

ÉVOLUTION DE LA COMPLIANCE ET SON IMPACT SUR LES OPÉRATIONS DE M&A

*par Guillaume Briant, Associé, et Blanche Balian, Of counsel,
Stephenson Harwood*

**STEPHENSON
HARWOOD**



Ces dernières années, parallèlement à sa montée en puissance dans les entreprises françaises, résultant d'obligations légales ou d'une démarche volontaire, la compliance s'est imposée dans les opérations de M&A :

- que la due diligence compliance ait permis de faire apparaître des risques systémiques et/ou suffisamment graves pour aller jusqu'à remettre en cause la réalisation de l'opération ;
- que la compliance soit intégrée au titre des garanties et indemnités spécifiques prévues en cas de violation de certains engagements ;

■ qu'un plan de remédiation soit exigé au regard d'éventuelles insuffisances qui auraient été constatées en matière de compliance, dont la mise en œuvre pourrait constituer l'une des conditions du closing, ou post-closing.

Les **due diligence** à réaliser dans le cadre des opérations de M&A reflètent les risques existants pour les entreprises, et les informations à connaître à propos d'une cible pour l'acquéreur, afin de décider de poursuivre la transaction, ajuster la valorisation et le cas échéant anticiper les démarches d'intégration à effectuer au sein de l'acquéreur post-acquisition.

Les risques de **compliance** sont susceptibles d'être de **nature systémique**, et sont donc essentiels pour l'analyse de

la viabilité du modèle économique de la cible et de la responsabilité potentielle des personnes physiques. Les enjeux des due diligence compliance sont donc cruciaux.

Qu'il s'agisse d'opérations de croissance ou de réorganisation de portefeuille, ces informations peuvent être déterminantes quant à la **réalisation** de l'opération. L'acquéreur peut par exemple considérer que les risques de corruption de l'activité de la cible sont excessifs, et décider en conséquence de se retirer de l'opération. L'acquéreur peut également utiliser cet élément comme levier de négociation quant à la **valorisation** de la cible. En effet, si le business model de celle-ci est susceptible d'être affecté par des contrats qui auraient été obtenus illégalement, ou par des pratiques qui peuvent entraîner des sanctions financières importantes et d'autres conséquences – telles que l'exclusion des marchés publics – la connaissance de ces faits, ou même de suspicions quant à des faits de cette nature, pourrait se répercuter sur la valorisation de la cible. A titre d'exemple, on peut mentionner le groupe Abraaj, fond de private equity qui a fait faillite il y a quelques années, en raison de fraudes et détournement de fonds suspectés d'avoir été commis par les dirigeants, et d'exercice d'activités non autorisées.

Certaines entreprises opèrent dans des **secteurs réglementés**, nécessitant l'octroi d'autorisations administratives, comme le secteur bancaire et financier ou le secteur des télécommunications. Si l'autorisation a été obtenue dans des conditions suspectes, c'est la possibilité même de poursuivre l'activité qui pourrait s'en trouver affectée.

Le type d'opération est déterminant dans les due diligence à réaliser. Par exemple, en cas de **joint-venture** (non développé dans le cadre de cet article), la relation entre les parties a vocation à s'inscrire dans la durée. La due diligence compliance est donc fondamentale en amont pour identifier les risques et déterminer la faisabilité de l'opération, et en aval pour instaurer les mécanismes adéquats de prévention, de détection des risques et de remédiation le cas échéant.

Selon le pays ou la région où l'entreprise opère, les risques compliance doivent être analysés à la lumière du niveau de **stabilité politique** du régime, en anticipant d'éventuels événements comme des élections qui sont de nature à impacter le contexte légal et le risque de poursuite par les autorités locales (*enforcement*).

Du point de vue de la **gouvernance**, il est important que les personnes responsables de la compliance ou les *risk managers* soient impliqués très en amont dans le processus, afin de permettre d'anticiper véritablement – et le cas échéant traiter – les risques de compliance. Il est égale-

ment essentiel d'impliquer l'ensemble des parties prenantes au sein de l'entreprise, pour permettre un partage d'informations au bon niveau.

La compliance est aussi vue comme un bon indicateur de la gestion et la gouvernance d'une entreprise. Outre l'aspect réputationnel, la culture de la compliance au sein d'une entreprise, portée par les dirigeants (*tone from the top*), est corrélée en général à de meilleures performances économiques.

