

PROJET

Guide pratique

Les vérifications anticorruption dans le cadre des fusions-acquisitions



**Sous-direction du conseil, de l'analyse stratégique
et des affaires internationales**

- Département de l'appui aux acteurs économiques (D2AE) -

INTRODUCTION

L'article 1^{er} de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique assigne à l'Agence française anticorruption (AFA) la mission d'aider toutes les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les atteintes à la probité.

A ce titre, il ressort des activités d'appui et de contrôle de l'AFA le besoin de sensibiliser les dirigeants de sociétés envisageant de réaliser une fusion-acquisition, à la nécessité de procéder aux vérifications utiles pour se prémunir contre les risques d'atteintes à la probité résultant de ce type d'opérations.

Au sens de ce guide, sont entendues comme :

- une fusion : l'opération par laquelle une société transmet son patrimoine à une société existante (ci-après « absorption ») ou à une nouvelle société qu'elles constituent¹.
- une acquisition : l'opération par laquelle une société acquiert tout ou partie du capital d'une autre qui demeure, à l'issue de cette opération, une personne morale distincte ;

Contrairement à d'autres droits, le droit français n'impose pas la réalisation d'un audit préalablement à une opération de fusion-acquisition. Cependant, si les acquéreurs réalisent en général un audit financier², il est plus rare qu'ils diligentent un audit plus approfondi.

Or, la mise en cause pour corruption, l'inexistence ou l'insuffisante robustesse du dispositif de conformité anticorruption de la cible n'est pas sans conséquence pour la société qui l'acquiert, l'absorbe ou fusionne avec elle. Cette mise en cause peut notamment se traduire par des coûts financiers qui, s'ils sont parfois malaisément chiffrables au stade de l'audit, peuvent se révéler significatifs postérieurement à l'opération.

Il est donc de l'intérêt de l'acquéreur, quelles que soient ses caractéristiques (modèle économique, taille, effectifs, nature des activités, etc.), de conduire des vérifications anticorruption consistant à :

- prendre la mesure des risques associés à l'implication éventuelle de la cible³ dans une affaire de corruption ;
- évaluer la qualité de son dispositif de prévention et de détection des atteintes à la probité et les insuffisances auxquelles il conviendra de remédier après l'opération.

¹ Voir le premier alinéa de l'article L. 236-1 du code de commerce.

² L'audit financier consiste à vérifier et à analyser les éléments comptables de la cible (bilans, comptes de résultat, etc.) afin de consolider son prix d'acquisition et de fixer la garantie de passif (si l'audit révèle, par exemple, des engagements hors bilan ou des actifs risqués, l'acquéreur pourra demander à revoir l'étendue de cette garantie).

³ Le terme cible désigne ici une société dont les grandes caractéristiques peuvent correspondre au projet d'acquisition ou de fusion de l'acquéreur selon des critères d'activité, de taille, de localisation ... (<https://www.croissance-externe.fr/lexique-acquisition-entreprise/entreprise-cible/>)

Sommaire

I. Pourquoi effectuer des vérifications anticorruption à l'occasion d'une opération de fusion-acquisition ?	4
1. L'évaluation de l'intégrité de la cible.....	4
1.1. Le transfert de responsabilité civile en cas de fusion-acquisition.....	4
1.2. L'absence de transfert de responsabilité pénale en cas de fusion-acquisition.....	5
2. L'évaluation du dispositif de conformité anticorruption de la cible.....	6
II. A quel stade de l'opération effectuer les vérifications ?	8
1. Mise en perspective des vérifications anticorruption avec l'ensemble du projet stratégique	8
2. Mise en œuvre des vérifications anticorruption au cours de la réalisation du projet de fusion-acquisition	9
3. Point de vigilance opérationnelle : comment maîtriser le calendrier des vérifications anticorruption ?	10
III. Selon quelles modalités effectuer les vérifications anticorruption ?	11
1. Les éléments déterminants pour réussir des vérifications anticorruption	11
1.1. Le rôle essentiel des instances dirigeantes.....	11
1.2. Le rôle opérationnel du responsable de la conformité anticorruption	11
2. Le périmètre et le contenu des vérifications anticorruption	12
2.1. Le périmètre des vérifications	12
2.2. La disponibilité, la collecte et l'enrichissement de l'information	13
2.2.1. La disponibilité de l'information	13
2.2.2. La collecte et l'enrichissement de l'information	13
2.3. L'analyse des informations	14
2.3.1. L'évaluation du risque de corruption que représente la cible	14
2.3.2. L'évaluation de la qualité du dispositif anticorruption de la cible.....	15
IV. Les conséquences à tirer des vérifications	15
1. La décision d'acquisition et son processus	15
2. Les mesures d'aménagement au projet de fusion-acquisition.....	16
2.1. La garantie donnée par le vendeur.....	16
2.2. La souscription d'une assurance	16
2.3. La négociation du prix	16
2.4. L'achat progressif ou l'investissement graduel sous conditions.....	16
2.5. L'achat partiel.....	16
3. La révélation des faits de corruption ou de trafic d'influence.....	17

I. Pourquoi effectuer des vérifications anticorruption à l'occasion d'une opération de fusion-acquisition ?

1. L'évaluation de l'intégrité de la cible

L'évaluation de l'intégrité de la cible vise à déterminer, le cas échéant, sa participation, active ou non, à des faits de corruption commis antérieurement à la fusion-acquisition ou se poursuivant à la date de cette opération.

L'intérêt de cette évaluation réside dans l'appréciation du risque juridique que prend, du point de vue de sa responsabilité, l'acquéreur en cas d'acquisition ou de fusion⁴.

