



AVIS D'EXPERT

FUSIONS
ACQUISITIONS

LUTTE CONTRE LA CORRUPTION : L'IMPACT DES NOUVELLES OBLIGATIONS DE LA LOI SAPIN II DANS LES FUSIONS-ACQUISITIONS

par Patrice Grenier, Fondateur,
Grenier Avocats



Les nouveautés du volet corruption de la loi Sapin II

La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, la lutte contre la corruption, et la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin II », renforce l'arsenal législatif français en matière de lutte contre la corruption, en dotant les autorités de moyens innovants pour contrer ce phénomène.

Le législateur impose aux entreprises d'une certaine taille et à leurs dirigeants l'obligation de mettre en œuvre une série de mesures afin de lutter contre les faits de corruption qui pourraient se produire dans le cadre de leurs activités. Ce plan anticorruption doit s'étendre à l'entreprise concernée mais aussi à ses filiales et entités contrôlées, établies en France et à l'étranger.

Parmi ces mesures destinées à prévenir et détecter la corruption, les entreprises doivent rédiger un code anticorruption, élaborer une cartographie des risques de corruption, mettre en œuvre des procédures d'évaluation des partenaires commerciaux et de contrôle comptable ou encore mettre en place un système de recueil de signalements de pratiques non éthiques.

Ces nouvelles obligations sont exigeantes. En effet, le risque de sanction administrative par la nouvelle Agence française anticorruption (« AFA ») pour non-respect de ces obligations peut s'avérer important tant pour l'entreprise (amende pouvant aller jusqu'à 1.000.000 €) que pour ses dirigeants (amende pouvant aller jusqu'à 200.000€). La

loi mise sur le rôle déterminant des dirigeants dans la lutte contre la corruption. Ceux-ci sont ainsi responsables personnellement du déploiement effectif du plan anticorruption au sein de leur entreprise.

En outre, la loi Sapin II a créé un nouvel instrument de résolution des affaires en matière de corruption et de fraude, la convention judiciaire d'intérêt public (« CJIP »). Signée entre le Procureur de la République et la société faisant l'objet de soupçons d'actes de corruption, la CJIP peut imposer à la société de payer une amende au Trésor Public pouvant aller jusqu'à 30% de son chiffre d'affaires, sans compter les dommages et intérêts qui peuvent s'y ajouter pour la victime, et l'obliger à se mettre en conformité avec les obligations de la loi Sapin II sous le contrôle de l'AFA pendant une durée maximale de trois ans. La particularité de cette convention est qu'elle n'emporte pas déclaration de culpabilité. Mais cette CJIP est publiée sur le site de l'AFA et donc accessible à tous. Le risque financier est donc très élevé et peut s'accompagner d'un risque en termes d'image et de réputation tout aussi conséquent.

Les risques liés à la corruption dans les fusions et acquisitions

Ces obligations ont un impact considérable sur les opérations de fusion-acquisition et posent de nouvelles problématiques pour l'acquéreur. Si le risque corruption n'est pas nouveau, la manière de l'aborder et de le traiter doit être différente depuis la loi Sapin II et corrélativement depuis



la mise en place par un nombre de plus en plus grand d'entreprises de procédures de contrôle de la compliance de leurs fournisseurs, sous-traitants....

En effet, si le risque pénal suite au transfert de la responsabilité pénale de la société cible à l'acquéreur en cas de commission d'infractions de corruption dans le passé et les risques financiers et commerciaux qui en découlent (perte de contrats, baisse du chiffre d'affaires) ou encore le risque lié à l'image existaient déjà, de nouvelles sanctions financières pouvant être imposées par l'Agence Française Anticorruption pèsent depuis la loi Sapin II sur la société acquéreur et ses dirigeants.

Par ailleurs, les exigences en matière d'éthique et de compliance prennent une part très importante dans les négociations commerciales. Les entreprises souhaitent travailler avec des partenaires commerciaux intègres et respectueux des règles éthiques. Ainsi, l'ouverture d'une enquête pour des faits de corruption (avant toute condamnation) pourra avoir des répercussions négatives sur les relations commerciales de la société objet de la procédure mais aussi sur les relations entre les autres sociétés du groupe et leurs partenaires. En effet, aujourd'hui, les agissements d'une société d'un groupe pourront avoir des conséquences sur l'ensemble des membres du groupe. De la même manière, une entreprise condamnée pour des faits de corruption ou soupçonnée d'en avoir commis, pourra se voir, ainsi que toutes les autres entités du groupe, refuser un marché d'appel d'offres, qu'il soit public ou privé.

