



Le transfert du risque pénal dans les opérations de fusion-absorption

11 février 2021

Le 25 novembre 2020, la chambre criminelle de la Cour de cassation a opéré un important revirement de jurisprudence concernant le transfert de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante dans le cadre d'opérations de fusion-absorption.

Après avoir longtemps pris le parti d'une approche « anthropomorphique » - assimilant la dissolution d'une société au « décès » d'une personne physique - la chambre criminelle s'est résolue à prendre en compte la réalité économique de la personne morale, dont l'absorption s'apparente davantage à une réincarnation qu'à une mort véritable.

Avant le 25 novembre 2020, le refus de la chambre criminelle d'admettre la transmission de la responsabilité pénale de l'absorbée à l'absorbante

Traditionnellement, la chambre criminelle de la Cour de cassation retenait que la fusion-absorption n'emportait pas la transmission de la responsabilité pénale de l'absorbée à l'absorbante. Elle fondait cette solution sur les articles 121-1 du Code pénal et 6 du Code de procédure pénale qui disposent que « *nul n'est responsable que de son propre fait* » et que la mort du prévenu emporte l'extinction de l'action publique pour l'application de la peine.

C'était donc par une analogie entre la dissolution et le décès de la personne physique que la chambre criminelle concluait à l'extinction subséquente à l'opération de fusion-absorption, de toute action pénale trouvant son fondement dans des faits commis par l'absorbée avant ladite opération.

Ce principe connaissait toutefois quelques exceptions notamment pour des sanctions prononcées en matière de concurrence ou en matière de responsabilité pour des infractions financières ou fiscales, domaines dans lesquels la chambre commerciale de la Cour de cassation et le Conseil d'Etat avaient déjà tiré les conséquences de la continuité économique de l'entreprise absorbée et de l'impératif d'efficacité des sanctions pécuniaires, en retenant que l'absorbante devait répondre des

manquements commis par l'absorbée.¹

On rappellera à cet égard que s'agissant des intérêts civils résultant d'une condamnation pénale, la chambre criminelle avait déjà précisé que l'absorbante pouvait en être tenue redevable si l'absorbée avait fait l'objet d'une condamnation avant son absorption.²

Dans le même sens, au niveau européen, la Cour de justice de l'Union européenne avait déjà retenu, dans un arrêt MCH du 5 mars 2015, que l'article 19 de la directive 78/855/CEE du 9 octobre 1978 relative à la fusion de sociétés anonymes, qui prévoit la transmission universelle, tant entre la société absorbée et la société absorbante qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante, emportait obligation pour l'absorbante de s'acquitter des amendes pénales lui ayant été infligées postérieurement à la fusion pour des faits commis par l'absorbée avant ladite fusion.³

Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle avait jugé, dans un arrêt récent daté du 1^{er} octobre 2019, que l'approche du droit français en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles, qui tire des conséquences de la continuité de l'entreprise de la personne morale absorbée, ne contrevenait pas au principe de personnalité des peines implicitement garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹ Cass. Com., 15 juin 1999, n° 97-16439 ; CE, sect., 22 nov. 2000, n° 207697 ; CE, 4 décembre 2009, 3ème sect. et 8ème sous-sect., n° 329173.

² Cass. Crim., 28 février 2017, n°15-81.469.

³ CJUE, 5 mars 2015, n° C-343/13.



L'alignement de la position de la chambre criminelle sur la jurisprudence européenne

Par son arrêt du 25 novembre 2020, la chambre criminelle de la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence antérieure et s'aligne sur celle des autres juridictions françaises et européennes.

Ayant abandonné son approche anthropomorphique, qui souffrait d'un caractère trop théorique, au profit d'une approche plus réaliste et économique, **elle considère désormais que la société absorbante peut être condamnée pénalement pour des faits commis par la société absorbée avant l'opération de fusion-absorption**, l'absorbante étant vue comme une continuité économique de l'absorbée et non pas comme une personne juridique distincte qui cesserait du fait de la fusion.

