

Compte-rendu des réunions des 18 mars et 16 avril 2019 sur les contrôles des dispositifs anticorruption

avec M. Salvator Erba,

Sous-directeur du contrôle de l'Agence française anticorruption,

et M. Julien Laumain,

Expert conformité auprès du Sous-directeur du contrôle

Tables des matières

I.	Présentation générale des contrôles	3
	<i>Qu'est-ce qu'un dispositif anticorruption ?</i>	3
	<i>Les missions de contrôle de l'AFA</i>	3
	<i>L'articulation avec les pouvoirs des différentes autorités de contrôle</i>	3
	<i>Les fondements sur lesquels s'exercent les contrôles et le choix des entreprises contrôlées</i> .	4
	<i>Les données sur les contrôles</i>	4
	<i>L'objet du contrôle</i>	5
II.	Mise en œuvre des contrôles.....	5
	<i>Le recours à des prestataires externes</i>	5
	<i>Les enseignements des contrôles</i>	6
	<i>La procédure de contrôle</i>	6
	<i>Les aspects pratiques des contrôles</i>	8
	<i>Les différentes phases du contrôle d'initiative</i>	9
	<i>Le déroulement du contrôle</i>	10
	<i>L'entrave à la communication de pièces</i>	15
	<i>Le secret professionnel et le secret bancaire</i>	15
	<i>Secret des correspondances entre l'avocat et son client</i>	15
III.	Obligations posées par l'article 17.....	16
	<i>Cartographie des risques</i>	16
	<i>Contrôles comptables</i>	17
	<i>Evaluation des tiers</i>	18
	<i>RGPD et tiers</i>	18
	<i>Procédure de signalement</i>	19
	<i>Les dirigeants</i>	20
IV.	Perspectives françaises et européennes	21
	Annexe	22

I. Présentation générale des contrôles

Qu'est-ce qu'un dispositif anticorruption ?

Quelle que soit la taille de l'entreprise, ce dispositif repose sur **3 piliers** qui sont interdépendants :

- 1) **Une volonté des instances dirigeantes** qui doit afficher une politique de tolérance zéro. Cet engagement des instances dirigeantes est mesuré par différents critères :
 - une capacité de portage, de communication personnelle sur le dispositif de détection de la corruption (lettres internes, vidéos, etc.) ;
 - une implication dans le lancement et la validation du dispositif ;
 - le déploiement de moyens adéquats ;
 - une fonction conformité dotée d'un bon positionnement et de bonnes compétences ;
 - un outil de contrôle interne correctement déployé ;
 - des sanctions adéquates en cas de problème ;
- 2) **Une connaissance des risques** qui passe par l'élaboration d'une cartographie ;
- 3) **Un système de management.**

Les missions de contrôle de l'AFA

L'AFA s'assure de la qualité et de l'efficacité des dispositifs anticorruption. Elle exerce 2 types de missions de contrôle : **les contrôles d'initiative et les contrôles d'exécution judiciaire.**

➤ **Contrôle d'initiative :**

- Il concerne à la fois les acteurs publics et économiques ;
- Il s'effectue sur décision du Directeur de l'AFA qui prend l'initiative, le cas échéant, à la demande de ministres, autorités préfectorales, HTVP, ou signalements d'organisations (ANTICOR, SHERPA, etc.). Son positionnement est comparable à celui d'un président d'une autorité administrative indépendante.

➤ **Contrôle judiciaire :**

- Il concerne les personnes morales. Les textes prévoient que les mesures judiciaires impliquent la mise en place d'un programme de conformité.

L'articulation avec les pouvoirs des différentes autorités de contrôle

➤ **Quelles sont les relations entretenues par l'AFA avec d'autres autorités telles que la CNIL, l'AMF, la CRE, etc. ?**

- Les contrôles diligentés par l'AFA ne sont pas dictés par les échanges avec des autorités de régulation ; ses missions de contrôle n'ont pas pour objet d'alimenter les dossiers de telle ou telle autorité.

- S'il est vrai qu'un dialogue existe, il n'est que méthodologique et a pour but de gagner du temps grâce à l'expertise de ces entités régulatrices. L'AFA étant une institution relativement récente, elle aspire à capter l'expérience qui a pu être déployée par d'autres afin de faciliter et accélérer la construction de ses propres outils de contrôle.

