

GESTION DES RISQUES D'ENTREPRISE

Mark Morrison

Les actionnaires, les organismes de réglementation, les employés et les autres parties intéressées s'attendent à ce que la direction et le conseil d'administration d'une société soient en mesure d'éviter les situations de crise, qui surviennent de plus en plus fréquemment de nos jours en raison de la rapidité des technologies, de la popularité croissante des médias sociaux, de la montée de l'activisme des actionnaires, des exigences réglementaires en constante évolution et des demandeurs opportunistes. Les pirates, les dénonciateurs, les investisseurs activistes et les organismes de réglementation se multiplient, et sont tous à la recherche d'occasions créées par un incident qui aurait pu être évité si une approche proactive avait été adoptée par la société concernée.

De plus en plus d'entreprises mettent justement en place des programmes de gestion des risques d'entreprise (« GRE ») qui privilégient une telle approche proactive pour évaluer les risques organisationnels de l'ensemble de leurs secteurs d'activités, et élaborer un plan de conformité visant à atténuer ces risques et des protocoles d'intervention afin de faire face aux situations problématiques lorsqu'elles surviennent.

POURQUOI LA GRE EST-ELLE IMPORTANTE?

Dans la foulée des scandales commerciaux du début des années 2000, comme Enron et Worldcom, il est devenu crucial pour les entreprises de s'occuper activement des questions d'intégrité et d'éthique – et la GRE est un élément central de l'approche à privilégier à cet égard. Les situations



problématiques qui surviennent au cœur même d'une entreprise peuvent rapidement dégénérer et susciter l'intervention des organismes de réglementation ou des forces de l'ordre, porter atteinte à la réputation de l'entreprise et faire beaucoup de mal à cette dernière.

Un solide programme de GRE devrait chercher activement à atténuer divers risques potentiels, dont les suivants :

- Les questions de non-conformité à la réglementation. Les questions environnementales, l'application des lois antitrust, les opérations d'initié, les sanctions anticorruption et autres questions relatives à la conformité entraînent des risques.
- Les poursuites découlant de l'application de la réglementation. Toute violation de la réglementation peut rapidement devenir un terrain fertile pour les cabinets de demandeurs opportunistes.
- Autres questions d'ordre juridique. Les demandeurs ne sont pas le seul risque. Des partenaires commerciaux, des fournisseurs et des clients touchés par les situations problématiques peuvent également menacer d'engager des poursuites.
- Les questions relatives à une opération. Les questions d'ordre réglementaire sont souvent un élément déterminant de la vérification diligente lors d'une opération.
- Les problèmes potentiels soulevés au sein de l'entreprise, comme l'activisme des actionnaires. Les actionnaires qui croient que la valeur de la société a diminué en raison d'un problème lié à la réglementation ou à une situation similaire sont en bonne position pour entamer une course aux procurations, ce qui mène souvent à un changement dans la direction ou à une scission au sein de la société.
- Les atteintes à la réputation. Il n'y a rien qui puisse causer autant de dommages à une société que les atteintes à sa réputation. Aucune société ne peut réussir si elle donne trop de raisons à ses clients de ne pas faire affaire avec elle.
- Les problèmes liés aux données et à la cybersécurité. On ne saurait trop insister sur les risques que représente une atteinte à la protection des données.

Les employés, les clients et autres personnes concernées s'attendent à ce que leurs renseignements soient protégés, et les coûts liés à un défaut de protection ne sont rien en comparaison de la perte de revenus et de clients qui peut découler d'un tel incident.

- La criminalité. Il n'est pas rare qu'un problème lié à la réglementation devienne une affaire criminelle. Quelques faux pas peuvent mener le chef de la direction ou d'autres hauts dirigeants derrière les barreaux.

