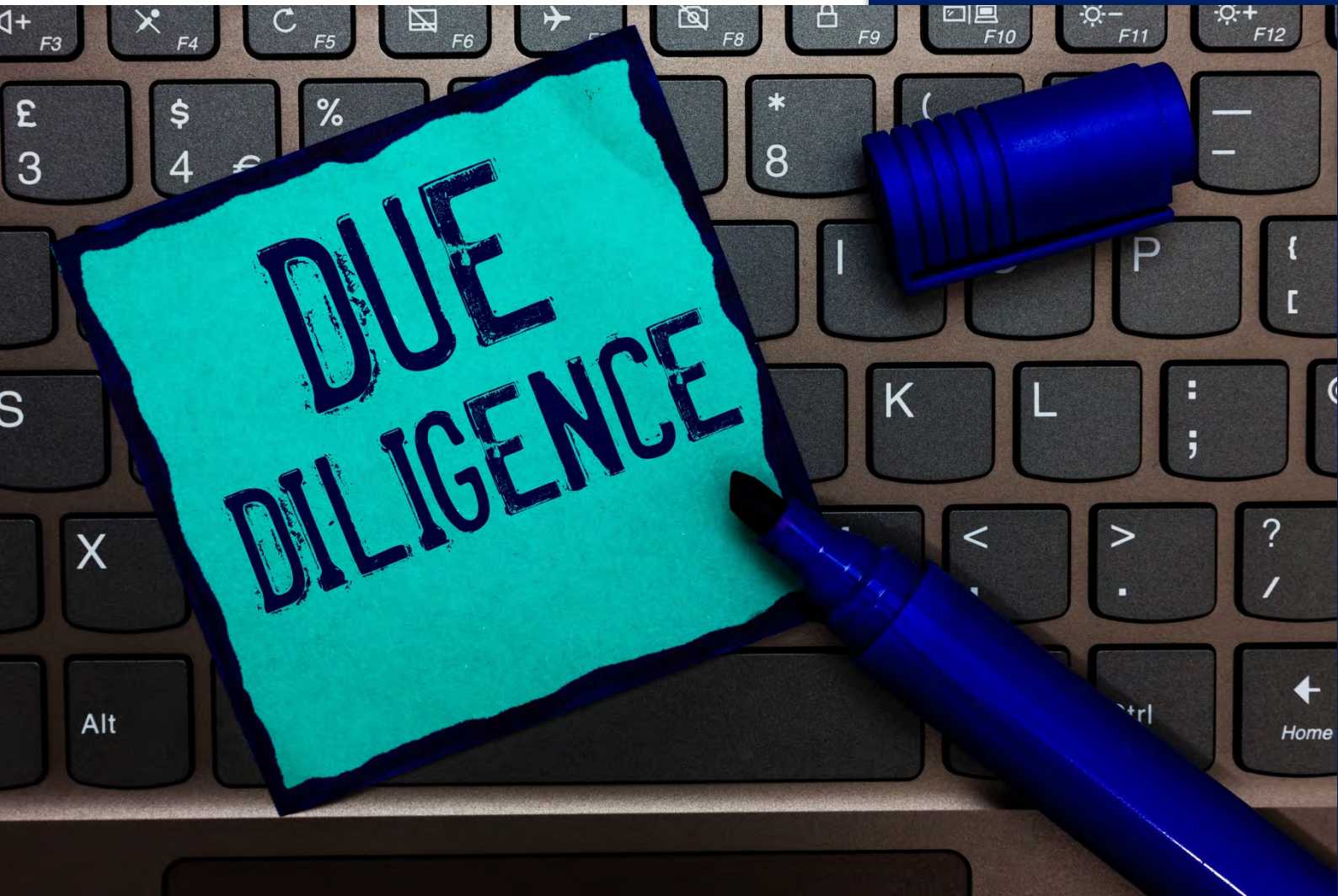


COMPLIANCE

COMPLIANCE



Les audits de compliance dans les fusions acquisitions

Jean-Yves TROCHON, Senior Advisor EY, Administrateur d'honneur de l'AFJE
George Fife, associé EY, Forensic & Integrity Services (FIS)



SOMMAIRE

Présentation	3
1. Introduction.....	3
2. Les due diligence	3
CHAPITRE 1 : Les enjeux des audits de compliance	5
3. Identifier les risques	6
Section 1 : La cartographie des risques encourus	7
4. Risque pénal	7
5. Risque contractuel.....	7
6. Risque financier	8
7. Risque opérationnel	8
8. Risque de réputation	9
Section 2 : Position des autorités	9
9. Department of Justice (DOJ) et Agence française anticorruption (AFA).....	9
10. Position du DoJ.....	10
11. Position de l'Agence française anticorruption	11
12. Autres juridictions	12
Section 3 : Différences d'appréciation selon les situations	12
13. Du signing au closing	12
Sous-section 1 : Le point de vue du vendeur	13
14. Négociation	13
Sous-section 2 : Le point de vue de l'acquéreur	14
15. Objectifs de l'acquéreur	14
Sous-section 3 : Le cas des joint-ventures ou des fusions entre égaux	14
16. Due diligences d'intégrité croisées.....	15
CHAPITRE 2 : Les audits post-closing de compliance et d'intégrité	16
17. Des audits plus approfondis	17
Section 1 : Délais et champs d'application	17
Sous-section 1 : Délais	17
18. Délai post-closing	17
Sous-section 2 : Champ d'application	18
19. Champ d'application de l'audit	18

Section 2 : Mise en œuvre	19
20. Principes et outils de l'audit post-closing.....	19
Section 3 : La phase d'intégration	21
21. Adapter l'organisation au programme de compliance	21
22. Cartographie des risques.....	21
23. Développer une culture de la compliance	21
CHAPITRE 3 : Les conséquences de l'audit de compliance et d'intégrité ..	22
24. Constat de l'audit	23
Section 1 : Mesures de remédiation	23
25. Violation de règles, lois ou normes de compliance : que faire ?	23
Section 2 : Reporting et coopération éventuelle avec les autorités	24
26. Autorités françaises.....	24
27. Autorités américaines	24
28. Position AFA et PNF.....	25
29. Une décision de management ?.....	26

Présentation

1. Introduction

■ Les fusions-acquisitions constituent l'un des enjeux les plus stratégiques pour un groupe car elles permettent d'accélérer sa croissance en achetant des sociétés présentes sur d'autres marchés ou qui ont développé des produits innovants, qu'il s'agisse de concurrents ou au contraire d'activités de diversification.

Outre les acquisitions, la constitution de sociétés communes (« Joint-Venture », JV) constitue également un vecteur de croissance, notamment lorsqu'il s'agit de prendre pied sur certains marchés avec un acteur local et de « tester » l'intérêt stratégique d'une présence durable. C'est pourquoi les pactes d'actionnaires sont généralement assortis de clauses de rachat ou de vente des parts du capital de la JV.

On peut également mentionner les cas de fusions dites entre égaux, ces « mega deals » censés permettre la création de valeur actionnariale au travers de mirifiques synergies, mais, qui dans les faits, ne sont pas toujours au rendez-vous.

Enfin, on mentionnera le cas des investissements réalisés par les fonds de private equity dont le dynamisme ne se dément pas (© G FIFE, Y-a-t-il un loup ? La compliance pour sécuriser les investissements des Private Equity, Private Equity Magazine, Juin 2019).

