

Table ronde

AVEC >

FRANCK BOURGEOIS, AVOCAT, ASSOCIÉ, CORPORATE/M&A, **GAËTAN CORDIER**, AVOCAT, ASSOCIÉ, IP-IT & DONNÉES PERSONNELLES, **PHILIPPE DESPRES**, AVOCAT, ASSOCIÉ, DROIT DU TRAVAIL, **SOPHIE SCEMLA**, AVOCAT AUX BARREAUX DE PARIS ET NEW YORK, ASSOCIÉE, DROIT PÉNAL & COMPLIANCE, EVERSHEDES SUTHERLAND (FRANCE) LLP

4

LES RÉFORMES LÉGISLATIVES RÉCENTES

Quels impacts sur vos opérations de M&A ?

Les réformes législatives récentes (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats (ci-après « ordonnance portant réforme du droit des contrats ») ; loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (ci-après « loi Sapin 2 ») ; loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (ci-après « loi Vigilance ») ; règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (ci-après « RGPD ») ; loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (ci-après « loi Travail »), etc.) instaurent de nouvelles obligations qui ont des conséquences sur les opérations de fusions-acquisitions, et ce, à tous les stades du processus.

Cette table ronde n'évoque pas l'impact sur les opérations de fusions-acquisitions de la loi adoptée le 21 juin dernier sur la protection du secret des affaires car le Conseil constitutionnel ne s'est pas encore prononcé sur la constitutionnalité de cette loi. Si elle devait être approuvée en l'état par le Conseil constitutionnel, cette loi entraînerait également des conséquences importantes pour les entreprises, notamment en ce qui concerne leurs opérations de fusions-acquisitions.

CDE : Quels sont les impacts des réformes législatives récentes (ordonnance portant réforme du droit des contrats, loi Sapin 2, loi Vigilance, RGPD, etc.) au stade de la préparation de la *data room* ?

Franck Bourgeois : Le cadre général de la préparation financière et commerciale de la cession demeure inchangé : préparation des documents d'information à l'attention des candidats acquéreurs, définition du calendrier, identification des contraintes particulières, etc.

Cependant, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats a créé un nouvel article 1112-1 du Code civil qui impose aux parties une obligation d'information : « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants* ».

Cet article codifie une obligation qui, auparavant, n'était que jurisprudentielle, découlant de l'obligation de bonne foi. Elle existe désormais de façon autonome. Les juges devront déterminer précisément la portée de ce nouveau texte.

Le cédant doit révéler toutes les informations déterminantes du consentement de l'acquéreur. La difficulté au stade de la préparation de la *data room* tient au fait que, dans le cadre d'un processus ouvert à plusieurs candidats, l'on ne sait pas encore qui sera l'acquéreur. Le caractère déterminant d'une information peut différer selon l'identité de celui-ci (industriel, fonds d'investissement, repreneurs salariés, etc.).

Le cédant n'est tenu de divulguer que les informations déterminantes qu'il connaît. Il ne lui est *a priori* pas imposé de chercher à se renseigner pour pouvoir informer l'autre partie, contrairement à ce que prévoyait la rédaction initiale de l'avant-projet de réforme qui visait non seulement la partie « qui connaît » mais aussi celle qui « devrait connaître » une information déterminante.

Il convient cependant de rester prudent sur cette absence d'obligation de se renseigner à la charge du cédant car la jurisprudence pourrait souhaiter donner une interprétation extensive au devoir d'information, notamment en présence de vendeurs « professionnels » ou lorsque des salariés du cédant occupent des postes de direction au sein de la société cédée.

Ce risque d'interprétation extensive semble d'autant plus réel que, réciproquement, l'article 1112-1 du Code civil impose à l'acquéreur l'obligation de chercher à se renseigner. En effet, ce dernier ne pourra reprocher au cédant un manquement à son obligation d'information que si l'ignorance de l'acquéreur est légitime, ce qui revient à lui imposer la démon-



^ Franck Bourgeois

Franck Bourgeois est avocat associé au sein du département Corporate du bureau d'Eversheds Sutherland à Paris. Il intervient dans tous les domaines du droit des sociétés et s'est spécialisé en fusions-acquisitions et restructurations. Franck intervient également en matière de corporate governance, dans la mise en place de joint-ventures et dans la gestion de relations conflictuelles entre actionnaires. Il intervient comme conseil de groupes français et étrangers pour la réalisation d'opérations d'investissement, de désinvestissement ou de refinancement.

tration des diligences accomplies pour obtenir cette information.

Gaëtan Cordier : Concernant la protection des données personnelles, depuis le 25 mai 2018, de nouvelles obligations et sanctions sont apparues au niveau européen avec le RGPD. Il prévoit des obligations renforcées en la matière, ainsi que des sanctions conséquentes : l'amende administrative encourue peut atteindre jusqu'à 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires mondial du groupe.

Dans le cadre des opérations de M&A, l'impact du RGPD se manifeste à deux égards. Il faut, d'une part, vérifier que la société cible conduit ses activités dans le respect du droit de la protection des données et, d'autre part, assurer la conformité de l'opération *per se* avec les nouvelles obligations réglementaires.

