

FIP

**FINANCIAL
INTELLIGENCE
& PROCESSING**

**NEWSLETTER # 2
JANVIER 2018**

Edito

Meilleurs vœux à tous !



Hervé Zany, CFE
Directeur Général

Toute l'équipe FIP se joint à moi pour vous présenter ses meilleurs vœux pour la nouvelle année. Nous souhaitons qu'elle vous apporte, ainsi qu'à tous les vôtres, beaucoup de joies et de satisfactions personnelles comme professionnelles.

L'année qui vient de s'achever a été marquée par un renforcement des exigences de conformité et d'éthique. Plus que jamais, il est nécessaire pour les entreprises de toute taille de comprendre ces nouveaux enjeux, mais aussi et surtout de réfléchir et d'entreprendre avec prudence pour écarter les menaces, réduire les incertitudes et poursuivre leur croissance.

Au menu de cette édition : une interview exclusive de Brad Birkenfeld, le célèbre whistleblower, auto-proclamé « tombeur du secret bancaire suisse », un focus sur le nouveau texte de référence européen en matière de protection des données à caractère personnel, les mesures de « vigilance raisonnable » de la chaîne de production et d'autres éclairages.

Nous vous en souhaitons bonne lecture et restons à votre écoute pour toute question ou tout commentaire.

Sommaire

- P.4 **FIP EN BREF**
- P.5 **RGPD :**
Protégez vos données
- P.6 **EXCLUSIF** **INTERVIEW BRAD BIRKENFELD**
- P.8 **INDEMNISER LA PERTE
DE VALEUR D'UN INVESTISSEMENT**
- P.10 **DUE DILIGENCE :**
S'adapter pour mieux renseigner
- P.12 **LE MOT DU SEMESTRE**
Vigilance !
- P.13 **LES GRANDES FRAUDES**
Frédéric Pierucci : des bureaux d'Alstom
au pénitencier de Wyatt
- P.14 **MÉCÉNAT**
«Magie à l'hôpital»
- P.15 **LE DESSIN D'HÉLÈNE**
« Un animal dans la lune »

Les informations contenues dans la présente publication sont basées sur des sources et sur des analyses que nous croyons fiables. Ces informations ne doivent pas être interprétées comme des conseils relatifs à une situation particulière et aucune décision ne doit être prise en les considérant comme telles. Les déclarations relatives à des questions d'ordre financier, réglementaire ou juridique doivent être interprétées comme des observations à caractère général basées uniquement sur l'expérience de FIP en tant que consultant en gestion de risques et ne doivent pas être considérées comme des conseils en matière financière, réglementaire ou juridique. De tels sujets doivent être traités par des conseils disposant de la qualification appropriée dans ces domaines. Ce document est la propriété de FIP et il est interdit de copier, ou de reproduire sous quelque forme que ce soit, tout ou partie de son contenu, sans la permission de FIP. Nos clients sont autorisés à diffuser exclusivement cette Newsletter pour leurs besoins informatifs internes.

Copyright FIP France SAS. Tous droits réservés. Le logo FIP est une marque déposée. Imprimé en France. Conception-Réalisation : BERTRAND LE PORT Bleu Petrol Design Graphique.



FIP en bref

FIP est un cabinet de conseil indépendant fondé en 2005 en réunissant les compétences d'experts de l'ingénierie financière, de l'examen de fraude et de l'investigation. FIP a développé une expertise reconnue dans le décryptage d'organisations juridiques offshore et de transactions financières opaques mises en place afin de détourner des actifs et d'en dissimuler les bénéficiaires ultimes. FIP intervient à tous les niveaux de la lutte contre la criminalité financière, aussi bien de manière préventive que réactive.

Nos expertises

- Due Diligence pré-investissement
- Pré-qualification et conformité des partenaires
- Recherche d'éléments de preuve dans tout contexte de litige commercial ou patrimonial,
- Expertise financière dans le cadre de litiges ou d'arbitrage
- Prévention des risques de fraude et de corruption
- Enquête interne indépendante et examen de fraude
- Investigation numérique et audit de sécurité informatique
- Assistance aux huissiers (constat et Art. 145 du CPC)
- Recherche d'actifs saisissables

FIP s'appuie sur un réseau international de partenaires hautement qualifiés (experts financiers, consultants, économistes, avocats, fiscalistes, Fraud Examiners, enquêteurs privés et journalistes d'investigation, etc.).

Cette ressource a permis de façonner la valeur ajoutée de notre groupe et constitue sans doute une des clefs de notre succès.

Notre indépendance garantit le respect strict de la confidentialité des informations qui nous sont communiquées par nos clients.



À vos agendas !

En octobre prochain, FIP fêtera les 10 ans de sa présence à Paris. Avec déjà plus de 800 missions dans le monde pour accompagner près de 200 clients, l'engagement et la motivation de l'équipe restent intacts. Nous y reviendrons prochainement plus en détail.

RGPD : protégez vos données !



En avril 2016, le parlement européen a adopté le **Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD)**. Il remplace la directive européenne de 1995 sur la protection des données à caractère personnel. **Attention ! En cas de manquement, l'amende pourra être très lourde.**

Le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) vise à l'harmonisation des lois sur la protection des données en Europe. Il sera directement applicable dans le droit français à compter du 25 mai 2018. En France, le RGPD reprend les bases de la loi Informatique et libertés de 1978. Son objectif est de garantir la protection des données relatives aux personnes. *La sévérité des sanctions en cas de non-conformité constitue une véritable révolution.*

Qui est concerné ? Toutes les entreprises et les institutions publiques au sein de l'Union Européenne effectuant des traitements de données à caractère personnel (nom de leur contact ou client, sexe, âge, adresse postale, adresse de messagerie électronique...) sont concernées par ce règlement : les banques, assurances, GAFA*, régies publicitaires, sites marchands, FAI**, acteurs de téléphonie, les associations (le fichier contenant la liste des adhérents est une base de données nominative), le ministère de la Justice, la sécurité sociale, les mutuelles, les retraites complémentaires, les OPCA***, mais aussi les administrations, que les données soient enregistrées sur le territoire européen ou non. *Bref, cela concerne à peu près tout le monde.* Le règlement stipule également que les personnes dont les données sont conservées doivent être informées de façon transparente de la modalité du traitement. Elles doivent pouvoir avoir accès à ces informations, les rectifier et les effacer si elles le souhaitent. Enfin, elles ont un droit d'opposition.