➤ **Quelles sont les relations avec les autorités anticorruption étrangères ?**

- Ce dialogue avec les autorités notamment américaines a pour objectif de « raffermir » le rôle de la France en matière d'anticorruption.
- Il n'a pas pour objectif d'engager un contrôle sur des filiales étrangères de groupes français ni inversement sur des filiales françaises de groupes étrangers. Il ne se fait donc pas au détriment des entreprises françaises.

Les fondements sur lesquels s'exercent les contrôles et le choix des entreprises contrôlées

- Dans le cadre de ses pouvoirs propres, le Directeur de l'AFA n'a pas à justifier des raisons pour lesquelles il a engagé un contrôle. Ce qui guide son action c'est de faire en sorte que les grands groupes français soient les mieux préparés à l'international.
- Pour autant, il met en application les lignes directrices suivantes :
 - 1) Une approche « top-down »** : l'accent est d'abord mis sur les grands groupes : « on descend l'escalier ». L'AFA n'a pas les moyens de contrôler tout le monde et a donc intérêt à choisir les entités qui sont les plus observées par leurs pairs. En contrôlant une entreprise, l'AFA espère ainsi influencer toute la filière, d'autant que les rapports de contrôle circulent ;
 - 2) Une approche visant à cibler les secteurs les plus exposés** : en croisant les données du rapport 2014 de l'OCDE, du FCPA, du FSA, etc., certains secteurs apparaissent particulièrement exposés à la corruption et au trafic d'influence (finance, santé, BTP, TIC, etc.) ;
 - 3) Un traitement des signalements jugés crédibles.**

Les données sur les contrôles

- Une 1^{ère} vague de 6 contrôles a été annoncée en octobre 2017, incluant une entité publique ;
- Une deuxième vague de 47 contrôles en 2018 dont :
 - 4 contrôles d'exécution judiciaire dans le cadre de CJIP (rendus publics sur le site) ;
 - 43 contrôles d'initiative : 28 portaient sur des entreprises, 15 sur les acteurs publics ou associatifs ;
 - sur les 28 contrôles sur les entreprises, 11 portaient sur des filiales françaises de groupes étrangers ;
- Au total, une dizaine de rapports définitifs (le chiffre exact apparaîtra dans le **rapport d'activité, publié d'ici fin mai**). De nombreux rapports préliminaires sont en cours.

L'objet du contrôle

- Le contrôle porte sur **l'existence, la qualité et l'efficacité** des mesures de prévention et de détection de la corruption et du trafic d'influence ;
- **Il ne s'agit pas d'enquêtes judiciaires** : la profondeur donnée aux contrôles est celle requise par la loi ;
- Il s'apparente à un audit externe, pouvant donner lieu à des recommandations, constats de manquements et sanctions administratives ;
- En cas de détection de faits susceptibles de constituer une infraction, l'AFA a l'obligation de saisir le parquet compétent (obligation qui pèse sur tous les agents publics) ;
 - La commission des sanctions n'a été saisie jusqu'à présent qu'une seule fois.

II. Mise en œuvre des contrôles

Le recours à des prestataires externes

- **Comment s'assurer de la préservation de la confidentialité de l'information ? Quelles sont les garanties en termes de fuite de l'information offertes par ces prestataires ?**
- L'AFA n'a prévu le recours à ces prestataires que dans le cadre des CJIP et n'a pas, pour le moment, décidé d'y avoir recours pour l'assister dans le cadre des contrôles d'initiative. Ils ont été recrutés dans le cadre d'un appel d'offre (17 lots, établis en fonction des types d'expertises, le cas échéant par zone géographique).
- Ce sont des prestataires auxquels l'AFA aura recours en fonction de ses besoins, et non des moniteurs.
- Ils sont soumis au même secret professionnel que les membres de l'AFA ; cette obligation de confidentialité perdure y compris après l'expiration du contrat et le titulaire du contrat s'engage à ne pas conserver les données collectées mais à les rendre et/ou les détruire.
- Sur le plan opérationnel, l'AFA valide la liste des personnes. Il s'agit d'une liste nominative, qui permet d'apprécier la composition de l'équipe.
- Toutes les transmissions de données sont réalisées via la plateforme sécurisée du ministère des Finances (SOPHIE).
- L'AFA demande aux prestataires de créer des conditions pour offrir une garantie supplémentaire pour la conservation des données, de manière à se mettre à l'abri du Cloud Act.
- **Plus précisément, ces 17 attributaires** se répartissent 57 lots :
 - 75 % de ces attributaires sont français. Ce sont majoritairement des cabinets d'avocats, d'audit ou d'intelligence économique ;
 - les 25 % restant sont étrangers, la filière française de conformité étant moins développée que dans certains pays anglo-saxons (cabinets d'audit).

