

FAIRE FACE A SAPIN II – EN PRO

CONNAITRE ET EVALUER SES RISQUES DE CORRUPTION

Première publication: 14/08/2017

Date de dernière publication : 06/09/2017

Cette publication est un produit d'Aperio Knowledge Centre®, notre centre de recherche intégré.

Chez Aperio Intelligence, nous cherchons à aider nos clients à mettre au point des solutions innovantes aux problèmes les plus pressants qu'ils rencontrent dans leurs activités de tous les jours. Nous le faisons grâce à nos expertises collectives dans le domaine de la lutte contre le crime financier. En tant que spécialistes reconnus du crime financier, nous avons développé des méthodologies uniques pour affronter des défis contemporains liés à la mise en conformité avec les législations nationales et internationales relatives à la corruption, au blanchiment d'argent et à d'autres thématiques.

Nous croyons fort dans le pouvoir de l'analyse et avons pu constater de première main l'importance des faits avérés et des évaluations rigoureuses dans toute prise de décision.

Avant-propos

La loi n° 2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (ci-après Sapin II), promulguée par le Président de la République le 9 décembre 2016, est venue bouleverser le paysage législatif et réglementaire français. L'entrée en vigueur au 1^{er} juin 2017 des principales dispositions concernant la prévention de la corruption a pour objectif d'aligner la France sur les pays les plus avancés en matière de lutte anti-corruption au sein de l'OCDE, à savoir les Etats-Unis et le Royaume-Uni. Le Foreign Corrupt Practices Act (ci-après FCPA) est devenu depuis son entrée en vigueur fin 1977 un véritable outil de guerre entre les mains du département de la Justice américain, notamment au travers du principe d'extraterritorialité qui ne connaît ni limites géographiques ni nationalités. L'UK Bribery Act de 2010 (ci-après UKBA) a pour sa part remplacé les vieux dispositifs britanniques, successivement adoptés en 1889, 1906 et 1916, pour moderniser la lutte contre la corruption en l'étendant de manière similaire jusqu'à l'échelle internationale.

Avec Sapin II, la France a effectivement rejoint le club anglo-saxon, dans la mesure où elle applique désormais l'extraterritorialité et impose aux entreprises concernées nombre d'obligations dont le respect peut être contrôlé à n'importe quel moment. Alors que toute entreprise ayant adopté de bonnes pratiques qui l'auront mise en conformité avec le FCPA et l'UKBA peut légitimement conclure qu'elle a fait le gros du travail requis sous Sapin II, la nouvelle loi française a tout de même ses spécificités nationales. Il n'en reste pas moins qu'au-delà du langage juridique habituel, des différentes normes et règles qu'il faut suivre et appliquer, il y a lieu de déceler l'intention du législateur d'opérer un changement radical dans la façon dont les entreprises, françaises et étrangères présentes en France, mènent leurs affaires à l'étranger. Y résister n'a pas de sens – autant y voir une belle opportunité pour améliorer la gouvernance d'entreprise, mieux appréhender les risques, mettre en place un dialogue continu entre direction et salariés et protéger plus efficacement son image.

En tant que spécialiste reconnu du crime financier, Aperio Intelligence continue à recevoir des demandes d'explications relatives à Sapin II de la part d'entreprises établies en France. C'est dans le but de répondre à certaines de ces questions que nous avons conçu le présent guide. Il ne vise pas l'exhaustivité ni n'a-t-il l'ambition de se substituer aux consignes officielles provenant du gouvernement français. Son objectif unique est d'éclairer le lecteur sur les deux aspects de la loi, en particulier de son article 17, qui, de notre avis, sont aujourd'hui au nombre des moins bien compris parmi l'ensemble des mesures préconisées. Il s'agit de la cartographie des risques et de l'évaluation de tiers, deux domaines sur lesquels notre cabinet a développé une excellente expertise. Enfin, nous avons essayé en fin de ce guide de répondre directement à une série de questions qui nous reviennent le plus fréquemment. Nous espérons que ce document vous sera utile et vous permettra de faire face à vos nouvelles obligations en toute sérénité.

Bonne lecture.



Adrian Ford,
Président-fondateur

Table des matières

Cartographie des risques	5
Facteurs de risque.....	5
Elaboration d'une cartographie des risques	9
Dispositif anti-corruption.....	12
Evaluation de tiers.....	14
Répartition du risque	14
Profils de risque.....	15
Protocoles et due diligences	17
Questions-réponses.....	19
La conformité avec Sapin II, c'est certes important mais elle coûte cher ! Vrai ou faux ?	19
Mais peut-on quand même réaliser des économies ?.....	20
On est nombreux à avoir l'impression que Sapin II n'est en réalité qu'une formalité. Vrai ou faux ?	20
Les cabinets d'avocats peuvent-ils réaliser des due diligences en matière de lutte contre la corruption ?.....	21
Mon cabinet d'avocats (qui réalise des due diligences, voir ci-avant) affirme qu'il offre un degré de confidentialité plus élevé par le biais du legal privilege. Vrai ou faux ?.....	21
Faut-il attendre la parution des décrets d'application détaillés relatifs à la cartographie des risques et à l'évaluation de tiers avant d'engager une quelconque procédure interne ?	22
Mon entreprise a souscrit un abonnement à une base de données qui semble nous apporter tous les éclairages nécessaires sur les tiers. Vrai ou faux ?	22
Faut-il centraliser l'activité de due diligence au siège ?.....	23
Concrètement, comment comprendre l'approche axée sur le risque (« risk-based approach ») ?	23
Comment choisir un bon cabinet de conseil ?	24
Notre offre.....	25

Cartographie des risques

Les entreprises concernées par Sapin II doivent mettre en place « une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la société exerce son activité ».

Alinéa 3 du II de l'art. 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

La cartographie des risques est l'une des dispositions clés de Sapin II. Il s'agit avant d'un outil d'évaluation et de veille qui permet de répondre de manière réfléchie et proportionnée aux risques de corruption à l'international. Certaines entreprises, comme les banques, ont l'habitude de cartographier leurs différents risques, notamment de crédit ou de modèle. Or, l'obligation légale de cartographie des risques de corruption est une nouveauté pour la France. Pour bien démarrer le processus, nous conseillons de se rapporter aux acquis de l'UKBA, aux recommandations du gouvernement britannique et à celles de Transparency International UK qui a étudié cette question en profondeur. Il n'en reste pas moins que chaque entreprise soumise à Sapin II doit avoir sa propre cartographie des risques fondée sur ses caractéristiques uniques et reflétant avec précision la réalité de sa vie économique.