1.1. Le transfert de responsabilité civile en cas de fusion-acquisition

L'éventuelle responsabilité civile de la cible à raison de sa participation à des faits de corruption peut, dans certains cas, être transmise à l'acquéreur.

Trois situations peuvent être distinguées.

Lorsqu'une société acquiert une autre société sans l'absorber, cette dernière demeure une personne morale distincte de l'acquéreur. Par conséquent, si la société acquise a participé à la commission de faits de corruption avant l'opération d'acquisition, elle demeurera seule responsable civilement⁵, que sa responsabilité soit engagée avant l'opération ou après.

Pour autant, la médiatisation des faits de corruptions impliquant la société acquise avant cette opération pourrait, en affectant sa réputation, retentir sur l'activité économique ou, le cas échéant, la valeur de l'acquéreur. Tel est le cas, par exemple, lorsque la société acquise a été « filialisée » par l'acquéreur ou lorsqu'ils entretiennent des liens économiques étroits. C'est en prévention de la réalisation d'un tel risque que les garanties d'actif et de passif prennent tout leur intérêt.

Lorsqu'une société acquiert, en l'absorbant, une société qui a commis des faits de corruption avant l'opération, la transmission universelle du patrimoine⁶ de cette dernière à l'acquéreur a pour conséquence l'intégration, dans le patrimoine de ce dernier, de la dette née ou pouvant naître d'une condamnation à des dommages et intérêts pour des faits de corruption ou d'une transaction prévoyant une telle indemnité. En disparaissant, la société acquise transmet sa dette civile à l'acquéreur qui seul en sera tenu.

Enfin, **lorsque des sociétés créent, par fusion entre elles, une nouvelle entité juridique**, la transmission universelle de leurs patrimoines respectifs à cette dernière a pour conséquence le transfert à celle-ci de leur éventuelle responsabilité civile pour des faits de corruption commis avant la fusion. Seule la nouvelle entité devra répondre, le cas échéant, de cette obligation civile.

⁴ Ce risque dûment évalué pourra être pris en compte dans la décision de conclure ou non l'opération, ou dans la négociation de son prix ou de certaines clauses contractuelles (voir sur ces conséquences la partie IV du présent guide).

⁵ Il en va de même, pour la même raison, de sa responsabilité pénale.

⁶ Article L. 236-3 du code de commerce « *1. La fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. (...)* »

1.2. L'absence de transfert de responsabilité pénale en cas de fusion-acquisition

La question du transfert d'une éventuelle responsabilité pénale de la société acquise, à raison de sa participation à des faits de corruption, à l'acquéreur n'a pas lieu d'être posée dès lors que la société acquise demeure une personne morale autonome à l'issue de l'acquisition. En revanche, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer à plusieurs reprises sur la question d'un tel transfert à l'occasion d'une opération d'absorption ou de fusion.

Se fondant sur l'article 121-1 du code pénal⁷, la Cour de Cassation juge que la transmission universelle du patrimoine d'une société absorbée à une autre absorbante n'a pas pour effet de lui transférer sa responsabilité pénale **pour des faits commis antérieurement à l'absorption**⁸.

Cette jurisprudence, qui exclut l'imputation d'une responsabilité pénale à une personne morale qui n'a pas pris part aux faits, peut être étendue à la société issue d'une fusion.⁹ Dans ces deux situations, les sociétés absorbées ou fusionnées, qui ont donc disparu de l'ordonnement juridique, ne peuvent être ni poursuivies ni condamnées¹⁰.

Responsabilité pénale des personnes physiques en cas de fusion-absorption

La fusion-absorption est sans incidence sur les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes physiques, notamment des dirigeants des sociétés absorbées ou fusionnées, ayant participé aux faits de corruption avant l'opération.

Il en résulte que si ces personnes physiques ont pris part à des faits délictueux avant l'absorption ou la fusion, leur responsabilité pénale pourra toujours, sous réserve de la prescription de l'action publique, être recherchée postérieurement à l'opération.

En revanche, **si les faits de corruption se poursuivent après l'absorption ou la fusion**, ils pourront être imputés, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal¹¹, respectivement à la société absorbante ou à la nouvelle société résultant de la fusion.

Il est donc important, pour l'acquéreur, de procéder à des vérifications anticorruption sérieuses avant l'opération ou, à défaut, immédiatement après.

⁷ « Nul n'est responsable que de son propre fait ».

⁸ Voir par exemple [Cass. crim. 20 juin 2000, n° 99-86742](#) ; [Crim. 9 septembre 2009, 08-87.312](#) ; [Crim. 14 octobre 2003, 02-86.376](#) ; [Crim. 18 février 2014, 12-85.807](#) ; [Crim. 25 octobre 2016, 16-80366](#).

⁹ Se fondant sur les articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle du principe selon lequel « nul n'est punissable que de son propre fait » (par exemple, décision n° 2018-710 QPC du 1er juin 2018).

¹⁰ La Cour de justice de l'Union européenne a adopté une position inverse ([CJUE, 5 mars 2015, aff. C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA](#)).

¹¹ « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement (...) des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants (...) ».

Les risques encourus en cas de révélation d'une affaire de corruption dans le cadre d'une fusion acquisition impactent la cible dans laquelle les faits se sont produits et donc, par contagion, l'acquéreur, ainsi que synthétisé ci-après :



2. L'évaluation du dispositif de conformité anticorruption de la cible

L'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 impose aux organisations relevant de son champ d'application, d'évaluer, en lien avec leur cartographie des risques de corruption, la situation de leurs clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires¹². Cette obligation n'est pas applicable aux sociétés envisageant d'en acquérir, d'en absorber d'autres ou de fusionner avec elles.

