

COMPLIANCE – FUSIONS-ACQUISITIONS : UN NOUVEL ATOUT DE CRÉATION PÉRENNE DE VALEURS POUR L'ENTREPRISE



*par Florence Schlegel, Associée en charge
du Département Compliance
au sein de Simon Associés*

La compliance : un incontournable !

La compliance encore appelée Conformité est depuis quelques temps omniprésente au sein de l'entreprise. Elle trouve son origine aux Etats-Unis par l'adoption du Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) en 1977 et les effets extraterritoriaux de ce dernier, puis en Europe dans les secteurs de la bancaire, de la pharmacie et de l'énergie depuis les années 90. Il est fréquemment considéré que ce concept ne fait qu'ajouter des procédures et contraintes administratives dans l'entreprise. Ce n'est pas étonnant puisque le modèle américain en tant qu'outil de valeurs et de compétitivité est mature, et se contente désormais de mettre à jour des procédures pour améliorer chaque jour davantage la gestion des risques. Il est d'ailleurs très intéressant de noter que la littérature américaine sur ce sujet est focalisée sur les procédures alors que les commentateurs français doivent encore démontrer régulièrement la pertinence de la compliance en tant qu'outil de compétitivité et d'adoption d'une nouvelle culture qui renforce la pérennité de l'entreprise.

La définition de la compliance est souvent réduite aux lois et règlements. La réduire ainsi conduit à la dénaturer. En effet, la compliance a pour objet de conduire l'entreprise au respect de la règle, quelle qu'elle soit. Cela inclut la loi, le règlement, mais aussi un brevet, une procédure, une charte. Elle permet ainsi de bâtir une culture de la conformité adossée à des valeurs au sein de l'entreprise et de ren-

forcer son pouvoir d'attraction commerciale vis-à-vis de ses clients ou fournisseurs et d'augmenter son niveau de compétitivité à l'égard de ses concurrents.

On note aujourd'hui que les situations d'atteinte à la conformité entraînent des sanctions qui sont de plus en plus lourdes et qui peuvent être pénales, administratives, commerciales mais aussi disciplinaires à l'égard des collaborateurs car ces situations sont d'abord liées à un comportement humain, sans compter le montant des frais juridiques engendrés qui dans certains pays peut se révéler très significatif.

La compliance a pour objectif que les collaborateurs de l'entreprise connaissent et comprennent l'ensemble des règles qui s'appliquent à cette dernière et soient conscients que leur méconnaissance expose l'entreprise et tous ses acteurs (représentants légaux, dirigeants, salariés, tiers) à des risques majeurs. Une fois adoptée par la direction générale, la compliance devient un véritable outil stratégique et les risques se muent en opportunités. C'est notamment le cas dans le domaine des fusions acquisitions. En effet, les acquéreurs (entreprises ou fonds d'investissement) sont de plus en plus réticents à s'engager dans des processus d'acquisition si la cible et ses vendeurs ne démontrent pas une réelle culture de la conformité.

Malgré cette tendance, on relève qu'en France et dans le domaine spécifique des fusions acquisitions, les acteurs

font encore preuve d'un certain balbutiement sur les valeurs et les procédures à mettre en place car l'objectif qui prime est, dans la plupart des cas, d'acheter au bon prix sans malheureusement prendre en compte à leur juste valeur les critères extra-financiers tels que la conformité.

Pour appréhender ces critères et s'assurer d'une intégration rapide de la cible dans une culture de la conformité, l'acheteur doit connaître la cible et ses spécificités, réaliser des diligences extra-financières exhaustives puis s'assurer de l'adoption de la culture de conformité lors de la phase d'intégration.

Connaître sa cible et son vendeur

Avant même de lancer les diligences sur une cible identifiée, l'entreprise doit d'abord vérifier qui sont ses actionnaires, quelle est sa place sur le marché, les géographies dans lesquelles elle évolue et les éventuelles poursuites ou condamnations pour faits de corruption, violations du droit de la concurrence ou de la réglementation sur les contrôles à l'exportation dont elle fait ou a fait l'objet. L'analyse de son système de protection des données est également cruciale. C'est la fameuse étape du Know your customer (KYC) et Know Your Vendor (KYV).

