

FIP

**FINANCIAL
INTELLIGENCE
& PROCESSING**

**NEWSLETTER # 3
DÉCEMBRE 2018**

Edito

Paris, 10 ans déjà !



Marc Hürner
Président

Il y a près de dix ans, alors qu'on enterrait Lehman Brothers et que la planète se précipitait dans une crise financière et économique mondiale d'envergure, nous ouvrons le bureau de FIP à Paris.

Un challenge ? Certes, mais les périodes de crise étant plus propices aux mauvaises pratiques que les périodes de croissance, cela faisait sens, pour nous, d'offrir nos expériences, nos compétences et notre indépendance sur un marché encore niche mais amené à se développer.

Et nous avons eu raison : le cabinet parisien figurera rapidement - et aujourd'hui encore - en bonne position dans le classement des meilleurs cabinets de conseil en France du Magazine Décideurs dans la catégorie Litigation support et Fraude financière. Avec toujours le même niveau d'engagement et de qualité de services.

La source de nouveaux projets à dominante réglementaire ne se tarit pas. Dans ce nouveau numéro de notre Newsletter, nous avons souhaité faire le point sur le « secret des affaires », texte de loi impactant toutes les organisations. Vous lirez notre interview exclusive du député Raphaël Gauvain, rapporteur du projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale en juillet dernier. Vous retrouverez également nos rubriques usuelles : le mot du semestre (« bénéficiaire effectif »), grandes fraudes (retour sur le fameux carrousel de TVA), les problématiques d'indemnisation (des pratiques de concurrence déloyale), quelques nouvelles de nos activités et, bien sûr, le dessin d'Hélène Malric.

Bonne lecture !

Sommaire

- P.4 **FIP EN BREF**
- P.5 **SECRET DES AFFAIRES**
On fait le point !
- P.6  **ENTRETIEN AVEC
LE DÉPUTÉ RAPHAËL GAUVAIN**
- P.8 **CONSTATS INFORMATIQUES**
Article 145 et secret des affaires
- P.10 **LE MOT DU SEMESTRE**
Bénéficiaire effectif
- P.11 **LES GRANDES FRAUDES**
Carrousel de TVA sur le marché carbone
- P.12 **INDEMNISER LA PRATIQUE
DE CONCURRENCE DÉLOYALE**
- P.15 **BRÈVES**
- P.18 **LE DESSIN D'HÉLÈNE**
« Les animaux malades de la peste »

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.

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

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

FOCUS : LES ACTIVITÉS ANTI-FRAUDE DE FIP

Diagnostic, conseils préventifs et formation

- Revue des dispositifs de prévention (Fraud Risk Assessment)
- Cartographie des risques de fraude et de corruption
- Audits des procédures de conformité
- Formations (généralistes ou spécialisées)

Enquêtes internes

- Investigation d'allégations de corruption et de malversations financières
- Analyse de manipulations comptables, transactions ou documents suspects
- Contrôles automatisés de données (avec ACL)
- Investigations numériques

Nos travaux sont exécutés en adéquation avec les meilleures pratiques, guides méthodologiques et préconisations de l'ACFE. Nous intervenons en France et à l'étranger, notamment en Afrique.

Secret des affaires, on fait le point !

Le 30 juillet 2018 a été adoptée la loi n° 2018-670 relative à la protection du secret des affaires, venant transposer la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Pour défendre le secret de leurs affaires, les entreprises pouvaient jusqu'alors passer par plusieurs outils juridiques en Europe, comme le droit de la propriété intellectuelle ou le droit pénal. Lancée fin 2013 par le commissaire français Michel Barnier, la directive européenne sur la protection du secret des affaires avait été adoptée le 8 juin 2016. Suite à ce vote, les 28 États-membres avaient deux ans pour transposer dans le droit national les grands principes de la directive. Cette directive vise, dans un contexte de compétition économique mondialisée, à mieux protéger les entreprises européennes, plus particulièrement les PME, réputées vulnérables face à l'espionnage économique et industriel. Elle a également pour objectif de remédier à la disparité des droits nationaux en cas d'appropriation illicite d'une information confidentielle. En France, le texte a été rapporté par Nicole Belloubet, ministre de la Justice, et par le député (LREM) Raphaël Gauvain. Il a été adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, le 28 mars 2018.

Cette loi introduit une protection juridique qui faisait jusqu'alors défaut en France et rend illégales l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'une information répondant à trois critères :

- Elle ne doit pas être généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;
- Elle doit revêtir une valeur commerciale du fait de son caractère secret ;
- Elle doit faire l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables pour en protéger le secret.

Dès lors que ces conditions sont réunies, l'entreprise peut saisir la justice afin de prévenir ou de faire cesser l'atteinte à son secret des affaires : elle pourra par exemple demander la destruction de disques durs sur lesquels l'information serait stockée, ou encore l'interdiction préventive d'une prise de parole visant à divulguer le secret. L'entreprise peut également réclamer à celui qui a violé son secret une

