



**RÉPUBLIQUE
FRANÇAISE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

AFA
Agence Française Anticorruption

LES VÉRIFICATIONS ANTICORRUPTION DANS LE CADRE DES FUSIONS-ACQUISITIONS



Guide pratique 2021

-Département de l'appui aux acteurs
économiques-

INTRODUCTION

Les fusions-acquisitions sont des opérations complexes qui se distinguent d'autres opérations commerciales dans la mesure où elles constituent, selon les cas, un transfert de la propriété de parts du capital social ou une transmission patrimoniale. Ces opérations, complexes par nature, requièrent, pour s'assurer de leur succès, différentes expertises se trouvant dans et hors de l'entreprise.

L'article 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016¹, qui impose à certaines entreprises d'évaluer certains de leurs tiers, n'impose pas l'évaluation d'une société dont l'acquisition ou l'absorption est envisagée.

Pour autant, et comme le précisent les recommandations de l'AFA², il peut être utile d'inclure dans les dispositifs d'évaluation d'autres catégories de tiers avec lesquels l'entreprise souhaite entrer en relation dont ses cibles d'acquisition. Les fusions-acquisitions comportent en effet des risques spécifiques dont la réalisation peut avoir des impacts financier, juridique et opérationnel significatifs. Il peut être opportun dans ces conditions de procéder à certaines vérifications, dites « vérifications anticorruption » dans le présent guide, avant de conclure l'opération.

Ces vérifications peuvent être entendues comme les démarches entreprises en vue :

- d'une part, de déterminer l'implication éventuelle de la société cible, ci-après dénommée cible, dans une affaire de corruption ou de trafic d'influence³, ou si celle-ci a été sanctionnée pour de tels faits, de connaître les sanctions prises à son encontre ;
- d'autre part, de s'assurer de l'existence et, si cela est possible, d'évaluer la qualité de son dispositif anticorruption.

Au sens de ce guide, sont définies 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 constituent⁴ ;
- une acquisition : l'opération par laquelle une société acquiert le capital d'une autre qui demeure, à l'issue de cette opération, une personne morale distincte⁵.

Les acquisitions de participations minoritaires et les apports partiels d'actifs ne sont pas traités dans le présent guide mais ces opérations peuvent faire l'objet de vérifications anticorruption similaires, proportionnées aux enjeux de l'opération.

Complémentaire des recommandations de l'AFA, le présent guide, qui a fait l'objet d'une consultation publique, ne revêt aucun caractère contraignant et ne crée pas d'obligation juridique

¹ 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.

² Cf. [Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme](#), publié au journal officiel du 12 janvier 2021.

³ Par commodité, le présent guide emploie en général le terme corruption mais le trafic d'influence doit être également inclus dans les vérifications anticorruption.

⁴ Voir le premier alinéa de l'article L. 236-1 du code de commerce.

⁵ Dans ce cas, l'acquéreur contrôle la société acquise au sens de l'article L.233-3 du code de commerce.

pour ceux à qui il s'adresse. Il propose des pistes d'actions dont l'adoption et la mise en œuvre relèvent de la décision des instances dirigeantes des sociétés concernées par l'opération de fusion-acquisition.

Sommaire

I. Les enjeux s’attachant aux vérifications anticorruption.....	5
I.1. Enjeux financiers	5
I. 2. Enjeux juridiques	5
I.2.1. Le transfert de responsabilité administrative et l’application des sanctions prévues à l’article 17 de la loi du 9 décembre 2016.....	5
I.2.2. Le transfert de responsabilité civile.....	7
I.2.3. Le transfert de responsabilité pénale	8
I.3. Enjeux opérationnels.....	10
II. La réalisation des vérifications anticorruption.....	10
II.1. Le responsable des vérifications anticorruption	12
II.2. La procédure de vérifications anticorruption.....	13
II.2.1.Les vérifications anticorruption avant le <i>signing</i>	13
II.2.2.Les vérifications anticorruption entre le <i>signing</i> et le <i>closing</i>	15
III. L’intégration de la cible dans le dispositif anticorruption de la société acquéreuse ou absorbante	16
III. 1. Audit et harmonisation du dispositif anticorruption de la cible	16
III.1.1.La réalisation de l’audit	16
III.1.2.L’harmonisation du dispositif anticorruption de la cible	17
III.2. Détection et traitement de soupçons de corruption au sein de la cible.....	17

I. Les enjeux s’attachant aux vérifications anticorruption

Ces vérifications permettent d’affiner la connaissance de la cible afin de l’évaluer au plus juste, de mesurer les risques encourus en cas d’acquisition ou de fusion, et d’anticiper son intégration dans le dispositif anticorruption de l’acquéreur si l’opération est conclue.

I.1. Enjeux financiers

Les vérifications anticorruption peuvent mettre en évidence des éléments susceptibles d’avoir une influence sur la détermination du prix de l’opération.

