

CONTENTIEUX

Révolution dans le risque pénal des fusions-absorptions

Une société absorbante peut désormais être condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits commis par une société absorbée avant l'opération de fusion-absorption.



Par Antoine F. Kirry, associé,

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 absorbante¹.

Quel était le contexte ?

En résumé, une société B était poursuivie pénalement pour des faits de destruction involontaire par l'effet d'un incendie, entièrement imputables à une société A qu'elle avait entre-temps absorbée dans le cadre d'une opération de fusion-absorption. Se posait donc la question, bien connue, de la possibilité d'engager une poursuite pénale contre une société absorbante pour des faits commis avant la fusion par une société absorbée.

Les juridictions françaises admettaient déjà qu'une sanction pécuniaire 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 absorbée². Il était également admis qu'une société absorbante était redevable des dommages et intérêts civils résultant d'une condamnation pénale de la société absorbée préalable à l'opération de fusion-absorption³.

Mais en matière strictement pénale, la Cour de cassation assimilait la situation d'une société dissoute dans le cadre d'une fusion à celle d'une personne physique décédée. En application du principe selon lequel nul n'est pénalement responsable que de son propre fait, elle refusait donc jusqu'à présent de reconnaître la responsabilité pénale d'une société absorbante pour des faits commis avant la fusion par une société absorbée⁴. Cette rigueur allait même jusqu'à ne pas faire d'exception en cas de «fraude à la loi», c'est-à-dire lorsque le but avéré de la fusion-absorption était d'éluider toute poursuite pénale⁵.

Deux décisions rendues au niveau européen ont préfiguré et entraîné une évolution de cette solu-

tion. D'abord la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) 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 fusion⁶. Ensuite la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) 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 peines⁷.

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.

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 direc-

tive (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 afin de ne pas porter atteinte au principe de prévisibilité juridique.

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 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.

Cette limitation semble d'ailleurs en ligne avec celle retenue par le Conseil d'Etat qui limite aux seules sanctions pécuniaires celles pouvant être prononcées à l'encontre d'une société absorbante pour manquement à la réglementation boursière d'une société absorbée ; à l'exclusion donc des sanctions disciplinaires⁸.

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 négocia-

tions 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. Et ça n'est pas tout. Les futures sociétés absorbantes doivent désormais également être vigilantes sur l'étendue de leur contrat d'assurance responsabilité. En effet, hasard du calendrier, la Cour de cassation a rendu le 26 novembre 2020 une autre décision importante dans laquelle elle rappelle qu'en cas de fusion-absorption, la dette de responsabilité de la société absorbée est transmise de plein droit à la société absorbante. Mais la Cour précise que l'assurance de responsabilité de la société absorbante, souscrite avant la fusion, n'a pas vocation à garantir le paiement de cette 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 risque⁹». ■



et Alexandre Bisch, international counsel, Debevoise & Plimpton

1. Cass. Crim., 25 novembre 2020, n° 18-86.955.
 2. Par exemple, Cass. Com., 21 janvier 2014, n° 12-29166 ; Conseil d'Etat, 30 mai 2007, n° 293423
 3. Cass. Crim., 28 février 2017, n° 15-81.469.
 4. Pour un exemple récent, Cass. Crim., 28 octobre 2016, n° 16-80.366.
 5. Cass. Crim., 20 juin 2000, n° 99-86742. En revanche, en matière de sanctions boursières (donc non pénales) la chambre commerciale de la Cour de cassation réservait déjà l'hypothèse de la fraude à la loi (Cass. Com., 15 juin 1999, n° 97-16439).
 6. CJUE, 5 mars 2015, C343/13.
 7. CEDH, 24 octobre 2019, n° 37858/14.
 8. Conseil d'Etat, 22 novembre 2000, n° 207697.
 9. Cass. 3e civ., 26 novembre 2020, n° 19-17.824.

Option DROIT & AFFAIRES

Directeur de la rédaction et de la publication : Jean-Guillaume d'Ornano - 01 53 63 55 55
 Directrice générale adjointe : Ariel Fouchard - 01 53 63 55 88
 Chef de service : Emmanuelle Serrano - 01 53 63 55 51
 emmanuelle.serrano@optionfinance.fr
 Ekaterina Dvinina - 01 53 63 55 73
 ekaterina.dvinina@optionfinance.fr

Chloé Enkaoua a participé à ce numéro



Assistante : Sylvie Alinc 01 53 63 55 55
 sylvie.alinc@optionfinance.fr
 Conception graphique : Florence Rougier 01 53 63 55 68
 Maquettiste : Gilles Fonteny (55 69)
 Secrétaire générale : Laurence Fontaine 01 53 63 55 54
 Responsable des abonnements : Bénédicte Bédoussac 01 53 63 55 58
 benedicte.bedoussac@optionfinance.fr
 Administration, abonnements, Service abonnements : 10 rue pergolèse 75016 Paris Tél 01 53 63 55 58 - Fax 01 53 63 55 60
 optionfinance : abonnement@optionfinance.fr

Impression : Ambiance Graphique - 2 rue Alain Colas 17180 Périgny - Origine du papier : France - Taux de fibres recyclées : 0
 Certification PEFC 08-00890A - Impact sur l'eau : PTot : 0,04 kg/tonne
 N° de commission paritaire : 0122 T 90179
 N° ISSN : 2105-1909
 Editeur : Option Droit & Affaires est édité par Option Finance SAS au capital de 2 043 312 euros entièrement détenu par Maalexo SAS.
 Siège social : 10 rue Pergolèse 75016 PARIS - RCS Paris B 342 256 327
 Fondateur : François Fahys
 Option Finance édite : Option Finance, Option Finance à 18 heures, Option Droit & Affaires, Funds, Family Finance, AOF, Option Finance Expertise, La Tribune de l'assurance.



Option Finance 10 rue Pergolèse • 75016 Paris • Tél. 01 53 63 55 55