

## LUTTE ANTI-CORRUPTION

# 101 Remarques et éclairages sur la consultation publique de l'Agence Française Anticorruption sur le projet de recommandations sur la prévention des atteintes à la probité



**PIERRE LAPORTE,**

*co-gérant IKARIAN, conseil en conformité anticorruption, membre du Cercle Montesquieu, Commission Gouvernance et Éthique*

**CLAIRE OLIVE LORTHIOIR,**

*administrateur Cercle Montesquieu, co-responsable de la Commission Gouvernance et Éthique*

### CONTEXTE

L'Agence Française Anticorruption (AFA) a ouvert le 5 octobre dernier une consultation publique relative aux projets de recommandations sur la prévention et la détection des manquements au devoir de probité (corruption, trafic d'influence, concussion, prise illégale d'intérêts, détournement de fonds publics et favoritisme). Cette consultation publique s'est déroulée en deux temps. Dès le 5 octobre dernier, ont été mis en ligne les quatre projets suivants :

- la présentation des recommandations ;
- l'élaboration d'une cartographie des risques ;
- la mise en place d'un code de conduite anticorruption ;
- la mise en place d'un dispositif d'alerte interne.

La seconde partie des recommandations a été rendue publique le 16 novembre dernier. Elle porte sur les 7 projets suivants :

- l'engagement de l'instance dirigeante dans la prévention et la détection de faits de corruption ;
- le dispositif de formation aux risques de corruption ;
- les procédures d'évaluation des tiers ;
- les procédures de contrôles comptables, outils de prévention et de détection de la corruption ;

- le dispositif de contrôle et d'évaluation interne ;
  - les précisions à l'attention des acteurs publics ;
  - les précisions à l'attention des acteurs disposant de faibles ressources.
- Cette seconde publication sera également l'occasion de préciser le périmètre de l'article 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique, dite Sapin 2, ainsi que sur l'application du référentiel anticorruption aux organisations disposant de ressources humaines et matérielles limitées, notamment les petites et moyennes entreprises et les collectivités territoriales de proximité.

La consultation publique prendra fin à l'issue d'un délai d'un mois qui a commencé à courir le 16 novembre 2017, soit le 16 décembre 2017. L'ensemble des recommandations fera l'objet d'un avis au JO et sera mis en ligne sur le site de l'AFA d'ici la fin de l'année 2017.

Cette consultation vise « à faire émerger des idées concrètes et propositions d'améliorations qui enrichiront le contenu des recommandations formulées par l'AFA ». L'objectif de l'AFA est bel est bien de partager, avec les publics concernés, la conception du référentiel français anticorruption.

La genèse de la loi Sapin 2, les sanctions records infligées à des groupes français par le *Department of Justice* américain (DoJ) pour des pratiques de corruption et l'ambition de l'AFA de faire que « la France s'inscrive dans les meilleurs standards internationaux en matière de prévention de la corruption » (V. Charles Duchaine, directeur de l'AFA, communiqué de presse, 5 oct. 2017) mettent la barre très haut. Pour que la France soit au même niveau que les pays les plus actifs dans la lutte contre la corruption impose un rattrapage significatif en termes d'outils, de culture et de pratiques, au moins de certaines entreprises françaises. L'AFA a rédigé des projets de recommandations exigeantes, voire très exigeantes. Selon Charles Duchaine, « notre objectif est de donner aux entreprises soumises à notre contrôle, un cadre juridique, des recommandations et des dispositifs notamment qui puissent les mettre à l'abri d'un quelconque reproche à l'étranger. Cela évitera qu'elles aillent se faire épingle et condamner ailleurs (...) » (V. *L'Opinion*, 30 oct. 2017).

En effet, si l'on prend l'exemple du Royaume-Uni, 7 ans après l'adoption du UK Bribery Act en 2010 (UKBA), la culture et les pratiques ont considérablement évolué en matière de prévention de la corruption. Les entreprises entrant dans le champ d'application du UKBA ont été amenées à traiter le risque de corruption comme les autres risques auxquels elles sont exposées et à faire progresser la culture d'entreprise beaucoup plus rapidement qu'elle n'a évolué en France. L'AFA, par ses recommandations, souhaite manifestement aider les professionnels chargés de la mise en œuvre et du suivi de la loi Sapin 2 et faire rapidement progresser la culture de la prévention de la corruption en France. Par ces recommandations, l'AFA souhaite protéger les entreprises françaises exposées au risque de déstabilisation que génère une action étrangère engagée dans le cadre de manquement à une obligation de prévention ou de détection de la corruption.

