



La lettre des FUSIONS-ACQUISITIONS ET DU PRIVATE EQUITY

Editorial

Lundi 11 octobre 2021

La responsabilité pénale pouvait, jusqu'à une période relativement récente, sembler très éloignée des opérations de fusion-acquisition.

Les choses ont changé, et l'on peut dire que le risque pénal, qui était autrefois attaché aux seules personnes physiques qui avaient commis matériellement une infraction, est devenu beaucoup plus prégnant.

C'est tout d'abord la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales intervenue en 1994 qui a obligé les futurs nouveaux maîtres d'une société à se poser la question du risque pénal encouru par elle. Dès lors qu'une société peut commettre une infraction et être sanctionnée pour cela, celui qui entend prendre le contrôle de cette société ne peut plus ignorer le risque pénal latent. Consulter le casier judiciaire de la personne morale n'est pas suffisant. Il faut aussi s'assurer que des infractions n'ont pas été commises, qui bien que non encore constatées pourraient faire l'objet de poursuites, au risque d'amoinrir significativement la valeur économique de la société cédée sinon de compromettre son fonctionnement même.

D'autres évolutions du droit positif font que les personnes en charge de réaliser une opération de transmission d'entreprise sont conduites à prendre davantage encore en considération le risque pénal.

Un premier élément en ce sens a été la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales intervenue en 2005. Cette responsabilité ne supposant plus un texte spécial, le nombre de situations dans lesquelles la responsabilité pénale d'une société peut être engagée s'est trouvé considérablement amplifié.

L'allongement de la prescription de l'action publique opéré en 2017 est un autre élément qui milite dans le sens d'une vigilance accrue. Dès lors que l'écoulement du temps produit moins facilement un effet de purge de la responsabilité pénale d'une société, le repreneur et ses conseils doivent rechercher plus loin dans le passé de la société transmise pour identifier le risque pénal.

Un troisième élément résulte du revirement opéré en 2020 par la Cour de cassation qui reconnaît désormais qu'en cas de fusion, la société absorbante peut voir sa responsabilité pénale engagée au titre de faits commis par l'absorbée antérieurement à la fusion. La responsabilité pénale devient donc, au même titre que la responsabilité civile, une donnée à prendre en considération avec une attention particulière par l'absorbante et ses conseils. Ces évolutions juridiques voient leur influence accrue par un phénomène de politique législative bien identifié, qui est la surutilisation de la sanction pénale. Précisons le propos : le législateur multiplie les recours à la responsabilité pénale dans de nombreux domaines, ce qui accroît démesurément les situations dans lesquelles un risque pénal existe, sans toujours que celui-ci se concrétise par une condamnation. La pratique dans ce domaine témoigne en particulier du nécessaire discernement qu'impose l'analyse de la réalité de ce risque pénal. Pour autant, ce dernier peut de moins en moins être négligé par les praticiens des opérations de fusion-acquisition. ■

Par Pierre Bonneau et Bruno Dondero, avocats associés

Dossier

Le risque pénal dans les opérations de fusion-acquisition, mythe ou réalité ?

- Le transfert de la responsabilité pénale dans le cadre des opérations de fusion **p. 2**
- Identification des risques pénaux dans les processus d'audit **p. 4**
- Les délégations de pouvoirs à l'épreuve des opérations de fusion-acquisition **p. 6**
- Responsabilité pénale des personnes morales : de la théorie à la pratique **p. 8**
- Coupable mais pas responsable, principe applicable en cas de plan de cession ? **p. 9**
- La délicate couverture des risques pénaux par les garanties de passif **p. 10**
- La prescription de la responsabilité pénale **p. 11**

Actualités

- Organisation matricielle : attention à la responsabilité pénale de la société-mère **p. 12**
- Les enjeux de la responsabilité des administrateurs **p. 13**
- « Management packages » : le Conseil d'Etat se prononce sur leurs modalités d'imposition **p. 14**
- Fusion et transfert de déficits de holding : une ouverture pour les holdings animatrices **p. 15**
- Réforme des procédures collectives, la lutte des classes aura-t-elle lieu ? **p. 16**

Ce supplément est réalisé par les avocats de

CMS Francis Lefebvre

Supplément du numéro 1625
du 11 octobre 2021

Le transfert de la responsabilité pénale dans le cadre des opérations de fusion

La chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt du 25 novembre 2020¹, a opéré un important revirement de jurisprudence en jugeant qu'une société absorbante peut être condamnée pénalement pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée antérieurement à la fusion des deux sociétés. Par cet arrêt, le juge pénal français rejoint la position des juridictions européennes.

Au fondement de ce revirement : la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise

A la lecture de l'arrêt du 25 novembre 2020 et de la note explicative publiée par la Cour de cassation, les faits de l'espèce peuvent paraître anecdotiques et n'avoir fait que fournir à la Cour l'occasion de revenir sur sa précédente position et de définir les contours de sa nouvelle jurisprudence. L'affaire concernait une société mise en cause pour des faits de destruction volontaire, qui avait été absorbée par une autre société à l'occasion d'une opération de fusion préalablement à sa convocation devant la juridiction correctionnelle. La demanderesse au pourvoi reprochait à l'arrêt de la Cour d'appel d'avoir ordonné un supplément d'information visant à rechercher la responsabilité pénale de l'absorbante, alors que ce supplément d'information intervenait dans le cadre d'une procédure d'instruction visant uniquement la société absorbée.

Jusqu'à ce revirement, la chambre criminelle de la Cour de cassation s'accrochait à l'approche anthropomorphique de l'opération de fusion-absorption : constatant que l'absorption faisait perdre son existence juridique à l'absorbée, elle excluait que la responsabilité pénale de cette dernière puisse être trans-

férée à l'absorbante². La dissolution de la société absorbée était assimilée au décès d'une personne physique, lequel entraîne l'extinction de l'action publique en application de l'article 6 du Code de procédure pénale. Corrélativement, le principe selon lequel la responsabilité pénale ne survit pas à l'auteur de l'acte délictueux conduisait le juge pénal français à exclure la responsabilité de la société absorbante, personne morale distincte de la société absorbée.

Désormais, la Haute juridiction privilégie l'approche économique de l'opération de fusion en tenant compte de la spécificité des personnes morales, l'activité économique de la société absorbée se poursuivant au sein de l'absorbante.

Dans son arrêt, la Cour souligne qu'en application de l'article L.236-3 du Code de commerce, la fusion-absorption

emporte la dissolution de la société absorbée mais elle n'entraîne pas sa liquidation. De plus, le patrimoine de la société absorbée est, par l'effet de la fusion, universellement transmis à la société absorbante et les actionnaires de la première deviennent actionnaires de la seconde. La Cour rappelle également qu'en application de l'article L.1224-1 du Code du travail, tous les contrats en cours au jour de l'opération se poursuivent entre l'absorbante et le personnel de l'entreprise.

Cette approche économique avait, dès 2015, été retenue par la Cour de justice de l'Union européenne³, laquelle avait alors jugé que les dispositions de l'article 19, § 1, de la directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 relative à la fusion des sociétés anonymes, codifiées à l'article 105, § 1, de la

« La chambre criminelle de la Cour de cassation (...) a opéré un important revirement de jurisprudence en jugeant qu'une société absorbante peut être condamnée pénalement pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée antérieurement à la fusion des deux sociétés. »



Par **Christophe Lefaillet**, avocat associé en corporate/fusions & acquisitions et en fiscalité (droits d'enregistrement et IFI). Il intervient particulièrement dans les opérations de fusion-acquisition du secteur immobilier. christophe.lefaillet@cms-fl.com



Et **Virginie Corbet-Picard**, avocat conseil en corporate/fusions & acquisitions. Elle intervient pour le compte de groupes de sociétés, de fonds d'investissement et de managers sur toutes questions de droit des sociétés, notamment dans le cadre d'opérations de réorganisations intra-groupe ou de restructurations dans un contexte de rapprochement d'entreprises ou de fusions-acquisitions. virginie.corbet-picard@cms-fl.com

directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, doivent être interprétées en ce sens qu'une « fusion par absorption » entraîne la transmission, à la société absorbante, de l'obligation de payer une amende infligée par décision définitive après cette fusion pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant la fusion.

De même, dans une décision de 2019¹, la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà privilégié cette approche en estimant que le prononcé d'une amende civile, à laquelle est applicable le volet pénal de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'encontre d'une société absorbante, pour des actes restrictifs de concurrence commis par la société absorbée avant la fusion, sur le fondement du principe de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise, ne porte pas atteinte au principe de la personnalité des peines.

