

➔ **Livre blanc** proposé  
par le groupe de travail  
«Fusions/acquisitions»  
du CR2PA.



L'archivage managérial  
face aux opérations de  
**fusions et  
acquisitions**

Pour en savoir plus,  
rendez-vous sur :  
**[www.cr2pa.fr](http://www.cr2pa.fr)** ←  
(Accès aux membres du club)



Introduction	4
Fiche 1 – Les principales étapes d’une opération de fusion/acquisition	5
Le B.A.BA : le processus traditionnel	5
De l’importance des documents dans une due diligence	6
Fiche 2 – Les documents concernés par une opération de fusion/acquisition	7
Un point d’attention	7
Dans le domaine juridique	7
Dans le domaine finances/comptabilité	10
Dans le domaine Immobilier	12
Dans le domaine Assurances	14
Dans le domaine Propriété intellectuelle	14
Dans le domaine Ressources humaines/Relations sociales	15
Dans le domaine Santé/Sécurité/Environnement	18
Dans le domaine Achats/Ventes	20
Fiche 3 – Le cas de la due diligence/data room	21
En guise d’introduction	21
Mais qu’est-ce qu’une data room ?	21
Des questions ... et des réponses	22
En conclusion	27

# INTRODUCTION

Eu égard à la complexité de la matière, il est tout d'abord apparu nécessaire de poser le contexte d'une opération de fusion/acquisition.

A ce titre, la **fiche n°1** décrit de façon synthétique les principales étapes de la relation entre les différentes parties en présence, avant la conclusion effective d'un contrat de vente.

Aussi, la **fiche n°2** se propose d'établir la liste des documents essentiels généralement demandés par l'acquéreur potentiel et intégrés dans la data room constituée lors de l'audit d'acquisition (due diligence) en regard des principaux enjeux juridiques devant être pris en compte dans le cadre d'une opération de fusion/acquisition et des responsabilités afférentes pouvant ultérieurement être mises en cause.

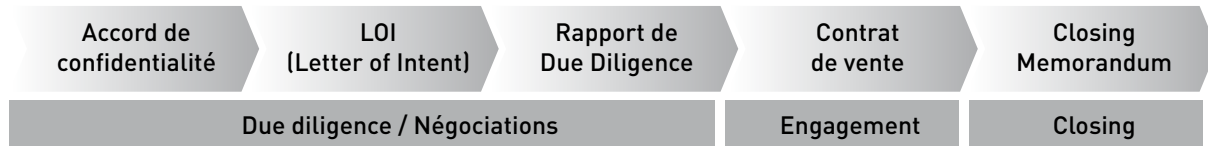
Par ailleurs, lors de cette phase de due diligence, l'élaboration d'une data room reflétant de façon approfondie, précise et juste la situation de la société cible, apparaît comme une étape déterminante au bon déroulement du processus de vente. Dans cette optique, la **fiche n°3** vise à apporter des réponses et recommandations quant aux principales questions qui se posent lors des étapes de constitution, de gestion et de conservation de la data room.



## Fiche 1

# Les principales étapes d'une opération de fusion/acquisition

### Le B.A.BA : le processus traditionnel



Le processus formel pouvant aboutir à une opération de fusion/acquisition débute par la conclusion entre les sociétés concernées d'un accord de confidentialité (« Non Disclosure Agreement » ou « NDA ») adapté aux besoins de l'opération considérée et définissant notamment le champ des informations pouvant être échangées, les modalités d'échange de ces informations et les personnes au sein de chaque entité habilitées à y avoir accès.

Ces obligations de confidentialité perdurent même en cas d'échec de l'opération, les candidats au rachat ne pouvant ni divulguer ni exploiter les informations privilégiées qui leur auront été communiquées tant qu'elles n'ont pas été portées à la connaissance du public ou n'ont pas perdu leur caractère significatif.

Une fois les négociations entamées, des lettres d'intention (LOI) et/ou un protocole d'accord sur le principe et les modalités principales de l'opération sont généralement établis. A ce stade, un retour en arrière est encore possible pour chaque partie. Cependant celle qui choisirait de renoncer au projet peut voir sa responsabilité civile engagée sous certaines conditions.

Les négociations sont généralement menées en parallèle d'une étape devenue indispensable bien que non obligatoire en France (à la différence des pays anglo-saxons) consistant en l'audit de la cible ou « due diligence » (voir Fiche 3 – Le cas de la « Due diligence/Data room »).

Cet audit effectué par l'acquéreur permet d'établir un diagnostic approfondi, précis et juste de la société cible et valide que la réalité correspond bien à la présentation faite par le vendeur.

Enfin, le processus est conclu lors de l'étape de « closing », par la signature du contrat définitif qui se base généralement sur les éléments négociés dans la lettre d'intention, mais peut être sensiblement modifié en fonction de ce qu'aura révélé l'audit de la cible. Il définit précisément le montage retenu ainsi que les modalités afférentes. Le vendeur y annexe tout document qu'il juge utile pour refléter de façon exacte la situation de la société au jour de la cession.

C'est ce contrat, liant de façon irrévocable les parties, qui entérine définitivement l'opération de rapprochement.

Cependant, les différents audits réalisés (comptable, industriel, opérationnel, juridique, etc.) n'apportent pas une sécurité totale et ne prémunissent pas l'acquéreur contre tous les risques liés à l'entreprise qu'il acquiert, notamment ceux qui sont cachés ou inconnus lors de la conclusion de la cession.

C'est pourquoi une clause de garantie de passif est aujourd'hui presque systématiquement incluse dans le contrat.

A noter que la date d'effet de l'opération est la date d'immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés (RCS) de la société nouvelle ou de la dernière d'entre elles s'il en est créé plusieurs. Lorsque l'opération ne concerne que des sociétés existantes, elle prend effet à la date de la dernière assemblée générale l'ayant approuvée.

Le projet de fusion peut prévoir une autre date à condition que celle-ci ne soit pas postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la société absorbante ou de chaque société bénéficiaire.

## ***De l'importance des documents dans une due diligence***

Afin de mener son audit, l'acquéreur procède à une analyse des documents remis ou mis à disposition dans le cadre d'une data room, pièce – physique ou virtuelle – sécurisée où sont déposés les documents communiqués aux autres parties aux fins d'étude et de vérification des données comptables, financières et juridiques.

La confidentialité des informations transmises dans ce cadre est en général protégée par un règlement de data room venant renforcer encore l'accord de confidentialité. A cet égard, il n'est pas rare, particulièrement dans l'hypothèse d'opérations impliquant plusieurs candidats au rachat, que les documents placés dans la data room soient segmentés par niveau de confidentialité auquel il n'est donné accès, après chaque phase de négociations, qu'aux candidats encore dans la course.

Il est également recommandé que les parties précisent entre elles, le cas échéant, la durée de pertinence des informations. Cette durée doit être adaptée à la diversité des informations concernées (ex : contrats, licences de marques, listes de clients, etc.).

A l'issue des négociations – qu'elles se concluent ou non par une transaction – la masse des documents consultés peut se chiffrer en centaines de milliers de pages.

Pour l'ensemble de ces raisons, les documents doivent être classés selon un plan rigoureux, et leurs sources, ainsi que l'identité des personnes autorisées qui y accèdent, doivent être enregistrées très précisément. Généralement, le règlement de la data room permet la consultation des documents et la prise de notes, mais non de faire des copies.



## Fiche 2

# Les documents concernés par une opération de fusion/acquisition

### **Un point d'attention**

Cette liste établie sur des retours d'expérience des membres du Groupe de travail ne vise qu'à donner les principaux documents qui peuvent être demandés par l'acquéreur potentiel dans le cadre d'une opération de fusion/acquisition. Elle n'est pas limitative et ne prétend à aucune forme d'exhaustivité.