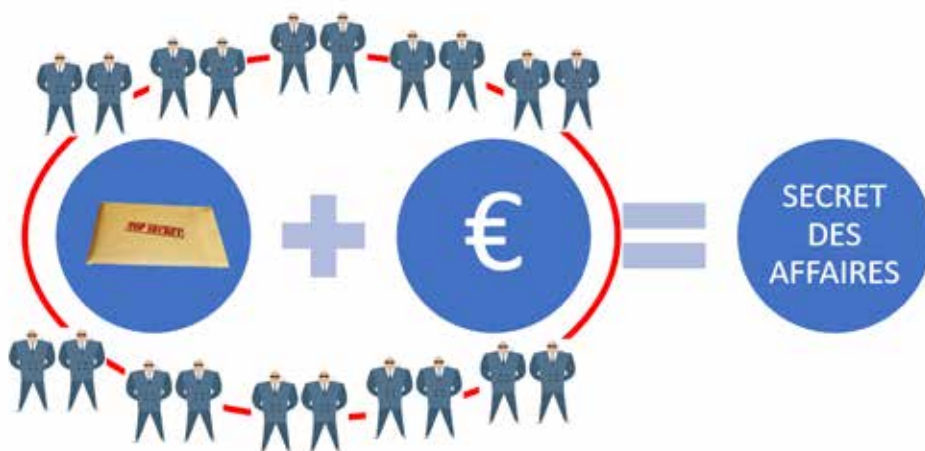
réparation financière, proportionnelle à la perte subie et au préjudice moral que l'affaire lui a causé.

La loi définit par ailleurs le caractère illicite de l'obtention, l'utilisation et la divulgation d'un secret des affaires. Et pour éviter d'entrer en contradiction avec d'autres nécessités démocratiques, elle définit également des cas d'exceptions pour les journalistes, les lanceurs d'alerte et les représentants des salariés et des administrations publiques.

Comme pour d'autres textes récents évoqués dans nos précédentes Newsletters, le terme « raisonnable » des mesures de protection n'est pas défini par la loi. Pour revendiquer la protection de la loi, il nous apparaît nécessaire :

1. De formaliser et mettre en application un processus formel d'identification et de classification de l'information que l'entreprise souhaite protéger (par exemple, ses documents de stratégie et modèles économiques, ses organigrammes, des méthodologies internes, l'existence de relations commerciales ou ses fichiers clients, etc.) ;
2. Des moyens de protection spécifiques d'ordre technique (physique et numérique), contractuel et humain qui s'ajouteront à ceux déjà en vigueur ;

*Hanna Boudet
FIP Paris*



3. La mise à jour des chartes et règlements intérieurs et la sensibilisation du personnel et des éventuels tiers externes susceptibles d'y avoir accès ;
4. Et, par anticipation, le processus de gestion de crises qui sera mis en œuvre pour démontrer le caractère illicite de l'obtention, de l'utilisation et de la divulgation des secrets par un tiers.

Le législateur a prévu que le caractère raisonnable des mesures de protection soit apprécié « compte tenu des circonstances », ce qui, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa Décision du 26 juillet dernier, « renvoie notamment aux moyens dont dispose l'entreprise ». Il eût été paradoxal qu'un texte visant principalement à protéger les PME ne leur impose un carcan de mesures lourdes et coûteuses.

Entretien avec Raphaël Gauvain

Député LREM de la 5ème circonscription de Saône-et-Loire, rapporteur du projet de loi sur le secret des affaires.

Vous avez expliqué devant l'Assemblée nationale que le texte avait vocation à « protéger le cerveau des entreprises face à l'espionnage économique ».

Quelles sont les principales affaires ou évolutions récentes qui ont alimenté votre réflexion pour élaborer votre proposition de loi ?

Il n'y a pas eu une affaire particulière, on est face à un mouvement de fond. Le retard de l'Europe face à la législation des Etats-Unis et certaines affaires d'espionnage industriel dont la France a été victime de la part des Chinois ont montré qu'il fallait se doter d'une législation forte et cohérente. L'origine de la proposition de loi est une transposition d'une directive adoptée il y a deux ans au niveau européen. La France avait l'obligation de transposer cette directive. Mais le débat sur le secret des affaires remonte aux années 90, lorsque pour la première fois on a commencé à s'interroger, à côté de tout le dispositif lié à la propriété intellectuelle (les accords ADPIC, aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, ndlr), à la façon de protéger le cerveau des entreprises. C'est-à-dire protéger toutes les informations qui

font partie du patrimoine de l'entreprise. En France, depuis 2011 et la première proposition de loi, toutes les propositions ont échoué. C'était un serpent de mer.

Contre quelles menaces cette loi va-t-elle protéger les entreprises ?

Les menaces sont le risque d'espionnage industriel et le risque de concurrence déloyale. Des entreprises concurrentes, en France ou à l'étranger, essaient de voler le savoir-faire de nos entreprises. Nous donnons à ces dernières un outil particulier pour les protéger et pour engager des actions en responsabilité devant le juge des référés pour pouvoir récupérer leur patrimoine de manière plus rapide.

Quelles ont été les difficultés rencontrées pour l'établissement du texte français ?

La difficulté principale est un débat récurrent depuis 2010 : la problématique de la liberté de la presse et des lanceurs d'alerte. Le législateur est accusé de porter atteinte à la liberté de la presse. Il a fallu, et il faut encore, faire preuve de très grande pédagogie pour bien expliquer l'architecture du texte et bien expliquer

Propos recueillis par la rédaction





“ Nous définissons très précisément ce qu'est le secret des affaires, nous précisons quand il peut y avoir des exceptions pour la presse et nous donnons des garanties de procédure. »

que les journalistes et les lanceurs d'alerte ne sont absolument concernés par ce texte. La législation ne leur est pas opposable. Quand bien même l'entreprise aurait un secret des affaires découvert par le journaliste, ce dernier pourrait exercer son travail.

