



Par Emmanuel Moyne,  
avocat associé,



et Camille Previtali,  
avocate,  
Bougartchev-Moyne Associé

# Les obligations de conformité et les vérifications anticorruption dans les opérations de M&A

**La crise sanitaire a manifestement favorisé les opérations de fusion-acquisition. Si elles ont toujours comporté des risques en matière pénale et des risques de conformité anticorruption, ceux-ci doivent faire l'objet de vérifications d'autant plus approfondies que la réglementation ne cesse de se durcir et que la société absorbante peut désormais être poursuivie et condamnée pénalement pour des faits commis par la société absorbée.**

## 1. L'importance des due diligences pénales et des vérifications anticorruption

Jusqu'à récemment, le principe de la responsabilité pénale personnelle de l'article 121-1 du Code pénal faisait obstacle à l'engagement de la responsabilité pénale de la société absorbante à raison de faits commis par l'absorbée antérieurement à l'opération de fusion-absorption.

Depuis un revirement jurisprudentiel opéré par l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 novembre 2020<sup>1</sup>, une société anonyme ou une société par actions simplifiée qui en absorbe une autre peut être condamnée à une peine d'amende et de confiscation pour des infractions commises par l'absorbée avant l'opération ce, pour les transactions conclues à compter du 25 novembre 2020, sauf en cas de fraude<sup>2</sup>.

En envisageant une absorption, il conviendra donc d'être particulièrement vigilant quant à l'éventuelle implication de la société absorbée dans des faits qui pourraient se révéler susceptibles d'engager sa responsabilité pénale, et notamment, constitutifs de corruption ou de trafic d'influence.

La commission de faits délictueux par les organes ou les représentants de la société cible étant de nature à entraîner des impacts financiers, organisationnels ou réputationnels significatifs pour l'acquéreur, celui-ci aura tout intérêt à évaluer les

risques associés à l'opération le plus tôt et le plus précisément possible pour se prémunir contre les conséquences liées à la découverte tardive de malversations ou d'un dispositif anticorruption défectueux au sein de la cible.

Dans son Guide pratique sur « Les vérifications anticorruption dans le cadre des fusions-acquisitions » publié le 17 janvier 2020 et mis à jour le 12 mars 2021, l'Agence française anticorruption (AFA) souligne ainsi l'importance de procéder à des vérifications anticorruption dans le contexte d'une opération de fusion-acquisition au regard notamment de l'impact financier pouvant peser sur l'acquéreur en cas de révélation de malversations a posteriori, de potentielle sanction, d'obligation de mise en conformité anticorruption ou de médiatisation de faits de corruption, tous susceptibles de porter atteinte à la réputation de l'acquéreur.

Ce dernier devra au surplus s'assurer de l'existence et de la qualité du dispositif anticorruption de la cible.

En vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière financière<sup>3</sup>, une société absorbante pourrait en effet se voir infliger une sanction pécuniaire par la commission des sanctions à raison de manquements commis par la société absorbée.

L'acquéreur appréciera, en amont de l'opération, l'étendue du travail d'adaptation du dispositif anticorruption de la cible qu'il

lui appartiendra de mettre en œuvre après la transaction s'il entre dans le champ des obligations prévues à l'article 17 de la loi Sapin II<sup>4</sup>.

A cet égard, l'AFA recommande de réaliser un audit approfondi après le closing afin d'évaluer et de tester l'efficacité du dispositif anticorruption de la société acquise ou absorbée aux fins d'intégration dans le dispositif de la société acquéreuse ou absorbante.

En fonction de la nature et de l'ampleur des manquements qui pourraient apparaître lors de cet audit ou des soupçons éventuellement révélés par les vérifications anticorruption antérieures, l'acquéreur pourra être amené à prendre, après l'opération, des mesures visant à améliorer le dispositif anticorruption de la cible voire à engager une enquête interne en cas de révélation d'éventuels faits de corruption<sup>5</sup> ce, en vue de déterminer leur nature et leur ampleur. Les coûts d'une telle enquête ne seront pas négligeables et mériteront également d'être pris en compte.

Si une faute venait à être découverte, l'acquéreur devra engager les procédures disciplinaires adéquates et évaluer l'opportunité d'une dénonciation aux autorités compétentes, françaises ou étrangères.

## 2. Les vérifications conseillées par l'AFA en amont de la transaction

Le Guide pratique de l'AFA détaille les vérifications à mener, selon l'Agence, dans le cadre des opérations de fusions-acquisitions.