### **Dans le domaine juridique**

#### **Les typologies de documents ...**

- Extraits K bis à jour
- Statuts de la Société à jour
- Bilans, comptes de résultat et annexes pour les quatre derniers exercices
- Rapports généraux et spéciaux des commissaires aux comptes (inclus rapports des commissaires aux apports, à la fusion et/ou à la scission) pour les trois derniers exercices, et certificats de dépôt au Greffe desdits documents
- Rapports de gestion (Conseil d'Administration/de Surveillance, Directoire) présentés à l'occasion des Assemblées Générales tenues au cours des quatre derniers exercices
- Consultation des registres sociaux, ou délibérations d'Assemblées Générales relatives aux quatre dernières années
- Composition du Conseil d'Administration/de Surveillance, Directoire
- États des privilèges et des nantissements<sup>1</sup> de la Société
- Le cas échéant, contrats d'apport, traités de fusion, contrats de vente ou d'achat de fonds de commerce antérieurs et décisions des organes sociaux relatives à ces opérations
- Conventions de garantie en cours de validité
- Toute licence, autorisation, inscription, immatriculation (autre qu'au Registre du Commerce et des Sociétés), tout permis ou agrément nécessaire/utile à l'activité de la Société ou délivré eu égard à cette activité
- Détail des participations dans toute entité juridique (y compris société de fait ou société en participation), groupement, association, organisme ou autre forme de coopération inter-entreprises, disposant ou non de la personnalité morale (si existantes)
- Composition de l'actionnariat à la date du dernier exercice (y compris registres de mouvements de titres et comptes individuels d'actionnaires)
- Identité des actionnaires et autres participations
- Conventions d'actionnaires
- Délégations de pouvoirs données par la Société
- Liste des mandats sociaux
- Liste des titres émis (actions, obligations ou titres de créances similaires, options, bons ou droits de souscription d'actions ou autres droits donnant accès au capital) et documentation s'y rapportant
- Rapports trimestriels d'activité
- Présentation de l'activité et de son historique
- Tous rapports des auditeurs internes sur les quatre dernières années
- Plan d'audit pour l'année en cours et les années futures
- Détail de toutes les obligations réglementaires applicables
- Liste des litiges en cours
- Principaux actes de procédure engagés à l'encontre de la Société
- Actes de procédure engagés par la Société

<sup>1</sup> Garanties d'origine conventionnelle ou légale permettant au créancier d'une société (banque, administration fiscale, Sécurité Sociale, etc.) de s'assurer du paiement des sommes qui lui sont dues.

## ... pour quels enjeux juridiques

### 1. La responsabilité civile

La responsabilité civile d'une entreprise est l'obligation qu'elle a de réparer les dommages corporels, matériels ou immatériels qui peuvent être causés à un tiers, par les biens ou les personnes qui dépendent d'elle, au cours de son exploitation.

Elle concerne également les préjudices qui pourraient intervenir après la livraison d'un bien ou d'un service.

Il existe donc de nombreuses situations dans lesquelles la responsabilité de l'entreprise peut être engagée.

#### 1.1. La responsabilité civile contractuelle

La responsabilité civile contractuelle couvre l'ensemble des droits et obligations résultant ou pouvant être rattachées à des relations contractuelles convenues entre deux parties.

#### 1.2. La responsabilité extra-contractuelle

La responsabilité civile couvre les hypothèses de responsabilité extra-contractuelle, ne découlant pas ou ne pouvant être rattachées à une relation contractuelle (ex : actions en dommages-intérêts suite à des préjudices causés hors relation contractuelle).

La société nouvelle issue d'une opération de fusion/absorption devient l'ayant cause à titre universel des sociétés absorbées ; elle est donc tenue de toutes les obligations de ces dernières non réservées lors de la fusion.

Par conséquent, si la société absorbée/scindée est tenue responsable civilement d'un dommage, la société bénéficiaire devra l'assumer.

#### 1.3. La responsabilité civile du fait des produits défectueux

La responsabilité civile du fait des produits défectueux est engagée dans le cas de dommages générés par l'utilisation d'un produit défectueux dans le cadre d'une utilisation normale.

Dès lors qu'il est identifiable, le producteur est déclaré responsable ; dans le cas contraire, c'est le fournisseur qui endosse la responsabilité (cf. articles 1386-1 à 1386-18 du Code civil).

La responsabilité du fabricant s'éteint dix ans après la mise sur le marché du produit (article 1386-16 du Code civil), cette durée étant prolongée si des poursuites judiciaires sont en cours. En outre, la victime doit déposer une action dans les trois ans après avoir pris connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur (article 1386-17 du Code civil).



### **Ce qu'il faut retenir :**

Lorsque le principe de la transmission universelle du patrimoine est appliqué, la société bénéficiaire reste tenue de toutes les obligations engagées par la société disparue.

### 2. La responsabilité pénale

En matière pénale, la disparition juridique d'une société au profit d'une autre empêche la transmission de la responsabilité pénale en raison du principe de personnalité de la responsabilité pénale, tel qu'édicté à l'article 121-1 du Code pénal : « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».



➔ **Ce qu'il faut retenir :**  
 En cas de fusion/absorption, la société absorbante, en principe, ne devient pas, par substitution, coupable des délits reprochés à la société absorbée.  
 Ce même principe est a fortiori applicable en cas d'apport partiel d'actifs.

### 3. Le droit des sociétés

En matière de titres nominatifs, les droits du titulaire sont établis par une inscription sur les registres de la personne morale émettrice ; ainsi, la transmission des titres ne peut s'opérer, à l'égard des tiers et de la personne morale émettrice, que par un transfert sur ces registres. (Cass. Com., 13 décembre 1967).

### 4. Le droit des contrats

➔ **Ce qu'il faut retenir :**  
 Seule l'inscription dans les registres de la société émettrice des titres nominatifs permet au cessionnaire des titres d'opposer son droit aux tiers.

En ce qui concerne le sort des contrats passés par une société absorbée/scindée, ceux-ci sont en principe transmis de plein droit à la société bénéficiaire par l'effet de la transmission universelle de patrimoine (cf. §1.1 – La responsabilité civile contractuelle »).

➔ **Ce qu'il faut retenir :**  
 Lorsqu'une société disparaît à l'occasion d'une opération de fusion/acquisition, les contrats qu'elle a passés avec des tiers sont automatiquement transmis à la société bénéficiaire. Celle-ci devient partie aux contrats sans que les cocontractants ne puissent s'y opposer.

Il existe toutefois une exception à ce principe de continuation automatique des contrats, pour les contrats conclus en considération de la personne, c'est-à-dire « *intuitu personae* » ce qui est le cas lorsque la personne du contractant est essentielle à l'objet (réalisation d'une prestation intellectuelle par exemple) ou à la cause du contrat (la donation en constitue l'exemple le plus classique).

➔ **Ce qu'il faut retenir :**  
 Les stipulations du contrat conclu *intuitu personae* font obstacle au principe de transmission universelle de patrimoine. Par conséquent, le transfert des contrats *intuitu personae* doit être approuvé avec l'accord exprès du cocontractant de la société absorbée/cédée/scindée.

Modalités du transfert	Nature des contrats concernés
Automatique et obligatoire	- baux commerciaux - contrats de travail - contrats d'assurance - tous les autres contrats, sauf clause contraire.
Sous réserve de l'accord ou de l'agrément du cocontractant	Les autres contrats contenant une clause d'agrément (notamment les contrats <i>intuitu personae</i> ).

## 5. Conformité/compliance

Le respect des règles et réglementations, qu'on appelle aussi « compliance » ou conformité, est un des éléments essentiels du dispositif de contrôle interne qui permet à une entreprise de gérer ses risques et d'atteindre ses objectifs.

Il s'agit ainsi d'identifier, évaluer et contrôler les risques de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, de perte financière significative, ou d'atteinte à la réputation, qui naissent du non respect de dispositions propres aux activités bancaires et financières, qu'elles soient de nature législatives ou réglementaires, ou qu'il s'agisse de normes professionnelles et déontologiques, ou d'instructions de l'organe exécutif.

En France, depuis l'exercice 2003, la Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 (Loi de Sécurité Financière) impose aux Présidents de Conseil d'Administration (Code de Commerce, article L.225-37) ou de Conseil de Surveillance (Code de Commerce, article L.225-68) de rendre compte, dans un rapport joint au rapport annuel, des conditions de fonctionnement du conseil et des procédures de contrôles internes.



### **Ce qu'il faut retenir :**

**Le juge saisi d'une action en responsabilité pourra le cas échéant se référer au contenu de ce rapport comme modèle pour juger du comportement des dirigeants ou de la société.**

D'où l'importance de conserver et de transmettre des documents de contrôle interne tels que :

- rapports annuels de gestion ;
- plans d'audit ;
- rapports d'audit ;
- dossiers de certification (inclus référentiels d'audit, suivi des actions, etc.).