Les limites du revirement opéré

Les limites de la portée du revirement de jurisprudence de la chambre criminelle sont principalement de trois ordres :

- quant aux sociétés concernées : le revirement concerne uniquement les fusions entrant dans le champ de la directive relative aux sociétés anonymes. Il en résulte que seules les sociétés par actions sont concernées, en ce compris les sociétés par actions simplifiées ;
- quant aux sanctions attachées à la responsabilité pénale transférée à la société absorbante : il ne peut s'agir que de peines d'amende ou de confisca-

tion, ce qui revient à exclure les autres sanctions prévues à l'article 131-39 du Code pénal telles que la dissolution, l'interdiction d'exercice ou encore le placement sous surveillance judiciaire ;

- quant à la date des fusions concernées : le revirement ne s'applique qu'aux opérations de fusion conclues

« La Cour de cassation affirme par ailleurs qu'en tout état de cause, la responsabilité pénale pleine et entière de l'absorbante peut être engagée lorsque la fusion a eu pour objectif de faire échapper l'absorbée à sa responsabilité pénale. »

postérieurement au prononcé de l'arrêt du 25 novembre 2020.

La Cour de cassation affirme par ailleurs qu'en tout état de cause, la responsabilité pénale pleine et entière de l'absorbante peut être engagée lorsque la fusion a eu pour objectif de faire échapper l'absorbée à sa responsabilité pénale. Dans cette hypothèse, l'opération constitue une fraude à la loi et les limites du revirement telles que rappelées ci-avant ne sont pas applicables. En conséquence, toutes les sociétés, quelle que soit leur forme, sont concernées et toute peine encourue peut être prononcée à l'encontre de l'absorbante. La cour précise que cette doctrine,

propre aux opérations constitutives d'une fraude à la loi, ne constitue pas un revirement de jurisprudence. Elle s'applique donc immédiatement, quelle que soit la date à laquelle la fusion a été conclue.

Se pose la question de l'applicabilité de ce revirement à d'autres opérations que la fusion. Il semble faire peu de doute que la solution retenue désormais par le juge pénal français devrait également trouver à s'appliquer dans le cadre d'opérations telles que la scission et la dissolution sans liquidation (ou « TUP ») qui, comme la fusion, emportent la disparition de la société scindée ou « tupée » et la transmission universelle de son patrimoine aux sociétés issues de la scission ou à l'associé unique. Le cas de l'apport partiel d'actif paraît moins évident, dès lors que la société apporteuse survit à l'opération. Toutefois, dès lors qu'il est soumis au régime des scissions et emporte transmission universelle du patrimoine à la société bénéficiaire, il ne paraît pas exclu que le juge pénal applique la solution nouvelle de jurisprudence à ce type d'opération, en admettant le transfert de la responsabilité pénale attachée à la branche d'activité transférée.

Au regard du risque accru qu'implique ce revirement pour les sociétés absorbantes ou participantes à des opérations qui emportent à leur profit la transmission universelle du patrimoine d'une autre société, la prudence commande à ces sociétés et à leurs associés de renforcer leurs audits préalables à l'opération, afin d'analyser les responsabilités et sanctions pénales susceptibles de leur être transférées au titre des fautes commises par l'autre société partie à l'opération. ■

1. Cass. crim., 25 nov. 2020, n°18-86.955.

2. En ce sens : Cass. crim., 20 juin 2000, n°99-86.742

3. CJUE, 5 mars 2015, *Modelo Continente Hipermercados SA c/ Autoridade para as Condições de Trabalho*, C-343/13

4. CEDH, 24 oct. 2019, *Carrefour France c. France*, n°37858/14

Identification des risques pénaux dans les processus d'audit

Les audits d'acquisition constituent une étape cruciale du processus de rachat d'une société. Ils permettent de valider les informations financières nécessaires à la valorisation de la société cible et de mettre en exergue les forces et les faiblesses de ladite société dans les domaines juridique, comptable, financier, opérationnel, etc. A l'issue du processus d'audit, le repreneur pourra ainsi confirmer sa volonté d'acquérir ou non la société au prix et aux conditions initialement annoncés.

L'audit d'une société permet généralement de mettre en lumière des risques pouvant avoir un impact non négligeable tant (i) sur la valeur de la société et donc sur le prix d'acquisition que (ii) sur la nature et le *quantum* des garanties devant être consenties par le vendeur à l'acquéreur.

Depuis le 1^{er} mars 1994, le droit pénal français reconnaît la responsabilité pénale des personnes morales. L'entreprise peut être poursuivie en tant qu'entité juridique et non uniquement à travers la personne de ses dirigeants. L'audit d'acquisition constitue dès lors un outil essentiel dans l'identification des potentiels risques pénaux pouvant peser sur la société cible.

sécurité. La violation de ces règles de droit social est susceptible de conduire, dans certaines circonstances, à une incrimination pénale. Une attention particulière doit donc être portée à ces protections pénales de l'emploi et des salariés.

Pour favoriser l'effectivité des normes, des sanctions pénales sont prévues en cas de violation des prérogatives des représentants du personnel. Sur ce point, une revue de la représentation du personnel dans l'entreprise, des procédures de consultation mises en œuvre ainsi que des échanges avec l'inspection du travail permet d'anticiper d'éventuels risques de contentieux au titre du délit d'entrave.

De même, afin d'évaluer les risques liés au travail dissimulé ou irrégulier, l'audit de la pratique de l'entreprise en matière de durée et d'organisation du temps de travail ainsi que de recours à la main d'œuvre étrangère est indispensable. Une analyse des contrats de prestations de services s'avère nécessaire afin de s'assurer de la conformité de la pratique de l'entreprise tant au regard de la qualification du contrat de service qu'au niveau du respect des obligations de vigilance du donneur d'ordre.

Une telle démarche apparaît essentielle en amont des opérations de fusion-absorption afin d'anticiper les risques d'une incrimination pénale liée à la pratique irrégulière de la société absorbée. En effet, selon la dernière jurisprudence de la Cour de cassation, la responsabilité pénale de la société absorbante est, sous certaines conditions, susceptible d'être engagée du fait d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération de fusion-absorption¹.

Notons, qu'en tout état de cause et quelle que soit la date de la fusion ou la nature de la société concernée, la responsabilité pénale de la société absorbante peut être engagée si

L'anticipation des risques pénaux liés à la pratique sociale de l'entreprise absorbée

Dans le cadre de l'audit social, l'analyse porte notamment sur les conditions d'emploi des salariés (embauche, rémunération, durée du travail, recours aux contrats de travail précaires et à la main d'œuvre étrangère, etc.) ainsi que sur le respect des obligations à l'égard des représentants du personnel et de prévention en matière d'hygiène et de

« L'audit d'acquisition constitue dès lors un outil essentiel dans l'identification des potentiels risques pénaux pouvant peser sur la société cible. »



Par **Maïté Ollivier**, avocat conseil, en droit du travail et protection sociale. Elle intervient dans le domaine du conseil et du contentieux, en particulier auprès des sociétés françaises ou appartenant à des groupes internationaux sur les opérations de restructuration et la gestion des situations des cadres dirigeants.
maite.ollivier@cms-fl.com



Olivier Teixeira, avocat conseil en fiscalité. Il intervient plus particulièrement dans les domaines de la fiscalité des groupes (acquisition et restructurations de groupes de sociétés, intégration fiscale), assistance au contrôle fiscal et fiscalité de la recherche et de l'innovation.
olivier.teixeira@cms-fl.com

l'opération de fusion-absorption a eu pour objectif de soustraire la société absorbée à sa responsabilité pénale et qu'elle constitue ainsi une fraude à la loi.

Cette nouvelle approche économique doit donc conduire à la plus grande prudence s'agissant notamment des risques pénaux liés à des infractions de droit social dans le cadre des opérations de fusion-absorption.

La désormais nécessaire prise en compte du risque pénal fiscal dans la phase d'audit de la cible

Sur le plan fiscal, les travaux de due diligence ont pendant longtemps négligé le risque pénal de fraude fiscale. Difficile à identifier, soumis à une prescription de l'action publique plus longue que la période triennale habituellement contrôlée dans les audits, le risque de fraude fiscale était en outre perçu comme « théorique », l'administration fiscale réservant l'engagement des poursuites pénales aux infractions les plus lourdes.