LE PROCESSUS DE GRE

Il y a de nombreuses étapes à suivre pour élaborer un programme de GRE efficace, mais avant de s'y attaquer, il est essentiel de maximiser la protection potentielle offerte par le secret professionnel de l'avocat. Si, dans de nombreux cas, il faudra alors intégrer un cabinet externe à l'équipe, les coûts s'y rapportant seront minimes comparativement aux répercussions découlant du fait de voir vos démêlés à la une du *Wall Street Journal*.

Les six étapes d'un processus de GRE solide :

1) Évaluation des risques

Le point de départ de la gestion des risques est d'effectuer une évaluation des risques détaillée et approfondie afin de s'assurer que l'organisation connaisse les divers risques endémiques liés à ses activités ainsi que les divers mécanismes de contrôle en place pour traiter ces risques. L'identification des lacunes potentielles entre les risques et les mécanismes de contrôle mène à l'étape suivante, qui vise à établir des stratégies pour combler ces lacunes, ou à tout le moins atténuer les risques.

Même s'il n'existe pas de formule universelle pour l'évaluation des risques, cette étape commence habituellement par un examen du dossier et des discussions préliminaires avec le personnel de gestion des risques en vue d'identifier les sources potentielles de risques, par pays, par région, par unité d'exploitation, par secteur, etc. Des questionnaires ou des sondages sont souvent utilisés pour recueillir des renseignements supplémentaires avant l'étape la plus importante de toutes :

les entrevues avec les personnes « sur le terrain ». Leurs commentaires sont essentiels; une partie du processus d'évaluation doit donc inclure un dialogue, région par région, avec un groupe d'employés aussi large que possible. Ces personnes sont celles qui côtoient et gèrent les risques quotidiennement.

2) Planification

Une fois évaluées les lacunes entre les risques et les mécanismes de contrôle, l'étape suivante consiste à établir un plan qui comporte des stratégies visant à combler ces lacunes en éliminant ou en diminuant les risques. Il est important de mettre en place un programme de conformité personnalisé tenant compte de l'ensemble des objectifs de votre entreprise.

Il est primordial de comprendre que les évaluations peuvent mettre au jour des risques qui ne peuvent être entièrement éliminés, même avec le meilleur programme de conformité qui existe. Les évaluations peuvent également détecter des comportements qui seront corrigés, mais dont les risques antérieurs subsisteront, car il aura été jugé préférable, après une analyse coûts-avantages, de ne rien faire. Il s'agit là de l'argument le plus fort concernant l'établissement d'un processus de GRE protégé par le secret professionnel. Si, par exemple, les avocats de demandeurs venaient à découvrir qu'une entreprise avait connaissance d'un risque potentiel et qu'elle a décidé de ne pas l'éliminer au complet, les dommages-intérêts pourraient être considérables.

3) Formation

Un autre élément essentiel d'un programme de conformité relatif à la GRE est la formation. Les employés doivent être formés afin d'éviter certaines situations et certains risques particuliers; les formations doivent porter sur chaque lacune identifiée. Les employés doivent comprendre les types de dilemme auxquels ils pourraient faire face et connaître le comportement à adopter dans chaque cas.

La plupart du temps, les formations interactives sur place sont la solution idéale. Elles offrent une occasion supplémentaire de repérer des problèmes, de même que la possibilité de s'assurer que les employés comprennent ces problèmes et la raison pour laquelle il est important d'y voir. Ce genre de formations, surtout lorsqu'elles

sont conçues avec des mises en situation plutôt qu'en expliquant la loi, offrent aux sociétés la possibilité de rallier leurs employés et de leur remettre les outils nécessaires pour tenir l'entreprise hors de danger.

4) Mise à l'épreuve

Une fois le programme de GRE établi, il est nécessaire de surveiller, de revoir et d'améliorer constamment sa structure. Les régimes réglementaires se modifient (ou changent leurs priorités en matière d'application), de nouveaux produits sont mis en marché, les sociétés commencent à faire affaire dans d'autres pays et les lois sont modifiées, c'est pourquoi il est si important de surveiller fréquemment le programme de GRE et de mettre ses mécanismes de contrôle à l'épreuve.