S'agissant de la conformité de la cible, il convient désormais de placer dans la *data room* les documents permettant aux candidats acquéreurs de s'assurer que la cible respecte cette nouvelle réglementation, et que le risque d'amende peut être raisonnablement écarté. Ces documents peuvent notamment inclure le registre des traitements - lequel recense tous les traitements liés aux données personnelles effectués par une entreprise donnée (salariés, consommateurs, clients) et remplace les déclarations qui devaient auparavant être effectuées auprès de la CNIL -, les politiques de protection des données et de sécurité informatique, ou encore, les contrats conclus avec

les sous-traitants de données personnelles et les destinataires situés hors UE.

Par ailleurs, afin d'assurer la conformité de l'opération, les modalités de communication de certains documents en *data room* vont se poser avec encore plus d'acuité que par le passé au regard du montant significatif de l'amende. Dans une certaine mesure, le RGPD vient restreindre les possibilités d'accomplissement du devoir d'information désormais consacré à l'article 1112-1 du Code civil.

En effet, toute donnée qui permet d'identifier une personne physique est une donnée personnelle. Il est donc indéniable que de nombreux documents ayant vocation à figurer dans la *data room* contiennent des données personnelles.

La notion de « traitement de données personnelles » ayant été définie de manière extrêmement large par le RGPD, la simple consultation des documents placés dans la *data room* doit être considérée comme un traitement et comme un transfert des données à des tiers. Or, en vertu du RGPD, les personnes concernées doivent être informées de tout traitement de leurs données, et de l'existence de transferts. Dès lors, il devient indispensable d'informer les salariés, les clients personnes physiques, etc., que l'on est susceptible de communiquer leurs données à un avocat, à un potentiel acquéreur ou à tout autre tiers dans le cadre d'une *data room*. En ce qui concerne les salariés, il est donc nécessaire d'avoir prévu des clauses d'information à destination de ces derniers.

Ce transfert de données résultant de l'ouverture de la *data room* doit également reposer sur une base légale au sens du RGPD, les plus pertinentes étant « l'intérêt légitime » du cédant ou le consentement des personnes concernées (étant précisé que dans le contexte des relations de travail, il peut être difficile de prouver qu'un salarié a donné un consentement libre).

Faute d'avoir procédé à cette information préalable et d'avoir recueilli le consentement des personnes concernées si nécessaire, les données personnelles doivent être anonymisées de façon à rendre impossible l'identification des personnes et à échapper aux obligations réglementaires.

Enfin, il convient de noter que les prestataires en charge, pour le compte de leur client, de la constitution de la *data room* sont eux-mêmes assujettis au respect du RGPD.

Le sous-traitant qui gère la *data room* et le cédant ont une responsabilité conjointe en cas de faille de sécurité. Les failles de sécurité en matière de cybersécurité ayant augmenté de 47 % en 2017, il est recommandé de négocier un plafond de responsabilité pour limiter les risques en cas de faille de sécurité dans le cadre de la *data room*.

Sophie Scemla : Les récentes évolutions législatives en matière de *compliance* dont notamment la loi Sapin 2, la loi Vigilance, la transposition de la 4^e directive anti-blanchiment, etc. imposent aux sociétés assujetties des obligations de plus en plus contraignantes.

À ce titre, la loi Sapin 2 oblige certaines entreprises à mettre en place des dispositifs très contraignants en matière de lutte contre la corruption et le trafic d'influence, mais également à mettre en place un dispositif d'alerte professionnelle permet-



^ Gaëtan Cordier

Gaëtan Cordier est avocat associé en charge de la pratique Propriété Intellectuelle, Nouvelles Technologies et Données Personnelles du bureau d'Eversheds Sutherland à Paris. Sa pratique couvre : le droit de la propriété intellectuelle (brevets, marques, dessins & modèles, droits d'auteur, savoir-faire, concurrence déloyale et parasitisme), de l'informatique (*outsourcing*, *cloud computing*, logiciels, commerce électronique), des données personnelles et de la sécurité informatique, le droit commercial et de la consommation ainsi que le droit pharmaceutique. Il intervient principalement dans les secteurs du luxe, de la distribution, de l'industrie de l'équipement médical et d'Internet.

tant la remontée de signalements dans des domaines très larges, à déclarer le nom de leurs bénéficiaires économiques finaux, et à déclarer les représentants d'intérêts auprès de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique.

Les dispositions anticorruption édictées à l'article 17 de la loi Sapin 2 s'appliquent aux sociétés ainsi qu'aux établissements publics à caractère industriel et commercial employant au moins 500 salariés ou appartenant à un groupe dont la société-mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins 500 salariés, et ayant un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros (social ou consolidé).