Tout projet de fusion-acquisition est nécessairement assorti de clauses de confidentialité très strictes, tant l'impact de la moindre rumeur peut être désastreux, notamment sur le cours de bourse.

2. Les due diligence

■ Ces opérations donnent lieu à des travaux de due diligence permettant, en premier lieu, de déterminer la valeur d'acquisition de la cible, ou les parités d'échange en cas de fusion. Par ailleurs, les due diligences ont vocation à permettre de négocier des clauses de garanties (« representations & warranties ») et le cas échéant de révision du prix.

Force est de constater que, jusqu'à une date récente, les due diligences (ou audits d'acquisitions) n'intégraient qu'insuffisamment les risques de compliance et d'intégrité, et notamment ceux concernant la corruption, le blanchiment, le financement du terrorisme, les sanctions embargos, le contrôle des exportations, la protection des données personnelles ou encore les violations des droits de l'homme.

Remarque : cette étude retient indifféremment les termes due diligence, audits et vérifications, car dans la pratique il est constaté qu'ils sont le plus souvent utilisés de manière indistincte pour traduire une même réalité. Les termes « compliance » et « intégrité » seront utilisés pour englober tous les risques des sujets relevant du programme de compliance et dont la survenance pourrait avoir un impact significatif sur la valorisation et/ou la réputation de l'entreprise.

Or, sous l'action conjuguée des régulateurs et des autorités judiciaires, de l'opinion publique et des médias, l'ampleur de ces risques est devenue potentiellement considérable, sur les plans financiers, juridique et médiatique.

En outre, de nombreux projets de fusions-acquisitions récents n'ont pas abouti compte tenu des risques identifiés par l'acquéreur, ou, lorsqu'ils ont abouti, ont conduit à des renégociations, changements de contrôle et/ou de management de la cible à la suite d'un audit post-acquisition ou de la révélation par les médias de scandales d'intégrité (supposés ou avérés). Parfois, il s'en est même suivi une forme de déstabilisation des entreprises concernées.

Dès lors, les autorités judiciaires (et de régulation) dans le monde s'efforcent désormais de donner des orientations claires aux entreprises et celles-ci se doivent d'adapter leurs pratiques de due diligence aux risques de compliance et d'intégrité, dont la survenance est susceptible d'effacer une partie très importante de la valeur actionnariale.

CHAPITRE 1 : Les enjeux des audits de compliance



3. Identifier les risques

■ L'acquéreur doit en principe avoir établi une cartographie de ses risques de corruption conformément à l'article 17 de la loi Sapin 2, s'il y est soumis. Dans le cas contraire, il serait particulièrement bien avisé d'en établir une, surtout s'il procède à des acquisitions dans des pays peu matures sur le plan de l'intégrité.

Une telle cartographie lui permettra en effet d'identifier rapidement les points de contrôle essentiels lors de la due diligence et l'audit de compliance.

D'autres cartographies des risques pourront guider l'entreprise dans l'identification et l'analyse des risques de la cible, notamment le plan de vigilance établi conformément à la loi relative au devoir de vigilance en ce qui concerne les risques en matière sociale et environnementale et relatifs aux droits de l'homme et à la corruption.

De même, une analyse en amont de la déclaration de reporting extra-financière, des politiques appliquées, y compris des procédures de due diligences raisonnables, et des résultats de ces politiques, pourront fournir de précieuses informations sur les principaux risques extra-financiers de la cible.

Remarque : sur les nouvelles obligations en matière de reporting extra-financier, v. Guide MEDEF, «Reporting RSE, déclaration de performance extrafinancière, les nouvelles dispositions légales et réglementaires» www.entreprises-responsables.com.

Section 1 : La cartographie des risques encourus

4. Risque pénal

■ Si la cible est entachée de faits de corruption, et que ceux-ci venaient à être révélés (par exemple du fait d'un changement de management ou dans le cadre d'un différend commercial ou politique), l'acquéreur pourrait être tenu pénalement responsable des agissements de la cible si les faits se sont poursuivis.

En revanche, tel ne serait pas le cas si les faits sont strictement antérieurs à l'acquisition et ne se sont pas prolongés. Dans tous les cas, les dirigeants de la cible de l'époque risqueraient d'être également inquiétés.

En cas de fusion absorption de la cible, la responsabilité pénale de la cible s'éteindrait et ne pourrait pas s'étendre à l'acquéreur et ses dirigeants, en vertu de l'article L. 121-1 du code pénal (« nul n'est responsable que de son seul fait »)

En revanche, les droits de l'Union européenne et d'autres États dans le monde permettent, sous certaines conditions, d'imputer la responsabilité pénale des faits de corruption de la cible à l'acquéreur.

Remarque : ainsi, le FCPA Ressource Guide du DoJ et de la SEC publié en 2012 indique que « d'une manière générale, lorsqu'une société fusionne ou acquiert une autre société, la société remplaçante assume les responsabilités de la société remplacée... et les violations du FCPA ne font pas exception à cette règle » (as a general matter, when a company merges with or acquires another company, the successor company assumes the predecessor's company's liabilities... and FCPA violations are no exceptions).

5. Risque contractuel

■ Dans l'hypothèse où un ou plusieurs contrats auraient été obtenus ou exécutés au moyen de pots de vins ou de trafic d'influence, le contractant serait en droit de résilier le contrat et d'exiger des pénalités contractuelles.

Autre exemple, la découverte ultérieure d'activités conduites en violation des règles en matière de sanctions et d'embargos dans une filiale du groupe de la cible pourrait avoir un impact significatif sur l'économie initiale de la transaction.

Le plus grand risque à cet égard est celui de l'exclusion des marchés publics, suite à une condamnation en matière de corruption ou de cartels, assortie d'une sanction médiatique (« name and shame »). Or une telle décision pourrait survenir plusieurs années après

l'acquisition, rendant inopérant l'argument selon lequel le marché avait été attribué à l'époque à la cible (et non à l'acquéreur).

6. Risque financier

■ Les conséquences de la découverte de faits de corruption ou d'autres violations des réglementations en matière d'intégrité devront être assumées par l'acquéreur, sauf à ce qu'il ait pu négocier une clause spécifique dans le contrat.

En effet, les faits imputés à la cible, qu'elle ait été ou non absorbée, constitueront un passif dans le patrimoine de la cible, ou de l'entité fusionnée (amendes, dommages et intérêts, etc.)

Ainsi, en cas de sinistre majeur du fait de la survenance d'un ou de plusieurs risques d'intégrité (par ex. en cas de paiement d'amendes suite à une enquête de corruption internationale ou de condamnation pour des pratiques de cartels non révélées), la situation de trésorerie, l'EBITDA ou encore la valeur boursière de la nouvelle entité pourraient s'en trouver durablement affectés.

Remarque : le bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciation et amortissement (BAIIDA) ou, en anglais, earnings before interest, taxes, depreciation, and amortization (EBITDA) désigne le bénéfice d'une société avant que n'en soient soustraits les intérêts, les impôts et taxes, les dotations aux amortissements et les provisions sur immobilisations (mais après dotations aux provisions sur stocks et créances clients).

