

Entreprise & expertise

Juridique



Par Franck Bourgeois,
avocat associé,
Eversheds Sutherland
(France) LLP

Conformité et fusions-acquisitions

La réussite d'un processus de cession ou d'acquisition nécessite notamment d'intégrer le plus en amont possible les nouveaux sujets, à forts enjeux, liés à la conformité, afin de pouvoir anticiper au mieux leur éventuel impact sur l'opération envisagée.

La vérification de la conformité des entreprises à certaines dispositions légales est devenue un enjeu essentiel lors d'opérations d'acquisitions, en raison notamment des risques attachés à une absence de conformité, mais l'accumulation rapide de règles applicables à des domaines très différents a pu nuire à la bonne appréhension de certaines d'entre elles par les entreprises concernées.

Ainsi, en ce qui concerne les textes récents portant expressément sur la vérification de la conformité à la loi lors d'opérations d'acquisitions, on peut citer notamment le projet de guide diffusé en avril dernier par l'Agence française anticorruption (AFA) sur les vérifications anticorruption ou encore la publication, le 14 mars 2019, de l'instruction du 28 janvier 2019 sur la mise en conformité fiscale d'une entreprise postérieurement à son acquisition. Dans d'autres domaines, un éventuel acquéreur aura également

2018, pour la protection des données personnelles, ou de celles dont l'adoption est nécessaire, depuis juillet 2018, pour pouvoir bénéficier de la loi sur la protection du secret des affaires.

Bien que ces sujets aient tous pour point commun d'affecter les opérations d'acquisition, ils ont généralement été abordés de façon séparée, par les spécialistes de chacun d'entre eux. Il nous a donc semblé utile de regrouper succinctement leur présentation respective.

1. Projet de guide de l'AFA sur les vérifications anticorruption dans le cadre des fusions-acquisitions

Depuis l'entrée en vigueur, en juin 2017, de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (loi «Sapin II»), les entreprises d'une certaine

taille ont l'obligation de mettre en place un programme de prévention anticorruption, sous peine de sanctions financières. Les recommandations publiées par l'AFA, l'agence en charge du contrôle de la qualité de ce programme au sein des entreprises concernées,

Selon les recommandations de l'AFA, la cartographie des risques en matière de corruption constitue un document majeur qui doit refléter le plus fidèlement possible la situation particulière de chaque société.

intérêt à s'assurer de la conformité de la société cible à un certain nombre de procédures récemment imposées ou recommandées par la loi. Tel est le cas notamment de celles imposées, depuis mai

apportent un grand nombre de précisions sur les attentes, très élevées, de cette dernière en la matière.

Dans ce cadre, l'AFA a soumis, en avril dernier, à consultation de

place un projet de guide, dont la publication de la version définitive est attendue avant la fin de l'année, sur les vérifications anticorruption à effectuer lors d'opérations de fusions-acquisitions. Ces vérifications portent tant sur l'identification de risques de corruption que sur la qualité du programme de prévention anticorruption mis en place au sein de la cible.

Bien qu'il faille attendre la publication de la version définitive de ce projet de guide pour connaître définitivement les attentes de l'AFA en la matière, les praticiens peuvent déjà anticiper plusieurs questions pratiques.

Tout d'abord, les cédants et leurs conseils devront de plus en plus intégrer dans le calendrier de l'opération envisagée le délai nécessaire à la réalisation par les candidats acquéreurs de leurs vérifications anticorruption, que l'AFA souhaite aussi approfondies que possible. La qualité de l'information mise à la disposition de ces candidats et donc le niveau de préparation préalable de ce sujet pourront affecter le calendrier de l'opération et l'étendue des garanties souhaitées en la matière.