Dans leur note explicative jointe à l'arrêt, les juges du quai de l'Horloge restreignent néanmoins le champ d'application de leur décision, **en précisant que ce transfert de responsabilité pénale ne s'appliquera qu'aux fusions-absorptions entrant dans le champ de la directive européenne 78/855/CEE codifiée par la directive UE 2017/1132 du 14 juin 2017**, c'est-à-dire aux sociétés anonymes (SA) et par extension, aux sociétés par actions simplifiées (SAS) et aux sociétés en commandite par actions (SCA), qui reprennent les dispositions de la SA sur le régime des fusions.

>> **Autre condition** : l'opération de fusion doit nécessairement avoir pour effet la dissolution de la société absorbée. Sont dès lors concernées, outre les fusions-absorptions, les scissions puisque ces opérations emportent également transmission universelle du patrimoine et dissolution de la société scindée. En revanche, il est permis de douter de l'application de cette décision en matière d'apport partiel d'actif puisque cette opération n'entraîne pas la dissolution de la société apporteuse.

De plus, seules sont évoquées les peines d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'infractions commises par la société absorbée avant l'opération, ce qui exclurait *de facto* les sanctions telles que l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou encore l'exclusion des marchés publics.

La Cour de cassation précise enfin que ce revirement ne s'appliquera qu'aux opérations de fusions conclues postérieurement au 25 novembre 2020, date de l'arrêt, dans un souci de sécurité juridique, sauf dans l'hypothèse où la fusion aurait été décidée dans l'intention frauduleuse de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale.

Comment se protéger efficacement contre ce nouveau risque pénal ?

Cette jurisprudence va obliger plus que jamais les entreprises à prendre en considération le risque de sanctions pénales dans le cadre de leurs opérations d'acquisition ou de restructuration, et ce d'autant plus que **la Cour de cassation a récemment décidé qu'une assurance responsabilité de l'absorbante souscrite avant une fusion ne pouvait pas jouer pour des faits commis par l'absorbée avant la fusion dès lors que le contrat d'assurance excluait tout autre bénéficiaire que l'assuré**.⁴

En pratique, **les dirigeants et actionnaires de l'absorbante pourront jouer sur trois principaux leviers**, distincts mais complémentaires, afin de prévenir et de limiter les conséquences d'un éventuel transfert de responsabilité pénale résultant de faits commis par l'absorbée avant la réalisation de la fusion.

I. Le premier levier

Il consistera pour l'absorbante à étendre le périmètre de ses *due diligences* pré-fusion **en incluant systématiquement une revue du risque pénal existant au sein de l'absorbée**. Cet audit permettra non seulement d'évaluer la pertinence de l'opération de fusion envisagée mais également, et surtout, de déterminer le profil de risque de la cible et d'évaluer qualitativement les procédures de gestion de risques internes mises en place au sein de la cible.

Cet exercice désormais indispensable sera toutefois rendu difficile par la multiplicité des dispositifs législatifs et réglementaires, sans cesse renouvelés et renforcés, dont la violation est susceptible d'être sanctionnée par des amendes pénales. On pense principalement aux dispositifs de conformité en matière de lutte contre la corruption et de lutte contre le blanchiment d'argent, en matière environnementale, en droit de la concurrence ou en droit des marchés financiers qui, au-delà du risque purement financier qu'ils génèrent mais qui peut apparaître « surmontable » pour les entreprises, sont à l'origine de risques indirects qui peuvent s'avérer en pratique beaucoup plus préjudiciables pour l'entreprise telle que la dégradation de la réputation.

II. Le deuxième levier

Il consistera à prévoir dans la documentation juridique, notamment dans le traité de fusion, un mécanisme d'indemnisation basé sur des déclarations et garanties portant spécifiquement sur le risque de sanctions pénales. Cette solution n'aura toutefois d'intérêt que lorsque l'actionnaire de l'absorbée ne sera pas l'absorbante. **Il conviendra d'attacher une attention toute particulière à la rédaction de ces clauses** dont la mise en œuvre pourra parfois s'avérer délicate compte tenu du montant de l'éventuel préjudice ou du nombre de débiteurs susceptibles d'être concernés.