Quels seront, à votre avis, les principaux bénéficiaires de cette loi ?

L'ensemble des entreprises, mais également les journalistes et les lanceurs d'alerte car nous mettons en place un cadre juridique plus clair, plus précis. Nous définissons très précisément ce qu'est le secret des affaires, nous précisons quand il peut y avoir des exceptions pour la presse et nous donnons des garanties de procédure. La problématique du secret des affaires existe depuis longtemps, mais elle était réglée par la jurisprudence qui avait énormément d'affaires mal ficelées.

Comment expliquez-vous le paradoxe entre la demande croissante de transparence d'un côté (illustrée par la pression appliquée sur les paradis fiscaux depuis quelques années) et les risques d'opacité que pourrait favoriser un texte sur le secret des affaires dans des pays traditionnellement plus transparents comme la France ?

Pour moi, il n'y a pas de contradiction. Les deux vont de pair. Il ne s'agit pas d'opacité, il s'agit d'une nécessité d'une protection. Il faut protéger le savoir-faire d'une entreprise parce que c'est son capital, ce qui lui permet de se développer et d'investir. Toute entreprise a son

secret de fabrique et il est normal qu'il n'y ait pas une transparence totale à ce sujet. En revanche, la rémunération d'un dirigeant ne dépend pas du domaine du secret des affaires. Il faut qu'il y ait de la transparence à ce sujet. Et si l'entreprise commet des irrégularités, évidemment, cela pourra être dénoncé à la justice.

Que pensez-vous de la proposition sénatoriale d'instauration d'un délit d'espionnage économique ? Qu'ajouterait un tel délit au droit pénal existant et comment souhaiteriez-vous l'intégrer dans le texte ?

A l'Assemblée Nationale, nous étions extrêmement opposés à cette question. D'abord, parce que l'échec des différentes législations et des tentatives d'encadrer le secret des affaires en France l'a été à chaque fois par la voie pénale, c'est une erreur. Cela ressuscite des peurs infondées contre la presse parce que l'on crée un délit pénal et que l'on poursuit en correctionnelle les journalistes. Ensuite, cela ne sert à rien. Si le parquet veut poursuivre quelqu'un qui aurait porté atteinte au secret des affaires, qui se serait rendu coupable de vol, d'abus de confiance ou d'introduction dans un système informatisé, il dispose dans le droit français de suffisamment de dispositions pour poursuivre la personne. Nous n'avons pas besoin de créer un délit spécifique. Enfin, la voie civile est beaucoup plus efficace et plus rapide qu'une voie pénale qui prend des mois. Avec un référé d'heure à heure, on peut avoir une audience dans les trois jours. C'est inimaginable en passant par la voie pénale.

Constats informatiques

Article 145 et secret des affaires



La mesure d’instruction de l’article 145 du Code de Procédure Civile permet de recueillir des preuves en vue d’une future action en justice. Sur la base d’un motif légitime, cet article permet à toute partie, et sans que l’adversaire potentiel en ait connaissance, la désignation d’un huissier de justice pour pratiquer des mesures de constat et de saisies de documents afin d’établir les faits allégués et ainsi d’évaluer l’ampleur des agissements commis à son encontre.

Arnaud Mazoyer
est Directeur du
département
Investigations
Numériques et Sécurité
informatique

L’article 145 stipule que « s’il existe un motif légitime de conserver ou d’établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige, les mesures d’instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

Il n’exige pas que la personne qui supporte la mesure soit le défendeur potentiel au futur procès.

Il y est régulièrement fait recours dans des affaires de vol d’informations commerciales ou sensibles, de concurrence ou d’activité déloyale, de débauchage massif de salariés, de rupture abusive de contrat, ou pour permettre à un ancien salarié de

recupérer des éléments de preuve dans la messagerie dont il disposait chez son ancien employeur.

L’ordonnance rendue par le juge définit et cadre la mission de l’huissier de justice instrumentaire et de tout homme de l’art de son choix. Elle peut également requérir le concours de la force publique. Dans notre ère numérique, l’ordonnance prévoit le plus souvent l’assistance d’un technicien informatique qui, sous le contrôle exclusif de l’huissier et à l’aide de logiciels

spécialisés, effectuera les manipulations de tris et de sélection répondant aux critères de recherche sur les données (y compris les fichiers effacés ou codés) stockées sur les supports numériques (ordinateurs, tablettes ou smartphones).

Pour obtenir d’un juge une ordonnance 145, il faut en amont de la requête apporter des éléments rendant crédibles les suppositions et démontrer que les preuves obtenues seraient de nature à soutenir un procès.

L'obtention d'une ordonnance sur requête

Pour obtenir d'un juge une ordonnance 145, il faut en amont de la requête apporter des éléments rendant crédibles les suppositions et démontrer que les preuves obtenues seraient de nature à soutenir un procès. Dès qu'il a connaissance d'un éventuel acte délictueux à son encontre, le demandeur aura tout intérêt à rassembler un maximum d'éléments étayant ses soupçons. À défaut de motivation suffisante de sa requête, il court le risque, même s'il obtenait tout de même une ordonnance faisant droit à ses demandes, de voir cette dernière ultérieurement rétractée à la demande de la partie adverse.