Nous observons une évolution des risques de compliance auxquels sont confrontées les entreprises, qui doit être prise en compte dans le cadre des due diligence à réaliser, des éventuelles actions à prendre et des clauses contractuelles à intégrer.

A noter que l'article n'a pas vocation à l'exhaustivité des risques de compliance, et ne traitera pas certains risques, tels que le respect du droit des données personnelles, la compliance en droit de la concurrence, les règles de compliance anti-blanchiment ou les règles relatives au reporting de durabilité. De plus, l'article se concentre sur l'importance des due diligence compliance, déterminantes dans la négociation des éventuelles garanties et engagements contractuels, mais ne traite pas du détail des protections contractuelles à prévoir.

1. Comment se prémunir contre les risques classiques de corruption et de violation des sanctions internationales ou règles de contrôle des exportations ?

Le caractère plus ou moins poussé d'une due diligence anticorruption dépendra essentiellement de deux séries de facteurs :

- **L'exposition de la cible à la corruption, découlant notamment de son secteur d'activité, et de son implantation géographique** (d'autres éléments doivent également être pris en compte comme, de manière non exhaustive, le business model, la fréquence et la nature des relations avec les personnes publiques, l'environnement concurrentiel, le type de relations avec les tiers, le recours à des tiers considérés comme à risque comme des agents ou intermédiaires, etc.).

- o S'agissant des **secteurs d'activité**, plusieurs études ont été réalisées afin d'évaluer le niveau de corruption par secteur. Par exemple, l'OCDE considère que les secteurs les plus exposés à la corruption d'agents publics étrangers sont la construction, l'extraction minière, la défense, les équipements militaires, les ressources naturelles, l'énergie, la médecine et la pharmacie, les télécommunications, les transports, les infrastructures et la promotion immobilière.

Une étude de Grant Thornton de mars 2021 identifie quant à elle cinq secteurs particulièrement exposés : l'industrie manufacturière de pointe, les industries extractives, l'industrie manufacturière lourde, la construction et les services financiers.

o S'agissant des **zones géographiques**, l'indice le plus communément utilisé est l'indice de perception de la corruption établi chaque année par Transparency International¹, mais il en existe d'autres (pour plus d'informations, nous recommandons de se référer au très complet et détaillé recueil de fiches pratiques sur les indices de mesure de l'exposition d'une zone géographique au risque de corruption publié par l'Agence Française Anticorruption en mai 2023)² ;

■ **L'assujettissement de l'acquéreur et/ou de la cible aux exigences de mise en place d'un programme de conformité anticorruption en application de l'article 17 de la loi Sapin 2, ou à des règles anticorruption locales, ou à des lois extraterritoriales ayant un objet similaire.** Si ni la cible ni l'acquéreur ne sont soumis à cette obligation, la due diligence pourra être allégée, et ne porter que sur des éléments et informations générales quant au risque de corruption, à l'existence de faits ou suspicions de faits de corruption, à l'existence de procédures en cours (enquête interne, investigation par une autorité publique, contentieux, etc.) pour de tels faits, ainsi qu'à la mise en place de politiques au sein de la cible, telles qu'un code de conduite, des formations ou sensibilisations des salariés ou tiers, un dispositif d'alerte, ainsi que des mesures de monitoring et de contrôle.

Quant aux **sanctions internationales et aux règles de contrôle des exportations**, nous recommandons de procéder aux vérifications suivantes :

■ s'assurer que, d'une part, les biens concernés ne sont pas soumis à **autorisation d'exportation** (en particulier les biens militaires ou, plus fréquemment et parfois moins intuitivement, les biens à double usage comme par exemple un logiciel intégrant des moyens de chiffrement contrôlés, ou un produit chimique vendu en quantité industrielle servant aussi bien pour l'industrie cosmétique que comme

précurseur d'armes chimiques) et, d'autre part, si tel est le cas, de s'assurer que l'entreprise dispose bien des autorisations nécessaires et que ces autorisations sont à jour ;

■ s'assurer que l'entreprise n'a pas d'activité économique avec des **pays, territoires ou personnes sous sanction**, au risque de se voir imposer des pénalités financières importantes et de se voir fermer la porte de certains marchés ;