## **Dans le domaine finances/comptabilité**

### **Les typologies de documents ...**

- Liasse fiscale complète des trois exercices clos précédant le projet de fusion/cession/scission
- Bilan, compte de résultat et annexe des trois exercices clos précédant le projet de fusion/cession/scission (avec détail des comptes)
- Analyse du Bilan sur les trois derniers exercices
- Comptes consolidés certifiés par le commissaire aux comptes
- Déclarations de taxe professionnelle souscrites au cours des trois années précédant le projet de fusion/cession/scission accompagnées du détail des bases déclarées (formulaires 1003, 1003 R, etc.)
- Déclaration de plafonnement de la taxe professionnelle en fonction de la valeur ajoutée souscrite au titre des trois derniers exercices
- Déclarations n° 3310 – CA3 de TVA des trois derniers exercices
- Taxe sur les salaires
- Copie de tous documents et déclarations ayant trait à des régimes fiscaux particuliers dont la Société aurait pu bénéficier au cours des (cinq) dernières années (traités de fusion ou d'apport partiel d'actifs ou de scission, échanges de titres, etc.)
- Déclarations de livraison à soi-même, le cas échéant
- Déclarations d'échange de biens pour les trois derniers exercices
- Avis d'imposition Impôt sur les Sociétés (IS)
- Etats de rapprochements bancaires
- Liste des comptes bancaires et extraits des comptes bancaires ouverts au nom de la Société
- Pièces relatives aux derniers contrôles fiscaux et douaniers, en cours ou passés, réglés ou non, pour les trois derniers exercices (inclus avis de vérification et avis de redressement)
- Déclarations DADS1 et DADS2 des trois derniers exercices

- Déclarations de crédit d'impôt recherche et crédit d'impôt formation, le cas échéant, accompagnées du détail des sommes déclarées
- Copies des lettres et conventions en cas d'intégration fiscale du groupe, ainsi que tous documents relatifs à l'option pour le régime de groupe, renouvellement et/ou modification du périmètre du groupe
- Rapports annuels des trois derniers exercices
- Présentation des règles et principes comptables (avec changements pour les trois derniers exercices, si existants) et description du système d'information comptable
- Balances générales des trois derniers exercices
- Détail des immobilisations corporelles et incorporelles (inclus registre)
- Tableau d'amortissements
- Etat détaillé des placements : registre des investissements, nombre de titres, coût historique, dépréciation, valeur faciale, valeur de marché et gains/pertes réalisés, notations
- Emprunts financiers portant intérêts (contrats de prêts, prêteur, montant, échéancier, intérêts, autres conditions)
- Détail des dettes (avec réconciliation aux états financiers)
- Comptes de régularisation
- Liste et détail de tous les engagements hors bilan donnés (avec réconciliation aux états financiers)
- Détail des autres éléments du hors bilan (avec réconciliation aux états financiers)
- Détail de la provision pour risques et charges : explications des litiges et des montants (avec réconciliation aux états financiers)
- Détail des litiges non provisionnés
- Politique de provisionnement pour les créances âgées/douteuses/irrécouvrables
- Provisions pour dépréciation des comptes de clients douteux
- Détail du chiffre d'affaires et ventilation du chiffre d'affaires par produit
- Détail des frais généraux par nature de coûts
- Détail des charges de personnel par département/fonction
- Détail de la méthode de ventilation des frais généraux (clés de répartition et évolution)
- Détail des accords d'externalisation de services et des frais qui y sont liés
- Revenus par type de produit
- Prêts, cautions, avals et garanties :
  - *Tout contrat de prêt ou toute facilité ou convention financière (en particulier tout découvert bancaire et/ou compte courant) auquel la Société est partie, avec ses termes et conditions (durée, taux d'intérêt, garantie, clause de remboursement anticipé, etc.)*
  - *Toute garantie/caution/lettre d'intention, tout aval ou autre engagement de payer de même nature consenti(e) par la Société ainsi que la délibération du Conseil d'Administration autorisant l'octroi des garanties*
  - *Toute garantie ou tout engagement de nature similaire donné(e) par les actionnaires à des tiers en garantie des dettes ou obligations de la Société*
  - *Tout contrat d'assurance-crédit (permettant de prémunir contre l'insolvabilité des clients et de limiter les impayés)*

### ... pour quels enjeux juridiques

#### **1. Comptabilité**

En principe, les éléments d'actif et de passif de la société absorbée/scindée sont repris dans les comptes de la société bénéficiaire à la valeur pour laquelle ils figuraient dans les comptes de la société absorbée/scindée avant l'opération. (cf. Règlement Comité de la Réglementation Comptable n° 04-01 du 4 mai 2004, homologué par Arrêté du 7 juin 2004, Annexe § 2 → Principe d'inscription des apports dans les comptes de la société bénéficiaire : « Les apports sont inscrits dans les comptes de la société bénéficiaire pour les valeurs figurant dans le traité d'apport »).



### **Ce qu'il faut retenir :**

D'un point de vue comptable, le régime des fusions /acquisitions se caractérise également par le principe de la continuité/transmission.

## **2. Fiscalité**

Le législateur a introduit un régime de faveur en ce qui concerne les impôts directs, pour les sociétés relevant de l'impôt sur les sociétés (art. 210-A et suiv. CGI). La fusion (ou la scission) n'est alors plus considérée comme une disparition d'entreprise, mais comme une simple opération intercalaire sans incidence fiscale particulière, la société absorbée (ou scindée) poursuivant son activité au sein de la société absorbante ou des sociétés bénéficiaires.

Au regard de la société absorbée (ou scindée), les bénéfices réalisés avant la fusion (ou la scission) et non encore taxés deviennent immédiatement imposables. En revanche, seules les provisions devenues sans objet (art. 210-A-2 CGI) sont taxées. Par ailleurs, les plus-values, sous conditions, ne sont pas immédiatement imposables (art. 210-A-1 CGI).

Au regard de la société absorbante (ou des sociétés bénéficiaires), compte tenu du caractère intercalaire de la fusion (ou de la scission), celle-ci ne subit pas d'imposition immédiate particulière, mais elle doit reprendre certaines obligations jusque-là supportées par la société absorbée (ou scindée), concernant les inscriptions au bilan, la réintégration de bénéfices et de plus-values et le calcul des plus-values ultérieures afférentes aux éléments non amortissables (art. 210-A-3 CGI).

Par ailleurs, eu égard à la TVA, les apports qui entrent dans son champ d'application (stocks, certains biens immobiliers) en sont néanmoins exonérés, à la condition que la société absorbante (ou les sociétés bénéficiaires) s'engage à procéder ultérieurement, si besoin est, à certaines régularisations (art. 257 bis CGI).

Enfin, en ce qui concerne les droits d'enregistrement, l'opération de fusion (ou de scission) n'est que très faiblement taxée : seul un droit fixe de 375 € ou 500 € est perçu (art. 816 CGI pour les fusions et art. 817 CGI pour les scissions et les apports partiels d'actifs).

## **Dans le domaine Immobilier**

### **Les typologies de documents ...**

- États hypothécaires
- Si la Société détient en pleine propriété des immeubles :
  - *actes de propriété*
  - *autorisations de construire*
  - *certificats d'urbanisme*
  - *copies des autorisations administratives nécessaires à l'usage des locaux (permis de construire, de démolir et déclarations de travaux/déclarations préalables)*
  - *rapports initiaux et finaux des Bureaux de Contrôle*
  - *PV de réception et de levées de réserve*
- En cas de copropriété :
  - *copies des PV AG de copropriété sur les trois dernières années*
  - *copie du mandat de syndic*
  - *copie du règlement de copropriété et de l'état descriptif de division*
- En cas de location :
  - *copie des baux (inclus avenants) et crédits-baux en cours*
  - *promesses de baux*
  - *cautions et garanties des locataires,*
  - *états des lieux d'entrée ou PV de livraison*

### ... pour quels enjeux juridiques

Propriétés - Les formalités de publicité propres à chaque type d'apport doivent être respectées pour rendre opposable aux tiers la transmission du patrimoine.

Ainsi, l'apport d'un immeuble exige une publicité au Service de la Conservation des hypothèques ; cette institution administrative et fiscale dépendant de la Direction Générale des Impôts, publie et conserve tous les droits existants sur les immeubles, et met à la disposition des tiers intéressés certaines données juridiques relatives aux immeubles : mutations, droit d'usufruit ou d'usage et d'habitation, servitudes, privilèges et hypothèques, restrictions au droit de disposer, etc.



#### **Ce qu'il faut retenir :**

**Le transfert de propriété ne devient opposable aux tiers que par la publication régulière de l'acte de cession à la Conservation des hypothèques.**

Baux commerciaux - Aux termes de l'article L145-16, al.2 du Code de Commerce, « En cas de fusion de sociétés ou d'apport d'une partie de l'actif d'une société réalisé dans les conditions prévues à l'article L.236-22 la société issue de la fusion ou la société bénéficiaire de l'apport est, nonobstant toute stipulation contraire, substituée à celle au profit de laquelle le bail était consenti dans tous les droits et obligations découlant de ce bail. »

Cependant, comme le droit que le locataire tient de son bail est un droit de créance, la cession doit être signifiée au propriétaire bailleur, faute de quoi elle ne lui serait pas opposable (art. 1690 Code civil).

