

Revirement de jurisprudence en matière de transfert de responsabilité pénale dans le cadre d'opérations de fusion-absorption

Skadden

17 / 12 / 20

If you have any questions regarding the matters discussed in this memorandum, please contact the attorneys listed on the last page or call your regular Skadden contact.

This memorandum is provided by Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP and its affiliates for educational and informational purposes only and is not intended and should not be construed as legal advice. This memorandum is considered advertising under applicable state laws.

One Manhattan West
New York, NY 10001
212.735.3000

68 rue du Faubourg
Saint-Honoré
75008 Paris, France
33.1.55.27.11.00

Le 25 novembre 2020, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence important pour la pratique des affaires, en décidant que la responsabilité pénale d'une société absorbée, de nature à donner lieu à une peine d'amende ou de confiscation, pouvait désormais être transmise à la société absorbante dans le cadre d'une opération de fusion-absorption de sociétés anonymes et, par extension, de sociétés par actions simplifiées et sociétés en commandite par actions.

Si la portée de cet arrêt ne trouve à s'appliquer qu'à certaines conditions, il aligne la position des juges français avec la jurisprudence européenne¹ et s'inscrit dans un mouvement plus général en France de responsabilisation des entreprises en matière de conformité et de risque pénal. En effet, les autorités françaises insistent désormais sur l'importance de l'évaluation des dispositifs de conformité et de l'exposition pénale des sociétés cibles, ainsi que sur la résolution voire l'autorévéléation des manquements identifiés. Concrètement, les *due diligence* pré-fusions en matière de conformité et de risque pénal deviennent d'autant plus nécessaires et l'octroi de mécanismes de protection, au-delà des déclarations et garanties usuelles, par les actionnaires de la société absorbée (autres que la société absorbante) pourrait devenir davantage systématique.

I. La responsabilité pénale des sociétés dans le cadre des fusions-absorptions conclues avant le 25 novembre 2020

Une opération de fusion-absorption emporte, en principe, une transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante. Cette transmission universelle du patrimoine n'est pas sans conséquence sur la responsabilité pénale des sociétés parties à l'opération. Ainsi, dans l'hypothèse où la société absorbée a fait l'objet d'une amende pénale non encore soldée à la date de la fusion, l'amende sera transférée de plein droit à la société absorbante qui sera alors chargée de s'en acquitter.

Mais la question se pose également de savoir si la société absorbante doit supporter les amendes infligées après la fusion pour des faits commis par la société absorbée et n'ayant pas donné lieu à une décision de sanction définitive avant l'opération.

Avant le 25 novembre 2020, une société absorbante ne pouvait pas, selon une jurisprudence constante, être poursuivie pour des faits pénalement sanctionnés commis par une société absorbée avant l'opération de fusion-absorption², sauf montage frauduleux. Selon les juridictions pénales, l'opération de fusion-absorption ayant pour effet la dissolution de la société absorbée et la perte de sa personnalité juridique, sa responsabilité pénale s'éteignait, de ce fait, concomitamment ; l'application du principe de personnalité des peines aboutissait à cette conclusion. Dans le prolongement de cette solution, une société absorbante ne pouvait être condamnée à verser des dommages et intérêts à la partie civile victime de la société absorbée, dès lors que l'opération de fusion-absorption avait été réalisée avant que le juge pénal n'ait pu statuer³.

Le principe de l'absence de transfert de responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante connaissait néanmoins certains aménagements en matière de sanctions prononcées par les autorités administratives (Autorité de la concurrence, Autorité des marchés financiers, Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, etc.). Une société absorbante a ainsi pu être condamnée à des sanctions administratives pour

¹ CJUE, 5 mars 2015, n° C-343/13, JCP E 2015. 1171, note F. Barrière. Rapp. CEDH, 24 octobre 2019, Carrefour France c. France, n° 37858/14.

² Notam. Cass. crim., 20 juin 2000, n° 99-86.742; Cass. crim. 25 octobre 2016, n° 16-80.366.

³ Cass. crim., 23 avril 2013, n° 12-83.244.

Revirement de jurisprudence en matière de transfert de responsabilité pénale dans le cadre d'opérations de fusion-absorption

des faits commis par la société absorbée avant la fusion, notamment pour des manquements en matière de droit de la concurrence⁴, de régulation des marchés financiers⁵ ou de législation fiscale⁶. Cependant, seules des sanctions pécuniaires pouvaient être infligées à la société absorbante dans ces situations, à l'exclusion d'autres sanctions, telles que, notamment, le blâme ou la publication d'une décision de sanction.