Facteurs de risque

L'élaboration d'une cartographie des risques de corruption commence par l'identification de facteurs de risque. Sapin II en laisse le choix libre à chaque entreprise, sauf la consigne expresse concernant la prise en compte obligatoire des zones géographiques et des secteurs d'activité. L'objectif ultime de l'exercice consiste à faire en sorte que les risques identifiés correspondent bien à l'ensemble des activités de la société en question. Peu avant l'entrée en vigueur de l'UKBA en juillet 2011, le gouvernement britannique a publié un guide contenant des recommandations relatives à la mise en œuvre des six principes directeurs dans le domaine de l'anti-corruption. De notre avis, les recommandations portant sur les facteurs de risque dans le cadre de l'UKBA sont parfaitement transposables dans un contexte français marqué par les intentions similaires, voire identiques, du législateur en la matière.

Nous jugeons utile de séparer les principaux facteurs de risque inhérents, qui iront plus tard alimenter la cartographie des risques (*voir infra*), en deux catégories : « facteurs macro » et « facteurs micro ». Leur description est proposée ci-dessous.

Facteur macro

RISQUE-PAYS

Ce facteur de risque est relatif aux zones géographiques où une entreprise concernée par Sapin II mène habituellement ses opérations commerciales. Travailler dans certains pays peut s'avérer dangereux pour les raisons suivantes, parmi d'autres :

- Etat de droit inexistant ou déficient ;
- Régime non-démocratique ;
- Manque de médias indépendants ;
- Corruption endémique dans la vie quotidienne ;
- Mauvaise gouvernance (poids exorbitant de la bureaucratie) ;
- Législation anti-corruption inexistante ou inefficace ;
- Système judiciaire soumis au pouvoir politique ;
- Culture et mœurs favorisant la corruption et le népotisme.

Commentaire : Le premier réflexe de nombreuses entreprises serait de consulter le *Corruption Perceptions Index* (CPI) de l'ONG Transparency International (ci-après TI). Il s'agit du classement le plus connu en matière d'anti-corruption. Or, comme l'avoue TI elle-même, le CPI ne devrait être utilisé que comme un outil de base permettant de se faire une idée préliminaire du risque de corruption dans différents pays. Plus concrètement, le CPI 1) ne recense pas la corruption au niveau régional alors qu'il peut y avoir des écarts importants au sein d'un même pays ; 2) s'intéresse uniquement à la corruption dans le secteur public ; 3) mesure la perception de la corruption plutôt que sa réalité. Pour ce qui est de la cartographie des risques, TI conseille d'effectuer une analyse plus approfondie du risque-pays.

Aperio Intelligence dispose à ce jour d'une méthodologie unique pour évaluer le risque-pays selon les différents critères liés à la corruption mais également, de manière générale, à la criminalité financière (blanchiment d'argent, financement du terrorisme, fraude, etc.). Nos analyses prennent en compte la réalité du phénomène qui se traduit, entre autres, sous forme d'antécédents de corruption, de législations et réglementations inefficaces et/ou inappliquées, de réformes politiques de façade, etc. Pour plus d'informations, contactez-nous dès aujourd'hui.

Facteur macro

RISQUE SECTORIEL

Ce facteur de risque est relatif aux secteurs d'activités où une entreprise concernée par Sapin II mène habituellement ses opérations commerciales. Travailler dans certains secteurs peut s'avérer dangereux pour les raisons suivantes, parmi d'autres :

- Niveau élevé de réglementation étatique ;
- Implication directe du gouvernement ou des autorités locales ;
- Existence de réseaux d'influence ou de décision informels ;
- Concentration de projets de longue durée et à haute valeur commerciale ainsi que de projets avec une structuration complexe ;
- Nombre important de parties prenantes (autre que le gouvernement) sur des projets caractéristiques d'un secteur donné.

Commentaire : Certains organismes publics et privés publient des études sur le risque sectoriel destinées aux entreprises. Néanmoins, ces études ne s'intéressent pas à tous les secteurs et, lorsqu'elles sont disponibles, peuvent ne pas être régulièrement mises à jour. Aperio Intelligence propose des études du risque sectoriel pour se mettre en conformité avec Sapin II ou, plus largement, connaître les risques inhérents à un secteur d'activité donné, par exemple dans le cadre d'une due diligence préalable à la prise d'une décision d'investissement.

Facteur micro

RISQUE TRANSACTIONNEL

Ce facteur de risque est relatif à la nature des opérations qu'une entreprise concernée par Sapin II mène sur ses marchés d'implantation. S'engager dans certaines démarches contractuelles peut s'avérer dangereux pour les raisons suivantes, parmi d'autres :

- Entrée en relation commerciale avec des clients gouvernementaux ;
- Nécessité d'obtenir des permis, licences ou autorisations spécifiques ;
- Commerce transfrontalier ;
- Embauche de personnes liées à des officiels étrangers ;
- Recours à des lobbyistes ;
- Actions de mécénat dans le cadre d'un contrat ;
- Octroi de cadeaux à ou prise en charge des frais de déplacement (ou d'autres frais professionnels) subis par des officiels étrangers ;
- Dons à des campagnes électorales ou à des fonds de bienfaisance, en accord avec le pays d'accueil ;
- Mise de ses actifs à la disposition de tiers, sans rapport avec les opérations commerciales menées.

Commentaire: Ce facteur de risque est à évaluer par l'entreprise elle-même, sans oublier d'associer du personnel opérationnel à la réflexion collective.

Facteur micro	RISQUE LIE AUX OPPORTUNITES D'AFFAIRES
----------------------	---

Ce facteur de risque est valable pour les projets à haute valeur commerciale et/ou particulièrement complexes (par exemple, ceux auxquels participent beaucoup de parties prenantes). La participation à certains projets peut s'avérer dangereuse pour les raisons suivantes, parmi d'autres :

- Fourniture de biens ou services dont l'utilité pour le projet en question est douteuse ;
- Implication d'intermédiaires ou de tiers sans rôle précisément défini ;
- Lorsque le coût des biens ou services est supérieur aux attentes ou au bon sens.

Commentaire: Ce facteur de risque est à évaluer par l'entreprise elle-même, sans oublier d'associer du personnel opérationnel à la réflexion collective.

Facteur micro	RISQUE DE PARTENARIAT
----------------------	------------------------------

Ce facteur de risque est relatif à l'interaction entre une entreprise concernée par Sapin II et les différentes parties prenantes, notamment dans le cadre de joint-ventures et de consortiums, mais également quand il s'agit d'intermédiaires. Certains projets peuvent devenir à risque s'ils impliquent des intermédiaires tels que :

- Agents commerciaux ;
- Distributeurs ;
- Sous-traitants ;
- Lobbyistes ;
- Consultants externes ;
- Agents douaniers ;
- Agents de visa, etc.

Commentaire: Ce facteur de risque est à évaluer par l'entreprise elle-même, sans oublier d'associer du personnel opérationnel à la réflexion collective.

Elaboration d'une cartographie des risques

Une fois les facteurs de risque identifiés, il est ensuite nécessaire d'élaborer une cartographie des risques. Elle vise plusieurs objectifs clés. S'agissant de tiers ou de projets, elle permet d'évaluer leurs niveaux de risque respectifs et de prendre des mesures de vérification adaptées, sur la base des protocoles intégrés. Ce processus est décrit de façon détaillée dans la partie suivante de notre guide intitulée « Evaluation de tiers ».