## COMMENTAIRES

### 1. Une consultation, pourquoi ?

La consultation est une pratique répandue dans l'Administration française ainsi que dans l'administration européenne. À titre d'exemples, l'Autorité de la concurrence, l'Administration fiscale, la Commission européenne ou l'OCDE la pratiquent régulièrement. Il s'agit là d'une bonne pratique dont on ne peut que se féliciter par l'opportunité qu'elle donne à ceux qui sont assujettis aux nouvelles dispositions législatives de faire connaître leur point de vue et leurs remarques sur les règles qui s'appliqueront à eux. Il faut donc saisir cette opportunité pour faire connaître à l'AFA ce que nous pensons des projets de recommandations et pour lui soumettre des propositions d'améliorations à ses projets, voire des suggestions de description de processus et des « exemples et illustrations portant sur les différentes étapes de la démarche imposée, telle que celle de l'établissement de la cartographie des risques » pour qu'un vrai guide pratique puisse être publié et des exemples ou modèles d'outils proposés.

### 2. La notion de recommandation

**Objet des recommandations.** - Aux termes de l'article 3-2° de la loi Sapin 2, l'AFA élabore des recommandations 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. Ces recommandations sont adaptées à la taille des entités concernées et à la nature des risques identifiés. Elles sont régulièrement mises à jour pour prendre en compte l'évolution des pratiques.

**Destinataires des recommandations.** - Les recommandations de l'AFA s'adressent à deux catégories de destinataires : les administrations qui sous l'impulsion de l'AFA vont contribuer à renforcer la prévention des atteintes à la probité dans la vie des acteurs publics et privés en France, y compris les acteurs associatifs et ces mêmes acteurs dans leur diversité, en particulier, les acteurs privés, c'est-à-dire les entreprises petites et grandes.

**Lignes directrices publiées par les autorités étrangères.** - Ces recommandations ont pour objet de donner aux acteurs un niveau d'information précis sur l'interprétation que donne l'AFA des textes qui régissent ses activités. Elles doivent être rapprochées des lignes directrices publiées par les autorités étrangères telles que les recommandations du Serious Fraud Office (SFO) (*Guidance about Procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing, UKBA, sections 9 ou UK Guidelines for Deferred Prosecution Agreement*) ou de la Criminal Division du DoJ (*Fraud Sections's Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance, 5 avr. 2016*).

Ces différents guides émanant des autorités étrangères donne la mesure des enjeux pour l'AFA. Ces guides fixent des référentiels internationaux en matière de lutte anticorruption par rapport auxquels l'AFA doit se positionner. Ces référentiels ont tendance à s'aligner et à s'unifier en des règles identiques au niveau mondial. Le mouvement dans ce domaine est celui de l'unification et de la normalisation internationale (la norme ISO 37 001, V. H. Shaw, *A New International Standard in Bribery Risk Management : Rev. int. Compliance 2016, focus 106*).

**Caractère obligatoire des recommandations ?** - Ces recommandations auront-elles un caractère obligatoire qui fera d'elles des actes réglementaires susceptibles de recours ? Nous pouvons penser que l'argumentation qu'avait en son temps retenu le Conseil d'État pour les professionnels de santé à l'égard des recommandations de la Haute Autorité de Santé (HAS) s'appliquera ici. Le Conseil d'État avait jugé qu'en raison de leurs obligations déontologiques, les professionnels de santé doivent se conformer à l'état de l'art tel qu'il résulte notamment des recommandations de bonnes pratiques de la HAS (*CE, 27 avr. 2011, n° 334396, Association Formindep c/Has*). Ce point devra bien sûr être clarifié.

### 3. Le contenu des recommandations

Les recommandations de l'AFA reprennent les 8 mesures et procédures requises par l'article 17 de la loi Sapin 2 pour la mise en place de la prévention de la corruption, lesquelles se structurent autour de trois grands principes :

- l'engagement au plus haut de la hiérarchie de l'entreprise (art. 17, I, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>) ;
- l'engagement de la totalité de l'organisation, à travers le code de conduite (art. 17, II, 1<sup>o</sup>) ;
- une cartographie des risques et des procédures de contrôles compatibles destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence.

### 3.1. Les rôles et responsabilités

L'AFA identifie et clarifie 4 rôles et responsabilités pour la mise en œuvre et la mise à jour de la cartographie des risques :

- l'instance dirigeante ;
- le responsable de la conformité ;
- les responsables des processus managériaux, opérationnels et support ; et,
- l'ensemble du personnel.

Nous ne parlerons ici que du responsable de la conformité.