Pour autant, il est hautement recommandé à l'ensemble des sociétés, qu'elles relèvent ou non de l'article 17, de procéder à l'évaluation du dispositif de conformité anticorruption des sociétés ciblées. En effet, cette évaluation présente un double intérêt.

D'une part, elle doit permettre au potentiel acquéreur d'apprécier, même sommairement, l'ampleur des ajustements de son dispositif de conformité anticorruption que l'opération de fusion-acquisition rendra nécessaires. Une telle évaluation sera indispensable lorsque cette opération aura pour conséquence de faire entrer l'acquéreur ou la cible dans le champ d'application de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016.

D'autre part, l'évaluation du dispositif de conformité anticorruption de la cible doit conduire le potentiel acquéreur à s'interroger sur l'existence d'une procédure de sanction engagée sur la base d'un contrôle de l'AFA¹³ sur le fondement du même article. Les conséquences d'une opération de fusion-acquisition méritent à cet égard d'être soulignées.

¹² Voir à ce sujet les recommandations de l'AFA publiées au Journal officiel du 22 décembre 2017.

A ce jour, le référentiel anticorruption est constitué de la loi du n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, des textes pris pour son application, des recommandations de l'AFA destinées à aider les personnes morales de droit public ou de droit privé à prévenir et à détecter les atteintes à la probité, des fiches et guides pratiques ainsi que des réponses aux questions d'intérêt général que l'AFA publie sur son site internet.

¹³ Pour mémoire, une société qui, à elle seule, ne satisfait pas aux critères de chiffre d'affaires et de nombre de salariés prévus à l'article 17, peut néanmoins entrer dans le périmètre des contrôles de l'AFA lorsque la société mère du groupe auquel elle appartient a son siège en France.

Deux situations peuvent être distinguées selon la nature de l'opération, sous réserve de l'appréciation de la commission des sanctions prévues par l'article 17-IV et, le cas échéant, du juge administratif :

- **lorsqu'une société à laquelle est imputable un ou plusieurs manquements aux obligations prévues à l'article 17 est acquise par une autre société sans qu'elle ne soit absorbée par elle ni fusionnée**, sa responsabilité pourrait toujours être engagée devant la commission des sanctions après l'acquisition, à l'exclusion de celle de l'acquéreur.

Dans une telle situation, deux personnes morales seraient donc responsables devant la commission des sanctions : la société acquise et, si elle était une filiale ou contrôlée avant l'opération, la société « mère » du groupe auquel elle appartenait.

- **lorsqu'une société à laquelle est imputable un ou plusieurs manquements aux obligations prévues à l'article 17 est absorbée par une autre société ou fusionnée avec elle**, la société absorbante ou résultant de la fusion deviendrait responsable à sa place, à raison de ces manquements, devant la commission des sanctions. L'absorption serait toutefois sans incidence, le cas échéant, sur la responsabilité de la société « mère » du groupe auquel appartenait la société acquise avant l'opération, si elle en constituait une filiale ou était contrôlée¹⁴.

Cependant, si la société absorbante ou la société issue de la fusion devrait répondre des manquements commis, avant l'opération, par la société dissoute, le principe de la personnalité des peines ferait obstacle à ce qu'une sanction autre que pécuniaire puisse être prononcée contre elle.

Dans le contentieux des sanctions administratives prononcées pour manquement à la réglementation sur les marchés financiers, le Conseil d'Etat a jugé, à plusieurs reprises, que le principe de la personnalité des peines ne faisait pas obstacle à ce qu'une sanction pécuniaire fût infligée par l'Autorité des marchés financiers (ou, avant elle, le Conseil des marchés financiers) à la société absorbante à raison des manquements commis par la société absorbée¹⁵. Dans une décision, le Conseil d'Etat a relevé qu'il appartenait à la société absorbante, « *lors de l'opération de fusion-absorption, de recueillir toute information utile sur la situation de la société* » absorbée¹⁶.

En revanche, il a estimé que ce même principe interdisait qu'un blâme fût prononcé contre la société absorbante¹⁷ ou que l'autorité administrative ordonnât la publication de la sanction pécuniaire infligée à la société absorbante à raison des manquements commis par la société absorbée¹⁸.

L'opération de fusion-acquisition est néanmoins sans incidence sur la responsabilité des dirigeants des sociétés absorbées ou fusionnées au regard de leurs obligations prévues à l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016. Ils pourront donc être poursuivis devant la commission des sanctions quand bien même la société absorbée ou fusionnée ne pourra être mise en cause devant elle.

¹⁴ Dans une telle hypothèse, la société absorbante ou la société issue de la fusion pourrait être poursuivie devant la commission des sanctions même si elle n'entre pas dans le champ de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016, faute de satisfaire cumulativement aux deux critères de chiffre d'affaires et du nombre de salariés prévus à cet article.

¹⁵ CE [Sect. 22 novembre 2000, Société Crédit agricole Indosuez Cheuvreux, 207697](#) ; [Sect. 6 juin 2008, Société Tradition Securities and Futures, 299203](#).

¹⁶ CE [30 mai 2007, Société Tradition Securities ad Futures, 293423](#).

¹⁷ CE [Sect. 22 novembre 2000, Société Crédit agricole Indosuez Cheuvreux, 207697](#).