Les dirigeants de ces sociétés sont personnellement tenus au respect de cette obligation et, plus particulièrement, de mettre en œuvre les huit mesures suivantes : adopter un code de conduite intégré au règlement intérieur ; mettre en place un dispositif d'alerte anticorruption ; établir une cartographie des risques d'exposition aux faits de corruption ; faire réaliser une évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques ; établir des procédures de contrôle comptable internes ou externes ; établir un dispositif de formation anticorruption destiné aux cadres et personnels les plus exposés aux risques ; prévoir un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés en cas de violation du code de conduite ; prévoir un dispositif de contrôle et d'évaluation des mesures mises en œuvre.

Pour compléter ce dispositif, l'Agence Française Anticorruption (« AFA ») a publié, le 22 décembre 2017, des recommandations qui étendent encore davantage les obligations issues de l'article 17 de loi Sapin 2. Si ces recommandations sont dépourvues de force obligatoire et ne créent pas d'obligation juridique, il est vivement recommandé de s'y référer dans la mesure où l'AFA est compétente pour sanctionner les sociétés n'ayant pas mis en place un programme de conformité anticorruption. À ce titre, les contrôles de l'AFA ont débuté dès le mois d'octobre 2017 et portent actuellement sur 30 entités dont 23 sociétés de droit privé. Les 5 rapports établis à ce jour par l'AFA relèvent des manquements aux dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2.

Compte tenu de cette nouvelle obligation, lors d'une opération de vente, le vendeur devra établir la liste des documents devant être placés en *data room*, pour démontrer qu'il respecte les dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2 dans le cadre de son obligation d'information. Il devra néanmoins procéder à un arbitrage pour ne pas divulguer pour autant à tous les candidats acquéreurs certaines informations particulièrement sensibles telles que la cartographie des risques d'exposition aux faits de corruption.

Les acquéreurs pourraient être tentés d'être maximalistes et de se fonder sur le questionnaire adressé par l'AFA lors de ses contrôles pour vérifier que la cible respecte toutes ses obligations en matière de lutte contre la corruption. Ce questionnaire permet notamment d'identifier si la cible a mis en place un dispositif anticorruption efficace, à partir d'éléments tels qu'une analyse des activités et des fonctions les plus exposées au risque de corruption ; la sécurisation de la prise de décision et des contrôles ; l'établissement d'un code de conduite prescrivant les procédures à respecter dans des circonstances données ; le contrôle du respect des règles et des procédures ; la vérification de l'intégrité des partenaires de l'entreprise/collectivité/association ; les règles encadrant l'acceptation de cadeaux ou d'invitations ; la mise en place d'une procédure interne de signalement relatif à la corruption ; la mise en œuvre d'une communication externe spécifique.

En outre, lors d'une opération de croissance externe, l'acquéreur devra vérifier que la cible a mis en place un dispositif d'alerte professionnelle conformément aux articles 6 et suivants de la loi Sapin 2. Ces textes imposent, depuis le 1^{er} janvier 2018, aux sociétés de plus de 50 salariés de mettre en place un dispositif de recueil des signalements pouvant être utilisé par un salarié ou un collaborateur extérieur et occasionnel afin de signaler de manière désintéressée et de bonne foi toute violation grave et manifeste des lois ou règlements en vigueur, des engagements internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés par la France, des actes unilatéraux d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un engagement international régulièrement ratifié, tout délit ou crime, toute menace ou préjudices graves pour l'intérêt général, dont il a eu personnellement connaissance.

Par ailleurs, depuis le 1^{er} janvier 2018, la loi Sapin 2 impose également des obligations particulières, assorties de sanctions pénales, aux sociétés pouvant être qualifiées de représentants



▲ Philippe Desprès

Philippe Desprès est avocat associé en charge du département Droit social du bureau d'Eversheds Sutherland à Paris. Il accompagne principalement des groupes internationaux dans le cadre de leurs opérations de restructuration en France, notamment à l'occasion de fermetures de sites et plus généralement de plans de licenciements collectifs, ainsi qu'en matière de négociation collective. Il les assiste également dans le cadre de leurs contentieux et dans leur gestion quotidienne des relations sociales individuelles et collectives.

d'intérêts, et notamment de se déclarer auprès de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique.

Ainsi, il sera essentiel dans la phase de *due diligence* de vérifier que la cible respecte bien l'ensemble de ses obligations en matière de représentation d'intérêts, le cas échéant.

En raison de la transposition de la 4^{ème} directive anti-blanchiment (*C. monét. fin.*, art. L. 561-46 à L. 561-50), les sociétés doivent également, sous peine de sanctions pénales, joindre à leur dossier d'immatriculation pour le registre du commerce et des sociétés, une déclaration contenant des informations relatives notamment à l'identité des bénéficiaires effectifs, personnes physiques. Dans la mesure où cette obligation s'impose aux sociétés sans condition de seuils, l'acquéreur devra toujours vérifier que la cible respecte la réglementation relative aux bénéficiaires effectifs.

Enfin, la loi Vigilance s'applique à toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs au moins 5 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est situé sur le territoire français ou au moins 10 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger.

Ces sociétés doivent établir et mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance. Ce dernier doit être propre à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la

sécurité des personnes, ainsi que l'environnement, résultant des activités de l'ensemble des sociétés du groupe.