- La procédure requiert de s'assurer de l'absence de situations de conflits d'intérêts. L'AFA a, par conséquent, intérêt à consulter l'entreprise contrôlée et à lui communiquer le nom du prestataire afin de s'en assurer.
- Dans le choix des prestataires, la moitié du classement repose sur la compétitivité tarifaire, l'autre moitié sur des critères qualitatifs. Le coût potentiel de la mission serait moindre pour l'entreprise que si elle se voyait imposer un monitoring par une autorité étrangère.

Les enseignements des contrôles

- **Volonté des instances** : il reste encore des marges de progrès. En effet, les dirigeants ont tendance à considérer que ce sujet relève de la responsabilité de leur directeur de la conformité. Après un contrôle de l'AFA, ils comprennent mieux que c'est leur propre responsabilité qui est mise en avant.
- **Connaissances des risques** : même les très grandes organisations ont une maîtrise très imparfaite de leurs risques de corruption et de trafic d'influence. La cartographie n'a souvent pas été établie avec la méthodologie qui donne l'assurance raisonnable que les risques ont été correctement évalués et hiérarchisés.
- **Le système de management** est souvent lacunaire.
- Les mesures les plus simples à mettre en œuvre sans bouleverser l'organisation sont celles qui progressent le plus (code de conduite, dispositif d'alerte interne, formations, etc.) mais elles sont souvent décorréliées de la cartographie.
- Les mesures les plus difficiles, notamment celles relatives aux contrôles comptables, à la cartographie des risques et à l'évaluation des tiers, etc. présentent peu d'avancées.
- La taille de l'entreprise n'est pas un critère pour mesurer la qualité du dispositif. Le secteur bancaire est confronté à la conformité depuis longtemps, mais le fait d'appartenir à un tel secteur n'a pas créé de dynamique positive pour que ce soit robuste. On a longtemps été convaincu qu'un dispositif LCB-FT vaudrait automatiquement aussi pour l'anticorruption, mais c'est un contresens.

La procédure de contrôle

- Une charte des droits et devoirs figure sur le site de l'AFA.
- Une nouvelle charte dite unique (commune aux acteurs publics et économiques) sera mise en ligne lors du lancement du nouveau site de l'AFA.

Combien de temps dure un contrôle ?

- 9 mois en moyenne
- Ce n'est pas parce que le contrôle est long qu'il est en défaveur de l'entreprise, c'est plutôt l'inverse : plus les contrôleurs passent de temps sur place, plus l'entreprise a la possibilité de faire évoluer ses processus.

Calendrier prévisionnel

- Les étapes de la procédure : contrôle sur pièces > contrôle sur place > rapport de contrôle notifié > période contradictoire > rapport définitif.
- Une fourchette sera fournie dans la nouvelle charte, l'objectif étant de faire en sorte que les opérations de contrôle se déroulent sur une période de 7 mois à 1 an.

Documents antérieurs au 1^{er} juin 2017

- Des documents antérieurs au 1^{er} juin 2017 peuvent être demandés afin d'apprécier l'existence, la qualité et surtout le déploiement effectif des procédures.
- Pour pouvoir apprécier la qualité d'une mesure au 1^{er} juin 2017, il faut pouvoir apprécier dans quelles conditions cette mesure a été élaborée et, le cas échéant, mise en œuvre. C'est notamment le cas de la cartographie des risques, pour laquelle il convient, pour apprécier la robustesse de la méthodologie retenue, de s'assurer qu'elle s'appuie notamment sur les incidents détectés par l'entité contrôlée tels que ses audits les apprécient.
- On doit en effet s'assurer des fondements sur lesquels a été établie cette cartographie et prévoir qu'elle s'appuie non seulement sur les risques potentiels mais également sur les risques avérés, tels que les rapports d'audit ont pu les révéler, puisque ces faits sont des données d'entrée essentielles de la cartographie.
- Les rapports d'audits sont des éléments qu'il est important d'exploiter dans l'élaboration de la cartographie. L'AFA va notamment vérifier que ces rapports d'audit ont été utilisés dans la phase d'identification des risques.
- Il n'est pas rare qu'un rapport d'audit se réfère à un rapport antérieur, ce qui explique la nécessité de remonter dans le temps afin d'établir depuis combien de temps les incidents en question ont été mis en évidence, et ce que l'entité a fait pour résoudre cette problématique.
- Il est donc important de faire prendre conscience aux dirigeants que si un dysfonctionnement a été porté à leur connaissance de manière répétée, ils doivent le prendre en compte.
- Ce processus permet d'apprécier la robustesse du dispositif et la crédibilité de la cartographie des risques au 1^{er} juin 2017.
- Quoiqu'il en soit, le constat de manquement se fait toujours à la date du contrôle. C'est à cette date que l'on apprécie si le dispositif tel qu'il est prévu par Sapin 2 est conforme ou non. Ainsi, les éléments antérieurs au 1^{er} juin 2017 servent à apprécier la robustesse du dispositif anti-corruption et non à établir des constats de manquement. Le manquement porte sur l'existence ou non de la procédure et non sur le fait que l'entreprise avait connaissance de tel ou tel dysfonctionnement depuis x années.
- Les entités contrôlées fournissent souvent d'elles-mêmes des documents antérieurs au 1^{er} juin pour appuyer leur engagement sur l'anticorruption et la lutte contre le trafic d'influence et éclairer leurs choix en termes de procédures, d'évaluation des tiers, etc.