En premier lieu, si la cible fait l’objet d’une enquête pour corruption, elle pourra se voir infliger, en France ou à l’étranger, des sanctions pénales postérieurement à son acquisition⁶ :

- une amende, parfois d’un montant très élevé (plusieurs centaines millions d’euros) ;
- des frais inhérents à l’obligation de mise en conformité anticorruption, le cas échéant, sous la supervision d’un moniteur.

Peuvent s’y ajouter les frais relatifs à la réalisation d’une enquête interne et le recours à des conseils externes engagés postérieurement à son acquisition si l’enquête pénale se poursuit après l’opération.

En outre, la médiatisation d’une affaire de corruption impliquant la cible avant l’opération pourrait porter atteinte à sa réputation et affecter, dans certains cas, sa valeur économique. Après l’opération, la réputation de l’acquéreur pourrait elle-même être touchée « par contagion ».

En second lieu, si, après réalisation de l’opération, l’acquéreur entre dans le champ des obligations prévues à l’article 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016⁷, l’inexistence d’un dispositif anticorruption de la cible ou ses insuffisances généreront des coûts de mise à niveau pouvant être importants.

Quant au cédant, s’il est soumis à l’article 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, il peut avoir intérêt à réaliser des vérifications anticorruption sur la cible, tel un audit, afin de pouvoir démontrer, le cas échéant, aux sociétés intéressées par son acquisition la qualité et l’efficacité du dispositif anticorruption de celle-ci.

I. 2. Enjeux juridiques

Les vérifications anticorruption peuvent permettre à l’acquéreur d’apprécier le risque d’engagement de sa responsabilité juridique pour des faits de corruption ou des manquements à l’article 17 de la loi du 9 décembre 2016, commis par la cible avant l’opération.

I.2.1. Le transfert de responsabilité administrative et l’application des sanctions prévues à l’article 17 de la loi du 9 décembre 2016

En cas de manquements constatés par l’AFA à l’occasion d’un contrôle sur la cible avant l’opération, se pose la question de savoir quelles sociétés peuvent être sanctionnées par la commission des sanctions de l’AFA statuant après l’opération. Deux situations peuvent être

⁶ Voir, pour le cas de la fusion en France, la partie I.2.3. du présent guide.

⁷ Parce qu’il atteindrait les seuils de chiffre d’affaires et du nombre d’employés prévus par ce texte.

distinguées, sous réserve de l'appréciation de cette commission et, le cas échéant, de celle du juge administratif.

1) En cas d'acquisition de la cible

En vertu des dispositions du I de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016, lorsque la société mère établit des comptes consolidés, l'obligation de mettre en œuvre un dispositif anticorruption porte sur cette société ainsi que sur l'ensemble de ses filiales. Il en résulte que si des manquements imputables à la cible sont constatés par l'AFA avant l'opération, cette société et le cédant (ainsi que leurs dirigeants) pourront être conduits à en répondre après l'opération devant la commission des sanctions.

Pour autant, même si, dans une telle hypothèse, sa responsabilité ne peut être recherchée sur le fondement de l'article 17, la société acquéreuse a intérêt à se renseigner, avant l'opération, sur l'existence d'un contrôle exercé par l'AFA sur la cible. En effet, en fonction de la nature et de l'ampleur des manquements qui pourraient être reprochés à celle-ci, l'acquéreur pourrait être amené à prendre, après l'opération, des mesures visant à améliorer le dispositif anticorruption de la cible⁸.

2) En cas d'absorption ou de fusion de la cible

Seule la société absorbante ou celle résultant de la fusion (ainsi que les dirigeants de celles-ci) peut être sanctionnée par la commission des sanctions, la société cible absorbée ayant disparu de l'ordonnancement juridique.

Cependant, en l'état de la jurisprudence du Conseil d'Etat (encadré bleu ci-après), si la société absorbante ou la société issue de la fusion peut, le cas échéant, répondre devant la commission des sanctions des manquements commis, avant l'opération, par la société dissoute, le principe de la personnalité des peines fait obstacle à ce qu'une sanction autre que pécuniaire puisse être prononcée contre elle.

S'agissant des sanctions prévues à l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016, il résulterait de cette jurisprudence que l'injonction d'adapter ses procédures de conformité et la publicité de la décision en ce qui la concerne ne pourraient être prononcées contre la société absorbante ou la société issue de la fusion.

Comme le Conseil d'Etat l'a relevé dans une autre matière, il appartient donc à la société absorbante, « *lors de l'opération de fusion-absorption, de recueillir toute information utile sur la situation de la société* » absorbée⁹.

Dans le contentieux des sanctions administratives prononcées pour manquement à la réglementation sur les marchés financiers, le Conseil d'État a jugé, à plusieurs reprises, que le principe de la personnalité des peines ne faisait pas obstacle à ce qu'une sanction pécuniaire soit infligée par l'Autorité des marchés financiers (ou, avant elle, le Conseil des marchés financiers) à

⁸ Que le directeur adresse un avertissement aux représentants de la société cible ou saisisse la commission des sanctions.