Cette obligation s'étend également aux activités des sous-traitants ou fournisseurs des sociétés concernées, avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation.

Même si la cible n'atteint pas les seuils retenus par la loi Vigilance, l'acquéreur devra néanmoins vérifier qu'elle ne se trouve pas contractuellement tenue au respect de tout ou partie des obligations résultant de cette loi en sa qualité de fournisseur ou sous-traitant de clients qui, eux, peuvent être assujettis aux dispositions de la loi Vigilance.

Il en est de même s'agissant d'une cible ne dépassant pas les seuils visés à l'article 17 de la loi Sapin 2. En effet, l'acquéreur devra également s'assurer qu'elle ne se trouve pas contractuellement tenue, notamment aux termes des conditions générales des contrats d'établissements bancaires et de compagnies d'assurance, à l'obligation de mettre en place des mesures édictées par ce texte.

Il conviendra également d'être particulièrement vigilant à la suite de l'opération d'acquisition dans la mesure où elle-même peut entraîner un dépassement des seuils retenus par la loi Vigilance et la loi Sapin 2 puisque ces seuils s'apprécient au niveau du groupe.

F. B. : En raison de l'obligation d'information codifiée par la réforme du droit des contrats et des différents impératifs de compliance qui se sont développés, les *vendor due diligences* sont probablement appelées à se multiplier afin d'anticiper les difficultés qui y sont liées.

Par ailleurs, le cédant aura intérêt à demander aux acquéreurs potentiels la nature des informations qu'ils considèrent comme déterminantes afin de pouvoir se pré-constituer la preuve du respect de l'obligation d'information prévue à l'article 1112-1 du Code civil.

L'ouverture de la *data room* aux candidats acquéreurs sélectionnés entraîne diverses problématiques auxquelles il convient d'être vigilant. Se pose en particulier celle de l'équilibre entre l'obligation d'information et les interdictions d'ordre public. À titre d'exemple, en droit de la concurrence, il est interdit de communiquer des informations commerciales sensibles à un candidat acquéreur, *a fortiori* s'il s'agit d'un concurrent, avant la réalisation effective du changement de contrôle. Il s'agit donc de trouver l'équilibre nécessaire entre ces exigences contradictoires.

À cet égard, traditionnellement, le cédant met en place une « clean data room », dont l'accès est réservé à certains représentants limitativement désignés du candidat acquéreur retenu, lesquels sont assujettis à des conditions spécifiques de confidentialité et de traitement de l'information sensible ainsi mise à disposition.

D'autres contraintes ont été évoquées précédemment, comme celle relative au respect du RGPD lorsque les informations à communiquer concernent des personnes physiques ou encore celle relative à l'étendue de la communication d'informations sensibles relevant de la loi Sapin 2.



^ Sophie Scemla

Sophie Scemla, avocat aux barreaux de Paris et de New York, est l'associée en charge de l'activité Compliance et Droit Pénal des Affaires du bureau d'Eversheds Sutherland à Paris. Elle est spécialisée en droit pénal des affaires, droit pénal du travail ainsi qu'en matière de conformité. Elle intervient également dans des contentieux internationaux, notamment en matière de fraude, dans les domaines financiers, de sanctions, de blanchiment et de corruption internationale. Sophie dispose d'une expérience reconnue dans des affaires de blanchiment international, de corruption internationale ainsi que dans la négociation d'accords avec les autorités étrangères et des affaires de fraudes fiscales.

CDE : Quelles nouvelles problématiques se posent si des non-conformités sont identifiées ?

G. C. : En ce qui concerne la réglementation sur la protection des données personnelles, en cas de non-conformité, le cédant peut décider, notamment à la demande de l'acquéreur, de mettre en conformité la cible avant de procéder à sa cession. La mise en conformité peut alors être lancée en même temps que le processus de vente pour s'achever, au plus tard, à la date de changement de contrôle. Cette mise en conformité peut avoir un impact sur le prix d'acquisition.

La mise en conformité est un processus lourd et coûteux (notamment en termes de coûts informatiques). Par exemple, une banque a estimé à 10 millions d'euros sa mise en conformité dans cinq/six pays européens. Le prix de cession peut donc s'en trouver affecté.

S. S. : Le processus de mise en conformité avec la loi Sapin 2 et la loi Vigilance est très long et son coût est important. Les risques encourus en cas de non-respect des obligations de compliance sont très lourds. En effet, l'AFA est très active, les premiers contrôles ayant débuté en octobre 2017 avant même la publication de ses recommandations définitives le 22 décembre 2017.

Mais surtout les risques d'atteinte à la réputation sont également très importants. En effet, même si le montant des

amendes pouvant être prononcées par l'AFA est relativement faible (200 000 euros pour les dirigeants et un million d'euros pour les personnes morales), le risque réputationnel est très élevé. En effet, les éventuelles sanctions prononcées par l'AFA étant publiques, celles-ci pourraient entraîner le non-renouvellement de contrats, des pertes de marchés, voire d'éventuels contrôles par les autorités.