Mais qu'est-ce qu'un « traitement » ? Il s'agit de « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration,

la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction ». *En résumé, tous vos fichiers, et ce que vous en faites, devront être enfermés à triple tour.*

Les entreprises soumises au RGPD doivent pouvoir prouver à tout moment qu'elles protègent efficacement les données. Ainsi, le DPO (Data Privacy Officer, responsable du traitement), mais aussi les sous-traitants et prestataires sont coresponsables de la sécurité des données. *Il ne s'agit pas d'une mince affaire.*

Un grand soin doit être apporté à la mise en place de protection des données dès la création de la plateforme de traitement (Privacy by design). Le recensement des bases de données contenant des données nominatives est aussi très important, car si dans des petites structures l'affaire semble assez simple (il y a peu de données), il n'en est pas de même dans les grandes structures, où les bases peuvent être multiples et localisées en plusieurs endroits. Enfin, quand les bases sont identifiées, il est important de sécuriser leurs accès.

Car les sanctions du RGPD sont bien plus lourdes que celles de la CNIL. Ces dernières sont comprises entre 150 000 € maximum pour un premier manquement et 300 000 € en cas de récidive dans les 5 ans.

Le RGPD prévoit de lourdes amendes:

■ jusqu'à **10 millions d'euros** ou, dans le cas d'une entreprise, **2% du chiffre d'affaires annuel mondial** pour des manquements notamment au Privacy By Design, Privacy By Default, en matière de PIA**** etc. ;

■ Jusqu'à **20 millions d'euros** ou, dans le cas d'une entreprise, **4% du chiffre d'affaires annuel mondial** pour des manquements notamment aux droits des personnes (droits d'accès, de rectification, d'opposition, de suppression, droit à l'oubli, etc.).

En plus de ces amendes, les sanctions pénales prévues par les articles 226-16 et suivants du Code Pénal restent applicables et vont de 1 500 à 300 000 € d'amende et jusqu'à 5 ans de prison.

N'attendez pas. La date butoir de la mise en place du RGPD est le 25 mai 2018.

Le département d'investigations numériques du groupe FIP peut vous accompagner en menant les audits de sûreté informatiques nécessaires avant la mise en place d'un système de traitement automatisé de données à caractère personnel.

Le texte complet du RGPD est disponible sur le site de la CNIL à l'adresse suivante : <https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-protection-donnees/>

* GAFA = géants du Web

** FAI = fournisseurs d'accès internet

*** OPCA = les organismes paritaires collecteurs agréés sont des organismes chargés de collecter les fonds de la formation professionnelle continue et de financer la formation des salariés

**** PIA = le responsable de traitement devra conduire une analyse d'impact sur la vie privée (« privacy impact assessment » ou « PIA ») afin d'identifier les risques probables d'atteinte aux droits des personnes, leur gravité, et les mesures adoptées ou devant être adoptées pour sécuriser le traitement.



Hervé Zany, Brad Birkenfeld et Marc Hürner lors de la conférence OffshoreAlert à Londres le 14 novembre 2017

Rencontre avec Brad Birkenfeld

Le célèbre lanceur d'alerte américain est l'homme le plus détesté des banquiers suisses

C'est lors de la conférence annuelle OffshoreAlert à Londres le 14 novembre dernier que nous rencontrons Brad Birkenfeld, le plus célèbre lanceur d'alerte financier américain, auteur de «Lucifer's Banker : l'histoire inédite de la façon dont j'ai détruit le secret bancaire suisse». Nous avons sauté sur l'occasion de lui parler !

Banquier privé international chargé du développement la banque suisse UBS aux Amériques, Brad Birkenfeld a exposé comment UBS a incité des milliers d'Américains fortunés à discrètement placer chez elle près de 20 milliards de dollars. Ses révélations explosives ont ébranlé la forteresse des banques suisses, en prouvant comment elles aidaient systématiquement leurs clients à se livrer à l'évasion fiscale au travers de structures offshore anonymes et de comptes numérotés, quand il ne s'agissait pas de dissimuler corruption ou financement d'activités terroristes. Ses révélations ont déclenché une véritable révolution des lois bancaires et du code fiscal fédéral américain et des conventions fiscales internationales. Brad a été condamné aux Etats-Unis à quarante mois de prison pour complicité, car en dénonçant la fraude au Ministère de la Justice, il avouait en avoir été complice. Toutefois, il a également touché le jackpot à sa sortie : 104 M\$ pour services rendus à l'Internal Revenue Service (IRS), l'administration fiscale des Etats-Unis, soit la plus importante récompense versée à ce jour par une administration américaine à un lanceur d'alerte. S'il s'agit du montant avant impôts, le solde net n'en demeure pas moins important (voir illustration). Cette somme importante est toutefois négligeable au vu des milliards de dollars récupérés par le trésor américain en arriérés d'impôts, amendes et pénalités...

*Propos recueillis par
Hervé Zany,
Fraud Examiner.*

En effet, dans le cadre d'un accord de poursuite différée conclu en février 2009, UBS a reconnu avoir aidé les contribuables américains à dissimuler des comptes étrangers à l'Internal Revenue Service (IRS). Pour éviter le procès et conserver sa licence bancaire, la banque suisse a payé 780 M\$ d'amende et accepté de livrer le nom de 4 450 de ses clients américains ainsi que les informations sur leurs comptes.

Jeune retraité de 52 ans, avec une allure de footballeur américain et de l'énergie à revendre, Brad Birkenfeld est désormais un philanthrope qui conseille gracieusement des gouvernements dans leurs luttes contre l'évasion fiscale et qui soutient les efforts de lanceurs d'alerte du monde entier pour leur éviter les désagréments qu'il a subi.

Dans Lucifer's Banker, vous racontez comment vous découvrez fortuitement un mémorandum rédigé par le département compliance visant à protéger la banque au détriment de ses salariés. C'est bien l'élément déclencheur de vos révélations ?

En 2005, un de mes collègues me soumet une directive interne sous la forme d'un petit mémo de trois pages qu'il a découvert par hasard caché dans l'immense intranet de la banque. Cette directive interdit formellement à tout gérant de fortune de solliciter des prospects aux Etats-Unis. Or, c'est exactement ce pourquoi notre équipe de banquiers privés avait été spécifiquement formée par la banque et c'était notre activité depuis des années ! Et le comble, c'est que ce même département compliance nous formait à éviter tout contrôle des douanes américaines, et à crypter nos ordinateurs et nos conversations avec les clients.