Si l'article 17 de loi Sapin II n'impose pas « l'évaluation d'une société dont l'acquisition ou la fusion est envisagée » en sorte que le Guide pratique « ne revêt aucun caractère contraignant »<sup>6</sup>, il reste que le suivi de ces recommandations consiste en une bonne pratique et sera regardé comme tel en cas de contrôle sur l'acquéreur postérieurement à l'acquisition.

A cet égard, l'AFA insiste sur l'engagement de l'instance dirigeante dans la conduite d'une opération exempte de toute atteinte à la probité et précise que des moyens humains et financiers adaptés devront être alloués aux vérifications à effectuer<sup>7</sup>. Par ailleurs, si lesdites vérifications ne sont pas conduites par le responsable de la conformité, celui-ci doit être informé de leurs avancées et associé à la prise de décision relative à l'opération<sup>8</sup>.

### 2.1. Les recommandations avant le signing

Si l'AFA entend que les acquéreurs soient vigilants, elle admet néanmoins que l'accessibilité de l'information avant le signing, laquelle dépend de la nature du projet de fusion-acquisition (amical ou hostile par exemple) ou encore du caractère coté ou non de la cible<sup>9</sup>, peut être toute relative.

Dans ces conditions, les vérifications anticorruption à opérer à ce stade auront notamment pour objet de comprendre le contexte de l'opération, l'environnement concurrentiel, réglementaire, géographique et économique de la cible ainsi que d'identifier les principaux tiers avec lesquels elle peut être en relation, en ce compris les personnes politiquement exposées<sup>10</sup>. Par ailleurs, l'AFA conseille d'avoir une connaissance des principaux éléments du dispositif anticorruption de la cible et, si possible, d'identifier les affaires de corruption dans lesquelles

elle pourrait être impliquée ainsi que l'existence de sanctions en cours prononcées à son encontre par une autorité française ou étrangère (par exemple, convention judiciaire d'intérêt public ou deferred prosecution agreement américain ou britannique)<sup>11</sup>.

### 2.2. Les recommandations entre le signing et le closing

Après le signing, si cela est permis en raison du délai imparti avant le closing, il conviendra d'interroger plus précisément la cible sur son dispositif anticorruption<sup>12</sup>, en particulier sur les tiers les plus à risque, les contrôles comptables et le traitement réservé aux alertes internes relatives à des soupçons de corruption.

En tout état de cause, l'AFA précise que les vérifications anticorruption devront être proportionnées aux enjeux de l'opération et au degré d'exposition au risque de corruption de la cible<sup>13</sup>.

Elles devront également être adaptées à la réglementation applicable et réserver une attention particulière aux lois extraterritoriales dès lors qu'elles auraient vocation à s'appliquer. Les recommandations des guides publiés par les autorités étrangères comme la SEC ou le DoJ<sup>14</sup> mériteront alors d'être également suivies.

## 3. En pratique

Pratiquement, il appartiendra à l'acquéreur de demander, dans le cadre de la data room, la fourniture par la cible de tous les documents nécessaires aux vérifications anticorruption, en ce compris les procédures, les contrats conclus avec les intermédiaires ou tout rapport d'enquête interne. L'acquéreur pourra encore être amené à conduire des entretiens avec les préposés de la cible ou ses dirigeants.

Au vu de l'étendue des vérifications auxquelles invite l'AFA, l'acquéreur risque cependant de se heurter aux problématiques de disponibilité de l'information en amont de toute transaction. La rédaction des stipulations du contrat d'acquisition, de ses représentations et des garanties y relatives apparaît donc plus que jamais cruciale afin de prémunir les acquéreurs contre toute mauvaise surprise. ■

1. Cass. Crim., 25 nov. 2020, n° 18-86-955.

2. Cette règle s'applique aux opérations antérieures dans le cas où l'opération aurait été réalisée dans le but d'échapper aux poursuites.

3. Notamment CE Sect. 6 juin 2008, Société Tradition Securities and Futures, n° 299203 (dans une affaire relative à une sanction pécuniaire infligée par l'AMF).

4. Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016.

5. P.17.

6. P. 2 et 3.

7. P. 12.

8. P. 12.

9. P. 13.

10. P. 14.

11. P. 14.

12. P. 15 et 16.

13. P. 11.

14. U.S. Department of Justice, Criminal Division, Evaluation of Corporate Compliance Programs, version mise à jour en juin 2020.