L'Afep fait valoir toutefois que si la loi Sapin ne crée pas une infraction pénale proprement dite, elle instaure des sanctions pécuniaires qui ont une nature répressive et partant soumises au principe de légalité des délits et des peines et de non rétroactivité.

Les aspects pratiques des contrôles

➤ Qui peut assister aux entretiens avec l'AFA au sein des sociétés contrôlées ?

Les textes qui régissent l'AFA prévoient la présence du conseil (au sens avocat) uniquement devant la commission des sanctions. Ils prévoient également la possibilité pour le dirigeant de l'entité contrôlée de se faire assister par la personne de son choix pendant la phase de contrôle sur place.

L'AFA va au-delà des textes et ouvre ainsi la possibilité aux personnes reçues en entretien d'être assistées de la ou des personne(s) de leur choix, avec l'accord du chef de l'équipe de contrôle, à condition toutefois que cela ne nuise pas à la confidentialité des échanges et à la qualité de l'entretien. Par exemple, si le directeur commercial est reçu en entretien afin de vérifier les mesures et procédures présentées par le responsable conformité, la présence dudit responsable ne sera pas forcément souhaitée. De même, un avocat pourra être présent mais ne devra pas répondre à la place de la personne qu'il représente s'il n'y est pas invité. Si le chef de l'équipe de contrôle considère que cela porte atteinte à la fluidité des échanges, il pourra déclarer sa présence non utile.

Les procédures prévoient également que tous les rapports de contrôle, y compris ceux qui ne dressent pas de constats de manquements bénéficient du contradictoire. Les entreprises disposent alors de deux mois pour faire état de leurs observations écrites et, le cas échéant, demander un entretien auprès du directeur de l'AFA.

➤ L'AFA envisage-t-elle d'accepter d'échanger en anglais dans le cadre de contrôle sur des entreprises implantées à l'international ?

L'AFA est consciente des contraintes et spécificités des entreprises et bénéficie de logiciels de traduction. Les échanges en anglais sont donc possibles, mais une traduction des documents sera préférée. Pour les entretiens qui seraient réalisés en anglais, la présence d'un traducteur fourni par l'entreprise est exigée afin que toutes les personnes participant à l'entretien bénéficient de la même traduction et du même niveau d'information, ce qui est nécessaire sur les sujets techniques.

➤ Qui est habituellement le point de contact de l'AFA durant l'exercice de contrôle ?

Le point de contact est la personne à qui sera envoyé le premier courrier. On attend du point de contact qu'il puisse répondre rapidement aux questions. Ainsi, un responsable conformité semble être le point de contact le plus approprié, mais il pourra également s'agir d'un directeur juridique, d'un secrétaire général, etc.

➤ Le responsable conformité est-il forcément un employé de la filiale française ?

L'action de l'AFA ne doit pas être perçue comme une immixtion dans les choix de gestion de l'entreprise. L'AFA ne voit pas d'obstacle à ce que le responsable conformité ne soit pas un employé de la filiale française et supervise la conformité à un autre niveau. Il doit cependant présenter les aptitudes pour être responsable de la conformité dans toute l'entité et donc maîtriser la conformité de l'entité contrôlée dans son ensemble, pas uniquement celle de la mère.