¹⁸ CE [17 décembre 2008, Société Oddo et Cie, 316000](#)

La prise en compte des vérifications anticorruption par les autorités américaines

Le guide FCPA¹⁹ apporte un éclairage sur la prise en compte, par le *Department of Justice* (DOJ) ou la *Security and Exchange Commission* (SEC) des Etats-Unis, des vérifications anticorruption effectuées dans le cadre de l'acquisition de la société cible et son intégration après acquisition.

L'absence de vérifications anticorruption favoriserait le développement de la corruption et aggraverait le risque d'atteinte à la rentabilité et à la réputation de la société et, par conséquent, les risques de voir engagée sa responsabilité civile et pénale. A l'inverse, les sociétés réalisant des vérifications approfondies évalueraient mieux la cible.

En outre, la réalisation de vérifications anticorruption témoignerait, selon le DOJ et la SEC, de l'engagement de l'acquéreur en matière de conformité anticorruption. Ces vérifications sont, à ce titre, prises en considération en cas d'examen de soupçons de faits de corruption.

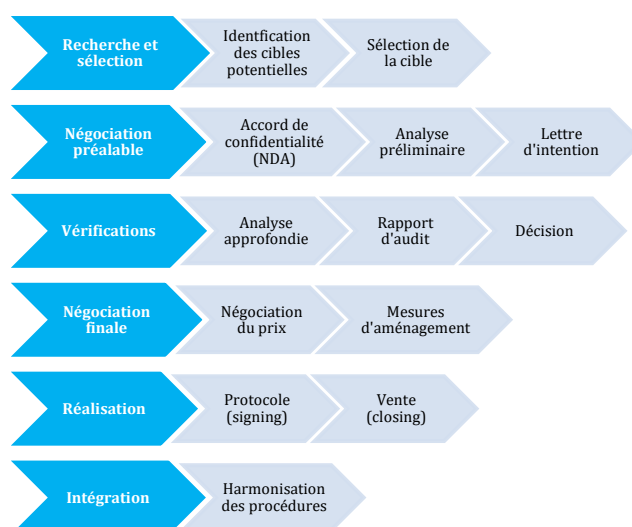
Le guide précise que le DOJ et la SEC décident régulièrement de ne pas engager d'action contre un acquéreur qui a découvert des faits de corruption dans le cadre d'une vérification de fusion-acquisition, et les signale aux autorités, coopère avec elles lors de l'enquête et intègre l'entité acquise dans son programme de conformité et ses contrôles internes.

Lorsqu'il n'est pas possible de procéder à la vérification anticorruption de la cible, le DOJ prévoit la possibilité de la réaliser après l'acquisition, selon une procédure *ad hoc*²⁰. Dans ce cas, la cible doit rapidement être intégrée dans le programme de conformité et les contrôles internes de l'acquéreur. La société doit former ses nouveaux employés, réévaluer les tiers selon ses standards et conduire des audits dans ses nouvelles unités commerciales si cela est pertinent.

II. A quel stade de l'opération effectuer les vérifications ?

1. Mise en perspective des vérifications anticorruption avec l'ensemble du projet stratégique

Les vérifications anticorruption effectuées sont à mettre en perspective avec l'ensemble des autres actions mises en œuvre à cette occasion. L'ensemble peut être synthétisé comme suit :



¹⁹ « A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act by the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission », Novembre 2012, p.62.

²⁰ « Opinion Procedure Release No. 08-02 ».

2. Mise en œuvre des vérifications anticorruption au cours de la réalisation du projet de fusion-acquisition

Le séquençage opérationnel ci-après illustré permet d'optimiser la qualité des vérifications effectuées dans le cadre d'un projet de fusion-acquisition :



Légende des couleurs



²¹ Document signé entre l'acquéreur et la cible formalisant le résultat d'une phase de négociation préalable et synthétisant les principaux termes sur la base desquels l'investissement envisagé sera réalisé. L'investisseur ne s'engage pas à faire l'investissement mais indique dans quelles conditions il pourrait y procéder, au terme d'une période déterminée pendant laquelle il effectuera des recherches et audits complémentaires.

Afin d'optimiser le déroulement opérationnel des vérifications, l'acquéreur peut décider de mettre en place un comité de suivi qui se réunira avant l'acquisition de la cible et pendant la phase d'intégration de cette dernière. Ce comité peut être en particulier chargé de veiller à l'intégration de la cible dans le dispositif de conformité anticorruption de l'acquéreur.

3. Point de vigilance opérationnelle : comment maîtriser le calendrier des vérifications anticorruption ?

La durée des vérifications à effectuer dans le cadre d'une opération de fusion-acquisition varie selon, par exemple, que l'acquisition porte :

- sur une cible de taille moyenne, en situation de trésorerie difficile et ayant un besoin impérieux de financement ;
- ou sur une cible d'une taille significative, de surcroît, présente à l'international.

La contrainte calendaire peut par ailleurs être plus pressante du fait de la concurrence d'éventuels autres candidats à l'acquisition.

La nature et l'importance des risques liés à ce type d'opération justifient que le responsable de la conformité anticorruption soit associé au projet de fusion-acquisition dès son lancement.

En effet, la prise en compte des enjeux de conformité anticorruption de la cible dès ce stade permet d'optimiser le temps imparti pour dérouler le processus, de la manière la plus complète, et d'en tirer les conséquences sur l'intégration de la cible dans le dispositif anticorruption de l'acquéreur.

Le cas échéant, l'expertise du responsable de la conformité anticorruption sera utile s'il s'agit de prioriser les axes de vérification sans pour autant compromettre la qualité globale des vérifications effectuées. Ce responsable pourra en outre contribuer à identifier les zones de risques qui ne pourraient être auditées avant le terme de l'opération (*closing*).