Cette situation a cependant évolué avec la loi du 23 octobre 2018 qui a marqué la fin du monopole dont disposait l'administration dans le choix d'engager ou non des poursuites pénales pour fraude fiscale. L'administration fiscale est désormais tenue de transmettre automatiquement au procureur de la République tous les faits qui portent sur des droits dépassant un seuil de 100 000 euros et qui, par ailleurs, s'accompagnent de la pénalité de 100 %, de 80 % ou encore de 40 % en cas de manquement délibéré ou d'abus de droit (dans ce dernier cas, il faut qu'au cours des six années civiles précédant son application le contribuable ait déjà

« S'il peut être difficile de mettre en œuvre une garantie de passif pour couvrir les risques pénaux, l'acquéreur pourra être tenté de négocier avec le vendeur une diminution du prix d'acquisition eu égard aux risques identifiés. »

fait l'objet, lors d'un précédent contrôle, de l'une des majorations précitées).

Outre les habituelles vérifications du dépôt des déclarations fiscales dans les délais prescrits, l'audit doit intégrer une revue attentive des antécédents fiscaux de l'entreprise sur les six dernières années civiles. Une pénalité de 40 % pour manquement délibéré infligée au cours des six dernières années est susceptible de faire naître – en cas de nouvelle rectification s'accompagnant d'un rappel de droits de 100 000 euros et d'une pénalité d'au moins 40 % – un risque de dénonciation au Parquet. D'autres diligences et précautions doivent également être mises en œuvre. On citera notamment la vérification du respect des obligations documentaires mises à la charge des entreprises pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscale (vérification de la documentation de la piste audit fiable, certification du logiciel de caisse, documentation prix de transfert, « CBCR », déclarations DAC 6, documentation en matière de propriété industrielle) et la fixation d'un seuil de matérialité du risque fiscal *a minima* à 100 000 euros en droits.

Un impact non négligeable des risques identifiés sur la structure de l'acquisition

Dans l'hypothèse où des risques pénaux

liés à des infractions commises par la société cible sont identifiés dans le cadre de l'audit d'acquisition, les conséquences sur l'opération de cession envisagée peuvent être de différentes natures en fonction notamment de la gravité de l'infraction identifiée et des risques d'application de la sanction.

S'il peut être difficile de mettre en œuvre une garantie de passif pour couvrir les risques pénaux, l'acquéreur pourra être tenté de négocier avec le vendeur une diminution du prix d'acquisition eu égard aux risques identifiés. Toutefois, encore faut-il que le risque pénal puisse être précisément apprécié. En effet, si la menace d'une condamnation à une amende est aisément quantifiable, d'autres sanctions pénales sont applicables aux personnes morales (telle que la fermeture des établissements liés aux faits incriminés ou l'interdiction d'exercice une activité) et donnent lieu à une appréciation délicate du préjudice financier que l'acquéreur pourra subir. Dans de tels cas, il pourra être souhaitable pour l'acquéreur de modifier la structuration de l'acquisition et de procéder en lieu et place de l'acquisition des titres de la société cible, à l'acquisition de ses seuls actifs, à l'exclusion de tout passif et notamment de tout passif pénal. ■



Et **Célia Mayran**, avocat en corporate/fusions & acquisitions. Elle intervient dans le cadre d'opérations de fusion-acquisition de sociétés, de capital-investissement et de private equity, tant nationales qu'internationales, pour le compte d'industriels, de fonds d'investissement et de managers.
celia.mayran@cms-fl.com

1. Par un arrêt du 25 novembre 2020, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a finalement admis « qu'en cas de fusion-absorption au sens de l'article 3, § 1, de la troisième directive 78/855/CEE du 9 octobre 1978 modifiée par la directive 2009/109/CE du 16 septembre 2009 d'une société par une autre société, 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 ».

Les délégations de pouvoirs à l'épreuve des opérations de fusion-acquisition

Qu'il s'agisse de cessions ou de simples restructurations intragroupe, les opérations qui ponctuent la vie des sociétés sont susceptibles d'affecter les délégations de pouvoirs consenties par leurs dirigeants et, ce faisant, l'un des principaux objectifs qui leur est assigné : l'exonération de la responsabilité pénale du chef d'entreprise.

Instrument incontournable d'organisation des pouvoirs et de gestion des risques au sein de l'entreprise, la délégation de pouvoirs permet, en plus d'habiliter un préposé à agir au nom et pour le compte de la société concernée, de transférer sur ses épaules la responsabilité pénale du chef d'entreprise attachée aux pouvoirs délégués. Selon une jurisprudence solidement établie, et hors le cas où la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise qui n'a pas pris part personnellement à l'infraction peut en effet s'exonérer de sa responsabilité pénale en rapportant la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à leur exercice. Cette exonération ne s'étend en revanche pas à la responsabilité pénale de la personne morale en cause, qui reste donc susceptible d'être engagée en sus de celle du délégué. Les domaines de prédilection de ces délégations, qui dépendent également des foyers de risques propres aux activités en cause, sont notamment l'hygiène et la sécurité, la représentation auprès des instances représentatives du personnel, le droit économique ou encore la réglementation environnementale.

L'effet exonératoire recherché est

tributaire de la taille de l'entreprise concernée, qui doit être suffisante pour justifier le recours à cet instrument de déconcentration des pouvoirs et des responsabilités. A l'inverse, le fait pour un dirigeant de ne pas y recourir alors qu'il ne peut superviser seul l'ensemble des activités exercées peut constituer une circonstance aggravante de sa responsabilité pénale. Un juste équilibre doit donc être trouvé entre déléguer et ne pas déléguer.

Survie ou caducité des délégations de pouvoirs ?

L'examen du contentieux opposant délégués et délégués (les premiers revendiquant un transfert de responsabilité auquel les seconds entendent précisément se soustraire) suffit à convaincre le praticien de la nécessité de se pencher attentivement, à l'occasion de chaque opération de M&A, sur le sort des délégations de pouvoirs en vigueur dans les sociétés impliquées.

Contrairement à celle d'un fonds de commerce, la cession d'une société n'est pas de nature à remettre en cause par principe les délégations de pouvoirs existantes, et ce même quand elle s'accompagne du changement du dirigeant délégué. A la différence des délégations de signature, le préposé ayant agi au nom et pour le compte de la société, et non en son nom personnel, celle-ci demeure engagée tant que la délégation n'est pas révoquée¹. Lors des cessions de sociétés plusieurs points sont à surveiller. Il convient tout d'abord de s'assurer de l'absence de modification substantielle des fonctions du délégué post-cession, et de ce que les termes de la délégation ne prévoient pas sa caducité en cas de changement de contrôle. Lorsque l'entité cédée appartient à un groupe de sociétés, doivent en outre être recensées les délégations la concernant qui auraient éventuellement été accordées par le dirigeant d'une autre société de ce groupe, dont les contours

« Contrairement à celle d'un fonds de commerce, la cession d'une société n'est pas de nature à remettre en cause par principe les délégations de pouvoirs existantes (...). »



Par **Pierre Bonneau**, avocat associé en droit du travail et protection sociale. Il est notamment le conseil de plusieurs établissements bancaires et financiers et intervient régulièrement sur des opérations de rapprochement ou de cession d'entreprises.
pierre.bonneau@cms-fl.com



Et **David Mantiene**, avocat conseil en corporate/fusions & acquisitions. Il intervient principalement en matière d'opérations de fusion-acquisition, de private equity et de restructuration de groupes de sociétés, pour des clients tant français qu'étrangers.
david.mantiene@cms-fl.com

« (...) Le caractère *intuitu personae* de la délégation de pouvoirs rend difficilement concevable que celle-ci puisse survivre à la disparition de la société absorbée (...). »

sont appelés à évoluer à la faveur de la cession en cause. La jurisprudence, dérogeant en cela à l'exigence selon laquelle le délégué doit être le préposé du chef d'entreprise (et donc un salarié de la société que représente celui-ci), a en effet admis que le représentant légal de la « société dominante » d'un groupe puisse valablement consentir une délégation de pouvoirs (en matière d'hygiène et de sécurité aux cas d'espèce) pour l'ensemble des sociétés du groupe au profit d'un salarié d'une filiale placé sous son autorité hiérarchique². L'efficacité de telles délégations a été reconnue par les juges pour exonérer tant le dirigeant de la société dominante que celui d'une de ses filiales de leur responsabilité pénale dans les domaines délégués. En mettant fin au contrôle de la société dominante, la vente d'une filiale du groupe emportera pour elle caducité de toute délégation la concernant qui aurait été consentie par le dirigeant de la société dominante, et appellera le cas échéant à leur remplacement. Enfin, en cas d'intégration de la société cédée à un nouveau groupe, il conviendra de s'assurer que la survie de délégations préexistantes au sein de l'entité cédée

ne génère pas de situations de co-délégation, la jurisprudence considérant que la délégation des mêmes pouvoirs à plusieurs personnes « *restreint l'autorité et entrave l'initiative de chacun des prétendus délégataires* »³.