Sur un plan similaire, la cartographie des risques permet d'évaluer le risque inhérent à une ligne métier ou à une unité Business au sein d'une société concernée par Sapin II, afin de connaître son niveau d'exposition à la corruption et d'engager des actions de remédiation appropriées. Si cette méthode peut théoriquement être appliquée à des échelons plus élevés, y compris à celui d'un groupe international, une telle démarche risque de ne pas être très utile puisque dans une société avec un niveau de risque modéré en moyenne, certaines lignes métiers peuvent être particulièrement exposées. Ainsi, on risque de ne pas bien anticiper ces enjeux en raisonnant uniquement au niveau du groupe.

Note méthodologique

Certains organismes, à l'instar de TI, recommandent de bâtir une cartographie des risques sur la base des deux variables – « impact » et « probabilité d'occurrence ». Nous considérons cette méthode insuffisamment efficace, voire parfois incohérente.

Tout d'abord, il est pratiquement difficile de mesurer l'impact. Par exemple, un pot-de-vin relativement modeste versé par une filiale éloignée d'un grand groupe international peut déboucher sur des poursuites judiciaires lourdes et se solder par une grosse amende. Si cet acte, aussi financièrement insignifiant qu'il soit, a servi à contourner les règles et à se procurer des avantages difficilement chiffrables mais ayant tout de même faussé la libre concurrence et entraîné des pertes pour d'autres sociétés et le pays d'accueil, il peut toujours avoir des conséquences très négatives, aux plans financier et moral. Quant à la probabilité d'occurrence, elle augmente généralement avec le niveau de risque mais cette relation est loin d'être linéaire.

L'approche que nous préconisons consiste à évaluer le risque directement à partir des « facteurs macro », situés le long de l'axe des x, et des « facteurs micro », situés le long de l'axe des y, sur un graphique bidimensionnel.

Exemple simplifié : projet au Kazakhstan

- Vous êtes une ETI française spécialisée dans la fabrication d'équipements médicaux.
- Vous venez de remporter un appel à candidatures pour fournir un nouvel équipement à un hôpital public pour enfants à Astana, au Kazakhstan. Vous considérez cette opération comme étant à haute valeur commerciale, d'autant plus que des fournitures similaires sont possibles plus tard à d'autres hôpitaux.
- Votre contrat s'inscrit dans le cadre d'un projet suivi par l'Union européenne, au titre de l'assistance technique, mais entièrement financé par le gouvernement du Kazakhstan.
- Votre client est le ministère de la Santé publique.

- Vous n'avez pas besoin de licence ou d'autorisation spéciale pour importer l'équipement dans le pays.
- Le gouvernement kazakh vous demande, dans le cadre de votre contrat, de prendre en charge le déplacement d'un groupe de médecins travaillant en province vers la capitale pour apprendre à utiliser l'équipement. La mission diplomatique de l'UE a obtenu du Kazakhstan l'accord pour contrôler elle-même l'utilisation de fonds.
- A deux mois de la date prévue de signature du contrat, un représentant du ministère de la Santé prend contact avec vous pour vous informer que vous devez être appelés par Monsieur X qui vous donnera de nouvelles consignes relatives à votre contrat.
- Deux jours plus tard, Monsieur X vous appelle au nom de SARL Y qu'il présente comme l'intermédiaire officiel auprès du ministère pour tout contrat de fourniture d'équipements médicaux depuis l'UE.
- Lors de votre conversation téléphonique, Monsieur X vous demande par ailleurs de remplacer l'équipement initialement proposé par un modèle plus ancien et moins cher. Il vous indique que la documentation peut être modifiée après livraison et qu'il va s'en charger personnellement.
- Le lendemain, votre collaborateur kazakh qui dirige à lui seul votre succursale dans le pays vous propose de faire appel à une « personne de confiance » pour anticiper d'éventuels problèmes aux douanes (même si vous savez que vous n'avez pas besoin de licence d'importation, cf. supra). De même, il vous propose d'utiliser la même personne pour accélérer la délivrance de visas d'ici trois mois quand vous devrez faire venir des techniciens pour un séjour dépassant 30 jours (pas de visas requis pour les ressortissants de l'OCDE en-dessous de 30 jours, à compter de 2017).

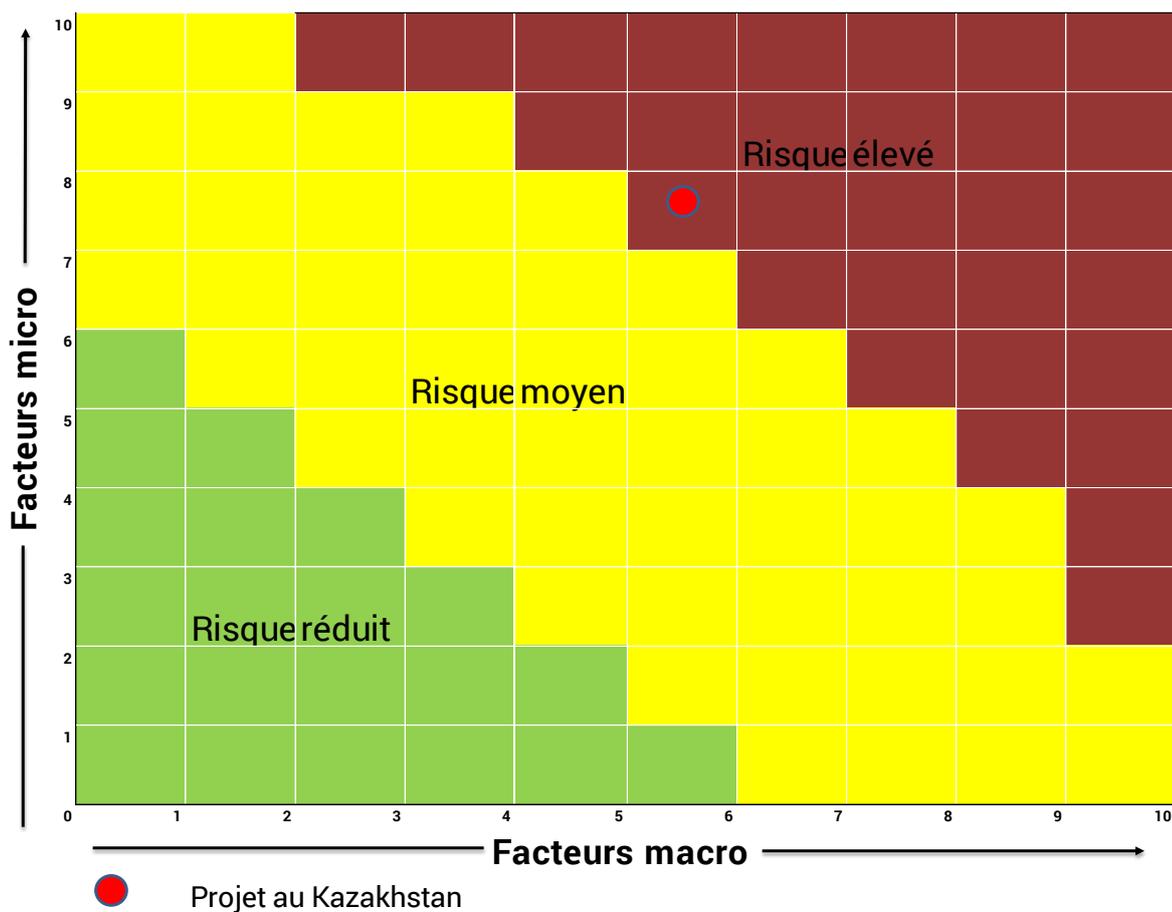
1. Vous évaluez le risque inhérent à ce projet (la notation ci-dessous est proposée à des fins d'illustration et ne constitue pas l'avis d'Aperio Intelligence par rapport au projet susmentionné ou à des projets similaires).