■ vérifier le **droit applicable**, et notamment l'applicabilité du **droit américain**, dont la portée est extraterritoriale, qu'il s'agisse :

o du risque pour les entreprises non américaines de se voir, en cas de violation des programmes de sanction américains ou d'activité avec certaines personnes (notamment inscrites sur la liste américaine *Specially Designated Nationals and Blocked Persons List* dite « **SDN** » disponible sur le site de l'*Office of Foreign Assets Control* ou « **OFAC** »), imposer des sanctions primaires en cas de connexion avec les Etats-Unis (par exemple l'utilisation du dollar), ou des sanctions secondaires (fermant, de fait, l'accès au marché américain), ou

o des règles d'export control applicables en cas d'exportation mais aussi de réexportation, et concernant les biens ayant des composantes américaines au-dessus d'un certain seuil « de minimis » ou utilisant certaines technologies américaines.

A noter à cet égard que les autorités américaines ont publié au mois de mars 2024 une note portant sur les obligations des entreprises non-américaines quant au respect des règles de contrôles des exportations et des programmes de sanction. Il leur est notamment conseillé d'adopter et de mettre en œuvre des mesures permettant de limiter l'exposition au risque de violation des programmes de sanctions et contrôles des exportations avant une opération de fusion ou acquisition, en particulier lorsqu'une entreprise croît rapidement et/ou des systèmes d'information et bases de données diverses et variés sont intégrés dans de nombreuses entités³. Par cette note, les autorités américaines réaffirment leur volonté de poursuivre « *de manière agressive* » toute entreprise, notamment non-américaine, qui agirait en violation des programmes de sanction et règles

¹ A noter à cet égard que la France a perdu cinq places dans le classement mondial dans la dernière publication de l'Indice de Perception de la Corruption (IPC) 2024 par Transparency International (classement publié en février 2025), tombant à la 25ème position (score de 67), plaçant ainsi la France en dessous de la moyenne des pays catégorisés comme pleinement démocratiques (indice moyen de 73), ainsi que celle des Etats-Unis (score de 70).

² Accessible ici : https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/AFA_recueil_de_fiches_pratiques_Indices_d%27exposition_d%27une_zone_g%C3%A9ographique.pdf

³ “*Department of Commerce, Department of the Treasury, and Department of Justice Tri-Seal Compliance Note: Obligations of foreign-based persons to comply with U.S. sanctions and export control laws*” du 6 mars 2024, accessible ici : <https://ofac.treasury.gov/media/932746/download?inline>

de contrôle des exportations qui leur seraient applicables. Il est donc essentiel de vérifier l'applicabilité du droit et des programmes de sanction américains.

Si la nouvelle administration américaine instituée depuis la récente investiture du nouveau Président des Etats-Unis a d'ores et déjà annoncé une volonté de réduire drastiquement les dépenses fédérales par la création du temporaire *Department of Government Efficiency* (DOGE), ainsi qu'une réorientation de la politique pénale, notamment, concernant la mise en œuvre du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), en privilégiant les affaires en lien avec la lutte contre les cartels de la drogue et les organisations criminelles transnationales⁴, de nouvelles directives et politiques sont attendues de la part du *Department of Justice* d'ici 6 à 12 mois⁵.

A notre connaissance, aucune déclaration ou acte particulier n'a été publié concernant la politique applicable en matière de sanctions internationales, outil largement utilisé par le Président des Etats-Unis lors de son dernier mandat, au soutien de sa politique étrangère.

La gravité des enjeux liés à la corruption ou aux sanctions / export control peut aller jusqu'à remettre en cause la faisabilité d'une opération. Si le risque est avéré, il peut constituer un véritable **deal-breaker**. De plus, les due diligence sont réalisées à la fois par l'acquéreur, mais aussi parfois par le vendeur vis-à-vis de l'acquéreur, pour prévenir le risque de commettre une infraction ou d'être instrumentalisés par l'autre partie pour la commission d'une infraction (violation des sanctions internationales, blanchiment, etc.).

C'est la raison pour laquelle nous préconisons, dans certains cas et concernant certaines activités, de recourir à des **prestataires spécialisés en intelligence économique** pour réaliser des due diligence compliance poussées, notamment locales, afin de compléter utilement la due diligence juridique documentaire.

Sur la base des due diligence compliance et des risques spécifiques que ces due diligence feront apparaître, nous recommandons d'inclure dans la documentation con-

tractuelle des **garanties et indemnités spécifiques**, afin de se prémunir en cas de réalisation de ces risques et/ou au regard des engagements pris par la cible en la matière.