La notification au bailleur peut revêtir plusieurs formes :

- par exploit d'huissier ;
- (acceptée) par acte authentique.

Quelle qu'en soit la forme, la signification doit mentionner les éléments essentiels du contrat et obtenir l'acceptation expresse du bailleur. Cependant, l'absence de signification peut être couverte par l'acquiescement du bailleur qui a reçu les loyers et établi les quittances au nom de l'acheteur sans la moindre réserve (Cass. Civ. 3ème, 14 décembre 1994, n° 92-19351).

Les possibles sanctions en cas de défaut de notification de la cession sont les suivantes :

- le locataire cédant est tenu de toutes les obligations du bail aussi longtemps que la cession n'a pas été notifiée ;
- le cessionnaire sans droit ni titre encourt le prononcé en référé d'une expulsion ainsi que la résiliation du bail.

A noter enfin que le bail prévoit souvent que le vendeur demeurera solidaire des loyers impayés par l'acheteur. C'est-à-dire qu'il demeurera responsable du paiement des loyers jusqu'à l'expiration du bail au cours duquel a eu lieu la cession, et ne joue plus en cas de renouvellement du bail au profit de l'acheteur. Cela signifie donc que le vendeur y est tenu, jusqu'à la fin de l'engagement qu'il avait initialement contracté. La durée de la solidarité peut se négocier, mais une diminution de cette durée ne peut être imposée.



#### **Ce qu'il faut retenir :**

**Une cession de droit au bail doit être notifiée au bailleur. Les modalités de solidarité entre le vendeur et l'acheteur peuvent être encadrées.**

## **Dans le domaine Assurances**

### **Les typologies de documents ...**

- Polices d'assurance avec leurs avenants ainsi que les conditions générales et particulières
- Informations sur les risques couverts (responsabilité civile de la Société, risques affectant les immobilisations et les stocks, etc.)
- Détails sur toutes les réclamations ou déclarations de sinistre faites en vertu de ces polices d'assurance au cours des dix dernières années, réglées ou non (cf. garantie décennale en matière d'assurance dommage-ouvrage)
- Attestations de paiement des primes d'assurance

### **... pour quels enjeux juridiques**

L'étude des contrats d'assurance doit permettre au candidat acquéreur :

- d'analyser les contrats d'assurance en cours, tant au regard de l'activité, des moyens d'exploitation que des dirigeants d'entreprises (risques couverts, garanties souscrites, franchise applicable, montant des primes) ;
- de connaître les sinistres déjà survenus ;
- d'identifier les risques non couverts ;
- d'envisager la modification et/ou la conclusion de nouveaux contrats d'assurance.

## **Dans le domaine Propriété intellectuelle**

### **Les typologies de documents ...**

- Tous documents (enveloppes Soleau incluses) ou conventions justifiant de l'existence et du dépôt des brevets, marques commerciales, dessins et modèles dont la Société est propriétaire
- Tous documents relatifs aux actions en nullité, contrefaçon ou aux procédures intentées par ou contre la Société en rapport avec tout nom, marque, brevet ou plus généralement tout droit de propriété intellectuelle
- Le cas échéant, copie de toute transaction ou désistement d'instance<sup>2</sup>
- Tous contrats de licence
- Relevés des redevances perçues ou versées (INPI) sur 3 ans

### **... pour quels enjeux juridiques**

En matière de propriété intellectuelle, qu'il s'agisse des brevets, des marques, des dessins et modèles ou même des logiciels, lorsqu'intervient un transfert de propriété des droits (par cession ou par succession dans le cadre d'une transmission universelle de patrimoine ou d'un apport partiel d'actifs), le Code de la Propriété Intellectuelle (articles R512-15, R613-55 et R714-4) impose que cette cession soit inscrite dans les registres nationaux des brevets, des marques, des dessins et modèles ou des logiciels, selon le cas. Ces quatre Registres nationaux concernant les titres de propriété intellectuelle sont tenus à l'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI). Y sont inscrits les actes modifiant ou transmettant les droits attachés aux titres de propriété intellectuelle concernés.

L'oubli d'inscrire un changement de titulaire du titre de propriété intellectuelle au Registre national correspondant, par exemple après une fusion/absorption, condamne ainsi le détenteur du titre à ne pas pouvoir agir en justice contre les tiers jusqu'à ce que la situation soit régularisée par une inscription conforme (Cour d'appel de Paris, 19 décembre 2007).



### **Ce qu'il faut retenir :**

L'inscription au Registre national permet de rendre la cession opposable aux tiers. A défaut, l'acheteur dispose de la propriété du titre sans pouvoir le faire valoir en justice contre un éventuel contrefacteur.

<sup>2</sup> Le désistement d'instance est la renonciation à une instance engagée, qui n'interdit cependant pas de reprendre l'instance ultérieurement (sauf jeu de la prescription ou délais pour agir) CR2PA – Livre blanc sur les Fusions/acquisitions-2010

## **Dans le domaine Ressources humaines/Relations sociales**

### **Les typologies de documents ...**

- Présentation de la Société
  - *Organigramme de la Société avec ses effectifs*
  - *Liste du personnel, nature du contrat de travail (CDD ou CDI), temps de travail, ancienneté, fonction (qualification, titre et coefficient), salaires et avantages divers (détail des différents éléments de salaire en vigueur dans l'entreprise : fixes, commissions, primes, remboursements de frais, avantages en nature, etc.) et contrats de travail particuliers (personnes handicapées, contrats de travail suspendus pour maladie, maternité, etc.)*
- Statut collectif applicable au personnel
  - *Référence de la Convention collective applicable et/ou texte des accords d'entreprise applicables*
  - *Règlement intérieur*
  - *Accords de participation, d'intéressement et plans d'épargne d'entreprise applicables*
  - *Liste des usages en vigueur (congrés payés supplémentaires, primes, etc.) ou des accords atypiques signés avec les représentants du personnel (CE ou DP)*
  - *Institutions et taux de cotisations en matière de retraite complémentaire, prévoyance et éventuellement mutuelle*
- Statut individuel applicable au personnel
  - *Contrats de travail des salariés et leurs différents avenants (ou contrats types)*
  - *Exemples de bulletins de paie, correspondant à différentes rémunérations et statuts (cadres - dirigeants et non-dirigeants, ouvriers, commerciaux, etc.)*
- Représentation du personnel en place
  - *Nombre de délégués du personnel*
  - *Nombre de membres du comité d'entreprise (y compris représentants syndicaux au CE)*
  - *Nombre de membres du CHSCT*
  - *Comptes rendus du CHSCT des trois dernières années*
  - *Existence et importance des sections syndicales (nom des syndicats, nombre et noms des délégués syndicaux et appartenance, résultats obtenus par les syndicats lors des deux dernières élections professionnelles)*
  - *Mouvements sociaux récents organisés par les syndicats et appréciation de la mobilisation du personnel*
  - *Communication des procès-verbaux de réunion des représentants du personnel et documents diffusés par les organisations syndicales au cours des deux dernières années*
  - *Communication des procès-verbaux d'élections des deux dernières élections*
  - *Rapports du Comité d'Entreprise des deux dernières années*
- Durée du travail
  - *Durée du travail applicable, horaires et répartition dans la semaine (inclus durée de travail des cadres)*
  - *Mode d'organisation du travail (modulation, travail en continu 7 jours sur 7, horaires individualisés par exemple)*
  - *Modalités de contrôle de la durée du travail (pointeuses, feuilles de temps, etc.)*
  - *Présentation d'un tableau visualisant le nombre d'heures supplémentaires effectuées annuellement au cours des deux dernières années civiles*
  - *Modalités de paiement des heures supplémentaires et des repos compensateurs (salaires forfaitaires, application des majorations légales, récupération, etc.)*
  - *Nombre d'arrêts de travail sur les trois dernières années*
- Recours au travail précaire
  - *Nombre de contrats de travail à durée déterminée et de contrats d'intérim auxquels la Société a recouru au titre des deux dernières années*
  - *Motifs de recours utilisés (remplacement, surcroît d'activité, etc.)*
  - *Communication de modèles de contrats de travail à durée déterminée utilisés les deux dernières années*



