



Entreprise & expertise

Juridique



Par Benoît Charrière-Bournazel,
avocat associé, DS Avocats

Loi Sapin 2 : des incidences importantes sur la gouvernance et les fusions-acquisitions

A l'issue d'importants travaux législatifs et constitutionnels, la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite «loi Sapin 2») a finalement été publiée au Journal officiel du 10 décembre 2016¹. Cette loi a de réelles incidences sur la gouvernance des entreprises et leurs opérations de fusions-acquisitions. Quelles sont-elles ?

1. Renforcement de la lutte contre la corruption et mise en place de mesures anticorruption

La loi Sapin 2 soumet nos entreprises à des règles nationales conformes aux bonnes pratiques internationales de lutte contre la corruption en prévoyant la mise en place en leur sein d'un programme de lutte contre la corruption à compter du 1^{er} juin 2017. Désormais, les dirigeants des entreprises employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou

mêmes conditions d'effectif et de chiffres d'affaires.

L'article 17 (II) de la loi Sapin 2 prescrit sept mesures principales : un code de conduite², un dispositif d'alerte interne, une cartographie des risques³, des procédures d'évaluation, des procédures de contrôles comptables⁴, un dispositif de formation ainsi qu'un régime de sanction disciplinaire.

2. Respect des mesures anticorruption

L'Agence française anticorruption, instaurée par la loi Sapin 2, pourra, de sa propre initiative ou à la demande du ministre de

la Justice ou du ministre chargé du Budget, contrôler le respect de ces mesures.

En cas de manquement constaté, et après avoir mis la personne concernée en mesure de présenter ses observations, l'Agence pourra adresser un avertissement aux représentants de l'entreprise. La commission des

La loi Sapin 2 prescrit sept mesures principales de lutte contre la corruption : un code de conduite, un dispositif d'alerte interne, une cartographie des risques, des procédures d'évaluation, des procédures de contrôles comptables, un dispositif de formation ainsi qu'un régime de sanction disciplinaire.

le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros devront mettre en place des mesures internes de prévention et de détection de faits de corruption ou de trafic d'influence.

Sont également compris dans le champ d'application de cette loi, les dirigeants des établissements publics à caractère industriel ou commercial (EPIC) appartenant ou non à un groupe public et les membres du directoire des sociétés anonymes répondant aux

sanctions de l'Agence pourra aussi enjoindre à l'entreprise et à ses représentants d'adapter les procédures, selon les recommandations qu'elle leur adressera et éventuellement prononcer une sanction pécuniaire dont le montant ne peut excéder 200000 euros pour les personnes physiques et un million d'euros pour les personnes morales.

Grande nouveauté inspirée de la procédure américaine dite de «de-



ferred prosecution agreement», l'article 22 de la loi Sapin 2 permet à une personne morale mise en cause pour certains délits de corruption ou de trafic d'influence de conclure une convention judiciaire d'intérêt public lui imposant de verser une amende au Trésor public et de suivre un «programme de mise en conformité» en échange de l'abandon des poursuites.

Cette loi renforce également la protection des lanceurs d'alerte et étend l'extraterritorialité de la loi pénale afin de faciliter la poursuite de faits de corruption d'un agent public étranger et crée l'infraction de trafic d'influence d'agent public étranger.

3. Mesures de transparence et de simplification de la gouvernance

En sus de la mise en place de programmes de conformité, la loi introduit un certain nombre de mesures destinées à simplifier la gouvernance et renforce la transparence des sociétés commerciales.

La loi introduit un nouvel article L. 225-37-2 du Code de commerce qui crée un dispositif d'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées. Désormais, leurs assemblées générales d'actionnaires devront chaque année et lors de toute modification approuver les principes et les critères de détermination, de répartition et d'attribution des éléments fixes, variables et exceptionnels composant la rémunération totale et les avantages de toute nature attribuables aux dirigeants à raison de leur mandat.

Concernant les formalités relatives à l'apport d'un fonds de commerce, la loi dispense de certaines indications dans l'acte d'apport ainsi que de l'avis au Bodacc, et supprime l'exigence du visa de la comptabilité. La loi supprime également l'obligation d'intervention du commissaire aux apports lors de la constitution d'une SAS ou d'une EURL et lors des augmentations de capital par apport en nature dans une SARL.

