

Consultation publique

Commentaires de l'Association française des juristes d'entreprises et l'Association des avocats conseils d'entreprises sur le projet de mise à jour des recommandations de l'Agence française anticorruption

Les commentaires ci-dessous portent essentiellement sur le document relatif aux acteurs privés. Dès lors qu'un commentaire porte sur le document général ou bien sur le document relatif aux acteurs publics, cela est spécifié.

1. Commentaires généraux

1.1. Portée des recommandations

L'AFA souligne que les recommandations ne créent pas d'obligation juridique à l'égard de ceux auxquelles elles s'adressent. Elle précise toutefois que : *« une entreprise qui fait le choix de ne pas suivre la méthode préconisée par l'AFA dans ses recommandations doit démontrer la pertinence, la qualité et l'effectivité du dispositif de détection et de prévention de la corruption en justifiant de la validité de la méthode qu'elle a librement choisie et suivie ».*

Cette affirmation semble aller bien au-delà de ce que loi Sapin II prévoit et être en contradiction avec le fait que l'AFA rappelle que : *« Chaque entreprise applique les présentes recommandations suivant son profil de risques, qui varie en fonction de différents paramètres, notamment les types de biens ou services qu'elle produit ou fournit, sa structure de gouvernance, sa taille, son secteur d'activité, ses implantations géographiques et les différentes catégories de tiers avec lesquels elle interagit. »*

Ainsi, il nous semble que s'il appartient bien à l'entreprise de décrire son activité, c'est à l'AFA, lors de ses contrôles, d'analyser le programme dans son intégralité et de vérifier comment l'entreprise a identifié, évalué et défini son profil de risques et mis en place les mesures et moyens nécessaires pour les prendre en compte. Il revient ainsi à l'AFA de chercher à comprendre pourquoi l'entreprise a déterminé son programme de la manière dont elle l'a fait.

1.2. Architecture des projets

1.2.1. Structuration en trois projets de recommandations

Nous comprenons l'intérêt de présenter le référentiel anticorruption sous forme de recommandations distinctes à destination des acteurs privés d'une part et des acteurs publics, d'autre part, compte tenu du fait que l'article 17 de la loi Sapin II ne s'applique qu'aux acteurs privés au-delà de certains seuils mais qu'en vertu de l'article 3 la loi a vocation à s'appliquer également aux acteurs publics.

Nous sommes en revanche plus réservés sur l'intérêt et la portée du projet de recommandations communes à tous les acteurs, qui est source de contradiction avec les deux autres jeux de recommandations. Nous renvoyons plus spécifiquement aux commentaires ci-après (point 3).

1.2.2. Présentation en « trois piliers »

Nous nous demandons s'il est bien opportun de retenir une articulation en 3 « piliers », alors que les entreprises ont structuré leurs programmes autour de la logique « 8+1 » (8 piliers de la loi et engagement de la direction générale).

En outre, mettre l'accent sur l'engagement de la direction générale dans le premier pilier, puis sur la cartographie dans le second pilier, pour renvoyer ensuite les 7 autres mesures dans le troisième pilier est de nature à créer un déséquilibre dans l'approche. Ainsi, à titre d'illustration, dans le projet de Recommandations commun à tous les acteurs, les développements consacrés aux deux premiers piliers (engagement de la direction générale et cartographie des risques) sont beaucoup moins développés (et pour cause) que ceux relatifs au « troisième pilier ».

Il pourrait être plus opportun de structurer une telle approche en 3 volets, si tel est vraiment le souhait de l'AFA, autour des volets « prévention, détection, remédiation », qui correspondent de manière très effective à la réalité d'un programme anticorruption, tout en conservant les 9 piliers d'origine qui s'y rattachent de manière naturelle et équilibrée.

A cet égard, le schéma de la page 4 du projet de recommandations commun à tous les acteurs est utile dans la mesure où il articule bien les mesures de l'article 17 autour de ces 3 volets, auxquels il conviendrait alors de rajouter, si l'on suivait cette logique, l'engagement de la direction générale et la cartographie des risques dans le volet « prévention ».

1.2.3. Articulation avec les guides

Si nous reconnaissons l'intérêt de reprendre dans la Recommandation aux acteurs privés (cf supra) les éléments essentiels du Guide « fonction conformité », il conviendrait pour l'AFA de mieux préciser :

- (i) la portée des guides vs les recommandations
- (ii) pourquoi certains guides (ex. guide M&A et Compliance) ne sont ni repris ni mentionnés dans les Recommandations
- (iii) le devenir du guide « fonction conformité » dès lors qu'il a été partiellement intégré dans le projet de Recommandations acteurs privés ».

Enfin, nous profitons de l'opportunité qui nous est donnée pour vous rappeler que les entreprises attendent depuis plusieurs mois la publication du guide relatif aux conflits d'intérêts.

1.2.4. Questionnaire de contrôle

Compte tenu des nouvelles Recommandations, il serait souhaitable de rassurer les entreprises sur le fait que le Questionnaire ne sera pas « restructuré » dans la mesure où il constitue un référentiel qui structure la démarche « Sapin II » depuis 2018, impliquant souvent la mise en place de répertoires numériques pour héberger un nombre de documents d'autant plus importants lorsque le groupe est constitué d'une multitude de filiales.

1.3. Atteintes à la probité

Les projets de recommandation évoquent à plusieurs reprises les « *atteintes à la probité* ».

Cela rejoint la formulation de la loi Sapin 2, dont le Titre Ier est relatif à la « lutte contre les manquements à la probité », son chapitre III étant intitulé « autres mesures de lutte contre la corruption et divers manquements à la probité ».

Toutefois, les dispositions de la loi sont plus précises, mentionnant dès l'article 1^{er} la corruption, le trafic d'influence, la concussion, la prise illégale d'intérêt, le détournement de fonds publics et le favoritisme.

Ce sont ces infractions spécifiques pour lesquelles l'AFA a reçu mission d'émettre des recommandations (art. 3, 2°).