⁹ CE 30 mai 2007, Société Tradition Securities ad Futures, n° 293423.

la société absorbante à raison des manquements commis par la société absorbée¹⁰. Il a retenu le même raisonnement en matière fiscale¹¹.

En revanche, il a estimé que ce même principe interdisait qu'un blâme fût prononcé contre la société absorbante¹² 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 absorbée¹³.

I.2.2. Le transfert de responsabilité civile

La responsabilité civile de l'acquéreur peut, dans certains cas, être engagée à raison de la participation de la cible à des faits de corruption avant l'opération. Trois situations peuvent être distinguées.

Lorsqu'une société acquiert une cible 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 civilement¹⁴, que sa responsabilité soit engagée avant l'opération ou après.

Lorsqu'une société acquiert, en l'absorbant, une cible qui a commis des faits de corruption avant l'opération, la transmission universelle du patrimoine¹⁵ 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 en sera seul 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.

Dans ces trois situations, les vérifications anticorruption permettraient à l'acquéreur de mesurer le risque d'obligation au paiement d'une indemnité à raison des faits de corruption commis par la cible avant l'opération.

¹⁰ CE Sect. 22 novembre 2000, Société Crédit agricole Indosuez Cheuvreux, n° 207697 ; Sect. 6 juin 2008, Société Tradition Securities and Futures, n° 299203.

¹¹ CE 4 décembre 2009, Société Rueil Sport, n° 329173.

¹² CE Sect. 22 novembre 2000, Société Crédit agricole Indosuez Cheuvreux, n° 207697.

¹³ CE 17 décembre 2008, Société Oddo et Cie, n° 316000.

¹⁴ Il en va de même, pour la même raison, de sa responsabilité pénale, voir la partie I.2.3 du présent guide.

¹⁵ Article L. 236-3 du code de commerce « I. 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 (...) ».

I.2.3. Le transfert de responsabilité pénale

Pour l'acquéreur comme le cédant, les vérifications anticorruption peuvent avoir pour objet de déterminer le risque de sanctions pénales encouru par chacun d'eux à raison des faits commis antérieurement à l'opération par la cible.

Il importe de rappeler que la législation pénale française ainsi que celles d'autres pays peuvent être cumulativement applicables aux personnes, physiques ou morales, impliquées dans des faits de corruption (par exemple, le *Foreign corrupt practices act* ou le *UK bribery act*). Or, les conditions d'engagement de la responsabilité pénale d'une personne peuvent être fort différentes d'une législation à une autre. Par suite, à l'occasion d'une opération transfrontière, les vérifications anticorruption devront prendre en compte l'ensemble des législations applicables pour mesurer correctement le risque de sanctions pénales mentionné ci-dessus.

En droit français, nul n'est pénalement responsable que de son propre fait¹⁶. Le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle de ce principe¹⁷. La Cour de cassation exclut ainsi l'imputation d'une responsabilité pénale à toute personne, physique ou morale, qui n'a pas pris part aux faits en cause. Pour autant, il y a lieu de distinguer selon les types d'opérations.

1) En cas d'acquisition de la cible

Dès lors que l'acquéreur n'a pas participé aux faits de corruption commis antérieurement à l'opération par la cible, sa responsabilité pénale ne pourra être recherchée par la suite. Seule la cible demeurera responsable pénalement.

A la faveur des vérifications anticorruption réalisées, l'acquéreur pourra, postérieurement à l'opération, engager une enquête interne en vue de déterminer la nature et l'ampleur des faits de corruption commis par la cible. Au terme de ces diligences, l'acquéreur pourra, le cas échéant, mettre un terme aux agissements délictueux et éviter la mise en cause de sa responsabilité pénale, pour de tels faits ou pour recel ou blanchiment de corruption, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal.

S'il a connaissance de faits de corruption commis par la cible avant l'opération, le cédant aura également intérêt à réaliser une enquête interne afin de savoir s'il peut être impliqué comme complice ou pour recel ou blanchiment de cette infraction. Le cas échéant, il pourra envisager de s'autodénoncer au procureur de la République et ainsi devancer une éventuelle dénonciation de ces faits par l'acquéreur.

2) En cas d'absorption ou de fusion de la cible

En application du principe de la personnalité des peines, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère que la responsabilité pénale d'une société absorbante ne peut être recherchée pour des faits commis antérieurement à l'opération d'absorption par la société absorbée¹⁸. Cette solution peut être étendue à la société issue d'une fusion. **Dans ces deux situations, les sociétés absorbées ou fusionnées, qui ont disparu de l'ordonnancement juridique, ne peuvent être ni poursuivies ni condamnées.**

¹⁶ Article 121-1 du code pénal.

¹⁷ « Nul n'est punissable que de son propre fait » (par exemple, décision n° 2018-710 QPC du 1er juin 2018).