Des incertitudes qui appellent à la prudence

La fusion-absorption soulève peu de difficultés lorsque l'on se place du côté de l'absorbante : les délégations de pouvoirs consenties par ses dirigeants survivent à l'opération, sauf à ce que le délégataire ne satisfasse plus au triplicite compétence / autorité / moyens nécessaires précédemment évoqué du fait de l'élargissement du périmètre dont il a la charge par l'effet de la fusion. Le sort des délégations octroyées par la société absorbée fait en revanche débat, certains auteurs affirmant leur caducité automatique⁴ là où d'autres défendent le principe de leur survie par l'effet de la transmission universelle de patrimoine⁵. La chambre criminelle de la Cour de cassation se place pour sa part dans un entre-deux, « *refusant que la fusion emporte nécessairement transfert de la délégation (.../...), mais admettant implicitement qu'il puisse en être autrement* »⁶ aux termes d'un arrêt qui acte toutefois que la transmission des contrats de travail en application de l'article L.1224-1 du Code du travail n'implique pas celle des délégations qui peuvent en être l'accessoire⁷. Deux éléments nous semblent cependant militer pour la caducité des délégations de pouvoirs octroyées par l'absorbée. D'une part, le caractère *intuitu personae* de la délégation de pouvoirs rend difficilement concevable que celle-ci puisse survivre à la disparition de la société

absorbée, pour le compte de laquelle sont exercés les pouvoirs délégués. D'autre part, s'agissant d'une forme particulière de mandat, l'article 2003 du Code civil selon lequel le mandat prend fin par la disparition du mandant devrait recevoir application. S'y ajoute un troisième élément : la prudence. L'impératif de sécurisation de l'effet exonératoire de responsabilité pénale des délégations de pouvoirs commande une assise juridique plus solide qu'une doctrine divisée et une jurisprudence à la portée incertaine.

Aussi la mise en place de nouvelles délégations - ou à tout le moins la confirmation des délégations antérieures - s'impose-t-elle à la suite de la réalisation d'opérations de fusion, mais également de scission ou d'apport partiel d'actif soumis au régime juridique des scissions.

La prudence est également de rigueur en matière de transformation de société, bien que ces opérations n'emportent pas création d'une personne morale nouvelle conformément à l'article 1844-3 du Code civil. La Cour de cassation a en effet jugé que dès lors qu'elle entraîne un changement dans la structure interne de gouvernance de la société - ce qui sera le plus souvent le cas - une telle opération ne permet pas aux pouvoirs des organes dirigeants de se perpétuer sous la forme sociale nouvelle⁸.

Autant de raisons qui plaident pour un suivi rigoureux des délégations de pouvoirs et des subdélégations qui les accompagnent fréquemment. Leur cartographie précise et exhaustive doit être établie et actualisée au gré des événements affectant les sociétés concernées. Il en va de l'effectivité de leur rôle exonératoire de responsabilité. ■

1. Com. 4 févr. 1997, n° 94-20681.

2. Crim. 26 mai 1994, n° 93-83213 ; Crim. 7 févr. 1995, n° 94-81832.

3. Crim. 12 déc. 2006, n° 7654.

4. *Droit des sociétés*, P. Le Cannu et B. Dondero, LGDJ Lextenso, 7^e éd. n° 507.

5. *Lamy Sociétés Commerciales*, éd. 2021, n° 2024.

6. *Le sort de la délégation de pouvoirs en cas de fusion-absorption*, N. Ferrier, BJS déc. 2011 p. 957.

7. Crim. 20 janv. 2011, n° 10-87348.

8. Crim. 3 janv. 1986, n° 85-91905, rendu à propos de la transformation d'une SA en SNC.

Responsabilité pénale des personnes morales : de la théorie à la pratique

Afin de procéder à l'évaluation la plus juste possible de leur valeur, les opérations de rapprochement d'entreprises donnent lieu à des audits qui permettent d'identifier les risques notamment de nature pénale présents dans la cible et, partant, les sanctions y afférentes. Il est ainsi généralement rappelé à cette occasion que les peines d'amende auxquelles sont exposées les personnes morales sont quintuplées par rapport à celles des personnes physiques et qu'elles peuvent faire l'objet de nombreuses peines complémentaires restreignant leur liberté d'action économique (interdiction d'accès aux marchés publics, fermeture temporaire, etc.).

De nombreux risques pénaux peuvent être identifiés dans les entreprises

En l'absence de complétude des informations transmises à l'occasion de ces opérations, comme de connaissance précise des situations de fait de la vie de l'entreprise, ces auditeurs que leur office oblige soulèvent prudemment un nombre significatif de ces risques dont l'occurrence de réalisation peut paraître faible. Il en va tout particulièrement ainsi dans le champ de la législation sociale : délit d'entrave, mentionné par exemple lorsque certains procès-verbaux du CSE ne sont pas communiqués ou que la base de données économique et sociale est incomplète, travail dissimulé, lorsqu'à titre d'illustration le suivi du temps de travail semble imparfait, ou encore prêt de main d'œuvre illicite, lorsque les conditions d'intervention de certains prestataires de services laissent subsister des zones d'ombre.

« A l'argument de l'efficacité s'ajoute celui du temps : la justice civile peut être saisie plus prestement que la juridiction pénale et notamment en référé. »

Mais la voie du contentieux civil est souvent privilégiée par les victimes

Mesure et discernement s'imposent cependant à la lecture de ces constats parfois anxiogènes si l'on observe la réalité du contentieux pénal intéressant les personnes morales. A cet égard et si les parties peuvent elles-mêmes engager l'action pénale sans le concours du Ministère public, de telles initiatives sont plutôt rares particulièrement dans le domaine de la législation sociale. Ainsi, les victimes d'une infraction mettant plus en jeu des intérêts particuliers que l'ordre public peuvent les conduire à s'en remettre plutôt à la justice civile pour des raisons d'efficacité : la sanction civile peut être prononcée sans nécessité de démontrer l'intention coupable de l'auteur de l'infraction (si l'on excepte le cas des infractions dites non intentionnelles pour lesquelles cette intention coupable procède de l'élément matériel du délit). Il est plus difficile d'obtenir des condamnations dans les affaires dites « entre parties » dans lesquelles la preuve n'est pas administrée par le parquet avec le

concours de la force publique. Il en va ainsi, par exemple, des contentieux avec les salariés (harcèlement, heures supplémentaires et travail dissimulé, etc.) ou les représentants du personnel (délit d'entrave) qui sont bien plus présents devant les juridictions civiles que répressives alors qu'ils pourraient théoriquement l'être tout autant. A l'argument de l'efficacité s'ajoute celui du temps : la justice civile peut être saisie plus prestement que la juridiction pénale et notamment en référé.

Sur le plan financier enfin : si les peines d'amende peuvent être évidemment très significatives, les sommes accordées par le juge pénal aux victimes sont généralement plus modestes. Raison supplémentaire pour lesdites victimes de se tourner plutôt vers le juge civil.

Une réalité néanmoins croissante du risque pénal qui oblige à la prévention

Reste que ce risque pénal ne cesse de croître pour les personnes morales et ce, le plus souvent, dans des zones particulièrement difficiles à identifier en amont : corruption, infractions financières, atteintes à l'environnement, accidents du travail ou encore harcèlement sexuel et moral constituent autant d'infractions pouvant impliquer les personnes morales mais sans toujours pouvoir donner lieu à des indices manifestes au stade des travaux d'audit. Or ces risques sont bien réels si l'on observe qu'entre 2000 et 2015, le nombre de condamnations des personnes morales prononcées par les tribunaux correctionnels et les tribunaux de police est passé de 200 à 5000¹. ■



Coupable mais pas responsable, principe applicable en cas de plan de cession ?

La solution selon laquelle, en cas de fusion-absorption, l'absorbante peut être condamnée pénalement pour des faits commis, avant la fusion, par l'absorbée est-elle transposable au plan de cession ?

La Cour¹ de cassation a décidé le 25 novembre 2020 que le juge, qui constate qu'il a été procédé à une fusion-absorption peut, après avoir vérifié que les faits objet des poursuites sont caractérisés, déclarer l'absorbante coupable et la condamner.

Ce faisant, la Cour fait évoluer sa position qui consistait à écarter, en cas d'absorption d'une société dans le cadre d'une fusion, la responsabilité pénale de l'absorbante pour des faits commis par l'absorbée, au motif que le principe de personnalité des peines s'opposait à la condamnation de l'absorbante.

