

Opinion | Révolution dans le risque pénal des fusions-absorptions

Une société absorbante peut désormais être condamnée pénalement pour des faits commis par la société absorbée avant l'opération de fusion-absorption, expliquent deux avocats.



Par **Alexandre Bisch** (avocat)

Publié le 1 déc. 2020 à 9:29 | Mis à jour le 1 déc. 2020 à 9:30

Par une décision du 25 novembre 2020 qui marque une évolution majeure de sa jurisprudence, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que la responsabilité pénale pouvait être transférée de la société absorbée à la société absorbante.

Les tribunaux français admettaient déjà qu'une amende civile ou administrative puisse être prononcée à l'encontre d'une société absorbante pour des manquements en matière de concurrence, marchés financiers ou fiscalité commis avant la fusion par une

société absorbée. Mais en matière pénale, la Cour de Cassation s'y refusait jusqu'à présent. Elle assimilait la situation d'une société dissoute dans le cadre d'une fusion à celle d'une personne physique décédée. En application du principe de personnalité des peines (on ne peut être pénalement responsable que des ses propres actes), elle refusait que cette société puisse être poursuivie et condamnée pénalement.

Décisions européennes

Deux décisions rendues au niveau européen ont préfiguré et entraîné une évolution de cette solution. D'abord la Cour de justice de l'Union européenne qui dans une décision du 5 mars 2015 a considéré qu'une fusion-absorption entraîne la transmission, à la société absorbante, de l'obligation de payer une amende infligée après cette fusion pour des infractions commises par la société absorbée avant ladite fusion.

Ensuite la Cour européenne des droits de l'Homme qui dans une décision du 24 octobre 2019 a considéré qu'il existe une « continuité économique et fonctionnelle » entre les sociétés fusionnées ; qu'une société absorbée n'est donc pas véritablement « autrui » à l'égard de la société absorbante ; et que l'application d'une amende à une société absorbante pour des actes restrictifs de concurrence commis par la société absorbée avant la fusion ne porte donc pas atteinte au principe de personnalité des peines.

Qu'a retenu la Cour de Cassation ?

Dans sa décision du 25 novembre 2020, la Cour de cassation a tiré les conséquences de ces décisions européennes. Elle s'est notamment fondée sur la notion de « continuité économique et fonctionnelle » entre les sociétés fusionnées pour estimer que la société absorbante ne doit pas être considérée comme distincte de la société absorbée. Ci-gît l'approche anthropomorphiste de l'opération de fusion-absorption.

> OPINION. Fusions-acquisitions : les sociétés absorbantes devront payer pour les erreurs commises des absorbées

Ce verrou intellectuel ayant sauté, la Cour a donc pu conclure qu'une société absorbante peut désormais être condamnée pénalement pour des faits commis par la société absorbée avant l'opération de fusion-absorption. Elle relève également que si la transmission d'une telle responsabilité était exclue, une fusion constituerait un

moyen pour une société d'échapper aux conséquences des infractions qu'elle aurait commises.

Que retenir en pratique pour demain ?

Cette nouvelle solution dégagée par la Cour de Cassation s'applique aux opérations de fusion-absorption rentrant dans le champ de la Directive (EU) 2017/1132. C'est-à-dire, pour la France, aux fusions-absorptions de sociétés anonymes ou de sociétés par actions simplifiées. En raison de l'importance du revirement, cette solution ne s'appliquera qu'aux opérations postérieures au 25 novembre 2020.

Devant un tribunal, la société absorbante pourra se prévaloir de tout moyen de défense que la société absorbée aurait pu invoquer. Elle ne pourra encourir "que" les seules peines d'amende et de confiscation, mais pas les autres peines prévues par le code pénal à l'encontre des personnes morales, et notamment pas l'exclusion des marchés publics.

En revanche, si l'opération de fusion-absorption a eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale, alors les tribunaux pourront prononcer à l'encontre de la société absorbante une sanction pénale, quelle qu'elle soit, même si l'opération de fusion-absorption est antérieure au 25 novembre 2020, et même si cette opération ne rentre pas dans le champ de la Directive.

Que faire dès aujourd'hui ?

Les entreprises qui envisagent des opérations de fusions-absorptions doivent désormais prendre en compte ce nouveau risque pénal dans le cadre de leurs opérations d'audit préalable et de négociations d'accords de fusions. Attention, le risque est bien réel. Les sanctions pénales toujours plus lourdes prononcées par les tribunaux correctionnels à l'encontre de sociétés poursuivies pour des infractions économiques et financières en attestent.

Alexandre Bisch est avocat au barreau de Paris. Il est international counsel au sein du cabinet Debevoise & Plimpton LLP. **Antoine Kirry** est avocat aux barreaux de Paris et New York. Il est associé au sein du cabinet Debevoise & Plimpton LLP.