L'AFA recommande que l'instance dirigeante de la personne assujettie aux dispositions de la loi Sapin 2 « désigne un responsable de la conformité, rendant compte à l'instance dirigeante et disposant, à l'égard des services, d'une indépendance fonctionnelle réelle ». Si beaucoup de grandes entreprises ont déjà mis en place un responsable de la conformité, il conviendra qu'elles s'assurent que celui-ci rende effectivement compte à l'instance dirigeante, et non pas au responsable d'une autre fonction (ressources humaines, finance, juridique), et qu'il bénéficie d'une réelle indépendance fonctionnelle. Fini le reporting du directeur de la conformité/compliance au directeur international des ventes ou à un comité exécutif où siègent les patrons des *business units* et des fonctions de l'entreprise. Il convient qu'une vraie gouvernance soit mise en place, garantissant l'indépendance fonctionnelle. Cette indépendance fonctionnelle de la fonction compliance permet sans doute dans l'esprit de l'AFA d'éviter l'élaboration d'un code de conduite qui serait un outil de communication de pure façade et non stratégique, comme cela a pu être reproché par le passé en matière de responsabilité sociale des entreprises, ou par le DoJ à certaines entreprises françaises récemment plus sévèrement sanctionnées pour cette même raison.

### 3.2. Le code de conduite anticorruption

Le code de conduite anticorruption manifeste la décision de l'instance dirigeante d'engager l'organisation dans une démarche de prévention et de détection des faits de corruption. Il est clair, sans réserve et sans équivoque. Il s'appuie sur les risques identifiés par la cartographie des risques. C'est donc bien un document qui découle de l'exercice de cartographie des risques. Il décrit les situations et comportements à proscrire. Cette description est appuyée d'illustrations pertinentes au regard des organisations concernées. Le code de conduite est un code obligatoire, ce n'est pas un code de bonne conduite, ni un code de gouvernance ou d'éthique, même s'il peut être partie intégrante d'un de ces derniers, à la condition, cependant, d'en permettre une parfaite lisibilité dans sa présentation. Il devra être intégré au règlement intérieur lorsque celui-ci existe.

### 3.3. La cartographie des risques et son élaboration

L'approche retenue par l'AFA dans sa recommandation sur la cartographie des risques est de préciser le détail de la méthode à retenir. La cartographie des risques constitue le relai entre la volonté des dirigeants et l'appropriation par l'organisation. L'AFA donne à la cartographie des risques le premier rôle, pivot du système anticorruption. Elle présente 3 caractéristiques : elle doit être exhaustive et précise ; elle nécessite de faire participer l'ensemble des acteurs concernés, des cadres dirigeants aux équipes opérationnelles ; elle doit être formalisée et accessible, établie sur la base d'indications quantifiées.

L'AFA considère, par l'approche retenue, qu'on ne peut évaluer un risque sans **une évaluation exhaustive**. C'est une fois qu'une analyse exhaustive est réalisée que l'entreprise pourra proportionner ses efforts aux enjeux et adapter les moyens qu'elle déploie. D'aucuns s'interrogent sur cette notion d'exhaustivité et se demandent si elle est compatible avec l'approche par les risques (*risk based approach*) qui prévaut dans le monde de la compliance/conformité réglementaire. Les 2 approches ne sont pas antinomiques mais bien complémentaires : l'exhaustivité de l'analyse des risques n'interdit pas dans un second temps la mise en place de stratégies adaptées aux risques identifiés. Elle n'interdit pas de proportionner ses efforts et les moyens déployés aux enjeux identifiés des risques de corruption auxquels l'entreprise est exposée.

L'approche de l'AFA est **par les processus** : processus managériaux, opérationnels et support. « Le recensement exhaustif des risques inhérents aux activités nécessite (...) une maîtrise fine des processus mis en œuvre au sein de la personne concernée ». Bien des entreprises de taille intermédiaire vont se voir contraintes d'améliorer leurs processus internes quand ils existent, et à défaut de les mettre en place. De grandes entreprises vont devoir améliorer la qualité de leurs processus pour se mettre en conformité avec la loi Sapin 2. Ce n'est évidemment pas sans inquiétude qu'elles et leurs conseils ont lu les recommandations de l'AFA et qu'elles se soucient du temps et du coût induits par ces exigences de mise en conformité. Le communiqué de presse de l'AFA daté du 5 octobre 2017 précité indique en son dernier paragraphe que la seconde publication « donnera lieu à des précisions sur l'application du référentiel anticorruption aux organisations disposant de ressources humaines et matérielles limitées, notamment les petites et moyennes entreprises et les collectivités territoriales de proximité ». Gageons que l'AFA saura adapter ses exigences à la taille des entreprises et des collectivités. Il est vrai que la tâche est ardue d'émettre un référentiel qui puisse s'appliquer « en même temps » aux grands groupes multinationaux et aux ETI.

