

Jurisprudence nouvelle pour la fusion-absorption : une révolution lourde de conséquences pour le cabinet Bougartchev-Moyne



Kiril Bougartchev et Emmanuel Moyne,

Avocats-fondateurs

Acteur majeur du contentieux des affaires, le cabinet Bougartchev Moyne Associés, constitué d'une quinzaine d'avocats, conseille les entreprises publiques ou privées, ainsi que les établissements bancaires et financiers en droit pénal des affaires, en droit civil et commercial ou en matière réglementaire. Éclairage sur la nouvelle jurisprudence concernant la responsabilité pénale des personnes morales en cas de fusion-absorption par **Kiril Bougartchev et Emmanuel Moyne, avocats-fondateurs du cabinet.**

Qu'est-ce qu'une fusion-absorption ?

Emmanuel Moyne : Juridiquement, une fusion-absorption est une opération de rapprochement entre entreprises au terme de laquelle une société dite absorbée transmet son patrimoine à une autre société dite absorbante. Autrement dit, à la fin de l'opération, la société absorbée cessera d'exister, tandis que la société absorbante se maintiendra et ses associés pourront l'être dans la nouvelle structure.

Dans quel cadre les sociétés ont-elles recours à une fusion-absorption ?

Kiril Bougartchev : La fusion-absorption répond à une stratégie de croissance. Dans un contexte d'économie mondialisée, les entreprises peuvent avoir recours à ces opérations de rapprochement entre plusieurs structures afin d'atteindre une taille critique, augmenter leur part de marché et renforcer ainsi leur capacité concurrentielle.

La société absorbante peut-elle être condamnée pour des faits commis par la société absorbée avant l'opération ?

E.M. : Jusqu'à très récemment, il existait en droit pénal français un principe bien établi de non-responsabilité de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant l'opération. Cette solution reposait sur le principe de responsabilité du fait personnel, édicté à

l'article 121-1 du Code pénal.

La chambre criminelle de la Cour de cassation vient de changer son fusil d'épaule dans une décision en date du 25 novembre 2020¹. Cette évolution était déjà annoncée par le droit européen. Elle prend racine dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), mais surtout dans celle de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Désormais, en cas de fusion absorption d'une société par une autre société entrant dans le champ de la Directive 78/855/CEE², la société absorbante peut être condamnée pénalement à une peine d'amende et de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération.

Depuis quand la nouvelle jurisprudence est-elle applicable ?

K.B. : Comme c'est une révolution totale, la Cour de cassation ne change pas la règle pour le passé, mais uniquement pour les opérations futures. Cette jurisprudence n'est donc applicable qu'aux opérations de fusion conclues postérieurement au 25 novembre 2020. Cette nouvelle donne concerne uniquement les SA, les SAS et non les SARL, mais on ne voit pas très bien pourquoi ce principe posé ne sera pas étendu à tout type d'entité juridique. En revanche, cette jurisprudence nouvelle sera rétroactive s'agissant des opérations de

fusion-absorption antérieures au 25 novembre 2020 dont le seul but était d'échapper à des poursuites pénales ce, quelle que soit la forme sociale de la personne morale en cause.

Pourquoi faire appel à vous dans le cadre d'une fusion-absorption ?

K.B. : Le risque pénal qui en résulte pour les entreprises ayant recours à une opération de fusion-absorption doit être appréhendé en amont, avant la conclusion de l'opération, notamment par le biais d'un audit approfondi des risques encourus par l'entreprise absorbante qui ne pourra pas faire l'économie des due diligences idoines. Fort de son expérience solide en droit pénal comme en droit des affaires, le cabinet est un partenaire privilégié pour anticiper et identifier ces risques. Il met son expertise pluridisciplinaire au service des entreprises mais aussi des cabinets d'avocats spécialisés en M&A pour les assister en la matière.

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

² Directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 relative à la fusion des sociétés anonymes, codifiée par la Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017.