

M&A et responsabilité pénale : enjeux et réflexions

En cette période de crise propice à des opérations de M&A se pose la question de la responsabilité pénale de la société absorbante, alors que cette dernière peut dorénavant être poursuivie et condamnée pénalement pour des faits commis par la société absorbée avant la réalisation de l'opération de M&A. Le point avec Kiril Bougartchev et Emmanuel Moyne, associés fondateurs du cabinet Bougartchev Moyne Associés.



EMMANUEL MOYNE, ASSOCIÉ FONDATEUR DU CABINET BOUGARTCHEV MOYNE ASSOCIÉS
KIRIL BOUGARTCHEV, ASSOCIÉ FONDATEUR DU CABINET BOUGARTCHEV MOYNE ASSOCIÉS

Pouvez-vous nous en dire plus sur la responsabilité pénale de la société absorbante dans le cadre d'une opération de M&A ?

Jusque très récemment, l'irresponsabilité pénale de la société absorbante pour des faits commis par l'entreprise absorbée avant l'opération d'acquisition reposait sur le principe de responsabilité personnelle qui découle de l'article 121-1 du Code Pénal. À la suite du revirement jurisprudentiel opéré par l'arrêt du 25 novembre 2020 rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation – dont le droit européen avait posé les prémices – la société absorbante peut être condamnée à une peine d'amende et de confiscation pour des infractions commises par l'absorbée avant l'opération ce, à compter du 25 novembre 2020. Cette nouvelle règle concerne les SA et SAS. Elle ne sera rétroactive et ne couvrira les opérations antérieures à cette date que si l'opération a été réalisée afin d'échapper à des poursuites pénales.

Dans cette continuité, l'AFA a mis à jour son guide pratique sur les vérifications anti-corruption dans le cadre des fusions-acquisitions en mars dernier. Que faut-il en retenir ?

Cette mise à jour prend en compte l'arrêt du 25 novembre 2020 et renforce le guide sur certains points. L'AFA précise notamment que les vérifications anti-corruption doivent viser à comprendre le contexte de l'opération ainsi que l'environnement économique, concurrentiel, réglementaire et géographique de la cible. Elle insiste sur l'engagement de l'instance dirigeante qui doit garantir l'efficacité du dispositif anti-corruption. Le dirigeant doit s'assurer que l'opération de M&A est exempte de toute atteinte à la probité en allouant les moyens adaptés à ces vérifications. Elle souligne aussi le rôle du responsable de ces vérifications. Il est important que le responsable de la conformité de l'entreprise soit associé à la mise en œuvre des projets stratégiques et aux prises de décision structurantes comme les opérations de M&A.

Enfin, le guide insiste sur la nécessité de mener des due diligences anti-corruption avant la signature de l'opération ainsi qu'un audit approfondi de la cible pour détecter des faits de corruption et pour s'assurer que le système anti-corruption est conforme à celui du groupe pour faciliter ensuite la phase d'intégration. Si un fait de corruption est dévoilé lors de l'audit, les alternatives restent l'enquête

interne ou la dénonciation des faits commis antérieurement par les anciens dirigeants de la cible.

Comment accompagnez-vous vos clients sur ce sujet ?

La valeur ajoutée d'un expert réside dans sa capacité à prévenir les risques. Concrètement, nous intervenons en amont au niveau des audits et des due diligences, mais aussi de la rédaction du contrat d'acquisition afin notamment de pouvoir engager la responsabilité de la cible en cas de fausses déclarations ou de passifs non déclarés. En aval d'une acquisition, nous pouvons aussi prendre en charge les audits approfondis, la conduite d'enquêtes internes et la gestion de contentieux.

Et pour conclure ?

Depuis la Loi Sapin II, la corruption peut coûter à une entreprise jusque 30% de son CA annuel et moyen des 3 derniers exercices dans le cadre de la négociation d'une convention judiciaire d'intérêt public avec le parquet. C'est donc un sujet d'importance vitale pour les entreprises qui doivent veiller à leur conformité alors que la réglementation ne cesse de se durcir ■

Propos recueillis par Houda Gharbi