La mise à disposition de cette information, d'une nature particulièrement sensible, soulève aussi la question de sa confidentialité, y compris lorsqu'elle porte sur le programme de prévention anticorruption de la société cible. En effet, selon les recommandations de l'AFA, la cartographie des risques en matière de corruption constitue un document majeur qui doit refléter le plus fidèlement possible la situation particulière de chaque société. La communication de ce type de documents, notamment à des concurrents, nécessitera la mise en place de procédures particulières de confidentialité, à l'instar des «clean data rooms» et «clean teams» en matière de droit de la concurrence.

Enfin, se posera la question du traitement des risques éventuellement identifiés en matière de corruption ou de programme de prévention anticorruption. Selon la nature du risque identifié, l'acquéreur devra réfléchir à la meilleure façon de se prémunir contre de tels risques, étant précisé que sont généralement exclus de la couverture des assurances de garantie de passif 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. Comme le suggère l'AFA dans son projet de guide, l'acquéreur pourra souhaiter apurer la situation pénale de la société acquise en révélant les faits de corruption au procureur de la République en vue de conclure une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP). Contrairement à une condamnation pénale, la CJIP n'implique pas de reconnaissance de culpabilité de la part de la personne morale et lui permet ainsi de ne pas être exclue des procédures de passation des marchés publics, mais les représentants légaux susceptibles d'être mis en cause demeurent pénalement responsables en tant que personnes physiques.

2. Mise en conformité fiscale

Le ministère de l'Action et des Comptes publics a publié, le

14 mars 2019, une instruction du 28 janvier 2019 relative au traitement des demandes de mise en conformité fiscale des entreprises.

Cette instruction précise que certaines anomalies fiscales découvertes par les nouveaux détenteurs et repreneurs d'une entreprise peuvent, sous certaines conditions, faire l'objet d'une mise en conformité spontanée auprès de l'administration fiscale, afin de bénéficier d'une atténuation des pénalités applicables.

Cette atténuation est cependant directement corrélée aux termes de la garantie de passif éventuellement conclue, selon que les conséquences fiscales de la mise en conformité pèsent :

Certaines anomalies fiscales découvertes par les nouveaux détenteurs et repreneurs d'une entreprise peuvent, sous certaines conditions, faire l'objet d'une mise en conformité spontanée auprès de l'administration fiscale, afin de bénéficier d'une atténuation des pénalités applicables.

- en totalité sur le cédant (garantie de passif totale), auquel cas les remises de pénalités ne trouveront pas à s'appliquer ;
- en partie sur le cédant (garantie de passif partielle), auquel cas les remises de pénalités s'appliqueront à hauteur du prorata prévu par la convention de garantie de passif et restant à la charge du cessionnaire ;
- en totalité sur le cessionnaire, auquel cas les remises de pénalités prévues par le barème de l'instruction trouveront à s'appliquer en totalité.

Lorsque des risques fiscaux significatifs auront été identifiés, les parties devront désormais intégrer l'intérêt d'une éventuelle mise en conformité dans leur réflexion sur l'équilibre économique de la transaction, et en particulier sur le partage des risques au titre de la garantie de passif.

Cette régularisation spontanée pourrait également présenter l'avantage pour le repreneur d'écarter la nouvelle procédure de transmission automatique par l'administration fiscale au parquet de certains faits prévus par la loi, étant rappelé que les risques pénaux ne peuvent généralement pas faire l'objet d'une couverture par un contrat d'assurance.

Il convient cependant de préciser qu'en cas de désaccord avec l'entreprise sur les conditions de mise en conformité, l'administration fiscale pourra engager un contrôle fiscal.

3. Protection des données personnelles

Depuis l'entrée en vigueur, le 25 mai 2018, du règlement européen 2016/679 du 27 avril 2016 (RGPD), les aspects relatifs à la protection des données personnelles sont également devenus incontournables lors des opérations de fusions-acquisitions.