Dès cette étape préliminaire, l'acquéreur potentiel doit être prêt à interrompre le processus d'acquisition si les conclusions de ces premières investigations révèlent des défaillances au regard de toutes ces obligations de conformité.

Cette étape peut se dérouler de différentes façons.

En première approche, pour bien comprendre une cible, il convient d'activement chercher et utiliser les informations disponibles en open source et la data intelligence (intelligence économique et intelligence du risque). Ces données apportent une vision transverse de la situation de l'entreprise dans le passé et le présent. Elles permettent de compléter les critères uniquement financiers ou commerciaux pour se baser sur des éléments plus immatériels comme la réputation. Cela peut d'ailleurs encore une fois avoir des conséquences importantes sur la valorisation de la cible, les garanties de passif qui peuvent être négociées, les montants d'indemnités acceptés et les points de vigilances après signature de la transaction. Ces sources de données sont d'ailleurs référencées comme étant nécessaires et efficaces dans les recommandations de l'Agence Française Anticorruption (AFA) qui ont été publiées en décembre 2017 concernant l'évaluation des tiers. Une telle évaluation est rendue également obligatoire dans la loi sur le Devoir de vigilance du 27 mars 2017.

En outre, il est fortement recommandé de réaliser une analyse détaillée du comportement des acteurs du secteur concerné parmi lesquels figurent les concurrents en matière

de conformité. Ces études et analyses de la concurrence vont aider à déterminer comment la cible se situe dans son marché au regard des exigences de conformité et quels types de risques elle pourrait générer dans le cadre de l'acquisition envisagée. Dans le secteur de la pharmacie par exemple, être « simplement compliant » ne suffit plus pour attirer des acheteurs potentiels en raison des différentes procédures qui ont affecté ce secteur. Ce dernier a donc considérablement renforcé le niveau de ses programmes de conformité et sa culture dans ce domaine. Les entreprises de ce secteur souhaitent démontrer une volonté d'élargir encore plus leur programme de conformité à travers la mise en place de nouvelles valeurs pour rester attractives. Ainsi, l'existence de plans très approfondis sur la conformité incluant la Responsabilité Sociale et Environnementale (RSE) et le Devoir de vigilance, la création de comités d'éthique, de risques ou autres doivent être pris en compte activement car ils représentent un élément de valorisation de l'entreprise et une source de pérennité de cette dernière.

L'entreprise peut aussi, en fonction de sa taille, se référer à différents rapports produits par des ONG (Transparency International), des consultants ou des agences de notation. Ainsi, le rapport publié par Fitch Rating (« US Foreign Corrupt Practices Act - No minor matter ») comprend des informations sur les sociétés susceptibles d'être les plus affectées par la corruption et sur l'impact sur leur notation, notamment si elles disposent d'une faible trésorerie pour payer les amendes et coûts engendrés par des demandes de mise en conformité. Une cible potentielle dont la notation serait faible devra donc entraîner des diligences supplémentaires car sa marge de croissance risque d'être plus faible et les coûts d'intégration plus importants en raison de la nécessité de mettre rapidement en place des programmes de conformité en interne.

Plus largement, il est intéressant de relever que le Government Pension Fund-Global norvégien, réputé être le plus important fonds de pension européen, exclut de ses investissements toute société soupçonnée de pratiquer la corruption ou d'être impliquée dans des violations sur la fabrication d'armes, des droits humains, des destructions environnementales. Une cible exclue d'un tel fonds, donnera donc une indication sur son niveau de conformité potentielle.

La due diligence : un outil d'anticipation des risques et d'identification du potentiel de la cible

La due diligence est un facteur clé lors d'une acquisition car elle permet de cerner de façon encore plus approfondie la cible. Elle offre l'opportunité de pouvoir éliminer ou diminuer les responsabilités futures et donc les demandes d'indemnisation ou les risques judiciaires.

Très souvent, le vendeur encadre le rythme du processus d'acquisition et n'octroie pas à l'acquéreur potentiel le temps nécessaire et raisonnable pour faire les vérifications intégrales ; confronté à cette situation, l'acquéreur a tendance à porter une moins grande attention sur les programmes de compliance et notamment ceux relatifs à la lutte anti-corruption. La nécessité de la confidentialité des négociations pousse également souvent les deux parties à mettre de côté ces sujets pouvant avoir des conséquences de réputation ou d'image pour se concentrer sur les chiffres. Cependant l'accomplissement de ces diligences sur la compliance apparaît indispensable dans la mesure où il permet souvent de cerner les potentiels ou les faiblesses de la cible selon que cette dernière dispose ou non d'une culture de la compliance forte au sein de son organisation.

