

## **M&A: Wissenszurechnung - Informationspflicht, Täuschung und arglistiges Verschweigen – aber wer hat die Information?**

Häufig verlangt nach einem Unternehmenskauf der Erwerber, unzufrieden mit dem Geschäft, eine Entschädigung auf Grundlage des Verschweigens einer entscheidungserheblichen Tatsache oder versucht, das Geschäft aufgrund einer Täuschung oder des arglistigen Verschweigens einer Information anzufechten.

Dabei sieht sich der Erwerber zwei Problemkomplexen gegenüber:

- Zum einen verfügt in der Praxis das Zielunternehmen über den Großteil der für den Investor wesentlichen Informationen. Jedoch ist es in der Regel der Veräußerer, dem eine Informationspflicht obliegt oder der sich dem Vorwurf einer Täuschung ausgesetzt sieht.
- Zum anderen stellt sich, sofern es sich beim Veräußerer um eine juristische Person handelt, die schwierige Frage der Wissenszurechnung bei Gesellschaften. Da eine Gesellschaft mangels eines eigenen Gedächtnisses nicht selbst im Besitz von Informationen sein kann, ist eine Zurechnung des Wissens natürlicher Personen notwendig. Dabei handelt es sich um die Geschäftsführer oder Angestellten des Veräußerers oder des Zielunternehmens.

Wie ist vor diesem Hintergrund der Kreis (natürlicher) Personen bzw. Aufzeichnungsträger zu bestimmen, deren Wissen bzw. Inhalt dem Veräußerer, häufig einer juristischen Person, juristisch im Rahmen der Vertragsanbahnung zugerechnet werden? Diese Fragen stellen sich umso aktueller, als der französische Gesetzgeber in seiner kürzlichen Schuldrechtsreform die richterrechtlich geprägte Figur der vorvertraglichen Informationspflicht in Gestalt von Art. 1112-1 Code civil im Gesetz verankert hat. Die neue Vorschrift beschränkt diese Pflicht auf die Weitergabe von Informationen, von denen die betroffene Partei tatsächlich Kenntnis hat, und schließt ausdrücklich solche aus, in deren Besitz sie nicht ist. Eine Verpflichtung, sich selbst Informationen zu beschaffen, wurde nicht in die endgültige Fassung der Reform aufgenommen.

Im Bereich des Willensmangels der Täuschung hat die Reform außerdem eine Rechtsprechung zur Zurechenbarkeit der Täuschung durch einen Dritten unter engen Voraussetzungen ins Gesetz übernommen (Art. 1138 Code civil).

Es erscheint aufschlussreich, sich diesem Problemkreis aus rechtsvergleichender Perspektive zu nähern und dabei ein besonderes Augenmerk auf das deutsche Recht zu legen, zumal dort sowohl die aktuelle Rechtsprechung als auch eine ausdifferenzierte Literatur zu diesem Thema Stellung beziehen. Während die deutsche Rechtswissenschaft eine Theorie der Wissenszurechnung auch über den vorvertraglichen Bereich und den Willensmangel der Täuschung hinaus entfaltet hat, geht die französische Rechtswissenschaft deutlich zaghafter mit dieser Thematik um.

## **M&A: L'imputation du savoir - Obligation d'information, dol et rétention dolosive – mais qui détient l'information ?**

Il est fréquent qu'à la suite de l'acquisition d'une entreprise, l'acquéreur – mécontent de son affaire – tente d'obtenir réparation d'un préjudice sur le fondement d'une rétention d'information déterminante ou essaie de faire annuler le contrat au motif d'un dol ou d'une rétention dolosive.

L'acquéreur se trouve confronté à deux séries de problèmes :

- En pratique, c'est la cible qui détient la plupart des informations pertinentes pour l'acquéreur. Pourtant, le cocontractant soumis à un devoir d'information, ou susceptible de commettre un dol, est habituellement le cédant.
- En outre, si le cédant est une personne morale, se pose la question épineuse du savoir attribué à une société. Dès lors qu'une personne morale ne peut concrètement détenir d'information – à défaut d'avoir une mémoire – il faudra nécessairement lui attribuer le savoir détenu par des personnes physiques, qui seront soit les dirigeants ou salariés du cédant, soit ceux de la société cible.

Dans cette perspective, comment déterminer le champ des personnes physiques et des supports d'enregistrement dont le savoir et le contenu seront imputés au cédant avec effet juridique, très souvent personne morale, lors de négociations précontractuelles ?

