inventions, de concepts ou de procédés créés par la société cible, le débauchage de son personnel, le vol de sa clientèle, la négociation avec ses partenaires commerciaux et financiers, ou encore l'exploitation d'informations concernant une autre société mais faite à partir des renseignements obtenus de la cible. Cette liste d'exemples n'est évidemment pas exhaustive.

La détermination du contenu de l'obligation est toutefois insuffisante si elle ne s'accompagne pas d'une définition de son objet, c'est-à-dire de l'information protégée.

II. La définition de l'information confidentielle

Toutes les informations transmises aux différents intervenants dans la négociation ne sont pas nécessairement confidentielles. Certaines d'entre elles ne peuvent d'ailleurs l'être, comme c'est le cas pour les informations qui sont déjà tombées dans le domaine public. Il existe une définition non contractuelle de l'information confidentielle (A), mais le souci légitime de prévisibilité recommande toutefois d'élaborer une définition contractuelle (B).

³³ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983, art.26.

³⁴ C. proc. Pén., art. 11 et 11-1.

A. L'information confidentielle sans contrat

Il existe des données qui font l'objet d'une protection contre leur divulgation ou leur exploitation par une personne autre que leur détenteur initial. Cette protection peut être d'origine légale.

Il s'agit en réalité, et de façon restrictive, des informations qui font l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. Dans le cadre d'une négociation d'actions ou de parts sociales, l'attention se porte sur les droits de la propriété industrielle, davantage que sur la protection accordée aux droits de la propriété artistique comme les droits d'auteur. Les titulaires d'inventions brevetées, qui sont publiées, bénéficient d'un droit exclusif d'exploitation au terme de l'article L.613-1 du Code de la propriété intellectuelle. Ce droit est opposable *erga omnes* tout comme le droit de propriété attaché aux marques commerciales, reconnu par l'article L.713-1 du même Code, qui empêche toute reproduction ou tout usage, sans autorisation du propriétaire, de la marque.

Les secrets de fabrique, eux, font l'objet d'une protection plus utile en cas de transmission de l'information. En effet, si l'existence de la marque ou du brevet est connue, ou peut être connue, de l'intervenant à la négociation, les secrets de fabrique ne peuvent lui être révélés qu'à cette occasion. Le Professeur Roubier définit le secret de fabrique comme « *tout moyen de fabrication qui offre un intérêt pratique ou commercial et qui, mis en usage dans une industrie, est tenu caché aux concurrents* ». La Cour de cassation a précisé qu'il s'agissait de « *procédé de fabrication (...) dès lors qu'il n'est connu que d'un petit nombre d'industriels* »³⁵. Dès lors, l'article L.621-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui empêche toute divulgation ou utilisation du secret de fabrique, protège son détenteur.

En dehors des informations bénéficiant d'une protection légale, il existe une incertitude quant à la nature confidentielle des autres données communiquées. La Cour de cassation a pu reconnaître la nature confidentielle d'un procédé pour lequel l'inventeur n'avait pas encore obtenu la délivrance d'un brevet et dont l'exploitation par un tiers donnait droit à réparation dudit inventeur³⁶. Plus généralement, la jurisprudence admet que sont confidentielles toutes les données composant le savoir-faire (ou « *know-how* ») de la société³⁷. Le savoir faire se définit comme l'ensemble des « *connaissances dont l'objet concerne la fabrication et la commercialisation des produits et des services ainsi que la gestion et le financement des entreprises qui s'y consacrent, fruit de la recherche ou de l'expérience, non immédiatement accessible au public et transmissible par contrat* »³⁸. Il faut toutefois que le titulaire ait fait un effort de réservation afin que le tiers ne puisse arguer du fait qu'il ne pouvait connaître le caractère secret du savoir-faire. A cet égard, tout document portant la mention « confidentiel » ou « secret » est présumé être couvert par la confidentialité. Il s'agit néanmoins d'une présomption simple.

La doctrine a pu s'interroger sur le champ exact des informations concernées, au-delà même du savoir-faire. Il semble que la condition principale soit « *la difficulté qu'aurait eu à se la procurer par lui-même celui à qui elle a été communiquée, à l'occasion des*

³⁵ Cass. Crim., 12 juin 1974, pourvoi n°90-72.473.

³⁶ Cass. Com., 3 octobre 1978, *D.* 1980, 55.

³⁷ Cass. Soc., 12 mars 1959, *Ann. propr. ind.*, 1962, 3, 52.

³⁸ J. Azéma, *Lamy Commercial* 2008, n°1646.

négociations »³⁹. L'inaccessibilité de l'information n'est pas pour autant exigée. En revanche, l'originalité de la connaissance ne devrait pas être un critère retenu en ce qu'il conduirait à des appréciations particulièrement subjectives.

La définition contractuelle de l'information confidentielle demeure toutefois le moyen le plus à même de préserver la sécurité juridique des parties.

B. La détermination contractuelle des informations confidentielles

L'accord de confidentialité va servir à préciser quelles données sont concernées par l'obligation de confidentialité. Il existe différentes méthodes de détermination, qui sont parfois cumulées.

