

# La "clause Weinstein" s'invite dans les fusions et acquisitions

Par Challenges le 07.11.2019 à 17h22 ABONNÉS, par Eric Gardner de Béville, juriste et consultant, membre du Cercle Montesquieu

TRIBUNE - Le juriste et consultant Eric Gardner de Béville, membre du Cercle Montesquieu, a scruté les contrats de fusions et acquisitions. Ils comprennent désormais une clause spécifique sur le harcèlement sexuel.

Dans le monde douillet du "Corporate M&A" et sous couverture de moralisation des affaires, la "clause Weinstein" est le nouveau venu parmi les "Representations & Warranties" -plus familièrement connus comme les "reps" - dans les contrats de fusion-acquisition. Cette clause permet la remise en cause de la transaction, avec récupération financière, en cas d'allégation de harcèlement sexuel contre le management de la société cible.

C'était il y a deux ans, en octobre 2017, que le pacha de Hollywood, Harvey Weinstein, a connu la disgrâce après la multiplication d'accusations de harcèlement et abus sexuel contre lui et certains proches par des dizaines de femmes dans le secteur cinématographique américain. La vague s'est transformée en tsunami avec les hashtags MeToo américain et BalanceTonPorc français révélant une série alarmante de situations de pressions, harcèlements et abus sexuels en tout genre et dans tous les secteurs (restauration, distribution, gestion d'actifs, médical, biotech, production, politique, gouvernemental, etc.). Depuis, les contrats de M&A prévoient presque systématiquement une clause Weinstein dont la forme varie (terminologie, durée) mais dont le fond est le même (récupération financière).

## Sex and M&A

Le mélodrame juridico-financier de la prolifération de clauses Weinstein rappelle le scénario du film *Harcèlement* (titre original : *Disclosure*) avec Michael Douglas et Demi Moore, sorti en 1994. Ce film avait créé beaucoup de buzz à l'époque non seulement par sa mise en scène grand public du thème du harcèlement sexuel dans les relations professionnelles mais aussi parce qu'il interpellait en posant la polémique sous l'angle de l'homme victime et la femme abusive. Quoiqu'il en soit, sur le plan juridique et notamment du Corporate/M&A, il est évident qu'un scandale sexuel post-acquisition qui porte atteinte non seulement à la ou les victimes des abus, mais aussi à l'image et la réputation de l'entreprise avec ses conséquences souvent négatives sur le cours en Bourse de la société cible, justifie une révision de l'accord dans son ensemble et du prix d'achat en particulier.

On peut aussi se poser la question de savoir s'il est souhaitable, voire normal, que la clause Weinstein soit limitée aux comportements répréhensibles du management de la société cible. Qu'en est-il du management de l'acheteur ? N'est-il pas tout aussi condamnable que les dirigeants de la société acheteuse soient sanctionnés en cas d'abus ? Les victimes personnes physiques de l'acheteur ne doivent-elles pas être tout aussi protégées que celles de l'entreprise cible ? De plus, cette dernière n'a-t-elle pas droit à refuser d'être achetée et/ou de fusionner avec l'acheteur et sa direction abusive ? Ou de demander un prix d'achat plus élevé en raison des agissements inappropriés, par symétrie avec la réduction de prix en cas de manquement par la cible ?

## Tsunami #MeToo et moralisation du business

Sur la base des données chiffrées de la firme américaine de consulting Temin & Co. et de son index #MeToo, il y a eu la première année après l'affaire Weinstein, 56 PDG ayant fait l'objet d'accusations pour harcèlement, dont 21 PDG de sociétés cotées aux Etats-Unis. Les chiffres sont encore plus alarmants au regard de #BalanceTonPorc, bien que la fondatrice de ce hashtag ait tout récemment fait l'objet d'une condamnation pour diffamation.

Il est intéressant de noter que les situations de harcèlement sexuel par le management dans les cas de fusion-acquisition aient depuis longtemps été examinées par les avocats internes et externes des parties mais ces actuaciones n'étaient pas considérées suffisamment "graves" pour justifier une remise en cause des accords M&A. L'ampleur et la gravité des abus depuis 2017, la moralisation du droit chaque jour plus soulignée, la créativité des avocats des victimes personnes physiques et morales, et l'utilisation massive des réseaux sociaux, ont changé la donne. Depuis 2017, on constate une floraison globale de législations sociales et économiques contre le harcèlement, une multiplication des clauses "anti-sexe" dans les codes de conduite des sociétés et une intensification de la communication sur les droits des victimes d'abus sexuels.

## Flambée des investissements responsables

A l'image de la croissance du Développement Durable et de la Responsabilité Sociale d'Entreprise, cette moralisation du droit corporate/M&A s'accompagne, volontairement ou non, d'une flambée des investissements responsables et de la finance durable. La propagation de l'utilisation de la clause Weinstein montre à quel point les considérations d'ordre non-financier deviennent de plus en plus importantes dans l'analyse des résultats financiers des entreprises. En effet, juristes et analystes passent au peigne fin les politiques affichées et actions réalisées des entreprises sur les questions sociales, environnementales ou de gouvernance -comme ils le font pour les bilans et comptes de résultat- pour dénicher d'éventuelles failles ou faiblesses pouvant engendrer des charges financières qui impacteraient les investissements ou opérations de M&A. Ces "investissements responsables", c'est-à-dire ceux qui intègrent des éléments non-financiers ou extra-financiers, se multiplient dans le monde du corporate / M&A.

L'ensemble des investissements responsables sont regroupés dans le chapitre de la "finance durable" qui désigne les pratiques de la finance tenant compte de critères extra-financiers tels que l'investissement vert ou le microcrédit. Ces critères servent de levier pour favoriser la transformation des sociétés en particulier et de l'économie en général vers une économie plus durable.

En conclusion, la contagion de la clause Weinstein dans le Corporate/M&A s'est traduit par une "moralisation" des affaires et des conditions financières accompagnée peut-être d'une "responsabilisation" des investisseurs ayant pour effet le développement de la finance sociale et durable. Reste à savoir si cela aura un effet positif sur le bien-être des consommateurs, la santé financière des entreprises et le portefeuille des investisseurs.