Au-delà des simples placements, nous incitions nos clients américains à dissimuler des espèces et des objets de valeur dans les coffres forts de la banque, à dépenser en utilisant des fonds cachés en Suisse dont l'origine était déguisée sous forme de prêts, à utiliser des cartes de crédit étrangères, etc.

Quelles étaient vos motivations ?

Avec ce document, je réalisais que j'étais dans une position insoutenable face à une direction hypocrite qui savait pertinemment que grâce à nous et sous couvert du fameux secret bancaire suisse, les clients remplissaient de fausses déclarations de revenus comportant des omissions non négligeables.

Vous décidez ensuite de dénoncer cette hypocrisie en la révélant aux autorités américaines.

J'ai tout d'abord bordé la question avec ma hiérarchie en leur demandant de clarifier la donne, car avec ce mémo interne la banque se couvrait, mais elle nous abandonnait si un problème devait survenir. En l'absence de toute réaction de leur part et après trois mois de relances, j'ai démissionné en emportant une volumineuse documentation interne visant tout d'abord à me protéger.

Quelques mois plus tard, au printemps 2006, je prends la décision de révéler mes secrets. D'abord au ministère de la justice puis, devant leur indécision, à la SEC, à l'IRS et à la Commission permanente d'enquête du Sénat. J'étais entièrement déterminé à exposer UBS, ce que je devais faire avec soin pour éviter que cette affaire ne soit enterrée.

Je n'avais alors pas idée que mes révélations puissent être rémunérées, ni bien entendu que, malgré toutes les assurances reçues par mes avocats, j'irais passer près de trois ans en prison !

Dans cette affaire, vous êtes le seul qui, à ce jour, ait été condamné à de la prison ferme. Le fait qu'il suffise aux banques et aux évadés fiscaux de payer pour mettre fin aux poursuites judiciaires à leur rencontre est-il facile à accepter pour vous ?

Non, c'est difficile à digérer et à mon sens cela prouve que le système est pervers et corrompu et surtout que le ministère de la justice américain ne fonctionne pas bien ! Les autorités ne parviennent pas à découvrir les gaspillages, la fraude et la corruption et lorsque des lanceurs d'alerte les en informent, ils sont terriblement maltraités. Quant aux vrais coupables, on se contente de leur prendre un peu d'argent et ils peuvent continuer presque comme avant. Il y a encore de grandes réformes à conduire pour changer la donne morale.

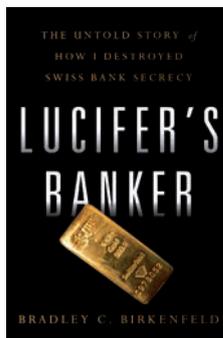
Les lanceurs d'alerte sont-ils vraiment maltraités ?

Oui, tout d'abord dans leur entreprise, où ils sont souvent mal compris ou ignorés, parfois intimidés, menacés, voire licenciés. Ils peuvent même être poursuivis par leurs employeurs sous des prétextes fallacieux.

Et comme si cela ne suffisait pas, les autorités peuvent s'acharner sur eux au moment même où ils sont en difficulté financière du fait de la perte de leur emploi. Cela envoie le pire message possible !

Quel conseil donneriez-vous à un lanceur d'alerte potentiel ?

Je lui conseillerais de tout d'abord me contacter directement car, selon son cas, je peux l'orienter vers la meilleure approche. Je lui dirai également ce qu'il ne doit pas faire et vers qui ne pas se tourner afin de ne pas se mettre en danger.



Lucifer's Banker: The Untold Story of How I Destroyed Swiss Bank Secrecy (Greenleaf Book 2016)

Avez-vous suivi l'actualité sur le sujet des lanceurs d'alerte en France ?

Je crois que votre ancien ministre Michel Sapin a bien compris que les lanceurs d'alerte prenaient des risques personnels importants. Je suis heureux que la loi qui porte son nom leur accorde désormais un statut protecteur.

Souvenez-vous de Stéphanie Gibaud et Nicolas Forissier [NDLR ancienne responsable marketing et ancien responsable de l'audit interne d'UBS France qui ont contribué à dénoncer le démarchage illégal de la banque]. Ils ont été victimes de discriminations puis de licenciements abusifs. Aujourd'hui, cela n'arriverait plus.

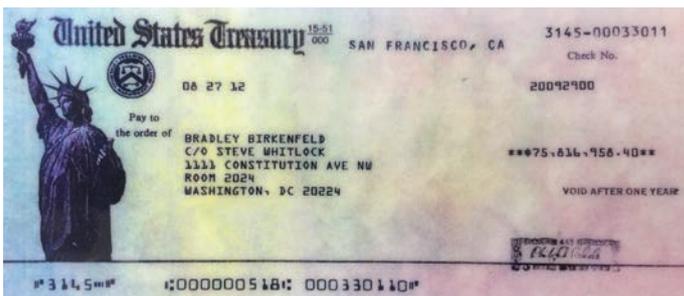
Je regrette toutefois qu'il n'y ait pas de récompense pour des gens courageux qui, comme eux, ont traversé de dures épreuves.

Vous êtes régulièrement présent aux conférences OffshoreAlert. Vous avez donc toujours un attrait pour la finance offshore ?

Le monde offshore opère dans de nombreux points de la planète et, dans de nombreux cas, cela peut servir un objectif légal et utile. Néanmoins, lorsque des individus, des entreprises ou des gouvernements abusent à des fins illégales ou personnelles des possibilités offertes par ces juridictions, cela dessert l'humanité toute entière. Je n'ai rien contre les centres offshore qui jouent le jeu de la transparence.

La conférence OffshoreAlert est avant tout un événement centré sur l'intelligence et les investigations financières. Elle mêle habilement des chercheurs et des experts en criminalité financière et économique, des fonds de financement de contentieux, des avocats spécialisés en recouvrement d'actifs détournés, des spécialistes du renseignement et des représentants publics et privés de centres financiers offshore, y compris des prestataires de services financiers haut de gamme. C'est un mélange assez incroyable. Venir ici permet vraiment de se tenir informé de ce qui se passe dans le monde de la haute finance offshore, avec bien sûr un œil critique.

Pour en savoir plus sur Brad et en attendant la traduction française de son livre passionnant, rendez-vous sur son site web : <https://lucifersbanker.com/>



Reproduction du chèque de récompense... net d'impôts (photo – Brad Birkenfeld)

Le point de vue de Thierry Ballot

Indemniser la perte de valeur d'un investissement

Investir dans une entreprise comporte toujours une part de risques. Ces risques peuvent être liés, par exemple, à une conjoncture défavorable, aux évolutions des techniques ou des habitudes de consommation, aux évolutions démographiques... Cela fait partie des risques stratégiques normaux auxquels est confronté tout investisseur.