Les différentes phases du contrôle d'initiative

- **Les opérations de contrôle**, qui combinent un contrôle sur pièce et un contrôle sur place s'accompagnent de l'établissement et de la transmission à l'entité contrôlée d'un **rapport de contrôle** développant les observations, les éventuels constats de manquement pour les entités assujetties à l'article 17 et les recommandations afférentes. Dans la deuxième partie de ce rapport de contrôle, les items de l'article 17 sont listés selon leur rattachement aux systèmes d'identification, de prévention, de contrôle et de sanction accompagnés des potentielles observations (écarts), qui donnent lieu à des recommandations ; la combinaison de ces écarts peut amener à dresser un constat de manquement propre à chaque item.
- **Une phase contradictoire** de 2 mois, au cours de laquelle l'entité concernée peut faire valoir des observations écrites, et le cas échéant solliciter un entretien auprès du directeur de l'AFA et étayer sa position.
- A l'issue de la phase contradictoire, le **rapport de contrôle éventuellement modifié** devient définitif et est notifié à l'entité contrôlée.

Les procédures de contrôle permettent d'emprunter 2 voies :

- 1) La voie décrite ci-dessus (opérations de contrôle, suivi de la phase contradictoire et du rapport de contrôle) ;
- 2) Pour certaines sociétés particulièrement complexes, il est plus efficace de **commencer par le contrôle sur place**, de demander des pièces, et de terminer par un second contrôle sur place le cas échéant.

➤ **Lors de la phase contradictoire, quels sont les éléments nouveaux mis en place par l'entreprise de nature à avoir un impact sur la procédure de contrôle ?**

Les éléments de nature à impacter la procédure de contrôle sont les actions qui auraient été menées avant la fin du contrôle qui n'auraient pas été portées à la connaissance de l'AFA. **Ce qui est mis en œuvre à l'issue du contrôle est intéressant mais n'est pas de nature à modifier le rapport de contrôle**, et donc à lever le manquement. L'AFA prendra uniquement acte de ces éléments. Ils peuvent cependant influencer les suites du contrôle, en témoignant par exemple que l'entreprise fait preuve de bonne volonté. Si les éléments mis en place après le contrôle sont suffisamment probants, le directeur pourrait choisir, par exemple, de n'adresser qu'un avertissement.

Le déroulement du contrôle

Lancement du contrôle : l'entreprise reçoit un avis de contrôle qui désigne les agents de contrôle missionnés. La procédure prévoit que les agents signent une déclaration d'absence de conflit d'intérêts.

PHASE 1	Etude de l'environnement de l'entité contrôlée. Le but est de comprendre le modèle économique, la chaîne de valeur, l'environnement concurrentiel de l'entreprise afin d'identifier les principaux foyers de risques. Il s'agit de mener une étude approfondie de l'entreprise elle-même. L'entreprise reçoit un questionnaire avec une liste de documents à fournir.
PHASE 2	Contrôle sur pièce
PHASE 3	Avis de contrôle sur place et contrôle sur place
PHASE 4	Phase contradictoire
PHASE 5	Les suites éventuelles

PHASE 1 : Etude de l'environnement : structure et contenu du questionnaire

L'idée première est qu'à travers le questionnaire, les entités puissent se préparer au contrôle. Suivant les réponses apportées, des questionnaires complémentaires peuvent être élaborés par l'équipe de contrôle, notamment sur des métiers ou filiales.

L'entité reçoit l'avis de contrôle et prend contact avec le chef d'équipe du contrôle, pour notamment établir la date de l'entretien de début de contrôle. C'est à ce moment-là que pourra être abordée la question de la profondeur du questionnaire et, par exemple, décider s'il apparaît nécessaire d'adresser, dans un premier temps, le questionnaire à quelques filiales.

➤ Lorsque l'entreprise est organisée en divisions, où se fait la jonction ? Privilégie-t-on une approche par entité juridique, ou par division ?

Le contrôle débute toujours par la définition du périmètre de l'entité, qui est juridique et définit ainsi par la loi : « Lorsque la société établit des comptes consolidés, les obligations définies au présent article portent sur la société elle-même ainsi que sur l'ensemble de ses filiales, au sens de l'article L. 233-1 du code de commerce, ou des sociétés qu'elle contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du même code ». L'AFA a mis en ligne une [fiche](#) qui définit précisément le périmètre de l'article 17 des entités assujetties au contrôle de l'AFA. L'approche juridique prévaut.

Ça ne veut pas dire que, lors du contrôle, l'organisation de l'entreprise ne sera pas prise en compte. Les questionnaires complémentaires seront articulés en fonction de l'organisation

L'Afep fait valoir que certaines questions sont éloignées de la thématique de la corruption, notamment A16 et A17 qui traitent des réglementations spécifiques applicables à la société.