La méthode que l'on retrouve la plus rarement consiste à lister les documents qui seront émis à titre confidentiel, en amont, dès la conclusion de l'accord. L'inconvénient de ce dispositif réside dans le fait qu'un oubli est possible ou que des données nécessaires à la négociation peuvent apparaître au cours de celles-ci. Une information non listée serait automatiquement exclue de la confidentialité. Le plus souvent, les parties recourent à des formules générales. La première répute confidentielles toutes les informations qui ne sont pas expressément exclues par la convention. Elle paraît la plus sûre. Il arrive également que l'accord porte sur l'ensemble des documents portant la mention « confidentiel », ce qui inclut le même risque d'oubli que précédemment. La détermination des informations confidentielles s'accompagne d'une stipulation expresse relative aux informations qui ne font pas partie du champ d'application de l'obligation de discrétion.

Outre les informations qui étaient dans le domaine public, ou qui y sont tombées en cours d'exécution, le débiteur sera déchargé de son obligation de confidentialité dans plusieurs hypothèses. En premier lieu, sont généralement exclues de tout secret les connaissances que le débiteur a reçu d'un tiers. Encore faut-il que ce transfert se soit opéré licitement, c'est-à-dire que le tiers n'était lui-même pas tenu à une obligation de confidentialité. L'exclusion couvre également les données que le tiers a lui-même créées ou développées, ou qui étaient en possession d'autres sociétés du même groupe. Dans les deux cas, il risque de se poser une question de preuve. Le créancier peut craindre un abus de la part de son débiteur qui prétendra, par exemple, avoir lui-même développé une connaissance. La preuve étant difficile, voire impossible, à rapporter pour une partie comme pour l'autre, un mécanisme de notification et d'autorisation peut être envisageable, à savoir que le débiteur renseigne, par notification, son créancier sur l'information concernée et lui explique comment il l'a obtenue par ses propres moyens. Le créancier doit alors, dans un certain délai, contester cette version ou demander des précisions, ou accepter que l'information ne soit pas protégée au titre de la confidentialité, son silence valant acceptation.

Les informations qui sont dans le domaine public, par définition, ne sont pas confidentielles. Une donnée qui est publiée sur un support officiel et accessible par tous fait partie du domaine public, sans que cela ne soulève de difficulté. En dehors de ce cas, il n'existe pas de définition du domaine public. Une information connue d'un nombre restreint

³⁹ J. Huet et F. Dupuis-Toubol, violation de la confidentialité des négociations, *Petites affiches* 1990, n°41, p.7. V. également, A. Latreille, réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat, *Petites affiches* 2006, n°156, p.7 et s.

de professionnels en fait-elle pour autant partie ? En l'absence de réponse, les parties peuvent vouloir préciser la notion, afin d'éviter toute ambiguïté à l'avenir.

Le cadre particulier des négociations de droits sociaux impose de mettre en place un accord contractuel visant à assurer le maintien de la confidentialité, mission que ne saurait remplir le droit commun, en raison de ses nombreux silences et imprévisions. Il se pose néanmoins la question de l'efficacité de l'acte.

LES ACCORDS DE CONFIDENTIALITE, ENGAGEMENTS PROTECTEURS A L'EFFICACITE INCERTAINE

L'accord de confidentialité sert à poser un certain nombre de normes quant à ce qu'entendent les parties par confidentialité, aux informations qui sont concernées et aux personnes engagées. Ces prévisions, si utiles soient-elles, ne protègent que le détenteur initial de l'information. Le candidat à l'acquisition se voit, quant à lui, fortement restreint dans sa liberté d'expression et d'action.

Il ressort de cette situation de potentiels problèmes de licéité, au regard du droit des obligations mais également du droit des affaires (Section 1). De plus, malgré la précision des normes posées par le contrat, son efficacité est difficile à garantir, malgré des mécanismes de contrôle (Section 2).

Section 1: La conformité incertaine des accords de confidentialité à certaines règles du droit des obligations et du droit des affaires

L'entité qui, dans le cadre de négociations, met à la disposition de plusieurs personnes des informations la concernant cherche avant tout à se protéger. Pour cette raison, les accords de confidentialité ont tendance à imposer celle-ci partout et tout le temps. Ces normes contractuelles font parfois obstacle à l'application de certaines règles de droit et l'absence de litige rend incertaine la position du droit positif sur ces contradictions.

Les accords de confidentialité posent des problèmes de conformité à la fois au regard du droit des obligations (I) et du droit des affaires (II)

I. Les problèmes de conformité des accords de confidentialité au regard du droit des obligations

Le droit des obligations est hostile aux abus de droit (A) ainsi qu'aux engagements perpétuels (B), qualificatifs que peuvent connaître les accords de confidentialité lorsqu'ils restreignent trop la liberté du débiteur.

A. Les risques d'abus de confidentialité

Le risque d'abus de confidentialité est multiple. Il concerne notamment les droits accordés au débiteur, les caractéristiques de l'information protégée ainsi que l'équilibre contractuel.