Mais la dégradation de la situation d'une entreprise peut aussi être la conséquence de fautes de gestion, voire de la fraude commise par ses dirigeants.

L'investisseur sera en droit d'obtenir réparation de son préjudice. Quelles seront alors les conditions à respecter pour que cette demande puisse prospérer ? Sur quelle base le préjudice pourrait-il être évalué ?

Cet exposé n'a pas vocation à apporter une réponse détaillée à ces questions tant est vaste le sujet, mais plutôt d'exposer les différentes problématiques qu'elles soulèvent.

La mise en cause de la responsabilité suppose que les trois éléments suivants soient réunis : une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage. La charge de la preuve appartient au demandeur.

Les développements ci-dessous porteront sur ces trois éléments. Le rôle de l'expert (intervenant en qualité d'expert de justice nommé par le tribunal ou bien en tant qu'expert de partie) sera ensuite précisé.

La faute

Les principes de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle sont énoncés par les articles 1240 et suivants du Code Civil .

La faute peut être celle des dirigeants de l'entreprise, comme celle des gestionnaires d'un fonds d'investissement. Elle peut consister en :

■ **Une faute de gestion** : implication insuffisante dans la gestion, contrôle interne défaillant, défaut de supervision des filiales ou participations, etc. ;

■ **Faute dans la gestion du fonds d'investissement** : violation intentionnelle de la politique d'investissement, diligences pré-investissement insuffisantes, manque de transparence ou dissimulation d'informations de gestion essentielles, évaluation faussée du portefeuille, etc. ;

■ **Une fraude** : détournement de fonds, détournement de clientèle, abus de biens sociaux. La responsabilité du dirigeant dans la commission de la fraude peut être directe ou bien consister en un défaut de supervision ayant facilité cette fraude. La fraude a un caractère intentionnel qu'il faudra démontrer.

Thierry Ballot
Expert-Comptable et
Expert de Justice près
la cour d'appel de Paris.



La faute sera difficilement contestable par le défendeur si l'implication directe de ce dernier dans la fraude a pu être établie. En revanche, elle sera plus difficile à caractériser dans le cas d'un défaut de supervision ou d'une faute de gestion.

Les difficultés de l'entreprise (diminution de la rentabilité ou faillite) ne peuvent, à elles seules, prouver l'existence d'une faute des dirigeants.

La faute ne sera établie que par comparaison avec ce que l'on est droit d'attendre d'un dirigeant (ou gestionnaire de fonds d'investissement) normalement diligent et compétent. On comprendra bien qu'il ne peut exister de normes préétablies en la matière. Tout est ici cas d'espèce et reste à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Seule une analyse préalable approfondie des faits et la collecte des éléments de preuve permettront au demandeur d'étayer sa demande d'indemnisation.

En l'absence de procédure de discovery en France, cette analyse pourra poser un problème d'accès aux informations, notamment si la victime est un actionnaire minoritaire.

Le lien de causalité

Le demandeur doit établir le lien de causalité entre cette faute et le dommage.

La jurisprudence exige l'existence d'une causalité directe et certaine. L'indemnisation de la victime doit réparer l'entier mais le seul préjudice constituant la suite nécessaire du fait dommageable.

Le lien de causalité fait partie des notions qui sont à la limite du fait et du droit. La preuve du lien de causalité n'est jamais un exercice aisé : un dommage n'est pas toujours rattachable à une cause unique et facilement identifiable.

Des facteurs exogènes à la faute, inhérents à l'entreprise (liés à son fonctionnement ou à sa situation financière) ou extérieurs (conditions climatiques, conditions de marché...), ont pu concourir à la production du dommage. Comment déterminer alors l'impact respectif de la faute et des facteurs exogènes sur la réalisation du dommage ?

La faute a-t-elle eu un rôle déclenchant, accélérant ou aggravant dans la réalisation du dommage ? Quelle aurait été l'évolution de

la situation de l'entreprise compte tenu des facteurs exogènes et en l'absence de faute ?

La faute éventuelle de la victime doit aussi être prise en compte. Le défaut de vigilance de l'investisseur ou de l'actionnaire majoritaire (directement ou par l'intermédiaire de ses représentants au Conseil d'Administration) pourrait-il remettre en cause son indemnisation ou du moins la réduire ? La Cour de cassation a, à plusieurs reprises, rejeté le principe d'un devoir de minimisation du préjudice qui incomberait aux victimes : « l'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences et la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ».

Il n'en irait différemment que si la faute de la victime avait concouru à la réalisation de son dommage.

Dans une affaire récente, deux dirigeants avaient été condamnés pour un montage fiscal frauduleux, ainsi que pour escroquerie et abus de confiance. La Cour de cassation, dans un arrêt du 25 juin 2014, a refusé l'indemnisation intégrale des investisseurs en estimant que ceux-ci n'étaient pas étrangers à leur propre préjudice puisqu'ils n'avaient pu ignorer le comportement infractionnel des dirigeants, voire s'y étaient associés par l'existence d'un accord tacite.

Le dommage

Le dommage correspond à la perte subie par l'investisseur, soit en qualité d'actionnaire de l'entreprise, soit au travers d'un fonds d'investissement.

Toute la difficulté réside dans l'évaluation de cette perte.

L'évaluation du dommage doit prendre en compte le risque inhérent à tout investissement. Ce risque est lié aux fluctuations du marché. Mais il faut également tenir compte du profil plus ou moins risqué des entreprises : sociétés innovantes ou en phase de croissance, risque lié à l'absence de liquidité des titres détenus dans le cas d'une PME...

Le préjudice correspond à l'écart entre une situation « normale » attendue (**situation contrefactuelle**) et la situation effective (**situation factuelle**) dans laquelle se trouve la victime.

La situation contrefactuelle correspond à la situation dans laquelle aurait été la victime en l'absence de la faute et compte tenu des facteurs exogènes.

En d'autres termes, quelle aurait été la situation de l'entreprise (et en conséquence la valeur de l'investissement) en l'absence de la faute (faute de gestion ou fraude) et compte tenu des facteurs exogènes à la faute (organisation et situation financière de l'entreprise, position concurrentielle, évolution du marché, changements technologiques, etc.) ?