- Le 1^{er} questionnaire a pour vocation de comprendre l'environnement de l'entité. Avoir une visibilité sur la réglementation spécifique qui lui est applicable et les contrôles éventuels par d'autres autorités va permettre à l'AFA d'identifier des zones de risques, qui devront figurer dans la cartographie des risques.

L'Afep fait valoir que certaines questions sont quasi identiques et que le questionnaire mériterait d'être revu.

- B1 et C4 : Ces questions sont effectivement identiques. La mise à jour sera effectuée.
- C11 et K13 : C11 traite des indicateurs de mesure globale de la politique anticorruption spécifiquement en lien avec l'engagement de l'instance dirigeante (suivi du dispositif, remontée de l'indicateur sur les alertes sensibles) ; alors que K13 traite spécifiquement des indicateurs de mesure destinés notamment au retour des contrôles internes.
- **A14 : Une personne politiquement exposée qui n'a plus de mandat lors de son entrée dans l'entreprise doit-elle toujours être considérée comme une personne politiquement exposée ? Quid des salariés qui exercent des fonctions d'adjoints au maire et/ou conseillers municipaux ?**

Ne plus avoir de mandat au moment de l'entrée dans l'entreprise n'est pas constitutif de la perte du statut de personne politiquement exposée (« personnes qui exercent ou ont exercé des fonctions publiques importantes »). Cependant, si dans l'environnement propre à l'entreprise cette règle n'a pas vocation à être prise en compte, il suffira d'en expliquer les raisons.

- **De nombreux responsables RH attirent l'attention sur la difficulté d'enquêter sur les PPE, notamment sur le passé ou l'engagement des salariés ou des futurs salariés. Quelle est la position de l'AFA sur ce point ?**

Il peut être intéressant de cibler les fonctions les plus sensibles dans l'entreprise. Ce sont des mesures à définir en interne.

L'AFA n'attend pas un dossier alimenté avec des informations permanentes sur les personnes « conflictées » ou non, les PPE, etc. Il ne s'agit pas de réaliser des enquêtes ou de porter atteinte aux règles RH, mais de détecter si, sur un dossier en particulier, un employé est susceptible d'être « conflicté ». Si la cartographie est bien établie, l'entreprise devrait être en mesure d'identifier certaines procédures ou opérations qui nécessitent une vigilance particulière et prévoir que les personnes concernées puissent signaler qu'elles se sentent « conflictées ».

Dans le cadre de l'identification des PPE, on vise en particulier les dirigeants et/ou les membres du Conseil d'administration, qui sont très souvent exposés. Ce sont notamment ces personnes qui doivent être mentionnées dans le questionnaire.

- **K15 : Qu'entend-on par « audit externe » ?**

Les audits externes sont les audits réalisés par un tiers en dehors de toute volonté de l'entité auditée. Ce terme fait notamment référence aux audits réalisés par des agences de régulations telles que l'AMF. Elles diffèrent des audits internes externalisés, qui eux sont effectués par un cabinet de conseil à la demande de l'entreprise.

Phase 2 : Contrôles sur pièces

- **Après avoir envoyé une lettre de contrôle à une société mère, l'AFA peut-elle exiger que son questionnaire soit également rempli par une filiale ? Si oui, l'AFA contacte-t-elle directement cette filiale, ou la société mère doit-elle rester le point de contact direct de l'AFA ?**

Il appartient à la société mère de s'organiser et de recueillir les informations auprès de ses filiales. L'AFA souhaite communiquer uniquement avec le point de contact désigné et n'adressera pas directement le questionnaire aux filiales situées à l'étranger. Elle n'exige pas non plus que les réponses au questionnaire soient multipliées par le nombre de filiales mais rien n'interdit de faire une sélection des questions les plus pertinentes et de demander aux filiales de commencer à préparer les réponses. L'entreprise peut également faire le choix de demander au référent de chacune de ses filiales de renseigner le questionnaire.

Phase 3 : Avis de contrôle sur place et contrôle sur place

- **L'élaboration d'un PV est-il prévu ?**

Non. Les textes qui régissent la procédure de contrôle de l'AFA ne prévoient pas l'établissement de PV. Il est du reste rappelé que l'AFA opère dans le cadre d'un contrôle administratif. Des comptes rendus d'entretien sont cependant élaborés afin de faciliter l'élaboration du rapport. Ce sont des documents de travail auxquels le contrôlé n'a pas accès.