La nécessité d'un audit éthique renforcé et d'un critère éthique clair dans la décision Go/No Go de l'acquisition

Ce sont les raisons pour lesquelles, l'audit éthique réalisé en vue de l'acquisition d'une société doit être considérablement renforcé. Bien que considéré pendant longtemps comme un audit annexe de l'audit juridique, il est aujourd'hui primordial et doit être traité de manière autonome par des professionnels formés à ces problématiques.

Cet audit doit tout d'abord permettre d'analyser les risques de corruption auxquels la société cible a pu ou pourrait être confrontée, en fonction notamment du lieu où elle opère et de son secteur d'activité. Cela ne peut se limiter à l'analyse de la documentation mise à disposition par le vendeur sur une data room par exemple mais doit comprendre des entretiens avec les responsables des services plus exposés à un risque de corruption (direction des achats et direction financière notamment). Il est également important lors de cet audit d'étudier la situation des partenaires commerciaux, dont les sous-traitants et fournisseurs et plus généralement de tous les tiers qui interagissent régulièrement avec la société cible afin de détecter d'éventuels risques de corruption. Cela devrait permettre de comprendre la culture de l'entreprise cible et d'identifier ainsi les potentiels risques de corruption.

Par ailleurs, cet audit doit être l'occasion d'apprécier les mesures anticorruption déjà mises en place au sein de la société cible, en application du droit local ou d'un droit étranger. La société cible peut être par exemple soumise elle-même à la loi Sapin II ou à une législation étrangère équivalente et avoir l'obligation de mettre en place un plan anticorruption. Cet audit permettra d'évaluer l'état d'avancement du déploiement du plan anticorruption et de détecter une éventuelle mise à niveau nécessaire de ces mesures afin de se conformer aux obligations de la loi Sapin II. Il conviendra alors de chiffrer les coûts que cela pourra engendrer, leur mise en œuvre pouvant s'avérer coûteuse. Il peut être demandé au vendeur de mettre en place des mesures anticorruption comme une condition d'acquisition de la société ou à défaut demander une réduction de prix.

Mais l'essentiel du risque est que si des faits de corruption ou si un risque de corruption étaient révélés par l'audit ou par le vendeur, la question se posera pour l'acquéreur de devoir renoncer à l'opération. En effet, s'il décide d'acquiescer, l'acquéreur et ses dirigeants devront se prémunir contre d'éventuelles poursuites pénales et amendes. Les dirigeants devraient alors, après l'opération, dénoncer ces faits et être coopératifs avec les autorités afin de démontrer leur bonne foi. Aussi, ils devront s'efforcer de mettre en place des mesures pour éviter que de tels faits ne se produisent ou reproduisent et s'assurer qu'il a été mis fin au fait détecté. En somme des obligations lourdes qui sont de nature à infléchir sa décision d'acquiescer.

En effet, si tout n'est pas mis en œuvre pour y remédier suite à l'acquisition, les nouveaux dirigeants s'exposent au risque de payer une amende à l'Agence française anticorruption pour leur négligence. Rappelons-le, les dirigeants sont personnellement tenus à la mise en œuvre de ces mesures anticorruption.

Il est certes toujours possible grâce à une clause de garantie de passif de se prémunir contre les conséquences financières du risque pénal lié à des faits de corruption qui ne seraient pas révélés avant l'opération d'acquisition. Cependant, ces clauses de toute façon limitées dans le temps et dans leur montant, ne sont pas une réponse suffisante face au risque de condamnation pénale de la personne morale, aux conséquences financières lourdes d'un procès ou d'une enquête en matière de corruption et aux conséquences en matière d'image et de notoriété qui peuvent être considérables.

Tout ceci renforce la nécessité de procéder en amont à un audit éthique renforcé afin d'anticiper ces risques et de déployer immédiatement après l'acquisition des mesures anticorruption au sein de la société acquise y compris par un nouvel audit théoriquement plus complet après acquisition ; et enfin de prendre immédiatement les décisions de sanction et/ou de dénonciation qui s'imposent.