La confidentialité est, selon la formule, « *une prérogative contractuelle* »⁴⁰ dont jouit celui qui transmet l'information. Bien qu'il ne s'agisse pas, en principe, d'une obligation de non concurrence⁴¹, l'engagement peut être soumis à un certain contrôle de proportionnalité, comme de nombreuses obligations de ne pas faire. Aussi selon Christine Boillot, « *le créancier qui entend imposer une clause de confidentialité à son débiteur a tout intérêt à la limiter dans le temps et/ou dans l'espace* »⁴². Ce contrôle se manifeste également dans la prohibition de clauses trop restrictives, la vigueur des obligations devant être justifiée par le but recherché. Ainsi, de la même façon que la jurisprudence a pu reconnaître la capacité d'un salarié à mettre au service de son nouvel employeur les connaissances qu'il a développées lui-même dans le cadre de son travail, il est certain qu'une clause qui viendrait contraindre le débiteur à tenir secrètes toutes données qu'il possédait déjà au début des pourparlers ne serait pas valide. Il n'en va pas autrement si la clause porte sur les renseignements obtenus licitement d'un tiers non tenu à une obligation de discrétion. De même, la clause qui empêche, ou subordonne à l'acceptation du créancier, le droit de produire des documents en justice sera réputée non écrite en raison de sa contrariété avec une règle d'ordre public. C'est ainsi qu'une Cour d'appel, au sujet d'un débiteur d'une obligation de confidentialité qui avait agi en justice contre son créancier au motif que l'information couverte était erronée, a énoncé que « *la confidentialité ne peut éliminer ni la faute commise en dressant un rapport défavorable sur la base de données insusceptibles de la justifier, ni le préjudice qu'elle cause* »⁴³.

L'illicéité de l'obligation peut également être fondée sur son objet. Il ne saurait être imposé de confidentialité sur des informations qui seraient illicites. Le travail dissimulé, l'existence d'une entente au sens de l'article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la commission d'un délit d'initié ou encore l'insertion de clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs sont quelques exemples d'informations qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un engagement de confidentialité.

Un autre cas d'abus, plus rare, peut être constitué lorsque celui qui émet l'information se sert de la confidentialité pour se l'approprier, arguant de l'existence même de la communication confidentielle, alors qu'il n'est pas le détenteur original des données. Pour contrer cela, il est opportun de préciser dans le contrat que la transmission d'informations couvertes par la confidentialité ne signifie pas que le créancier est propriétaire desdites informations.

Les accords de confidentialité peuvent produire des effets au-delà de la période précontractuelle, notamment en cas d'échec des négociations, ouvrant le risque de devenir des engagements perpétuels.

⁴⁰ V. Caura, Secret et contrat, thèse sous la direction de Ch. Jamin, Lille 2, 2001, n°300.

⁴¹ Cass. Soc., 2 octobre 2001, *JCP E* 2001, n°48, p.1918-1922.

⁴² C. Boillot, l'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires, *RTDC* 2010, p.243.

⁴³ CA Versailles, 3^{ème} ch., sect. B, 18 mars 2005, *Juris-Data* n°2005-273682.

B. Les risques liés à la durée de l'obligation de confidentialité

L'obligation de confidentialité ne prend pas fin lorsque l'un des candidats a été retenu pour l'acquisition de la cible. En effet, celle-ci a toujours le même intérêt dans le maintien du secret. Parfois, l'accord de confidentialité comporte une clause de durée précise, le plus souvent comprise entre 10 et 20 ans, et ne pose dès lors pas de problème au regard du droit commun. Dans bien des cas, pourtant, aucun délai n'est stipulé.

Face à l'absence de terme, l'obligation peut être interprétée comme un engagement perpétuel, survivant aux négociations. Or, le droit français prohibe les engagements perpétuels. La sanction d'une absence de durée dans le contrat n'est pas pour autant la nullité de l'acte puisque le contrat sera réputé à durée indéterminée. Cette solution est loin d'être avantageuse pour le créancier. En effet, au terme d'une jurisprudence constante, une obligation à durée indéterminée confère à chacune des parties à l'acte le droit d'y mettre fin, par résiliation, unilatéralement et sans juste motif, à tout moment. La résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée est même un principe constitutionnel depuis une décision du Conseil constitutionnel en date du 9 novembre 2009, relative au PACS, dans laquelle il est affirmé que « *la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties* »⁴⁴. En effet, si la résiliation ne peut être remise en cause, le contractant qui rompt la relation contractuelle peut engager sa responsabilité s'il a agi de mauvaise foi, notamment en invoquant des motifs fallacieux⁴⁵. Néanmoins, il peut résulter de l'absence de terme dans l'accord une grande insécurité juridique pour le créancier, son débiteur pouvant se dégager de son obligation à tout moment et sans son accord.

Pour faire face à ce risque, la doctrine estime que l'accord de confidentialité est le plus souvent assorti d'un terme implicite⁴⁶. Ce terme serait le moment où le créancier n'aurait plus d'intérêt dans la confidentialité, soit que l'information soit tombée dans le domaine public sans que cela ne soit imputable au débiteur, soit qu'elle soit devenue obsolète, ce qui est assez rapide pour les données financières et commerciales mais peut être assez long pour les renseignements techniques. La jurisprudence ne s'est prononcée qu'une seule fois sur cette question et elle l'a fait dans un sens favorable à la doctrine, dans une espèce où une obligation de confidentialité avait été contractée avec un ingénieur qui avait conçu un procédé technique novateur⁴⁷.