II. La responsabilité pénale des sociétés dans le cadre des fusions-absorptions conclues après le 25 novembre 2020

L'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 25 novembre 2020⁷ opère un important revirement de jurisprudence en considérant que, désormais, la société absorbante peut être condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération. En l'état de la jurisprudence, cette décision ne trouve à s'appliquer, sauf en cas de fraude, qu'aux opérations de fusion-absorption entrant dans le champ d'application de la directive 78/855/CEE⁸, c'est-à-dire aux fusions-absorptions de sociétés anonymes et, par extension, à celles de sociétés par actions simplifiées et sociétés en commandite par actions. Dès lors que la personne morale absorbante est vue comme une continuité économique de l'absorbée – dont l'entreprise perdurerait après la fusion - et non pas comme une personne juridique distincte, la question se posera de l'extension de cette jurisprudence aux fusions impliquant d'autres formes sociales.

Alors que la Cour de cassation ne vise expressément que les opérations de fusion par absorption, les fusions par constitution d'une société nouvelle, qui emportent également transmission universelle du patrimoine des sociétés initiatrices vers la société nouvellement constituée et qui reposent sur le même mécanisme de dissolution sans liquidation et sur le même principe de continuité de l'activité économique, devraient également être concernées par cette nouvelle jurisprudence. Il pourrait en être de même pour d'autres types d'opérations, tels que la scission ou

⁴ Cass. com., 28 février 2006, n° 05-12.138.

⁵ CE, 22 novembre 2000, n° 207697, Sté Crédit Agricole Indosuez Chevreux.

⁶ CE, 3e et 8e ss-sect., avis, 4 décembre 2009, n° 329173, Sté Rueil Sports.

⁷ Cass. crim., 25 novembre 2020, n° 18-86.955. En l'espèce, une société était mise en cause pour des faits de destruction involontaire par incendie ayant eu lieu en 2002. Avant d'être convoquée devant la juridiction correctionnelle pour y être jugée, la société ainsi mise en cause avait été absorbée par une autre société à l'occasion d'une opération de fusion intervenue en mars 2017. Le tribunal correctionnel, approuvé par la Cour d'appel, avait ordonné un supplément d'information afin de rechercher si l'opération de fusion-absorption n'avait pas été entachée de fraude, au motif que dans un tel cas la responsabilité pénale de la société absorbante pouvait être engagée. La société absorbante intervenant à la cause a alors formé un pourvoi en cassation, faisant valoir que le principe de personnalité des délits et des peines s'opposait à toute poursuite pénale à son encontre.

⁸ Directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 relative à la fusion des sociétés anonymes, codifiée en dernier lieu par la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017.

l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, l'entité bénéficiaire de la poursuite de l'activité économique pouvant être dans une situation analogue à celle de la société absorbante, ce que la jurisprudence aura toutefois à confirmer.

Par ailleurs, le transfert de responsabilité pénale ne s'appliquera qu'aux opérations de fusion-absorption conclues postérieurement au 25 novembre 2020, le revirement n'étant que pour l'avenir, sous réserve de cas frauduleux toutefois.

Plus encore, seules les peines d'amende et de confiscation pourront être infligées à la société absorbante à l'exclusion d'autres peines telles que, notamment, la dissolution, l'interdiction d'exercice, l'exclusion des marchés publics ou encore l'affichage ou la diffusion de la décision de sanction. Toutefois, en cas d'opération frauduleuse, la société absorbante s'expose à tout type de sanction (et non seulement une peine d'amende ou de confiscation), et ce quelle que soit la date de l'opération ou la forme des sociétés concernées.

Enfin, cette décision faisant désormais porter un risque pénal à la société absorbante, cette dernière pourra bénéficier des mêmes moyens de défense que ceux que la société absorbée aurait pu invoquer (telles que l'exception de nullité ou la prescription, par exemple).

III. Impact sur les opérations de fusions-absorptions

Le transfert de responsabilité pénale dans le cadre d'une fusion-absorption fait courir un risque important à la société absorbante, à ses actionnaires et à ses créanciers. En effet, la plupart des fusions comportent une part d'inconnu puisqu'il est souvent difficile d'effectuer, avant la réalisation de l'opération, une évaluation complète du risque pénal et de ses conséquences patrimoniales, sachant que la police d'assurance de la société absorbante ne couvre pas, sauf stipulation contraire, les risques de la société absorbée⁹.

La société absorbante et ses actionnaires peuvent se protéger en insérant, dans l'accord de fusion, une clause de garantie et d'indemnisation. Une telle clause leur permet en effet d'obtenir une indemnisation du préjudice résultant d'une condamnation à une peine d'amende ou de confiscation prononcée après la réalisation de la fusion. Cette solution n'a cependant de sens que si l'actionnaire de l'absorbée (débitrice de l'obligation de garantie et d'indemnisation du passif pénal) n'est pas la société absorbante elle-même. Se pose alors la question du mécanisme d'indemnisation (paiement en numéraire ou dilution au capital de l'absorbante) et de son quantum selon que l'indemnisation est réglée à la société absorbante ou à ses actionnaires d'origine.

