



# ARTICLE

## QUAND LE SPECTRE DE LA CONFORMITÉ FRAPPE À LA PORTE DES FUSIONS ACQUISITIONS



Immobilier et Construction Corporate - M&A | 03/10/18 | Benjamin van Gaver Anaïs Coviaux

Sanctions financières, atteintes à l'image ou à la réputation, les risques attachés au non-respect des règles relatives à la non-conformité (la fameuse « compliance ») sont nombreux et souvent dissuasifs dans le cadre d'opérations de fusion ou d'acquisition.

Si les domaines de la concurrence, de l'environnement ou des sanctions internationales ont de longue date été scrutés avec attention dans le cadre d'opérations d'acquisition, ces sujets sont depuis quelques années concurrencés par la lutte contre la corruption.

Les acquéreurs doivent en effet s'assurer que les mesures de prévention et de contrôle des risques des sociétés cibles sont conformes aux meilleurs standards nationaux et internationaux et compatibles avec leurs propres exigences et ce, afin d'éviter des coûts liés à la mise en conformité des cibles, à la conduite d'enquêtes menées par des régulateurs français ou étrangers, voire à la découverte de non-conformités ou de risques pénaux. Autant d'éléments qui ont une conséquence directe sur l'appréciation du prix de la cible voire sur l'opportunité même d'acquérir.

La conformité en matière de lutte contre la corruption figure donc désormais dans les premières préoccupations des acquéreurs dans le cadre des due diligences pré-acquisition et est peu à peu devenue un *deal breaker* à part entière en raison des conséquences attachées au non-respect de ces règles, les entreprises n'hésitant plus à renoncer à des acquisitions lorsque les risques sont jugés trop importants.

Ces due diligences dédiées à la compliance et à la corruption qui peuvent paraître lourdes ne doivent cependant pas être réservées aux acquisitions les plus importantes. L'exemple d'eLandia International l'a montré il y a déjà une dizaine d'années. Après avoir acquis Latin Node Inc. pour environ 26 millions de dollars US en 2007, eLandia International a constaté des anomalies au sein d'une filiale. Malgré une auto-dénonciation immédiate au *Department of Justice* américain, les coûts liés à la conduite de l'investigation et aux amendes infligées se sont chiffrés en millions de dollars pour cet acquéreur, réduisant ainsi significativement la rentabilité de l'opération.

### Que vérifier en pratique ?

En fonction des cibles et des législations applicables, les vérifications comporteront différents volets.

S'agissant d'une société française, il faudra s'assurer que la cible - si elle est soumise à la loi Sapin II - a mis en place un plan de prévention de la corruption conforme aux dispositions de cette loi.

Une absence de plan de prévention ou un plan lacunaire comporterait en effet non seulement des risques de sanction en cas de contrôle de l'Agence française anticorruption (« AFA ») (jusqu'à 1 million d'euros pour les personnes morales et 200.000 euros pour les personnes physiques), mais également des coûts liés à la mise en place des 8 mesures imposées par la loi.

Pour une société qui ne serait pas soumise à la loi Sapin II - soit parce qu'elle n'atteindrait pas les seuils fixés par la loi, soit parce qu'il s'agirait d'une société étrangère - il conviendra en toute hypothèse de demander communication des éléments du programme de conformité applicable au sein de la société afin d'en vérifier la compatibilité avec les meilleurs standards et les éventuelles réglementations applicables. De nombreux critères ont en effet pu être utilisés par les juridictions américaines pour justifier des sanctions infligées à des sociétés étrangères. Les dispositions du *Foreign Corrupt Practice Act* adoptées par les Etats-Unis en 1977 sont par exemple appliquées à des sociétés étrangères cotées aux Etats-Unis[1] et ont également pu être appliquées à une société hongroise en raison d'un *email* ayant transité par un serveur situé aux Etats-Unis[2]. D'autres réglementations américaines ont été utilisées pour sanctionner des sociétés étrangères et notamment françaises dans le cas de transactions en dollars ayant transité par le système financier américain, par exemple à travers leur passage par des chambres de compensation américaines[3].

Ces vérifications ne sont néanmoins pas suffisantes. Il conviendra encore d'analyser la documentation liée aux relations avec des consultants (contrats, modalités de rémunération, rapports d'activité, etc.), aux éventuelles fondations et autres œuvres de charité (destinataires effectifs des fonds, possibles liens entre ces destinataires et la cible, etc.), ou encore les éventuels rapports d'enquêtes internes et les éléments relatifs aux sanctions internationales (liste des pays d'implantation, modalités de *screening* des tiers, nationalité des collaborateurs, éventuelles licences de l'*Office of Foreign Assets Control*, etc.) ; l'ensemble de ces informations devant être analysé au regard des activités et zones géographiques concernées.

Il est également important de se renseigner sur les antécédents de la cible et sur l'existence et le contenu d'enquêtes pénales ou de régulateurs, qu'elles soient en cours ou passées.



Dans le cadre des opérations les plus stratégiques, une analyse des livres comptables et des entretiens avec certains collaborateurs du groupe pourront enfin être pertinents afin d'appréhender la réalité des pratiques des employés (et notamment des acheteurs et commerciaux, tout particulièrement pour les opérations à l'étranger) dans la gestion de leurs relations commerciales.

Il ne s'agit en effet pas seulement de vérifier la conformité de la cible à des obligations de prévention et de détection de la corruption, mais surtout d'identifier les zones de risques effectifs au sein de la cible et leur probabilité de matérialisation passée et/ou future.

### Quels sont les risques encourus ?

Les risques sont de plusieurs ordres.