- Licenciements et démissions
  - *Licenciement collectif pour motif économique survenu au cours des trois derniers exercices (inclus les dates et le nombre de licenciements)*
  - *Licenciements individuels pour motif personnel ou économique survenus au cours des trois dernières années (inclus les dates et la nature du licenciement)*
  - *Liste du personnel démissionnaire*
  - *Plan de restructuration/départs volontaires au cours des trois dernières années*
- Visites des organismes de contrôle
  - *Inspections et contrôles (récents, en cours ou imminents) en matière d'emploi, de conditions de travail, de sécurité sociale, d'hygiène, de sécurité ou toute autre administration en relation avec les salariés (Inspection du Travail et Médecine du Travail)*
  - *Dates et détails sur ces contrôles*
  - *Rapports émis à l'issue de deux derniers contrôles*
  - *Le cas échéant, indication des sanctions prises à l'encontre de la Société, et des mesures prises par celle-ci pour se mettre en conformité*
  - *Tous courriers échangés à ce titre depuis trois ans*
  - *Dates des différents contrôles URSSAF et copie de ses conclusions au cours des six dernières années*
- Contentieux
  - *Contentieux prud'homaux ou sociaux en cours (Prud'hommes, Appel, Cassation)*
  - *Contentieux prud'homaux ou sociaux potentiels*
- CNIL
  - *Liste de tous les traitements automatisés de données à caractère personnel effectués par la Société, ainsi que toutes les déclarations correspondantes effectuées auprès de la CNIL.*

## ... pour quels enjeux juridiques

### 1. Contrats de travail

L'article L.1224-1 du Code du Travail dispose qu'en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, tous les contrats de travail des salariés en cours au moment de la modification sont transmis de plein droit au nouvel employeur.

Ce principe de l'automaticité des transferts s'applique ainsi en cas de fusion, cession et de scission, mais aussi lorsque l'opération de reprise concerne une entité économique autonome, et que l'activité est poursuivie avec les mêmes moyens.

En définitive, il est admis que l'article L.1224-1 du Code du Travail s'applique en cas de :

- cession totale de l'entreprise ;
- cession partielle de l'entreprise dès lors qu'il s'agit d'une entité économique autonome et que l'activité est poursuivie avec les mêmes moyens : dans ce cas, tous les contrats de travail des salariés affectés à l'activité cédée sont transférés ;
- fusion de l'entreprise avec une société nouvelle ou existante ;
- scission de l'entreprise en deux ou plusieurs sociétés nouvelles ou existantes.

Les contrats concernés étant ceux en cours d'exécution à la date de la modification juridique de l'employeur, un contrat de travail simplement suspendu (maladie, maternité, etc.) bénéficie donc de ces dispositions. Il en est de même pour le salarié en détachement ou encore le salarié en congé parental d'éducation.

*A contrario*, un salarié qui a été licencié antérieurement à la date du transfert ne saurait logiquement prétendre à l'application de l'article L1224-1 du Code du Travail.

Les dispositions de l'article L.1224-1 du Code du Travail n'obligent pas l'employeur à informer l'employé de la cession de l'entreprise dans laquelle il est employé. De plus, le transfert du contrat de travail étant automatique, l'employeur n'a pas à notifier au salarié le transfert de son contrat (Cass. Soc., 23 octobre 1968). Le transfert du contrat de travail s'impose de plein droit au salarié (Cass. Soc., 16 janvier 1990, n° 88-40054).



Par conséquent, le contrat de travail est maintenu dans les mêmes conditions où il était exécuté au moment de la modification (Cass. Soc., 24 janvier 1990, n° 86-41497). Le salarié concerné doit donc conserver sa rémunération contractuelle (Cass. Soc., 17 mars 1998), sa qualification (Cass. Soc., 5 janvier 1967), son ancienneté (Cass. Soc., 12 mars 1967).

Les dispositions de l'article L.1224-1 du Code du Travail sont d'ordre public. Le nouvel employeur ne peut refuser de reprendre, au moment où il reprend l'entreprise, les contrats de travail en cours (Cass. Soc., 30 novembre 1978, n° 77-40810).



### **Ce qu'il faut retenir :**

Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, les contrats de travail en cours au jour où intervient la modification sont automatiquement transférés au nouvel employeur.

## **2. Dossiers Individuels du Personnel (DIP)**

Suivant le même raisonnement, les dossiers individuels des salariés « transférés » doivent également être transmis au nouvel employeur. Comme pour le cas d'une mutation interne au sein d'un Groupe industriel, le dossier individuel est transmis dans son intégralité par la société d'origine à la nouvelle société. Le dossier transmis doit comporter toutes les pièces originales (cf. principe de l'unicité du dossier). La société d'origine ne peut garder qu'une copie des pièces qu'elle juge nécessaire de conserver.

## **3. Dettes/créances sociales**

En vertu du principe de l'obligation solidaire des employeurs successifs posé par l'article L. 1224-2 du Code du Travail, le salarié peut s'adresser au nouvel employeur pour le paiement des créances nées du contrat de travail, ou même des dommages-intérêts qui ne lui auraient pas été payés par l'ancien employeur (Cass. Soc., 14 mai 2008, n° 07-42341). Les dommages-intérêts liés à un manquement de l'employeur cédant sont dus par le cessionnaire.

Toutefois, l'acquéreur dispose de la possibilité d'exercer un recours contre le vendeur pour les sommes dues avant le transfert et dont ce dernier ne se serait pas acquitté.

Enfin, le salarié conserve la possibilité de réclamer directement à son ancien employeur le paiement des créances antérieures au transfert. En effet, l'ancien employeur n'est pas déchargé de ses obligations envers ses anciens salariés du seul fait de la substitution d'employeurs.

De la même façon, il appartient au nouvel employeur de payer les indemnités de congés des contrats en cours.

Ainsi, l'indemnité de congés payés, qui n'incombe pas à l'employeur au jour de la modification de la situation juridique, mais n'est due au salarié qu'à la date où s'ouvre la période des congés annuels, doit être réglée dans sa totalité par le nouvel employeur.

Néanmoins, en ce qui concerne la fraction correspondant à la période antérieure au transfert, le nouvel employeur est fondé à en demander le remboursement à l'ancien, à défaut de convention contraire entre les parties.

## **Dans le domaine Santé/Sécurité/Environnement**

### **Les typologies de documents ...**

- Autorisations et/ou déclarations effectuées au titre de la réglementation sur les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE)
- Procès-verbaux de visite de l'Inspection des Installations Classées
- Liste des éventuels incidents et des mesures prises pour les corriger
- Etat de pollution des sols prescrit par l'article L.512-18 du Code de l'Environnement
- En cas de pollution, évaluation simplifiée/détaillée des risques (ESR/EDR) et l'estimation du coût de dépollution
- Rapport d'audit sur l'absence de pollution du sol et du sous-sol
- Rapports, examens, tests effectués en vue de déceler la présence d'amiante dans les locaux occupés par la Société
- Accidents du travail ou maladies professionnelles survenus au cours des trois derniers exercices (inclus les dates et la nature des accidents ou maladies)
- Contrats d'exploitation et d'entretien – inclus éventuels avenants – des éléments d'équipement suivants (+ notices d'entretien correspondantes) : ascenseurs, monte-charges, air conditionné, extincteurs, chauffage, sprinklers, vérifications de sécurité, groupes électrogènes, dératisation, gardiennage, enlèvement et traitement des déchets, etc.
- Contrats de maintenance et rapports de service de maintenance de ces éléments d'équipements (liste des appareils mis en œuvre avec marques et références et si possible, factures et certificats de garanties)
- Derniers rapports de vérifications périodiques de ces installations/éléments d'équipements
- Derniers rapports des Bureaux de Contrôle concernant le plomb et les termites
- Etat des risques naturels et technologiques
- Diagnostic performance énergétique.

### **... pour quels enjeux juridiques**

L'Administration – c'est-à-dire les Préfets – dispose à l'encontre du dernier exploitant d'un site industriel de pouvoirs de police lui permettant de prescrire par le biais d'arrêtés toutes les mesures utiles à la dépollution de son installation. Mais il n'est pas toujours aisé de déterminer qui est le « dernier exploitant » (voir tableau récapitulatif ci-après).

Les enjeux financiers sont d'autant plus importants que la prescription en la matière est de 30 ans (article L152-1 du Code de l'Environnement) et qu'il est le plus souvent impossible d'appréhender ce que coûtera la réalisation effective d'une dépollution de site : dépollution du sol selon diverses hypothèses de réutilisation du site, coûts d'investissement et de fonctionnement d'une mise aux normes d'un système de rejets d'effluents gazeux ou liquides, etc.

Face à de tels risques pouvant dans certains cas, représenter plusieurs fois le prix de vente, l'on se trouve confronté au problème de la couverture du risque que l'acquéreur exige du vendeur dans le cadre d'une garantie de passif environnemental.