Il convient en outre de s'interroger sur le niveau de mise en conformité à atteindre et sur quelle norme se fonder : les recommandations de l'AFA ? La loi ? La question n'est pas anodine car l'AFA est beaucoup plus exigeante que la loi. Même si ses recommandations n'ont pas force obligatoire, il convient d'en tenir compte dans la mesure où les contrôles sont effectués par l'AFA, dont la commission des sanctions est le juge des potentielles non-conformités.

F. B. : S'il est décidé de procéder à la mise en conformité de la cible au regard de ses obligations Sapin 2 et/ou RGPD lors du lancement du processus de vente, il ne faut pas sous-estimer l'impact de cette mise en conformité sur le calendrier du processus de vente. La durée nécessaire à la réalisation d'une telle mise en conformité avant la cession peut être relativement longue.

CDE : En quoi les réformes récentes en matière de droit du travail peuvent-elles concerner les opérations de M&A ?

Philippe Despres : Concernant les réorganisations sociales préalables aux cessions, il y a désormais une possibilité élargie, avec les ordonnances *Macron*, de restructurer les sociétés avant que celles-ci ne procèdent à la cession de leurs activités. Le principe reste celui du transfert automatique des contrats de travail dans le cadre de la cession de tout ou partie des activités d'une société (*C. trav., art. L. 1224-1*). La loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, dite loi *Florange*, avait introduit la possibilité dans certains cas de ne pas transférer tous les salariés d'une société, mais cela était limité aux entreprises de plus de 1 000 salariés (ou appartenant à un groupe de dimension communautaire) confrontées à un projet de fermeture d'établissement lorsqu'une telle opération était nécessaire à la sauvegarde d'une partie des emplois. Les ordonnances *Macron* (ayant notamment modifié l'article L. 1233-61 du Code du travail, en vigueur depuis le 24 septembre 2017) ont élargi cette possibilité à toutes les sociétés d'au moins 50 salariés sous réserve de remplir deux conditions : un risque de fermeture d'établissement et la sauvegarde d'une partie des emplois menacés. La deuxième condition est facile à remplir car par définition la reprise, même de certains emplois seulement, sera toujours préférable à la suppression de l'intégralité des postes, mais la première est plus restrictive.

Le comité social et économique a également été introduit par ces ordonnances. Il remplace les instances représentatives actuelles (CE, CHSCT, DP). Cet organe devra être mis en place avant le 1^{er} janvier 2020, et ce, même dans les entreprises dont les mandats en cours expireraient au-delà de cette date. L'élection du CSE est obligatoire pour toute société qui compte au moins 11 salariés pendant 12 mois consécutifs. Dans le cas d'une modification de la situation juridique de l'employeur,

comme par exemple dans le cas d'une fusion-absorption où la société absorbée n'est pas dotée d'un CSE alors que la société absorbante est dotée d'un CSE, et où l'entreprise absorbée devient un établissement distinct : il faut alors procéder à des élections en son sein pour la mise en place d'un CSE. Si la modification porte sur un ou plusieurs établissements qui conservent ce caractère, il faudra organiser des élections au sein de chaque établissement concerné pour la mise en place d'un CSE d'établissement.

L'ordonnance a également modifié les délais de consultation du CSE : elle reprend les délais de consultation (hors « grands » licenciements économiques) d'un mois pour les consultations sans recours à un expert et de deux mois en cas de recours à un expert. En revanche, il n'y a plus de prolongation en cas de saisine de la commission santé sécurité et conditions de travail (CSSCT), obligatoire dans les entreprises d'au moins 300 salariés et pouvant être imposée par l'inspecteur du travail dans les entreprises de moins de 300 salariés, qui a vocation à traiter plus spécifiquement de certaines thématiques autrefois dévolues au CHSCT, mais sans pour autant constituer une instance spécifique. Le délai de consultation est toutefois porté à trois mois en cas d'intervention d'une ou plusieurs expertises dans le cadre de consultations se déroulant à la fois au niveau du CSE central et d'un ou plusieurs CSE d'établissement.

Dans le cadre de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi *Hamon*, afin de faciliter la reprise de la société par les salariés, ceux-ci doivent recevoir une information préalable en cas de cession d'entreprise. Ce dispositif concerne les ventes de parts de SARL ou d'actions (SA, SAS, SCA). Il concerne également les ventes de fonds de commerce à deux conditions. Tout d'abord, la société ne doit pas être tenue d'avoir un CE ou, si elle est tenue d'en avoir un, c'est à la condition qu'elle emploie à la clôture du dernier exercice moins de 250 personnes et que son chiffre d'affaires n'excède pas 50 millions d'euros ou que son total de bilan n'excède pas 43 millions d'euros (selon le guide pratique du ministère de l'Économie, ces critères cumulatifs s'apprécient au niveau de l'entreprise, indépendamment de son rattachement éventuel à un groupe). Ensuite, la vente doit porter sur plus de 50 % des parts sociales d'une SARL ou, dans les sociétés par actions, des actions ou valeurs mobilières donnant accès à la majorité du capital social.