Les contradictions que peuvent rencontrer les accords de confidentialité avec le droit des obligations se doublent de questions de conformité au regard du droit des affaires.

⁴⁴ Cons. const., 9 novembre 1999, *RTD civ.* 2000, n°109.

⁴⁵ CA Paris, 8 juin 1994, *D.* 1995, p.69.

⁴⁶ V. notamment, P. Stoffel-Munck, l'après contrat, *RDC* 2004, n°1, p.159 et s.

⁴⁷ Cass. com., 2 avril 1979, *RTD Civ.* 1979, p.812.

II. Les problèmes de conformité des accords de confidentialité au regard du droit des affaires

Lorsque la société cible est cotée, l'accord de confidentialité peut se retrouver en contrariété avec certaines règles du droit boursier (A). Enfin, dans certaines situations, le problème de conformité se rencontrera à l'égard du droit des sociétés ou du droit de la concurrence (B).

A. Les risques liés à certaines règles du droit boursier

La prohibition du délit d'initié illustre une méfiance des règles gouvernant les marchés réglementés à l'égard des situations dans lesquelles des informations importantes sont détenues par un cercle restreint de personnes. Lors d'une acquisition significative de titres de la société, le Règlement général de l'Autorité des marchés financiers (RGAMF), prévoit deux séries de disposition imposant la publicité de la négociation.

L'article 223-6 du RGAMF dispose, en son alinéa 1, que « *toute personne qui prépare, pour son compte, une opération financière susceptible d'avoir une incidence significative sur le cours d'un instrument financier ou sur la situation et les droits des porteurs de cet instrument financier doit, dès que possible, porter à la connaissance du public les caractéristiques de cette opération* ». Or, bien que ce texte ne contraint pas les parties à publier toutes les informations transmises, il demeure que le cédant et le cessionnaire seront tenus de communiquer au public l'existence des négociations et leurs principales caractéristiques, lesquelles sont bien souvent couvertes par l'accord de confidentialité. Nombreuses sont les opérations qui nécessitent la discrétion pour aboutir. Le RGAMF a tenu compte de ces considérations et l'alinéa 2 de l'article 223-6 énonce que « *si la confidentialité est momentanément nécessaire à la réalisation de l'opération et si elle est en mesure de préserver cette confidentialité, la personne mentionnée au premier alinéa peut prendre la responsabilité de différer cette publication* ». La confidentialité peut ainsi, en cas de préparation d'un achat d'actions suivie d'une offre publique d'acquisition (OPA), permettre d'éviter que le cours des actions augmente.

Une obligation similaire s'applique aux dirigeants de la cible, lorsque ceux-ci ont connaissance de l'opération projetée, avec la même exception justifiée par les intérêts légitimes de la société⁴⁸. Le maintien de la confidentialité est dès lors subordonnée au fait que l'information ne soit communiquée qu'aux personnes qui ont besoin de la connaître dans le cadre de leur profession et pour la réalisation de l'opération. Ces personnes doivent encore être informées des obligations de confidentialité qui s'imposent à elles. Le cadre dressé par l'article 223-6 laisse donc une place non négligeable et nécessaire à la confidentialité. Il en va autrement de l'obligation d'information prévue à l'article 223-32 du RGAMF.

L'article 223-32 dispose que « *l'AMF peut demander aux personnes dont il y a des motifs raisonnables de penser qu'elles préparent (...) une offre publique d'acquisition, d'informer,*

⁴⁸ RGAMF, art. 223-1 et s.

dans un délai qu'elle fixe, le public de leurs intentions ». L'hypothèse visée concerne l'existence de rumeurs ou de mouvements sur le marché d'ampleur inhabituelle. Dès lors qu'un tel évènement est constaté par l'AMF, l'article 223-32 s'applique de façon prioritaire⁴⁹. En réalité, l'existence de rumeurs signifie que la confidentialité n'a pas été pleinement respectée par les parties à l'opération. Néanmoins, l'article 223-32 impose bien de rendre publique la préparation de l'OPA, en contradiction éventuelle avec un accord de confidentialité. Une solution que pourraient envisagées les parties consisterait à négocier avec l'AMF un délai, par exemple celui nécessaire à la phase d'audit, avant de communiquer au public le projet d'OPA.

En dehors même du droit des marchés financiers, les engagements de discrétion peuvent porter atteinte à certaines règles du droit des sociétés ou du droit de la concurrence, applicables aussi bien aux sociétés cotées qu'à celles non cotées.

B. Les risques liés à certaines règles du droit des sociétés et de la concurrence

Les accords de confidentialité peuvent contrarier l'obligation de loyauté mise à la charge des dirigeants sociaux et sont susceptibles de constituer des clauses restrictives de concurrence.