Concernant les contrôles (art. 3, 2°), une distinction est faite par la loi entre :

- Les procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique, qui visent à prévenir et détecter une nouvelle fois ces infractions de corruption, trafic d'influence, concussion, prise illégale d'intérêt, détournement de fonds publics et favoritisme ;
- Le contrôle du respect des mesures mentionnées au II de l'article 17 de la loi.

Précisément, la loi a été plus restrictive dans sa formulation de l'article 17 : seules sont visées la corruption (sans précision selon qu'elle est publique ou privée) et le trafic d'influence, soit légalement 2 ou 3 infractions (si on inclut la corruption privée, alors que le lien constant entre corruption et trafic d'influence pourrait faire penser que seule la dimension publique est envisagée, le trafic d'influence n'ayant pas de définition privée).

Le projet de recommandations rappelle cela très clairement (§2).

Plus précisément, et curieusement, l'article 17 apporte des précisions et restrictions selon chacun des 8 piliers :

- Corruption et trafic d'influence pour le code de conduite, les procédures comptables et les formations ;
- Corruption seule, et même plus précisément « *sollicitations externes aux fins de corruption* » pour la cartographie, et donc pour les procédures d'évaluation des tiers qui sont prises « au regard de la cartographie des risques ».

Il est bien évident qu'en pratique la plupart des entreprises mettent en œuvre l'article 17 sur les différentes infractions visées, à tout le moins corruption et trafic d'influence, y compris la cartographie des risques.

Pour autant, les recommandations ne peuvent ajouter à la loi et il convient selon nous d'être plus précis pour assurer la pleine efficacité des Recommandations, qui sont un outil de clarification indispensable.

1.4. Guide commun à tous les acteurs

Le projet de « Recommandations relatives au référentiel anti-corruption commun à tous les acteurs » nous semble de nature à créer une certaine confusion.

En effet, soit il a vocation à constituer une synthèse reprenant à l'identique les termes des Recommandations applicables d'une part aux acteurs privés, d'autre part aux acteurs publics, soit il est destiné à apporter des précisions supplémentaires quant aux attentes de l'AFA dans la mise en œuvre du référentiel anticorruption.

Or, en l'occurrence :

- Ce projet de Recommandations n'apporte aucune précision nouvelle quant aux engagements attendus des entreprises qui ne fassent pas déjà l'objet de développements dans les deux autres jeux de Recommandations, rendant leur utilité relative ;
- En revanche, et c'est plus problématique, on constate parfois des contradictions entre les termes utilisés. C'est particulièrement le cas en ce qui concerne les engagements de l'instance dirigeante, dont la définition (§12) s'éloigne de celle de l'article 17 de la loi telle que reprise au § 19 du projet de Recommandations applicable aux acteurs privés et aux § 17 et 18 du projet de recommandations applicables aux acteurs publics.
- De même, les développements du premier pilier (§ 12 à 22) concernant l'engagement de l'instance dirigeante vont plus loin que ceux des paragraphes 21 à 27 de la Recommandation aux acteurs privés qui précisent de manière plus mesurée et concise le rôle essentiel et pivotale de l'instance dirigeante dans la mise en place et le suivi de la mise en œuvre du programme anticorruption, tout en reconnaissant la possibilité pour elle de déléguer cette mise en œuvre effective à un responsable de la conformité doté de moyens appropriés (reprenant ainsi en partie le guide « fonction conformité »), ce qu'elle fait presque toujours en pratique compte tenu de la taille des sociétés concernées.
- Les développements des paragraphes 12 à 22 du projet de Recommandations à tous les acteurs donnent l'impression que l'instance dirigeante devrait consacrer une part très importante de son temps à s'impliquer personnellement et régulièrement dans la mise en œuvre du programme anticorruption, à l'encontre de l'organisation et du fonctionnement des entreprises, où le président et le directeur général, bien qu'ultimement responsables du programme, doivent pouvoir déléguer la mise en œuvre et le suivi du programme à des personnes disposant de moyens dédiés, comme pour les autres domaines de la conformité et de la gestion des risques (ex. programmes concurrence, RGPD, Devoir de Vigilance, etc). Cette délégation ne signifie pas que les dirigeants ne sont pas responsables de la qualité et de l'efficacité du programme, mais que leur mise en œuvre « au quotidien » est confiée à une fonction dédiée sous le contrôle ultime des dirigeants.
- Compte tenu des risques de contradictions entre les jeux de recommandations et de l'utilité très relative de la Recommandation « à tous les acteurs », nous pensons qu'il serait préférable de la retirer ou à tout le moins de la réduire à une simple introduction renvoyant aux deux autres Recommandations « autoportantes » et reprenant la liste et les définitions des atteintes à la probité tel qu'il existe dans les recommandations actuelles.

1.5. Soumission des entités non-assujetties à la loi Sapin II aux recommandations

L'AFA recommande aux entités non soumises aux obligations imposées par la loi Sapin II, du fait de leur taille et chiffre d'affaires, de s'engager néanmoins dans le déploiement d'un dispositif anticorruption.

Pour que cette recommandation, certes formulée dans l'intérêt de ces entreprises, puisse être suivie d'effet concret, il paraîtrait judicieux d'y associer des mesures encourageantes, voire incitatives, et de préciser les conséquences et effets essentiellement positifs de cette recommandation pour ces entités. Il est en outre important de préciser qu'en aucun cas, ces entités ne pourraient faire l'objet d'un contrôle par l'AFA.

1.6. Circonstances atténuantes pour les entreprises assujetties

La méthodologie préconisée par l'AFA emporte selon les recommandations, une présomption simple de conformité. Cette présomption devrait bénéficier non seulement aux sociétés assujetties, mais également aux autres entités auxquelles l'AFA recommande de déployer le dispositif anticorruption.