L'étendue des investigations demandées devra tenir compte du principe de proportionnalité et être circonscrite, tant géographiquement que matériellement, aux seuls faits dont pourrait dépendre la solution du litige. Il ne s'agit donc pas d'une perquisition civile avec une saisie en masse qui permettrait « d'aller à la pêche » aux informations, mais bien d'une saisie sélective de fichiers pertinents, le plus souvent basée sur des mots clefs en nombre limité et directement en lien avec l'objet du litige potentiel.

Une fois rendue l'ordonnance qui définit et cadre la mission de l'huissier de justice instrumentaire, le demandeur a usuellement la maîtrise de son exécution et afin de préserver l'effet de surprise et de conservation des preuves, il peut par exemple choisir la date d'intervention de l'huissier, sous la réserve de respecter le délai imparti par le juge.

Opposabilité du secret des affaires ?

Afin de rétablir le caractère contradictoire de la procédure, le juge demande généralement que l'huissier conserve sous séquestre les pièces obtenues dans l'attente d'une décision prise contradictoirement, soit dans le cadre d'une instance en référé-rétractation diligentée par la partie saisie, soit dans le cadre d'une procédure de mainlevée du séquestre diligentée par la partie demanderesse.

En 1999, la Cour de cassation (Chambre civile 2, du 7

La décision de classer un document comme sensible et relevant du secret des affaires est prise par un juge.

janvier 1999, 95-21934) avait jugé que le secret des affaires ne constituait pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 « dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ».

La loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires ne remet pas fondamentalement en question cette jurisprudence jusqu'alors demeurée constante et elle ne devrait pas avoir d'impact sur les mesures d'exécution des ordonnances par l'huissier de justice instrumentaire. Néanmoins, le nouvel article L.153-1 du Code de commerce prévoit que le juge peut désormais mettre en œuvre diverses mesures, d'office ou à la demande de l'une des parties, permettant de s'adapter aux nécessités de la protection du secret des affaires. Par ailleurs, une obligation de confidentialité s'impose à toute personne ayant accès à une pièce considérée par le juge comme étant couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires (article L.153-2).

La décision de classer un document comme sensible et relevant du secret des affaires est prise par un juge, il n'est pas possible pour la partie adverse de refuser la copie d'un document sous le prétexte du secret des affaires. En revanche, elle pourra demander son classement par le juge. Il est donc vraisemblable que de nouveaux arguments seront soulevés à ce sujet lors des débats contradictoires à venir.

FIP est régulièrement consultée pour aider à la rédaction d'une requête et notamment à la sélection de mots-clés à la fois pertinents et pratiques pour la réalisation technique des opérations de filtrage et de tris numériques. Dans ces cas, il ne lui est plus possible de participer à l'exécution proprement dite de la mission.



Le mot du semestre

Bénéficiaire effectif

La ou les personnes physiques qui possèdent ou contrôlent, directement ou indirectement, une société



Pour lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, la directive 2015/849/UE du Parlement et du Conseil européen du 20 mai 2015 impose aux états membres de mettre en place un dispositif d'identification des bénéficiaires effectifs des sociétés.

En France, la loi Sapin II, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2017, exige d'inscrire sur un registre des bénéficiaires effectifs l'identité de toutes les personnes physiques qui exercent le contrôle effectif de la société. Il s'agit d'un formulaire que l'on peut télécharger et qui doit être signé (manuscritement ou électroniquement) par le représentant légal. Ce registre peut être déclaré en ligne (sur infogreffe.fr) ou déposé auprès du greffe du Tribunal de Commerce du siège de la société.

Toutes les formes de société sont concernées : les sociétés commerciales (SARL, SAS, SA, SNC), les sociétés civiles (SCI, SCP, ...), les groupements d'intérêts économiques (GIE), les associations immatriculées au registre du commerce et les organismes de placement collectif. Les sociétés cotées doivent identifier leurs bénéficiaires effectifs mais sont dispensées d'en faire la déclaration au greffe.

Toutes avaient jusqu'au 1^{er} avril 2018 pour se mettre en conformité avec la loi. À défaut, la sanction est de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende (jusqu'à 37 500 euros pour les personnes morales).

Il convient ensuite de tenir à jour ce registre à chaque changement intervenant dans le contrôle de la société.

À ce jour, le registre des bénéficiaires effectifs n'est pas accessible au public. Seules quatre catégories de personnes y ont accès :

- le dirigeant de la société concernée
- 18 catégories listées dans l'article R561-57 du Code

monétaire et financier (dans les secteurs de la justice, des douanes, des marchés financiers, des autorités de régulation et du sport)

- Les entités assujetties à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme

- Toute personne justifiant d'un intérêt légitime, sur ordonnance rendue par le juge commis à la surveillance du registre du commerce.

La limitation des autorisations d'accès à ce registre, qui ne sera donc pas public, s'inscrit dans le renforcement du secret des affaires et du respect de la vie privée. Toutefois, il peut exister une multitude d'intérêts légitimes. Ainsi, les salariés ou les institutions représentatives du personnel, au nom de la transparence du dialogue social, pourraient entrer dans cette catégorie. Les concurrents, pour s'assurer du respect du droit de la concurrence et de la prohibition des pratiques abusives, pourraient également motiver un intérêt légitime à connaître ces informations, de même que des créanciers, notamment pour prévenir le détournement d'actifs entre sociétés liées, préalablement à un état de cessation des paiements.

On peut aussi penser que des journalistes ou des ONG demanderont à accéder aux registres au nom du droit à l'information des citoyens. Affaire à suivre !