C'est pendant la phase contradictoire que l'entité peut contester les propos recueillis pendant les entretiens éventuellement utilisés dans le rapport de contrôle, et l'AFA en prend acte. Dans l'éventualité d'erreurs factuelles dans l'utilisation de ces comptes rendus, l'entreprise a ainsi la possibilité de les contester, étant entendu que la procédure est essentiellement écrite. Les entretiens n'ont pour vocation que de vérifier les informations reçues dans le cadre des contrôles sur pièces. **Ils ne sont pas utilisés pour étayer un constat de manquement.**

- **Quelles sont les personnes au sein de l'entreprise que l'AFA souhaite entendre ?**

En général, l'AFA réalise une petite trentaine d'entretiens lors des contrôles sur place. Ces contrôles peuvent se dérouler sur plusieurs semaines. Elle réalise systématiquement un entretien avec l'instance dirigeante, le responsable conformité, le responsable de l'audit et les détenteurs de fonctions principales (directeur commerciaux, DRH...). Elle peut être amenée à s'entretenir avec des agents qui se situent plus bas dans l'organigramme. Enfin, des entretiens avec des directeurs de filiales pourront aussi avoir lieu, via un système de type Skype (sécurisé). Si ces entretiens ont lieu en anglais, la présence d'un traducteur fourni par l'entreprise est exigée afin que toutes les personnes participant à l'entretien bénéficient de la même traduction et du même niveau d'information, ce qui est nécessaire sur les sujets techniques.

Des entretiens ont également lieu avec des membres du conseil d'administration ou de surveillance, ainsi qu'avec le président du comité d'audit, parfois même avec l'administrateur référent ou des administrateurs représentant les salariés. Ces entretiens s'inscrivent dans la vérification de l'engagement de l'instance dirigeante : l'AFA souhaite s'assurer que dans le cadre de leur rôle (non-exécutif) les membres du conseil ont une visibilité sur le déploiement des dispositifs anticorruption. Ils se doivent d'avoir une vision macro de la gestion de l'entreprise, y compris de la conformité.

- **Si l'entreprise s'aperçoit que la cartographie n'est pas efficiente, les améliorations mises en place jusqu'à la phase 4 seront-elles prises en compte ?**

La date du contrôle est la date de fin de contrôle sur place. Toutes les mesures correctrices mises en place ou entamées jusqu'à cette date seront prises en compte.

- **Dans une organisation complexe, le déploiement de ces évolutions peut prendre un certain temps. L'AFA s'intéresse-t-elle plutôt à la mise en place initiale de ces évolutions, ou au résultat final ?**

Dans le cadre d'une mesure simple telle que la modification du code de conduite, l'AFA aura eu le temps de l'analyser et d'attester que le code existe. Dans le cadre d'une mesure qui évolue (ex : formation), l'AFA pourra constater que la procédure a été modifiée mais ne pourra pas constater l'effectivité de la mesure. Cela étant, le rapport photographie à un instant T mais il permet aussi de faire état de tous les projets en cours avec leurs dates de déploiement.

- **Pouvez-vous communiquer des statistiques concernant le nombre de manquements par société, les manquements les plus fréquents, etc. ?**

Sur toutes les procédures de contrôle, des manquements ont été constatés. Concernant la nature des manquements constatés, les mesures et procédures les plus faciles à déployer (dans le sens où elles n'impactent pas l'organisation) sont de plus en plus présentes, notamment les codes de conduite ou les dispositifs d'alerte internes.

Les manquements le plus souvent constatés concernent :

- La cartographie des risques qui constitue le manquement le plus lourd. Lorsqu'elle n'est pas solide, elle fragilise l'ensemble du dispositif comme par exemple le code de conduite, les contrôles comptables et la formation. Il existe toutefois des procédures de contrôle qui n'ont pas donné lieu à un constat de manquement sur la cartographie ;
- Les contrôles comptables, qui constituent un vrai angle mort des dispositifs anticorruption étant donné que les directeurs comptables ne dialoguent pas avec les responsables conformité ;
- L'évaluation des tiers.

La pièce maitresse des dispositifs reste cependant l'engagement des instances dirigeantes.

PHASE 4 : Phase contradictoire

La phase contradictoire est essentiellement écrite. A priori, elle ne donne pas lieu à des échanges entre l'équipe de contrôle et l'entité, sauf à la demande de l'entreprise. Ces entretiens ont généralement lieu avec le directeur de l'AFA, M. Erba et l'équipe de contrôle. Ils pourront être l'occasion pour l'entité contrôlée de « peaufiner » ses observations écrites. L'équipe de contrôle n'est pas amenée à avoir un dialogue sur le fond pendant la phase contradictoire. A noter que les textes ne prévoient pas l'existence de cet entretien : il s'agit d'une pratique acceptée par l'AFA.