On mentionnera aussi les risques d'exclusions de certains financements, comme c'est le cas si les faits de corruption ont concerné des marchés ayant bénéficié de financements d'institutions financières multilatérales (ex. Banque mondiale).

7. Risque opérationnel

■ L'entreprise acquise (la cible) a vocation à être intégrée au sein du groupe de l'acquéreur. Cette intégration suppose que leurs pratiques opérationnelles soient bien alignées, d'autant plus en cas de maintien des équipes de management de la cible.

L'enjeu est d'autant plus important s'agissant d'une entreprise opérant dans une multitude de pays si l'environnement de contrôle en matière de risques d'intégrité n'était pas aussi rigoureux que celui du groupe de l'acquéreur. Compte tenu de l'impact pour le groupe de

l'acquéreur ainsi élargi, la prise en compte de la culture d'intégrité de l'entreprise cible est essentielle.

8. Risque de réputation

■ Autre risque, et non des moindres, celui qui pourrait survenir en cas de divulgation dans la presse de violations alléguées d'obligations en matière d'intégrité.

Selon certaines études, le facteur « réputation » représente environ un tiers de la valeur boursière des entreprises, et la dimension éthique/RSE de ce facteur y contribue de manière très significative.

Ce risque est d'autant plus difficile à maîtriser qu'il peut concerner des faits susceptibles de constituer des infractions aux lois et réglementations mais aussi des comportements contraires aux attentes des parties prenantes en matière d'intégrité même lorsque les sanctions par les autorités judiciaires locales sont faibles ou nulles (notamment dans les États dont les règles de gouvernance publique et de justice sont faibles).

Ce risque d'atteinte à la réputation pourrait ainsi survenir à l'occasion de l'ouverture d'une enquête judiciaire, mais aussi en cas de fuite plus ou moins organisée qui viserait à nuire à tel ou tel acteur de l'opération ou même chercher à déstabiliser le groupe résultant de la fusion.

À cet égard, il est de la responsabilité des ONG et des médias de ne pas surenchérir sur des allégations parfois orientées de manière cynique, notamment par des concurrents ou une partie à l'opération en vue de déstabiliser l'autre partie et de pousser son avantage dans la prise de contrôle managériale du nouvel ensemble.

❖ Section 2 : Position des autorités

9. Department of Justice (DOJ) et Agence française anticorruption (AFA)

■ Les autorités judiciaires et de régulation considèrent généralement que l'entreprise qui en acquiert une autre doit réaliser des vérifications destinées à s'assurer que l'entreprise cible (ou partenaire dans les cas de JV) a conduit ses activités antérieurement à l'opération dans des conditions conformes aux lois et réglementations applicables à ses opérations, notamment dans des pays particulièrement exposés à la corruption.

Conscientes que la due diligence d'acquisition ne permet que rarement de procéder à un véritable audit d'intégrité avant la finalisation de l'opération (« closing »), elles considèrent donc que le point névralgique des vérifications devra la plupart du temps intervenir après le closing.

10. Position du DoJ

■ Le DoJ américain a ainsi indiqué récemment qu'il renoncerait à poursuivre, au travers de «declination letters », les acquéreurs qui, suite à une acquisition, auront (© DoJ press release, Deputy Assistant Attorney General M. S. Miner Remarks at the American Conference Institute 9th Global Forum on Anti-Corruption Compliance in High Risks Markets, 25 juill. 2018) :

- identifié et porté à la connaissance du DoJ de manière volontaire les faits de corruption ;
- réalisé une investigation interne approfondie ;
- pleinement coopéré avec le DoJ, au travers notamment d'interviews avec les personnes concernées transmises au DoJ ;
- amélioré le programme de compliance et les mesures de contrôle interne de la cible ;
- sanctionné les personnes impliquées dans les faits de corruption révélés ;
- accepté de payer un montant correspondant au profit indu réalisé par les faits de corruption révélés (« disgorgement »).

Or, sur la base du FCPA Ressources Guide, cette renonciation à poursuites n'est évoquée que comme une possibilité, justifiant aux yeux du DoJ un engagement plus ferme afin de donner la sécurité juridique nécessaire aux entreprises.

Remarque : le guide indique que « la divulgation volontaire, la réalisation d'une due diligence et la mise en œuvre d'un programme de compliance efficace par l'acquéreur sont également de nature à réduire la probabilité d'une action judiciaire pour des faits commis antérieurement à l'acquisition, lorsqu'une due diligence pre-closing n'a pas pu être réalisée. Le DoJ accordera une réduction d'amende significative aux entreprises qui auront entrepris de telles actions et, selon les circonstances, il pourra même décider de ne pas engager de poursuites». (a successor company's voluntary disclosure, appropriate due diligence, and implementation of an effective compliance program may also decrease the likelihood of an enforcement action regarding an acquired company post acquisition conduct when pre acquisition due diligence is not possible. The DoJ will give meaningful credit to companies who undertake actions and in appropriate circumstances, DoJ may consequently decline to bring enforcement actions).

La position du DoJ est d'autant plus importante que l'effet extraterritorial du FCPA permet potentiellement au DoJ de se saisir de dossiers même lorsque les entreprises concernées ne

sont pas des entreprises américaines dès lors qu'il existe un lien de rattachement américain (« nexus ») dans l'opération (par exemple si l'une des entreprises a une filiale aux États-Unis).

Remarque : sur la dimension stratégique des fusions-acquisitions réalisées dans le contexte de la guerre économique et la nécessaire protection des entreprises françaises contre l'effet extra-territorial des lois US, voir le rapport Gauvain.

11. Position de l'Agence française anticorruption

■ L'AFA a publié, en avril 2019, un projet de guide intitulé « Les vérifications anticorruption dans le cadre des fusions acquisitions ».

Ce guide s'inspire largement de la pratique du DoJ et part du constat d'un « manque de sensibilisation des entreprises sur l'importance de vérifier l'intégrité de la société cible ainsi que le cas échéant l'efficacité de son dispositif anticorruption ».

En effet, non seulement il ne s'agit pas encore d'une pratique de place systématisée mais la loi Sapin 2 n'impose pas aux entreprises de réaliser de due diligences d'intégrité sur ses partenaires (l'article 17 n'évoque que les « clients, fournisseurs et intermédiaires »).

Or, dans les faits, les risques consécutifs aux acquisitions (notamment lorsque les opérations s'étendent à des pays dits « à risque ») sont la plupart du temps identifiés au sein des cartographies des risques comme très significatifs. À cet égard, à mesure que les cartographies des risques Sapin 2 vont se déployer, les mesures de contrôle nécessaires pour mieux maîtriser les risques bruts devraient intensifier les vérifications anticorruption, et plus généralement les due diligences et audits d'intégrité.

Remarque: les entreprises peuvent se référer à l'indice de perception publié annuellement par Transparency International, même s'il existe d'autres indicateurs permettant d'estimer (sinon de mesurer) le degré de corruption d'un pays. À titre d'indication, un index TI inférieur à 35 est considéré par certains organismes de certification comme le signe d'un pays où la corruption est endémique.

Selon l'AFA, la réalisation de vérifications anticorruption (évaluation de l'intégrité de la cible et évaluation du dispositif de conformité) présente trois avantages :

- faire cesser les agissements délictueux et ainsi prévenir la mise en cause de la responsabilité pénale de la société pour des faits commis postérieurement à l'opération ;
- permettre de dénoncer les agissements détectés en cas de changement de direction, sous réserve que les faits soient suffisamment étayés ;

- ajuster, le cas échéant, dans les meilleurs délais, son dispositif de conformité.