Ces questions sont autant plus d'actualité que la récente réforme du droit des contrats français a entériné à l'article 1112-1 du Code civil l'obligation précontractuelle d'information, d'origine prétorienne. D'après le nouveau texte, cette obligation de transmission est limitée aux informations dont une partie a effectivement connaissance, à l'exclusion implicite de celles dont elle ne dispose pas. Une obligation de se renseigner n'a pas été retenue dans la version finale de la réforme.

En matière de dol, la réforme du droit des contrats a en outre consacré la jurisprudence relative à l'imputation exceptionnelle au cocontractant du dol émanant d'un tiers (Art. 1138 du Code Civil).

Il est intéressant d'aborder cette problématique sous l'angle du droit comparé et plus particulièrement du droit allemand, lequel a connu ces dernières années quelques arrêts et une riche doctrine en la matière. Si le droit allemand s'est effectivement penché sur la problématique de l'imputation du savoir (*Wissenszurechnung*), sans se limiter au domaine de l'information précontractuelle d'information ou du dol, le droit français est quant à lui resté timide à ce sujet.

## I. Zurechnung im deutschen Recht

Rechtsprechung und Literatur haben in Deutschland Herangehensweisen entwickelt, um dem Veräußerer, im Speziellen einer juristischen Person, das Verhalten und Wissen eines Dritten zuzurechnen. Zum einen kann das Handeln bzw. das Verschulden der Person, derer sich eine Vertragspartei für die Erfüllung ihrer vertraglichen oder vorvertraglichen Pflichten bedient, dieser zugerechnet werden (Figur des „Erfüllungsgehilfen“) (a)); zum anderen bedient sich die Rechtsprechung einer analogen Anwendung der Vorschriften des Stellvertretungsrechts.

### a) Der Erfüllungsgehilfe - Verhaltenszurechnung

Während es den Normalfall darstellt, dass Handlungen und Kenntnis eigener Gesellschaftsorgane der juristischen Person zugerechnet werden, bedient sich die Rechtsprechung der Figur des *Erfüllungsgehilfen*, um einer Vertragspartei, in der Regel dem Veräußerer, entweder eine arglistige Täuschung (ggf. durch Unterlassen) oder eine Informationspflichtverletzung zuzurechnen. So können ihm etwa Handlungen seiner eigenen Angestellten zugerechnet werden, derer er sich zur Organisation z.B. eines *data rooms* oder für Vertragsverhandlungen bedient hat. Dasselbe Prinzip findet auch in Bezug auf das Zielunternehmen Anwendung, was die an den Verhandlungen beteiligten Gesellschaftsorgane und Angestellten betrifft. Es muss im Einzelfall beurteilt werden, ob sich der Veräußerer der jeweiligen Person bedient hat. Für den Veräußerer ist demzufolge bei der Organisation des Verhandlungsprozesses alle Vorsicht geboten.

### b) Vertragliche Vereinbarung/Gestaltung

Der zweite Ansatz macht von den Vorschriften des Stellvertretungsrechts Gebrauch: soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch die Kenntnis gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht, § 166 BGB. Das Wissen des Vertreters einer Gesellschaft wird mithin der Gesellschaft zugerechnet.

Durch eine analoge Anwendung dieser Vorschrift hat die deutsche Rechtsprechung diese Regelung auf andere Personen, sog. „Wissensvertreter“, übertragen, insbesondere dann, wenn einer natürlichen Person die Aufgabe übertragen wird, für eine juristische Person von bestimmten Informationen Kenntnis zu nehmen oder diese zu speichern und sie gegebenenfalls weiterzuleiten. Das kann etwa auf Personen im Rahmen einer Due-Diligence-Prüfung zutreffen, die im Übrigen keine formelle Vertreterfunktionen für die Gesellschaft innehaben. Daneben kann diese Theorie für die Definition des Begriffs „*best knowledge*“ in Garantieklauseln verwendet werden.

Dieser Analogieschluss rechtfertigt sich mit dem Konzept der vertraglichen Gleichstellung: Ziel ist es, zu vermeiden, dass der Verhandlungspartner einer juristischen Person schlechter steht, als wenn er mit einer natürlichen Person verhandeln würde.

## I. L'imputation du savoir en droit allemand

La jurisprudence et la doctrine allemande ont développé deux approches afin d'imputer (ou non) au cédant, et plus particulièrement à une personne morale le savoir d'un tiers à ce contrat : premièrement, en droit allemand, l'agissement et la faute de la personne de laquelle le cocontractant se sert pour remplir ses obligations précontractuelles ou contractuelles, sont imputés à ce dernier (*Erfüllungsgehilfe*, agent) (a) ; deuxièmement, la jurisprudence se sert d'une analogie des dispositions relatives à la représentation (b).