Ajoutons que les due diligences ne sont ni obligatoires, ni normées dans un processus d'acquisition et leur contenu et le temps alloué peuvent déjà être considérés comme un levier de négociation par les parties.

Prenant en compte tous ces éléments, il est suggéré que la liste de due diligence comporte au minimum les points d'attention suivants :

- identifier les seuils pertinents de revue de contrats notamment des contrats de service pour ne pas en laisser échapper certains à des risques de corruption,
- prendre en compte les pays à risque et renforcer les éléments de compliance de la liste en fonction de leur typologie,
- analyser la cartographie des risques de la cible,
- ne pas hésiter à faire appel à des forensic IT et comptables,
- vérifier l'existence de procédures sur les voyages, les invitations ou les cadeaux, les politiques de rémunérations RH, l'existence de codes de conduite ou chartes et leur diffusion, les procédures de KYC/KYV/KYS,
- indiquer les formations effectuées, les supports utilisés, les analyses post formation,
- s'assurer de l'existence et la bonne exécution des trois piliers de défense (opérationnel-contrôle interne / fonctions supports / audit interne),
- comprendre la façon dont les données sont protégées, classées ou encore stockées en application du Règlement général de protection des données entré en application le 25 mai 2018. Il est à noter que, dans le cadre de son agenda numérique présenté en 2015, la Commission européenne a lancé une consultation publique visant à modifier les règles de validation des fusions acquisitions – à ce jour uniquement centrées sur le droit de la concurrence – pour appliquer un nouveau critère de validation des opérations de fusions européennes en fonction du volume et de la valeur des données à caractère personnel détenues par les entités concernées.

Alors qu'elle se limitait initialement à quelques lignes de vérification des conformités, la liste des diligences à accomplir au regard de la compliance occupe aujourd'hui quelques pages. Elle permet toutefois d'éviter de nombreux désagréments financiers et extra-financiers futurs.

Sécuriser la transaction post-closing pour en maximiser tous les avantages et opportunités

La priorité après la signature de la transaction est de ne pas laisser la société acquise isolée.

S'agissant de compliance, un programme doit être présenté, communiqué, mis en place et articulé au sein de l'entité acquise dans les six mois maximum à compter de la date du closing. Une telle approche permet d'insuffler rapidement la culture de conformité et de se protéger de comportements contraires aux règles. Des séances de sensibilisation et de formation de la culture compliance destinées aux équipes dirigeantes et aux personnes pouvant faire face à des situations de non-conformité devront être prévues par l'acquéreur et un questionnaire d'évaluation des connaissances post-formation devra l'être également dans les trois à six mois de la date de formation.

Les conclusions des travaux de due diligences devront conduire également à la mise en place de procédures ou plans d'action jugés utiles notamment pour limiter ou minimiser les conditions définies dans la garantie de passif et le niveau d'indemnisation et surtout pour renforcer la culture de conformité au sein de la société acquise et créer un socle commun de valeurs au sein de l'organisation.

Enfin, les dirigeants de l'acquéreur doivent veiller à faire évoluer leur cartographie des risques en intégrant les nouveaux risques de conformité provenant de la cible acquise. En effet, la cartographie des risques est la pierre angulaire de la compliance et un élément stratégique important qui permet aux dirigeants de pouvoir prendre connaissance des risques, de les réduire ou de les transformer en opportunités.

La prise en compte de la culture compliance lors d'une acquisition permet donc d'ajuster la valorisation pour les deux parties, d'identifier et de réduire les risques et les coûts que l'acquisition pourrait engendrer dans le futur, d'intégrer des nouvelles équipes dans une culture qui est partagée par tous car basée sur des valeurs communes.

La culture de la compliance est donc une source d'amélioration du rapprochement d'entreprises. Elle concourt à limiter les écueils auxquels l'intégration post-acquisition est souvent confrontée, qui entraînent fréquemment des déconvenues dans la création de valeur financière et extra-financière espérée.