¹⁸ 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](#).

Naturellement, si des faits de corruption se poursuivent après l'absorption ou la fusion, ils pourront être imputés, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal¹⁹, respectivement à la société absorbante ou à la nouvelle société résultant de la fusion.

De même, en application du principe selon lequel la fraude corrompt tout, l'opération de fusion-absorption réalisée en fraude à la loi, c'est-à-dire dans le but de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale, permet de poursuivre la société absorbante pour les faits commis par la société absorbée.

Par un arrêt du 25 novembre 2020²⁰, intégrant les positions de la Cour de justice de l'Union européenne²¹ et de la Cour européenne des droits de l'Homme²² sur le sujet, la chambre criminelle de la Cour de cassation écarte l'obstacle tiré de l'existence de la personnalité morale de chaque société, sur lequel se fondait jusque-là sa jurisprudence pour refuser d'engager la responsabilité pénale de la société absorbante pour des faits commis par la société qu'elle a absorbé. Elle a ainsi considéré qu'en cas de fusion-absorption entre sociétés anonymes ou sociétés par actions simplifiées, **la société absorbante pouvait être condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction, commis par la société absorbée avant l'opération de fusion ou d'absorption.**

Ce revirement de jurisprudence ne concerne que les cas de fusion-absorption :

- d'une société par une autre société entrant dans le champ de la directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 relative à la fusion des sociétés anonymes, codifiée en dernier lieu par la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 ;
- conclues postérieurement au 25 novembre 2020 afin, selon la Cour de cassation dans cet arrêt de « ne pas porter atteinte au principe de prévisibilité juridique ».

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.

¹⁹ « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement (...) des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants (...) ».

²⁰ Cass. Crim., 25 novembre 2020, n°18-86.955

²¹ CJUE, 5 mars 2015, aff. C-343/13, [Modelo Continente Hipermercados SA](#).

²² CEDH, décision du 24 octobre 2019, Carrefour France c. France, n°37858/14

I.3. Enjeux opérationnels

Pour l'acquéreur, les vérifications anticorruption peuvent le conduire à renoncer à l'opération si elles ont mis en évidence des risques majeurs.

Par ailleurs, si l'acquéreur découvre des faits de corruption, il pourra, après la réalisation de l'opération, y mettre un terme dans les plus brefs délais et prendre les mesures correctives qui s'imposent pour l'avenir.

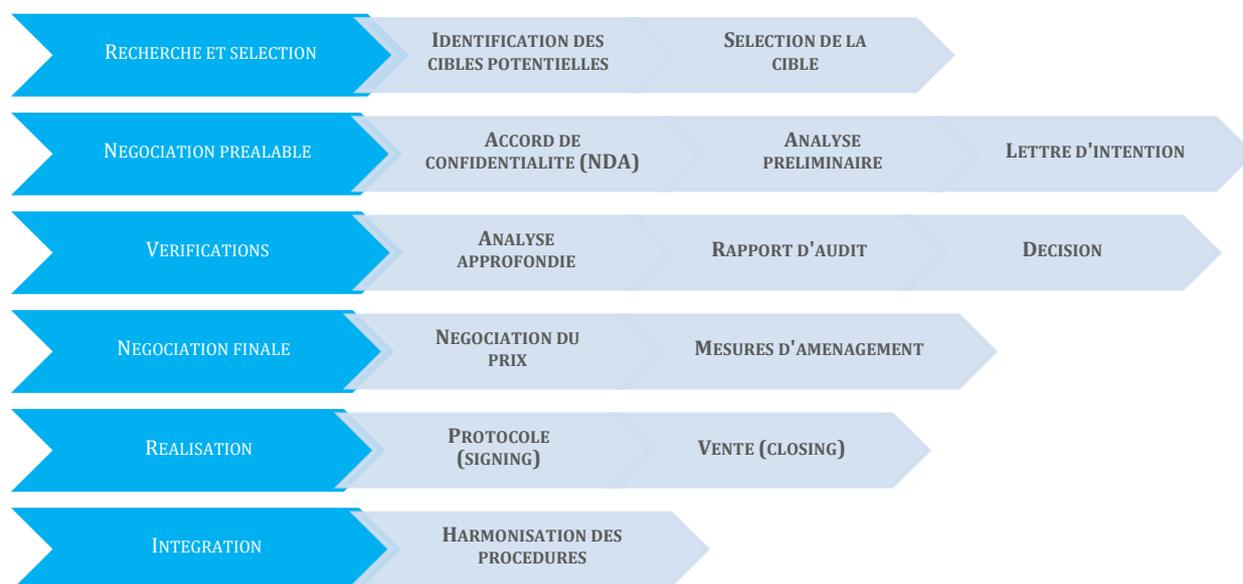
Enfin, ces vérifications mettent en situation l'acquéreur d'anticiper l'intégration ou l'adaptation du dispositif anticorruption de la cible qui aura lieu après l'opération²³.