Facteur de risque	Note (1)	Niveau de risque	Commentaire	Note (2)
Risque-pays	8	Elevé	<ul style="list-style-type: none"> ■ Le Kazakhstan est un pays à haut risque. 	$8 \times 0.5 + 3 \times 0.5 = 5.50$
Risque sectoriel	3	Réduit	<ul style="list-style-type: none"> ■ Le secteur des équipements médicaux est à bas risque. 	
Risque transactionnel	6	Moyen	<ul style="list-style-type: none"> ■ Le client final est un gouvernement étranger ; ■ Certains frais sont pris en charge à la demande du client, mais un tiers de confiance (UE) en assure le contrôle comptable. 	$6 \times 0.35 + 9 \times 0.3 + 8 \times 0.35 = 7.60$

Risque lié aux opportunités d'affaires	9	Elevé	<ul style="list-style-type: none"> ■ Intermédiaire sans rôle précis ; ■ Demande de remplacer l'équipement par un modèle moins cher, sans formalités.
Risque de partenariat	8	Elevé	<ul style="list-style-type: none"> ■ Intermédiaires sur les questions des douanes et de visas ; ■ Larges pouvoirs laissés à un collaborateur local.

NB. Niveau de risque : moins de 3 – réduit, entre 3 et 7 inclus – moyen, entre 8 et 10 inclus – élevé. La pondération utilisée au tableau est donnée à titre indicatif.

- Vous situez le projet sur un graphique bidimensionnel (voir la note méthodologique, supra) pour déterminer son risque global.



- Vous arrivez à la conclusion que le projet envisagé est à risque élevé et vous demande de faire preuve de vigilance accrue. Concrètement, si vous suivez le protocole recommandé dans la partie suivante du guide « Evaluation de tiers », il convient d'effectuer une due diligence approfondie du projet et des tiers impliqués. Il est à ce titre suggéré de se faire aider par un cabinet externe.

Concernant d'autres mesures à préconiser, vous pouvez par exemple insister sur un rôle plus actif pour la mission diplomatique de l'UE, qui assure le suivi technique du projet ; se faire assister par l'ambassade de France pour des questions de visa et de dédouanement ; encadrer le collaborateur local par un représentant du siège nommé à la tête de la succursale ; demander à traiter directement avec le ministère de la Santé pour l'importation et l'installation de l'équipement, etc.

Dispositif anti-corruption

Comme précédemment indiqué, l'évaluation des risques sous forme de cartographie peut être étendue à une ligne métier, une unité Business ou une filiale au sein d'une même société avec pour objectif de faire la lumière sur les faiblesses de son dispositif anti-corruption et de le repenser en conséquence. Contrairement à l'évaluation de tiers telle que présentée ci-avant à l'aide d'un projet imaginé au Kazakhstan, cet exercice doit par défaut être plus minutieux et détaillé car son but final est de contribuer à la mise en place d'un programme de lutte contre la corruption sur la longue durée. A titre d'exemple, la bonne compréhension des risques inhérents aux filiales d'un grand groupe peut aider ce dernier à inculquer les bonnes pratiques aux collaborateurs délocalisés les plus exposés, à prévenir la corruption mais aussi la fraude interne.

Examinons le cas d'une filiale d'un groupe français spécialisé dans les services au secteur pétro-gazier. La filiale opère sur les marchés de l'Asie du Sud-Est. Par souci de concision, limitons-nous au risque transactionnel.

RISQUE TRANSACTIONNEL					
Vecteur du risque	Note (1)	Commentaire	Mesures existantes ou prévues à court terme	Note (2)	Note (3)
Clients gouvernementaux	9	<ul style="list-style-type: none"> Historiquement, plus de 95% des clients sont des entreprises étatiques. 	<ul style="list-style-type: none"> La part des clients non-étatiques doit atteindre 15% d'ici 2018 (contrats en cours de finalisation). 	-2	7
Nécessité d'obtenir des permis, licences	8	<ul style="list-style-type: none"> La filiale doit renégocier ses licences tous les ans ; 	<ul style="list-style-type: none"> Finalisation d'ici le 1er octobre 2017 d'un accord-cadre sur le plus gros marché (Indonésie, 	-3	5

ou autorisations spécifiques		<ul style="list-style-type: none"> ■ Certains équipements importés soumis à autorisation. 	70% du CA) en vue de disposer de licences pluriannuelles (5 ans min.)		
Embauche de personnes liées à des officiels étrangers	8	<ul style="list-style-type: none"> ■ 6 proches d'officiels étrangers (Indonésie, Chine) embauchés en 2014-2016, dont 2 à des postes de direction. 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Aucune 	0	8
Recours à des lobbyistes	0	<ul style="list-style-type: none"> ■ Pas de recours au lobbying. 	<ul style="list-style-type: none"> ■ N/A 	0	0
Dons à des campagnes électorales ou à des fonds de bienfaisance, en accord avec le pays d'accueil	10	<ul style="list-style-type: none"> ■ Dons systématiques à différentes ONG dans le cadre de contrats de services ; ■ Pas de financement de campagnes électorales. 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Accord passé en mars 2017 avec la Banque mondiale pour contrôler l'utilisation de fonds ; ■ Conclusion de 2 premiers contrats (août 2017) sans obligation de dons à caractère philanthropique. 	-4	6
XXX	XXX	<ul style="list-style-type: none"> ■ XXX 	<ul style="list-style-type: none"> ■ XXX 	XXX	XXX

NB. i) Niveau de risque : moins de 3 – réduit, entre 3 et 7 inclus – moyen, entre 8 et 10 inclus – élevé ; ii) Note (1) : niveau de risque par vecteur du risque ; iii) Note (2) : déduction à faire du niveau de risque par vecteur du risque correspondant ; iv) Note (3) : risque résiduel=Note(1)-Note(2).