De plus, au cas où des insuffisances auraient été identifiées ou seraient suspectées, nous recommandons qu'un **plan de remédiation** (qui inclurait par exemple la réalisation d'une cartographie des risques, l'adoption d'un code de conduite, d'une procédure d'évaluation des tiers, la mise en place d'une ligne d'alerte, etc.) soit exigé, dont la mise en œuvre pourrait constituer l'une des conditions du closing, ou post-closing.

2. Comment adapter les due diligence aux nouveaux enjeux en matière de compliance ?

Sans vocation à être exhaustifs, nous avons identifié trois domaines émergents, couverts par le devoir de vigilance, à savoir les droits humains, les obligations liées à la santé et la sécurité des personnes, ainsi que l'environnement. La due diligence compliance portera à la fois sur les risques liés aux carences en matière de prévention, et aux risques liés à l'existence de violations le cas échéant.

Les risques liés à des carences en matière de prévention

Les sociétés employant au moins 5 000 salariés en leur sein et dans leurs filiales directes ou indirectes en France, ou au moins 10 000 salariés en leur sein et dans leurs filiales directes ou indirectes en France ou à l'étranger doivent publier un **plan de vigilance**, qui comporte notamment des mesures adéquates d'atténuation ou de prévention des risques d'atteintes graves aux droits humains, à la santé et sécurité et des personnes et à l'environnement, en fonction des risques identifiés dans la cartographie des risques⁶.

Pour la première fois, par une **décision très remarquée du 5 décembre 2023, le tribunal judiciaire de Paris** a fait injonction à l'entreprise La Poste de compléter son plan de vigilance considéré comme insuffisant, en particulier concernant la cartographie des risques, les procédures d'évaluation des sous-traitants, le mécanisme d'alerte et de recueil des signalements, les mesures d'atténuation et prévention des risques, et le dispositif de suivi⁷.

⁴ Memorandum de l'*Attorney General* du Department of Justice du 5 février 2025 intitulé « *Total Elimination of Cartels and Transnational Criminal Organizations* », accessible ici : <https://www.justice.gov/ag/media/1388546/dl?inline>

⁵ Executive Order du Président des Etats-Unis du 10 février 2025 intitulé « *Pausing Foreign Corrupt Practices Act Enforcement to Further American Economic and National Security* », accessible ici : <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/02/pausing-foreign-corrupt-practices-act-enforcement-to-further-american-economic-and-national-security/>

⁶ Article L. 225-102-4 du code de commerce, transféré à l'article L. 225-102-1 à compter du 1er janvier 2025 par l'ordonnance n° 2023-1142 du 6 décembre 2023 de transposition de la directive européenne n° 2022/2464 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises du 14 décembre 2022 (*Corporate Sustainability Reporting Directive* dite "CSRD").

⁷ A noter que La Poste a indiqué avoir interjeté appel de cette décision, qui n'est donc pas définitive.

Aucune astreinte n'a été prononcée par le tribunal qui a estimé que l'entreprise démontrait une évolution notable dans ses plans de vigilance, et une démarche dynamique d'amélioration. Toutefois, un tel jugement est de nature à rejaillir négativement sur l'entreprise concernée en donnant une image négative quant au sérieux de sa démarche conformité, et en l'associant, parfois injustement, à des atteintes aux droits humains, à la santé sécurité des personnes ou à l'environnement, conduisant ainsi à une confusion entre les manquements dans la mise en œuvre des mesures de prévention, et les atteintes avérées. Le dommage réputationnel qui en découle peut être important et ternir l'image de l'entreprise, notamment vis-à-vis des collaborateurs, des partenaires commerciaux, des consommateurs ou des investisseurs. Ce risque devra donc être pris en compte dans le cadre des opérations de M&A.

En outre, les manquements à des obligations de compliance sont susceptibles de constituer une « *faute de concurrence déloyale* », comme a pu le juger la Cour de cassation à propos des obligations en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, considérant que le respect de ces obligations « *engendre nécessairement (...) des coûts supplémentaires* » et que « *le fait pour un concurrent de s'en affranchir confère à celui-ci un avantage concurrentiel indu* »⁸. Outre les sanctions administratives ou pénales, les entreprises ne respectant pas leurs obligations de compliance s'exposent donc également à des actions en concurrence déloyale de la part de leurs concurrents.