### **Ce qu'il faut retenir :**

**La réhabilitation des sites et sols pollués par l'exploitation d'installations classées – et le coût de la dépollution associée – pèse, en principe, sur le dernier exploitant.**

## 1. Tableau récapitulatif : qui est responsable de l'obligation de remise en état d'un site pollué ?

En cas de...	L'obligation de remise en l'état pèse sur...
Cessation d'activité	L'exploitant de l'installation qui cesse son activité. [Articles L512-6-1, R512-74 à R512-76 du Code de l'Environnement]
Succession d'exploitants exerçant la même activité	Le dernier exploitant en titre de l'installation qui a généré la pollution. En effet, lorsqu'une activité industrielle est cédée, la qualité d'exploitant est acquise au cessionnaire. [Article R512-74 du Code de l'Environnement]  Le changement d'exploitant d'une ICPE implique une déclaration au Préfet dans le mois qui suit la prise en charge de l'exploitation. Il est recommandé aux repreneurs de réaliser des diagnostics de sol avant d'acquérir l'entreprise.
Succession d'exploitants exerçant des activités différentes	L'exploitant de l'installation à l'origine de la pollution.  Le dernier exploitant d'une installation distincte des précédents occupants du site n'est tenu que des obligations de remise en état inhérentes à son activité propre. Il ne saurait être tenu pour responsable de pollutions inhérentes à d'autres exploitations/activités. [CE, 17 novembre 2004, n°252514, Société Générale d'Archives]  En cas d'impossibilité de rattachement de la pollution à l'activité génératrice, l'obligation pèse sur le dernier exploitant, à moins que celui-ci ne soit en mesure de démontrer l'absence de lien entre la pollution en cause et son activité. [CAA Douai, 15 février 2001, M. et Mme Joveneaux]
Activité appartenant à un groupe de sociétés	La société-mère : en se fondant sur les liens qui unissent la société exploitante à la société-mère et constatant que cette dernière contrôlait en réalité le site industriel, le juge administratif peut mettre à la charge de la société-mère la remise en état pesant sur la filiale exploitante. [CAA Douai, 26 juillet 2001, Société Auxilor]
Fusion/absorption de la société	La société absorbante issue de fusions successives est considérée comme l'ayant droit de l'ancien exploitant, et à ce titre, comme le débiteur légal de la remise en état. Elle peut se voir prescrire la réalisation d'une évaluation détaillée des risques et de travaux de réhabilitation du site. [CE, 10 janvier 2005, n° 252307, Société SOFISERVICE]
Exploitant locataire	La charge de la dépollution d'un site industriel incombe au locataire dernier exploitant et non au propriétaire du bien pollué. [Cass. Civ. 3ème, 2 avril 2008, n° 07-12155 et 07-13158]
Apport partiel d'actifs	La société bénéficiaire de l'apport partiel d'actifs placé sous le régime des scissions portant sur la branche d'activité qui a provoqué la pollution, devient débitrice de l'obligation de remettre en l'état l'installation classée. Elle ne peut opposer la clause de non recours figurant dans le contrat de vente. [Cass. Civ. 3ème, 2 décembre 2009, n° 08-16563]

## 2. Cas des dossiers individuels Médicaux (DIM)

Les dossiers médicaux des salariés concernés sont transmis à la nouvelle société, sur le même principe que les contrats de travail.

L'importance de la bonne transmission de ces dossiers est capitale eu égard notamment aux risques d'indemnisation de salariés ou d'anciens salariés atteints de maladies professionnelles dont l'origine remonterait à la période d'avant cession.

Une attention particulière doit être portée :

- aux éventuels contentieux en vue d'obtenir réparation d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ;
- aux arrêts de travail en cours (accident du travail et maladie professionnelle) ;
- aux risques professionnels (bruit, amiante) qui pourraient conduire au paiement d'indemnités dans le futur.



### **Ce qu'il faut retenir :**

En cas de fermeture de Société ou de changement de Société pour le salarié, le responsable Archivage en collaboration avec le Médecin du Travail Société doit adresser un courrier afin d'informer et proposer le transfert des DIM :

- soit au Médecin du Travail de la nouvelle société,
- soit au Médecin Inspecteur Régional du Travail et de la Main-d'œuvre.

## **Dans le domaine Achats/Ventes**

### **Les typologies de documents ...**

- Tout contrat dont la durée excède une année ou est à durée indéterminée et/ou comprend une période de préavis de trois mois ou plus
- Tout contrat prévoyant un préavis égal ou supérieur à trois mois et dont la résiliation donnerait lieu au paiement d'une indemnité au cocontractant
- Tout contrat de fourniture, sous-traitance, fabrication, maintenance, agence ou représentation commerciale, etc.
- Tout accord conclu avec des clients de la Société prévoyant des délais de paiement supérieurs à 60 jours
- Toutes conditions générales de vente, de service ou d'achat, tarif, garantie produit
- Factures types/modèles de factures utilisées par la Société
- Tout engagement de non-concurrence ou autre convention limitant la liberté de la Société à faire concurrence à quiconque dans quelque domaine et dans quelque zone géographique que ce soit
- Brochures et documentations commerciales relatives aux produits de la Société
- Plus généralement, tout contrat, accord ou convention présentant une certaine importance pour la Société
- Liste des dix plus importants clients ainsi que le chiffre d'affaires réalisé sur l'exercice en cours avec chacun d'eux
- Liste des dix plus importants fournisseurs (inclus degré de dépendance auprès de ces fournisseurs)
- Liste des principaux clients débiteurs (indication du montant et de l'ancienneté de la dette)
- Business plan décennal par produit
- Liste des agents liés et courtiers (inclus zone géographique couverte et chiffre d'affaires)
- Positionnement concurrentiel par ligne d'activité
- Analyse client et pénétration du marché.

### **Informatique**

- Contrats relatifs aux droits de propriété et d'exploitation des logiciels et progiciels utilisés par la Société
- Contrats de maintenance et d'assistance concernant ces logiciels et progiciels
- Tout autre contrat de fourniture de services informatiques conclu par la Société
- Procédure mise en place par la société pour se prémunir contre les virus et les intrusions dans les systèmes.



## Fiche 3

### Le cas de la *due diligence*/data room

#### **En guise d'introduction**

Depuis le début des années 1960, la jurisprudence considère qu'il n'appartient pas uniquement à l'acquéreur d'une société d'être curieux, et oblige désormais le vendeur à fournir une information préalable au candidat à l'acquisition, sous peine de dommages et intérêts en cas de dol<sup>3</sup>.

En outre, on constate en pratique qu'un dossier insuffisamment ou mal préparé, où l'acquéreur est obligé de chercher lui-même les documents ou informations – voire découvre des erreurs ou des anomalies non révélées – perturbe les négociations, et la suspicion se substitue alors à la relation de confiance, puisque les parties sont présumées négocier de bonne foi.

Enfin, il convient en toutes circonstances de veiller à observer une stricte égalité de traitement des différents candidats dans la diffusion des informations : aucun candidat ne doit faire l'objet d'un traitement de faveur.

La data room permet dès lors d'assurer ce même niveau d'information à l'ensemble des acquéreurs potentiels.

#### **Mais qu'est-ce qu'une data room ?**

Dans le cadre d'une opération de fusion/acquisition, la data room – qui peut être sous forme physique ou virtuelle – désigne le lieu où l'ensemble des documents juridiques, fiscaux, comptables et économiques d'une société sont mis à la disposition des acquéreurs potentiels et de leurs conseillers pour réaliser l'audit d'acquisition (ou « due diligence »), en vue d'évaluer la situation réelle de cette société et la valeur de ses actifs.

La Recommandation COB n° 2003-01 du 6 novembre 2003, applicable aux procédures de data room dans les sociétés cotées, précise qu'une procédure de data room doit être :

- limitée à la cession de participations significatives ;
- sécurisée par la conclusion d'accords de confidentialité ;
- réservée aux personnes témoignant d'un intérêt sérieux d'acquies.

En tout état de cause, la data room permettra de déterminer, en cas de litige post-cession, ce que l'acheteur connaissait de la situation de la société au moment où il l'a acquise.

D'où l'importance de faire en sorte que le contenu de la data room reflète le plus fidèlement possible la situation réelle de la société concernée, et de conserver les documents la composant pendant une durée qui couvre d'éventuels litiges survenant ultérieurement à l'opération.

<sup>3</sup> Ensemble des agissements trompeurs ayant entraîné le consentement qu'une des parties à un contrat n'aurait pas donné, si elle n'avait pas été l'objet de ces manœuvres.