Pour le cédant, les vérifications anticorruption lui donnent la possibilité de répondre plus facilement et précisément aux demandes d'information des sociétés intéressées par la cible. Une meilleure connaissance du dispositif anticorruption de la cible peut renforcer la transparence dans les négociations.

II. La réalisation des vérifications anticorruption

Rappel des étapes d'un projet de fusion-acquisition

Les vérifications anticorruption s'insèrent dans un processus complexe comprenant différentes opérations. Il peut être synthétisé comme suit :



La durée des vérifications anticorruption varie en fonction de différents paramètres :

²³ Voir la partie III du présent guide.

- des modalités d'acquisition (processus bilatéral ou compétitif, opération amicale ou hostile) de la cible ;
- de la date envisagée de réalisation de l'opération ;
- de l'accessibilité de l'information sur la cible.

L'accessibilité des informations nécessaires aux vérifications anticorruption dépendra de plusieurs éléments, notamment :

- de la nature du projet de fusion-acquisition (opération hostile ou amicale, processus bilatéral ou compétitif entre plusieurs sociétés intéressées par l'acquisition, prise de participation majoritaire ou minoritaire, etc.) qui conditionne la capacité de l'acquéreur à collecter des informations du cédant ;
- de la situation de la cible selon qu'elle est cotée ou non, les sociétés cotées étant tenues de publier certaines informations préalablement à certaines opérations ;
- du caractère transnational ou non de l'opération.

Les vérifications anticorruption ont vocation à être achevées avant le terme de l'opération de fusion-acquisition. Un audit complémentaire pourra être réalisé par l'acquéreur après la réalisation de l'opération²⁴.

La nature et la profondeur des évaluations à réaliser et des informations à recueillir dans le cadre des vérifications anticorruption sont adaptées et proportionnées aux enjeux de l'opération (par exemple, taille de la cible) et au degré d'exposition au risque de corruption de la cible.

Un faisceau d'indices permet d'avoir, avant l'opération, une idée de ce niveau d'exposition : par exemple sa présence géographique, le recours à des intermédiaires, ses interactions avec les pouvoirs publics, etc.

Des scénarios de risque sont en effet susceptibles de se réaliser à tous les stades de l'opération. Par exemple :

- dans le cadre des négociations préalables à l'opération :
 - Un intermédiaire ou un employé de la cible démarché un potentiel acquéreur afin de lui fournir contre rémunération des informations confidentielles relatives aux propositions d'autres candidats à la reprise et lui permet d'adapter son offre en conséquence ;
 - Un dirigeant ou un actionnaire de la cible propose contre rémunération à un potentiel acquéreur de lui faire bénéficier d'une exclusivité dans les négociations ;
 - Un collaborateur de l'acquéreur propose un pot-de-vin à la cible ou à ses actionnaires en vue de privilégier son offre ;
 - Un collaborateur de la cible propose une commission au personnel de l'acquéreur en charge des vérifications anticorruption pour taire certaines insuffisances ou pratiques répréhensibles constatées au sein de la cible;

²⁴ Voir la partie III du présent guide.

- Dans le cadre des vérifications anticorruptions menées entre le *signing* et le *closing* :
 - o Un collaborateur de l'acquéreur propose une commission occulte à un représentant d'une autorité administrative pour qu'elle approuve l'opération
 - o Un collaborateur de la cible propose au collaborateur de l'acquéreur en charge d'apprécier la levée des conditions suspensives une commission afin qu'il se taise sur certains éléments de nature à y faire obstacle
- En phase d'intégration (après le *closing*)
 - o Un collaborateur de l'acquéreur demande un pot-de-vin au cédant pour taire des anomalies pouvant engager la mise en œuvre de la garantie actif/passif ou falsifier des documents dans le même objectif.

II.1. Le responsable des vérifications anticorruption

- **L'engagement de l'instance dirigeante dans le cadre des vérifications anticorruption**

Dans le cadre tracé par les recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, publiées au journal officiel du 12 janvier 2021, l'engagement de l'instance dirigeante en faveur d'une opération de fusion-acquisition exempte de toute atteinte à la probité est essentiel à la bonne réalisation de celle-ci.

Elle se manifeste notamment par l'allocation de moyens adaptés aux vérifications anticorruption devant être menées. Les instances peuvent désigner dans ce cadre un responsable des vérifications anticorruption en veillant à ce qu'il dispose des moyens humains et financiers nécessaires à l'exercice de ses missions.

Le responsable des vérifications anticorruption présente le résultat de ses travaux et les risques identifiés dans ce cadre aux instances dirigeantes afin qu'elles puissent prendre une décision éclairée sur la réalisation de l'opération.

Il peut en outre rendre compte de ses diligences, à leur demande, au conseil d'administration ou à un comité placé auprès de lui (par exemple au comité d'audit).