12. Autres juridictions

■ Sans prétendre à une étude comparée, il est possible d'affirmer que ces pratiques irriguent aujourd'hui la plupart des juridictions.

Ainsi, selon G. Bégranger, « le droit de la conformité anticorruption est substantiellement proche d'un pays à un autre, car, dégagé de la pratique, il s'est diffusé des États-Unis à l'Europe sans subir de grandes variations au fond. Le caractère juridiquement non contraignant de ces normes, dans la très grande majorité des pays, facilite en outre leur internationalisation. Il existe ainsi en pratique une convergence sur la nature des vérifications anticorruption attendues. Une telle harmonisation est source de sécurité juridique pour les entreprises».

(G. Bégranger, Directeur Adjoint de l'Agence Anticorruption, in *Revue Internationale de la Compliance et de l'éthique des affaires*, juin 2019, n° 3).

❖ Section 3 : Différences d'appréciation selon les situations

13. Du signing au closing

■ Les fusions-acquisitions revêtent de nombreuses formes. Si l'objet de cette étude n'est pas de passer en revue toutes les situations possibles, il peut être intéressant de mentionner le point de vue du vendeur, de l'acquéreur, et les JV (© J. Y. TROCHON, J. M. AMBROSI, J. M. LONCLE, *Pratique des négociations dans les fusions-acquisitions* : EFE, 2010).

De manière générale, les due diligences d'intégrité porteront sur les différents sujets identifiés comme des risques d'intégrité (ou éthique et compliance), en fonction des facteurs de risques propres à la cible (secteur d'activité, modèle d'affaires, organisation, pays d'intervention...)

Plus le processus de cession organisé par le vendeur sera compétitif, associant plusieurs acquéreurs potentiels, moins ces derniers disposeront de pouvoir de négociation pour obtenir les informations nécessaires à la réalisation d'une due diligence approfondie d'intégrité. Le plus souvent, la phase dite de due diligence « preclosing » se concentrera donc sur les aspects contractuels et financiers nécessaires à l'évaluation de la cible.

- Sous-section 1 : Le point de vue du vendeur

14. Négociation

■ Le vendeur (actionnaire de la société cible) doit s'assurer que la négociation ne donnera lieu :

- ni à des demandes de déclarations, garanties et indemnités déraisonnables. Ainsi, il cherchera à réduire le champ et l'étendue des garanties et aura intérêt à divulguer, en regard des déclarations et garanties, des informations (disclosures) permettant de limiter leur mise en jeu, pour autant que ces informations ne soient pas de nature à remettre en cause le deal ;
- ni à des risques de remise en cause de la transaction après le closing (ou même entre le signing et le closing) ;

Remarque : la pratique distingue le signing, qui engage les parties de manière irrévocable et inconditionnelle, sous réserve de la réalisation de conditions suspensives telles que notamment l'obtention des autorisations des autorités de concurrence, et le closing, qui permet le transfert effectif de la propriété de la société cible à l'acquéreur moyennant paiement du prix convenu. On voit mal en effet qu'une clause permette l'annulation du contrat « postclosing » ;

- ni à l'accès inconditionnel et illimité par les équipes de l'acquéreur potentiel à des informations sensibles sur le plan commercial et stratégique. À cet égard les règles en matière de droit des concentrations sont extrêmement strictes et rendent impossible l'échange d'informations de nature concurrentielle jusqu'à la réalisation du closing (© Déc. Commission européenne, 24 avr. 2018, no M.7993 du 24 avril 2018, sur le fondement de la théorie dite du « gun jumping », qui prohibe, entre autres comportements, l'échange d'informations sensibles avant la réalisation du closing, sauf le cas échéant au travers de « clean teams »).

Remarque : ainsi, les situations les plus délicates susceptibles de constituer des faits de corruption (ex. contrats d'intermédiaires, dossiers d'appels d'offres, contrats complexes dans des pays à risque, etc.) ne pourront jamais être mises à disposition des équipes des acquéreurs potentiels.

- dès lors, le vendeur devra s'assurer que les équipes de négociation du ou des acquéreurs ne puissent pas rentrer en contact avec les équipes de management de la cible, sauf les personnes le cas échéant nommément désignées.

En revanche, il sera de son intérêt de conduire une « due diligence vendeur » avec ses propres conseils afin de fournir aux acquéreurs potentiels un rapport de due diligence en amont de la négociation.

Enfin, il peut être logique de la part du vendeur de procéder à une due diligence sur les activités de l'acquéreur lui-même s'il souhaite s'assurer que les activités de la cible seront cédées à un groupe dont les standards d'intégrité sont au moins équivalents aux siens. En effet, on pense trop souvent à tort que les risques d'intégrité sont plus du ressort de la cible, alors même que la problématique peut être inversée.

- Sous-section 2 : Le point de vue de l'acquéreur

15. Objectifs de l'acquéreur

■ L'acquéreur aura les objectifs suivants, en regard de ce qui précède :

- obtenir le maximum d'informations concernant les opérations, la gouvernance et le programme de compliance de la cible (lorsqu'il existe) ;

Remarque : en effet, l'obligation de mettre en place un programme de compliance n'existe que dans quelques pays (France, UK, Brésil...) mais dans la plupart des pays il s'agit encore de bonnes pratiques importées par les multinationales présentes.

- obtenir les garanties les plus étendues au regard de la conduite des affaires de la cible, en essayant de faire peser le maximum de risques sur le vendeur dans le cadre du contrat de cession ;
- conduire une due diligence aussi approfondie que possible sur les pratiques de la cible, au travers de revues de contrats, interviews avec le management (y compris les équipes locales);
- détecter en vue de remédier aux éventuelles faiblesses du programme d'intégrité de la cible et aux faits de corruption éventuels.

C'est dans ce cadre que vont s'inscrire les due diligences et audits pre-closing et post-closing.