Ils sont tout d'abord pécuniaires, par exemple avec le risque lié à une condamnation de la commission des sanctions de l'AFA en cas de carence constatée dans la mise en place d'un plan de prévention de la corruption efficace. Dans certaines hypothèses, le risque lié à des poursuites d'autorités étrangères ne doit pas non plus être exclu (*Department of Justice* américain, *Serious Fraud Office* britannique, etc.). De telles poursuites engendrent le plus souvent d'importants frais de défense et d'investigation internes, outre des accords transactionnels avec les régulateurs (« *deals of justice* ») de montants parfois considérables. Sur ce point, il semble que les autorités américaines attendent des acquéreurs qu'ils conduisent des vérifications poussées en matière de conformité et adoptent éventuellement les mesures appropriées (enquêtes internes, plans de remédiation, etc.). Dans le cas contraire, l'acquéreur pourrait devoir faire face à des poursuites dans l'hypothèse où des violations de la loi antérieures à l'acquisition seraient révélées.

Ces risques financiers peuvent également être liés à des condamnations pénales en cas de découverte de faits de corruption ou de trafic d'influence. A cet égard, en dépit de la jurisprudence contraire de la Cour de Justice de l'Union Européenne[4], la Cour de cassation refuse avec constance de reconnaître que la transmission universelle du patrimoine résultant d'une fusion-absorption entraînerait également une transmission du passif pénal à la société absorbante sur le fondement du principe que « *nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* »[5]. Il ne faut pourtant pas en conclure une stricte impossibilité d'engager la responsabilité pénale de la société absorbante. On peut en effet imaginer qu'elle pourrait être engagée sur le fondement de la complicité, du recel ou du blanchiment du produit de l'infraction principale commise par la société absorbée. De plus, la dette de réparation civile est, elle, transmise à la société absorbante.

Il en va en revanche différemment en cas de simple acquisition d'une société puisque le changement d'actionariat est sans effet sur la personne morale et plus particulièrement sur les procédures pénales et les sanctions afférentes aux faits commis antérieurement à la cession.

Il en va également différemment en matière de sanctions administratives. En matière de fusion-absorption, le Conseil d'Etat estime que le principe de la personnalité des peines ne fait pas obstacle à ce que l'Autorité des Marchés Financiers prononce une sanction pécuniaire à l'encontre d'une société absorbante pour des manquements commis par une société absorbée qui n'a été ni liquidée ni scindée[6]. Dans l'une de ses décisions, le Conseil d'Etat est allé jusqu'à préciser « *qu'il appartenait à celle-ci [la société absorbante], lors de l'opération de fusion-absorption, de recueillir toute information utile sur la situation de la société* »[7]. En l'espèce, une enquête de l'AMF portait sur la société absorbée au moment de l'opération de fusion-absorption. On peut donc imaginer qu'il en irait de même s'agissant des sanctions pécuniaires que peut imposer l'AFA, qui seraient transmises à la société absorbante à qui il appartiendrait d'effectuer les vérifications nécessaires en amont de l'opération.

Enfin, il ne peut être exclu que la révélation de non-conformité, en plus de causer un préjudice d'image à la société ou au groupe, entraîne la rupture de certaines relations commerciales par des tierces parties plus regardantes sur les questions d'éthique et de conformité.

\*\*\*

Dans le cadre des opérations d'audit, on constate que la problématique principale est évidemment l'accès à l'information pertinente sur les sujets de compliance car ces informations étant par nature sensibles, elles ne sont le plus souvent dévoilées que dans les derniers moments de l'opération et en tout état de cause à un nombre limité de personnes. La pratique des « *black boxes* » dans les opérations entre concurrents limite en outre une transmission complète des informations recueillies.

Par ailleurs, s'il n'est pas interdit de prévoir une garantie (au profit de l'acquéreur et non de la société cible) pour couvrir les conséquences financières ou opérationnelles de la responsabilité pénale de la cible, la pratique démontre que ce type de garantie n'est octroyé par le vendeur qu'avec beaucoup de difficultés et elle ne peut en outre être traitée que par le biais d'une réduction de prix.

Outre cette difficulté d'octroi de garantie, il est constant que les amendes résultant d'une responsabilité pénale ne peuvent faire l'objet d'une police d'assurance.[8]

En tout état de cause, le principe d'une éventuelle indemnité financière de l'acquéreur ne permet pas d'éluider la question de la responsabilité pénale de la cible, ni celle de sa réputation.



---

[1] United States of America v. Statoil ASA, 06-CR-960 – October, 13<sup>th</sup> 2006 ; United States of America v. Alstom Grid, Inc., December, 19<sup>th</sup> 2014.

[2] *United States v. Magyar Telekom, Plc. Court Docket Number: 11-CR-597 – 2011* ("passed through, was stored on, and transmitted to servers located in the United States").

[3] V. par exemple en matière de sanctions internationales : United States v. BNP Paribas (DoJ press release, June 30, 2014 : BNP Paribas Agrees to Plead Guilty and to Pay \$8.9 Billion for Illegally Processing Financial Transactions for Countries Subject to U.S. Economic Sanctions : "by processing billions of dollars of transactions through the U.S. financial system").

[4] CJUE, 5 mars 2015, affaire 343/13, 5<sup>ème</sup> chambre, Modelo Continente Hipermercados SA.

[5] Crim. 25 octobre 2016, n°16-80.366, sur le fondement de l'article 121-1 du Code pénal.

[6] CE 30 mai 2007 n° 293423 : RJDA 2/08 n° 151 ; CE 17-12-2008 n° 316000 : RJDA 4/09 n° 358, 2e espèce.

[7] CE 30 mai 2007 n° 293423 : RJDA 2/08 n° 151.

[8] En revanche, les conséquences civiles d'une infraction pénale peuvent être garanties, à condition que cette infraction pénale ne constitue pas une faute intentionnelle inassurable

---