

Investigations compliance et opérations de M&A : la maîtrise du risque pénal

En l'état du droit français, européen et international, une opération de fusion-acquisition doit être appréciée non plus seulement au regard de sa seule lecture économique, mais également en sachant que la responsabilité pénale de la société absorbante pourra être engagée pour les infractions commises avant la fusion par la société absorbée. Afin de se prémunir de ce risque pénal, il appartient à la société absorbante de réaliser un audit pré-acquisition ambitieux et spécifiquement orienté vers les manquements à la conformité. Cette précaution permettra de valider ou non le projet de fusion-acquisition et en cas de conclusion de l'opération de mitiger le risque pénal.



Par Camille Potier,
associée,

En matière d'acquisition de société, surtout en cas de fusion-absorption, le risque d'engagement de sa responsabilité pénale pour l'acquéreur est aujourd'hui consacré. Depuis un arrêt de la chambre criminelle de fin 2020¹, la société absorbante peut se voir infliger une peine de nature patrimoniale (pénalité financière/mesure de confiscation) en répression des actes délictueux accomplis par la société absorbée avant la fusion, dès lors que cette fusion entraine dans le champ de la directive 78/855/CC (concrètement pour les SA et SAS). Par cette décision, la Cour de cassation aligne sa jurisprudence sur le régime de responsabilité administrative (concurrence, fiscalité, marchés cotés) et sur le droit européen².

La consécration de la responsabilité pénale de la société absorbante

La société absorbante pourra donc être responsable pénalement d'infractions qu'elle n'a pas commises. La jurisprudence sanctionne alors les opérateurs économiques qui seraient susceptibles de bénéficier de la commission de ces infractions – par le rachat de l'entité – et/ou qui n'auraient pas mis en œuvre des due diligences précises et adéquates en amont de l'opération de fusion-acquisition.

Les infractions concernées ont un large périmètre puisqu'elles ont trait à la corruption, au blanchiment, au financement du terrorisme, à la cybersécurité, aux atteintes à l'environnement et à la responsabilité sociétale des entreprises (RSE), au droit social, etc.

Le risque d'une condamnation pénale pour la société absorbante se double d'un risque réputationnel, d'une éventuelle exclusion des marchés, d'une dégradation financière de la valeur de la société, d'un risque assurantiel de non-prise en charge des sanctions financières et de renforcement des conditions de la police d'assurance³.

La Cour de cassation a, en avril dernier, rappelé le principe de responsabilité, tout en soulignant qu'en

cas de fraude à la loi, la responsabilité pénale de la société absorbante serait pleine et entière⁴. Lorsque l'opération a eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale, alors toute entité, quelle que soit sa forme, peut être pénalement sanctionnée à toute peine encourue.

Les nécessaires investigations de compliance

L'enjeu est d'évaluer le risque pénal avant l'opération de M&A et d'identifier les pratiques qui ne répondraient pas aux standards de la conformité. Avant la phase de signing, en plus de l'audit classique qui pouvait comprendre les risques financiers attachés aux litiges en cours, il est désormais fondamental de réaliser une due diligence « compliance » rigoureuse pour évaluer les risques encore non avérés ou consommés.

Ces due diligences de conformité auront un impact sur la négociation économique de l'opération et permettront parfois un ajustement motivé et significatif des conditions d'acquisition.

Si la société absorbante décide ensuite de poursuivre son acquisition malgré l'existence possible de faits pouvant revêtir une qualification pénale, il lui appartiendra d'approfondir ses investigations en post-closing, une fois le transfert effectif de la société cible acté. En effet, à ce moment-là la société absorbante aura un accès total aux informations réelles (et sensibles !) de la société absorbée. C'est pendant cette phase d'intégration que la réalité de la commission d'une infraction, ou sa gravité, pourra pleinement être mise au jour.

Ces investigations de compliance doivent être réalisées dans un délai rapide après le closing et ce pour trois raisons : éviter une révélation médiatique aux conséquences désastreuses ; préserver la valeur du groupe désormais formé par la société absorbée et absorbante ; et anticiper les relations avec les autorités de sanctions. Ainsi, le Department of Justice (US)

(DOJ) considère que cet audit doit être réalisé dans les six mois après le closing pour démontrer la bonne foi de la société absorbante.