Dans les sociétés anonymes, la loi simplifie la procédure de retrait des fonds déposés en cas de défaut d'immatriculation d'une société et supprime l'autorisation préalable du conseil de surveillance pour la cession d'immeubles par nature, la cession totale ou partielle de participations ou la constitution de sûretés, etc.

La loi autorise enfin le gouvernement à prendre par ordonnance, d'ici à la fin de l'année 2017, d'autres mesures de simplification et de clarification visant par exemple à alléger le contenu des rapports de gestion, à favoriser le recours exclusif aux moyens de visioconférence ou de télécommunication, à simplifier le régime des conventions réglementées au sein des SASU et à supprimer l'exigence d'un accord unanime des associés d'une SAS pour adopter ou modifier une clause d'agrément.

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants prévue par l'article L. 651-2 du Code de commerce est désormais écartée en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société.

4. Incidences de la loi sur les opérations de fusions-acquisitions

Dans le contexte d'une acquisition, l'acheteur potentiel devra s'as-

surer tout au long de l'opération que la société cible est en conformité avec la législation en matière de lutte contre la corruption et les obligations de transparence.

L'acheteur devra inclure le respect des nouvelles mesures dans le cadre de son audit. Si des risques de non-conformité sont identifiés, l'acheteur pourra exiger en amont que le cédant y remédie avant la réalisation de l'opération ou négocier une réduction ou un ajustement de prix et des garanties et indemnités spécifiques.

A l'issue de l'opération, il conviendra également de vérifier si l'acquisition entraîne pour la société et le groupe de sociétés concernés un franchissement des seuils de 500 salariés et de 100 millions d'euros de chiffre d'affaires au-delà desquels la société ou le groupe, et toutes les sociétés le composant, seront soumis aux mesures anticorruption.

A noter qu'en cas de fusion ou de scission, la loi prévoit également que les droits de vote double dans des sociétés tierces dont bénéficie la société absorbée ou la société scindée sont maintenus au profit de la société absorbante ou de la société bénéficiaire de la scission ou selon le cas au profit de la société nouvelle résultant de l'opération.

En lien avec la loi Sapin 2, une proposition de loi relative au «devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses

Dans le contexte d'une acquisition, l'acheteur potentiel devra s'assurer tout au long de l'opération que la société cible est en conformité avec la législation en matière de lutte contre la corruption et les obligations de transparence.

d'ordres» est actuellement en discussion. Cette loi devrait voir le jour dès le début de cette année et obliger les sociétés qui emploient depuis deux ans plus de cinq mille salariés en leur sein et dans leurs filiales et dont le siège social est en France à établir et mettre en œuvre un plan de vigilance.

Les sociétés concernées devront être vigilantes à l'égard de leurs partenaires, sous-traitants, fournisseurs, filiales ou cibles d'acquisition afin d'empêcher la survenance de drames en France et à l'étranger et d'obtenir réparation pour les victimes en cas de dommages portant atteinte aux droits humains et à l'environnement. L'évolution législative récente en matière de corruption et bientôt de vigilance est un enjeu nouveau et majeur pour un grand nombre d'entreprises qui doivent rapidement se conformer à ces nouvelles obligations et en prendre la mesure dans le cadre de leur gouvernance et de leurs opérations de fusion-acquisition. ■

1. Loi n° 2016-1691, 9 déc. 2016, JO 10 déc.; Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC

2. Ce code de conduite est intégré au règlement intérieur de l'entreprise et doit faire l'objet, à ce titre, de la procédure de consultation des représentants du personnel prévue à l'article L. 1321-4 du Code du travail.

3. En fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels l'entreprise exerce son activité.

4. Ces contrôles peuvent être réalisés soit par les services de contrôle comptable et financier propres à l'entreprise, soit en ayant recours à un auditeur externe à l'occasion de l'accomplissement des audits de certification de comptes prévus à l'article L. 823-9 du Code de commerce.