### a) L'« agent » (*Erfüllungsgehilfe*)

Si l'agissement et la connaissance des propres organes sont normalement imputés à la personne morale, la jurisprudence se sert du concept du *Erfüllungsgehilfe* pour imputer soit une rétentation dolosive ou un dol actif, soit la violation de l'obligation d'information, au co-contractant, notamment au cédant (*Verhaltenszurechnung*).

Ainsi, il est possible de lui imputer les agissements de ses propres salariés desquels il s'est servi pour organiser la data room par exemple, ou pour mener les négociations. Le même principe s'applique pour la cible, à l'égard des organes et des salariés impliqués dans la négociation. Il convient d'analyser au cas par cas la question de savoir si le cédant s'est servi de la personne en question. Le cédant doit donc être très attentif dans l'organisation du processus de négociation.

### b) Le représentant dans le savoir (*Wissenszurechnung*)

La deuxième approche se sert des dispositions relatives à la représentation : si la validité d'un consentement dépend des connaissances d'une partie, on considère la connaissance du représentant et non celle de la partie représentée elle-même (§ 166 du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*, „BGB“)). Le savoir du représentant d'une société est donc par principe imputé à cette société. Par une application analogue de ce texte, les juges allemands ont étendu ces dispositions à d'autres personnes qualifiées de « représentants du savoir » (*Wissensvertreter*), en particulier lorsqu'une personne physique se voit confier la mission de prendre connaissance et d'enregistrer des informations pour le compte d'une personne morale et, le cas échéant, de les transmettre. Ce peut notamment être le cas de personnes impliquées dans une due diligence et qui n'exercent d'ailleurs pas nécessairement de fonctions au sein de la société cédante. Ce concept est également appliqué pour la définition du « *best knowledge* » dans les clauses de garantie de passif.

Cette analogie se justifie par le concept d'égalité contractuelle (*Gleichstellung*) : elle a pour objet d'éviter que l'interlocuteur d'une personne morale se trouve dans une situation moins favorable que s'il négociait avec une personne physique.

## c) Vertragliche Vereinbarung/Gestaltung

Außerdem ist es im deutschen Recht den Parteien möglich, diese Vorschriften vertraglich zu ändern. So kann etwa die Haftung für den *Erfüllungsgehilfen* abbedungen werden, selbst für vorsätzliche Handlungen (außer bei Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen) oder für die Wissenszurechnung des „Vertreters“. Derartige Klauseln müssen sehr klar und sorgfältig verfasst werden, um ihren Anwendungsbereich genau abzugrenzen. Die Haftung für arglistige Täuschung kann nicht ausgeschlossen werden.

## II. Das unvollständige System der Wissenszurechnung im französischen Recht

Im Gegensatz zum deutschen Recht nimmt keine Rechtsvorschrift des französischen Rechts den Vertreter als Indikator für die Kenntnis des Vertreters und *a fortiori* die Kenntnis einer natürlichen Person als Indikator für die einer juristischen Person zugeschriebenen Kenntnisse. Ebenso sahen die früheren Bestimmungen des Code civil ohne weitere Klarstellung vor, dass eine arglistige Täuschung (*dol*) nur von einer Vertragspartei begangen werden kann, was grundsätzlich die Möglichkeit der Begehung einer arglistigen Täuschung durch einen Dritten ausschließt.

In Bezug auf die Kenntnisse einer juristischen Person hatte der Kassationsgerichtshof (*Cour de Cassation*) nur die Wissenszurechnung von Informationen durch seinen gesetzlichen Vertreter<sup>2</sup> anerkannt. Somit kann im Rahmen eines Verkaufs, das Wissen des gesetzlichen Vertreters der übertragenden Gesellschaft zugerechnet werden und das Vorenthalten dieses Wissens kann zum Vorliegen einer arglistigen Täuschung oder *a fortiori* zu einem einfachen Vorenthalten entscheidungserheblicher Informationen führen.