Evaluation de tiers

Les entreprises concernées par Sapin II doivent mettre en place « des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques ».

Alinéa 4 du II de l'art. 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

La cartographie des risques n'a tout son sens que quand elle sert à minimiser la vulnérabilité d'une entreprise vis-à-vis de la corruption à l'international. C'est la raison pour laquelle l'évaluation de tiers est un élément incontournable et indissociable de la cartographie des risques, qui inaugure en quelque sorte une transition du domaine de la théorie vers la pratique. Outre le fait de quantifier le risque selon les différents critères objectifs, cette dernière doit déboucher sur une catégorisation claire et lisible des tiers. La prochaine étape consiste à les évaluer à l'aide de protocoles opérationnels facilement utilisables par les collaborateurs concernés.



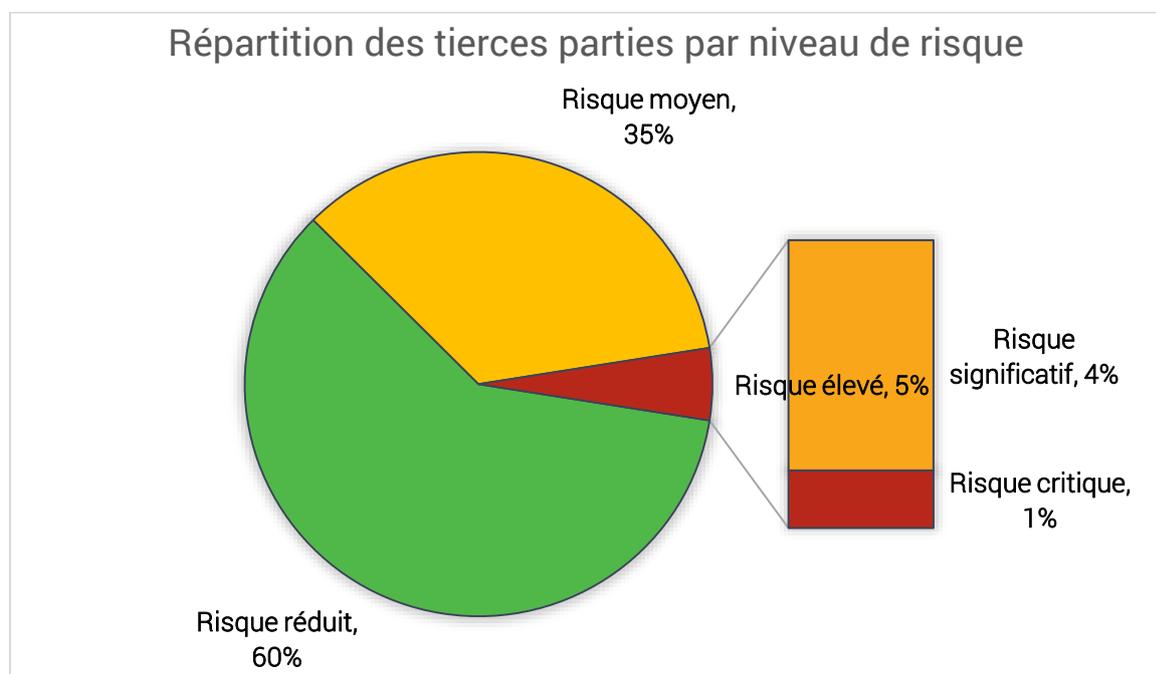
Répartition du risque

Le fruit principal de la cartographie des risques telle qu'établie selon les dispositions de Sapin II est une vision globale des tierces parties en fonction de leur degré de risque cumulatif. Cette évaluation préalable doit permettre de catégoriser les tiers dans trois groupes : « risque réduit », « risque moyen » et « risque élevé » dont chacun nécessitera un plan d'action spécifique.

La répartition du risque est unique à chaque entreprise car elle est déterminée par nombre de facteurs qui peuvent se recouper de société en société mais sont rarement transposables dans leur intégralité. Aussi, deux entreprises travaillant dans un même secteur et présentes sur les mêmes marchés peuvent voir leurs risques répartis différemment.

Par exemple, l'Entreprise A peut privilégier des projets particulièrement complexes avec beaucoup de sous-traitants et des intermédiaires imposés par les autorités gouvernementales d'un pays

étranger. L'Entreprise B est pour sa part impliquée dans des projets moins vastes, sans participation de l'Etat, où elle a l'avantage relatif de bien connaître toutes les parties prenantes. De même pour leurs clients : lorsqu'un client est une société étatique intimement liée au pouvoir ou lorsque les travaux sont exécutés au profit d'une grande entreprise locale détenue par un homme fort, le risque est plus élevé que dans le cas de petites sociétés privées.



Commentaire : Le schéma ci-dessus décrit la répartition moyenne du risque parmi les tiers d'une large organisation. Environ 60% des tierces parties sont dans le groupe de risque réduit, contre quelque 35% dans la catégorie « risque moyen (modéré) ». Le risque élevé, décliné ici en « risque significatif » et « risque critique », ne représente quant à lui que les 5% restants.

Force est de constater que cette répartition varie considérablement d'une organisation à l'autre, en fonction de sa taille (ETI/grand groupe), de sa présence internationale (France – France et Europe – France/Europe et d'autres régions), du noyau de sa clientèle ou encore du secteur d'activité. En guise d'illustration, une banque privée spécialisée dans la gestion du patrimoine de clients fortunés en provenance d'Afrique ou du Moyen-Orient peut avoir 0% des tiers à risque réduit, 85% à risque moyen et 15% à risque élevé dont 5-7% à risque critique. *A contrario*, une société active dans la grande distribution, dont les opérations sont localisées uniquement en France et au Benelux, peut avoir la répartition suivante : 80% à risque réduit, 18% à risque moyen et seulement 2% à risque élevé dont 0% pour le risque critique.

Profils de risque

Ci-dessous quelques exemples de tiers que vous avez catégorisés selon leurs profils de risque respectifs en vous appuyant pour ce faire sur la cartographie des risques.

Risque réduit

Vous êtes une ETI spécialisée dans la fabrication de robinetterie industrielle. Votre nouveau client est une société néerlandaise qui a une excellente réputation sur le marché local et dont le capital est entièrement détenu par des membres d'une même famille. Vous connaissez bien l'équipe dirigeante et avez à votre disposition des éléments d'informations sur cette entreprise familiale qui vous ont été remis par ses soins. La société en question travaille principalement sur le marché des Pays-Bas et, dans une moindre mesure, dans les pays voisins. Au vu de sa situation, le client présente pour vous un risque limité.

Risque moyen

Vous êtes un grand groupe actif dans l'agro-alimentaire et vous aménagez une nouvelle usine en Turquie. Vous avez décidé d'acheter certains équipements à un fournisseur local. Vous disposez d'informations clés sur cette société et en avez demandé d'autres plus détaillées mais votre interlocuteur tarde à vous les procurer. Vous savez que le PDG de l'entreprise en question a fait de la politique avant de se reconvertir en affaires. Par ailleurs, sa société travaille avec succès depuis une dizaine d'années sur des marchés que vous savez « difficiles », notamment en Russie, au Brésil et en Chine. Vous classez le fournisseur comme celui à risque moyen.