Au-delà d'une « présomption simple », « l'entreprise qui met correctement en œuvre la méthodologie préconisée par l'AFA » aura ainsi mis en place et en œuvre un dispositif suffisamment lourd suivant une méthodologie propre à l'AFA et à elle seule qui devrait même conduire cette dernière à lui assurer des mesures très incitatives, voire exonératoires de contrôle ou emporter une forme de « circonstances atténuantes » notamment dans le cadre du contrôle de l'AFA.

1.7. Cartographie des risques

Le projet de recommandations apporte d'utiles précisions à la lumière de l'expérience acquise depuis 2017, en reconnaissant notamment que la cartographie des risques de corruption peut s'insérer dans des démarches de cartographies préexistantes, par exemple des risques opérationnels (§59).

Toutefois, outre les commentaires résumés dans le tableau ci-après, nous souhaitons insister sur les points suivants :

- Il serait utile que l'AFA apporte plus de précisions sur la cartographie consolidée de la maison-mère, à la lumière de l'expérience de ses contrôles (§53). En effet, les cartographies des risques de corruption devant être établies au plus près des opérations, il s'ensuit que ce sont de multiples cartographies qui sont de facto établies par les filiales et sous-filiales, la ou les cartographie des risques consolidées ne pouvant à l'évidence refléter la multiplicité des risques et des dispositifs de maîtrise propres à chacune des cartographies. Il serait par conséquent utile que l'AFA explique sa vision de la cartographie groupe (utilité, protection effective contre la corruption au-delà des cartographies locales, cotations de « macro-risques », etc).
- Le texte du § 47 parle « d'autres risques d'atteinte à la probité, comme le recel de favoritisme, afin d'en faciliter la gestion ». Cette exigence va au-delà de la loi qui mentionne « une cartographie des risques d'exposition de la société à des fins de sollicitations externes aux fins de corruption ». Ce point est important dans la mesure où il ne saurait être question qu'à la faveur de ces nouvelles recommandations l'exigence de cartographie des risques de corruption ne dérive vers une exigence de cartographie des risques d'atteinte à la probité.

- Aux § 67 et suivants, l'AFA préconise une cotation des scénarii de risques et non pas des risques eux-mêmes, alors même que les scénarii ne sont que des illustrations de ces risques. Nous pensons que cette préconisation est excessive et risque de compliquer encore les multiples exercices en cours de cartographie au sein des groupes.
- Le § 75 préconise que ce soit le responsable en charge de la conformité, avec l'appui éventuel de l'audit interne et du responsable en charge de la maîtrise des risques qui « fasse » l'évaluation des risques nets. Cette préconisation nous paraît contraire au principe selon lequel cette évaluation devrait d'abord émaner des fonctions opérationnelles à l'occasion des ateliers de cotation.

En outre, le COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*) a publié le 11 novembre un nouveau Guide : *Compliance Risk Management : Applying COSO ERM Framework* (<https://www.coso.org/Documents/Compliance-Risk-Management-Applying-the-COSO-ERM-Framework.pdf>). Le COSO y revient, entre autres, dans son Principe 10 sur les façons dont les risques peuvent être identifiés, précisant qu'il est difficile d'identifier tous les risques selon la même méthodologie.

1.8. Evaluation des tiers

Outre nos observations infra, nous portons à votre attention que l'évaluation des tiers conduit à la collecte et au traitement de données personnelles, à l'instar potentiellement d'autres items de l'article 17 de la loi Sapin 2, comme la cartographie des risques ou évidemment les dispositifs d'alertes. L'enjeu de conformité intrinsèque est considérable.

Il est attendu des entreprises qu'elles refusent éventuellement de contracter sur le fondement d'informations qu'elles auraient recueillies sur leurs éventuels cocontractants, y compris les personnes physiques en détenant le capital, directement ou non (bénéficiaires effectifs). Ces personnes sont-elles informées, par qui, comment, que des données sont traitées les concernant ?

Or nous n'avons toujours pas de lignes directrices claires sur le sujet.

Le guide commun AFA/CNIL évoqué depuis plusieurs mois, voire années, est une nécessité.

1.9. Dispositif d'alerte

Nous observons qu'en pratique les entreprises déploient un seul et même dispositif qui va permettre de couvrir à la fois les dispositions des articles 6/8 et 17 de la loi Sapin 2 et celles de la loi sur le devoir de vigilance pour les entreprises concernées.

C'est un enjeu d'efficacité : les lanceurs d'alertes ne sont pas des juristes. Même si des formations internes sont prévues sur le dispositif, il est délicat de distinguer ce qui peut relever d'un manquement au code de conduite d'un cas de corruption proprement dite, quand les deux ne se conjuguent pas.

La loi, par ailleurs, a créé une difficulté majeure en n'apportant de protection (article L. 1132-3-3 du code du travail) que si le lanceur d'alertes respecte le dispositif prévu aux articles 6 à 8 de la loi Sapin 2. Les autres ne sont pas visés. On peut néanmoins anticiper des jurisprudences en matière sociale qui étendront les protections.

Le projet de recommandations gagnerait à lever ces ambiguïtés en incitant les entreprises à apporter le plus haut degré de protection en toute circonstance. C'est d'ailleurs cohérent avec les positions du Défenseur des Droits en la matière.

Nous avons relevé par ailleurs que l'AFA souhaitait recevoir directement des alertes en cas d'atteintes à la probité. Cela ne nous semble pas correspondre à sa compétence, qui se limiterait comme autorité administrative aux manquements liés aux règles de prévention de la corruption (et non de commission de celle-ci), à condition d'ailleurs que la violation soit « grave et manifeste » (article 6 de la loi). Par ailleurs, le terme « directement » laisse penser que les trois étapes de l'alerte n'auraient pas à être respectées (article 8 de la loi).

Comme pour l'évaluation des tiers, le guide commun AFA / CNIL est indispensable et attendu. Les développements sur le sujet dans les recommandations nous semblent devoir être remplacés par ce guide.