Beaucoup de sociétés nous interrogent également sur le point de savoir si cette obligation d'information des salariés doit être mise en œuvre avant le *signing* ou avant le *closing*. La réponse est claire : elle doit être satisfaite avant le *signing* car c'est cette opération qui formalise la prise de décision.

CDE : Quelles précautions faut-il prendre lors de la conclusion du contrat de cession ?

F. B. : Le cédant devra veiller à conserver la preuve de la nature des informations communiquées à l'acquéreur (clé USB en séquestre, par exemple), même si les parties ont convenu que les informations communiquées en *data room* ne seront pas exonératoires de la responsabilité du cédant au titre de la garantie d'actif et de passif.

L'acquéreur, en se référant à l'obligation de divulgation imposée par le nouvel article 1112-1 du Code civil, pourra souhaiter obtenir du cédant, avec encore plus d'insistance qu'auparavant, une déclaration selon laquelle ce dernier lui a transmis toutes les informations déterminantes dont il avait connaissance.

Le périmètre de la connaissance du cédant pourra être précisé dans l'intérêt des deux parties. Ainsi, la connaissance du cédant pourra être contractuellement assimilée à celle de certaines personnes occupant des postes clefs au sein de la société cédée, ce qui imposera au cédant de s'assurer auprès de ces personnes qu'elles n'ont connaissance d'aucune information déterminante à divulguer.

En pratique, l'acquéreur, ayant accès, après le changement de contrôle, aux messageries des personnes concernées, pourra vérifier, en cas de litige avec le cédant, si les courriers électroniques de ces personnes attestent ou non de leur connaissance des faits litigieux, antérieurement à la cession.

De son côté, le cédant pourra, réciproquement, souhaiter obtenir une déclaration de l'acquéreur selon laquelle, à la connaissance de ce dernier, toutes les informations déterminantes du consentement du cédant lui ont été communiquées, en particulier en ce qui concerne l'exercice éventuel de la garantie d'actif et de passif consentie par le cédant.

En effet, l'obligation de divulgation de l'article 1112-1 du Code civil s'impose aux deux parties. Or, un cédant qui accepte de consentir une garantie d'actif et de passif à l'occasion d'une opération de cession pourrait soutenir que la détention par l'acquéreur d'une information lui permettant de mettre en œuvre cette garantie immédiatement après la conclusion de l'opération constitue une information déterminante du consentement du cédant qui doit lui être divulguée.

Même si l'acquéreur accepte de s'engager en ce sens, il sera cependant difficile pour le cédant de pouvoir démontrer ultérieurement que l'acquéreur connaissait effectivement cette information déterminante, non divulguée, à la date de la cession.

Pour faciliter l'établissement de cette preuve le moment venu, le cédant pourra souhaiter obtenir de l'acquéreur l'engagement selon lequel ce dernier lui communiquera, en cas de mise en œuvre de la garantie d'actif et de passif, une copie des rapports d'audit effectués à la demande de l'acquéreur lors de la réalisation de l'opération. Le cédant pourra considérer que sa demande est d'autant plus légitime qu'il aura, de son côté, transmis à l'acquéreur une *vendor due diligence*.

Enfin, si l'acquéreur refuse de prendre un quelconque engagement contractuel sur son niveau d'information à la date de la cession, il sera plus compliqué pour le cédant que pour l'acquéreur de recourir ultérieurement à l'article 1112-1 du Code civil pour mettre en cause la responsabilité extracontractuelle de son cocontractant sur le fondement de la non-divulgation. En effet, en pratique, le cédant sera toujours présumé être le « sachant ». Il lui sera difficile d'établir que son ignorance d'un fait connu de l'acquéreur était légitime.

Pourtant, en pratique, en particulier en l'absence de *vendor due diligences*, l'asymétrie du niveau de connaissance de la société cédée n'est pas toujours à l'avantage du cédant.

CDE : Nous avons beaucoup entendu parler des désaccords entre le Sénat et l'Assemblée nationale autour de la question du mécanisme de la révision pour imprévision : pourriez-vous nous indiquer comment ce mécanisme va affecter l'opération au stade de la réalisation des conditions suspensives ?

F. B. : En effet, le point de vigilance majeur concernant ce stade du processus d'acquisition est la mise en œuvre de la révision pour imprévision, désormais codifiée à l'article 1195 du Code civil.

Cet article prévoit que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

Le Sénat jugeait que le pouvoir de révision judiciaire à la demande d'une seule des parties était contraire à la sécurité juridique et estimait qu'il serait source d'un nouveau contentieux. Le Sénat ne souhaitait donc laisser au juge que le pouvoir de résilier mais non de modifier le contrat, sauf accord entre les parties pour en faire la commune demande au juge.

L'Assemblée nationale, quant à elle, considérait que donner à une seule des deux parties le droit d'en faire la demande donnerait au régime d'imprévision son caractère effectif. Elle estimait également qu'il fallait minimiser l'atteinte portée à la force obligatoire du contrat dans la mesure où (1) l'article 1195 est supplétif de volonté, (2) les pouvoirs du juge sont strictement encadrés par les principes de la procédure civile (il ne peut procéder d'office à la révision du contrat et doit attendre que l'une des parties le sollicite), et (3) le risque de révision du contrat par le juge constitue un levier pour inciter les parties à renégocier le contrat entre elles.