Risque élevé*

Vous êtes une société de BTP parmi les cinq plus grandes en France. Vous avez récemment remporté un contrat auprès du gouvernement de l'Arabie saoudite pour réaliser un projet d'envergure dans le cadre d'un programme national de développement des infrastructures. Votre client final est le ministère des Transports mais votre interlocuteur direct est une entreprise intermédiaire désignée par les autorités. Cette entreprise est de création récente, n'a pas d'activité spécifique connue et a pour directeur une personnalité discrète qui aurait des liens avec le pouvoir saoudien. Vous ne disposez pas à ce stade d'informations précises sur sa structure actionnariale. Vous classez l'intermédiaire en question dans le groupe de risque élevé.

** Alors que le « risque élevé » peut se décliner en « risque significatif » et « risque critique », nous priorisons une démarche commune pour ces deux typologies qui prévoit le plus haut niveau de vigilance possible. Par conséquent, cette distinction – d'ailleurs assez ténue – ne nous semble pas être pertinente en ce qui concerne les procédures d'évaluation recommandées.*

Protocoles et due diligences

A chaque niveau de risque correspond une procédure spécifique inscrite sous forme de protocole dans la cartographie des risques. Il s'agit d'un élément-clé qui la rend vraiment opérationnelle, dans la mesure où chaque collaborateur ayant à la consulter est à même de savoir ce qu'il convient de faire dans tel ou tel autre cas.

Les actions prévues par les protocoles doivent être proportionnées au risque, conformément à ce qu'on désigne sous le nom de « *risk-based approach* » qui est en l'occurrence l'un des principes directeurs du FCPA et de l'UKBA. En pratique, cela veut dire que le gros de l'effort doit être porté là où le risque est plus grand, vous permettant d'économiser le temps et les ressources, financières et humaines, sur les tiers à faible risque. En quelque sorte, le débat habituel sur les coûts de la conformité au sens large ne doit pas avoir lieu car les coûts à prévoir sont strictement encadrés par la nécessaire vigilance.

Risque réduit

Se référer à l'exemple fourni ci-avant. Vous disposez déjà des principales informations officielles dont vous avez besoin sur le tiers.

- Effectuer une recherche d'informations négatives sur le tiers sur Internet ;
- Faire remplir par le tiers un questionnaire de probité ;
- Consulter une base de données, au choix, pour obtenir des informations commerciales et celles portant sur les condamnations judiciaires, ainsi que pour accéder à certains articles de médias réservés aux abonnés.

Risque moyen

Se référer à l'exemple fourni ci-avant. Vous disposez de certaines informations sur le tiers mais elles ne sont pas suffisantes.

- Effectuer une due diligence approfondie en interne, à condition que vous en ayez les moyens et compétences ;
- Sinon, faire appel à un cabinet spécialisé pour qu'il réalise une due diligence approfondie pour votre compte, SANS recours à des sources locales dans le pays d'implantation du tiers et/ou du projet. Cette enquête comportera les informations suivantes (sous réserve de disponibilité) :
 - ✓ *Données commerciales ;*
 - ✓ *Structure actionnariale et filiales ;*
 - ✓ *Profils des dirigeants et actionnaires ;*
 - ✓ *Activités et projets ;*

- ✓ *Liens éventuels avec les autorités politiques ;*
- ✓ *Sanctions et condamnations judiciaires ;*
- ✓ *Souçons de corruption, de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme ;*
- ✓ *Affaires et scandales tels que recensés dans les médias.*

Risque élevé

Se référer à l'exemple fourni ci-avant. Vous avez le strict minimum d'informations (par exemple, date de création et adresse postale) sur le tiers.

- Faire appel à un cabinet spécialisé pour qu'il réalise une due diligence approfondie pour votre compte, AVEC recours à des sources locales dans le pays d'implantation du tiers et/ou du projet. Cette enquête comportera les informations suivantes (sous réserve de disponibilité) :
 - ✓ *Données commerciales ;*
 - ✓ *Structure actionnariale et filiales ;*
 - ✓ *Profils des dirigeants et actionnaires ;*
 - ✓ *Activités et projets ;*
 - ✓ *Liens éventuels avec les autorités politiques ;*
 - ✓ *Sanctions et condamnations judiciaires ;*
 - ✓ *Souçons de corruption, de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme ;*
 - ✓ *Affaires et scandales tels que recensés dans les médias ;*
 - ✓ *Informations de première main obtenues de sources et de correspondants locaux.*

Questions-réponses

La conformité avec Sapin II, c'est certes important mais elle coûte cher ! Vrai ou faux ?

Faux. Tout d'abord, la non-conformité peut coûter beaucoup plus cher, que ce soit aux Etats-Unis (dans le cadre du FCPA), au Royaume-Uni (dans le cadre de l'UKBA) ou plus récemment en France. Sapin II instaure l'amende maximum à hauteur de 30% du chiffre d'affaires moyen sur les trois dernières années. Pour une entreprise avec un chiffre d'affaires stable d'un milliard EUR, cela équivaut à 300 millions EUR – une dure épreuve pour les salariés et les actionnaires. Une analogie avec le système de santé s'impose : la prévention coûte toujours moins cher que les soins eux-mêmes et entraîne rarement des sensations douloureuses ! Outre les dommages financiers accompagnés de mesures disciplinaires individuelles, il ne faut jamais oublier l'impact qu'ont les affaires de corruption sur la réputation d'une entreprise qui peut perdre des clients existants, ne pas en trouver de nouveaux et être exclue de marchés autrement lucratifs. Malheureusement, on l'oublie encore trop souvent.

Dans un deuxième temps, à chaque niveau de risque son niveau de rentabilité. Les projets risqués ayant lieu dans des pays particulièrement vulnérables à la corruption sont normalement plus lucratifs que ceux qui sont cantonnés à des pays sûrs. Les coûts élevés caractéristiques des démocraties occidentales pèsent sur les bénéfices escomptés, alors que dans des pays à risque les coûts limités permettent de dégager d'importants profits. Il est donc naturel que tout projet de ce type mérite une due diligence préalable qui n'est *in fine* que le prix juste que l'on paie pour conclure une bonne affaire en toute sérénité.

Enfin, il n'y a pas aujourd'hui question de contester les frais des cabinets d'avocats, qui facturent traditionnellement à l'heure, compte tenu du rôle important et largement reconnu qu'ils jouent dans la conduite d'affaires à l'international. Les consultants extérieurs spécialistes de la conformité jouent un rôle pas moins important et valent donc toute la reconnaissance possible de leur travail, sans pour autant finalement coûter aussi cher à leurs clients que les services juridiques, surtout dans un contexte de litiges qui auraient simplement pu être évités.