**La mise en œuvre de procédures d'évaluation des tiers** est un aspect clé de l'établissement de la cartographie des risques. La prise en considération de l'intervention, dans tous les processus, des tiers, dans la mesure où cette intervention peut occasionner une exposition à une sollicitation aux fins de corruption, est primordiale. Un préalable à l'évaluation du risque est l'évaluation des tiers par la réalisation de *due diligence*. Il convient donc d'évaluer le risque de corruption lié à l'intervention des tiers dans tous les processus. Nous comprenons que tous les tiers doivent être évalués au regard du risque de corruption, seuls ceux présentant un risque devant donner lieu à une *due diligence*.

L'exercice d'identification des risques de corruption n'a de pertinence que si on les mesure et les quantifie. C'est ce que la recommandation de l'AFA sur la cartographie des risques désigne sous la terminologie de « convention de comptabilisation ». À titre d'exemple, la comptabilisation pourra évoluer en fonction des géographies ou des indices de corruption publiés. On peut penser que ce « scoring » sera évolutif, en fonction de l'évolution de l'activité de la personne concernée. Cette évolution devant, selon notre compréhension, être elle-même documentée.

### 3.4. Le dispositif d'alerte interne

Le dispositif d'alerte interne est le corollaire du code de conduite. Il permet de signaler les conduites ou les situations contraires au code, en vue d'y mettre fin, de sanctionner, le cas échéant, le responsable, et d'actualiser la cartographie des risques pour éviter la réitération des comportements.

Le dispositif d'alerte interne ne se confond pas avec celui des lanceurs d'alerte, qui est connexe mais distinct.

Parmi les points à retenir du projet de recommandation sur le dispositif d'alerte interne, figure l'exigence de communication sur la mise en place du dispositif retenu et la promotion de son accessibilité. Il s'agira d'un changement culturel pour beaucoup d'entreprises peu coutumières de cette culture de l'alerte interne, souvent confondue avec la dénonciation. Les autorités anticorruption que sont le DoJ, le SFO et la Banque Mondiale lorsqu'elles imposent la mise en place d'un programme de compliance aux entreprises qu'elles sanctionnent, exigent sur ce point une communication très large de l'existence d'un dispositif d'alerte interne accessible en interne et aux collaborateurs extérieurs et occasionnels. Voilà une autre révolution culturelle qui s'annonce pour bon nombre d'entreprises. Ce mécanisme sera à n'en pas douter un facteur d'évolution des comportements, car les entreprises devront réagir promptement aux alertes ainsi données.

## 4. Conclusion

En 2016, la cartographie des directions juridiques du Cercle Montequieu relevait que la compliance était devenue un sujet majeur pour les directions juridiques. L'évolution législative et l'émission de ces projets de recommandations de l'AFA confirment cette tendance.

La prévention de la corruption est un changement culturel en France pour beaucoup d'organisations. Le suivi et l'effectivité de la cartographie des risques est la pièce fondamentale qui permet la mise en œuvre d'un programme de prévention fiable, crédible et reconnu.

L'AFA veut éviter l'élaboration d'une politique anticorruption de façade car « la corruption des meilleurs est la pire ». En d'autres termes, l'existence d'un dispositif anticorruption, outil de communication qui viendrait masquer des pratiques de corruption, serait un facteur aggravant en cas de contrôle.

La gestion de ces nouveaux risques est un enjeu de société qui fait émerger de nouvelles fonctions, de nouvelles responsabilités et de nouvelles lignes de reporting internes. La mise en place de ce dispositif et l'élaboration de la cartographie des risques est un projet transverse de l'organisation chargée de le mettre en place. Les projets de recommandations de l'AFA ont vocation à donner des directives aux intervenants impliqués par sa mise en œuvre.

Les premières réactions des professionnels impliqués dans la mise en œuvre de la loi Sapin 2 soulignent certaines difficultés de mise en œuvre et le haut niveau d'exigence de ces recommandations. Les professionnels de la compliance et les organisations chargés de mettre en place le dispositif de prévention ont encore jusqu'au 16 décembre 2017 pour identifier les zones d'amélioration et convaincre l'AFA de clarifier ou revoir certaines modalités de mise en œuvre dans leur version définitive.