- Sous-section 3 : Le cas des joint-ventures ou des fusions entre égaux

16. Due diligences d'intégrité croisées

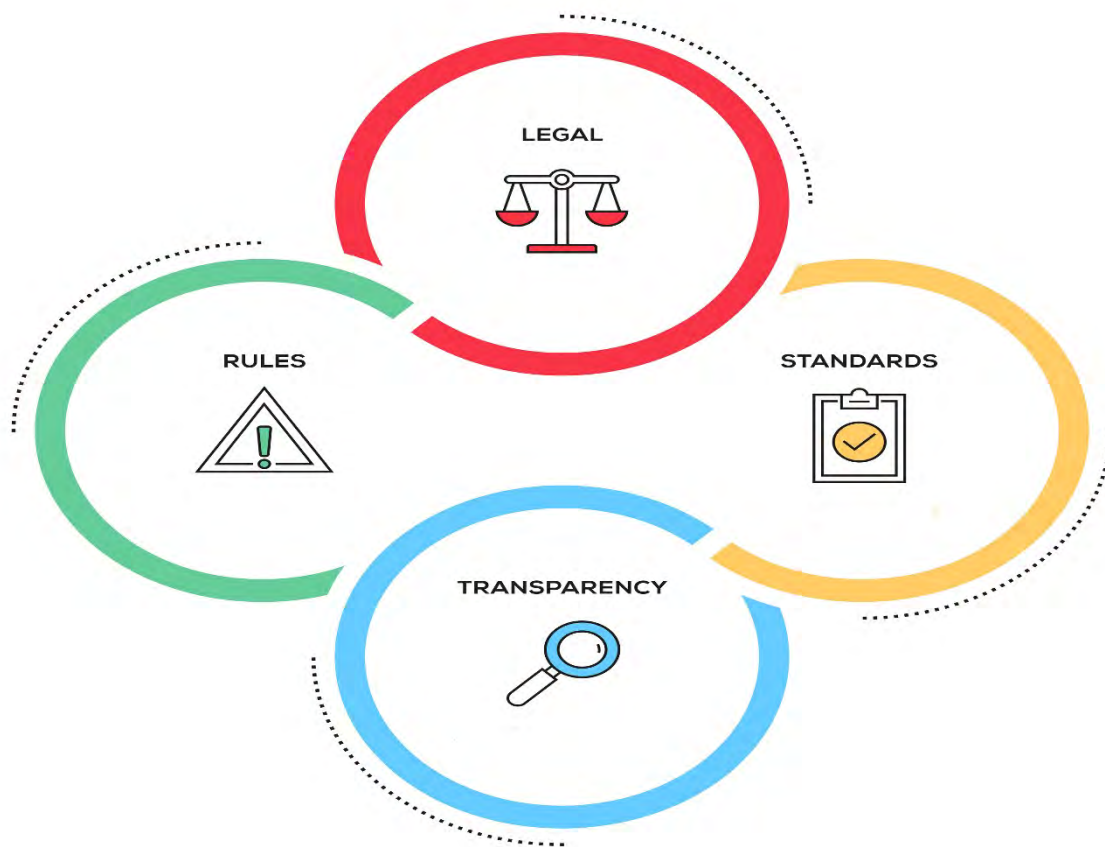
- De nombreuses opérations ne sont pas conçues d'emblée comme des acquisitions donnant lieu à changement de contrôle.

C'est le cas notamment des sociétés communes à contrôle conjoint, dénommées joint-ventures (JV).

Dans ce cas, les actionnaires respectifs des entités susceptibles d'être ainsi regroupées devraient en principe faire l'objet de due diligences d'intégrité croisées.

Remarque : on renverra donc à ce qui est dit ci-dessus, chaque actionnaire étant à la fois vendeur et acquéreur.

CHAPITRE 2 : Les audits post-closing de compliance et d'intégrité



17. Des audits plus approfondis

■ Après avoir évoqué les due diligences antérieures au closing, on se concentrera à présent sur les audits de compliance dits « audits post-closing », par nature plus approfondis dans la mesure où l'acquéreur dispose du contrôle effectif de la cible.

En effet, si les faiblesses du dispositif anticorruption peuvent être constatées dans la phase de pré-acquisition, au travers des due diligences d'intégrité, il en va différemment de l'identification des soupçons ou des faits de corruption, notamment du fait de l'accès limité à l'intégralité des données de la société-cible, le refus de cette dernière de mener une enquête forensic approfondie, ou la situation de « conflits d'intérêts » potentiels dans laquelle peuvent se trouver certains dirigeants de la société-cible.

❖ Section 1 : Délais et champs d'application

▪ Sous-section 1 : Délais

18. Délai post-closing

■ L'acquéreur doit s'assurer dès que possible après le closing, que les opérations passées de la société cible n'ont pas été affectées par des faits de nature à l'exposer à des risques significatifs en matière de compliance et d'intégrité.

La question du délai pour réaliser cet audit dépend du périmètre du groupe (notamment en fonction des pays d'intervention de la cible), de l'accès aux données, de la disponibilité des équipes locales et de la présence des personnes concernées par certaines opérations relativement anciennes.

Les autorités considèrent que cet audit doit être réalisé aussi rapidement que possible après le closing.

REMARQUE : le DoJ a considéré que l'audit devait être conduit dans une période maximale de 6 mois post-closing, et en tout état de cause dans un délai d'un an si ceci s'avérait nécessaire, en définissant précisément le contenu des diligences d'audit et le niveau de coopération attendu avec le DoJ (© DOJ opinion 0-02, 13 juin 2008, Halliburton. Dans cette affaire, le DoJ a défini dans un programme étagé dans le temps les différentes étapes de cet audit).

- Sous-section 2 : Champ d'application

19. Champ d'application de l'audit

■ Le champ d'application de l'audit post-closing portera sur l'ensemble des risques en matière de compliance et d'intégrité auxquels a été exposée la cible antérieurement à l'acquisition.

Un programme d'audit précis aura été établi avant le closing afin de ne pas perdre de temps utile.

Ainsi, certaines entreprises utilisent-elles de manière quasi-systématique une « checklist » enrichie au fur et à mesure des acquisitions afin de déployer au plus vite un programme d'audit.

Ce programme sera fonction de la nature des informations déjà obtenues lors de la due diligence pre-closing, des zones de risques identifiées, et de l'importance de réaliser un certain nombre de vérifications auprès des acteurs du management local les plus proches de l'entreprise du terrain et réellement confrontés à ces risques.

Ainsi, cet audit pourra couvrir notamment les risques suivants :

- corruption y compris trafic d'influence, conflits d'intérêts, favoritisme, fraude fiscale, etc.) ;
- sanctions-embargos, contrôle des exportations ;
- concurrence et consommation (cartels, abus de position dominante, aides d'États, etc.) ;
- risques de compliance liés à la RSE et aux droits de l'homme ;
- LCB/FT pour les entreprises assujetties ;
- données personnelles, cybersécurité, etc.

En ce qui concerne le champ géographique, il faut insister sur l'importance de traiter avec une attention particulière les filiales opérant dans des pays risqués et les « petites filiales », notamment celles ne rentrant pas dans le périmètre de consolidation de la cible, ayant éventuellement fait l'objet d'un moindre degré de contrôle par les équipes en charge du programme de compliance de la cible (s'il en existait un).

REMARQUE : ainsi, les contrats obtenus avec des entités publiques dans certains pays jugés risqués pourront faire l'objet d'attentions particulières.

❖ Section 2 : Mise en œuvre

20. Principes et outils de l'audit post-closing

■ L'audit post-closing en matière de compliance et d'intégrité doit s'appuyer sur un certain nombre de principes et d'outils.

Il se distingue de la phase d'intégration (v. no 21 et s.) et a pour seul objectif de donner une assurance raisonnable au management et aux organes de gouvernance de l'acquéreur que les opérations de la cible au cours des années précédentes (une période de 3 à 5 ans paraît raisonnable à cet égard, sauf circonstances particulières nécessitant un audit sur une période plus longue) ne recèlent pas de risque majeur non détecté lors de la due diligence « preclosing », dans un des domaines mentionnés ci-dessus.

Il permet l'accès à des informations sensibles (notamment données comptables et financières, analyse des transactions, fichiers des tierce-parties, partenaires commerciaux) et aux équipes de management locales dont la coopération est nécessaire pour réaliser un audit efficace. Le niveau de profondeur et les moyens requis pour la mise en œuvre de cet audit post-closing dépendront naturellement de l'analyse des risques effectuée lors de la due diligence pre-closing.