Se pose, dès lors la question de l'application à la reprise d'une activité en plan de cession de cette conception jurisprudentielle nouvelle du principe de personnalité des peines, qui ne permet plus d'écarter la culpabilité de l'absorbante pour des faits punis pénalement commis par l'absorbée.

Cette position novatrice de la Cour s'inscrit, en effet, dans la continuité de la jurisprudence européenne interprétant

les dispositions de la « directive fusion »², et se fonde - essentiellement - sur la continuité fonctionnelle et économique de l'activité qui survit à la disparition de la primo-exploitante.

Or, en matière de plan de cession, il ne semble pas que la continuité fonctionnelle et économique de l'activité, critère fondant la position de la Cour, puisse toujours être caractérisée.

La continuité fonctionnelle absente en cas de plan de cession

Selon la Cour, la transmission universelle de patrimoine, effet de la fusion, conduit à constater une continuité de l'activité. Ainsi, l'« identité » d'exploitation ne permet pas de distinguer l'absorbée de l'absorbante. L'infraction pénale reste au sein de la même entité économique.

Or, une telle clé de lecture semble difficilement transposable au plan de cession. La reprise à la barre est, en effet, l'acquisition, dans le cadre d'une procédure collective des actifs et de l'activité de la cible. Le plan de cession n'entraîne aucune transmission universelle de patrimoine : l'entité juridique en difficulté portant initialement l'activité ne cesse nullement d'exister en conséquence de la cession. Celle-ci demeurera le temps de sa liquidation judiciaire.

Ainsi, contrairement à la situation soumise à la Cour, l'action publique conserve sa cible, même si elle risque d'être impécunieuse.

La continuité économique, source de risque

Si la continuité fonctionnelle ne peut être caractérisée en cas de plan de cession, le point est théoriquement plus discuté s'agissant de la « continuité économique ».

Le plan de cession permet, en effet, le transfert de l'activité de l'entreprise en difficulté à un repreneur. En ce sens, le repreneur va donc continuer l'activité reprise.

Toutefois, dans bien des cas l'activité reprise ne le sera que partiellement : c'est effectivement le propre du plan de cession que de permettre au repreneur de délimiter le périmètre de reprise selon son propre projet³.

Le repreneur acquiert ainsi essentiellement des moyens de poursuivre et développer sa propre activité, sans acquérir l'entité en difficulté et son universalité de patrimoine. C'est la raison pour laquelle le repreneur ne saurait, à notre sens, être assimilé à la cédante ayant commis les faits pénalement répréhensibles et considéré coupable.

Aucune solution n'existant à ce jour en la matière, les repreneurs devront faire preuve de vigilance, en cas de reprise de larges pans d'activités, le risque de porosité du filtre de l'arrêt du plan de cession demeure, comme en cas de rupture des relations commerciales établies⁴, un sujet majeur de préoccupation. ■

« Les repreneurs devront faire preuve de vigilance, en cas de reprise (...), le risque de porosité du filtre de l'arrêt du plan de cession demeure (...). »



Par **Hassan Ben Hamadi**, avocat en droit pénal. Il intervient sur tous types de contentieux en matière de droit des affaires tant devant les juridictions civiles et pénales, qu'en matière d'arbitrage. hassan.benhamadi@cms-fl.com



Et **Léo Gironde**, avocat membre de l'équipe Restructuring. Il intervient en matière de prévention et de traitement amiable et judiciaire des difficultés des entreprises. leo.gironde@cms-fl.com

1. Crim. 25 novembre 2020, 18-86.955, publié au bulletin.
2. Cf. notamment CJUE, 5 mars 2015 *Modelo Contínente Hypermercados SA c/ Autoridade para as Condições de Trabalho*, affaire C-343/13.
3. C'est notamment la raison pour laquelle le livre VI du Code de commerce limite les obstacles à une telle reprise en plan cession (paralyse des clauses de préemption, transfert imposé des contrats « fournisseur », transfert des contrats de travail, etc.).
4. Com. 10, fév. 2021, n° 19-15369.

La délicate couverture des risques pénaux par les garanties de passif

Le principe de personnalité des peines s'oppose à ce qu'une personne soit indemnisée des conséquences de sa propre responsabilité pénale. Les risques de nature pénale ne peuvent ainsi être couverts par une garantie donnant lieu à indemnisation entre les mains de la cible. En revanche, rien ne s'oppose à ce que les risques de nature pénale au niveau de la cible donnent lieu à une indemnisation entre les mains de l'acquéreur.

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

Depuis l'introduction en droit français du principe de responsabilité pénale des personnes morales, le risque de condamnation pénale est venu compléter la palette des risques pouvant naître à l'occasion de l'exploitation d'une société. Dans le contexte d'une opération d'acquisition ou de cession de société, la question de la couverture de ces risques par une garantie de passif se pose donc avec acuité, compte tenu du montant potentiellement élevé des condamnations éventuelles. Certains acquéreurs, notamment étrangers attachent une importance toute particulière à cette matière et à ses conséquences, qui doivent donc être examinées à l'occasion de la discussion d'une convention de garantie.

La question de la couverture du risque pénale par une garantie de passif se heurte cependant au principe d'ordre public de personnalité des peines, posé à l'article 121-1 du Code pénal qui dispose que « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». Il en effet traditionnellement jugé que le risque pénal n'est pas assurable¹ et ne peut pas plus être garanti².

Pour autant, l'essentiel des garanties de passif prend la forme d'une réduction de prix, notamment pour des motifs d'ordre

« Les risques de nature pénale peuvent ainsi être couverts par une garantie sous réserve que le bénéficiaire en soit uniquement l'acquéreur et non la cible. »

fiscal. Or, une garantie par voie de réduction de prix conduisant à indemniser l'acquéreur et non la société cible, ne heurte pas le principe de responsabilité des peines puisque ce n'est pas l'entité condamnée qui perçoit l'indemnisation.

Risques pénaux et garantie

Les risques de nature pénale peuvent ainsi être couverts par une garantie sous réserve que le bénéficiaire en soit uniquement l'acquéreur et non la cible.

Cette question est d'autant plus importante que les risques de nature pénale sont de natures diverses et peuvent avoir des montants significatifs. Ces risques peuvent par exemple découler de condamnations en matière fiscale, sociale, de concurrence (le montant d'une condamnation au titre d'une entente anti-concurrentielle peut être considérable), en matière de RGPD, en matière de compliance, etc.

Le sujet est d'autant plus important qu'un arrêt récent de la Chambre criminelle de la Cour de cassation³ consacre le principe de transmissibilité des passifs de nature pénale dans le cadre de fusion absorption, validant au passage la possibilité de les garantir conventionnellement.

Ceci étant acté, la question se pose maintenant de la détermination du montant de l'indemnisation. Si le sujet ne semble pas très délicat en présence d'une amende dont le montant est monétaire, il n'en va pas de même en présence d'autres types de condamnations, comme des affichages de sanctions, des cessations d'activités, des fermetures d'établissement, etc. dont le préjudice n'est pas évident à évaluer.

Les risques de nature pénale peuvent aussi rendre nécessaire une adaptation des limitations économiques et temporelles de la garantie. Ainsi, la durée de prescription en matière pénale, qui est généralement plus longue que la durée usuelle des garanties, pourra rendre nécessaire une adaptation de cette durée. De même, les condamnations pénales pouvant prendre une ampleur très importante, la question d'un plafond spécifique ou d'une exception au plafond pourra se poser. ■



Par **Benoît Gomel**, avocat conseil en corporate/fusions & acquisitions. Il intervient dans le cadre d'opérations de fusion-acquisition de sociétés, de capital-investissement, de restructuration et de private equity.
benoit.gomel@cms-fl.com

1. Cass. civ., 21 juin 1960, RGAT 1961, p 53.
2. Cass. civ., 20 février 1882, DP 1882.1.232.
3. Cass. crim., 25 novembre 2020, n°18-86.955 FS-PBI : BRDA 24/20 inf. 24.

La prescription de la responsabilité pénale

Le revirement de jurisprudence opéré en matière de transfert de la responsabilité pénale de l'absorbée vers l'absorbante¹ souligne l'importance qu'il y a, dans les opérations d'audit pré-fusion, à ne pas perdre de vue les règles applicables à la prescription de la responsabilité pénale. Ce d'autant plus que si l'absorbante ne peut être, selon l'arrêt du 25 novembre 2020, condamnée qu'à des peines d'amendes et de confiscations pour des infractions commises par l'absorbée (transmission universelle de patrimoine oblige selon la Cour), ce sont potentiellement toutes les infractions, sans distinction, qui sont visées par l'arrêt. En laissant de côté la question de la computation du délai qui n'appelle pas d'observations ici (calculé de quantième à quantième pour expirer le dernier jour à minuit²), deux rappels peuvent être effectués.