Par ailleurs, nous soulignons que le décret d'application de la loi prévoit la destruction des données personnelles collectées, et non leur simple archivage. C'est en contradiction avec le Référentiel de la CNIL et empêche potentiellement de recouper des alertes successives sur un même fait, qu'elles permettraient ensemble de caractériser. La destruction ne devrait s'imposer qu'après expiration des délais de prescription.

Enfin, nous observons que la directive européenne du 23 novembre 2019 doit être transposée en 2021. Elle va entraîner une révision de nombreux aspects (définition d'un lanceur d'alertes, protections, etc.) et l'AFA devrait être associée à cette transposition.

1.10. Tableau des contrôles

Les entités soumises à la loi Sapin II ont eu du mal à comprendre en quoi consistent les contrôles de 1^{er}, 2^{ème} et 3^{ème} niveaux. Elles ont désormais mis en place des contrôles qui correspondent à leur organisation et à leur activité.

Les tableaux de contrôles qui ont été insérés dans le projet à partir du §278 sont très utiles pour donner des pistes de réflexion à une entreprise. En revanche, ces contrôles ne sauraient acquérir une nature obligatoire et leur absence de mise en place ne saurait être assimilée à une présomption de non-conformité.

C'est pour cette raison que l'ACE et l'AFJE estiment nécessaire de les retirer des recommandations définitives.

En revanche, ces tableaux de contrôles pourraient être publiés à part, peut-être dans un Guide, en précisant clairement qu'il appartient à l'entreprise de déterminer quels sont les contrôles qui lui sont nécessaires.

Il nous semble en outre qu'il pourrait être utile de compléter ce Guide par une présentation de ce qu'est le contrôle interne et comment il doit être mis en place de manière générale, à l'image de ce qui a été fait dans le Guide consacré aux fusions-acquisitions.

L'élaboration de ce Guide pourrait également revenir sur la nécessaire implication de différents services dans la mise en œuvre d'un programme de conformité et rappeler que cette répartition des tâches doit chercher à éviter les conflits d'intérêts. Ainsi, à titre d'exemples, il pourrait être rappelé que :

- le risque de conflit d'intérêt qui pourrait naître du fait d'avoir une Direction de l'audit en charge de l'établissement de la cartographie, mais aussi de son contrôle de 3^{ème} niveau ;
- le fait qu'un contrôle soit réalisé a priori ou a posteriori ne conditionne pas le niveau du contrôle.

Dans ce cadre, le travail de préparation du Questionnaire de contrôle de l'AFA devrait être valorisé, non pas seulement pour permettre aux entreprises de répondre rapidement et efficacement en cas de contrôle de l'AFA, mais surtout de façon à utiliser ce questionnaire comme un outil de contrôle interne.

C'est d'ailleurs en ce sens que nous pensons que si le Questionnaire de contrôle devait être amendé pour suivre les mises à jour des recommandations, il est essentiel que cette mise à jour ne vienne pas « chabouler » l'ordonnement du questionnaire sur lequel les entreprises travaillent depuis presque trois ans maintenant. Il est important de conserver les questions sous leur numérotation d'origine.

Vous trouverez néanmoins en partie 2 une analyse de certains de ces contrôles.

1.11. Obligations à la charge des acteurs publics

Nous comprenons que les recommandations à l'attention des acteurs publics sont destinées à prendre en compte les différences de fonctionnement qui peuvent exister dans ces entités, en particulier pour ce qui concerne les systèmes comptables et les règles de marchés publics.

Nous comprenons cette préoccupation et comprenons également que la maturité des acteurs publics sur les questions de corruption n'est pas encore aussi élevée que dans le secteur privé et que l'objectif de l'AFA est de les accompagner dans cette démarche.

Nous nous permettons néanmoins de souligner que la corruption peut avoir pour origine une sollicitation venant du secteur public et que de telles sollicitations seront d'autant plus limitées que le secteur public aura progressé dans l'adoption de programmes de conformité anticorruption robustes.

A cet effet, nous soulignons que l'OCDE a récemment adopté une Recommandation du Conseil sur l'intégrité publique, <http://www.oecd.org/fr/gov/ethique/recommandation-integrite-publique/>. L'OCDE y souligne que les risques d'atteinte à l'intégrité existent notamment dans le cadre des interactions entre le secteur public et le secteur privé et recommande la mise en place d'un système d'intégrité publique cohérent et global.

1.12. Entrée en vigueur des nouvelles recommandations

Le texte devra prévoir précisément sa date d'entrée en vigueur et conséquemment, le sort de toutes mesures prises et déployées par les entreprises avant cette date, en particulier pour celles se trouvant en cours de contrôle.

Il sera judicieux de ne pas contraindre ces entreprises à une adaptation immédiate et de privilégier une adaptation au fil du temps en fonction notamment de leurs propres méthodes de mise à jour de chacune de leurs mesures, si nécessaire.

L'AFA précisera utilement quels seront les effets de ses nouvelles recommandations sur les contrôles en cours ou à venir. Pour s'assurer de « mettre correctement en œuvre » le dispositif anticorruption, de nombreuses entités assujetties ont maintenant bien compris la nécessité de suivre en particulier le

questionnaire et la liste des pièces à fournir de l'AFA en leur version actuelle de novembre 2018; il sera utile de préciser si ce questionnaire et cette liste sont appelés à être modifiés et de laisser un délai suffisant aux entreprises pour intégrer toute nouvelle question et demande de pièces et le cas échéant, réadapter si nécessaire leur dispositif.

2. Commentaires spécifiques

2.1. Projet de Recommandations relatives au référentiel anticorruption commun à tous les acteurs- consultation nationale

Cf commentaires au point 1.3 ci-dessus, et proposition de supprimer ou à tout le moins assurer la cohérence de ce projet avec les deux autres projets de recommandations, particulièrement en ce qui concerne les paragraphes relatifs à l'engagement de la direction générale.