- **La désignation du responsable des vérifications anticorruption**

Les instances dirigeantes peuvent confier la réalisation de ces vérifications à une personne de l'entreprise, par exemple au responsable de la conformité, ou à un prestataire externe. Dans ce dernier cas, les travaux de celui-ci seront placés sous la supervision du responsable des vérifications au sein de l'entreprise.

Conformément aux recommandations de l'AFA précitées, il est important que le responsable de la conformité soit associé à la mise en œuvre des projets stratégiques et aux prises de décisions structurantes de l'entreprise, dans le cadre d'une fusion-acquisition par exemple,

A cet égard, si le responsable des vérifications anticorruption désigné est différent du responsable de la conformité ou étranger à son service, il est recommandé que le responsable des vérifications anticorruption informe régulièrement le responsable de la conformité de l'avancée des vérifications anticorruption effectuées et de leur résultat.

- **L'association du responsable des vérifications anticorruption au projet**

Si la confidentialité des négociations relatives aux fusions-acquisitions justifie de limiter le nombre de personnes impliquées dans l'opération, il est important d'associer le responsable des vérifications anticorruption au plus tôt à la conduite du projet. En effet, son association tardive pourrait retarder et même compromettre la réalisation des vérifications anticorruption.

Le responsable des vérifications anticorruption doit articuler ses travaux avec ceux menés par les autres fonctions impliquées dans l'opération (fonctions juridique et financière, autres domaines de la conformité, ressources humaines, etc.). Cette coordination permettra aux instances dirigeantes d'avoir une vision globale des risques potentiels liés à la cible. Afin de favoriser cette coordination, les dirigeants peuvent décider de constituer une équipe pluridisciplinaire dédiée au projet de fusion-acquisition.

- **Le rôle du responsable des vérifications anticorruption**

En bref, le responsable désigné réalise ou assure le pilotage des vérifications consistant en la collecte et l'analyse d'informations sur la cible recueillies au moyen de questionnaires, d'entretiens, de recherches documentaires en source ouverte, etc. Pour la réalisation de ces vérifications, il peut s'appuyer sur son homologue au sein du cédant et, si cela est possible, de la société cible.

Il peut par ailleurs lui être confié l'intégration de la cible dans le dispositif anticorruption du groupe une fois l'opération réalisée.

II.2. La procédure de vérifications anticorruption

Chaque entreprise définit sa procédure des vérifications anticorruption. En pratique, celles-ci varient en fonction des étapes de réalisation de l'opération :

- d'une part, avant la conclusion du contrat (*signing*) par lequel l'acquéreur et le cédant s'engagent à réaliser l'opération sous certaines conditions suspensives ;
- d'autre part, entre la signature de ce contrat et, une fois que l'ensemble des conditions suspensives ont été levées, la signature de la documentation juridique permettant la réalisation de l'opération (*closing*).

II.2.1. Les vérifications anticorruption avant le *signing*

A ce stade, les vérifications anticorruption sont limitées dans leur profondeur par l'incertitude pesant sur la réalisation de l'opération. En effet, le cédant peut refuser la communication de certaines informations demandées par les acquéreurs potentiels afin de protéger le secret des affaires de la cible. Ce n'est que lorsqu'il aura acquis l'assurance du sérieux de la démarche de la société intéressée qu'il lui communiquera davantage d'informations sur la cible.

Il importe de rappeler que les informations échangées sur la société cible doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi, conformément aux dispositions de l'article 1112 du code civil²⁵. Par ailleurs, en application du premier alinéa de l'article 1112-1 du même code, « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit*

²⁵ « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.* »

l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ».

En général, au cours des négociations, une lettre d'intention, signée par le cédant et la société intéressée, formalise leur volonté de mener l'opération à son terme, en rappelant les conditions de sa réalisation telles qu'elles ont été négociées jusque-là. Si elle ne vaut pas contrat définitif, elle contribue à structurer le cadre des négociations et constitue une protection pour les parties :

- en soumettant l'acquéreur potentiel à une obligation de confidentialité ;
- en imposant au cédant une exclusivité dans les négociations pendant une période définie.

Un équilibre entre la légitime protection par le cédant des informations relatives à la cible et le nécessaire accès de l'acquéreur à ces informations doit ainsi être trouvé.

- **Objet des vérifications anticorruption**

A ce stade, les vérifications anticorruption visent à :

- comprendre l'historique, les activités et l'environnement économique de la cible (concurrentiel, réglementaire, géographique, contexte conduisant le cédant à effectuer l'opération) ;
- connaître sa structure actionnariale, ses principaux dirigeants et ses bénéficiaires effectifs ;
- identifier les principaux tiers avec lesquels elle peut être en relation ;
- déterminer ses éventuels liens avec des personnes politiquement exposées et le degré de ses interactions avec des agents publics ;
- avoir une connaissance des principaux éléments de son dispositif anticorruption (par exemple, existence d'un code de conduite et d'une politique anticorruption, d'une cartographie des risques de corruption, etc.) ;
- le cas échéant et sous réserve de la disponibilité de l'information, identifier les affaires de corruption dans lesquelles elle pourrait être impliquée (procédures judiciaires en cours) ;
- vérifier l'existence de sanctions en cours, prononcées contre la cible par une autorité française ou étrangère (par exemple, convention judiciaire d'intérêt public ou *deferred prosecution agreement* américain ou britannique en cours).