En pratique, l'indemnisation prendra le plus souvent la forme d'un versement en numéraire au bénéfice de l'absorbante, ce qui posera toutefois en pratique la question de la répartition de cette somme entre les anciens actionnaires de l'absorbée (certains ou tous), devenus actionnaires de l'absorbante à la suite de la fusion.

Pour pallier ce type de difficulté, il pourra être envisagé un mécanisme d'indemnisation alternatif prévoyant par exemple une modification de la parité d'échange initialement prévue dans le traité de fusion ou l'émission de BSA «Garantie» permettant, en cas d'exercice, une relation des actionnaires d'origine de l'absorbante, au sein du capital de l'entité fusionnée.

III. Le troisième et dernier levier :

Il pourra consister pour l'absorbante et ses **actionnaires à invoquer le dol**. En cas d'inefficacité de la garantie de passif, l'absorbante pourra toujours invoquer en dernier recours, sous certaines conditions, le dol afin de solliciter soit l'annulation de la fusion, soit le versement de dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

L'article 1137 du Code civil définit le dol comme « *le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges* ». Il précise par ailleurs que « *constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* » mais que « *néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son*

estimation de la valeur de la prestation ».

En substance, le dol est constitué par des manœuvres ou mensonges d'une partie ayant conduit l'autre partie à conclure un contrat qu'elle n'aurait pas conclu autrement ou à des conditions différentes. Tel pourra par exemple être le cas dans l'hypothèse où l'absorbée aurait dissimilé à dessein l'existence d'une procédure judiciaire ou d'une enquête d'une autorité administrative ouverte à son encontre.

Une indemnisation sur le fondement du dol supposera la démonstration par l'absorbante d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux ; or en pratique, la démonstration des manœuvres dolosives sera souvent difficile à rapporter, en particulier lorsque l'absorbante aura procédé à des audits et se sera fait assister de conseils professionnels.

Compte tenu de la difficulté de cette preuve, il est peu probable que l'action sur le fondement du dol soit réellement considérée par un acquéreur sauf en présence d'un préjudice très significatif.

Conclusion

Cette décision, en ce qu'elle fait courir un risque de sanctions pénales important pour l'absorbante et ses actionnaires, invite plus que jamais les entreprises et leurs conseils à renforcer leurs dispositifs de *due diligences* pré-fusion notamment en matière de compliance afin d'évaluer précisément le profil de risque de la cible et l'efficacité de ses dispositifs de conformité internes.

Contacts



Stéphane Bénézant

Avocat, Associé

Corporate/Fusions & Acquisition

T +33 (0)1 41 16 27 30

M +33 (0) 6 80 94 71 04

E sbenezant@avocats-gt.com

Grant Thornton Société d'Avocats

29, rue du Pont

92200 – Neuilly-sur-Seine

France

www.avocats-gt.com

T : +33 (0)1 41 16 27 27

F : +33 (0)1 41 16 27 28

E : contact@avocats-gt.com



À propos de Grant Thornton Société d'Avocats

Grant Thornton Société d'Avocats accompagne ses clients dans toutes leurs opérations stratégiques, que ce soit dans un contexte national ou international, grâce à une expertise pluridisciplinaire reconnue dans tous les domaines du droit des affaires.

Le cabinet offre à une clientèle nationale et internationale l'ensemble des prestations nécessaires à la gestion juridique et fiscale des entreprises en intervenant sur des problématiques de droit des sociétés, de due diligences juridiques, fiscales, sociales et contractuelles, de fusions et acquisitions, de droit fiscal, de TVA et commerce international, de mobilité internationale, de droit commercial, droit social et enfin de contentieux des affaires.

NOTE : Cette note d'alerte est de nature générale et aucune décision ne devrait être prise sans davantage de conseil. Grant Thornton Société d'Avocats n'assume aucune responsabilité légale concernant les conséquences de toute décision ou de toute mesure prise en raison de l'information ci-dessus. Vous êtes encouragés à demander un avis professionnel. Nous serions heureux de discuter avec vous de l'application particulière des changements à vos propres cas