2.2. Projet de mise à jour des recommandations sur le référentiel anticorruption applicable aux acteurs privés assujettis à l'article 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 – consultation nationale

§	TEXTE	OBSERVATIONS
	I. INTRODUCTION	
2	Définition des infractions	L'utilisation du terme « corruption » comme un terme générique pour recouvrir d'autres infractions, dont le trafic d'influence prêle à confusion juridique. Intégrer le tableau des définitions des atteintes à la probité afin de permettre aux entités de disposer de l'information dans les Recommandations.
3	« Référentiel commun » dans un document distinct	Pourquoi un document distinct ? comment tous les documents s'articulent-ils entre eux ?
	I.1) Portée juridique de recommandations	
4	Les recommandations ne « créent pas d'obligation juridique »	Remplacer par : « Sans avoir de valeur légale, les recommandations constitue la Doctrine de l'AFA »
5	D'autres méthodologies peuvent être employées sous réserve que leur mise en œuvre permette d'atteindre le même résultat	Remplacer « atteindre le même résultat » par « produisent les mêmes effets »
6	Les recommandations sont opposables à l'AFA, qui s'y réfère dans ses missions de conseil et de contrôle	Préciser plus clairement que l'AFA entend voir ses recommandations suivies par priorité, même si elles n'ont pas de portée légale, et qu'elle

		accepte d'autres méthodologies dès lors qu'elles sont documentées et motivées
	I.2) Déclinaison des recommandations par les entreprises en fonction de leur profil de risques	
8	Notion de Groupe, de contrôle et de périmètre du groupe	Faut-il bien comprendre que la responsabilité de la mise en place du dispositif dans les groupes incombe à/aux entité(s) qui exerce(nt) un contrôle de droit ou de fait ? préciser par esprit de clarté les attentes par l'AFA de la société mère
9	Reconnaissance de la particularité de toute entité	« l'entreprise qui contrôle » devant « mettre en place les procédures et le contrôle interne dans l'ensemble du périmètre qu'elles contrôlent », préciser (1) la portée de ses contrôles sur les entités situées à l'étranger et (2) les responsabilités encourues en France pour l'entité qui contrôle
	II. Mise en œuvre du référentiel anticorruption	
11	Définition des infractions et terme	L'utilisation du terme « corruption » comme un terme générique pour recouvrir d'autres infractions, dont le trafic d'influence prête à confusion juridique. Intégrer le tableau des définitions des atteintes à la probité afin de permettre aux entités de disposer de l'information dans les Recommandations.
12	Société et EPIC sous seuil loi Sapin II	<ul style="list-style-type: none"> • Cette recommandation faite à des entités non soumises de mettre en œuvre le dispositif Sapin II doit être accompagnée d'un explicatif des effets et conséquences de cette recommandation : <ul style="list-style-type: none"> - Pour les encourager : en évoquant par ex. les appels d'offre et relations contractuelles facilitées - Pour les prévenir de l'ampleur de la tâche ou leur permettre une version allégée • Des contrôles de ces entités pourraient-ils être menés ?
14	Présomption simple de conformité lorsqu'une société suit les recommandations de l'AFA	<ul style="list-style-type: none"> • L'entreprise devrait même bénéficier en outre de circonstances atténuantes

		<ul style="list-style-type: none"> • Si la recommandation est faite à toute entité de mettre en place ce dispositif => cette présomption doit bénéficier à toute entreprise et non seulement à celle assujettie
15	Écarts par rapport aux recommandations de l'AFA emportent nécessité de « démontrer la pertinence, la qualité et l'effectivité du dispositif de détection ... en justifiant de la validité de la méthode ... librement choisie et suivie »	<ul style="list-style-type: none"> • En l'absence de pouvoir légal, comment justifier une telle exigence qui dans la réalité d'un contrôle, s'avère même très rigoureuse ? • Même si les recommandations de l'AFA sont très judicieuses et efficaces, il existe de nombreuses autres méthodologies qui ont fait et feront leur preuve et les organisations doivent surtout adopter des méthodologies adaptées à leurs spécificités ... • Cela force à documenter de façon exponentielle les démarches qui ne suivraient pas les recommandations, en sus de la mise en place déjà lourde du dispositif • Le questionnaire de contrôle va-t-il évoluer en conformité avec ces nouvelles recommandations ? outil de préparation du programme de conformité, il serait logique d'aligner les deux documents
16	« Trois piliers indissociables »	Confusion possible entre les 8 « piliers » de Sapin II, qui ne comprennent pas l'engagement de l'instance dirigeante et cette idée de lier trois « mesures » essentielles et indissociables
	II.1) L'engagement de l'instance dirigeante	
	1. Définition et responsabilité de l'instance dirigeante	
20	L'AFA recommande que le dispositif anticorruption soit validé par le conseil d'administration	Il serait souhaitable d'assouplir la recommandation : il vaudrait mieux parler de l'organe de contrôle pour que la recommandation soit applicable à toutes les formes de sociétés ; toutes les sociétés n'ont pas de conseil d'administration et ne sont pas soumises au code Afep-Medef.
	2. Responsabilité de l'instance dirigeante	
22	Délégation de la mise en œuvre opérationnelle au « responsable de la fonction conformité »	Cette affirmation signifie la mise en place obligatoire de cette fonction de responsable de la fonction conformité qui n'est pas prévue par les textes et n'est pas encore appliquée par toutes les entités, y compris les entités assujetties
23	Inclure dans le rapport de gouvernement d'entreprise, un développement spécifique sur le dispositif anticorruption.	Les entreprises assujetties sont soumises à l'obligation d'établir de trop nombreux rapports dont le périmètre varie. Cette recommandation