- **Collecte des informations**

Après avoir établi la liste des informations relatives à la cible qui lui paraissent nécessaires, le responsable des vérifications anticorruption peut les rechercher :

- en source ouverte, par exemple en consultant des bases de données publiques gratuites ou payantes ;
- en les demandant au cédant, notamment par l'envoi d'un questionnaire et d'une liste de documents à fournir.

L'acquéreur et le cédant définissent conjointement les modalités de communication des informations demandées. A cette fin, le cédant peut créer une *data room*. L'accès aux informations les plus sensibles peut être limité aux personnes tenues à une obligation de confidentialité.

En outre, le responsable des vérifications anticorruption peut envisager de réaliser des entretiens avec le cédant ou, si cela est possible, avec la cible.

Le cédant sera plus en mesure de répondre à certaines questions de la société intéressée s'il a réalisé préalablement un audit de la conformité anticorruption de la cible. En y procédant, il sera en situation de démontrer la connaissance qu'il a des risques de celle-ci et d'établir, le cas échéant, qu'ils sont maîtrisés.

Opération sur une société cotée

Les opérations sur une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation sont sujettes à une obligation d'information du public assez large et contraignante. Il convient de distinguer deux situations selon le type d'opérations :

- i. **opération hostile** : l'information, hors information publique, n'est pas accessible puisqu'elle ne peut être collectée auprès de la cible sans une participation du management du processus ; la revue de la documentation publique constitue donc la majeure partie des vérifications pouvant être effectuées ;
- ii. **opération amicale** : l'accès à l'information non publique est rendue possible par la participation du management de la cible ; il convient toutefois de veiller à ce que l'accès à une information jugée utile mais dont la publicité n'est pas prévue par la réglementation, ne constitue pas une infraction au code monétaire et financier (par exemple, délit d'initié) ; c'est la raison pour laquelle si le cédant estime que l'information communiquée à la société intéressée est privilégiée²⁶, il lui appartient de la rendre publique dès que possible.

Par ailleurs, s'agissant de la mise à disposition des informations privilégiées au moyen d'une *data room*, l'Autorité des marchés financiers recommande²⁷ de :

- limiter aux seules opérations significatives la mise en place de *data room* donnant lieu ou pouvant donner lieu à la transmission d'informations privilégiées ;
- ne donner accès à des informations privilégiées que si cet accès est strictement nécessaire à l'information des participants pour les besoins de l'opération concernée ;
- réserver l'accès à la *data room* aux signataires d'une lettre d'intention témoignant de leur intention de réaliser une opération financière et du sérieux de leur projet, en particulier de leur capacité à financer celui-ci.

II.2.2. Les vérifications anticorruption entre le *signing* et le *closing*

Afin de préparer l'intégration de la cible dans le dispositif anticorruption de l'acquéreur, le responsable des vérifications anticorruption approfondira l'analyse de la cible s'il lui est possible de le faire dans ce délai. Dans cette perspective, il pourra interroger le cédant sur la maturité du dispositif anticorruption, en particulier sur :

²⁶ Constitue une information privilégiée au sens de l'article 7 du règlement n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché « une information à caractère précis qui n'a pas été rendue publique, qui concerne, directement ou indirectement, un ou plusieurs émetteurs, ou un ou plusieurs instruments financiers, et qui, si elle était rendue publique, serait susceptible d'influencer de façon sensible le cours des instruments financiers concernés ou le cours d'instruments financiers dérivés qui leur sont liés (...) ».

²⁷ Guide de l'information permanente et de la gestion de l'information privilégiée, DOC-2016-08.

- les tiers les plus à risque (clients, fournisseurs et intermédiaires) au regard de la cartographie des risques de corruption ;
- les contrôles comptables, notamment ceux portant sur les opérations à risque, les cadeaux et invitations ainsi que sur les activités de mécénat et de sponsoring ;
- l'efficacité du dispositif d'alerte interne (par exemple, le traitement qui a été fait des dernières alertes portant sur des soupçons de corruption).

III. L'intégration de la cible dans le dispositif anticorruption de la société acquéreuse ou absorbante

Quelle que soit l'ampleur des vérifications anticorruption effectuées jusqu'au dénouement de l'opération, il y a lieu de réaliser un audit afin d'évaluer la qualité et l'efficacité du dispositif anticorruption de la cible, s'il en existe un. Par ailleurs, si les vérifications anticorruption réalisées avant le *closing* ou l'audit ont mis en évidence des soupçons de corruption, une enquête interne pourra être diligentée.