Le recours aux outils d'analyse de données peut permettre d'optimiser l'investigation.

Ces outils permettront d'extraire et d'analyser les données et les preuves électroniques en cas de fraude ou d'irrégularité suspectée.

Pour ce faire, il conviendra notamment :

- de localiser les supports numériques (serveurs, ordinateurs fixes et portables, etc.) susceptibles de contenir les informations pertinentes ;
- d'extraire, de collecter et analyser de larges volumes de données numériques, dans le respect des obligations légales ;
- de mettre en œuvre des tests spécifiques afin de détecter des transactions atypiques ;
- de construire des tableaux de bord et des états de reporting, pouvant être utilisés dans le cadre de comités d'audit, de compliance, conseils d'administrations, etc. ;
- de récupérer des informations numériques corrompues, effacées, cryptées ou protégées ;
- de mettre à disposition les données collectées sur des plateformes sécurisées, pour une revue par les équipes de l'acquéreur ;
- de conduire des due diligences d'intégrité sur les partenaires les plus sensibles de la cible afin de s'assurer de leur adéquation avec les standards de l'acquéreur ;
- en matière antitrust, de s'assurer si nécessaire que les règles prohibant les ententes et abus de position dominantes sont bien respectées, au travers du recours à des analyses économétriques susceptibles de mettre en évidence des indices de collusion;

- de réaliser des tests à partir des contrôles comptables afin de déterminer si les comptes de la cible (ou de ses filiales) ne recèlent pas de faits susceptibles de constituer des faits de corruption ;
- d'organiser les revues de documents (e-mails, fichiers bureautiques) pouvant être effectuées simultanément par différents intervenants sur différents sites, en assurant le niveau de traçabilité requis ;
- de procéder à l'évaluation du fonctionnement effectif du programme de compliance de la cible (© v. Evaluation of Corporate Compliance Programs, avr. 2019, publié par le DOJ) ;
- selon les activités du groupe et l'exposition éventuelle aux lois des Etats-Unis et européennes en matière de sanctions et embargos, un focus particulier pourra être effectué sur ce thème v. (© New OFAC Guidelines on Compliance Programs, Mai 2019).

Lors des entretiens avec les personnes concernées, il convient d'appliquer des standards élevés de respect des droits de la défense, de présomption d'innocence, de respect des données personnelles et d'impartialité des enquêtes.

En effet, l'objet de l'audit post-closing est de préserver la valeur de la cible et mettre en place des mesures correctives efficaces en cas de détection de faits susceptibles de constituer des violations des règles applicables afin de limiter l'exposition aux risques.

Il convient aussi de respecter les choix opérés par la cible sous l'autorité du management et des organes de gouvernance de la cible. À mesure que le temps passe, et que les exigences des régulateurs et des autorités judiciaires se font de plus en plus strictes, la tentation peut être grande de juger certains choix en matière d'organisation ou de gestion des risques de compliance à l'aune des exigences en vigueur lors de l'audit. Une appréciation non pertinente de tels choix peut induire de lourdes conséquences, notamment sur la confiance des équipes de la cible dans la capacité d'intégration de l'acquéreur au sein du groupe ainsi élargi.

C'est pourquoi les mesures de remédiation doivent essentiellement tendre à conformer l'organisation et les décisions du management de la cible à la culture de compliance du nouvel ensemble, même si en cas de non-conformités avérées de ce dernier antérieurement à l'acquisition des sanctions appropriées voire une coopération avec les autorités concernées pourrait s'avérer nécessaire.

❖ Section 3 : La phase d'intégration

21. Adapter l'organisation au programme de compliance

■ La phase d'intégration de la cible repose sur les constats de l'audit de compliance et d'intégrité, même si en pratique elle aura débuté en parallèle de cette dernière.

Il s'agira de prendre les mesures d'organisation indispensables pour adapter l'organisation de la cible au programme de compliance de l'acquéreur, si toutefois ceci est jugé nécessaire.

À cette occasion, l'acquéreur devra s'interroger sur la conception et l'efficacité du programme de compliance de la cible, notamment en ce qui concerne les due diligences d'intégrité des partenaires, et des acquisitions réalisées récemment par la cible, de l'existence d'un code de conduite anti-corruption et de procédures adaptées à la prévention des risques (politiques cadeaux, conflits d'intérêts, lobbying...), d'un programme en matière de sanctions embargos ou encore de l'organisation et du fonctionnement du programme de compliance.

22. Cartographie des risques

■ De même, comme recommandé par l'AFA, il conviendra que l'acquéreur mette à jour sa cartographie des risques de corruption afin d'intégrer (en les cotant et les hiérarchisant) d'autres risques issus de la cible et mette en place les mesures de contrôle jugées nécessaires pour réduire le risque brut à un niveau acceptable, au regard de sa matrice de risques.

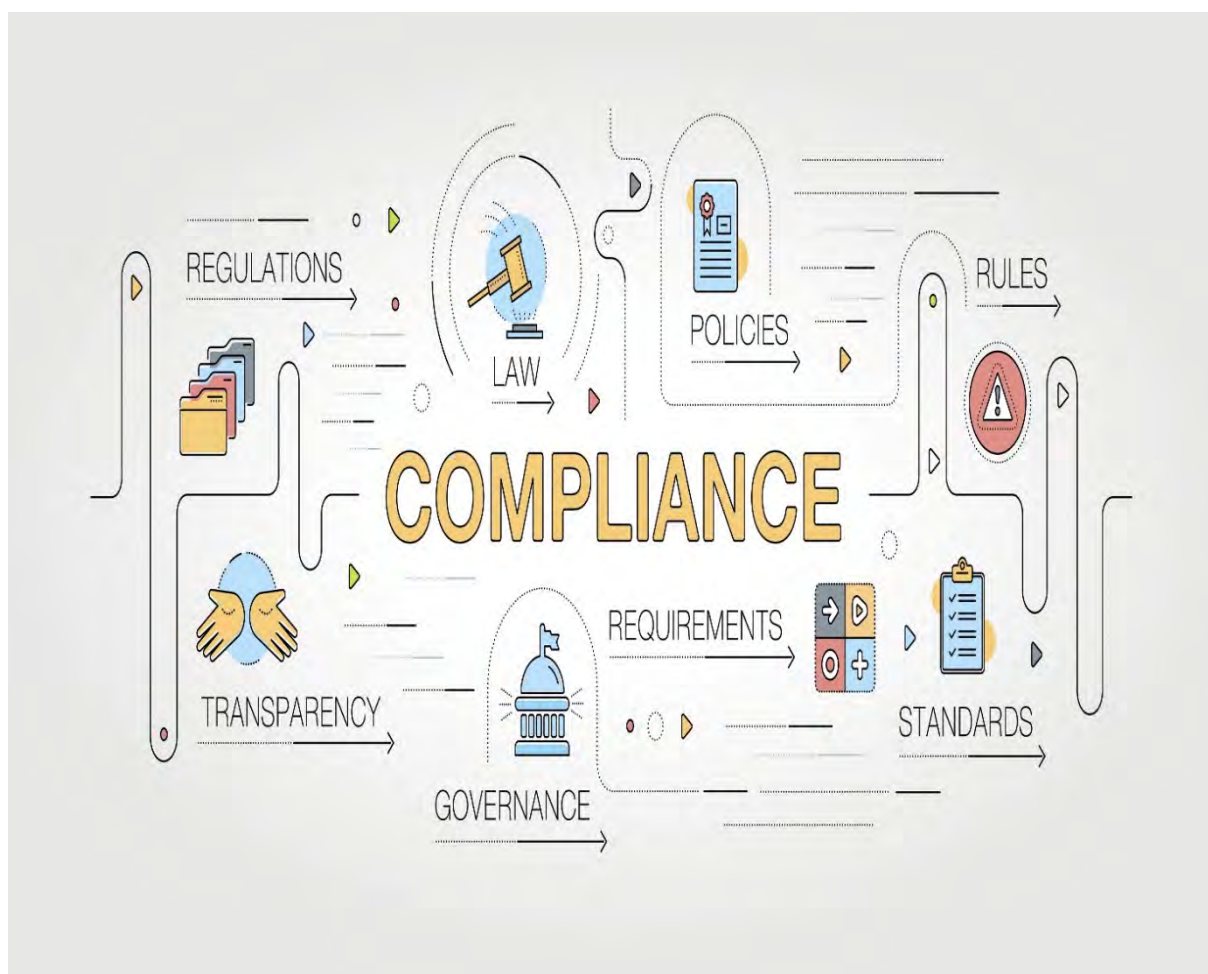
Il est, à cet égard, possible que l'acquéreur adopte certaines bonnes pratiques en vigueur au sein du groupe de la cible et les importe afin de renforcer son propre programme de compliance.