Pendant cet audit de compliance, la société absorbante doit être pro-active dans ses investigations, en allant chercher ce qui peut la mettre en cause. Il est néanmoins avancé par les régulateurs que cette démarche contre-intuitive sera récompensée – à l'ère de la transparence – par une certaine bienveillance dans l'examen des charges qui pèseront contre elle. Ainsi, les documents financiers devront être analysés avec un œil juridique, les managers locaux doivent être interrogés sur les pratiques de l'entreprise, l'effectivité du programme anticorruption doit être concrètement évaluée. Cet audit de compliance peut être mal perçu par les équipes de la société cible, aussi la nouvelle direction devra-t-elle expliquer l'objectif poursuivi et accompagner ces mesures avec pédagogie et implication des nouvelles instances dirigeantes.

A l'issue de ces due diligences compliance, si la matérialité de la commission de l'infraction est attestée, que faire pour se prémunir contre le risque de condamnation pénale ?

Les mesures visant à atténuer la responsabilité pénale de la société absorbante

Une fois la réalité de l'infraction aux règles de conformité ou au droit pénal, français ou étranger, constatée, la société absorbante doit impérativement prendre des mesures correctives rapides et efficaces.

En interne, il conviendra de sanctionner sévèrement la ou les personnes auteurs de l'infraction. Compte tenu de la gravité du manquement, la sanction pourra aller du changement du management jusqu'au licenciement. Cette mesure devra être accompagnée par un renforcement du programme de conformité au sein des nouvelles équipes.

Par ailleurs, la cartographie des risques devra être mise à jour avec les nouveaux risques identifiés à la suite de l'acquisition. L'Agence française anticorruption (AFA) recommande de veiller à l'intégration de la nouvelle société au sein du dispositif, a fortiori si cette entité n'était pas soumise à la loi Sapin 2 avant l'opération.

En externe, la clause de déclaration et de garantie de passif pourra être actionnée auprès de la société absorbée, permettant de réviser le prix de la cession ou de l'opération, de façon à couvrir le montant d'une éventuelle amende et la perte financière liée à de potentielles confiscations matérielles. La Cour de cassation a validé ce dispositif qui permet de protéger la société absorbante même si, au moment de l'opération, elle n'est pas en mesure « d'évaluer

les conséquences économiques et patrimoniales de cette fusion »⁵.

Un autre outil de mitigation du dommage est l'auto-dénonciation aux autorités de poursuite. L'autorité de la concurrence a une pratique de clémence en cas de dénonciation d'un cartel. En matière pénale, le DOJ américain et le Serious Fraud Office (SFO) britannique permettent également de renoncer aux poursuites par la signature d'un Deferred Prosecution Agreement (DPA).

Le parquet national financier (PNF) s'est inspiré de ce système, puisque, aux termes de ses lignes directrices conjointes avec l'AFA, il semble vouloir réserver la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) aux cas de révélation spontanée des faits délictueux et de coopération active et régulière avec les autorités de poursuite.

Les freins à une coopération avec les autorités poursuivantes

Si la responsabilité pénale de la société absorbée est transférée en cas de fusion, tel n'est pas le cas de la responsabilité des personnes physiques. Ainsi, seul le dirigeant en fonction au moment de la commission des faits pourra voir sa responsabilité engagée, donc seul le dirigeant de la société absorbée peut être poursuivi pour les faits commis par celle-ci avant la fusion. En revanche, le nouveau dirigeant post-fusion pourrait voir sa responsabilité engagée s'il n'a pas pris les mesures suffisantes pour que les faits délictueux cessent.

L'opportunité d'une auto-dénonciation et de la coopération de la société avec le PNF est questionnée dès lors que le sort des personnes physiques ne peut pas faire partie de l'enveloppe globale de négociation. La CJIP étant réservée aux personnes morales, seule une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) peut être proposée en parallèle aux personnes physiques sans garantie qu'elle soit homologuée⁶.

Les cas de figure sont complexes à analyser et les solutions jurisprudentielles en cours de construction imposent en tout état de cause une grande vigilance dans ces opérations et un regard attentif et professionnel sur les sociétés cibles. ■



et Anae Fouquet-Chevalier, avocate, Chatain Associés

1. *Crim.*, 25 novembre 2020, n° 18-86.955.

2. *CJUE*, 5 mars 2015, n° C-343/13.

3. *Civ. 3e*, 26 novembre 2020, n° 19-17.824.

4. *Crim.*, 13 avril 2022, n° 21-80.653.

5. *Crim.*, 25 novembre 2020, n° 18-86.955, paragraphe 33 de la décision.

6. Cf. l'affaire *Bolloré TJ* 26 février 2021 : validation de la CJIP mais refus d'homologation de la CRPC des dirigeants, personnes physiques. Cf. également *Crim.*, 17 mai 2022, n° 21-86.131 : refus d'une nouvelle proposition de peine par le parquet en vue d'une homologation et obligation de renvoi devant le tribunal.