L'accès au registre des bénéficiaires effectifs en France pourrait encore être amené à évoluer puisque le texte actuel ne prend pas en compte la nouvelle directive (UE) 2018/843, texte qui prévoit notamment, « sauf circonstances exceptionnelles », de donner accès « à tout membre du grand public » aux informations sur les propriétaires réels des entreprises.

Le carrousel de TVA sur le marché carbone ou l'art de transformer l'air pollué en or pur

D'après le rapport 2012 de la Cour des comptes, le montant de la fraude à la TVA sur le système des quotas d'émissions de CO₂ aurait atteint 1,7 milliard d'euros. Une somme détournée des caisses de l'État français en à peine huit mois, d'octobre 2008 à juin 2009.

En 2005, l'Union européenne met en place la phase expérimentale d'un marché du carbone. Son principe est simple : des entreprises polluantes peuvent acheter à des entreprises moins polluantes leur surplus de quotas d'émission de CO₂ sur un marché conçu spécifiquement. Les quotas de CO₂ sont représentatifs des droits d'émission de dioxyde de carbone attribués annuellement par l'État, sous le contrôle de la Commission européenne, aux installations de certains secteurs industriels les plus polluants. Chaque pays crée sa propre bourse au carbone, et rapidement, deux plateformes s'imposent : à Londres, ECX brasse l'essentiel des contrats à terme ; à Paris, Bluenext domine le marché du comptant. Détenue à 60% par la société américaine NYSE Blue et à 40% par la Caisse des dépôts et consignations (CDC), Bluenext devient opérationnelle en janvier 2008. Avec une particularité importante : considérés comme des biens incorporels et non pas comme des instruments financiers, les quotas d'émission de CO₂ sont assujettis à la TVA. Ouvert au public et intégralement immatériel, ce nouveau marché des droits à polluer permet à toute société d'y accéder très facilement.

Le péché originel est le manque total de vigilance dans les procédures d'admission sur ce marché spéculatif.

Le filon n'a pas échappé à de nombreux escrocs. La fraude s'organise rapidement sur la base de montages complexes entre sociétés éphémères ou fictives "taxi" constituées dans différents États de l'Union européenne qui créent artificiellement des droits à déduction sur la base de fausses factures censées représenter des acquisitions et des livraisons intracommunautaires de quotas d'émissions de CO₂. Cela leur permet d'obtenir le remboursement, par un état de l'UE, d'une TVA qui n'a jamais été acquittée en amont.

Progressivement, le nombre de sociétés inscrites au registre explose et fait grimper le montant de la TVA mensuelle remboursée par Bluenext. Entre janvier 2008 et décembre 2008, il passe de 1 670 euros à 180 999 948 euros (soit environ 100 000 fois plus).

Agent bancaire exclusif et détenteur du registre des sociétés autorisées à commercer sur la bourse du CO₂, la CDC a ainsi viré des centaines de millions d'euros sur des comptes bancaires domiciliés au Monténégro, à Hong Kong, en Lettonie ou à Chypre, ouverts à des noms de sociétés souvent loufoques, tels que Fantomas, Carbonara ou Great Luck International !

De quoi alerter les autorités ? Oui, mais pas assez vite. Malgré de nombreux signaux d'alerte agités dès l'automne 2008, le système reste en place pendant de longs mois :

- Octobre 2008 : la CDC prévient Tracfin (au total une vingtaine de déclarations de soupçon de fraude seront envoyées) qui pense d'abord à des opérations de blanchiment. Seule la banque britannique Barclays perçoit le risque et boycotte le marché français.

- Fin novembre, le directeur général de Bluenext prévient le cabinet du ministre du Budget : « La viabilité du marché carbone est en cause ». Puis, à de nombreuses reprises, le directeur financier de Bluenext alerte les autorités sur les risques de fraude.

- Janvier 2009 : le secrétaire général de la Caisse des Dépôts demande au ministère de l'Économie et des Finances de supprimer la taxe afin de « réduire le risque de fraude ».

- Fin avril 2009, le parquet de Paris confie l'enquête aux douanes.

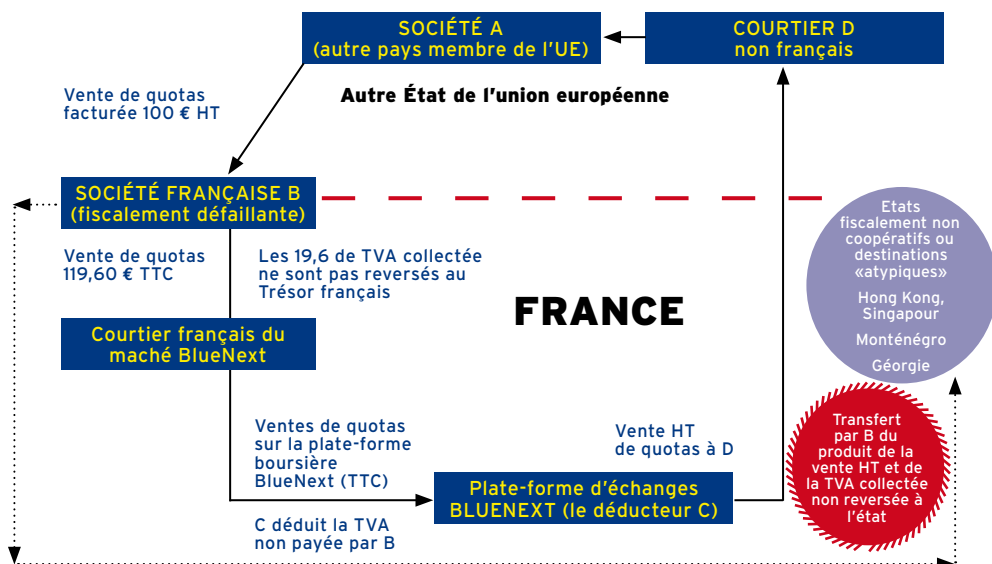
- Juin 2009 : une instruction fiscale permet enfin d'exonérer de la TVA les quotas de carbone.