Mais peut-on quand même réaliser des économies ?

Bien sûr. En ce qui concerne les consultants extérieurs chargés des investigations, il convient de les bien choisir et de mettre en concurrence les cabinets retenus. Il n'est pas rare qu'un client, qui a suivi une recommandation sans se poser trop de questions, finisse par payer trop cher le travail que d'autres peuvent effectuer plus rapidement et à moindres frais. Les grands cabinets de conseil ont tendance à pratiquer des tarifs souvent inabornables pour les ETI mais également lourds pour les grands groupes. Il faut savoir qu'au moins 30% de leur tarification ne représente rien d'autre qu'un retour sur investissements dans la publicité, les conférences annuelles, les locaux spacieux situés à des adresses prestigieuses, etc. La règle d'or est de trouver le juste milieu entre le plus et le moins cher tout en veillant à ce qui est fondamental dans la due diligence, à savoir la qualité de la prestation reçue.

On est nombreux à avoir l'impression que Sapin II n'est en réalité qu'une formalité. Vrai ou faux ?

Faux. Le gouvernement français a clairement manifesté son intention d'éliminer l'écart avec les membres de l'OCDE les plus avancés en matière de lutte anti-corruption. De plus, il envisage grâce à Sapin II de réduire l'exposition des entreprises françaises au risque de poursuites à l'étranger, en particulier aux Etats-Unis où plusieurs grands groupes ont été lourdement sanctionnés depuis 2010. De manière générale, il faut voir en Sapin II non pas une contrainte mais plutôt une opportunité de faire évoluer son dispositif de gestion des risques et d'améliorer ainsi la performance globale.

De plus, il faut se souvenir que les nouvelles obligations issues de Sapin II ne s'arrêtent pas à l'identification des risques et à la réalisation de due diligences appropriées. Il existe également une obligation de suivi et de contrôle. A ce titre, citons un exemple éclairant qui relève du FCPA. En 2012, le *Financial Times* a publié une série d'articles sur la supposée corruption commise par le groupe américain Cobalt International Energy en Angola. Parmi les nombreuses irrégularités, le groupe est accusé d'avoir fermé les yeux sur les conclusions de plusieurs enquêtes qu'il a commanditées à un consultant externe et qui ont révélé l'implication de sociétés-écrans détenues par des hommes forts angolais dans des projets communs. Cette grave négligence a débouché sur l'ouverture d'une information judiciaire en 2014, puis, en juin 2017, au recours collectif de plusieurs centaines d'actionnaires de Cobalt contre l'entreprise.

Les cabinets d'avocats peuvent-ils réaliser des due diligences en matière de lutte contre la corruption ?

Normalement non, sauf s'ils ont spécifiquement investi dans cette activité et disposent de ressources humaines, technologiques et intellectuelles pour offrir ces prestations. De notre expérience, les cabinets d'avocats ne possèdent pas les compétences nécessaires pour mener des enquêtes poussées telles qu'elles sont prescrites dans le cadre du FCPA, de l'UKBA ou de Sapin II. C'est parce que cette activité ne rentre vraiment pas dans leur cœur de métier. Bref, laissons aux avocats ce qu'ils savent faire mieux.

Mon cabinet d'avocats (qui réalise des due diligences, voir ci-avant) affirme qu'il offre un degré de confidentialité plus élevé par le biais du *legal privilege*. Vrai ou faux ?

Faux. Le concept de « *legal privilege* » n'existe pas dans le droit français. Son équivalent local est le secret professionnel qui a toutefois une portée plus restreinte. Dans le droit commun, le *legal privilege* est de deux types : le « *legal advice privilege* » qui régit la relation conseil-client et le « *litigation privilege* » qui garantit la confidentialité de la communication dans un contexte de litiges. Les due diligences réalisées en vue d'évaluer des tiers ne se voient appliquer aucune de ces deux définitions.

Qui plus est, Sapin II demande aux entreprises concernées de conserver les traces documentaires de leurs évaluations de tiers afin qu'elles puissent être présentées le cas échéant à l'Agence française anti-corruption (AFA) lors d'un éventuel contrôle. Cela étant, le but de la due diligence consiste véritablement à pouvoir justifier auprès du régulateur d'une démarche de prévention, et non à lui dissimuler les informations qui ont pu être recueillies dans le cadre de l'évaluation désormais obligatoire. Pour ce qui est de la confidentialité, tout cabinet de conseil chargé d'une due diligence est sans surprise tenu au devoir de discrétion totale vis-à-vis de tout ce qu'il s'est vu communiquer par son client.

Faut-il attendre la parution des décrets d'application détaillés relatifs à la cartographie des risques et à l'évaluation de tiers avant d'engager une quelconque procédure interne ?

Ce serait une erreur grave. En effet, parmi une masse de décrets d'application parus depuis l'adoption de Sapin II fin 2016, aucun décret publié à ce jour ne porte sur ces deux aspects pourtant stratégiques de la loi. Pour en comprendre la cause, il suffit de tirer un parallèle avec l'UKBA dont Sapin II s'est largement inspirée sur ces questions. L'intention du gouvernement au Royaume-Uni comme en France était d'annoncer des principes directeurs et de mettre en place des standards au lieu de fournir une description nourrie des procédures et règles à suivre. En effet, il est impossible de le faire pour l'ensemble d'à peu près 1.600 entreprises françaises concernées. Ainsi, il convient de raisonner en termes d' « approche de bon sens » qui est d'ailleurs le terme utilisé par l'UKBA (« *common sense approach* »). L'essentiel est que chaque entreprise adopte une démarche adaptée à son métier et au niveau de risque associé, étant de fait libre d'en définir les modalités pratiques.

Plus généralement, l'attentisme est fortement déconseillé. Les huit dispositions de l'art. 17 de Sapin II sont en vigueur depuis le 1^{er} juin 2017 et s'imposent à toutes les entreprises auxquelles s'applique la nouvelle loi. Alors qu'il est généralement admis que l'AFA ne soit pas en capacité de commencer les premiers contrôles avant 2018, toute contravention à Sapin II intervenue depuis le 1^{er} juin 2017 sera rétroactivement punissable. Il est important de se mettre en conformité le plus tôt possible en s'en tenant aux principes directeurs contenus dans la loi, aussi vagues qu'ils puissent paraître.

Mon entreprise a souscrit un abonnement à une base de données qui semble nous apporter tous les éclairages nécessaires sur les tiers. Vrai ou faux ?

Faux. De notre expérience, l'idée selon laquelle il suffit de s'abonner à l'une des nombreuses bases de données pour pouvoir bien évaluer les tiers à risque est non seulement imprécise mais aussi particulièrement dangereuse. A ce jour, aucune base de données ne peut à elle seule remplir cette tâche (l'utilisation simultanée de plusieurs bases de données ne s'avère pas être plus utile puisqu'elles recensent très souvent les mêmes sources d'informations).