23. Développer une culture de la compliance

■ Une politique d'intégration réussie implique la mise en œuvre d'un programme de formation et de communication du plus haut niveau à l'échelon managérial le plus proche des opérations locales afin de développer une culture de compliance et d'intégrité nécessaire au succès du nouvel ensemble.

À cet égard, l'implication de la fonction compliance de l'acquéreur, travaillant aux côtés de celle de la cible, est un gage de succès de la démarche. Ainsi, le guide de l'AFA d'avril 2019 insiste sur l'implication et la volonté des instances dirigeantes de l'acquéreur mais aussi sur le rôle opérationnel du responsable de la conformité anticorruption, qui doit selon l'AFA être intégré dès le début du projet à l'équipe fusions-acquisitions et rendre compte à l'instance dirigeante pendant tout le processus d'acquisition, y compris la phase d'intégration.

CHAPITRE 3 : Les conséquences de l'audit de compliance et d'intégrité



24. Constat de l'audit

■ À l'issue de l'audit de compliance et d'intégrité, il appartiendra à l'acquéreur de prendre le cas échéant d'éventuelles mesures correctives sur la base d'un plan d'action adapté aux circonstances.

❖ Section 1 : Mesures de remédiation

25. Violation de règles, lois ou normes de compliance : que faire ?

■ En cas de suspicion suffisamment étayée de violation par la cible ou une de ses filiales de règles, lois ou normes de compliance susceptibles d'impacter fortement l'acquéreur, les organes de gouvernance et le management de ce dernier devront décider des mesures correctives adéquates.

À cet égard, si les autorités de régulation dans le monde promeuvent les avantages de la coopération, le choix d'une « autodénonciation » reste l'apanage de l'entreprise qui n'est jamais tenue de révéler de manière volontaire les faits dont elle aurait pu avoir connaissance.

Elle peut librement estimer que le seul fait d'avoir conduit une investigation approfondie, pris les mesures appropriées pour s'assurer que l'infraction a pris fin, intégré la ou les filiales dans un programme de compliance efficace, et pris le cas échéant les sanctions nécessaires à l'encontre des individus auteurs des faits est suffisant.

L'acquéreur pourra, par exemple, considérer que l'impossibilité de pouvoir entendre certaines personnes ayant quitté la cible avant ou lors de l'acquisition rend particulièrement difficile la coopération avec les autorités et que celle-ci sera dès lors vouée à l'échec.

De même, si les faits sont anciens et que la cible avait déjà pris les mesures correctives nécessaires, une prise de contact avec l'autorité pourra paraître peu pertinente à l'acquéreur.

Autre élément important, si les faits n'ont pas conduit à un profit indu (ex. en cas de tentative de corruption non concrétisée par un contrat au profit de la cible), le choix de l'acquéreur pourra être influencé par de telles circonstances.

De même encore, si les faits ne sont guère susceptibles d'être poursuivis par une autorité disposant de pouvoirs de poursuites extraterritoriaux, et que le cas n'est pas « matériel », ce facteur pourra être pris en compte dans l'évaluation finale de la décision.

Il s'agit donc d'une décision éminemment stratégique, appartenant aux plus hautes instances de gouvernance et de management de l'acquéreur.

Néanmoins, il est nécessaire de bien connaître les positions des autorités de régulation (et judiciaires) pour procéder au choix le plus judicieux.

❖ Section 2 : Reporting et coopération éventuelle avec les autorités

26. Autorités françaises

■ De façon générale, les autorités incitent les entreprises à divulguer de manière pro-active tous les faits dont elles ont connaissance et susceptibles de constituer des infractions.

Ceci est vrai à la fois pour les autorités dites « autorités administratives indépendantes » (AAI), les services à compétence nationale ainsi que les autorités judiciaires.

En ce qui concerne les AAI, on mentionnera le programme de clémence de l’Autorité de la concurrence (substantiellement similaire au programme de la Commission européenne) qui permet de réduire les amendes en matière de pratiques de cartels (voire de conférer une immunité totale) sous réserve de conditions strictes :

« Pour bénéficier de cette exonération, il faut que l’entreprise contribue de façon positive au traitement du cas, en particulier en apportant des preuves de l’entente, et qu’elle coopère de façon véritable, totale, permanente et rapide au traitement de l’affaire. Une entreprise demandant la clémence doit fournir à l’Autorité de la concurrence une déclaration qui contribue à établir la réalité d’une pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d’information dont l’Autorité ne disposait pas antérieurement ».

27. Autorités américaines

■ La position du DoJ américain est dans l’ensemble similaire (© Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations, Juill. 2019).

Ainsi, ce dernier a-t’il publié un document dans lequel il indique, notamment, qu’en application des US Federal Sentencing Guidelines, une société qui découvre l’existence d’un cartel en application d’un programme de compliance efficace pourra bénéficier du programme de clémence si elle révèle les faits de manière volontaire et coopère avec le DoJ, mais qu’a contrario, les lignes directrices sur la détermination de la peine indiquent clairement qu’une réduction de peine pour un programme de conformité efficace ne s’applique pas dans les cas où il y a eu un retard déraisonnable dans le signalement de la conduite illégale au gouvernement.

28. Position AFA et PNF

■ L'Agence française anticorruption (AFA) et le Parquet national financier (PNF) encouragent de la même manière la coopération volontaire en matière de faits de corruption et appliquent une politique pénale substantiellement similaire à celle des autorités de concurrence.

Ainsi, les deux autorités ont-elles publié un document commun intitulé « Lignes Directrices sur la mise en œuvre de la Convention Judiciaire d'Intérêt Public (« CJIP ») » le 27 juin 2019 dans lequel elles précisent les conditions requises pour qu'une entreprise puisse demander le bénéfice d'une CJIP, notamment si à l'occasion d'une acquisition elle découvrait des faits constitutifs d'une infraction en matière de corruption.