Doublement des délais de prescription

Le premier concerne les délais de droit commun applicables à la prescription de l'action publique qui ont été doublés par la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale (les contraventions

restent assujetties à la prescription d'un an). Est ainsi portée à 20 ans la prescription de l'action publique en matière de crimes et à six ans celle des délits (CPP, art. 7, al. 1 et 8, al. 1), contre 10 et trois ans auparavant, étant rappelé que ces nouveaux délais sont d'application immédiate aux prescriptions non encore acquises (C. pén., art. 112-2, 4°), soit, concrètement, aux infractions commises avant l'entrée en vigueur de la loi (1-3-2017) mais non prescrites.

Vigilance sur le point de départ de la prescription

Le second rappel est relatif au point de départ de la prescription. La loi n° 2017-242 a sur ce point consacré l'essentiel de la jurisprudence antérieure. En principe, c'est au jour de la commission de l'infraction que court le délai de prescription, de sorte qu'il est en théorie possible de mesurer le risque de condamnation de l'absorbante lié à d'éventuelles infractions commises par l'absorbée.

Mais, pour trois raisons au moins, les choses peuvent être plus complexes. D'abord, la nature de l'infraction influe sur le point de départ du délai. Par

exemple, pour une infraction instantanée la prescription court à compter du jour où les faits sont commis, tandis que pour une infraction continue elle ne court qu'à compter du jour où elle a cessé : en matière de recel, au jour où le receleur se dessaisit de la chose³.

Ensuite, le cours de la prescription est suspendu, en cas, notamment, d'« obstacle de fait insurmontable et assimilable à la force majeure » (CPP, art. 9-3, consacrant Ass. Plén., 7-11-2014, n°14-83739).

Enfin et surtout, s'agissant des infractions occultes ou dissimulées, c'est-à-dire qui ne peuvent être connues ni de la victime ni de l'autorité judiciaire, la prescription ne court qu'« à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique » (CPP, art. 9-1, al. 2, sans excéder un délai butoir, par ex. 12 ans pour les délits). Tel le cas en matière d'ABS, où la prescription court en principe au jour de la présentation des comptes annuels dans lesquels figurent les dépenses mises indûment à la charge de la société, mais est retardée en cas de dissimulation, au jour de sa révélation, par exemple lorsqu'un système opaque de facturation de prestations fictives n'est révélé que par la transmission du dossier d'instruction au parquet⁴. De même, pour les pratiques commerciales trompeuses, il est jugé que la prescription court du jour où les victimes sont mises en mesure de constater la fausseté du contenu d'une publicité en vue de la souscription à un produit financier⁵. ■

« Le revirement de jurisprudence opéré en matière de transfert de la responsabilité pénale de l'absorbée vers l'absorbante (...) souligne l'importance qu'il y a, dans les opérations d'audit pré-fusion, à ne pas perdre de vue les règles applicables à la prescription de la responsabilité pénale. »



Par **Julien Delvallée**, of counsel au sein de la doctrine juridique et maître de conférences à l'Université Paris-Saclay. Il intervient en droit des sociétés, droit commercial et droit des obligations.
julien.delvallee@cms-fl.com

1. *Crim.*, 25-11-2020, n° 18-86.955.
2. *Crim.*, 9-1-2018, n° 16-86735.
3. *Crim.*, 6-5-2009, n°08-84107.
4. *Crim.*, 6-11-2019, n°17-87150.
5. *Crim.*, 3-12-2019, n°18-86317.

Organisation matricielle : attention à la responsabilité pénale de la société-mère

Depuis quelques années, certains groupes de sociétés, souvent internationaux, ont mis en place des organisations dites matricielles.

Ces organisations, dénuées de personnalité juridique, font fi des structures juridiques existantes, en dépit du principe d'autonomie des personnes morales, en leur superposant une organisation transversale, dans laquelle des liens hiérarchiques sont créés entre des salariés appartenant à des personnes morales certes affiliées mais juridiquement indépendantes. Il existe alors au sein de l'entreprise une sorte de double hiérarchie : celle résultant des structures juridiques stricto sensu (hiérarchie interne standard) et celle résultant de l'organisation matricielle transverse (les fameuses « *matrix organisation* », « *dotted lines* » ou encore « *Area* », « *Business Unit* » ou encore « *Business Group* » composées de salariés appartenant à des entités juridiques différentes, le plus souvent implantées dans différents pays), dite hiérarchie groupe.

Une organisation optimisée...

L'objectif de ces organisations – motivées par des soucis louables et compréhensibles de recherche d'efficacité – consiste essentiellement à conférer à certains acteurs clefs du groupe (appelés « *matrix managers* ») – mandataires sociaux ou salariés - (RH ou CFO par exemple) d'une part un droit à l'information auprès de certains salariés des sociétés affiliées qui sont pour leur part tenus à une obligation de reporting périodique et d'autre part le pouvoir de donner des instructions à certains de ces salariés dans des domaines spécifiques (e.g. RH, finance-comptabilité etc.).

Au-delà des questions de droit du travail (e.g. co-emploi) et de droit des sociétés (e.g. direction de fait) que ces organisations peuvent susciter, se pose tout spécifiquement celle de la responsabilité pénale. En effet, aux termes de l'article 121-2 alinéa 1^{er} du Code pénal, les personnes morales sont responsables pénalement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs « organes ou représentants ». Dans les organisations traditionnelles, la notion d'organes ou de représentants conduit naturellement à se tourner vers les organes sociaux et représentants légaux de la personne morale. Mais qu'en est-il dans une organisation matricielle ?

... Mais non dénuée de risque

Dans un arrêt du 16 juin 2021 n° 20-83098, la Chambre criminelle a pris le parti de tirer pleinement les conséquences d'une organisation matricielle, en jugeant que la société-mère d'un groupe était pénalement responsable d'un délit commis par les salariés d'une filiale (en l'occurrence des faits de corruption). Les juges ont en effet considéré que l'organisation matricielle mise en place par le groupe et les missions transversales qui lui avaient été

confiées avaient fait de ces salariés des « représentants de fait » de la société-mère au sens de l'article L.121-2 du Code pénal et ce même en l'absence de tout lien juridique entre cette société mère et ces salariés et de toute délégation de pouvoirs à leur profit.

Dans les groupes internationaux avec le développement des postes de dimension transnationale, pour lesquels tant les frontières géographiques que juridiques sont effacées, il peut être tentant de mettre en œuvre des structures matricielles transversales, permettant à des salariés d'entités juridiques différentes et de pays différents de travailler ensemble comme s'ils appartenaient tous à une seule et même entreprise. Mais au-delà de ce schéma d'organisation du travail, il est indispensable de bien mesurer toutes les conséquences juridiques qu'une telle approche organisationnelle peut avoir et le cas échéant de prendre des mesures adéquates telles que la mise en place de délégations de pouvoir exonératoires de responsabilité (si les conditions sont réunies). Or, ces conséquences sont très souvent méconnues ou sous-estimées. En ce sens, l'arrêt de la Chambre Criminelle constitue un sérieux rappel. ■

« Ces organisations, dénuées de personnalité juridique, font fi des structures juridiques existantes, en dépit du principe d'autonomie des personnes morales, en leur superposant une organisation transversale(...) »



Par **Caroline Froger-Michon**, avocat associé en droit du travail et protection sociale. Elle conseille de grands groupes français et internationaux, notamment dans le cadre de problématiques relatives aux restructurations et aux aspects sociaux des opérations de fusion-acquisition.
caroline.froger-michon@cms-fl.com



Et **Benoît Provost**, avocat associé en corporate/fusions & acquisitions. Il intervient notamment en matière d'opérations de réorganisation, tant en soutien de groupes français et internationaux que dans le cadre de détournages pré-acquisitions et de restructurations post-acquisitions.
benoit.provost@cms-fl.com

Les enjeux de la responsabilité des administrateurs

Dans les sociétés anonymes, les administrateurs sont responsables, individuellement ou solidairement, envers la société ou les tiers, des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, des violations des statuts ou des fautes commises dans leur gestion (article L.225-251 du Code de commerce).