		ajoute à la complexité et l'incohérence de l'exercice d'élaboration des rapports.
24	« ... l'entreprise à risque ... »	Que signifie cette expression dans ce paragraphe ?
25	Gestion RH	Encourager les processus de background checks déjà largement pratiqués
	3.Moyens dédiés	
30	lettre de mission du responsable de la fonction conformité	Rappeler la nécessité d'assurer l'indépendance du Responsable de la fonction conformité de façon générale et de faire que la lettre de mission suive les prescriptions du Guide Fonction conformité.
32	Entité centrale – maison mère/filiale	Si un Responsable de la fonction conformité est recommandé au niveau central, il peut aussi lui être recommandé de disposer de référents ou correspondants dans chaque filiale
37	le responsable de la fonction conformité doit être associé aux décisions structurantes	<ul style="list-style-type: none"> • Cette précision importante doit être rajoutée dans le guide de la fonction conformité • La mise en œuvre du programme de conformité ne dépend pas du seul responsable de la fonction conformité. Il est important que dans l'entreprise l'attribution/répartition des rôles entre le responsable de la fonction conformité, le directeur de l'audit, le directeur juridique, le directeur des ressources humaines... soit claire et complète.
38	Indépendance et audit interne	<ul style="list-style-type: none"> • Toute « l'activité » du Responsable de la fonction conformité ne « relève pas forcément de l'audit interne » ; ce sont les dispositions mises en place par lui qui seront soumises à l'audit interne • La distinction doit être clairement faite pour permettre aux entreprises d'organiser comme elles l'entendent l'articulation de ces deux fonctions sans créer d'ambiguïté sur le périmètre et les liens hiérarchiques entre les deux fonctions
	II.2) La mise en place d'un dispositif d'évaluation des risques à travers la cartographie des risques de corruption	
46	Distinction trafic d'influence et corruption	La distinction entre corruption et trafic d'influence ici rappelée est nécessaire à tous égards, c'est pourquoi le terme « corruption » ne peut être utilisé de façon générique. Mais la loi Sapin II ne parle pas de cartographie de risques autres que de corruption

47	Ajouter les « autres risques d'atteinte à la probité (comme le recel de favoritisme) afin d'en faciliter la gestion »	Ajoute à la loi Sapin II et à l'exercice qu'elle impose de cartographie des « risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption » «
53	L'AFA indique que la cartographie doit couvrir les entités sur lesquelles l'entreprise exerce un contrôle de droit ou de fait.	<ul style="list-style-type: none"> • dans certains cas de contrôle de fait, il risque d'être difficile d'imposer l'exercice • la consolidation des cartographies n'est pas toujours possible / utile, en particulier si les filiales ont des risques très différents • L'expérience tirée des contrôles vous a-t-elle permis de constater que la consolidation des cartographies de toutes les filiales par la société-mère était toujours nécessaire et/ou utile ? Est-elle plus protectrice des sociétés contre la corruption ?
58 59	L'AFA indique qu'on peut employer une méthodologie conduisant à une efficacité et pertinence au moins similaires.	Serait-il possible pour l'AFA d'intégrer des exemples au regard des cartographies qui ont été contrôlées et que l'AFA a considéré comme étant satisfaisantes ?
63	Les ateliers collectifs	La conduite des entretiens ne se fait pas automatiquement lors d'ateliers collectifs. Il peut être plus efficace d'organiser une succession d'interviews individuelles au cours desquelles certaines personnes seront plus disposées à s'exprimer. Plusieurs méthodes peuvent permettre d'arriver à une identification objective des risques.
64	Faire un état des lieux précis plutôt qu'une typologie théorique des risques	L'étude de l'OCDE « Corporate Anti-corruption Compliance Drivers, Mechanisms and Ideas for Change » procure une liste utile des risques généralement identifiés comme étant les plus couramment rencontrés. Cette proposition d'état des lieux gagnerait en clarté si la recommandation exposait les modalités de documentation des risques en s'appuyant sur les contrôles qu'elle a menés.
72	L'évaluation des risques bruts doit être conduite sur le fondement d'une méthodologie homogène.	Il serait utile de donner des exemples de « méthodologies homogènes » ou à l'inverse de ce que l'AFA considère non homogène, à la lumière des dossiers de contrôle
75	Evaluation des risques nets par le responsable de la conformité, avec l'appui éventuel de l'audit interne	L'approche risque bruts et nets reste très pertinente en phase de démarrage de projet (la cartographie pouvant être utilisée comme un outil de gap analysis / pilotage de plan d'actions)

		<p>Une autre approche (notamment en régime de croisière) aurait pu consister à recommander une cartographie des risques bruts destinée à calibrer le niveau de diligences à mettre en œuvre dans le dispositif de gestion des risques (sur le modèle d'une classification des risques LCB-FT / ACPR) puis une évaluation du niveau de maîtrise de ces risques via le pilier 8 de la loi (Contrôle de niveau 2 et de niveau 3).</p> <p>A ce propos, le Département de la justice américain préconise une cartographie permettant l'identification des risques élevés sur lesquels les efforts de conformité devront porter :</p> <p>Prosecutors may credit the quality and effectiveness of a risk-based compliance program that devotes appropriate attention and resources to high-risk transactions, even if it fails to prevent an infraction. Prosecutors should therefore consider, as an indicator of risk-tailoring, revisions to corporate compliance programs in light of lessons learned.” (Evaluation of corporate compliance programs, DOJ June 2020)</p>
	II.3) Prévention des risques de corruption	
	1. Code de conduite	
91	Application aux « autres collaborateurs »	<p>Les sous-traitants et consultants ne peuvent figurer dans la catégorie « collaborateur », même si le code de conduite peut leur être imposé dans la mesure des négociations commerciales.</p> <p>Il faudrait faire 2 catégories : les collaborateurs et les tiers.</p>
101	illustrations pertinentes au regard de l'entreprise	Que faut-il entendre par « illustrations pertinente » : des exemples ?
104	Nom et coordonnées des personnes qualifiées pour répondre aux questions des personnels	<p>Est-il nécessaire de mettre les noms dans la mesure où le code a vocation à sortir de l'entreprise ?</p> <p>Les coordonnées ne sont-elles pas suffisantes ? Cela permettrait aussi de ne pas refaire le code à chaque changement d'interlocuteur</p>
	3. L'évaluation de l'intégrité des tiers	
141	Dispositif unique possible	<p>Il est important de noter que les entreprises sont obligées de rationaliser les contrôles des tiers : corruption, mais aussi blanchiment, vigilance, sécurité, qualité...</p> <p>C'est d'ailleurs un gage d'efficacité</p>