En France, une cinquantaine de prévenus seront présentés aux juges pour différentes affaires, dont celle du « carbone marseillais » dans laquelle 385 millions d'euros ont été soustraits au fisc. Le verdict a été rendu le 23 mai dernier : jusqu'à dix ans de prison et 20 millions d'euros d'amende ont été prononcés (la peine la plus lourde concerne un homme visé par un mandat d'arrêt).

Mais une grande partie des bénéficiaires de la fraude se sont volatilisés et l'argent retrouvé ne couvrira pas, loin de là, le montant des sommes détournées.

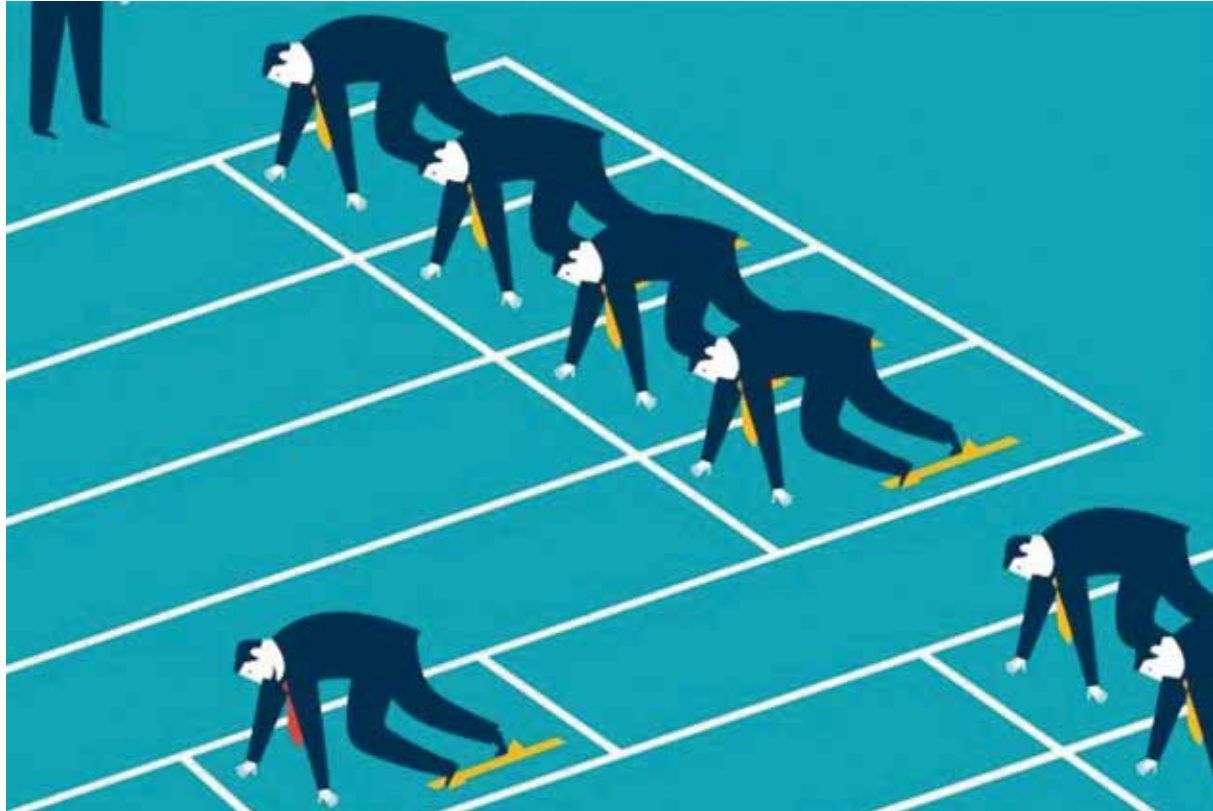
La France totalise un tiers des pertes fiscales estimées par Europol, pour l'ensemble des pays membres de l'Union européenne, à au moins 5 milliards d'euros.

Bien que soumise à une amende fiscale négociée et réduite à 31 millions d'euros (Bercy réclamait initialement 350 millions d'euros), c'est surtout à cause de sa réputation ébranlée que BlueNext sera amenée à cesser toutes ses activités en décembre 2012.



Le point de vue de Thierry Ballot

Indemniser les pratiques de concurrence déloyale



De nombreuses entreprises se retrouvent confrontées à des pratiques de concurrence déloyale. Les dommages en résultant peuvent être considérables, et l'entreprise qui en est victime est légitime à demander en justice réparation de son préjudice. Cet article n'a pas vocation à apporter une réponse détaillée tant est vaste ce sujet, mais plutôt à exposer les différentes problématiques qu'il soulève.

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 : démontrer les pratiques de concurrence déloyale

Les principes de la responsabilité délictuelle

ou quasi-délictuelle, énoncés par les articles 1240 et suivants du Code Civil, sont applicables aux pratiques de concurrence déloyale.