5) Intervention

Même en déployant les plus grands efforts pour éliminer et atténuer les risques, des situations nouvelles se présentent. Lorsqu'un problème sérieux de nature criminelle ou d'atteinte à la réputation survient, il existe un risque réel que la société se retrouve en plein chaos et prenne des décisions impulsives qui pourraient aggraver la situation. Il est essentiel d'avoir un plan établi à l'avance afin qu'une procédure puisse être suivie dans ces moments stressants. Le simple fait d'avoir un plan est rassurant; il permet également de suivre une procédure pour prendre les bonnes décisions et avoir recours aux bonnes ressources. Un conseiller juridique, par exemple, offre souvent un point de vue calme et rationnel ainsi qu'une approche raisonnée à l'égard d'une situation hautement émotionnelle. De plus, il est tenu par le secret professionnel.

Les exercices d'évacuation en cas d'incendie que nous avons tous faits au primaire en sont un bon exemple. Bien que les écoles et les plans aient été conçus de manière à prévenir les incendies, il existe tout de même une procédure, régulièrement mise à l'épreuve, au cas où ces plans échoueraient. Ainsi, les enfants savent exactement ce qu'ils doivent faire, comment ils doivent agir et où se trouve la sortie. Un plan éclairé et mis à l'épreuve permet une intervention rationnelle, même de la part d'élèves de maternelle.

6) Amélioration

Après l'élaboration et la mise en place d'un programme de GRE, il est facile de l'oublier. Cependant, il importe de chercher constamment des façons de l'améliorer. Cette étape peut se faire au même moment que la mise à l'épreuve et la surveillance. Cela peut comprendre des vérifications dans de nouveaux domaines (tant de nouvelles activités que des régions) et des évaluations des risques mises à jour périodiquement, qui ont pour but une vigilance constante à l'égard des nouveaux risques, afin qu'ils soient identifiés et que les lacunes entre ces risques et les mécanismes de contrôle de la société soient comblées.

Les équipes de GRE devraient également tenir une séance de clôture après chaque incident, afin d'améliorer la structure de GRE de base, d'éviter des situations semblables à l'avenir et de s'assurer que les mesures d'intervention ont été effectuées adéquatement et ont bien fonctionné.

LA CULTURE EST FONDAMENTALE

L'aspect le plus important peut-être d'un solide programme de GRE n'est pas une partie du processus en soi; il s'agit plutôt de la culture de l'entreprise. Une culture qui fait la promotion de l'éthique, de la conformité, de l'atténuation des risques et de l'intégrité commence par un leadership fort. Une telle culture permet à un programme de GRE d'être plus efficace et d'aider à atténuer les risques dans des situations qui ne sont pas nécessairement couvertes par un programme formel. Les employés formés et sensibilisés à « faire ce qu'il faut » auront tendance à avoir le bon réflexe, même lorsqu'il n'existe pas de politique spécifique pour une situation donnée.

La phrase clé est que « la haute direction et le conseil d'administration doivent donner le ton ». Sans cela, toutes les structures mises en place seront fragilisées, car les employés se demanderont si leurs patrons souhaitent réellement une conformité à toute épreuve ou si le programme entier n'est qu'un exercice pour couvrir leurs arrières. La direction doit, par exemple, agir en récompensant plutôt qu'en punissant les personnes qui leur présentent un problème. C'est seulement en envoyant un message de soutien constant que les dirigeants rallieront leurs employés. Cette culture est le fondement de toute GRE.

CONCLUSION

Quel bénéfice peut-on tirer d'un programme de GRE de calibre mondial? Il est difficile de le quantifier, mais en date de janvier 2015, une société hautement médiatisée a dû dépenser plus de 612 M\$ US uniquement dans le cadre d'une enquête portant sur une seule question aux termes de la *Foreign Corrupt Practices Act* (la « FCPA ») et de l'examen complet de son programme de conformité à la FCPA qui en a découlé. Ce montant ne comprend pas les sanctions, amendes, règlements ou décisions connexes, et il ne reflète pas non plus les répercussions que cette situation a eues sur le cours des actions. Dans un certain nombre de cas récents visant d'autres sociétés ouvertes, l'incidence d'un scandale réglementaire sur le cours des actions s'est chiffrée entre 9 % et 11 %, soit une perte potentielle en capitalisation boursière atteignant des centaines de millions, voire de milliards, de dollars.

Bien qu'un tel scénario soit extrême, toute société qui se retrouve avec un sérieux problème d'atteinte à la réputation risque également de faire face à des coûts liés à des enquêtes, à des règlements ainsi qu'à une perte potentiellement importante de sa valeur. La valeur d'une GRE est difficilement quantifiable, mais les enjeux sont incommensurables.

LES MISES EN SITUATION SUIVANTES sont hypothétiques, mais se fondent sur des faits et sont représentatives du genre de problèmes qui peuvent survenir en l'absence d'un solide programme de GRE veillant à ce qu'il n'existe pas de lacunes entre les risques et les mécanismes de contrôle.

1. Le *New York Times* a publié un article sur une entreprise internationale aux prises avec des allégations de complot transfrontalier. Les activités en cause n'étaient pas visées par la portée du programme de gestion des risques de l'entreprise, de sorte que la direction a appris la nouvelle de la bouche du journaliste, un jour avant la publication de l'article. L'entreprise a dû déboursé des montants énormes pour sauver sa réputation et pour mener une enquête. Elle a traité avec des organismes de réglementation de divers pays en plus de devoir faire face à des poursuites criminelles et aux recours collectifs qui ont découlé de cette publication.
2. Une entreprise qui procédait à une vérification diligente dans le cadre de son premier appel public à l'épargne (« PAPE ») a découvert l'existence d'un mécanisme de paiements irréguliers dans un pays étranger. Elle a été forcée de mettre son PAPE sur la glace, de faire une enquête interne et de divulguer publiquement le mécanisme de paiements. L'intégralité du plan d'affaires de l'entreprise a été mise en veilleuse pendant de nombreuses années, alors que cette dernière faisait face à des accusations (puis s'est vu imposer des amendes) et a dû gérer les poursuites et les atteintes à sa réputation qui s'en sont suivies

3. Un dénonciateur a révélé à une société de grande envergure que l'expansion internationale de l'entreprise reposait sur un important système de corruption. Plutôt que de faire appel à un cabinet externe pour la conduite d'une enquête, la direction a décidé de se fier à son équipe interne, ainsi qu'au chef du contentieux de l'entreprise dans le pays en question, qui, selon les allégations, faisait partie du système. De plus en plus impatient, le dénonciateur s'est adressé aux médias, qui ont mis l'accent sur les efforts déployés par l'entreprise pour étouffer l'affaire plutôt que sur le système de corruption lui-même. En conséquence, l'entreprise a fait l'objet d'une vaste enquête des organismes de réglementation, d'un recours collectif intenté par ses actionnaires et d'atteintes à sa réputation qui ont entraîné une chute de la valeur de sa capitalisation boursière.

À PROPOS DE L'AUTEUR

MARK A. MORRISON est associé chez Blake, Cassels & Graydon S.E.N.C.R.L./s.r.l. (Blakes). Il conseille et défend des clients en matière de crimes économiques, de lutte contre la corruption, de concurrence et de litiges commerciaux. Il possède une expérience considérable des tribunaux et a mené de nombreuses enquêtes internes multiterritoriales pour le compte de sociétés ouvertes et fermées.

BLAKES

Blakes, cabinet d'avocats par excellence en droit des affaires au Canada, offre des services juridiques exceptionnels à des entreprises qui comptent parmi les chefs de file au Canada et de par le monde.

Pour en savoir davantage, communiquez avec l'auteur ou avec un membre de notre groupe Criminalité des affaires, enquêtes et conformité.