	Modalités d'évaluation de l'intégrité des tiers	
150	3 niveaux d'acteurs participant aux évaluations des tiers	Les modalités d'évaluation proposées par l'AFA ne peuvent pas être uniformes. Elles doivent tenir compte de l'organisation de chaque entreprise et de la répartition des pouvoirs
154	Personnes sanctionnées	Préciser : « dans la limite de l'accès ouvert aux sanctions et condamnations »
161	Respect des normes sur la protection des données	Un guide commun de l'AFA et de la CNIL sur la protection des données en matière d'évaluation des tiers serait extrêmement utile
	II.4) Détection de la corruption	
	1. Dispositif d'alerte anticorruption	
	Articulation des différents dispositifs d'alerte	
193	Dispositif technique unique	<p>Il nous semble nécessaire d'inciter à l'harmonisation des dispositifs des articles 6/8 et 17, pour apporter la plus haute protection aux lanceurs d'alertes. Les entreprises ne déploient qu'un dispositif unique en pratique, comprenant d'ailleurs également la loi sur le devoir de vigilance pour celles qui sont concernées. En outre, la différence est impossible à comprendre pour la plupart des lanceurs d'alertes : une violation du code de conduite peut révéler un cas de corruption, on est à cheval sur les deux articles.</p> <p>Il est nécessaire d'inviter à ce que les protections liées aux articles 6/8 s'appliquent pour l'article 17. Le Défenseur des droits a pris des positions sur le sujet.</p> <p>C'est l'intérêt des lanceurs d'alertes mais aussi des entreprises, car cela rassure les lanceurs d'alertes et favorise l'utilisation des dispositifs.</p> <p>D'ailleurs, le projet de révision traite principalement des articles 6 et suivants, autant aller au bout du raisonnement et prôner que les entreprises s'engagent à une protection équivalente.</p>
194	Sanctions	Rajouter que la violation de la confidentialité emporte aussi des sanctions pénales (article 9 de la loi Sapin 2).
200	Alerte adressée directement à l'AFA	La loi ne prévoit pas que les alertes soient adressées à l'AFA spécifiquement, mais plutôt à l'autorité judiciaire ou administrative. Il faudrait préciser que de tels signalements ne pourraient porter que sur des sujets qui sont liés aux compétences de l'AFA, en l'occurrence aux cas

		<p>de manquements graves et manifestes aux règles de prévention de la corruption, aucunement à des atteintes à la probité, le rôle de l'AFA étant lié aux obligations de prévention.</p> <p>Enfin, le terme « directement » est dangereux, il laisse penser que les signalements peuvent être faits directement auprès de l'AFA, le lanceur d'alertes étant dispensé du respect de la graduation des alertes qui prévoit que celle-ci soit d'abord déposée en interne, c'est-à-dire auprès de l'entreprise ou son référent. Ce n'est qu'à défaut de réponse dans un délai raisonnable que les autorités judiciaires ou de contrôle peuvent être saisies.</p>
	Définition et protection du lanceur d'alerte	
204	Conditions cumulatives caractérisant le lanceur d'alerte	« Agir de bonne foi » signifie considérer que le signalement est fondé et non pas qu'il est conforme à la règle de droit
205	responsabilité du lanceur d'alerte	Remplacer « pénalement irresponsable » par « ne pourra voir sa responsabilité pénale engagée »
	Organisation du dispositif d'alerte	
208	Rôle du supérieur hiérarchique	Cette recommandation ajoute à la loi un rôle qui n'est pas forcément dévolu au supérieur hiérarchique
	Traitement des alertes	
216	Modalités d'accès au dispositif et échange d'information avec l'auteur de l'alerte	De quels « informations et documents professionnels » s'agit-il ?
220	Procédure d'enquête	<ul style="list-style-type: none"> • La procédure d'enquête interne n'est pas prévue par la loi. Il peut être nécessaire de formaliser cette procédure après avoir expérimenté le traitement de quelques alertes. • A noter que l'Ordre des avocats de Paris a adopté un Vademecum sur les enquêtes internes et qu'un guide a été établi par le Conseil national des Barreaux auquel les recommandations pourraient se référer
	Mise en œuvre du dispositif d'alerte interne	
231	étapes	la loi ne prévoit pas la mise en place d'un comité alertes
	2. Le contrôle interne des risques de corruption et de trafic d'influence	
238	Dispositif de contrôle et d'audit interne	Une référence utile pour la détermination du rôle de l'audit interne dans la gouvernance - IFACI Base ...

		docs.ifaci.com › Prise position Role AI gouvernance L'audit interne donne une assurance en évaluant et en rendant compte de l'efficacité des processus de gouvernance, de management des risques et de contrôle conçus pour aider l'organisation à atteindre ses objectifs stratégiques, opérationnels, financiers et de conformité
	Les contrôles comptables	
254	Contrôles comptables de premier niveau	la personne ayant effectué la saisie et la validation des écritures comptables ne peut pas en effectuer le contrôle. Il faut que ce soit quelqu'un du même service, mais pas la même personne. Cf.point 255
	3. Régime disciplinaire	
	II.5) Contrôle et évaluation des mesures et procédures composant le dispositif anticorruption	
	1.Objectifs et modalités	
281	Plan de contrôle de 2 ^{ème} niveau	Comment distinguer les contrôles de 1 ^{er} et de 2 ^{ème} niveau
	Typologies des contrôles à déployer	
288	Contrôles de 2 ^{ème} niveau de la cartographie	Il nous semble que ces commentaires sont des commentaires généraux sur les pratiques de contrôle interne et qu'ils devraient être insérés dans un Guide relatif au contrôle interne.
288	Contrôles de 3 ^{ème} niveau de la cartographie	<ul style="list-style-type: none"> • Dans sa 2^{ème} décision, la Commission des sanctions indiquait que la loi n'exigeait pas la mise en place de plans d'actions à l'issue de la cartographie des risques. • Par ailleurs, à la place de « caractère systémique du dispositif », il serait plus clair d'écrire « S'assurer de la cohérence des mesures entre elles ». • Enfin, rappeler les risques de conflits d'intérêts qui peuvent naitre au niveau des contrôles de 3^{ème} niveau conduits par l'audit si l'audit avait été impliquée dans la mise en œuvre du programme.
289	Code de conduite	Il conviendrait de rappeler que les commentaires concernent à la fois le code de conduite et les procédures qui le complètent.