## Des questions ... et des réponses

### Question 1

**Existe-t-il une différence dans l'approche selon que l'on a affaire à une opération de fusion, d'apport partiel d'actifs, de scission, ou d'acquisition ?**

**Ou bien s'agit-il globalement de la même démarche ?**

#### Réponse :

Il n'y a pas vraiment de différence quelle que soit l'opération : l'approche est souvent la même, même si dans certains cas, on maîtrise plus de paramètres que dans d'autres. Ainsi par exemple, lors d'un apport partiel d'actifs on sait logiquement ce que l'on apporte, alors que dans une acquisition il va falloir le découvrir.

En fait, la différence se situe plutôt au niveau de la nature des documents consultables dans la data room, leur exhaustivité, leur nombre, leur niveau de confidentialité, ainsi que la façon dont toute cette information est structurée.

En effet, la consultation d'une data room est une opération qui se déroule en plusieurs temps : plus on progresse dans la transaction, moins les acquéreurs potentiels sont nombreux, mais plus leur souhait d'acheter est réel et sérieux ; le vendeur est donc plus enclin à montrer au fil de l'eau des documents qu'il n'avait pas mis à disposition dans la première version de la data room, afin de répondre aux nouvelles questions posées par les candidats acquéreurs.

A noter que dans le cas d'une fusion, les remontées d'informations se font de façon symétrique, c'est-à-dire que les différents documents sont remis en même temps à l'une et à l'autre des parties en présence.

### Question 2

**Existe-t-il un cadre légal/réglementaire/interne particulier lorsqu'il s'agit d'une société cotée ?**

#### Réponse :

Lorsqu'il s'agit d'une société cotée, chaque opération est effectivement encadrée par l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), qui se prononce sur la conformité ou la non-conformité d'une telle opération.

Ainsi, toute personne qui lance une Offre Publique d'Achat (OPA) sur une société cotée (« l'initiateur ») établit et met à disposition du public une note d'information visée par l'AMF, après examen par celle-ci des conditions de recevabilité du projet et vérification de la qualité de l'information destinée aux investisseurs.

Cette note d'information comporte l'ensemble des informations relatives à l'offre : prix (en cas d'OPA) ou parité proposée (en cas d'Offre Publique d'Echange - OPE), financement de l'opération, accords relatifs à l'offre, etc.

Dans le cas d'une fusion ou d'un apport partiel d'actifs, le document d'information contient des données spécifiques telles que :

- les motifs et les buts de l'opération ;
- la valorisation des apports ;
- le rapport d'échange retenu (nombre de titres de la société bénéficiaire des apports, remis en rémunération des apports) ;
- les éléments de détermination de la parité d'échange (comparaison des actifs nets, résultats, cours de bourse, dividendes, etc.) ;
- les conséquences de la fusion ou des apports sur la société bénéficiaire des apports.

Il contient également une présentation complète de la société absorbante qui remet des actions en échange et des actifs apportés. Il s'agit de renseignements juridiques (statuts de la société, etc.), financiers, et de données relatives au capital et à l'activité de la société, etc.

L'organisation d'une data room ne dépend quant à elle que de l'accord des parties en présence, quelles que soient l'opération et la société concernée.

### **Question 3**

**La phase de « due diligence » est-elle légalement obligatoire ?**

#### **Réponse :**

Non, la phase de « due diligence » n'est pas imposée par la loi française ; il s'agit plutôt d'un principe de bonne gouvernance.

Elle est cependant très fortement recommandée, afin de rendre la société ou l'activité mise en vente la plus attractive possible aux yeux des potentiels acquéreurs.

Par conséquent, elle a presque toujours lieu dans les faits puisque sans échanges d'informations, l'opération ne peut aboutir.

### **Question 4**

**Lorsqu'est officiellement prise la décision de lancer l'opération de fusion/acquisition, est-ce que l'élaboration d'une data room est à chaque fois obligatoire ? Quel en est précisément l'élément déclencheur ?**

#### **Réponse :**

La data room n'est pas « obligatoire » mais très fortement recommandée pour éviter toute (mauvaise) surprise. En effet, elle permet à l'acquéreur potentiel de se faire une opinion précise sur la société ou l'activité qu'il souhaite acheter.

En règle générale, le candidat acquéreur demande officiellement la mise en place d'une data room et l'autre partie en fixe les règles et modalités au moyen d'une Lettre d'Engagement de Confidentialité (ou Non Disclosure Agreement – NDA).

Cette lettre précise le caractère confidentiel des informations fournies - dont la connaissance du fait, par exemple, que la société soit à la recherche d'un repreneur - , interdit le débauchage du personnel de la cible d'acquisition par l'acquéreur potentiel et stipule les modalités d'échange des informations entre les parties.

Il est important de mettre en place un tel accord écrit avant tout échange d'information afin de s'assurer du sérieux de l'acquéreur potentiel et de protéger la société, surtout s'il s'agit d'une société cotée (cf. obligation de garantir un égal accès de tous les investisseurs à l'information).

D'autant que la divulgation d'informations confidentielles obtenues dans le cadre d'une data room serait susceptible d'avoir un impact significatif sur le cours de l'action.

quant à elle que de l'accord des parties en présence, quelles que soient l'opération et la société concernée.

### **Question 5**

**Existe-t-il une différence selon que l'opération est de nature offensive ou collaborative ?**

#### **Réponse :**

Non, mais on constate en pratique une approche différente, en jouant notamment sur la gestion du temps : en effet, la société cible n'est pas pressée de fournir les documents et informations demandés lorsqu'elle n'a pas envie de vendre...

Dans une opération de type offensif, la cible va donc essayer d'en montrer un minimum et l'attaquant va vouloir en voir le maximum. Dans une opération de type collaboratif, il n'y a pas de telles considérations.



## Question 6

**Comment la data room est-elle ou doit-elle être organisée et gérée ?**

### Réponse :

En général, c'est le vendeur ou le représentant du vendeur qui constitue et gère la data room.

Si data room physique : vendeur/cabinet d'avocats/banque d'affaire, avec signature des feuilles de présence.

Si data room virtuelle : hébergeur, avec traçabilité et élaboration de statistiques de consultation.

Il n'y a pas de règles particulières définies, mais on peut noter qu'elle est de plus en plus souvent sous forme virtuelle et quoi qu'il en soit très structurée.

Dans la data room virtuelle, les documents sont au besoin numérisés, classés et indexés pour les mettre à la disposition de toutes les parties candidates à l'opération. Celles-ci peuvent les consulter via un extranet ou internet, à tout moment de la journée et sans se déplacer. Elles ont en outre la possibilité de consulter simultanément les documents, ainsi que de poser des questions et obtenir des réponses en ligne.

En revanche, il n'est généralement pas possible de faire des sauvegardes ou même des copies des documents.

Il en va logiquement de même pour la data room physique, où il est généralement interdit à l'acquéreur potentiel et ses représentants d'emporter des copies avec eux hors de la data room : aucun document ne peut être emporté.

Dans ce cas de figure, il convient également de veiller à ce qu'aucun document ne soit annoté, altéré ou détruit. La préservation de l'intégrité des documents est capitale.

En tout état de cause, seules des copies de documents peuvent être consultées, aucun original papier ne doit se trouver dans la data room.

S'il y a des questions concernant les documents, les personnes intéressées formulent leurs demandes à la fin de la journée de consultation de la data room physique.

Que ce soit dans une data room physique ou virtuelle, des documents supplémentaires peuvent être inclus à tout moment, en réponse à une demande d'informations complémentaires de la part de l'acquéreur potentiel. Cependant, ils sont clairement distingués des premiers documents, dans des dossiers séparés.

En conséquence de cela, il convient de définir les aspects suivants :

- *conditions d'accès à la data room et personnes habilitées à y accéder ;*
- *modalités pratiques (lieu, horaires, sécurisation de la salle, mise à disposition d'un téléphone, etc.) ;*
- *liste-type des documents présents dans la data room ;*
- *définition du plan de classement ;*
- *durée de mise à disposition/consultation ;*
- *forme virtuelle : sur une plate-forme Web distribuant l'information aux différents acteurs concernés par la transaction avec des accès restreints (accès, impossibilité d'effectuer des impressions, téléchargement, limitation du temps de connexion..., etc.).*

A noter qu'une data room sous forme virtuelle est plus sécurisée qu'une data room physique. En effet, l'accès et l'échange des documents reposent sur l'utilisation d'un serveur d'authentification, ce qui permet en outre de faire expirer les droits sur les documents à tout moment, quel que soit leur lieu de stockage.