Au terme de la navette parlementaire, la commission mixte paritaire a retenu la position de l'Assemblée nationale qui souhaitait qu'une seule des parties puisse saisir le juge afin d'obtenir la révision du contrat. Elle a également précisé que ce texte ne s'applique pas aux contrats financiers et titres financiers mentionnés à l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier. Cette précision est importante car elle signifie que la conclusion, à compter du 1^{er} octobre 2018, date d'entrée en vigueur de la loi de ratification, d'actes portant sur des titres de sociétés par actions échappera à l'article 1195 du Code civil.

Pour les opérations qui y demeurent soumises, il convient d'insister sur le fait que ce texte est supplétif de volonté. Il est donc possible pour les parties de l'écarter en prévoyant une clause à cet effet. Les parties peuvent ainsi prévoir une MAC (*Material Adverse Change*), clause qui définira avec précision les situations dans lesquelles le contrat peut être résolu ou modifié, plutôt que de prendre le risque de laisser cette appréciation au juge, à la demande d'une partie.

CDE : Quelles actions va-t-il falloir prévoir post-réalisation ?

G. C. : Si la *due diligence* a permis de révéler que la société était conforme en matière de protection des données personnelles, il sera possible de ne pas en faire un point dans la garantie de passif.

En revanche, en l'absence de mise en conformité préalable, il faudra mettre la cible en conformité avec le RGPD. L'acquéreur souhaitera alors obtenir une protection à ce sujet dans la garantie de passif avec un plafond vraisemblablement élevé. Il faudra également être très vigilant à la communication autour de ce sujet. Les départements informatique, communication et juridique devront travailler ensemble à cette mise en conformité.

S. S. : Il est important d'être vigilant et de s'assurer que l'opération n'entraîne pas de changement de seuils. En effet, du fait de l'acquisition, une société pourrait entrer dans le champ d'application de la loi Sapin 2 et de la loi Vigilance.

Dans cette hypothèse, il faudra très rapidement mettre en place un dispositif de mise en conformité car ces législations sont d'application immédiate. Il faudra également veiller à uniformiser toutes les procédures internes existantes au sein du groupe (code de conduite, système d'alerte, cartographie des risques, etc.) et s'assurer de leur cohérence.

Ph. D. : En droit social, il y a principalement deux enjeux : harmoniser le statut collectif des salariés et restructurer l'activité.

En ce qui concerne l'harmonisation du statut collectif, il y a un avant et un après la loi Travail.

Auparavant, quand une branche d'activité était reprise par une société, le transfert des contrats de travail entraînait automatiquement la remise en cause du statut collectif applicable au précédent employeur et les salariés transférés relevaient immédiatement du statut collectif applicable chez leur nouvel employeur. Il entraînait également l'adoption du statut de l'acquéreur, sauf en ce qui concernait les avantages acquis ou les dispositions plus favorables, qui survivaient encore 15 mois. Ainsi, les négociations devaient avoir lieu après le transfert des contrats de travail. En outre, la notion d'avantage acquis était particulièrement large.

Depuis la loi Travail, il est désormais possible de négocier un accord portant sur le statut collectif des salariés transférés avant la réalisation de l'opération. Cet accord sera soit un accord de transition s'il est conclu uniquement entre les deux employeurs et les organisations syndicales représentatives de la société d'origine (il est alors conclu pour une durée maximum de 3 ans), soit un accord de substitution s'il est également conclu avec les organisations syndicales représentatives de la société d'accueil (il est alors conclu pour une durée maximum de 5 ans).

En outre, depuis les ordonnances *Macron*, la notion d'avantage acquis a été redéfinie de façon restrictive et ne concerne plus que la rémunération. Les avantages autres que la rémunération (par exemple, les jours de congés supplémentaires pour ancienneté) dont bénéficiaient les salariés chez leur précédent

employeur disparaissent après 15 mois, même en l'absence d'accord de transition ou de substitution.

Les ordonnances *Macron* ont également modifié le périmètre pour motiver un licenciement pour motif économique : si l'entreprise fait partie d'un groupe, le motif économique du licenciement est apprécié au niveau du secteur d'activité commun aux entreprises du groupe, mais uniquement parmi celles situées en France. De plus, l'obligation de reclassement du salarié s'effectue sur les postes disponibles, dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie en France, et non plus dans le monde entier. Les critères d'ordre pour procéder au reclassement des salariés quand le licenciement a lieu pour un motif économique s'apprécient désormais au niveau du périmètre défini dans l'accord sur le plan de sauvegarde de l'emploi (qui peut donc être plus restreint que l'entreprise). À défaut d'accord, les critères devront être appréciés au niveau des zones d'emploi définies par l'INSEE.