Comme on peut facilement l'imaginer, la détermination de la situation contrefactuelle est par nature aléatoire et comporte une part importante de subjectivité. Plusieurs méthodes pourront être utilisées :

- Comparaison avec d'autres situations ou sociétés comparables non affectées par la faute,

- Référence au passé et au futur de l'entreprise lorsque la situation normale est rétablie,

- Référence à un marché,

- Modélisation comptable sur la base des prévisions budgétaires ou économiques de l'entreprise.

Il est nécessaire, pour effectuer cette détermination, de disposer d'une information économique et comptable analytique fiable sur l'entreprise concernée. Cela sera là encore difficile sans accès à l'information de l'entreprise car la seule revue des comptes annuels sera insuffisante.

La situation contrefactuelle sera toujours affectée d'un coefficient de probabilité pour tenir compte du risque inhérent à tout investissement.

De plus l'existence d'hypothèses variées en termes de chiffre d'affaires et de rentabilité pourra se traduire par l'existence de plusieurs scénarii de chiffrage : optimiste, pessimiste, médian.

Le rôle de l'expert

La fixation du montant des réparations à accorder en cas de préjudice relève du pouvoir souverain des juges du fond. Mais compte tenu de la complexité de l'évaluation du dommage, le juge pourra souhaiter avoir recours à un homme de l'art dont la compétence a été reconnue par l'inscription sur une liste d'experts de justice.

Indépendamment de la nomination d'un expert de justice, le demandeur pourra, pour conforter son dossier, demander à un expert indépendant de procéder à une évaluation préalable du dommage. Ce dernier confortera la demande en indemnisation grâce à sa technicité et à sa crédibilité.

L'expert éclairera le juge sur le point de savoir s'il existe ou non un lien de causalité entre les faits et le dommage, ainsi que sur l'existence et l'incidence éventuelle de facteurs exogènes. En revanche, la qualification du caractère fautif ou non d'un fait reste totalement étrangère à la mission de l'expert. L'expert interviendra également sur la détermination de la situation contrefactuelle. Il procédera préalablement à une analyse de la situation de la victime, de son activité, de son marché, de ses avantages concurrentiels, parallèlement à une analyse plus globale du marché (évolutions de la concurrence, évolutions technologiques).

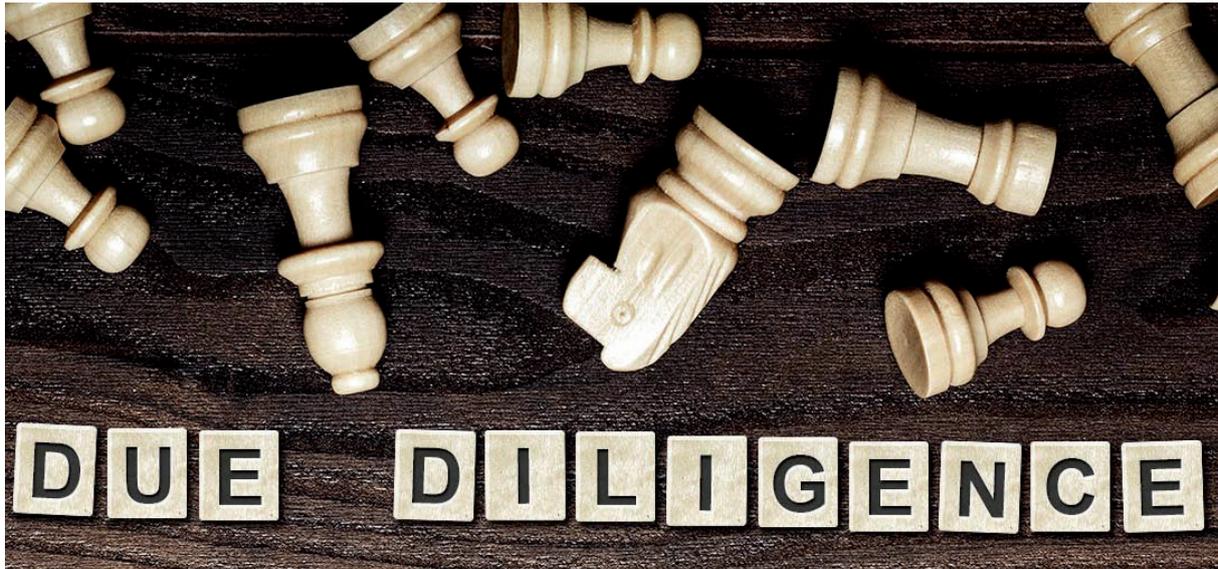
Compte tenu du caractère à la fois aléatoire et subjectif de ces éléments (lien de causalité

et situation contrefactuelle), l'expert, en toute indépendance d'esprit, pourra exposer les différentes hypothèses susceptibles d'être retenues, avec les incidences chiffrées correspondantes. Il devra accomplir son travail avec rigueur afin de réduire au maximum les incertitudes.

Toutefois, c'est bien seul et dans son pouvoir souverain d'appréciation des faits, que le juge arbitrera entre les différentes options qui lui seront présentées par toutes les parties. Cet arbitrage pourra prendre en considération des principes antinomiques et également respectables (équité ou ordre public, devoir de responsabilité de chaque acteur, etc.).

LES ACTIVITÉS DE FIP EN ÉVALUATION DE PRÉJUDICE ET EXPERTISE DE PARTIE

Au cours de ces cinq dernières années, FIP est intervenue dans des dossiers complexes en tant qu'expert de partie ou expert indépendant. Des consultants de FIP ont également été amenés à produire des rapports ou à témoigner dans le cadre d'instances civiles ou pénales en France, en Belgique, en Italie et en Suisse.



Le due diligence : s'adapter pour mieux renseigner

Les obligations de vigilance pour les entreprises et notamment la réalisation de diligences raisonnables ou renforcées sur leurs agents et sur leurs partenaires commerciaux se sont renforcées.

La réalisation de ces investigations vise en premier lieu à lutter contre la corruption et le blanchiment d'argent (Loi dite « Sapin II »), mais les derniers textes français (Loi 2017-399 du 27 mars 2017) instaurent également, pour les grandes entreprises donneuses d'ordre, une obligation de valider les partenaires qui participent à la chaîne de production quant à leurs pratiques dans le domaine des droits de l'homme et de l'environnement.

Au-delà de l'obligation de conformité, la réalisation d'un due diligence est souvent une étape vitale dans le processus de prise de décision stratégique. L'objectif étant de fournir une image réaliste d'une situation à un « instant t » et d'identifier les zones de risque liées au projet ou à la relation d'affaires envisagée.