### **Question 7**

**Est-il possible de dresser une check-list des principaux documents que doit contenir une data room ?**

**Existe-t-il un modèle imposé par la loi ou par la pratique ?**

#### **Réponse :**

Il n'existe pas de modèle imposé par la loi. La pratique veut cependant que l'on retrouve toujours les mêmes thèmes correspondant aux grandes fonctions de l'entreprise, et chaque praticien (cabinet, avocat ou juriste d'entreprise) a son modèle de liste. Le schéma général peut varier en fonction de l'activité de l'entreprise.

### **Question 8**

**Quelle est la politique d'indexation appliquée à la data room ?**

**Existe-t-il un plan de classement type ?**

#### **Réponse :**

La constitution d'un plan de classement est a priori libre, mais elle apparaît dans les faits comme indispensable pour la lisibilité de la data room ; dans la pratique, les différents thèmes abordés sont sensiblement les mêmes d'une data room à une autre. Référencés selon un plan de classement structuré, les documents sont ainsi consultables plus facilement.

Pour ce qui concerne la data room sous forme virtuelle, le prestataire peut proposer un plan de classement type.

### **Question 9**

**Quelles sont les conditions d'accès à la data room ?**

**Existe-t-il des spécificités selon que celle-ci se présente sous forme physique ou virtuelle ?**

#### **Réponse :**

Les modalités d'accès à la data room sont fixées par accord entre les parties.

Cet accès est ainsi réservé aux acquéreurs potentiels, et presque systématiquement précédé de la signature d'un engagement de confidentialité afin notamment de protéger le secret industriel et commercial

(cf. Question 4).

Ainsi, avant d'accéder à la data room virtuelle, lors de chaque connexion sur le site, on doit cocher une case rappelant le caractère confidentiel des documents et informations mis à disposition.

Des comptes utilisateurs sont créés, et des droits d'accès délivrés pour préserver la confidentialité des dossiers. Un forum de discussion peut le cas échéant permettre aux utilisateurs d'intervenir et de poser des questions sur les détails de la transaction ou le contenu des documents.

Il y a en tout cas tout intérêt à disposer d'une traçabilité permettant de suivre et de conserver une trace de l'ensemble des opérations effectuées dans la data room, et d'en éditer des listes détaillées qui peuvent être annexées aux documents contractuels.

## Question 10

Quelle est la durée de conservation de la data room dans le cas où :

- l'opération de fusion/acquisition aboutit ?
- l'opération de fusion/acquisition est annulée ?

### Réponse :

A cet égard, la Recommandation COB n° 2003-01 du 6 novembre 2003 préconise que les Parties précisent entre elles, le cas échéant, la durée de pertinence des informations. Cette durée doit être adaptée à la diversité des informations concernées (exemples : projets de comptes, contrats, licences de marques, listes de clients, etc.).

La durée de conservation des data rooms n'est donc pas préalablement et légalement définie, elle est déterminée en pratique par les protagonistes.

Quoi qu'il en soit, il est nécessaire de conserver la data room dans l'éventualité d'un litige ultérieur, pour prouver que l'ensemble des informations demandées a été fourni et que celles-ci reflétaient bien la situation réelle de la société au moment de l'opération.

La data room recense en effet les documents de référence qui ont servi à la transaction.

Il est alors proposé, selon le cas de figure, une durée de :

**10 ans si l'opération aboutit :** l'on prend appui sur le nouveau délai de prescription en matière civile et commerciale, qui est désormais égal à 5 ans (cf. article 2224 du Code civil et article L.110-4 du Code de Commerce) auquel on ajoute une « marge de sécurité » due au point de départ glissant de ce délai, c'est-à-dire « à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer », et non pas à compter du jour où les faits ont eu lieu.

Quoi qu'il en soit, la data room doit être conservée pendant au moins toute la durée de la garantie de passif et d'actif – généralement comprise entre 3 et 5 ans – lorsque les différentes responsabilités et garanties ont été précisément définies (ce qui n'est pas toujours le cas).

Le point de départ de la durée de conservation de la data room est obligatoirement à compter de la signature du contrat de vente.

**5 ans si l'opération n'aboutit pas :** l'on raisonne ici par analogie entre les opérations de fusions/acquisitions et les appels d'offre (retenus et non retenus) ; ainsi, la durée de conservation des data rooms sera différente selon que l'opération est annulée ou que l'opération aboutit.

Cas de la circulaire du 30 décembre 1998 relative à la procédure de passation des marchés publics : « durée de conservation des dossiers présentés par les entreprises soumissionnaires qui n'ont pas été retenues ».

La circulaire préconise une durée de conservation de 5 ans à compter de la notification du marché à l'entreprise retenue : « Il est apparu qu'un délai de conservation d'au moins cinq ans était indispensable au regard de la périodicité quadriennale des contrôles a posteriori effectués par les juridictions financières. »

En tout état de cause, il apparaît nécessaire de couvrir la durée de l'engagement de confidentialité signé par les différents participants.

En effet, selon la Recommandation COB n° 2003-01, en l'absence de transaction à l'issue de la data room, les participants ne doivent ni divulguer ni exploiter les informations privilégiées transmises tant qu'elles n'ont pas été portées à la connaissance du public ou qu'elles n'ont pas perdu leur caractère significatif.

Pour une data room virtuelle, les règles de conservation sont à fixer contractuellement ; à l'issue de l'opération, le prestataire procède à la restitution complète de la data room au client.

A noter qu'en plus de la data room, il convient de conserver également la liste des personnes habilitées à y accéder ainsi que les accords de confidentialité signés.

## **En conclusion**

Cette première étape dans les travaux du Groupe a permis de débroussailler le sujet et de poser les bases.

Nous avons prévu de poursuivre nos travaux afin d'atteindre nos deux objectifs principaux qui sont et restent :

1. établir des règles (principes, exigences, recommandations) concernant l'archivage des documents pour chaque type d'opérations ;
2. définir le (les ?) mode(s) opératoire(s) à suivre : quelles sont les étapes « Archivage » dans une opération de fusion/acquisition ?
  - *quel logigramme choisir ?*
  - *qui sont les acteurs à chaque étape ?*
  - *quelles sont les données d'entrée/les données de sortie ?*
  - *quels sont les livrables ?*

Si vous êtes intéressés de nous rejoindre, n'hésitez pas à prendre contact avec nous. Par ailleurs, nous sommes bien entendus vivement intéressés pour vos avis et commentaires.

# Vous avez un projet d'archivage, rejoignez les groupes de travail du CR2PA

## Archivage des mails

Contact : daniel.colas@mmpsa.fr

## Fusions/Acquisitions

Contact : vanessa.degrais@safran.fr

## Politique d'archivage

Contact : jerome.thuez@total.com

## Le CR2PA

Un club utilisateurs qui regroupe les responsables chargés de la définition d'une politique d'archivage ou de la conduite d'un projet au sein de grandes entreprises comme PSA Peugeot Citroën, Thales, Safran, SNCF, Total, Ernst & Young, Areva, SanofiAventis, SanofiPasteur, L'Oréal, OrangeLabs, Bouygues Telecom, EDF, RTE, La Poste, MAIF, Bouygues Construction, MBDA France, Unibail, Schindler, BNP Paribas, Oséo, Renault..., ainsi que dans le secteur public avec l'AMF, l'EPSF, l'INPI, l'ASP, l'INA, l'État-major des Armées, le ministère du Travail (DARES)...

### Le Club organise chaque trimestre une réunion centrée sur une table ronde thématique :

Risques du défaut d'archivage, Archivage des données structurées, L'audiovisuel dans l'entreprise : que faut-il conserver?, L'archivage doit-il s'inviter dans une acquisition ou une cession d'entreprise?», « Politique d'archivage, politique d'entreprise », etc.

## Les objectifs du Club

Au travers de ses groupes de travail, le CR2PA permet aux maîtrises d'ouvrage de :

- partager leurs visions, leurs retours d'expérience et les bonnes pratiques
- expliciter les convergences et divergences d'approche entre entreprises
- échanger et travailler sur :
  - les approches managériales, organisationnelles et financières des projets
  - les conditions de réussite dans la mise en œuvre d'une politique d'archivage (facteurs-clés de succès, business case, sponsoring....)
  - les technologies disponibles
- contribuer à faire évoluer l'offre fournisseurs (éditeurs, tiers-archivageurs...)
- promouvoir la fonction archivage au sein des entreprises
- contribuer à diffuser la connaissance des évolutions réglementaires et de la normalisation.
- créer un réseau de communication rapide et efficace entre décideurs.

Le Club des responsables de politiques et projets d'archivage est constitué sur la base de valeurs et de principes d'action et de comportement, fondés sur des rapports de confiance permanents entre ses membres.