La jurisprudence a dégagé une obligation de loyauté à l'égard du dirigeant social au terme de laquelle celui-ci est tenu d'informer les associés des différentes transactions dont il a connaissance et qui portent sur des droits sociaux⁵⁰. Cette obligation a vocation à s'appliquer quelque soit la forme sociale. En revanche, la jurisprudence ne l'a mise en œuvre que dans les cas où le dirigeant était cédant ou cessionnaire de droits sociaux⁵¹. Le dirigeant qui souhaiterait ainsi céder ses titres à un tiers, et qui conclurait avec celui-ci un accord de confidentialité couvrant l'existence même des négociations, serait dans une position délicate. S'il respecte l'accord, il ne peut révéler la moindre information aux associés, ce qui constituerait une violation de son devoir de loyauté et engagerait sa responsabilité à leur égard. A l'inverse, s'il divulgue les pourparlers, il respecte son devoir de loyauté mais peut faire l'objet d'une action en responsabilité émanant de son cocontractant.

On peut par ailleurs penser que, parce qu'il lui préexisterait, le devoir de loyauté devrait faire obstacle à la conclusion d'un accord de confidentialité. Dès lors, une solution envisageable au problème serait que l'accord prévoit une dérogation afin que le dirigeant informe les autres associés, assortie d'une promesse de porte-fort pour s'assurer que l'information ne se répande au-delà de la société.

⁴⁹ A. Vignial et C. Maison-Blanche, le nouveau régime des déclarations d'intention dans la phase préparatoire à l'offre, *RTDF* 2007, n°1, p.22.

⁵⁰ Cass. com., 27 février 1996, *Bull. Civ.*, IV, n°65, P.50.

⁵¹ Cass. com, 12 mai 2004, *Bull. Joly Sociétés* 2004, §218, p.1115 ; Cass. Com, 22 février 2005, *Bull. Joly Sociétés* 2005, n°10, p.1105 (« doit être cassé pour manque de base légale, l'arrêt dans lequel la cour d'appel ne retient pas le dol du cessionnaire, lors d'une cession d'actions, sans rechercher si celui-ci n'avait pas caché aux cédants l'existence et les conditions de la négociation entreprise parallèlement avec un tiers et ainsi manqué à son devoir de loyauté, en tant que dirigeant, en dissimulant aux cédants une information de nature à influencer sur leur consentement ») ; Cass. com., 6 mai 2008, *Dr. sociétés* 2008, n°156.

De même, l'article L.432-1 du Code de travail impose au dirigeant d'informer le comité d'entreprise dès qu'il a connaissance d'une prise de participation dans sa société. Tout manquement à cette règle serait constitutif d'un délit d'entrave. Lorsque la cible comprend un comité d'entreprise, il serait donc préférable que l'accord envisage la situation.

Les obligations de secret sont encore potentiellement contraires au droit de la concurrence. En effet, les négociations peuvent déboucher sur deux résultats différents. Soit le candidat a acquis les droits sociaux, et est, dès lors, associé de la société cible. Soit le candidat n'a pas acquis les droits sociaux et se retrouvent alors avec un engagement de confidentialité qui n'est plus, de son point de vue, justifié au regard d'un quelconque objectif.

Dans le second cas, l'obligation l'empêche non seulement de divulguer les informations reçues mais également, et surtout, de les utiliser. Or, cette situation peut conduire l'ancien candidat à l'acquisition à être dans l'impossibilité de continuer ses activités, lorsque l'engagement porte sur des données relevant de celle-ci. Si la poursuite de son activité nécessite l'usage de renseignements qu'il aurait pu développer lui-même mais dont il a pris connaissance grâce à la négociation, l'impossibilité d'utiliser les données pourrait l'handicaper fortement. En pareille cas, l'obligation de confidentialité s'apparente à une obligation de non concurrence dont il est exigé, pour qu'elle soit licite, qu'elle soit justifiée et proportionnée et notamment qu'elle soit limitée dans le temps et dans l'espace. Dès lors, une obligation restrictive de concurrence et sans durée précise risquerait d'être déclarée nulle par les juges.

Les accords de confidentialité, quand bien même ils seraient pleinement valables, connaissent des difficultés dans leur mise en œuvre, que ce soit pour empêcher toute divulgation d'information ou, en cas de divulgation, pour engager la responsabilité du débiteur.

Section 2 : Les difficultés de mise en œuvre des accords de confidentialité au regard des moyens de contrôle et d'action du créancier

L'obligation de confidentialité est une obligation de ne pas faire complétée par diverses obligations de faire visant à sécuriser l'information transmise. L'efficacité d'une telle obligation de sécurité ne saurait être parfaitement assurée en raison de l'impossibilité pour le créancier de s'immiscer dans la gestion des différents débiteurs et donc de contrôler pleinement leurs actes.

Pour se protéger, le créancier cherchera à instaurer des moyens concrets de prévention de la violation de l'obligation de confidentialité (I), et, s'ils ne suffisent pas, engagera la responsabilité contractuelle de son cocontractant (II).

I. Les moyens de prévention de la violation de l'obligation de confidentialité

La formule contractuelle généralement utilisée, relativement à la sécurisation des données, énonce que le débiteur doit agir envers elles avec le même soin et en prenant les mêmes précautions qu'à l'égard de ses propres documents confidentiels. Néanmoins, il est prudent que le créancier mette en place des diligences concrètes pour s'assurer d'une absence de divulgation ou d'usage.

Ces moyens diffèrent selon qu'il y a circulation de l'information (A) ou au contraire sa centralisation, par recours à une *data room* (B).