289	Contrôles de 2 ^{ème} niveau	Il conviendrait de rappeler que les contrôles portent en premier lieu sur la diffusion et la mise en œuvre effective des codes et procédures. Cela ne relève donc pas des contrôles de 3 ^{ème} niveau.
289	Contrôles de 3 ^{ème} niveau	Il conviendrait de rappeler les risques de conflits d'intérêts qui peuvent naitre au niveau des contrôles de 3 ^{ème} niveau conduits si le service en charge de l'audit avait été impliqué dans la mise en œuvre du programme.
290	Formation	
290	Contrôle de 2 ^{ème} niveau	Le contrôle de la gouvernance et de la correcte allocation des ressources ne semble pas correspondre avec les exemples cités en italique.
290	Contrôles de 3 ^{ème} niveau	Enfin, rappeler les risques de conflits d'intérêts qui peuvent naitre au niveau des contrôles de 3 ^{ème} niveau conduits si le service en charge de l'audit avait été impliqué dans la mise en œuvre du programme.
291	Evaluation des tiers	
291	Contrôles de 1 ^{er} niveau	Il pourrait être plus simple d'indiquer qu'il s'agit de vérifier que les obligations/points de contrôle mentionnés dans la procédure sont bien respectés.
290	Contrôles de 3 ^{ème} niveau	Par ailleurs, à la place de « caractère systémique du dispositif », il serait plus clair d'écrire « S'assurer de la cohérence des mesures entre elles ».
292	Alerte interne	
292	Contrôles de 1 ^{er} niveau	Les contrôles relatifs à la mise en œuvre de sanctions et de plans d'actions nous semblent plutôt relever du régime disciplinaire ou du contrôle interne.
292	Contrôles de 3 ^{ème} niveau	L'analyse qualitative et quantitative des signalements nous semble relever plutôt des contrôles de 2 ^{ème} niveau. Par ailleurs, à la place de « caractère systémique du dispositif », il serait plus clair d'écrire « S'assurer de la cohérence des mesures entre elles ».
293	Contrôles comptables	
293	Contrôles de 1 ^{er} niveau	Nous comprenons que le contrôle automatisé de certaines opérations se réfère aux opérations sensibles soulignées dans le corps des

		<p>recommandations. Il faudrait que ce point soit clarifié. En tout état de cause, ces contrôles devraient être exposés en détail dans un Guide plutôt que dans les recommandations.</p> <p>Le contrôle de la correcte application des contrôles comptables anticorruption avant réalisation de l'opération est un contrôle de 2e niveau</p>
293	Contrôles de 3 ^{ème} niveau	Par ailleurs, à la place de « caractère systémique du dispositif », il serait plus clair d'écrire « S'assurer de la cohérence des mesures entre elles ».
294	Régime disciplinaire	
294	Contrôles de 2 ^{ème} niveau	<p>Nous nous interrogeons sur la légitimité d'un contrôleur interne ou du responsable de conformité à se prononcer sur l'adéquation entre un incident et une sanction, s'il ne dispose pas d'une indépendance suffisante.</p> <p>Il serait plus utile d'indiquer que le contrôle consiste à vérifier que le niveau de la sanction est en adéquation avec les règles internes (règlement intérieur pour les sociétés françaises).</p>
294	Contrôles de 3 ^{ème} niveau	Par ailleurs, à la place de « caractère systémique du dispositif », il serait plus clair d'écrire « S'assurer de la cohérence des mesures entre elles ».
296	Les contrôles de premier niveau sont formalisés et documentés	Ajouter : « les contrôles de premier niveau font l'objet d'un plan de contrôle formalisé décrivant notamment le périmètre des contrôles, les rôles et responsabilités, la fréquence de chacun des contrôles, les modalités d'échantillonnage le cas échéant" »

2.3. Projet de mise à jour des recommandations sur le référentiel anticorruption applicable aux acteurs publics (article 3 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016)

77	pourquoi la méthodologie de la cartographie est-elle allégée pour les acteurs publics et ne reprend pas l'intégralité du § 84 qui y est consacré pour les acteurs privés ?	mettre en cohérence avec le guide de l'achat public
90 91	Donner des exemples de bonnes pratiques issues des informations remontées dans le cadre des contrôles	
129	pourquoi est-il possible d'intégrer les formations anticorruption dans des formation plus générales uniquement pour les acteurs publics. L'intérêt des formations est justement de pouvoir mieux les contextualiser en les intégrant à d'autres thématiques.	
133	certaines activités para-publiques ont des activités commerciales	
150 151	Il serait utile de développer ce paragraphe pour que les acteurs privés qui répondent à une commande publique en comprennent mieux la portée. les seuls cas d'exclusion sont-ils bien ceux mentionnés au §151	
153 164	Comment articuler ces 2 paragraphes ? l'acteur public doit garder au rang des soumissionnaires une personne ne s'engageant pas sur des critères éthiques. En revanche, il est possible de rompre une relation si la clause éthique n'est pas respectée	
248 249	Vérifier si les contrôles comptables à la charge des ordonnateurs sont suffisants. En tout état de cause, il est nécessaire de vérifier s'ils sont bien effectués	