

Bien aborder les risques de compliance dans les opérations de fusions-acquisition

Depuis la loi Sapin 2 les acteurs économiques sont plus largement sensibilisés aux problématiques de conformité mais ces sujets restent encore souvent peu ou mal appréhendés en amont des opérations de M&A.

L'acquéreur encourt pourtant une série de risques qui sont souvent cumulatifs :

- risque de notoriété ;
- risque de surpayer la cible si son chiffre d'affaires repose en tout ou partie sur des pratiques non-conformes qui devront cesser post-acquisition ;
- risque de responsabilité civile et pénale.

La tentation est parfois grande de reléguer les questions de compliance à la phase d'intégration post-acquisition – notamment lorsque la cible est convoitée par d'autres acquéreurs potentiels. Les sujets de conformité sont cependant infiniment plus efficacement gérés s'ils sont intégrés dès la réflexion sur la structuration de l'opération et les travaux d'audit de l'acquéreur.

Premier réflexe : systématiquement inclure un volet compliance dans les exercices de due diligence pré-opération – ou à tout le moins décider en connaissance de cause de sauter cette étape (par exemple en cas de prise de participation minoritaire dans un environnement peu risqué). Ce volet doit être calibré en fonction de la taille de la cible mais surtout de son secteur d'activité et de la structure de distribution de ses produits ou services (par exemple recours à des agents commerciaux externes susceptibles d'être moins « contrôlés » que les salariés).

Lorsque la cible a une activité à l'international, et même en l'absence de d'établissement à l'étranger, il est aussi nécessaire d'analyser l'empreinte géographique de la cible : des réglementations étrangères strictes peuvent s'appliquer et les autorités étrangères peuvent parfois « rattraper » un acquéreur hors de leur juridiction et le soumettre à des sanctions très lourdes. C'est notamment le cas pour l'application extraterritoriale très large du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) par le *Department of Justice américain* et celle du *UK Bribery Act* par le *Serious Fraud Office* britannique.

L'Autorité Française Anticorruption (AFA) a récemment publié un guide pratique sur « *Les vérifications anticorruption dans le cadre des fusions acquisitions* » auxquels les acteurs peuvent utilement se référer.

Deuxième réflexe : s'interroger sur la structuration de l'opération. La capillarité des risques compliance n'est pas la même selon la manière dont sera structurée l'opération.

En haut de l'échelle des risques, il faut sans doute placer les opérations de joint venture qui nécessitent de systématiquement conduire un audit du partenaire. A noter que dans de nombreux Etats la réglementation locale impose aux investisseurs étrangers de s'associer avec des acteurs locaux qui en pratique leur sont souvent imposés et présentent des risques spécifiques (liens familiaux, personnels ou professionnels avec le pouvoir local).

Dans le cadre d'une acquisition ou fusion se pose la question du transfert de la responsabilité de l'acquéreur ou absorbant pour les manquements aux règles de compliance commis par la cible avant l'opération.

Le rachat d'actifs ou de fonds de commerce est en principe moins risquée de ce point de vue que l'acquisition d'une société qui emporte la reprise de l'ensemble de ses obligations et responsabilités passées.

Lorsque la cible continue à exister indépendamment de l'acquéreur, elle reste civilement et pénalement seule responsable de ses manquements pré-acquisition.



La question est plus délicate lorsque la cible est absorbée par l'acquéreur. La fusion opère alors la transmission universelle du patrimoine de la cible et sa responsabilité civile est donc automatiquement transférée à l'acquéreur. Jusque récemment le principe de personnalité des peines faisait obstacle à la transmission de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante. Néanmoins, cette solution a vu sa portée considérablement limitée, la

Cour de cassation considérant dorénavant que, au moins en cas de fusions entre sociétés anonymes ou sociétés par actions simplifiées, la société absorbante peut répondre pénalement des manquements de la société absorbée (Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955 : JurisData n° 2020-019279).

Thibaut KAZEMI
Associé

t.kazemi@latournerie-wolfrom.com