Sa participation est donc de nature à éclairer le périmètre des vérifications anticorruption que les instances dirigeantes devront fixer ou décider de réévaluer en cours d'opération.

Les vérifications anticorruption doivent-elles être impérativement effectuées avant la conclusion de l'opération ?

Idéalement, toutes les vérifications anticorruption devraient être terminées avant le terme de l'opération de fusion-acquisition.

Lorsqu'il n'est pas possible d'effectuer l'intégralité de ces vérifications dans ce délai, il est important de les achever au plus tôt après la fin de l'opération.

En effet, d'une part, l'acquéreur pourrait découvrir à cette occasion des faits de corruption commis par la société acquise. Il serait alors en capacité d'y mettre un terme s'ils se poursuivaient et, en tout cas, d'examiner l'opportunité de les révéler à l'autorité judiciaire²². D'autre part, la société acquéreuse pourra tirer au plus tôt toutes les conséquences nécessaires sur l'adaptation des dispositifs de conformité anticorruption.

Il est à cet égard rappelé que la société « mère » d'un groupe entrant dans le champ d'application de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 doit s'assurer que ses filiales, en France et à l'étranger, mettent en œuvre également un dispositif de conformité anticorruption.

²² Voir la partie 3 infra.

III. Selon quelles modalités effectuer les vérifications anticorruption ?

Compte tenu des enjeux de l'opération, l'acquéreur doit être particulièrement attentif au déroulement des vérifications anticorruption.

1. Les éléments déterminants pour réussir des vérifications anticorruption

1.1. Le rôle essentiel des instances dirigeantes

L'implication et la volonté de l'instance dirigeante dans la démarche de vérifications anticorruption. Comme pour toute démarche de mise en conformité, est essentielle. Celle-ci allouera les moyens humains et le budget nécessaires à la mise en œuvre de ces démarches.

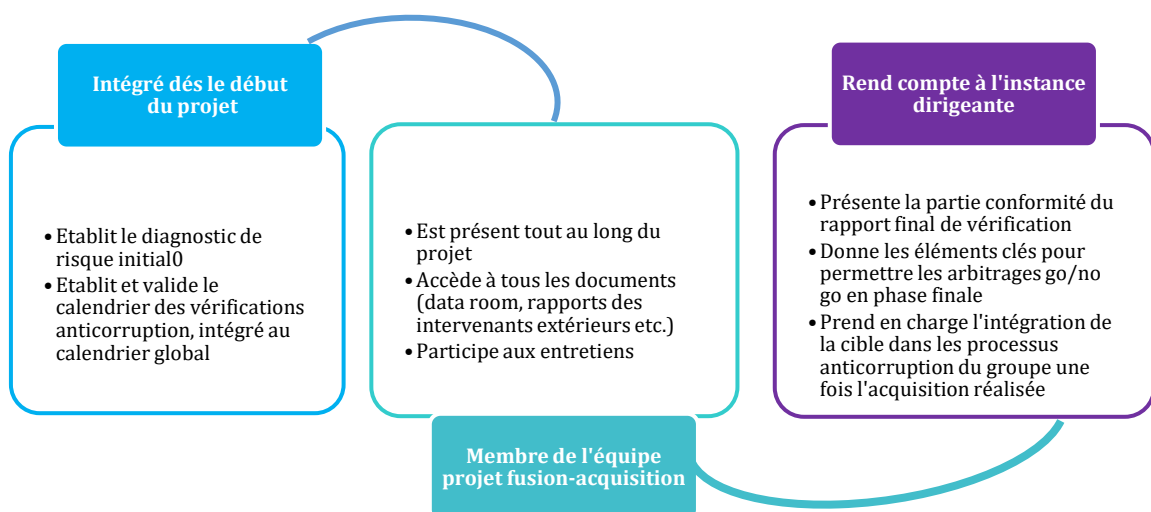
Les vérifications anticorruption effectuées dans le cadre d'une opération de fusion-acquisition sont susceptibles de couvrir des domaines différents et de représenter une volumétrie variable. Selon les cas, les dirigeants peuvent décider de constituer une équipe dédiée dont la composition devrait en principe refléter la transversalité de ce type de projet : stratégie, finance, juridique, ressources humaines, audit interne, etc.

S'il appartient aux instances dirigeantes d'associer au projet le responsable de la conformité anticorruption, il convient également de lui confier le soin de piloter les vérifications en cause, eu égard à son expertise de la matière (notamment pour la conduite d'entretiens, l'analyse des documents collectés et les contrôles comptables pertinents).

1.2. Le rôle opérationnel du responsable de la conformité anticorruption

Le responsable de la conformité anticorruption, qui est associé à l'équipe projet dès sa constitution, assure la cohérence de la démarche et présente la partie conformité du rapport final à l'instance dirigeante de l'acquéreur.

Le rôle du responsable de la conformité anticorruption peut être illustré comme suit :



Il revient également aux instances dirigeantes d'allouer au responsable de la conformité anticorruption les moyens adaptés pour mener à bien la mission de pilotage confiée. A cet égard, si le responsable de la conformité est amené à recourir aux services de prestataires externes, il doit rester en charge du pilotage de la mission.

Il peut par ailleurs être utile, avant d'engager la démarche de vérification anticorruption, d'identifier précisément les moyens prévus par la cible afin de répondre aux demandes de l'acquéreur. L'acquéreur devrait à ce titre pouvoir s'assurer du concours et de l'implication du responsable de la conformité de la cible.