La méthodologie de recherche permettant la réalisation d'une analyse de risque va s'appuyer sur deux types de sources d'information : sources publiques et sources humaines. La nature, l'étendue et la qualité de ces sources seront très variables en fonction de la juridiction où se déroulent les recherches.

L'obtention de données liées aux entreprises et à leurs dirigeants peut s'avérer complexe dans un environnement juridique moins développé ou victime d'un décalage important entre les règles théoriques et la pratique.

Les sources d'informations officielles, comme les registres du commerce, les registres de propriété immobilière et les autres banques de données d'informations légales, constituent une

première base dans l'analyse des entités et des personnes étudiées. Cette première recherche documentaire est complétée par une revue critique de la presse locale (dont la fiabilité doit être appréciée), des réseaux sociaux et des autres sources en ligne (portails sectoriels, blogs, forums). Enfin, il sera indispensable de consulter les principales listes de sanctions et de surveillance nationales et internationales, ainsi que les banques de données spécialisées dans la compilation de liens avec des personnes exposées politiquement (PEP).

L'automatisation du processus de diligences documentaires, qui s'est fortement développée pour répondre aux besoins des programmes de conformité, est peu utile pour contribuer à un due diligence sur un projet ou une relation d'affaires stratégique. Dans ce type de recherches, l'analyse humaine des informations, basée sur l'expérience de l'analyste, est indispensable pour identifier les enjeux cruciaux, mettre en évidence les signaux d'alerte et orienter les travaux pour faire apparaître des éléments de réponse et d'aide à la prise de décision. Une approche terrain est également nécessaire afin d'appréhender les risques prédominants propres à chaque marché et les nuances avec lesquelles ils se manifestent selon les juridictions considérées.

*Hanna Boudet,
analyste, diplômée
de l'INSEEC Lyon
et de l'EGE.*

Dans cette perspective, il est important de disposer de correspondants qualifiés et expérimentés, rompus aux aspérités locales et capables d'assister les analystes sur des aspects aussi variés que les pratiques sectorielles, les risques politiques et les pratiques d'affaires locales. La maîtrise des subtilités culturelles sera également essentielle à la conduite d'entretiens avec des sources humaines dans le pays.

Ces grands principes sont illustrés ci-dessous en prenant l'exemple de la Russie.

Contexte géoéconomique

- La France est le premier pourvoyeur du pays en flux d'IDE.
- Les échanges commerciaux franco-russes ont atteint 10,4 milliards d'euros en 2016.
- Les investissements français sont très diversifiés : agroalimentaire, automobile, transports, secteur financier, énergie et distribution.
- En 2014, introduction par l'UE de sanctions contre la Russie suite à l'annexion de la Crimée et suspension de la Russie du G8.

Contexte économique et juridique local

- Forte présence de l'Etat dans l'économie (contrôle de 40% de la production pétrolière et de 70% du PIB). De nombreux secteurs jugés stratégiques sont fermés aux investissements étrangers.
- Généralisation du phénomène d'économie parallèle qui est devenu banalisé par les chefs d'entreprise du pays.
- L'évasion fiscale offshore et les fraudes aux états financiers font partie

du quotidien des acteurs économiques, tout comme la corruption qui affecte les pouvoirs législatif et exécutif.

- Héritage du passé communiste, il n'y a pas de protection efficace de la propriété intellectuelle et les activités de contrefaçon demeurent monnaie courante.

Informations publiques

- Les informations du registre du commerce doivent être interprétées avec vigilance. Les administrateurs enregistrés dans les publications officielles des sociétés peuvent être des prête-noms professionnels et ne pas être les réels décideurs. En outre, il est fréquent que des informations ne soient plus à jour, certaines personnes apparaissant encore comme dirigeants plusieurs années après la fin de leur mandat, voire après leur mort.
- De même, les sociétés par actions ne sont pas tenues d'informer de leurs changements d'actionnaires. Ces informations ne sont généralement communiquées par l'entreprise elle-même que lors de l'enregistrement. Par conséquent, les recherches d'actionnaires (et les recherches inversées au nom des actionnaires) ne sont pas exhaustives.

■ La structuration de l'économie russe en grands conglomérats obscurcit la vision des informations pertinentes et dissimule fréquemment les signaux d'alerte. Par exemple, la réputation d'un homme d'affaires et de son groupe peut sembler bonne alors qu'un scandale d'importance affecte l'une de ses filiales.

■ Les groupes de presse sont généralement contrôlés par l'Etat ou par des individus puissants qui ont recours à la presse pour promouvoir leurs intérêts d'affaires. Il est donc essentiel d'apprécier la crédibilité des informations publiées. Celles-ci peuvent être non vérifiées ou avoir été publiées dans le cadre de campagnes d'influence orchestrées par le pouvoir ou par des groupes d'intérêt privés. Certains sites d'information sont exclusivement consacrés à ce type de campagne, et mélangent leurs propres articles commandités avec d'autres articles issus de la presse générale.

Pour toutes ces raisons, il est essentiel de mener une analyse critique des informations publiques en coordination avec des investigateurs russophones expérimentés et maîtrisant parfaitement le contexte local des affaires.



FIP s'appuie sur un réseau international de partenaires hautement qualifiés (experts en criminalité financière et économique, avocats et fiscalistes de centres financiers offshore, Fraud Examiners, spécialistes du renseignement, enquêteurs privés et journalistes d'investigation, etc.). Sélectionnés au cas par cas et encadrés avec soin, ils apportent une expertise essentielle à la bonne compréhension des enjeux et des risques pour les clients de FIP.

Le mot du trimestre



Prévoir les risques de violation des droits humains et des dommages environnementaux.

« C'est pas moi, c'est lui ! » pouvaient arguer les multinationales françaises en mettant en cause leurs sous-traitants si un événement tragique survenait. En matière de pratique sociale et environnementale, ce temps est révolu et les donneurs d'ordre doivent désormais prendre leurs responsabilités.

La loi N°2017-399 du 27 mars 2017, aussi appelée « loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre » impose aux sociétés de plus de cinq mille salariés en France sur deux exercices consécutifs, ou 10 000 salariés dans le monde (filiales comprises), d'établir un plan de vigilance annuel et public, adossé au rapport financier annuel.

La loi qui s'inspire en partie des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme s'applique aux activités de la société mère ou donneuse d'ordre, aux sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement ainsi qu'aux sous-traitants et fournisseurs de la société mère, et de ses filiales ou sociétés contrôlées, avec lesquels elle entretient une « relation commerciale établie ». Pour les 150 à 200 entreprises multinationales françaises directement concernées, il faudra donc bien connaître tous les acteurs de sa chaîne de production.