Le problème devient plus apparent lorsqu'il s'agit de pays où les informations officielles (registres de commerce, rapports annuels de sociétés, publications boursières, etc.) ne sont pas disponibles ou sont fragmentaires. De même pour les pays où les médias ne jouissent pas de l'indépendance communément admise en Occident car ils sont étroitement contrôlés par les autorités.

Malgré les efforts gigantesques déployés par les fournisseurs de solutions technologiques pour plaider en faveur du recours exclusif à leurs outils, ces derniers font de plus en plus l'objet de critiques. Un article en date du 2 juillet 2017 dans le journal suisse *Le Temps*, accessible au <https://www.letemps.ch/economie/2017/07/02/base-donnees-preferee-banques-feu-critiques>, fait par exemple la lumière sur un mécontentement croissant au sein de la communauté bancaire suisse à l'égard d'une base de données parmi les plus consultées par les professionnels de la finance. Des failles similaires ont été constatées en répétition chez d'autres fournisseurs et ont parfois conduit à l'abandon de projets déjà approuvés, à la suite de la découverte d'informations supplémentaires qui n'étaient pas accessibles par ce biais. Sur les tiers à risque, rien ne peut remplacer la due diligence approfondie réalisée par des spécialistes du crime financier.

Faut-il centraliser l'activité de due diligence au siège ?

La supervision générale et la direction stratégique de la fonction Conformité gagneraient à être centralisées au niveau du *Chief Compliance Officer*, du Directeur juridique ou du Secrétariat général. S'agissant de la due diligence : pour que cette dimension fonctionne sans accroc, il faut avant tout disposer d'une cartographie des risques pleinement opérationnelle, claire et lisible. Si cette condition est remplie, l'évaluation de tiers aux niveaux de risque réduit et moyen peut légitimement être déconcentrée, notamment dans les filiales, pourvu que les personnes en charge sachent exactement ce qu'elles doivent faire et à quel prestataire externe faire appel si nécessaire. Au niveau de risque élevé, il vaut mieux centraliser l'investigation au siège compte tenu des enjeux plus grands. Dans ce cas-là, le *Chief Compliance Officer* ou son équivalent superviserait la due diligence de A à Z et donnerait une suite appropriée sur la base de cette dernière.

Concrètement, comment comprendre l'approche axée sur le risque (« *risk-based approach* ») ?

L'approche axée sur le risque est une notion fondamentale de la lutte contre la corruption et fait partie des bonnes pratiques à mettre en place. Son idée maîtresse est que les actions d'évaluation, de remédiation ou de correction doivent être adaptées au niveau de risque identifié. Par exemple, en présence d'un risque limité, il n'est pas nécessaire d'engager de lourdes procédures de vérification qui en toute vraisemblance ne vous apprendront pas plus que vous ne savez déjà. Pareillement, quand vous vous trouvez devant un tiers à risque élevé, il n'est pas raisonnable de se fier à un questionnaire de probité puisque votre interlocuteur a tout intérêt à ne pas y répondre sincèrement. Dans ce cas de figure, la due diligence approfondie, avec ou sans recours à des sources locales (à voir éventuellement avec votre prestataire), devient incontournable.

Comment choisir un bon cabinet de conseil ?

Pour pouvoir faire le bon choix, comme dans n'importe quelle autre situation, il faut disposer du plus d'informations possible. Ce métier est différent des autres dans la mesure où les cabinets de conseil ont accès à des informations confidentielles et ne peuvent en conséquence parler ouvertement de leurs clients ou des missions réalisées pour leur compte. Il est judicieux de se renseigner auprès de ses pairs travaillant dans d'autres sociétés au sujet des cabinets qu'ils utilisent et de la façon dont ils les ont trouvés et mandatés. Il est également important de ne pas rester sourd aux sollicitations émanant de ces mêmes cabinets puisqu'une telle méthode permet de raccourcir le temps de la recherche et de mettre directement en concurrence des prestataires potentiels.

En fin de compte, l'arbitrage se fera entre qualité, prix et délais d'exécution. La qualité est bien évidemment le mot d'ordre, d'où la nécessité de bien établir les qualifications (« *credentials* ») d'un cabinet et de ses équipes. Outre la maîtrise nuancée des réglementations (FCPA, UKBA, Sapin II, Convention anti-corruption de l'OCDE, directives européennes...), le cabinet de votre choix doit posséder des compétences linguistiques et analytiques avérées, avoir une connaissance profonde des pays et régions où il effectue des enquêtes, disposer d'un réseau de sources fiables et de correspondants locaux, agir à tout moment dans le respect des lois et de l'éthique d'affaires, etc. N'hésitez pas à demander aux candidats des exemples anonymisés de due diligence. Cela vous permettra de voir tout de suite la qualité de la prestation (cohérence interne, exhaustivité, précision factuelle, format soigné...). Il ne reste qu'à choisir le cabinet qui offre la meilleure qualité au moindre coût et dans les plus brefs délais.

Notre offre

Fondé en 2014 par un ancien directeur des investigations de KPMG, Aperio Intelligence est un spécialiste reconnu du crime financier. Nous aidons nos clients – majoritairement des multinationales – à se mettre en conformité avec les législations anti-corruption telles que le FCPA, l'UKBA, Sapin II, etc. A ce jour, nous avons réalisé de nombreuses enquêtes dans plus de 130 pays, grâce à un réseau de plus de 500 correspondants à travers le monde.

Nos prestations comprennent :

- L'assistance avec l'élaboration de cartographies des risques ;
- Les études risque-pays et celles portant sur le risque sectoriel au cœur desquelles se trouve une méthodologie unique et actuellement sans équivalent sur le marché ;
- Les due diligences approfondies sur des personnes physiques et morales, si nécessaire avec recours à des sources locales exclusives ;
- Les enquêtes ayant pour objet des fusions-acquisitions, la création de joint-ventures, des alliances stratégiques, etc.

Pour rester à jour des dernières évolutions en matière de lutte contre la criminalité financière dans toutes ses formes, abonnez-vous à notre newsletter mensuelle « Financial Crime Digest » ici : <https://www.aperio-intelligence.com/financial-crime-digest/>.

Pour plus d'informations sur nos services, veuillez contacter :

George Voloshin, Responsable France

Tél. : +33 (0) 6 43 07 80 29

Email : george.voloshin@aperio-intelligence.com



Aperio Intelligence Limited

16 Dufferin Street
London EC1Y 8PD
t: +44 (0)20 3146 8900
e: info@aperio-intelligence.com

www.aperio-intelligence.com

Aperio Intelligence Limited (France)

91 rue du Faubourg Saint-Honoré,
75008 Paris
t: +33 (0) 6 43 07 80 29
e: info@aperio-intelligence.com

Aperio Intelligence Romania SRL

Bulevardul 21 Decembrie 1989, nr.67, ap.
A03, Cluj-Napoca, Romania
t: +40 (0)371 780 734
e: info@aperio-intelligence.com