Cas particulier des sociétés d'investissement en capital

Dans ces sociétés, l'investissement en capital constitue un processus cœur du métier. Une bonne pratique est de convier systématiquement le responsable de la fonction conformité aux comités d'investissement.

Alors que l'investissement en capital constitue le cœur de métier de ces sociétés, il apparaît que la majorité des sociétés de capital investissement dispose d'un effectif réduit*. Les vérifications anticorruption sont donc effectuées par les équipes d'investissement ou peuvent être sous-traitées à un prestataire. Le niveau approprié de vérifications peut être défini selon une approche par les risques mis en place au sein de la société de capital investissement. Le responsable de la fonction conformité anticorruption est saisi des dossiers sensibles et de la réalisation de vérifications approfondies. Les rapports lui sont ainsi communiqués.

*71,9% des SGP ont un effectif inférieur à 20 personnes. Source AMF

2. Le périmètre et le contenu des vérifications anticorruption

2.1. Le périmètre des vérifications

Les vérifications portent à la fois sur l'existence d'une affaire de corruption touchant la société ciblée et sur la qualité de son dispositif anticorruption.

L'objectif pour l'acquéreur est de définir et d'effectuer des vérifications adaptées aux enjeux, en fonction de ses contraintes (moyens, temps, disponibilité de l'information, etc.). Le degré de détail des vérifications est déterminé par le niveau de risque évalué au cours de la phase de diagnostic du projet de fusion-acquisition.

A la suite de ce premier diagnostic, le responsable de la conformité de l'acquéreur peut établir la liste des documents et informations demandées à la cible, et les prioriser.

Exemples de niveaux de détail d'analyse :

Niveau 1	Niveau 2	Niveau 3	Niveau 4
• Questionnaire et liste de documents à fournir	• Niveau 1 + vérifications approfondies (exemple : recherches en sources ouvertes, utilisations de bases de données publiques ou payantes)	• Niveau 2 + Questionnaire et liste de documents complémentaires suite à analyse niveau 2	• Niveau 3 + déplacement et entretiens ciblés sur site

Illustrations	Présence d'un responsable de la conformité ?	Exemples de points d'attention
<p align="center">Cas n°1</p> <p>un groupe français rachète une société familiale au Brésil</p>	<p>responsable de la conformité présent chez l'acquéreur mais pas chez la cible</p>	<p>a. contrôle sur pièces uniquement - niveau 3 b. environ 6 mois de travail c. validation et revue des contrats et pièces principales d. pas de contrôle sur place possible dans le temps imparti et avec les moyens donnés</p>
<p align="center">Cas n°2</p> <p>un groupe français rachète une société de taille moyenne en Suisse</p>	<p>responsable de la conformité présent chez l'acquéreur et chez la cible</p>	<p>a. niveau 2 b. environ 6 mois de travail c. validation et revue des contrats et pièces principales d. pas de contrôle sur place possible dans le temps imparti et avec les moyens donnés</p>
<p align="center">Cas n° 3</p> <p>un groupe français rachète une petite société en France</p>	<p>responsable de la conformité présent chez l'acquéreur mais pas chez la cible</p>	<p>a. niveau 4 car l'information est plus facilement disponible b. 6 mois ou moins de travail</p>

2.2. La disponibilité, la collecte et l'enrichissement de l'information

2.2.1. La disponibilité de l'information

La nature du projet de fusion-acquisition (hostile, majoritaire ou minoritaire, aux enchères, etc.) conditionne la capacité de l'acquéreur à collecter des informations. A titre d'illustration, les vérifications pré-acquisition ne peuvent être effectuées que dans le cadre d'une opération amicale (c'est-à-dire un projet d'acquisition auquel le management de la cible ne s'oppose pas). A l'identique, les zones géographiques dans lesquelles la cible exerce ses activités conditionnent parfois la disponibilité de l'information (compte tenu du faible taux de digitalisation de l'information, par exemple).

2.2.2. La collecte et l'enrichissement de l'information

Les modalités de collecte et de traitement des informations utiles aux vérifications anticorruption ne dérogent pas aux modalités de collecte et de traitement des autres informations.

En pratique, ces informations sont collectées via une *data room*, c'est-à-dire l'endroit où l'ensemble des documents juridiques, fiscaux, comptables et économiques d'une organisation sont mis à la disposition des acquéreurs potentiels et de leurs conseillers pour évaluer la situation réelle de la cible et la valeur de ses actifs. Cette *data room* est le plus souvent immatérielle et consultable via extranet ou internet.

Il est régulièrement prévu la possibilité de poser des questions et d'obtenir des réponses en ligne. En revanche, en vertu du principe de préservation de l'intégrité des documents, il n'est pas possible de faire des sauvegardes ou des copies des documents²³.

En cas de litige après l'acquisition, la *data room* permettra d'évaluer la connaissance réelle, par l'acquéreur, de la situation de la cible et de ses actifs au moment de l'acquisition. En cas de contentieux, la *data room* permettra à l'acquéreur de démontrer, notamment, qu'il a cherché à obtenir toutes les informations utiles et nécessaires.

Les vérifications faites sur la cible reposent sur la fiabilité des informations que celle-ci a communiquées. Entre autres vérifications, il peut notamment être pertinent, avant analyse et en fonction du niveau de sensibilité et de risque des informations reçues, de procéder à des recherches en source ouverte, d'utiliser des bases de données publiques ou payantes, ou de faire procéder à des recherches par des prestataires spécialisés.