Le plan de vigilance « comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement », précise le texte de loi.

Il doit présenter une cartographie des risques (ce qui induit de les identifier, de les analyser et de les hiérarchiser), des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs, des actions pour atténuer les risques ou prévenir toute atteinte grave, un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements (établi en concertation avec les organisations syndicales) et enfin, un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre.

Si la société ne parvient pas à établir, à publier ou à mettre en place son plan de vigilance, elle peut être mise en demeure de respecter ses obligations par toute personne justifiant d'un intérêt à agir. Il s'agit là d'une interpellation formelle, dont la publicité médiatique risque de nuire à sa réputation. Trois mois sont laissés à l'entreprise pour se mettre en conformité avec la loi. Au bout de ces trois mois, un juge commercial pourra prononcer une injonction sous astreinte et publier sa décision.

La responsabilité civile de l'entreprise pourra être engagée et l'entreprise pourra être condamnée à « réparer le préjudice » dans le cas précis d'une absence de plan, d'un plan insuffisant ou de défaillances dans sa mise en œuvre. Elle devra donc verser des dommages et intérêts aux victimes. Les éventuelles actions en justice ne devraient pas voir le jour avant 2019, puisqu'elles s'appuieront sur le rapport portant sur le premier exercice ouvert après la publication de la loi.

Cette loi vise à éviter de nouvelles catastrophes humaines comme celle de l'effondrement de l'immeuble du Rana Plaza, à Dacca au Bangladesh, qui abritait 6 usines de textile sous-traitantes de grandes marques occidentales et dans lequel plus de 1100 ouvriers avaient trouvé la mort en 2013.

Un décret en Conseil d'État pourrait préciser le contenu du plan et/ou les modalités de son élaboration et de sa mise en œuvre. Toutefois, en l'absence d'un tel décret, la loi s'applique déjà et en l'absence de référents internationaux similaires ou normatifs du type ISO, les meilleures pratiques sont en cours d'élaboration.

Pour les entreprises concernées, il ne faudra pas céder à la tentation de mettre en place le plan de vigilance avec pour seul objectif la conformité à la loi. D'abord, la noblesse des objectifs devrait susciter en interne un véritable enthousiasme collaboratif qu'il ne faudra pas décevoir. Ensuite, il nous semble que cette loi pourrait servir d'outil d'influence ou de déstabilisation de la part de concurrents mal intentionnés qui se feraient un plaisir d'investiguer et de livrer clef en mains des preuves de non-respect des obligations à des plaignants, ONG ou d'une association « ad hoc » qui justifiera d'un intérêt à agir.

- 1 Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation
- 2 Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels existe une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques
- 3 Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves
- 4 Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société
- 5 Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité

Les grandes fraudes

Frédéric Pierucci : des bureaux d'Alstom au pénitencier de Wyatt

L'ancien vice-président monde de la division chaudière pour centrales électriques du géant français est actuellement incarcéré dans une prison fédérale américaine. Sa faute ? Avoir versé des pots-de-vin à un député indonésien et à des responsables locaux pour obtenir un contrat d'électricité, avec l'aval de sa hiérarchie.

La décision est tombée le 25 septembre 2017. La cour fédérale de justice de New Haven, Connecticut, a condamné Frédéric Pierucci à 30 mois de prison pour corruption et 20 000 dollars d'amende. Pour l'ancien cadre français d'Alstom, âgé de 49 ans, c'est la douche froide. Le message est clair : « le FCPA et la convention de l'OCDE sont à prendre au sérieux », souligne la juge de la cour fédérale, faisant référence au Foreign Corrupt Practices Act, loi de 1977 permettant à la justice américaine de combattre la corruption en poursuivant des sociétés ayant un lien avec les Etats-Unis (même pour des faits commis hors du territoire), et à un texte signé par l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques en 1997. La juge a motivé sa décision par l'impact de la corruption sur le bien public et la primauté du droit dans les pays étrangers : « Les efforts pour installer et soutenir la démocratie dans ces pays sont contrecarrés si les hommes d'affaires internationaux estiment que vous ne pouvez pas rivaliser sans pots-de-vin », ajoutant que l'affaire Pierucci « sera un marqueur de la fin de ce cercle vicieux ». On ne plaisante pas avec la justice américaine, même quand on appartient à l'un des plus grands groupes industriels mondiaux.

Retour sur les faits

Le 15 avril 2013, Frédéric Pierucci est arrêté à l'aéroport de New York alors qu'il était en déplacement professionnel aux Etats-Unis. Il est immédiatement placé en détention provisoire à la prison de haute sécurité de Wyatt, Rhode Island. Avec lui, trois autres cadres du groupe français sont arrêtés. Pierucci est alors vice-président monde de la division chaudière d'Alstom. Passé par l'ENSMA, l'INSEAD et l'université de Columbia, basé à Singapour, il est à la tête d'une division qui génère près de 1,2 milliard d'euros de chiffre d'affaires et emploie 3500 collaborateurs.

Les autorités américaines l'accusent d'avoir, entre 2002 et 2009, versé ou cautionné le versement de pots-de-vin à des hommes politiques indonésiens pour remporter un contrat de 118 millions de dollars lié au projet énergétique Tarahan, en Indonésie.

Deux jours après l'arrestation de Pierucci, Alstom publie un communiqué précisant que l'entreprise « coopère de façon constructive avec le Département de la Justice depuis deux ans pour répondre à toute allégation d'inconduite passée », et se dit « déterminée à assurer que la conduite de ses affaires dans le monde entier est totalement conforme à toutes les lois et réglementations ». L'arrestation de Pierucci marque la fin d'une partie de cache-cache commencée quatre ans auparavant.

Depuis 2010, Alstom est au cœur d'une enquête ouverte par la

division criminelle du ministère américain de la Justice. Ce dernier avait alors invoqué le FCPA pour enquêter sur les pratiques commerciales du groupe français. Cotée à New-York jusqu'en 2004 et disposant de filiales outre-Atlantique, dont l'une dans le Connecticut dirigée par Pierucci de 2002 à 2006, Alstom ne pouvait y échapper.