Par ailleurs, la **directive dite « CSDD »** (*corporate sustainability due diligence directive*)⁹ a été publiée au Journal Officiel de l'Union européenne le 5 juillet 2024, et doit être transposée par les Etats membres au plus tard le 26 juillet 2026. Elle vise à imposer à certaines entreprises des obligations d'identification et de prévention des risques d'atteintes à l'environnement et aux droits humains sur l'ensemble de leur chaîne de valeur. Ces entreprises devront également adopter et mettre en œuvre un plan de transition climatique, et veiller à ce que leur modèle économique soit compatible avec l'objectif de neutralité climatique. Son champ d'application est différent de celui du devoir de vigilance, puisque devraient être soumises à ces obligations

les entreprises européennes employant plus de 1 000 salariés et réalisant un chiffre d'affaires global de plus de 450 millions d'euros, ainsi que les entreprises non européennes réalisant un chiffre d'affaires dans l'Union européenne de plus de 450 millions d'euros. La transposition de cette directive sera également de nature à impacter les due diligence à réaliser en la matière, à l'égard de la cible mais également, le cas échéant, à l'égard de ses partenaires.

A noter cependant que la Commission européenne a annoncé le 26 février 2025 sa volonté de proposer une simplification en vue de réduire de 25% les charges administratives des entreprises, et de 35% celles pesant sur les petites et moyennes entreprises, notamment via un train de mesures dites « Omnibus » qui auront un impact sur plusieurs directives, notamment la directive CSRD¹⁰, et la directive CSDD. S'agissant de cette dernière, la Commission propose notamment de reporter la date limite de transposition, dispenser les entreprises de l'obligation de procéder systématiquement à des évaluations approfondies des incidences négatives survenant dans leur chaîne de valeur au-delà du partenaire commercial direct, simplifier les exigences en matière de durabilité, limiter les informations à demander aux partenaires qui sont des PME, etc.

Les projets de simplification ont été transmis au Parlement européen et au Conseil pour examen et adoption.

Les risques liés à l'existence de violations

La due diligence a également pour objet d'identifier le cas échéant l'existence d'atteintes (ou la suspicion concernant d'éventuelles atteintes) aux droits humains, à la santé et sécurité et des personnes et à l'environnement. Ces atteintes sont de nature à engager la **responsabilité civile** de la société concernée. En effet, un manquement aux obligations liées au devoir de vigilance (cf. supra) engage la responsabilité de son auteur, et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter, dans les conditions classiques de responsabilité civile¹¹. La directive CSDD exige des Etats membres l'adoption d'un montant de sanctions pécuniaires dont le plafond est de 5% au moins du chiffre d'affaires net mondial¹². A noter toutefois que le projet de simplification Omnibus proposé par la Commission européenne men-

⁸ Cass. Com., 27 sept. 2023, pourvoi n° 21-21.995, publié au Bulletin.

⁹ Directive n° 2024/1760 du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859.

¹⁰ A noter que le 10 mars 2025, le Sénat a d'ores et déjà adopté une proposition de loi visant à reporter de quatre ans l'entrée en vigueur des dispositions de transposition de la CSRD (obligation de publier un rapport de durabilité) pour certaines entreprises, prenant en compte le projet proposé par la Commission européenne.

¹¹ Article L. 225-102-5 du code de commerce, transféré à l'article L. 225-102-2 à compter du 1er janvier 2025.

¹² Article 27.4 de la directive CSDD.

tionné supra tend à renvoyer aux différents régimes nationaux de responsabilité civile en supprimant les conditions harmonisées au niveau de l'Union européenne.

Afin d'"apurer" la situation entre le signing et le closing, plusieurs actions sont envisageables. Par exemple, au cas où certaines filiales seraient problématiques car situées dans des pays où auraient été identifiés des risques particuliers, et présentant un niveau de risque considéré comme trop élevé pour l'acquéreur, il est envisageable de prévoir un carve-out et d'exclure ces filiales du périmètre d'acquisition.

Par ailleurs, au cas où auraient été identifiées des violations et que les auteurs de ces violations seraient connus, il est également envisageable de prendre des mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au licenciement des personnes impliquées, sous réserve du respect du droit du travail (motifs légitimes) et de l'absence d'ingérence de l'acquéreur. Enfin, au cas où certains contrats seraient douteux, pourront être envisagées les options liées à la sortie de ces contrats.