A. Les moyens disponibles en cas de transmission de l'information

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle il y a déplacement physique des supports contenant l'information (contrats, documents internes, comptes prévisionnels etc.), lesquels circulent entre les différents débiteurs. La gestion de cette transmission diffère selon qu'il s'agit d'informations écrites ou orales.

En ce qui concerne les documents écrits, plusieurs techniques de sécurisation peuvent être utilisées et conjuguées. Ainsi, il est parfois prévu que les documents seront mis sous coffre après consultation, soit chez le débiteur, soit auprès d'une banque, avec un accès limité à une liste de personnes dressée contractuellement. Fréquemment, les informations seront distillées au fur et à mesure et, notamment dans le cadre d'une mise aux enchères, les informations les plus sensibles seront diffusées au seul candidat retenu, ce qui limite les risques de divulgation puisque le danger provient essentiellement des candidats non retenus qui n'ont plus d'intérêt dans le maintien de la confidentialité. La destruction ou le renvoi des documents après l'épuisement d'un certain délai constitue une méthode rarement prévue.

Le dépositaire de l'information fait fréquemment des copies des documents reçus afin de les faire étudier par un certain nombre de personnes. De même, il peut effectuer des notes les résumant et mettant l'accent sur les données les plus importantes. Ce mécanisme ne peut réellement être empêché par le créancier dès lors que l'information est entre les mains du récepteur et qu'il est justifié par l'objectif d'évaluation de la cible. Afin d'éviter qu'il soit source de contentieux, l'accord pourra stipuler une obligation de révéler combien de copies ont été tirées sur chaque document et à quelles personnes elles ont été transmises. Une obligation de transmettre à l'émetteur toutes les notes dressées et de lister les personnes y ayant accès paraît également constituer une solution de prudence, tout comme l'engagement pris par le débiteur de détruire les copies et les notes sitôt l'audit achevé.

Concernant les informations qui sont communiquées oralement par le cédant ou les dirigeants, il existe un risque majeur tenant au fait que leur émetteur sera bien souvent dans l'impossibilité de prouver leur transmission. Il convient donc de les matérialiser, par exemple dans un procès-verbal cosigné et stipulant leur caractère confidentiel.

Il est toutefois plus aisé d'assurer le secret lorsque les informations demeurent entre les mains du créancier et sont simplement mises à la disposition des différents débiteurs.

B. Les moyens disponibles en cas de mise à disposition de l'information, la procédure de *data room*

Précédemment étudiée dans ses grandes lignes⁵², la procédure de *data room* repose sur la concentration de l'ensemble des données confidentielles en une seule salle d'information, aujourd'hui généralement numérisée. Cette procédure a l'avantage d'être parfaitement respectueuse du principe d'égalité entre les différents acquéreurs potentiels qui auront accès à la même information et selon les mêmes modalités. Elle garantit, en outre, un gain de temps en évitant la répétition de l'information vis-à-vis de chaque débiteur.

L'accès à la *data room* est subordonné à l'acceptation du règlement de la *data room* qui, au-delà de l'engagement de confidentialité, sert à indiquer le sort des copies, qui sont le plus souvent interdites, et des notes effectuées à partir des documents présentés. Le règlement régit également le traitement des questions écrites formulées par les différents intervenants et qui seront remises au « surveillant » de la salle, lequel aura pour mission de les transmettre aux personnes compétentes, de recueillir puis de diffuser à l'ensemble des participants leur réponse. L'information ne circulant pas, les risques de propagation sont largement amoindris puisqu'elle n'est jamais maîtrisée matériellement par les débiteurs.

L'outil de la *data room* est notamment utilisé pour les cessions d'actions portant sur des sociétés cotées. A cet égard, la Commission des opérations de bourse (COB), ancêtre de l'AMF, a, en 2003, publié une recommandation⁵³ qui est toujours en vigueur aujourd'hui et qui n'a pas de valeur normative. Ne s'appliquant qu'aux cessions significative d'actions, elle réserve l'accès à la *data room* aux signataires d'une lettre d'intention témoignant du sérieux de leur projet. La COB distingue surtout trois situations. Lorsque l'audit débouche sur une acquisition des actions avec dépôt d'une offre au public, la note d'information visée par l'AMF devra comporter la mention et la justification des éléments retenus pour arrêter le prix. Lorsque, en revanche, l'acquisition se fait sans offre au public, la société doit informer le marché du prix, des conditions de la transaction et du fait qu'une *data room* a été mise en place. Enfin, la société doit publier, à l'issue de la procédure, tout fait important susceptible d'avoir une incidence significative sur le cours du titre qu'il avait pris l'engagement de ne pas rendre public, dès lors que cette information a figuré dans la *data room*. La procédure est donc lourde de conséquences, au regard de la confidentialité, lorsqu'elle concerne des sociétés cotées.

Quelle que soit la méthode utilisée pour prévenir la divulgation ou l'exploitation de l'information confidentielle, l'accord ne peut jamais garantir toute abstention de la part des différents récipiendaires.

⁵² V. supra p.15.

⁵³ Recommandation C.O.B n°2003-01 relative aux *data rooms*.