Les manquements en la matière peuvent donner lieu à une amende pouvant atteindre 20 millions d'euros ou 4% du chiffre d'affaires mondial et également à des actions en responsabilité. La société cible doit donc être en mesure de produire les documents permettant aux acquéreurs potentiels de vérifier la conformité de celle-ci à la législation applicable, et notamment

le registre des traitements, les politiques de protection des données et de sécurité informatique, l'information effectuée auprès des personnes concernées ou encore les contrats conclus avec les sous-traitants.

L'acquéreur ne manquera pas non plus de s'intéresser à tout manquement notifié ou aux contentieux en cours.

En fonction du résultat des vérifications de l'acquéreur, le ven-

en conserver le caractère secret.

Les mesures de protection raisonnables nécessaires à l'application des nouvelles dispositions légales prendront diverses formes, selon les circonstances, telles que l'identification et la classification des informations, leur datation, l'instauration de règles internes de confidentialité, la sécurisation des systèmes d'information, la sensibilisation du personnel, la conclusion de

clauses de confidentialité avec les tiers et avec les salariés ayant accès aux informations concernées, etc.

Même si la loi ne prescrit pas en la matière la nature des mesures à adopter, contrairement aux autres sujets de confor-

L'importance des risques liés à l'utilisation non autorisée de «flux entrants» d'informations nécessite que la gestion de ces derniers soit également examinée.

deur pourra souhaiter remédier, avant la cession, aux manquements éventuellement identifiés. Une telle mise en conformité, comme celle évoquée précédemment en matière de prévention anticorruption, pourra se révéler longue et coûteuse selon la gravité du manquement et affecter en conséquence le calendrier et l'équilibre économique de la transaction.

Enfin, là encore, l'étendue des garanties souhaitées par l'acquéreur dépendra en grande partie de la qualité de l'information communiquée par la société cible en la matière et donc du niveau de préparation préalable de ce sujet.

4. Protection du secret des affaires

La loi du 30 juillet 2018 et son décret d'application du 11 décembre 2018 améliorent grandement la protection du secret des affaires des entreprises par l'introduction de mesures innovantes, qu'il s'agisse de la prise en compte des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret pour le calcul des dommages-intérêts, de la possible mise en cause d'un tiers de bonne foi qui utilisait sans le savoir le secret d'autrui, de toutes les mesures d'injonction ou d'interdiction pouvant être prescrites, ou encore des dispositions permettant à la partie lésée de préserver le caractère secret des informations devant les instances judiciaires. Le secret des affaires protégé par la loi concerne toute information qui n'est pas généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations, qui revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle du fait de son caractère secret et qui fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables pour

mité évoqués précédemment, elle impose néanmoins l'adoption de mesures de protection raisonnables, laissées à l'appréciation de chaque entreprise, pour pouvoir bénéficier de cette nouvelle protection légale.

Bien que cette dernière puisse revêtir une grande importance pratique, notamment pour les entreprises dont la valorisation repose, pour une large part, sur un savoir-faire non protégé par le droit de la propriété intellectuelle, elle est encore restée relativement méconnue.

La vérification par tout acquéreur potentiel des mesures adoptées par une entreprise pour protéger le caractère secret des informations relevant du secret des affaires pourra ainsi s'avérer aussi utile que l'examen, plus classique, des titres de propriété intellectuelle.

Mais les diligences de l'acquéreur ne devront pas se limiter à la vérification de la gestion des «flux sortants» d'informations. L'importance des risques liés à l'utilisation non autorisée de «flux entrants» d'informations (mesures d'interdiction, dommages-intérêts prenant en compte les bénéfices réalisés, etc.) nécessite que la gestion de ces derniers soit également examinée.

Toutes ces questions pourront susciter, là encore, de nouveaux points de discussion entre les parties lors de la négociation du contrat d'acquisition.

Comme on peut le constater, la réussite d'un processus de cession ou d'acquisition nécessite notamment d'intégrer le plus en amont possible les nouveaux sujets liés à la conformité, afin de pouvoir anticiper au mieux leur éventuel impact sur l'opération envisagée. ■