Il peut également être procédé, en tant que de besoin, à des tests d'application des procédures (sondages aléatoires ou ciblés) ou à la démonstration, par la cible, des résultats tirés des procédures qu'elle applique (exemple : production des tests de connaissance e-learning des salariés formés).

2.3. L'analyse des informations

Les vérifications opérées et l'analyse induite des informations reçues visent *in fine* à évaluer le risque de corruption que représente la cible, d'une part, et la qualité de son dispositif anticorruption, d'autre part.

2.3.1. L'évaluation du risque de corruption que représente la cible

L'évaluation du risque de corruption que représente la cible s'appuie notamment sur l'analyse des informations relatives :

- aux tiers avec lesquels elle est en relation ;
- aux pays, aux secteurs dans lesquels elle exerce son activité ;
- à son activité et notamment à son modèle économique (par exemple, le recours à des intermédiaires, son degré de dépendance vis-à-vis de clients ou fournisseurs importants, la participation à des marchés publics, etc.) ;
- à son historique et notamment à l'existence d'éventuelles condamnations antérieures (y compris dans d'autres domaines de la conformité).

Quels tiers cibler ?

Dans le cadre d'un projet d'acquisition, il est pertinent d'analyser notamment les distributeurs, les agents commerciaux, les intermédiaires, les relations avec des personnes politiquement exposées (PPE), les actionnaires et leurs bénéficiaires effectifs, les dirigeants, les personnes occupant des fonctions managériales et fonctions clés, les intermédiaires, les coactionnaires et partenaires de joint-ventures, les clients et fournisseurs significatifs et stratégiques.

A titre d'exemple, les intermédiaires sont, selon l'OCDE, impliqués significativement dans les cas de corruption, en particulier lorsque les faits sont commis à l'étranger.

Source : OECD Foreign Bribery Report, An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials, December 2014.

²³ Source : <https://www.everteam.com/fr/archivage-definition-data-room/>.

2.3.2. L'évaluation de la qualité du dispositif anticorruption de la cible

Même si la cible dispose d'un dispositif anticorruption, il convient de déterminer son efficacité et en particulier, son adéquation à ses risques spécifiques. A cet égard, la comparaison entre le dispositif anticorruption de la cible et celui de l'acquéreur peut apporter un premier éclairage, qu'un audit ultérieur viendra utilement compléter.

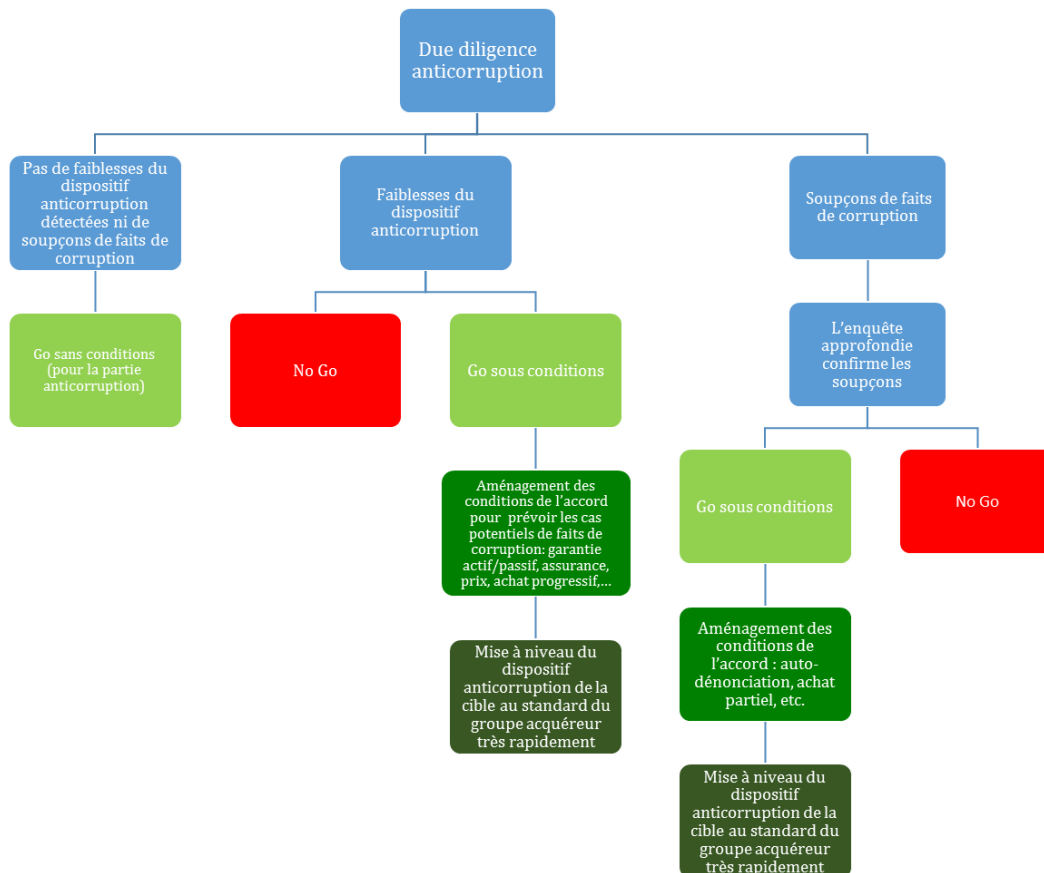
L'évaluation par l'acquéreur de la qualité du dispositif anticorruption de la cible peut être partagée avec celle-ci. Dans ce cas, il peut être pertinent de tracer formellement la démarche dans la mesure où elle participe directement de la preuve de la connaissance, par les parties, de la situation de la cible à la date de l'opération d'acquisition.