Ces atteintes sont également de nature à engager la **responsabilité pénale** de la société concernée. En témoignent l'affaire récente concernant l'entreprise Lafarge. En octobre 2022, Lafarge a accepté de plaider coupable auprès des autorités américaines d'avoir apporté de l'aide à des organisations terroristes (l'Etat islamique) en Syrie et de payer une amende de près de 778M\$¹³. Il est à noter que le *Statement of Facts*¹⁴ rappelle qu'en 2014, Holcim a acquis Lafarge, mais qu'aucune information relative à ces faits n'a été portée à la connaissance d'Holcim par le top management de Lafarge. A l'inverse, il est indiqué que « *Holcim asked Executive 6 whether there were any undisclosed material or other important issues at LAFARGE that should be brought to the attention of Holcim before the transaction proceeded. Neither Executive 6 nor any other LAFARGE employee made any disclosures about LCS's operations in Syria. Holcim represents that if LAFARGE had disclosed the facts concerning LCS's agreements with ISIS and ANF in Syria, the Holcim directors who led the deal with LAFARGE would not have proceeded with the transaction.* »¹⁵. Les investigations ont permis de conclure

que les comportements répréhensibles avaient cessé avant l'acquisition par Holcim, et qu'après avoir eu connaissance de ces faits et avoir fait conduire une enquête interne par un cabinet d'avocats, Holcim a décidé de se séparer de l'ensemble des membres du personnel impliqué dans ces faits, et de rendre ces faits publics. Selon le communiqué de presse des autorités américaines « *Lafarge was eventually acquired by a competitor (the Successor Company) in a transaction that closed on July 10, 2015. Lafarge executives did not disclose LCS's payments to ISIS and ANF to the Successor Company during pre-acquisition diligence meetings, and the Successor Company conducted neither pre- nor post-acquisition due diligence of LCS's operations in Syria, which had terminated by the time the transaction closed. Lafarge, LCS and the Successor Company also did not self-report the conduct or fully cooperate in the investigation.* »¹⁶ Ont donc été pris en compte d'une part l'absence de due diligence pré ou post-acquisition, et l'absence de révélation spontanée des faits aux autorités américaines (le fait de rendre ces informations publiques ne constitue pas la révélation spontanée des faits permettant d'obtenir une réduction de peine).

3. Quelle stratégie adopter en matière de révélation spontanée de faits répréhensibles aux autorités ?

La position des autorités américaines, clairement exprimée par la *Deputy General Attorney* Lisa O. Monaco dans un discours du 4 octobre 2023, consiste à adopter une *Safe Harbor policy*, encourageant la révélation spontanée des faits¹⁷. En effet, la révélation spontanée de faits répréhensibles dont une entreprise acquéreur aurait pris connaissance dans le cadre d'une transaction M&A dans un délai de six mois à compter de la date de closing permettrait à cette entreprise de bénéficier de la clémence (voire l'absence de poursuites) de la part des autorités américaines. La règle s'appliquerait, que les faits répréhensibles aient été découverts en pré ou post-acquisition. Aux Etats-Unis, la règle selon laquelle l'acquéreur peut se voir reprocher les agissements commis par la société acquise avant l'acquisition (« *successors' liability* ») implique une vigilance particulière qui conduit Lisa O. Monaco à affirmer « *We are placing an enhanced premium on timely compliance-related*

¹³ Accord dit « *Plea Agreement* » du 18 octobre 2022 entre l'U.S. Attorney's Office for the Eastern District of New York, National Security Division of the United States Department of Justice d'une part, et Lafarge SA et Lafarge Cement Syria SA d'autre part, accessible ici : <https://www.justice.gov/media/1254026/dl>

¹⁴ Accessible en pièce jointe A du « *Plea Agreement* » précité, et également accessible ici : <https://www.justice.gov/media/1253781/dl>

¹⁵ Paragraphe 105 du *Statement of Facts* précité.

¹⁶ Accessible ici : <https://www.justice.gov/usao-edny/pr/lafarge-pleads-guilty-conspiring-provide-material-support-foreign-terrorist>

¹⁷ Le discours est accessible sur le site internet de l'U.S. Department of Justice, ici :

<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-announces-new-safe-harbor-policy-voluntary-self>

due diligence and integration. Compliance must have a prominent seat at the deal table if an acquiring company wishes to effectively de-risk a transaction »¹⁸.