⁹ Cass. civ. 3°, 26 novembre 2020, n° 19-17.824 : "l'assurance de responsabilité de la société absorbante, souscrite avant la fusion, n'a pas vocation à garantir le paiement d'une telle dette, dès lors que le contrat d'assurance couvre, sauf stipulation contraire, la responsabilité de la seule société assurée, unique bénéficiaire, à l'exclusion de toute autre, même absorbée ensuite par l'assurée, de la garantie accordée par l'assureur en fonction de son appréciation du risque".

Reviement de jurisprudence en matière de transfert de responsabilité pénale dans le cadre d'opérations de fusion-absorption

La société absorbante sera également encouragée à effectuer des *due diligence* renforcées sur la société absorbée préalablement à la fusion. Cet audit devrait lui permettre d'obtenir une vue approfondie de la situation de la société absorbée et d'évaluer le risque pénal afférent à la transaction, en ce compris le risque financier, le risque réputationnel et les conséquences d'une inscription de la condamnation de l'absorbante à son casier judiciaire¹⁰. La tâche sera d'autant plus difficile que les ramifications du droit pénal portent aujourd'hui sur des aspects très variés de la vie de l'entreprise : concurrence, fiscalité, environnement, travail, finances, conformité (lutte contre la corruption, respect des sanctions économiques internationales, lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme pour les entreprises assujetties à ces obligations, prévention des abus de marché, etc.).

Ce revirement invite en particulier à renforcer l'audit de conformité, qui consistait parfois en un survol des politiques et procédures de la cible avant le *signing*, en particulier dans les secteurs non-régulés. Celui-ci devra désormais consister, selon une approche par les risques, en une évaluation notamment du profil

¹⁰ Par exemple, bien que, comme mentionné supra, l'exclusion des marchés publics ne peut être prononcée à titre de peine principale (sauf en cas d'opération frauduleuse), elle pourrait être une conséquence indirecte de la condamnation de l'absorbante puisque l'article L. 2141-1 du Code de la commande publique dispose qu'une société définitivement condamnée du chef de certaines infractions pénales (notamment en matière de corruption) est exclue de plein droit des procédures de passation des marchés publics pendant cinq ans.

de risque de la cible, de son dispositif de conformité, et de tout incident de conformité récent ou en cours. Cet exercice devra être effectué de préférence avant l'opération et, en tout état de cause, à l'issue de celle-ci, lors de la phase d'intégration. Déjà en janvier 2020, l'Agence française anticorruption (AFA) insistait dans son guide concernant les vérifications anticorruption dans le cadre des fusions-acquisitions sur la nécessité d'effectuer des vérifications sur le dispositif anticorruption de la cible, afin d'identifier toutes procédures pénales en cours ou manquement éventuel¹¹. L'AFA encourageait également les entreprises à faire cesser le plus tôt possible les éventuels agissements délictueux identifiés et à prendre par la suite toute mesure corrective utile. L'AFA incitait enfin les entreprises à révéler tout manquement identifié à l'autorité judiciaire, autorévélé que le Parquet National Financier (PNF) accueille dorénavant comme une circonstance favorable à l'obtention d'une Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)¹². Si ce système d'incitation n'est cependant pas encore assorti de garanties chiffrées, une circulaire ministérielle de juin 2020 a invité le PNF à y réfléchir¹³. L'arrêt de la Cour de cassation pourra utilement servir de pierre à cet édifice.

¹¹ AFA, Guide pratique - Les vérifications anticorruption dans le cadre des fusions-acquisitions, janvier 2020, pages 11 – 13.

¹² AFA, PNF, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public, juin 2019, page 9.

¹³ Ministère de la Justice, Circulaire de politique pénale en matière de lutte contre la corruption internationale, 2 juin 2020, page 8.

Contacts

Armand W. Grumberg

Partner / Paris
33.1.55.27.11.95
armand.grumberg@skadden.com

Pascal Bine

Partner / Paris
33.1.55.27.11.01
pascal.bine@skadden.com

François Barrière

French Counsel / Paris
33.1.55.27.11.45
francois.barriere@skadden.com

Sidne Koenigsberg

Counsel / Paris
33.1.55.27.11.39
sidne.koenigsberg@skadden.com

Margot Sève

Associate / Paris
33.1.55.27.11.51
margot.seve@skadden.com

Natalia Rotaru

Associate / Paris
33.1.55.27.11.67
natalia.rotaru@skadden.com