S'il est légalement possible d'engager la responsabilité des administrateurs, il est difficile de connaître la fréquence de cette mise en cause car ce sujet fait l'objet de peu de publicité, même si, dans le cadre de sociétés cotées, la responsabilité des administrateurs est de plus en plus souvent évoquée et médiatisée.

Quand la responsabilité des administrateurs est engagée

Ainsi, en septembre 2018, à la suite de la proposition de rachat du réassureur Scor par l'assureur Covéa, en rejetant l'offre, le PDG de Scor reprochait à celui de Covéa, dont la société est actionnaire de Scor à hauteur de 8 %, d'avoir profité de sa qualité d'administrateur et d'avoir utilisé des informations confidentielles. En novembre 2020, le tribunal de commerce de Paris jugeait que le PDG de Covéa avait violé ses obligations légales et fiduciaires d'administrateur en transmettant à sa société des documents confidentiels de Scor afin de favoriser la mise en œuvre par Covéa d'un projet non sollicité de prise de contrôle. Il avait engagé sa responsabilité en violant les engagements qu'il avait contractés à titre personnel en tant qu'administrateur en matière de conflit d'intérêts, confidentialité et loyauté.

Quelques mois plus tard, dans le cadre de la bataille que se livraient Suez et Veolia, le conseil d'administration de Suez déci-

« S'il est légalement possible d'engager la responsabilité des administrateurs, il est difficile de connaître la fréquence de leur mise en cause car ce sujet fait l'objet de peu de publicité (...). »

dait, afin de contrer le projet de rachat de Veolia, d'isoler l'activité Eau France dans une Fondation aux Pays-Bas, ce qui rendait Suez Eau France inaccessible pour quatre ans. Le PDG de Veolia déclarait alors vouloir adresser à chaque administrateur une mise en demeure, afin qu'il indique le sens de son vote, et qu'il déclencherait ensuite une action en responsabilité contre les administrateurs ayant voté favorablement, afin de leur réclamer le paiement solidaire de la réparation du préjudice financier lié à l'irréversibilité de la fondation. Quelques mois après, à la suite de rumeurs de cession, le PDG de Veolia annonçait qu'il n'hésiterait pas à mettre en cause la responsabilité individuelle des administrateurs de Suez en cas de cession d'actifs stratégiques qui aboutiraient à un appauvrissement de la société, invoquant la défense de l'intérêt

social de la société et des parties prenantes.

Quel rôle pour les actionnaires ?

En mars dernier, sous la pression de certains actionnaires, le PDG de Danone renonçait à son poste de directeur général avant d'être, quelques jours plus tard, évincé de la Présidence du Conseil. Sans aller jusqu'à évoquer une éventuelle mise en cause de la responsabilité des administrateurs, préalablement à l'assemblée générale, un groupe d'actionnaires demandait l'inscription à l'ordre du jour d'un point demandant à chaque administrateur de présenter aux actionnaires sa vision stratégique, sa position sur le maintien du statut d'entreprise à mission, son approche des sujets environnementaux, son opinion sur la gouvernance de la société et la séparation des pouvoirs de direction. En réponse, le conseil a rappelé qu'il est un organe collégial ce qui fait obstacle à toute prise de position individuelle publique.

Afin de se prémunir contre toute action de mise en cause de sa responsabilité, lorsqu'un administrateur est en désaccord avec une décision prise par le conseil, il doit veiller à pouvoir démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision et en demandant que ceci figure expressément au procès-verbal. ■



Par **Véronique Bruneau Bayard**, avocat conseil en corporate/fusions & acquisitions. Elle intervient plus particulièrement sur les sujets de gouvernance, compliance, éthique, gestion des risques et RSE. veronique.bruneau-bayard@cms-fl.com

« Management packages » : le Conseil d'Etat se prononce sur leurs modalités d'imposition

Par trois décisions rendues le 13 juillet dernier¹, le Conseil d'Etat, en formation plénière, s'est prononcé sur le traitement fiscal de gains issus de certains schémas de « management package » et provenant, pour deux des affaires, de la cession de bons de souscription d'actions (BSA) et, pour la troisième, de la cession d'actions issues de l'exercice d'options. Dans ces dossiers, l'administration fiscale avait remis en cause le traitement des plus-values sur titres initialement appliqué par le cédant pour y substituer celui des salaires.

Dans ses arrêts, le Conseil d'Etat distingue les gains susceptibles d'être réalisés lors des étapes successives du « management package ».

Le Conseil d'Etat traite tout d'abord de l'acquisition ou la souscription d'option d'achat ou de BSA en indiquant que si une telle opération est réalisée sur la base d'un prix préférentiel au regard de la valeur réelle de l'option ou du bon à la date de son acquisition ou souscription, cela est de nature à révéler l'existence d'un avantage à concurrence de la différence entre le prix acquitté et cette valeur. Lorsqu'il trouve essentiellement sa source dans l'exercice de fonctions de dirigeant ou de salarié, un tel avantage est alors imposable, au titre de l'année d'acquisition ou de souscription des options ou BSA, dans la catégorie des salaires.

Quels sont les différents gains réalisés ?

C'est ensuite le gain réalisé lors de l'exercice des options² ou bons, lors de

la cession des titres issus des options ou lors de la cession des BSA, qu'examine le Conseil d'Etat, après avoir clairement souligné l'absence de lien entre la nature de ce gain ultérieur et le caractère préférentiel (le cas échéant) du prix d'acquisition/souscription des bons ou options.

– Concernant le gain d'exercice correspondant à la différence entre la valeur réelle des actions à la date de levée d'option ou d'exercice du bon et le prix d'achat³, il constitue un gain réalisé dès la levée de l'option et taxable suivant les règles des salaires s'il trouve essentiellement sa source dans l'exercice d'une fonction de dirigeant ou de salarié⁴. On notera que dans l'affaire concernée⁵, le Conseil d'Etat annule l'arrêt d'appel qui, pour écarter la qualification de salaires, avait relevé que le cédant supportait un risque de perte à raison de l'indemnité d'immobilisation de 15 000 euros qu'il avait versée.

– Concernant les gains nets de cession de BSA⁶, il est rappelé qu'ils sont en principe imposables suivant le régime des plus-values de cession de titres, y compris lorsque les bons ont été ac-

quis ou souscrits auprès d'une société dont le contribuable était dirigeant ou salarié, ou auprès d'une société du même groupe. Mais le juge de cassation ajoute qu'il en va autrement lorsque, eu égard aux conditions de sa réalisation, le gain doit être regardé comme acquis en contrepartie de fonctions de salarié ou de dirigeant : il constitue alors un revenu imposable dans la catégorie des salaires. Dans l'une des affaires⁷, le Conseil d'Etat s'est notamment fondé, pour valider ce traitement, sur les termes du contrat de souscription des bons qui faisaient ressortir que les BSA étaient le support d'un mécanisme de partage de plus-value. Dans l'autre affaire⁸, l'arrêt précise que la qualification de plus-value sur titres doit être écartée lorsque le cédant bénéficie d'un mécanisme lui garantissant le prix de cession de ses bons dans des conditions constituant une contrepartie de l'exercice de ses fonctions de dirigeant ou salarié.

Ces décisions permettent, dans une certaine mesure, d'appréhender de manière plus claire la méthode de qualification des gains réalisés dans des situations telles que celles qui étaient soumises au Conseil d'Etat. Mais elles laissent aussi posées des questions au premier rang desquelles figure celle de leur portée au sujet des « management packages » structurés de manière différente. Concernant les situations soumises au Conseil d'Etat, deux des affaires font l'objet d'un renvoi en appel et on surveillera avec attention l'application concrète qui sera faite par les cours de la grille d'analyse ainsi fixée par la Haute juridiction. ■

« Dans ses arrêts, le Conseil d'Etat distingue les gains susceptibles d'être réalisés lors des étapes successives du « management package ». »



Par **Matias Labé**, avocat associé en fiscalité. Il intervient dans le cadre d'opérations transactionnelles et accompagne notamment les acteurs du private equity concernant les aspects fiscaux de leurs structurations d'investissement.
matias.labe@cms-fl.com

1. CE Plén. 13 juillet 2021, n°428506, 435452, et 437498.

2. Hors, comme le spécifie bien le Conseil d'Etat, régime des stock-options tel que prévu par les articles L. 225-177 à L. 225-186 du code de commerce.

3. Majoré le cas échéant, comme le précise le Conseil d'Etat, du montant acquitté pour acquérir l'option ainsi que de l'avantage éventuellement imposé au titre du caractère préférentiel du prix d'acquisition/souscription.