Enfin, il convient d'être vigilant en matière de plans de sauvegarde de l'emploi (« PSE »). En effet, tout PSE fait l'objet d'un contrôle administratif par la DIRECCTE, mais l'ampleur du contrôle varie sensiblement selon que le PSE a fait l'objet d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale de l'employeur. En effet, si le PSE fait l'objet d'un accord collectif avec les organisations syndicales représentatives, le contrôle est très restreint car il porte principalement sur le respect de la procédure et des conditions de validité de l'accord collectif. Il s'agit donc essentiellement d'un contrôle de forme. En revanche, si le PSE fait l'objet d'une décision unilatérale de l'employeur, l'étendue du contrôle de la DIRECCTE est beaucoup plus importante et concerne notamment le caractère suffisant des mesures du PSE au regard des moyens du groupe, mais également les catégories professionnelles définies par l'employeur et les critères prévus pour établir l'ordre des licenciements. Il s'agit donc d'un contrôle de forme et de fond, ce qui accroît considérablement le risque de nullité du PSE, et donc des licenciements, avec toutes les conséquences que cela emporte.

S. S. : En ce qui concerne la responsabilité du cédant vis-à-vis de l'acquéreur, il est recommandé de mettre en place un mécanisme d'indemnisation spécifique si l'on identifie une violation des obligations s'imposant à la cible en matière de conformité. La nature du préjudice indemnisable est à préciser dans la garantie de passif. Un mécanisme de réduction du prix en faveur de l'acquéreur serait plus adapté qu'un mécanisme d'indemnisation de la société cédée car, en droit français, les amendes sont personnelles et leur paiement ne peut être pris en charge par un tiers.

En outre, les manquements à ce type d'obligations peuvent surtout porter de graves atteintes à la réputation de la cible, préjudice qu'il est difficile d'évaluer.

CDE : Pour revenir sur la nouvelle obligation d'information codifiée à l'article 1112-1 du Code civil dont vous avez parlé précédemment, pourriez-vous nous préciser les modalités de sa mise en œuvre ?

F. B. : Il n'est pas nécessaire de prouver la mauvaise foi de l'autre partie pour mettre en cause sa responsabilité pour

manquement à son obligation de divulgation au titre de l'article 1112-1 du Code civil. Un simple manquement résultant d'une erreur ou d'une négligence est suffisant.

En revanche, comme mentionné précédemment, l'obligation de divulgation ne porte que sur les informations connues par la partie concernée, et non pas, comme le prévoyait l'avant-projet d'ordonnance, sur celles qu'elle devrait connaître, même s'il convient de rester prudent sur la portée que la jurisprudence donnera à cette distinction.

La non-divulgation doit porter sur des informations déterminantes du consentement de l'autre partie. L'article 1112-1 du Code civil précise qu'ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties, tout en écartant ce devoir d'information pour l'estimation de la valeur de la prestation.

La définition très large du caractère déterminant des informations, notamment en matière de cession d'actions, donnera certainement lieu, là encore, à interprétation jurisprudentielle.

Enfin, pour qu'il y ait manquement à l'obligation de divulgation d'une partie, l'ignorance de l'autre partie doit être légitime. L'acquéreur doit donc chercher à se renseigner. Il ne pourra pas mettre en cause avec succès la responsabilité du cédant pour non-divulgation s'il ne peut justifier d'un minimum de diligences pour s'informer.

Par ailleurs, l'articulation de la responsabilité extracontractuelle au titre de l'article 1112-1 du Code civil avec celle, contractuelle, résultant de la mise en œuvre de la garantie d'actif et de passif n'est pas évidente.

La jurisprudence a établi le principe du non-cumul de la responsabilité contractuelle et délictuelle pour un même fait.

Si un manquement est couvert par une garantie d'actif et de passif mais que l'acquéreur estime plus avantageux d'agir sur le terrain de l'article 1112-1 du Code civil, la jurisprudence sera vraisemblablement amenée à se prononcer sur la liberté de l'acquéreur en la matière.

Enfin, il convient de rappeler que, comme le précise l'article 1112-1 du Code civil, le manquement au devoir d'information prévu par cet article peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.

En effet, au-delà du risque pour une partie de devoir payer des dommages-intérêts à l'autre partie pour manquement à son devoir d'information, ce manquement, s'il a été commis intentionnellement, peut même entraîner l'annulation du contrat pour réticence dolosive.

À cet égard, malgré un désaccord initial entre l'Assemblée nationale et le Sénat sur ce point, il a finalement été décidé de ne pas subordonner l'existence d'une réticence dolosive (dissimulation volontaire d'une information déterminante) à celle d'un manquement à l'obligation d'information précontractuelle instituée par l'article 1112-1 du Code civil.

L'ordonnance n'a donc pas été modifiée sur ce point. En conséquence, alors que cet article impose que l'ignorance de la partie qui se prévaut à l'encontre de l'autre partie d'un manquement à son obligation d'information précontractuelle soit légitime, instituant ainsi une véritable obligation de chercher à se renseigner, la partie victime d'une réticence dolosive n'aura pas à établir que son ignorance est légitime. Il convient de rappeler à cet égard qu'en application de l'article 1139 du Code civil, « *l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable* ».