Die Rechtsprechung entwickelte weitere Ausnahmen von dieser Regel im Bereich der arglistigen Täuschung. Die Schuldrechtsreform hat diese Ausnahmen nun in den Code Civil übernommen (Art. 1138 Code civil): Die arglistige Täuschung des «Vertreters, Geschäftsführers, Bediensteten oder des Gewährsmanns (*porte-fort*)» sowie eines mitverantwortlichen/-haftenden Dritten ist dem Vertragspartner zuzurechnen. Die Kodifizierung dieser Rechtsprechung und die Einbeziehung von «Mitverantwortung/-haftung» könnte diesen weiteren Begriff der arglistigen Täuschung durch Wissenszurechnung verstärken. Dies könnte die Grundlage für die Bestimmung des Kreises natürlicher Personen – auch Dritter – bzw. Aufzeichnungsträger sein, deren Wissen bzw. Inhalt einer juristischen Person zugerechnet werden kann.

Andererseits - und das wäre nach deutschem Recht schwieriger herzuleiten - kann ein Dritter (z.B. die Zielgesellschaft), dem täuschendes Verhalten anzulasten ist, verpflichtet werden, dem Opfer der Täuschung auf der Grundlage der deliktischen Haftung Schadenersatz<sup>3</sup> zu leisten. So kann der Käufer im Falle eines täuschenden Verhaltens eines Dritten gegenüber der übertragenden Gesellschaft auch gegen diesen aufgrund einer deliktischen Haftung vorgehen.

## c) Aménagement contractuel

Il est important de noter qu'en droit allemand, les parties peuvent aménager contractuellement ces dispositions. Ainsi il est possible d'exclure la responsabilité pour le *Erfüllungsgehilfe*, même pour agissement intentionnel (en dehors des contrats d'adhésion), ou l'imputation des connaissances du « représentant ».

De telles clauses doivent être formulées de façon très attentive et claire afin de déterminer exactement leur champ d'application. La responsabilité pour le *dol* ne peut en revanche pas être exclue.

## II. Le régime lacunaire de l'imputation du savoir en droit français

Contrairement au droit allemand, aucune disposition légale ne prend le représentant comme indicateur des agissements ou des connaissances du représenté et *a fortiori* le savoir d'une personne physique comme indicateur du savoir attribué à une personne morale. De même, les anciennes dispositions du Code civil prévoyaient sans autre précision que le *dol* devait émaner d'une partie au contrat, excluant en principe le *dol* émanant d'un tiers.

En ce qui concerne la connaissance d'une personne morale, la Cour de cassation avait reconnu uniquement l'imputation de la connaissance d'une information par son représentant légal<sup>2</sup>. Ainsi, en matière d'acquisition, le savoir du représentant légal était en principe imputé à la société cédante et la rétention de ce savoir pouvait conduire à la caractérisation du *dol*, ou *a fortiori* à une simple rétention d'information déterminante.

La jurisprudence avait développé d'autres exceptions à cette règle en matière de *dol*. La réforme du droit des contrats a aujourd'hui entériné ces exceptions dans le code civil (Art. 1138) : le *dol* du « *représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant* » ainsi que du tiers « de connivence » sont à imputer au cocontractant. La consécration légale de ces jurisprudences et l'inclusion de la « connivence » pourraient renforcer cette approche extensive du *dol* par l'imputation du savoir. La détermination des personnes physiques – y compris tierces au contrat – et des supports d'enregistrement dont le savoir détenu ou contenu peut être imputé à une personne morale pourrait y trouver son fondement.

D'autre part – et ceci serait plus difficilement admissible en droit allemand – le tiers (tel que la société cible) qui commet une faute dolosive peut être appelé à payer des dommages-intérêts à la victime du *dol* sur la base de la responsabilité délictuelle.

Ainsi, en cas de faute dolosive d'un tiers à la société cédante, le cessionnaire dispose également d'une action contre celui-ci, sur le fondement de la responsabilité délictuelle<sup>3</sup>.

Toutefois, les notions restent floues. Est-ce que le « représentant du savoir » pourrait donc être, comme en droit allemand, une personne que le cédant a mandatée pour organiser la Data Room ou pour négocier les contrats ? La question n'est pas clairement tranchée par le droit commun<sup>4</sup>.



**Antje LUKE, Dr. jur.**  
Avocat au Barreau de Paris | Rechtsanwältin  
Partner BMH Avocats



**Vincent Capelle.**  
Avocat au Barreau de Paris  
Partner BMH Avocats

Die Begriffe bleiben jedoch unscharf. Könnte der «Wissensvertreter» also, wie im deutschen Recht, eine Person sein, die der Verkäufer mit der Organisation eines Data Room oder mit den Vertragsverhandlungen beauftragt hat? Im allgemeinen Schuldrecht ist die Frage nicht eindeutig geregelt<sup>4</sup>.