4. Le Conseil d'Etat mentionne que lorsque l'action est cédée dans des délais tels que sa valeur réelle n'a pas évolué depuis la levée d'option, l'administration est fondée à imposer l'intégralité de l'écart entre le prix de cession et le prix d'achat dans la catégorie des salaires.

5. N°428506.

6. Tenant compte, indique le Conseil d'Etat, de l'avantage ayant été éventuellement imposé au titre du caractère préférentiel du prix d'acquisition/souscription.

7. N° 435452.

8. N°437498.

Fusion et transfert de déficits de holding : une ouverture pour les holdings animatrices

Jusqu'alors, la notion de société holding animatrice avait surtout fait l'objet de développements dans le cadre de régimes fiscaux tels que le Dutreil-transmission ou encore le dispositif Carrez. Cette approche pouvait tôt ou tard rejallir sur les problématiques de transfert de déficits.

Ainsi, la cour administrative d'appel de Paris a répondu de manière positive à la question de savoir si l'absorption d'une société holding animatrice pouvait ouvrir droit au transfert sur agrément des déficits de cette dernière (CAA Paris 8 juin 2021 n° 19PA01476, 19PA01475, 19PA01430, 19PA01429, 19PA01428, 19PA01427, 19PA01426, 19PA01425, 19PA01424, 18PA03915 et 18PA03711). Ces arrêts, que l'on se doit de saluer, méritent d'être brièvement analysés, du fait de leurs implications pratiques.

A titre liminaire, il convient de rappeler que, par le passé, les déficits générés par une holding pure pouvaient être transférés de plein droit, sur agrément préalable, à la société absorbante, toutes autres conditions devant être remplies par ailleurs (CE 19 sept. 2014 n° 362345). Toutefois, pour les exercices clos à compter du 4 juillet 2012 (art. 15 de la loi n°2012-958), le législateur a conditionné l'agrément à ce que « les déficits et intérêts susceptibles d'être transférés ne proviennent ni de la gestion d'un patrimoine mobilier par des sociétés dont l'actif est principalement composé de participations financières dans d'autres sociétés ou groupements assimilés ni de la gestion d'un patrimoine immobilier » (CGI, art. 209, II-d). En d'autres termes, et à la lecture des travaux préparatoires de la loi, « L'objectif [de cet ajout] est d'exclure de

« L'agrément de droit pour le transfert de l'ensemble des déficits doit pouvoir être envisagé dans l'hypothèse d'absorption d'une société holding animatrice. »

l'agrément le transfert des déficits des holdings financières [càd., les holdings pures], dont il n'est pas déraisonnable de croire que certaines peuvent faire partie des sociétés actives sur les marchés de déficits ».

Le transfert sur agrément de droit des déficits des holdings animatrices peut désormais être envisagé...

Mais, en pratique, la fonction d'une holding peut aller au-delà de la simple détention de participations. C'est notamment le cas lorsque, outre la gestion d'un portefeuille de participations, la société participe activement à la conduite de la politique d'un groupe et au contrôle de ses filiales, tout en fournissant, le cas échéant, des services à ses filiales (administratifs ou financiers par exemple). C'est dans cette hypothèse qu'une holding peut se voir qualifiée d'animatrice (voir, en ce sens, CE plén. 13 juin 2018 n° 395495 à propos de l'ancien abatte-

ment renforcé sur cession de titres pour départ en retraite).

Ainsi, pour la CAA de Paris, compte tenu de ce que (i) le législateur avait seulement entendu exclure de l'agrément les holdings financières (càd., pures) et dès lors que (ii) les holdings animatrices ne peuvent être assimilées à ce premier type de sociétés, l'agrément de droit pour le transfert de l'ensemble des déficits doit pouvoir être envisagé dans l'hypothèse d'absorption d'une société holding animatrice.

... sous réserve des discussions à venir avec l'administration fiscale

Nous n'avons pas connaissance de pourvois formés contre ces arrêts et il reste à espérer que l'administration en tire les conséquences. Toutefois, si ces arrêts peuvent laisser espérer une fenêtre d'opportunité jusqu'alors fermée dans le cadre des restructurations, des obstacles subsistent néanmoins. Il sera ainsi toujours exigé du contribuable qu'il apporte une preuve objective de l'animation, au travers d'un faisceau d'indices qui auront dû être dûment documentés. En outre, eu égard aux pratiques de l'Administration dans le cadre des demandes de transfert de déficits, il est plus que vraisemblable qu'une discussion s'ouvrira sur le quantum des déficits et, plus particulièrement, sur les charges effectivement rattachables à l'activité d'animation de la holding. ■



Par **Johann Roc'h**, avocat associé en fiscalité. Il intervient en matière de private equity dans les opérations de financement et d'acquisition dans un contexte international. Il intervient également en matière de fiscalité des entreprises pour une clientèle de groupes internationaux.
johann.roch@cms-fl.com



Et **Maxime Carpentier**, fiscaliste. Il intervient tant en matière de fiscalité des entreprises et groupes de sociétés qu'en fiscalité des transactions.
maxime.carpentier@cms-fl.com

Réforme des procédures collectives, la lutte des classes aura-t-elle lieu ?

La grande nouveauté, introduite par l'ordonnance 2021-1193 du 15 septembre dernier portant réforme du Livre VI du Code de commerce, notamment via la transposition de la Directive (EU) 2019/1023 « relative aux cadres de restructuration préventive [...] », est la substitution des classes de parties affectées aux comités de créanciers.

L'idée sous-jacente est de faciliter l'adoption de plans permettant de sauvegarder les intérêts des créanciers « dans la monnaie » et d'éviter des stratégies de guérilla de créanciers hors de celle-ci. Louable, l'intention ne diffère toutefois pas de celle ayant présidé en 2005 à l'introduction des comités précités.

Toutefois, cette institution renouvelée de-

meurera réservée aux plus importantes procédures collectives car son application obligatoire est soumise à la satisfaction de seuils en chiffre d'affaires et en salariés¹. Quant à son application facultative, toujours possible, elle dépendra de la volonté du débiteur de se « frotter » aux règles nouvelles qui impliqueront nécessairement des risques de contentieux et, c'est à craindre, des coûts supplémentaires d'étude et de rationalisation du mapping des parties affectées.

Deux foyers de risques et de coûts seront à surveiller : la constitution par l'administrateur judiciaire des classes de parties affectées homogènes, ainsi que le test de la valeur liquidative qui impose que dans le cas, probable, où une classe serait « mal-

traitée » par le projet de plan, ses malheurs demeurent moindres que ceux qu'elle subirait en cas de liquidation judiciaire. Sur ce dernier point, la référence sera fixée par « la valeur du débiteur en tant qu'entreprise en activité ». Or, chacun connaît la difficulté d'apprécier la valeur d'une entreprise et mesurera les difficultés probablement soulevées ici.

A n'en pas douter, l'avenir s'annonce passionnant, espérons toutefois qu'il conduira vers le rebond des entreprises plutôt que vers les prétoires ! ■

1. 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net ou 40 millions d'euros de chiffre d'affaires net.



Par **Alexandre Bastos**, avocat associé, responsable de l'activité Restructuring-Insolvency. Il intervient sur l'ensemble des problématiques liées au traitement des difficultés des entreprises, tant en conseil qu'en contentieux.
alexandre.bastos@cms-fl.com



Et **Guillaume Bouté**, avocat conseil, docteur en droit, membre de l'équipe Restructuring. Il intervient au support de tous les acteurs confrontés aux problématiques liées aux difficultés des entreprises.
guillaume.boute@cms-fl.com

CMS Francis Lefebvre

2 rue Ancelle 92522 Neuilly-sur-Seine Cedex
T +33 1 47 38 55 00
cms.law/fl

 [linkedin.com/company/cms-francis-lefebvre-avocats](https://www.linkedin.com/company/cms-francis-lefebvre-avocats)

 @cms_fl

Option Finance

Supplément du numéro 1625 du Lundi 11 octobre 2021
Option Finance - 10, rue Pergolèse 75016 Paris -
Tél. 01 53 63 55 55

SAS au capital de 2 043 312 € RCB Paris 343256327 -
Directeur de la publication : Jean-Guillaume d'Ornano
Service abonnements : 10, rue Pergolèse 75016 Paris -
Tél. 01 53 63 55 58 Fax : 01 53 63 55 60 -

Email : abonnement@optionfinance.fr

Impression : Megatop - Naintre - Origine du papier :

Glückstadt, (Allemagne) - Taux de fibres recyclées : 100 %,
Certification PEFC, Impact sur l'eau Ptot : 0,004 kg/tonne -
N° commission paritaire : 0922 T 83896