L'enquête américaine porte d'abord sur le contrat indonésien pour lequel Pierucci sera inculpé. Puis, elle est étendue à d'autres marchés (en Égypte, en Arabie saoudite, à Taiwan et aux Bahamas) pour des faits de corruption s'étendant de 2002 à 2011. Une vingtaine d'enquêteurs se mettent au travail, épluchant des centaines de milliers de mails personnels et privés, recueillant les aveux d'une demi-douzaine de cadres, enregistrant des conversations et procédant à des écoutes téléphoniques. Le dossier contre Alstom s'alourdit.

L'entreprise tarde pourtant à reconnaître ses torts. « Initialement, l'accusé n'a pas voulu coopérer avec les investigations du département. Ce manque de coopération a conduit le département à enquêter sur des personnes impliquées dans le schéma de pots-de-vin », souligne le ministère de la justice. L'arrestation des quatre cadres d'Alstom a suivi.

Les procureurs américains dénoncent alors l'organisation mise en place par le groupe français. Selon eux, les individus en charge de la compliance auraient « sciemment » transgressé les procédures, et les responsables de l'audit ou de la direction financière auraient dû réagir aux signaux d'alerte « red flags ».

En 2014, Alstom plaide coupable et se voit infligé une amende de 772 millions de dollars pour avoir pratiqué la corruption à grande échelle et pour avoir falsifié ses livres de comptes afin de la dissimuler. C'est la plus grosse amende jamais infligée à un industriel. Jusque-là, le record de condamnation était détenu par le concurrent Siemens.

Quelques mois plus tard, Alstom cède son pôle énergétique à l'Américain General Electric. Dans l'accord de vente, GE reprend la totalité du passif, dont le passif pénal de 772 millions de dollars. Pendant son procès, Frédéric Pierucci a déjà effectué 14 mois de détention préventive dans la prison de haute sécurité surchargée de Wyatt, Rhode Island. Il en est sorti grâce au versement d'une caution de 1,5 million de dollars et à la mise en garantie des maisons de deux de ses amis. À nouveau en prison après le jugement de condamnation, l'ancien dirigeant espère voir sa peine réduite de douze mois pour bonne conduite.

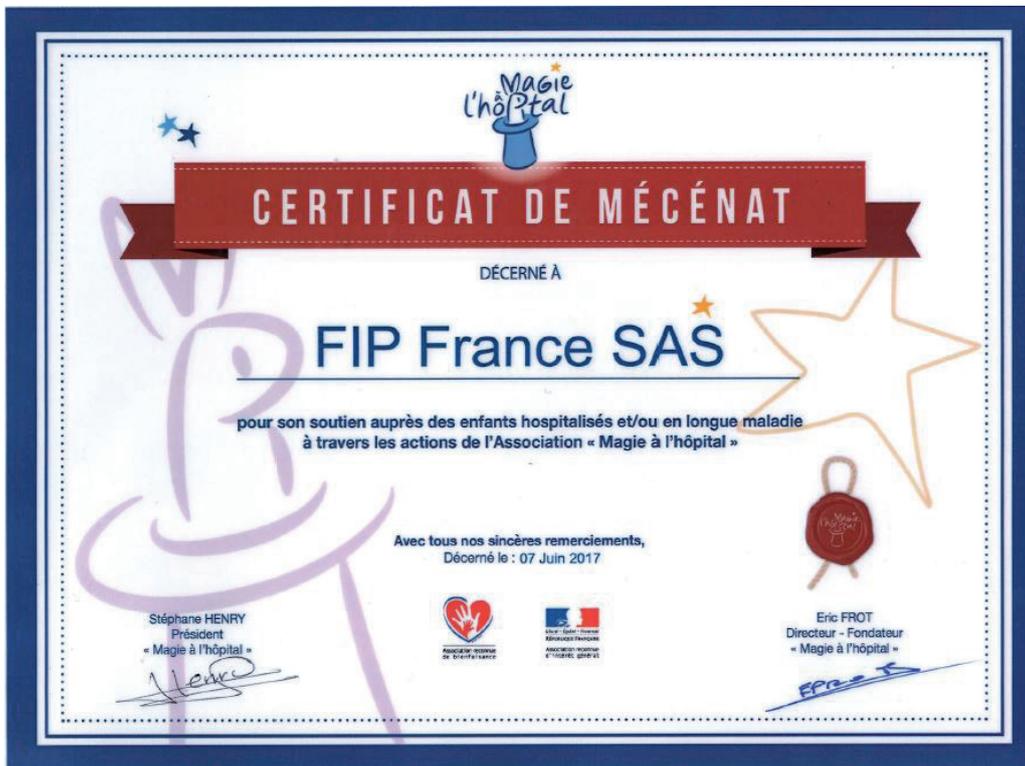
Quant au soutien d'Alstom, Pierucci l'a totalement perdu en reconnaissant sa culpabilité afin d'alléger les sanctions pénales qu'il encourait (10 ans de prison et un demi-million de dollars d'amende). Sept mois après son arrestation, alors qu'il est sous les verrous, et après 22 ans de contrat de travail, le cadre est licencié pour « motif réel et sérieux, absence prolongée et nécessité de trouver un remplaçant ». L'affaire sera vraisemblablement jugée aux prud'hommes. De quoi faire réfléchir plus d'un cadre dirigeant.

Coup de pouce



Chez FIP, nous sommes fiers de soutenir l'Association **Magie à l'hôpital**, une belle aventure humaine qui se développe pour et avec les enfants hospitalisés en France. L'association est reconnue d'intérêt général depuis 2007 et de bienfaisance depuis 2015.

Ses comptes sont transparents. Aucune prestidigitation à craindre de ce côté-là !
www.magie-hopital.com



Le dessin d'Hélène Malric

Comme pour notre précédente Newsletter, l'illustratrice Hélène Malric a choisi une fable de Jean de la Fontaine pour illustrer sa vision de nos métiers : « Un animal dans la Lune »



« Le Monstre dans la Lune à son tour lui parut.
C'était une Souris cachée entre les verres »

Les sens ne nous montrent que les apparences des choses et celles-ci sont par nature trompeuses. L'apparence combinée à la raison, c'est-à-dire l'analyse par une autre perspective, apporte une vérité parfois bien différente de la première impression !

FIP

FINANCIAL
INTELLIGENCE
& PROCESSING

FRANCE

11, rue Ernest Psichari
F - 75007 Paris

Tél : +33 1 40 17 09 85

BELGIQUE

364 Boulevard Lambermont
BE - 1030

Tel : +32 2 215 52 35

SUISSE

rue Ferdinand-Hodler 9
CH - 1204 Genève

Tel : +41 22 732 10 63