Darüber hinaus wird die Frage, inwieweit Art. 1138 Code civil (über die arglistige Täuschung hinaus) bei der Bestimmung des Kreises von Personen maßgeblich sein kann, deren Wissen der Partei, der eine Auskunftspflicht obliegt, zuzurechnen ist, nicht diskutiert. Dennoch ist sie wichtig. Aufgrund des Unterschieds zwischen einer arglistigen Täuschung durch Unterlassen und einer Informationspflicht scheidet eine analoge Anwendung von Art. 1138 Code civil ohne weitere Anhaltspunkte aus. Das deutsche Recht unterscheidet die Verhaltenszurechnung von der Wissenszurechnung.

Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass die Rechtsprechung ein neues Konzept in diesem Sinne entwickelt.

Bis weitere Entwicklungen im französischen Recht zur Wissenszurechnung erfolgen, ist es Sache der Parteien, diese Frage in ihren Verträgen zu regeln. Aus Sicht des Verkäufers wird es wichtig sein, den Kreis der Personen, deren Wissen ihm zuzurechnen ist, zu begrenzen oder sogar bestimmte Personen namentlich auszuschließen, soweit dies möglich ist, da weder die Haftung für arglistige Täuschung noch für eine Verletzung der Informationspflicht ausgeschlossen werden darf. Umgekehrt liegt es im Interesse des Käufers, das Wissen des Verkäufers so umfassend wie möglich zu definieren. Die Verfasser dieser Klauseln müssen sehr sorgfältig darauf achten, klar zu definieren, zu welchem Zweck die Informationsträger aufgeführt sind (für die Garantieklausel, für die Informationspflicht, für arglistige Täuschung...).

En outre, la question de savoir dans quelle mesure l'article 1138 du code civil peut être regardé comme déterminant le périmètre des personnes dont la connaissance devrait être imputée à la partie soumise à l'obligation d'information (au-delà du dol), n'est pas débattue. Pourtant, elle reste importante. En raison de la différence entre la rétention dolosive et l'obligation d'information, on ne peut pas d'emblée appliquer l'article 1138 de façon analogue. Le droit allemand distingue à ce titre l'imputation du comportement et l'imputation du savoir. Toutefois, nous ne pouvons pas exclure que la jurisprudence pourra développer un nouveau concept en ce sens.

Dans l'attente d'un enrichissement du droit français en matière d'imputation du savoir, il revient aux parties de négocier cette problématique dans leurs contrats. De la perspective du vendeur, il sera important de restreindre le périmètre des personnes dont le savoir lui est imputé, voire d'exclure nominativement certaines personnes, dans la mesure du possible puisque la responsabilité n'est supplétive ni pour le dol, ni pour la violation de l'obligation d'information. Inversement, l'acheteur aura intérêt à définir la connaissance du vendeur aussi largement que possible. Les rédacteurs de ces clauses devront être très attentifs à bien définir pour quel objectif les porteurs d'informations sont énumérés (pour la garantie de passif, pour l'obligation d'information, pour le dol...).

1 Vgl. BGHZ 117, 104 (106 ff.); NJW 1992, 1099 (1100): „Wissensvertreter“ ist jeder, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei angefallenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie gegebenenfalls weiterzuleiten“.

2 Vgl. die Entscheidung der Handelskammer der Cour de cassation : CCom v. 31. März 2015, Az. : n° 14-10.965. „Verwendung von gefälschten Konformitätszertifikaten durch die Zielgesellschaft – Notwendigkeit, die Kenntnis dieser Tatsache durch den gesetzlichen Vertreter zu beweisen“

3 Vgl. die Entscheidung der Handelskammer der Cour de cassation : CCom v. 7. Oktober 2014, Az. : n° 13-19.758.

4 Bei arglistiger Täuschung anerkennt die Rspr. selbst die Täuschung bei einer nicht ausdrücklichen Stellvertretung, CCom v. 13. Juni 1995 Nr. 93-17.409

1 BGHZ 117, 104 (106 ff.); NJW 1992, 1099 (1100): „...toute personne qui, selon l'organisation du donneur d'ordre, est chargée de le représenter en justice, d'accomplir certaines tâches sous sa propre responsabilité et de prendre connaissance des informations qui en découlent et, si nécessaire, de les transmettre. »

2 CCom 31 mars 2015 n° 14-10.965. « pratique d'utilisation de faux certificats de conformité par la cible – nécessité de prouver la connaissance des faits par le dirigeant du cédant »

3 CCom 7 octobre 2014 n° 13-19.758.

4 CCom 13 juin 1995 Nr. 93-17.409