Ces pratiques sont de quatre natures :

- **Le dénigrement** : le fait de jeter le discrédit sur le concurrent ou sur ses produits.
- **La confusion** : le fait de créer une confusion dans l'esprit du public avec l'entreprise concurrente, comme par exemple vendre un produit dans un packaging similaire à celui d'une marque célèbre.
- **La désorganisation** : le fait de provoquer le désordre dans l'organisation interne de l'entreprise concurrente, par exemple par le débauchage massif du personnel de direction ou de l'équipe commerciale.
- **Le parasitisme** : le fait d'usurper la renommée d'un concurrent ou de s'approprier son savoir-faire.



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

La concurrence déloyale peut entraîner une diminution des ventes d'une entreprise du fait de la désorganisation interne ou

du détournement d'un courant d'affaires lié à la confusion. Elle induira également généralement des coûts supplémentaires du fait des mesures de sauvegarde prises pour pallier le désordre.

L'atteinte à l'image de marque est souvent le principal élément du préjudice subi par l'entreprise victime.

La preuve des faits de concurrence déloyale peut être apportée par tous moyens. Elle risque d'être difficile à établir à partir de la simple lecture des faits. En particulier, si l'auteur des faits dommageables a pris soin de dissimuler ses actions. Il est souvent nécessaire de recueillir des renseignements, des éléments de preuve ou de présomption, que ce soit de source documentaire ou de source humaine, pour étayer son dossier. Les éléments de preuve pourraient être recherchés auprès de tiers, par exemple les clients. Mais les circonstances peuvent rendre cette démarche délicate ; les tiers pouvant être réticents à prendre parti dans un conflit qui n'est pas le leur.

C'est ici que le recours à l'article 145 CPC pourrait à nouveau prouver son utilité. Cette procédure permet à toute partie d'obtenir du juge et sans que l'adversaire n'en ait connaissance, la désignation d'un huissier de justice chargé de se déplacer dans les locaux ou au domicile de l'adversaire afin de saisir tout document permettant d'établir les faits allégués.

Le lien de causalité

Le demandeur doit établir le lien de causalité entre les faits de concurrence déloyale et le préjudice dont l'entreprise victime demande réparation.

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. Seul un préjudice certain peut être indemnisé, mais l'incertitude sur le montant des pertes ne doit pas nuire à l'indemnisation du préjudice.

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 ni facilement identifiable.

Si, pour pallier les effets du trouble commercial, la victime a engagé des frais de publicité et de communication pour restaurer l'image dégradée, la démonstration du lien de causalité est alors aisée.

La concurrence déloyale peut entraîner une diminution des ventes d'une entreprise du fait de la désorganisation interne ou du détournement d'un courant d'affaires lié à la confusion.

Il est souvent nécessaire de recueillir des renseignements, des éléments de preuve ou de présomption, que ce soit de source documentaire ou de source humaine, pour étayer son dossier

En revanche, si le préjudice d'image s'analyse en une diminution de la capacité à engendrer des revenus futurs, la preuve du lien de causalité est plus délicate, car cette baisse de revenus n'est pas nécessairement la conséquence directe et entière des procédés fautifs.

En effet, 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. La baisse des ventes de la victime est-elle la conséquence des agissements du concurrent fautif ou, au contraire, ce concurrent a-t-il réussi à développer sa notoriété parce que l'image de la victime était déjà sur le déclin indépendamment de ses agissements fautifs ? Comment déterminer alors l'impact respectif de la faute et des facteurs exogènes sur la réalisation du dommage ?

Le dommage

Le préjudice économique se mesure par l'addition de deux composantes : la perte subie (« *damnum emergens* ») et le gain manqué (« *lucrum cessans* »).

Il faut également tenir compte des dépenses prévisibles qui devront être engagées.

La perte subie se caractérisera par la démonstration par la victime des frais engagés pour, par exemple :

■ **Maintenir son image face à l'attaque subie :** coût d'une cellule de crise, frais supportés pour une campagne de publicité spécifique (pour les frais déjà occasionnés, il faudra distinguer les dépenses excédentaires des dépenses marketing courantes et budgétées).

■ **Faire face à une politique de débauchage :** coûts d'embauche et de formation du nouveau personnel.

La mesure du gain manqué sera plus complexe.

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 en l'absence des pratiques de concurrence déloyale

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, mais aussi d'analyse.

L'analyse portera sur les caractéristiques du secteur, du positionnement de la victime, de sa stratégie d'innovation, de la nature de son activité, de la nature des produits attaqués par l'acte de concurrence déloyale et de l'importance des investissements.

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

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.

Enfin, il conviendra de prendre en considération les dépenses prévisibles futures. L'entreprise victime est en droit de demander la réparation intégrale de son préjudice, à savoir rétablir l'entreprise dans la situation dans laquelle elle se trouvait avant l'atteinte. Cette réparation portera non seulement sur le remboursement de tous les frais occasionnés, mais aussi des frais prévisibles nécessaires pour rétablir la situation de l'entreprise.

Il s'agit ici de préjudice certain, mais dont le montant reste incertain. Son évaluation peut s'avérer complexe et comportera une part de subjectivité.

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 procèdera préalablement à une analyse préalable, 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.).