Les lignes directrices précisent notamment que :

- si en droit, l'initiative revient au parquet de proposer une CJIP, la société peut faire connaître au PRF (Procureur de la République financier) son souhait de bénéficier de ce mécanisme transactionnel;
- la société doit avoir recueilli un niveau suffisant de preuves de la commission des faits;
- la société ne doit pas avoir déjà fait l'objet de condamnations pour faits de corruption ou trafic d'influence;
- la société doit avoir mis un programme de compliance au sens de l'article 17 de la loi Sapin 2 (et pour celles qui n'y sont pas soumises la mise en œuvre d'un tel programme est un indicateur favorable pour bénéficier d'une CJIP) ;
- la société doit pleinement coopérer à l'enquête et mettre en œuvre une investigation interne (enquête interne ou audit approfondi) permettant de mettre en évidence « les faits et les dysfonctionnements du système de conformité qui ont favorisé la commission ». Celle-ci doit aboutir à l'établissement d'un rapport présenté au parquet et exposant les faits avec la plus grande précision possible. Les éléments de l'enquête doivent rester strictement confidentiels;
- la révélation spontanée des faits par la société, si elle intervient dans un délai raisonnable, est prise en compte favorablement tant dans le choix du recours à la CJIP que comme facteur de minoration dans l'évaluation du montant de l'amende d'intérêt public.

Appliquées aux décisions susceptibles de devoir être prises par un acquéreur suite à un audit de compliance et d'intégrité, se poseront plusieurs questions délicates, dont celles-ci :

- l'acquéreur sera-t-il éligible à la CJIP s'il n'est pas en mesure d'établir l'ensemble des responsabilités de faits possiblement anciens et géographiquement éloignés ?
- quelle est la durée considérée comme raisonnable entre le moment où le dirigeant de la personne morale a eu connaissance des faits et celui de leur révélation au parquet? En effet, la notion de connaissance des faits peut ne jamais être certaine

mais demeurer à l'état de soupçons faute de possibilité d'interroger les protagonistes des équipes de management de la cible ;

- comment impliquer les personnes concernées au sein de l'équipe de management de la cible alors même que la CJIP ne bénéficie pas en principe aux personnes physiques?
- quelle garantie la société aura-t-elle qu'une révélation au parquet ne conduira pas à déclencher une enquête transnationale si les faits le justifiaient (probablement aucune...);
- quels risques l'acquéreur encourt-il à ne pas révéler les faits plutôt que de les révéler?
- comment s'assurer que l'investigation ne créera pas un climat de suspicion au sein des équipes de la cible au risque d'entraîner des vagues de départ non souhaités ?

29. Une décision de management ?

■ Les audits de compliance dans le cadre des fusions-acquisitions prennent une importance croissante au regard des risques auxquels l'acquéreur est exposé en cas de non révélation et de traitement inapproprié d'éventuelles violations des réglementations applicables.

Ces risques sont d'autant plus significatifs que les entreprises concernées sont susceptibles d'être mises en cause devant plusieurs juridictions.

Les due diligences réalisées avant le closing ne permettent pas de réaliser un audit suffisamment approfondi faute d'accès aux données les plus sensibles sur les plans stratégique et commercial.

À cet égard, les règles en matière de droit des concentrations (« gun jumping ») constituent un obstacle dirimant à la réalisation d'un tel audit.

Ce dernier doit se fonder sur des outils de forensic et d'analyse de données permettant de raisonnablement garantir au management et aux organes de gouvernance de l'acquéreur que les opérations de la cible ne sont pas entachées de faits de corruption ni d'autres violations de réglementations en matière de compliance et d'intégrité.

En cas de suspicions de tels faits, une investigation approfondie doit être réalisée afin d'établir les circonstances détaillées, les éventuelles responsabilités et les mesures de remédiation qu'il apparaît nécessaire d'adopter sur la base d'un plan d'action précis et rapide.

Enfin, il appartient toujours au management et aux organes de gouvernance de la cible de déterminer s'il y a lieu le cas échéant de révéler à une autorité d'éventuelles infractions.

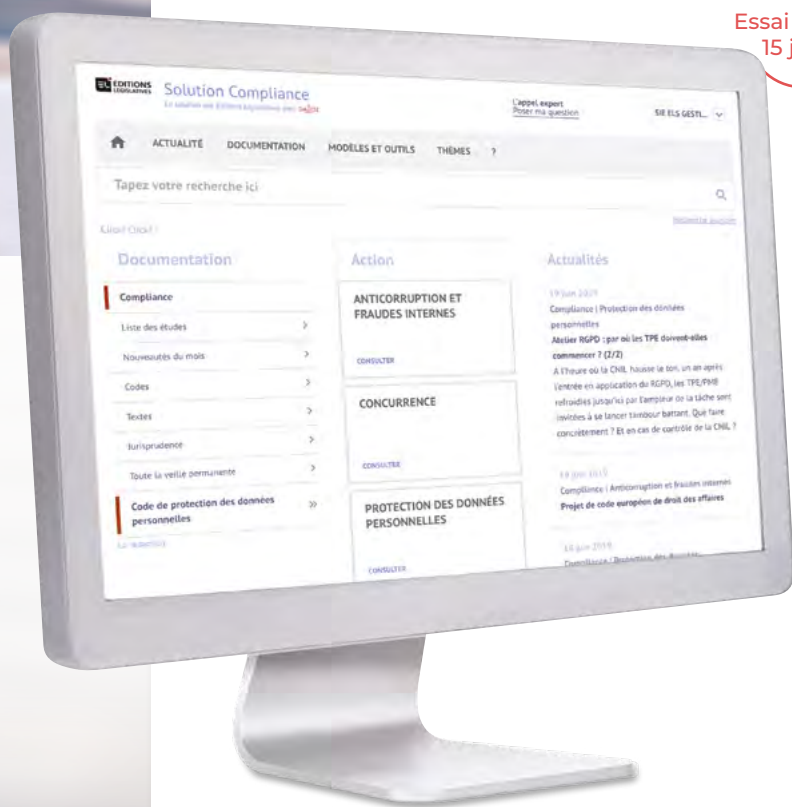
Cet article s'est efforcé de mettre l'accent sur les bénéfices et les risques d'une telle décision et conclut qu'il s'agit dans tous les cas d'une décision de management.

NOUVEAU

SOLUTION COMPLIANCE & ÉTHIQUE DES AFFAIRES

Anticiper, suivre et appliquer
les exigences réglementaires

Essai gratuit
15 jours



RESTEZ INFORMÉ DE L'ACTUALITÉ JURIDIQUE

Veille permanente, newsletter
hebdomadaire

ANALYSEZ LES EXIGENCES RÉGLEMENTAIRES

Études thématiques, Codes
Dalloz, sources éditions
Législatives, jurisprudence,
textes, avis...

ÉLABOREZ UN PROGRAMME DE CONFORMITÉ AVEC LES SMART ACTION

Protection des données
personnelles, Concurrence, RSE,
Anticorruption et fraudes internes



EN SAVOIR PLUS

Pour toute information, contactez-nous au 01 40 92 36 36
ou rendez-vous sur www.editions-legislatives.fr