III. 1. Audit et harmonisation du dispositif anticorruption de la cible

III.1.1. La réalisation de l'audit

L'audit peut avoir notamment pour objet :

- d'identifier les défaillances dans le dispositif anticorruption de la cible ;
- de s'assurer de l'adéquation de son dispositif anticorruption à ses risques spécifiques ;
- d'identifier les actions correctives à mettre en œuvre pour chacune des huit mesures prévues à l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016.

L'audit du dispositif anticorruption peut consister en :

- la revue de la cartographie des risques de corruption et de trafic d'influence, s'il en est une ;
- la vérification, au moyen de tests comptables et financiers, d'un échantillon de transactions identifiées sur la base de la cartographie des risques de corruption de la cible ;
- l'analyse des alertes reçues et de leur traitement par la cible ;
- l'examen de la gestion des tiers considérés à risque (processus de sélection, revues des appels d'offres et des contrats, analyse des paiements effectués, etc.).

En outre, l'efficacité des procédures mises en œuvre par la cible peut être testée au moyen de sondages aléatoires ou ciblés. Par exemple, pourront être examinées la formation et la sensibilisation du personnel, en particulier celui le plus exposé au risque de corruption (supports pédagogiques, publics ciblés et effectivement formés, fréquence des sessions, mise à jour, tests de connaissance, etc.).

III.1.2.L'harmonisation du dispositif anticorruption de la cible

Il reviendra à l'acquéreur en tant que société mère, selon la situation de la cible, de créer un dispositif anticorruption au sein de celle-ci, de le mettre à jour ou de s'assurer que son propre dispositif soit étendu à la cible avec les adaptations nécessaires.

Si l'acquéreur et la cible disposaient chacun, avant l'opération, d'un dispositif anticorruption, il pourrait être nécessaire d'harmoniser leurs procédures respectives et d'adapter en conséquence leurs systèmes d'information. Certaines bonnes pratiques déployées par la cible peuvent être reprises *mutatis mutandis* par l'acquéreur.

En tout cas, il sera important de définir les actions prioritaires à mettre en œuvre au sein de la cible au regard des vérifications anticorruption et de l'audit, par exemple, l'élaboration ou l'actualisation de la cartographie des risques propres à celle-ci, et la formation du personnel afin de faire émerger ou de conforter une culture anticorruption.

Des diligences similaires doivent être réalisées en cas de fusion, le dispositif anticorruption devant couvrir l'ensemble du périmètre de la société issue de l'opération.

III.2. Détection et traitement de soupçons de corruption au sein de la cible

Lorsque les vérifications anticorruption ou l'audit sur la cible mettent à jour des soupçons de corruption, une enquête interne approfondie pourra être diligentée. Si, à l'issue de ces investigations, les faits paraissent établis, il importera de faire cesser le plus tôt possible ces agissements délictueux et de prendre par la suite toute mesure corrective utile.

De plus, des procédures disciplinaires contre les personnes impliquées devraient être engagées promptement. Il peut être rappelé que la corruption, pénalement réprimée, doit être également prohibée par le code de conduite de la cible, lui-même intégré à son règlement intérieur.

Par ailleurs, se pose la question de la dénonciation par la cible ou l'acquéreur de ces faits de corruption au procureur de la République. Si les dirigeants d'une société ne sont pas soumis à l'obligation de dénoncer de tels faits à l'autorité judiciaire, il peut être dans leur intérêt de le faire en vue d'apurer la situation pénale de la société par la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP).

La CJIP : instrument de résolution des procédures ouvertes pour corruption

Les articles 41-1-2 et 180-2 du code de procédure pénale, résultant de l'article 22 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, 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 est plafonné par la loi, basé sur le chiffre d'affaires de la cible et 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 la décision d'une juridiction pénale prononçant une sanction, la CJIP n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation. Elle permet en outre à l'entreprise de ne pas être exclue des procédures de passation des marchés publics français.

La CJIP est applicable aux faits antérieurs à la loi du 9 décembre 2016.

Les lignes directrices du Parquet national financier et de l'AFA sur la mise en œuvre de la CJIP, en date du 26 juin 2019²⁸, présentent les intérêts de cette convention et les conditions dans lesquelles elle peut être négociée.

Lorsque les faits de corruption revêtent une dimension internationale, les dirigeants de société peuvent envisager de dénoncer les faits, outre à la justice française, aux autorités judiciaires étrangères si elles sont compétentes pour en connaître²⁹. Saisies des mêmes faits, ces autorités pourront, si elles le jugent opportun, coordonner la réponse pénale qu'elles entendent y apporter.

²⁸ Cf. [Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public](#), publiées le 27 juin 2019 sur le site de l'AFA.

²⁹ Par exemple, pour la politique de poursuite pénale du DOJ à l'occasion des opérations de fusion-acquisition, voir « *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* », daté de novembre 2012 et mis à jour en juillet 2020, p.62.



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