Comme indiqué supra, de nouvelles directives et politiques sont toutefois attendues de la part du *Department of Justice* d'ici 6 à 12 mois.

A noter qu'en France, depuis l'arrêt de la chambre criminelle du 25 novembre 2020¹⁹, la Cour de cassation considère désormais qu'en cas de fusion-absorption, la société absorbante peut être condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération de fusion ou d'absorption. En outre, dans le cas d'une fraude à la loi, c'est-à-dire dans le cas où l'opération de fusion-absorption « a eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale », la société absorbante pourra également voir sa responsabilité pénale engagée pour les faits commis par la société absorbée. La Cour de cassation a eu l'occasion de juger récemment que cette jurisprudence n'est pas limitée aux opérations entre sociétés anonymes ou sociétés par actions simplifiées – comme la rédaction de l'arrêt du 25 novembre 2010 aurait pu le laisser penser – mais couvre également les fusions-absorptions d'autres sociétés, notamment les sociétés à responsabilité limitée²⁰. Dans cet arrêt, la Cour de cassation précise que depuis l'arrêt du 25 novembre 2020 ayant appliqué pour la première fois cette règle aux sociétés anonymes, sa doctrine était raisonnablement prévisible et que cette solution "est donc applicable aux fusions-absorptions conclues postérieurement au 25 novembre 2020".

Bien que ne portant pas spécifiquement sur les situations des entreprises en pré ou post-acquisition, le Parquet National Financier (PNF) a adopté le 16 janvier 2023 des Lignes Directrices sur la mise en œuvre de la Convention Judiciaire d'Intérêt Public (CJIP), l'équivalent du *Deferred Prosecution Agreement* à la française, applicable notamment en matière de corruption, fraude fiscale et infractions environnementales. A l'instar des autorités américaines, le

PNF publie un tableau des facteurs minorants et majorants dans l'évaluation de l'amende d'intérêt public, avec des plafonds de réduction des montants (sans que ce plafond n'apparaisse comme automatique). Parmi les facteurs minorants, le plus important est la révélation spontanée, susceptible de réduire l'amende à hauteur d'un plafond de 50%.

Enfin, il pourra être envisagé d'inclure dans la garantie de passif des SPAs, une exception quant au droit à indemnisation de l'acquéreur si le dommage résulte d'une révélation spontanée des faits qui auraient pu avoir été identifiés.

Conclusion

La compliance soulève donc des enjeux importants, qu'il s'agisse d'identifier les mesures de prévention des risques adéquates et/ou à mettre en place post-acquisition, ou les éventuelles violations qui auraient été commises par la cible, et qui pourraient engager la responsabilité de celle-ci et se poursuivre post-acquisition. Le champ de la compliance tend à s'étendre pour intégrer des sujets nouveaux liés aux droits humains, à la santé et sécurité des personnes et à l'environnement, portant sur l'activité de la société, ses filiales en France et à l'étranger, ainsi que sur l'activité de ses partenaires couvrant l'ensemble de sa chaîne de valeur. Afin de ne pas alourdir et allonger outre mesure la due diligence pré-acquisition, une due diligence post-acquisition pourra être opportune afin de préciser l'identification des risques et les mesures de prévention ou d'atténuation adéquates à mettre en place.

Il est donc important d'être accompagné dans le cadre des opérations par un conseil juridique qui combine les aspects M&A et compliance, dans une approche holistique et intégrée. Une approche globale combinant les expertises, en lien étroit avec les *risk managers* de l'entreprise, est essentielle pour saisir l'ensemble des enjeux en matière de risques de compliance, de process et de gouvernance, anticiper et se prémunir contre les risques qui peuvent en résulter.

¹⁸ Nous traduisons : « *Nous accordons une importance accrue à la diligence raisonnable et à l'intégration liées à la compliance. La compliance doit occuper une place prépondérante à la table des négociations si une société acquéreuse souhaite réduire efficacement les risques d'une transaction* ».

¹⁹ Cass. Crim., 25 nov. 2020, pourvoi n° 18-86.955, publié au Bulletin.

²⁰ Cass. Crim., 22 mai 2024, pourvoi n° 23-83.180, publié au Bulletin.