IV. Les conséquences à tirer des vérifications

L'identification par l'acquéreur de soupçons ou de faits de corruption, d'une part, de faiblesses dans le dispositif anticorruption de la cible, d'autre part, peuvent conduire l'acquéreur à renoncer à son acquisition ou à en revoir les conditions. A ce titre, selon certaines sources, dans les zones considérées à haut risque de corruption, plus de la moitié des pistes d'investissement seraient abandonnées²⁴.

1. La décision d'acquisition et son processus

Le processus de décision peut être représenté de la façon suivante :



²⁴ Anti-Bribery and Anti-Corruption Due Diligence in M&A transactions, 2018, publié par le cabinet Alvarez & Marsal (<https://www.alvarezandmarsal.com>), <https://www.alvarezandmarsal.com/printpdf/25826>.

Lorsque le processus de vérification de la cible met au jour des soupçons ou des faits de corruption, ou les faiblesses de son dispositif anticorruption, il paraît indispensable de procéder à une analyse ou à une enquête interne approfondie.

Si la cible s'oppose à l'analyse ou à l'enquête interne approfondies, ou si les faiblesses du dispositif ou les soupçons de corruption sont confirmés, les instances dirigeantes de l'acquéreur doivent décider si elles poursuivent le projet d'acquisition initialement envisagé et dans l'affirmative, sous quelles conditions.

2. Les mesures d'aménagement au projet de fusion-acquisition

Outre la nécessité, pour l'acquéreur, de mettre le dispositif anticorruption de la cible au niveau des standards anticorruption internationaux, il lui est possible de redéfinir les conditions d'acquisition initialement envisagées.

2.1. La garantie donnée par le vendeur

La garantie est un mécanisme contractuel par lequel le cédant garantit à l'acquéreur la juste évaluation des éléments qui ont servi de base à la valorisation de la société. En cas de dettes non déclarées, le cédant peut être amené à indemniser l'acquéreur.

La garantie d'actif et de passif est fréquemment utilisée dans plusieurs pays bien qu'elle soit délicate à mettre en place dans les négociations qui impliquent des cibles fortement sollicitées par plusieurs investisseurs.

2.2. La souscription d'une assurance

Les couvertures d'assurances peuvent offrir une certaine protection mais présentent des limites. Elles peuvent couvrir les coûts relatifs à une investigation nationale ou étrangère mais non les conséquences d'une responsabilité pénale, les amendes imposées par les autorités ou le coût éventuel de mise en œuvre d'un programme de conformité anticorruption dans un délai contraint.

De plus, la couverture d'assurance, calculée sur un faible pourcentage du prix d'acquisition, ne peut pas couvrir en totalité la diminution ou la perte de valeur de la cible acquise qui résulterait de la découverte d'une corruption à large échelle. Elle est donc peu pratiquée.

2.3. La négociation du prix

La faiblesse du dispositif anticorruption de la cible peut générer des coûts importants de mise à niveau. L'acquéreur peut décider d'assumer ces coûts et, en contrepartie, d'en faire un argument de négociation du prix d'acquisition.

2.4. L'achat progressif ou l'investissement graduel sous conditions

L'acquéreur qui estime ne pas maîtriser correctement le risque de corruption identifié chez la cible peut décider d'un investissement initial limité, à un prix inférieur à celui initialement envisagé et proposer un plan de déclenchement du versement du solde du prix, en fonction de l'atteinte d'objectifs d'amélioration du dispositif anticorruption.

2.5. L'achat partiel

L'acquéreur peut envisager de ne pas acheter une société du groupe cible ou une « business unit » ou encore d'exclure une zone géographique si les vérifications anticorruption effectuées révèlent des risques trop importants les concernant. L'investissement partiel peut être une solution permettant de conjuguer les objectifs de développement de l'acquéreur et la maîtrise du risque.

3. La révélation des faits de corruption ou de trafic d'influence

À l'issue de l'opération, les dirigeants de la société acquéreuse peuvent vouloir apurer la situation pénale de la société acquise. Depuis la loi du 9 décembre 2016²⁵, même pour des faits antérieurs à cette date, ils peuvent suggérer au procureur de la République de conclure avec la personne morale qu'ils représentent une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP).

La CJIP : instrument de résolution des procédures ouvertes pour corruption

Les articles 41-1-2 et 180-1 du code de procédure pénale prévoient la possibilité, pour le procureur de la République, de conclure avec une personne morale mise en cause ou mise en examen pour corruption, trafic d'influence, fraude fiscale, blanchiment de cette infraction, ou pour des infractions connexes, une convention comprenant une ou des obligations déterminées, dont l'exécution éteint l'action publique.

Ces obligations sont les suivantes :

- le versement d'une amende d'intérêt public dont le montant, plafonné par la loi, est déterminé par une négociation avec la personne morale ;
- la mise en œuvre, sous le contrôle de l'AFA, d'un programme de mise en conformité pendant trois ans au plus.

Contrairement à une condamnation judiciaire, la CJIP n'implique pas de reconnaissance de culpabilité. Elle permet en outre à l'entreprise de ne pas être exclue des procédures de passation des marchés publics.²⁶

²⁵ L'article 22 de cette loi a inséré dans le code de procédure pénale les articles 41-1-2 et 180-1 qui prévoient la procédure de CJIP.

²⁶ Sur la CJIP, voir la partie dédiée à cette procédure sur le site de l'AFA.



Agence française anticorruption

23 avenue d'Italie 75013 Paris

afa@afa.gouv.fr

Pour plus d'informations, rendez-vous sur
www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr