

21 Retenue ou flou artistique ? La décevante imprécision des premières décisions de la commission des sanctions de l'Agence française anticorruption



Margaux DURAND-POINCLEUX,
avocate au Barreau de Paris,
ancienne secrétaire de la Conférence,
cabinet ABPA



David APELBAUM,
avocat au Barreau de Paris,
ancien secrétaire de la Conférence,
cabinet ABPA



Alice BATTAGLIA,
élève-avocate,
cabinet ABPA

- Le 7 février dernier, la commission des sanctions de l'Agence française anticorruption (AFA) rendait sa seconde décision et le monde de la *compliance* assistait à la conception d'un embryon de jurisprudence.
- Si les décisions de la commission étaient tant attendues, par les entreprises comme par les praticiens, c'est parce que les contrôles opérés par les agents de l'AFA depuis la fin de l'année 2017 avaient suscité critiques et inquiétudes.
- D'abord, ils avaient été diligentés plus tôt que ce qui avait été initialement annoncé, laissant peu de temps aux entreprises pour se mettre en conformité.
- Ensuite, les pratiques de contrôles semblaient aller au-delà d'un simple droit à communication et s'apparentaient à de véritables investigations, confirmant ainsi les rumeurs de l'instauration d'un « Parquet national financier bis » ; l'imagerie martiale adoptée par l'AFA¹, et la présence de nombreux agents de l'administration fiscale, voire de magistrats et d'officiers de police judiciaire, parmi les contrôleurs², renforçait cette impression de création d'une nouvelle instance répressive.
- Enfin, les premiers rapports de contrôle rendus publics étaient unanimes : aucune entreprise contrôlée ne disposait d'une cartographie des risques conforme³.

1 - L'article 1^{er} de la loi Sapin II⁴ dispose : « L'Agence française anticorruption est un service à compétence nationale, placé auprès du ministre de la justice et du ministre chargé du budget, ayant pour mission d'aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme ».

2 - La tâche première de l'AFA est ainsi une mission de soutien aux autorités existantes et aux entreprises dans la prévention et la détection des faits de corruption. Les dispositions de l'article 3 de la loi Sapin II prévoient à ce titre que l'AFA élabore des recommandations destinées à aider les acteurs assujettis à ces obligations nouvelles. Parmi ces acteurs figurent certaines entreprises auxquelles l'article 17 de la loi⁵ impose la mise en œuvre de huit

catégories de mesures et procédures, qui composent un système anticorruption. Un pouvoir de contrôle de la bonne observation de ces mesures et procédures est conféré à l'AFA. Le directeur de l'AFA est habilité à saisir la commission des sanctions qui est chargée d'apprécier la caractérisation des manquements qu'il invoque et, le cas échéant, de sanctionner les entreprises.

3 - Dans sa première décision⁶, la commission des sanctions n'a prononcé aucune sanction, alors que le directeur de l'AFA sollicitait une injonction assortie d'une sanction pécuniaire en cas de non-respect (1 million d'euros à l'encontre de la société et 200 000 euros à l'encontre de sa dirigeante, soit le montant maximal encouru). Dans sa seconde décision⁷, la commission des sanctions a considéré que deux manquements sur trois étaient caractérisés et a prononcé à l'encontre de la société mise en cause deux injonctions : compléter son code éthique et achever la mise en conformité de ses procédures de contrôle comptable. Elle n'a, toutefois, pas suivi l'avis du directeur de l'AFA, lequel avait à nouveau proposé d'assortir les injonctions du prononcé d'une sanction automatique en cas d'inobservation (s'élevant à 1 million d'euros contre la société, et 100 000 euros contre son dirigeant).

4 - Le présent article n'a pas vocation à constituer un compte-rendu exhaustif de l'ensemble des points abordés par la commission des sanctions de l'AFA dans ses deux décisions, mais plutôt de s'intéresser aux réponses issues de cette jurisprudence nouvelle

1. Le logo de l'AFA représente un coq écrasant un serpent enroulé autour de la terre (V. dans ce numéro : Dr. pén. 2020, repère 7, par J.-H. Robert).

2. Ainsi, lors de la première séance de la commission des sanctions de l'AFA, le conseil de la société mise en cause a souligné que parmi les contrôleurs de l'AFA en charge du contrôle figuraient plusieurs agents de l'administration fiscale, un ancien vice-procureur de la section financière du parquet de Paris, et un ancien adjudant de gendarmerie.

3. *Lutte contre la corruption – Le déroulement des contrôles de l'AFA – Scénographie tirée des premiers contrôles, étude par N. Tollet et M.-A. Nicolas : Rev. int. Compliance 2018, étude 107.*

4. L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (JO 10 déc. 2016, texte n° 2) ; Dr. pén. 2017, étude 4, par M. Segonds. – V. aussi : Dr. pén. 2019, dossier 2.

5. Cet article est entré en vigueur le 1^{er} juin 2017, 6 mois après la promulgation de la loi ; ce délai avait pour objet de permettre aux sociétés concernées de

bénéficier d'un temps de mise en conformité sans risque de contrôle ou de sanctions.

6. AFA, comm. sanctions, déc. 4 juill. 2019.

7. AFA, comm. sanctions, déc. 7 févr. 2020.

et, surtout, aux insuffisances qui subsistent à deux égards : d'une part, les garanties procédurales offertes aux entreprises contrôlées (1) et d'autre part, la teneur de leurs obligations – notamment en ce qui concerne la mise en œuvre d'une cartographie des risques⁸, élément central du système de *compliance*, mais encore très mal défini (2).

1. Des développements peu ambitieux en matière de garanties procédurales

5 - Les décisions de la commission des sanctions ont été l'occasion de quelques éclaircissements bienvenus sur des questions de procédure : ainsi, il est désormais établi que le directeur de l'AFA a le droit d'assister à l'audience devant la commission⁹ ; en outre, celle-ci n'est pas liée par l'appréciation des griefs telle qu'elle résulte de l'avis du directeur de l'AFA¹⁰ ; enfin, elle peut prononcer, malgré le silence des textes, une injonction et une sanction pécuniaire cumulativement¹¹ ; toutefois, elle ne peut prononcer une injonction assortie d'une sanction automatique en cas d'inobservation¹².

6 - Les autres développements consacrés par la commission aux garanties procédurales sont décevants à plusieurs égards. Il convient ainsi de relever que la commission exprime une faible exigence de précision de la notification de griefs (A), crée de la confusion en s'abstenant de définir le périmètre exact de la mission et des pouvoirs des contrôleurs (B) et insufflé un risque d'arbitraire aux contrôles en refusant d'imposer aux contrôleurs une obligation de dresser procès-verbal (C).

A. - Une très faible exigence de précision de la notification de griefs, peu protectrice des droits de la défense

7 - En premier lieu, la commission des sanctions évacue rapidement les contestations, pourtant étayées, relatives au manque de précision des notifications de griefs. En effet, alors même qu'elle prend le soin d'énoncer, dans sa seconde décision, qu'« en vertu du principe des droits de la défense, toute personne mise en cause doit être mise à même de connaître les griefs qui lui sont reprochés afin qu'elle puisse présenter utilement sa défense [...] Le respect de ce principe s'impose à l'ensemble de la procédure suivie, depuis le contrôle préalable jusqu'aux échanges devant l'organisme chargé de prononcer les sanctions »¹³, elle n'en fait pas une application scrupuleuse.

8 - Ainsi, alors que la deuxième société mise en cause interrogeait la commission sur l'imprécision des griefs contenus dans la notification des griefs du directeur de l'AFA, la réponse apportée par celle-ci n'est pas satisfaisante au regard des droits de la défense.

9 - La commission rappelle, d'abord, qu'elle est saisie *in rem* et *in personam*. Dès lors, l'imprécision des griefs entraînerait, d'office, la nullité de la procédure. Après avoir concédé que la notification des griefs contenait un exposé des griefs « laissant place à quelques imprécisions », allant même jusqu'à indiquer qu'il « eût été préférable et conforme à la bonne exécution de sa mission que le directeur de l'Agence [...] développât précisément [...] les éléments de droit et de fait »¹⁴, la commission considère qu'en l'espèce la violation n'est pas caractérisée car le rapport de contrôle annexé suffit à pallier l'imprécision de la notification, preuve en était que la société avait su bâtir sa défense.

10 - Elle indique par ailleurs que si la notification des griefs doit être précise, elle n'a pas à reprendre, pour chaque grief, son imputabilité à la personne morale ou à la personne physique qui en est le dirigeant dès lors que les obligations issues de la loi Sapin II pèsent sur les sociétés et sur leurs dirigeants, ajoutant que son article 17 « a expressément prévu que les manquements aux obligations qu'il énonce sont de nature à engager concurremment la responsabilité du dirigeant et celle de la société »¹⁵. Cette réponse paraît insuffisante, dans la mesure où une société ou un dirigeant mis en cause pourraient se défendre en contestant non pas l'existence ou la bonne réalisation des obligations, mais leur imputabilité – par exemple, dans le cadre d'un groupe formel ou informel de sociétés, en soulignant que les obligations éventuellement existantes auraient dû être imputées à une autre société. Cette imprécision est donc dommageable.

11 - Ainsi, alors même qu'elle rappelle l'application des droits de la défense à la procédure, la commission n'en tire pas les conséquences qui s'imposent au regard du principe du contradictoire et du droit à connaître la nature et la cause d'une accusation¹⁶. Il ne peut être sérieusement soutenu qu'une société à laquelle ont été notifiés des griefs imprécis et non personnellement imputés ait été à même de se défendre.

B. - Un refus de définir le périmètre exact de la mission et des pouvoirs des contrôleurs, source de confusion

12 - En deuxième lieu, les deux décisions laissent transparaître un refus de la commission des sanctions de circonscrire précisément les pouvoirs des contrôleurs de l'AFA – notamment au regard du risque de transformation du contrôle en véritable enquête répressive – et, en creux, une préoccupation peu marquée pour les droits de l'entreprise contrôlée.

13 - En effet, les pouvoirs conférés aux contrôleurs de l'AFA sont prévus par l'article 4 de la loi Sapin II : contrôle sur pièces et sur place, possibilité de se faire communiquer « tout document professionnel » ou « toute information utile » avec possibilité d'en faire des copies, entretiens avec « toute personne dont le concours leur paraît nécessaire », soumission au secret professionnel et abstention en cas de conflits d'intérêts. Sur les droits conférés à l'entreprise contrôlée, il n'est dit mot, hormis la création d'un délit d'entrave à ces dispositions : « Est puni de 30 000 € d'amende le fait de prendre toute mesure destinée à faire échec à l'exercice des fonctions dont les agents habilités mentionnés au présent article sont chargés ». Le message est clair : les pouvoirs des contrôleurs de l'AFA sont imprécis, mais les entreprises doivent se garder de s'y opposer. Cet état lacunaire du droit positif aurait pu être pallié par les décisions de la commission des sanctions ; tel n'a pas été le cas.

14 - Sur le périmètre de ce contrôle, la commission indique que si les manquements doivent être caractérisés à partir du 1^{er} juin 2017, date d'entrée en vigueur de la loi Sapin II, les documents demandés par les contrôleurs, eux, peuvent porter sur une période antérieure, à condition qu'ils soient « utiles »¹⁷. La commission ne va pas plus loin pour écarter le grief soulevé par la société et n'examine pas la pertinence des documents demandés. Doit-on en conclure qu'elle considère comme suffisant le fait que l'utilité soit appréciée par les contrôleurs eux-mêmes ?

15 - La société mise en cause soutenait également que les documents demandés par les contrôleurs s'inscrivaient dans la recherche d'infractions pénales, fiscales ou de pratiques restrictives de concurrence, éloignées de leur mission de recherche de manquements dans l'établissement d'un dispositif de prévention à ces infractions. La commission botte en touche et se contente

8. L. n° 2016-1691, 10 déc. 2016, art. 17, II, 3°.

9. AFA, comm. sanctions, déc. 4 juill. 2019, § 15.

10. AFA, comm. sanctions, déc. 7 févr. 2020, § 6.

11. AFA, comm. sanctions, déc. 7 févr. 2020, § 6.

12. AFA, comm. sanctions, déc. 7 févr. 2020, § 8.

13. AFA, comm. sanctions, déc. 7 févr. 2020, § 10.

14. AFA, comm. sanctions, déc. 7 févr. 2020, § 12.

15. AFA, comm. sanctions, déc. 7 févr. 2020, § 13.

16. Conv. EDH, 4 nov. 1950, art. 6, § 3, a.

17. AFA, comm. sanctions, déc. 4 juill. 2019, § 9.

d'indiquer, de façon presque lapidaire : « Les détournements invoqués se rapportent à des procédures en matière pénale, fiscale ou de pratiques restrictives de concurrence dont la commission des sanctions de l'AFA n'est pas compétente pour connaître »¹⁸.

16 - Cette absence de positionnement de la commission des sanctions sur la délimitation de la mission de contrôle de l'AFA est d'autant plus préoccupante que certaines entités ont déjà fait état de pratiques contestables. Elles ont ainsi relaté le déroulement d'entretiens qui s'apparentaient davantage à des interrogatoires et s'inscrivaient dans une démarche de recherche d'indices de constitution d'infractions¹⁹, outrepassant les limites du contrôle tel qu'il est prévu par les dispositions de l'article 17.

17 - De surcroît, la loi Sapin II soumet l'AFA à l'obligation d'aviser le procureur de la République des faits dont elle a connaissance dans l'exercice de ses missions et susceptibles de constituer des infractions pénales²⁰. Certains auteurs y ont vu le risque d'un potentiel dévoiement de procédure par l'AFA²¹.

18 - Le risque de confusion entre la mission de contrôle de l'AFA et sa participation à une procédure répressive est d'autant plus flagrant que la première séance de la commission des sanctions de l'AFA a été consacrée au groupe S. ; or, dans le même temps, ce groupe faisait l'objet de perquisitions dans le cadre d'une enquête préliminaire diligentée par le parquet national financier... suite à un signalement de l'AFA et de l'Autorité de la concurrence²².

19 - Ainsi, la position fuyante de la commission des sanctions quant à la circonscription exacte des missions des contrôleurs de l'AFA confirme, à ce jour, l'existence d'un risque d'instrumentalisation de ces contrôles au service de procédures répressives, notamment en matière pénale, fiscale et de droit de la concurrence.

C. - L'absence d'obligation de dresser procès-verbal, source d'arbitraire

20 - En troisième lieu, la commission indique que les contrôleurs n'ont pas l'obligation de dresser procès-verbal des entretiens qu'ils mènent (lesquels ne sont pas enregistrés non plus), alors qu'il leur est loisible d'utiliser dans leur rapport, à charge, des déclarations qu'ils indiquent avoir obtenues²³. La commission semble accepter un nouveau type d'élément de preuve : celui qui ne repose sur aucun document et ne peut être débattu publiquement à l'audience.

21 - Ce constat est alarmant, surtout dans la mesure où, conformément à ce que permet la « Charte des droits et devoirs des parties prenantes au contrôle »²⁴, des contrôleurs ont refusé la présence de l'avocat ou d'une personne interne à la société au cours des entretiens²⁵. La première société en cause soutenait d'ailleurs que les contrôleurs avaient tenté de dissuader les personnes interrogées d'être accompagnées de leur conseil.

22 - Ainsi, la position générale de la commission des sanctions sur les droits de la défense est insatisfaisante : elle balaye l'exigence de précision de la notification de griefs, s'abstient de se prononcer sur l'inquiétude légitime d'un dévoiement de procédure, tout en admettant un périmètre de contrôle très large et des règles de preuve si souples qu'elles en confinent à l'arbitraire.

23 - Les précisions qu'elle donne sur le contour des obligations des entreprises ne sont pas non plus exemptes de critiques.

2. Des difficultés de définition du contour exact des obligations des entreprises contrôlées

24 - À titre liminaire, il convient de souligner que la commission a limité sa possibilité de sanctionner le non-respect des obligations auxquelles sont soumises les entreprises aux seuls manquements qui persistent à la date à laquelle elle statue : « les manquements susceptibles de donner lieu à l'application de sanctions sont ceux afférents à une situation existante à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi du 9 décembre 2016 et qui perdure jusqu'à la date à laquelle la commission des sanctions statue »²⁶. Il s'agit, à première vue, d'une bonne nouvelle pour l'entreprise renvoyée devant la commission puisqu'elle dispose ainsi d'un temps pour se mettre en conformité. Mais dès lors qu'aucune disposition n'instaure un délai maximal entre le rapport de contrôle et l'audience²⁷, des inégalités sont susceptibles de survenir entre les entreprises.

25 - En ce qui concerne la nature et le contenu de ces obligations, les entreprises ont légitimement constaté l'imprécision des dispositions de l'article 17 de la loi Sapin II et des recommandations de l'AFA (qui paraissent parfois réécrire plutôt qu'expliquer ces dispositions), publiées sur le site de l'Agence mais également au sein d'un avis publié au *Journal officiel* dans un avis du 22 décembre 2017²⁸. Les précisions de la commission des sanctions à ce sujet étaient donc particulièrement attendues.

26 - À la lecture de ses deux décisions, il apparaît que la commission adopte une approche ambivalente des recommandations de l'AFA, auxquelles elle ne reconnaît pas de valeur contraignante mais une valeur probatoire très forte (A) ; elle tente en outre, avec plus ou moins de succès, de contrebalancer l'absence de définition théorique de la cartographie des risques par un contrôle *in concreto* très précis de cet outil (B).

A. - Les recommandations de l'AFA, théoriquement dépourvues de valeur contraignante mais permettant un renversement de la charge de la preuve au détriment de l'entreprise contrôlée

27 - La première création prétorienne de la commission est un raisonnement pour le moins ambivalent sur la valeur des recommandations de l'AFA, largement débattue dans le cadre de la seconde décision rendue.

28 - En effet, d'une part, la commission indique que « les Recommandations ne constituent qu'un référentiel dont l'usage n'est en rien obligatoire »²⁹ et rappelle au directeur de l'AFA qu'il ne peut se fonder sur la méconnaissance de recommandations qui ajoutent à la loi³⁰ – faisant montre, à première vue, d'un légalisme protecteur et bienvenu.

29 - Cependant, d'autre part, la seule existence des recommandations permet à la commission d'opérer une inversion de la charge de la preuve pour le moins surprenante : à partir du moment où l'entreprise contrôlée n'a pas suivi ces recommandations, c'est à elle qu'il revient de démontrer « la pertinence, la qualité et l'effectivité de son dispositif de détection et de prévention de la corrup-

18. AFA, comm. sanctions, déc. 4 juill. 2019, § 9.

19. *Lutte contre la corruption – Le déroulement des contrôles de l'AFA – Scénographie tirée des premiers contrôles, étude par N. Tollet et M.-A. Nicolas, préc.*

20. L. n° 2016-1691, 10 déc. 2016, art. 3, 6°.

21. *Infractions économiques – Première décision de l'AFA – Une décision sans sanction mais riche d'enseignements, étude rédigée par F. Jourdan et M. Ayache : JCP E 2019.*

22. *Le secteur électrique sous la menace de sanctions : Les Échos*, 10 sept. 2018.

23. Commission des sanctions de l'AFA, déc. 4 juill. 2019, § 12.

24. *Charte des droits et devoirs des parties prenantes au contrôle, publiée le 1^{er} avr. 2019, p. 11 et 12.*

25. *Lutte contre la corruption – Le déroulement des contrôles de l'AFA – Scénographie tirée des premiers contrôles, étude par N. Tollet et M.-A. Nicolas, préc.*

26. AFA, comm. sanctions, déc. 4 juill. 2019, § 9.

27. D. n° 2017-329, 14 mars 2017, art. 5, II, relatif à l'Agence française anticorruption, qui prévoit les délais applicables à la procédure devant la commission des sanctions, instaure uniquement un délai minimal de 10 jours entre les observations de l'entreprise contrôlée en réponse à l'avis du directeur de l'AFA et la date d'audience.

28. Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement, de fonds publics et de favoritisme, publié au *Journal officiel* du 22 décembre 2017 (JO 22 déc. 2017, texte n° 176).

29. AFA, comm. sanctions, déc. 4 juill. 2019, § 18.

30. AFA, comm. sanctions, déc. 7 févr. 2020, § 19.

tion en justifiant de la validité de la méthode qu'elle a librement suivie »³¹.

30 - Ainsi, il n'incombe plus au directeur de l'AFA, pourtant partie poursuivante, d'apporter la preuve des griefs qu'il invoque. La commission des sanctions semble ainsi faire fi de cette pierre angulaire des droits de la défense³².

31 - La situation, pour le moins paradoxale, est donc la suivante : le directeur de l'AFA ne peut reprocher à une entreprise un manquement fondé sur les recommandations (seule la loi peut être invoquée), mais l'absence de respect desdites recommandations permet de présumer l'existence d'un tel manquement. Il n'est pas aisé de comprendre en quoi des recommandations qui n'ont pas de valeur contraignante seraient toutefois susceptibles de justifier un renversement de la charge de la preuve.

32 - Peut-être s'agit-il de l'application par la commission du principe de *soft law* « *comply or explain* »³³. C'est en tout cas le message que les professionnels de la *compliance* ont voulu adresser aux entreprises. Ainsi, début 2019, lors d'une table ronde consacrée à la publication par l'AFA de son Guide sur la fonction de « responsable conformité », à laquelle était notamment présent un membre du Département de l'appui aux acteurs économiques de l'AFA, il a été affirmé : « C'est le principe du « *comply or explain* » qui doit demeurer le principe supérieur, à défaut c'est la lutte anticorruption qui perdra en efficacité et crédibilité »³⁴. Il semblerait que la commission des sanctions en ait pris bonne note, sans pour autant l'affirmer explicitement.

33 - Le manque de volonté de la commission des sanctions de théoriser formellement ses concepts d'analyse se retrouve, de manière encore plus flagrante, en matière de cartographie des risques.

B. - L'absence de définition théorique de la cartographie des risques, imparfaitement contrebalancée par un contrôle *in concreto* très précis

34 - L'article 17, II, 3° de la loi Sapin II impose aux entreprises assujetties d'établir « une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la société exerce son activité ». Cette exigence est désormais au cœur des débats devant la commission des sanctions, en raison de l'approche très particulière qu'a choisi d'en avoir l'AFA.

35 - En effet, l'AFA présente la cartographie des risques comme « le socle de la stratégie de gestion des risques de l'entreprise »³⁵. Cette analyse est très préoccupante pour les entreprises, puisqu'elle suggère que l'obligation d'établir une cartographie des risques est la racine de toutes les autres obligations prévues par la loi Sapin II, et induit un « effet domino » : tout manquement constaté au titre de cette obligation se répercuterait sur les autres. Une telle analyse ne figure pourtant pas dans le texte de loi, au sein duquel la carto-

graphie des risques n'est que l'une des obligations prévues par l'article 17 précité, et figure en troisième position après le code de conduite et le dispositif d'alerte interne.

36 - Surtout, les entreprises qui ont fait l'objet d'un contrôle avant la première décision ont constaté qu'aucune cartographie des risques n'avait été validée par l'AFA³⁶. Les conclusions des rapports de contrôle révélaient ainsi clairement une application stricte des recommandations de l'AFA quant à la substance de cette obligation, alors que ces recommandations vont au-delà des standards internationaux³⁷ et, surtout, au-delà des prescriptions de la loi Sapin II.

37 - En synthèse, non seulement l'AFA considère la cartographie des risques comme la clef d'un programme de *compliance*, mais en outre, elle en a une conception si stricte que les entreprises ne semblent jamais pouvoir recevoir de *satisfecit* à cet égard.

38 - Or, près de 3 ans après l'entrée en vigueur de l'article 17 de la loi Sapin II, la cartographie des risques souffre d'un déficit de définition théorique. Ainsi que l'écrit une doctrine savante, mais bien isolée dans ses tentatives de conceptualisation, « le plus souvent l'on ne fait que décrire le mécanisme de cartographie des risques, sans le qualifier juridiquement » ; quant au texte de l'article 17, II, 3° de la loi Sapin II, « il s'agit d'une description et non d'une définition, le texte ne visant que la « forme » que cet élément d'information prend, sans en dire davantage »³⁸.

39 - Au cours de sa seconde séance, la commission a d'ailleurs reconnu la complexité de cette obligation, qualifiant la définition de la cartographie des risques de « débat d'experts » ; on peut s'interroger sur l'identité des « experts » qui devraient fournir cette définition théorique, si l'organe de sanction de l'AFA ne prend pas cette responsabilité.

40 - En l'absence de toute définition, il est rassurant de constater que, dans les deux cas dont elle a eu à connaître, la commission des sanctions a considéré – contrairement au directeur de l'AFA – que les cartographies des risques étaient conformes. Pour ce faire, elle s'est reposée sur un contrôle *in concreto* très précis de ladite cartographie de la société mise en cause, à la fois dans son existence, la méthodologie de son élaboration, son actualisation, mais également dans l'adéquation de la méthodologie suivie avec les spécificités de l'entreprise. L'approche de la commission des sanctions apparaît ainsi plus constructive, quoique tout aussi peu conceptuelle, que celle adoptée par les agents de l'AFA.

41 - Ainsi, il est d'ores et déjà possible d'identifier quelques éléments sur lesquels la commission s'appuie pour conclure à la conformité de la cartographie des risques des deux entreprises.

42 - La commission souligne notamment le recours par les entreprises à un prestataire externe afin de réaliser la cartographie³⁹. Les entreprises avaient également toutes deux procédé à l'identification de scénarii de risques, qu'elles avaient affinés et auxquels elles avaient appliqué les mesures anticorruption déjà existantes afin d'obtenir une hiérarchisation de « risques nets »⁴⁰.

43 - La commission prend par ailleurs en compte les choix opérés par l'entreprise dans l'élaboration de sa cartographie, reconnaissant qu'ils justifient parfois une prise de distance avec les recommandations de l'AFA. Ainsi, si elle approuve la participation de plusieurs employés représentant différentes fonctions au sein des

31. AFA, *comm. sanctions*, déc. 4 juill. 2019, § 18.

32. *Cons. const.*, 22 avr. 1997, n° 97-389 DC. – *Cons. const.*, 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC.

33. En français, « appliquer ou expliquer ». Il s'agit d'un principe de gouvernance des entreprises : toute entreprise se référant à un code de conduite est tenue d'appliquer les règles posées par ce code, quand bien même elles n'auraient pas force contraignante (« *comply* ») ; faute pour une entreprise se référant à un code de conduite d'appliquer les règles posées par ce code, elle est présumée violer les règles de bonne gouvernance. Cette présomption peut cependant être renversée par une explication des raisons ayant conduit l'entreprise à s'écarter de ces règles, qui n'ont pas force contraignante (« *explain* »).

34. Agence française anticorruption – *Réflexions autour du Guide pratique sur la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise* publié par l'AFA – Table ronde, par M. Bartel, D. Dedieu, X. Hubert et S. Domingue : *Rev. int. Compliance* 2019.

35. *Recomm. de l'AFA*, p. 15.

36. *Lutte contre la corruption – Les premiers rapports de contrôle de l'AFA – La révolution préventive se confirme : impossible ne saurait être français !*, étude par A. Gaustad et M.-A. Nicolas : *Rev. int. Compliance* 2018.

37. *Lutte contre la corruption – Les recommandations de l'Agence Française Anticorruption – Un nouveau référentiel anti-corrupcion extrêmement contraignant pour les sociétés françaises et leurs dirigeants*, *comm. par S. Scemla* : *Rev. int. Compliance* 2018, *comm.* 37.

38. M.-A. Frison Roche, *En quoi la « cartographie des risques » est-elle un « outil » nouveau dans le système juridique ? Théorie juridique de la cartographie des risques* : <https://mafr.fr/fr/article/en-quoi-la-cartographie-des-risques-est-elle-ou/>.

39. AFA, *comm. sanctions*, déc. 4 juill. 2019, § 20 et déc. 7 févr. 2020, § 20.

40. AFA, *comm. sanctions*, déc. 4 juill. 2019, § 20 et déc. 7 févr. 2020, § 23.

entreprises à l'élaboration de la cartographie des risques, elle indique aussi, dans sa deuxième décision, qu'il n'est pas nécessaire que soient représentés l'ensemble des fonctions et métiers de l'entreprise dans l'ensemble des lieux où celle-ci a une activité⁴¹, et loue la création, au sein de la société, d'un comité spécialisé.

44 - La commission indique également qu'il est possible pour l'entreprise de changer de méthodologie d'élaboration sans que cela ne constitue un manquement, tant qu'il n'en résulte pas d'incohérences dans les résultats⁴², tout comme il est possible de ne pas hiérarchiser les risques en fonction de seuils d'admissibilité, tant qu'ils sont *a minima* classés par ordre de priorité⁴³. La commission vérifie aussi l'existence d'un *planning* d'actualisation de la cartographie⁴⁴. Enfin, elle indique qu'il ne peut être reproché à une entreprise l'absence de plan d'action puisqu'il ne s'agit pas d'une obligation légale, mais d'un simple ajout opéré par les recommandations⁴⁵.

45 - Enfin, il doit être relevé que la commission rejette la critique opposée par le directeur de l'AFA sur l'absence d'une « analyse fine » des procédures internes déclinée en fonction des spécificités propres aux zones géographiques où la société exerce son activité, et conclut à l'absence de démonstration par le directeur de l'AFA de ce grief⁴⁶. La commission avait d'ailleurs interrogé l'AFA à l'audience sur la notion « d'analyse fine des processus », laquelle ne figure pas dans les textes législatifs alors même qu'elle était omniprésente dans l'avis du directeur de l'AFA.

46 - Il semble donc que la commission, tout en refusant de procéder à une définition générale et théorique de la cartographie des risques, refuse également d'abandonner une telle définition au directeur de l'AFA, auquel elle signifie qu'il n'est pas possible de fonder un grief sur une création théorique qui ne figure pas dans la loi.

47 - En l'absence d'une telle définition, à ce jour, l'existence de la cartographie des risques devra être appréciée à l'aune d'un faisceau d'indices relevant exclusivement d'une analyse *in concreto*.

48 - En conclusion, les deux premières décisions de la commission des sanctions laissent au lecteur un sentiment d'inachevé. La commission y prône le respect des droits de la défense mais n'en tire pas les conséquences qui s'imposent. Elle évite certains débats – notamment sur le périmètre des pouvoirs des contrôleurs et la prévention du risque de détournement de procédure – qui participeraient pourtant du renforcement de la crédibilité et de la légitimité de la mission de l'AFA. Elle rappelle la force non-contraignante des recommandations mais opère un renversement de la charge de la preuve qui ne peut qu'inciter les entreprises à s'y conformer. Enfin, la commission compense son refus de livrer une théorie générale de la cartographie des risques par un contrôle *in concreto* très poussé des dispositifs de conformité, mais cette logique totalement casuistique trouvera ses limites si les premières décisions ne permettent pas de dégager de tendances générales. Il demeure possible de saluer la position consistant à ne sanctionner que les manquements qui perdurent à la date où elle statue, cohérente avec la mission de coordination, de recommandation et de contrôle de l'AFA telle que prévue par l'article 3 de la loi Sapin II.

49 - Le 29 janvier 2020, l'AFA a lancé une enquête en ligne de 2 mois sur le niveau de maturité des dispositifs anticorruption des entreprises. L'objectif est la collecte de données actualisées « dans un souci de consultation afin de prendre en compte l'avis et les contraintes des entreprises »⁴⁷ pour, à terme, adapter ses recommandations. Armés des résultats de cette enquête et éclairés par la méthode d'analyse constructive de la commission des sanctions, il peut être espéré qu'à l'avenir, les agents de l'AFA soient plus compréhensifs et plus pédagogues dans leurs conclusions, et qu'ils renouent ainsi avec les missions à l'origine de la création de l'Agence.■

41. AFA, *comm. sanctions*, déc. 7 févr. 2020, § 25.

42. AFA, *comm. sanctions*, déc. 7 févr. 2020, § 32.

43. AFA, *comm. sanctions*, déc. 7 févr. 2020, § 33.

44. AFA, *comm. sanctions*, déc. 4 juill. 2019, § 24 et déc. 7 févr. 2020, § 35.

45. AFA, *comm. sanctions*, déc. 7 févr. 2020, § 34.

46. AFA, *comm. sanctions*, déc. 7 févr. 2020, § 28.

Mots-Clés : Corruption - Conformité - Cartographie des risques - Agence française anti-corruption (AFA)

47. L'AFA lance une vaste enquête sur l'état de la conformité en entreprises, communiqué de presse de l'AFA, 14 févr. 2020.

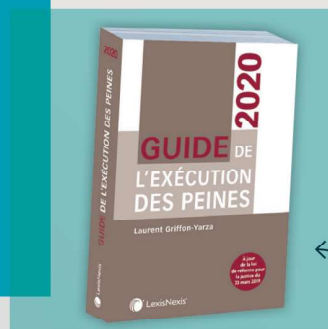
Droit vers l'efficacité juridique

[Codes de référence & Guides pratiques]

Du droit positif...

34,90 €
Prix de lancement
jusqu'au 31/12/2020

Parution le 2 juillet 2020



Solutions immédiates
Consultation rapide
Fiches pratiques
Conseils et exemples
Modèles d'actes

... à son application

LexisNexis SA - 141, rue de Javel - 75147 Paris cedex 15 - 552 029 431 | RCS Paris - 06/2020 - 20BR0MD00112-4