II. Les moyens de sanction de la violation de la confidentialité

La question de la violation de la confidentialité peut faire l'objet de stipulations contractuelles qui dissuaderont, le plus souvent, le débiteur. La doctrine⁵⁴ observe cependant que la plupart des conventions ne prévoient rien à ce sujet, ce qui traduirait, selon elle, un certain scepticisme à l'égard de la possibilité de prévenir tout manquement.

Si la responsabilité contractuelle demeure la sanction de principe (A), le créancier a parfois recours à des sanctions alternatives (B).

A. Les difficultés rencontrées par le créancier dans l'exercice de son action en responsabilité contractuelle

Le créancier, dans l'exercice de son action en responsabilité contractuelle contre un débiteur qui a divulgué ou détourné une information couverte par la confidentialité, se trouve face à des difficultés de deux ordres, la première concernant la preuve, et la seconde, simplifiée par la jurisprudence, relevant du préjudice subi.

La charge de la preuve dépend de la nature de l'obligation. Une obligation de moyens entraîne l'obligation pour le créancier de démontrer un comportement fautif imputable à son débiteur, tandis qu'une obligation de résultat implique une responsabilité objective pour le débiteur, à savoir que le créancier n'a pas à prouver sa faute et qu'il ne s'exonérera qu'en prouvant que le manquement contractuel est du à un cas de force majeure, imprévisible et irrésistible. Or, une obligation de ne pas faire, qui plus est de sécurité, est en principe une obligation de résultat. Néanmoins, en raison des diligences réclamées au dépositaire de l'information, la nature de l'obligation de confidentialité est incertaine et dépend de la rédaction contractuelle. Ainsi, si le débiteur est tenu, en vertu de l'accord, de conserver l'information avec le soin attendu d'un « bon père de famille », l'obligation sera de moyens et relèvera de l'article 1137 du Code civil⁵⁵. Quand bien même l'obligation serait qualifiée de résultat, il demeure un doute quant à l'absence totale de preuve mise à la charge du créancier. En effet, en présence d'une pluralité de débiteurs, chacun s'engageant à s'abstenir de toute divulgation ou utilisation et non au maintien absolu du caractère secret de l'information, celui qui est en justice devrait avoir à prouver que le manquement à la confidentialité est imputable au débiteur dont il recherche la responsabilité. L'absence de jurisprudence rend incertaine l'issue de cette question.

Le problème du préjudice, lui, a été facilité par la jurisprudence de la Cour de cassation. En principe, le créancier, pour obtenir réparation, doit démontrer qu'il a subi un préjudice, les dommages-intérêts punitifs étant prohibés en droit français. Néanmoins, la Cour de cassation

⁵⁴ V. notamment, M. Fontaine, les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux, *RDAI* 1991, n°1, p. 3 et s.

⁵⁵ Pour un exemple d'application, à propos de l'obligation de conserver un code secret, v. Cass. com., 8 octobre 1991, *D.* 1991, jur., p.581.

a aménagé une dérogation en matière d'obligations de ne pas faire⁵⁶. Sans supprimer l'exigence d'un préjudice, la haute juridiction décharge le créancier de la preuve de celui-ci. En réalité, celui-ci devra toutefois apporter les éléments de nature à évaluer l'étendue du dommage causé par le manquement contractuel, qu'il s'agisse d'un préjudice moral, d'une perte de chance ou d'une perte de gains. L'accord de confidentialité pourra lui-même énoncer les chefs de préjudice. Une clause pénale est également susceptible d'être stipulée. Une telle clause, fixant à l'avance le montant des dommages-intérêts dus par le débiteur, pourra néanmoins être réévaluée par le juge, en vertu de l'article 1152 du Code civil.

L'action en responsabilité donne droit à des dommages-intérêts et sa crainte n'est pas toujours suffisante pour empêcher une divulgation ou utilisation frauduleuse de l'information par le débiteur. D'autres recours sont toutefois possibles.

B. Le recours limité aux sanctions alternatives

Mise à part l'action en responsabilité contractuelle, le créancier dispose d'assez peu de moyens de pression sur son débiteur. Les autres actions en justice sont en effet totalement inefficaces, tandis que les techniques contractuelles sont limitées.

L'action en résolution judiciaire de l'accord n'a pas de sens en cas d'échec des négociations, l'effacement rétroactif des connaissances transmises étant impossible. Elle peut avoir un intérêt lorsque le débiteur fautif est celui qui a acquis, à l'issue des pourparlers, les droits sociaux bien que, *a priori*, son intérêt ne soit pas dans un tel manquement. La violation de l'engagement de confidentialité pourrait alors entraîner la résolution judiciaire de l'acte de cession s'il a été répété dans celui-ci. Les conséquences d'un anéantissement rétroactif de la cession pourraient toutefois décourager le cédant qui ne souhaiterait redevenir actionnaire de la société cible.

L'action en exécution forcée n'est possible que lorsque le confident commence à exploiter l'information, qu'il prépare sa divulgation ou encore qu'il n'accomplit pas une des diligences convenues, comme la transmission des notes aux dirigeants sociaux. Elle est d'ailleurs prévue par les principes Unidroit, lesquels énoncent que si « *les informations n'ont pas encore été divulguées ou seulement en partie, la partie lésée peut également demander une injonction conformément au droit applicable* »⁵⁷. Néanmoins, l'exécution en nature est rendue impossible dans le cas où une divulgation a été effectuée, de façon irrémédiable, ce qui est bien souvent le cas.

Face au manque de pertinence des moyens traditionnels, le créancier a cherché d'autres recours, aux effets dissuasifs plus convaincants. La responsabilisation, dès la conclusion de l'accord, du débiteur peut être accrue notamment si, en accompagnement d'une clause pénale, il est convenu du dépôt par ce dernier d'un cautionnement en espèce ou si une garantie bancaire est constituée. Une autre technique, consiste à imposer au débiteur, en cas de violation, de publier un communiqué constatant son manquement. Cette dernière technique peut être particulièrement efficace dans les milieux d'affaires où la réputation tient une place primordiale, et pourrait décourager le débiteur de tout manquement.

⁵⁶ Cass. civ 3^{ème}, 31 mai 2007, *Bull. civ.* II, n°191 ; Cass. civ 1^{ère}, 14 octobre 2010, pourvoi n°09-69.928 : « *celui qui contrevient à une obligation contractuelle de ne pas faire, doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention* ».

⁵⁷ Principes Unidroit (2004), commentaire art. 2.16.

CONCLUSION

Le barbier du Roi Midas, tenu de ne révéler à personne que celui-ci avait des oreilles d'âne, ne put retenir pour lui seul ce secret. Il creusa un trou dans la terre, y chuchota la nouvelle, puis le reboucha aussitôt, persuadé que personne ne serait au courant. Cependant, la terre fit pousser des roseaux, lesquels, agités par le vent, répétèrent au monde entier que le Roi Midas avait des oreilles d'âne.

La confidentialité est ainsi extrêmement fragile et le créancier paranoïaque, conscient des insuffisances du droit positif, pourrait être tenté d'imposer de nombreuses diligences à celui qui se présente comme un acquéreur potentiel de droits sociaux, restreignant grandement sa liberté. Au carrefour du droit des affaires, du droit des obligations et des impératifs économiques, le contrat fait office de gardien de la paix. Cependant, une rédaction trop agressive et restrictive à l'égard du potentiel acquéreur risquerait de blesser celui-ci, ou plus simplement de lui imposer un coût trop important pour la protection d'informations qui ne sont pas les siennes, l'incitant à se retirer de la négociation dont il n'est pas assuré de l'issue. La frontière entre la méfiance légitime et la défiance péjorative est mince et une bonne rédaction est celle qui parvient à concilier la sécurisation des informations confidentielles avec le fait que le candidat ne se sente pas en terrain hostile avec une société dont il souhaite devenir associé.

A trop vouloir protéger à la confidentialité, on risque de mal la protéger.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

- Coralie Ambroise-Castérot, Droit pénal spécial et des affaires, 2^{ème} édition, Gualino ;
- Laurence Nicolas-Vullierme, Droit de la concurrence, 2009, Vuibert ;
- François Terré, Droit civil, les obligations, 9^{ème} édition, Dalloz ;
- Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy, Droit des sociétés, 23^{ème} édition, Litec.

Reuves :

- Mélanie Coiraton-Mavré, Le transfert du contrôle de la société non cotée, Journal des sociétés 2008, n°60, p.18 et s.
- Jean-Yves Martin, Le transfert de contrôle de la société cotée, Journal des sociétés 2008, n°60, p.23 et s.
- Jean Huet, Violation de la confidentialité des négociations, Petites affiches 1990, n°41, p.4 et s.
- Marcel Fontaine, Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux, RDAI 1991, n°1, p.3 et s.
- Michael Bühler, Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux, RDAI 2002, n°3/4, p.359 et s.
- Philippe Stoffel-Munck, L'après-contrat, Revue des contrats 2004, n°1, p.159 et s.
- Antoine Latreille, Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat, 1^{ère} partie, Petites affiches 2006, n°156, p.4 et s.
- Antoine Latreille, Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat, 2^{ème} partie, Petites affiches 2006, n°157, p.4 et s.
- Jean-François Bulle, Négociation d'une cession de droits sociaux, JCP E 1999, n°27, p.1180 et s.
- Pierre Spitéri, La vente « aux enchères » d'une entreprise (open bidding), JCP G 1991, I, n°17, 3502.
- Hubert Dubout, Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprises, Bull. Joly sociétés 1992, n°7-8, p.722 et s.
- Jean-Marc Moulin, La recommandation C.O.B. n°2003-01 relative aux data rooms, Petites affiches 2004, n°126, p.13 et s.
- Christine Boillot, L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires, RTD Com. 2010, p.243 et s.
- Antoine Vignial et Catherine Maison-Blanche, Le nouveau régime des déclarations d'intention dans la phase préparatoire à l'offre, RTDF 2007, n°1, p.20 et s.

- Jean-Eric Boiron, La procédure de data room concernant les sociétés cotées, op. fin. 2004, n°789, p.27.
- Thibaut Massart, L'obligation d'information du dirigeant en cas de cession de droits sociaux, Bull. Joly sociétés 2005, n°10, p.1105 et s.