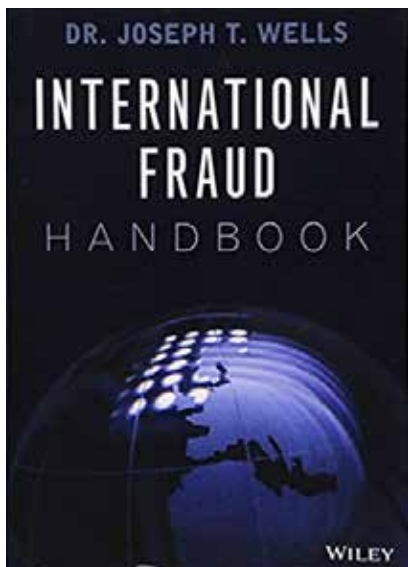
CONCURRENCE DÉLOYALE



¹ Article 1240 C.Civ : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »

² Article 1240 C.Civ : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence »

Outre 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.



FIP contribue a un ouvrage international de référence sur la fraude

Hervé Zany a été sollicité pour contribuer aux cotés de Francis Hounnongandji (Président du chapitre français de l'ACFE) et de Maîtres Eric Lasry (Associé de Baker McKenzie) et Sara Koski (Senior Associate Compliance, DLA Piper) à la rédaction du chapitre France de l'ouvrage « *International Fraud Handbook* » de Joseph T. Wells, membre fondateur et chairman de l'ACFE. Cet ouvrage de référence fournit des indications détaillées sur les mesures anti-fraude efficaces, les enquêtes transfrontalières et les méthodologies d'examen de fraudes. Pour la première fois, cette édition contient des informations spécifiques sur l'environnement anti-fraude de plus de 35 pays du monde rédigés par des experts locaux (exigences légales et réglementaires applicables, types et sources d'information disponibles, considérations culturelles, etc.).

L'Association of Certified Fraud Examiners est une association qui rassemble près de 85 000 professionnels de la lutte contre la fraude, toutes spécialités et organisations confondues.

Lecture recommandée sur les Panama Papers

C'est au cours de la Fraud Conference Europe de l'ACFE de Francfort les 5 et 6 avril derniers à Francfort que nous avons rencontré Bastian Obermayer, journaliste d'investigation du Süddeutsche Zeitung et lauréat du prix Pulitzer 2017 (il avait reçu d'une source anonyme les millions de documents confidentiels de la firme Mossack Fonseca, désormais connus sous le nom de « Panama Papers »). Bastian Obermayer venait y présenter son livre « Le secret le mieux gardé du monde - Le roman vrai des Panama Papers » (Editeur : Seuil) retraçant l'aventure palpitante de ses révélations, de ses premiers contacts avec l'informateur demeuré anonyme aux communications cryptées, ainsi que le partage des informations avec le Consortium International des Journalistes d'Investigation (ICIJ) pour une plus large exploitation dans le cadre d'un projet d'investigation journalistique mondial sur les sociétés offshore. Une lecture que nous recommandons vivement !



Offshore Alert Conference London 12 & 13 novembre 2018

Marc Hürner, président de FIP, a participé à une session au nom quelque peu provocateur « Les fiduciaires du Liechtenstein détournent-elles les avoirs lorsque des clients décèdent et quels sont les remèdes ? ». Cette session a examiné les allégations d'irrégularités passées à l'encontre de fiduciaires basées au Liechtenstein, ainsi que les recours légaux possibles pour les bénéficiaires qui pensent avoir été escroqués. Marc avait précédemment coanimé cette session à Miami avec Klaus Lins. Ce lanceur d'alerte (au début des années 90) affirmait détenir des preuves selon lesquelles la plus importante fiduciaire du Liechtenstein détournait les avoirs de ses clients fortunés à leur décès au lieu de les distribuer aux bénéficiaires prévus. Klaus Lins (photo), décédé en 2016, avait été ruiné et emprisonné pour le vol des données qu'il avait transmises à des journalistes et aux autorités fiscales.

Inside Liechtenstein: Are Trustees Misappropriating Assets When Clients Die & What Are The Remedies?
www.offshorealert.com/conference/london/



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.

En cette période de fin d'année, n'hésitez pas à faire un don :



Les enfants et leurs familles comptent sur vous !

JE FAIS UN DON EN LIGNE DE :



sur www.magie-hopital.com

*66% du montant des dons faits à Magie à l'hôpital est déductible de vos impôts, dans la limite de 20% de votre revenu imposable.

Le dessin d'Hélène Malric

Les règles de *compliance* doivent s'imposer
à tous avec équité. Illustration

Comme pour nos Newsletters précédentes, la dessinatrice a trouvé son inspiration dans Les Fables de la Fontaine : « *Les Animaux malades de la peste* »



Alors que la position hiérarchique ne devrait pas rendre intouchable, dans cette fable, les animaux préfèrent accuser l'âne innocent que le lion coupable.

Pour s'assurer que la Compliance fasse partie intégrante de la culture d'entreprise et garantir la bonne application des règles, elle est l'affaire de tous et ne souffre pas d'exception comme, hélas, dans ce malheureux royaume !

Notes

A series of horizontal dotted lines for writing notes.

FIP

FINANCIAL
INTELLIGENCE
& PROCESSING

FRANCE

11, rue Ernest Psichari
F - 75007 Paris

Tél : +33 1 40 17 09 85

BELGIQUE

364 Boulevard Lambertmont
BE - 1030

Tel : +32 2 215 52 35

SUISSE

rue Ferdinand-Hodler 9
CH - 1204 Genève

Tel : +41 22 732 10 63

LUXEMBOURG

17, Boulevard Royal
L. 2449 Luxembourg

Tel : +352 621 263 870