- **De combien de personnes est constituée une équipe de contrôle ?**

La plupart du temps, l'équipe de contrôle est formée de 2 personnes, parfois 3. Pendant le contrôle sur place, les procédures prévoient que des experts et représentants de la hiérarchie participent à la phase de contrôle.

Phase 5 : Les suites éventuelles

➤ Quelle est la position de l'AFA en termes de communication ?

A date, sur les contrôles définitifs, le directeur de l'AFA a émis des avertissements, à l'exception d'un cas de figure pour lequel il a saisi la commission des sanctions (sur un total de 7 contrôles définitifs). Durant cette phase initiale, la loi étant récente, la posture du directeur était de laisser le temps à l'entreprise de s'ajuster afin de pouvoir conduire le changement. Il avait donc annoncé qu'il ne saisirait pas la commission pour chaque cas de manquement. Cette phase d'ajustement et d'indulgence initiale étant révolue, le directeur de l'AFA risque de saisir plus souvent la commission des sanctions.

➤ La saisine de la commission des sanctions, donne-t-elle lieu à publicité comme le fait par exemple l'AMF ?

A l'issue de la phase contradictoire, si le rapport de contrôle fait état d'un constat de manquement, le directeur peut soit émettre un avertissement, soit saisir la [commission des sanctions](#).

La commission des sanctions est saisie sur le fondement d'un dossier de saisine qui comprend les griefs préalablement notifiés à l'entité. Cette saisine comprend la proposition du directeur sur la nature et le quantum de la sanction proposée. L'audience est en principe publique mais ce point reste à la main du président de la commission.

La décision de la commission peut comprendre :

- une injonction de mise en conformité dans un délai qu'elle fixe inférieur à 3 ans,
- une décision de sanction pécuniaire qui peut porter sur le dirigeant et/ou l'entreprise (plafonds respectifs de 200 000 euros et 1 million d'euros),
- une mesure de publicité qu'elle définit : diffusion ou affichage de la décision.

La procédure devant la commission des sanctions dure au maximum 2 mois. Le rapporteur désigné a 2 mois pour remettre ses conclusions. La décision peut être contestée devant le TA de Paris.

➤ Sur quoi débouche la lettre d'avertissement ?

A l'issue de la période contradictoire, le directeur émet, en cas de manquement, un avertissement. Cet avertissement est une invitation ferme à tirer les conséquences utiles du rapport de contrôle. Dans le cas où l'AFA serait amenée à contrôler la mise en œuvre de ses recommandations, et si le nouveau contrôle démontre que les recommandations n'ont pas été mises en œuvre ou que de nouveaux constats de manquements sont apparus, le directeur sera alors conforté dans son choix de saisir la commission des sanctions.

Nombre des entreprises destinataires d'un avertissement prennent elle-même l'initiative de communiquer des informations pour montrer qu'elles ont entamé un processus de mise en conformité. Cela ne veut pas dire que l'AFA ne va pas revenir !

L'équipe de contrôle chargée du suivi de la mise en œuvre des recommandations n'est pas la même que celle du contrôle initial.

L'entrave à la communication de pièces

Ne pas communiquer les pièces peut être puni de 30 000 euros d'amende. A date, aucun fait n'a justifié de saisir le parquet pour entrave.

➤ **La sanction peut-elle s'appliquer aux dirigeants de filiales ?**

Le dirigeant de filiale peut être attrait seul ou avec le dirigeant de la société mère devant la commission des sanctions pour peu que le contrôle ait permis de distinguer les responsabilités (voir ci-dessus)

Si la filiale française ne satisfait pas les conditions de l'article 17, ex : le dirigeant de la filiale qui n'a pas cascadié le processus mis en place par la société mère, il n'y a pas de réponse juridique pour l'instant. La jurisprudence de la commission des sanctions pourra amener un éclairage sur ce point.

Le secret professionnel et le secret bancaire

Le législateur n'a pas entendu limiter le droit de communication des agents de l'AFA aux informations relevant du secret professionnel. Les travaux parlementaires de la loi Sapin 2 démontrent qu'il y a eu une tentative d'amendement à ce sujet, qui a été écarté.

Le directeur a déjà répondu à la Fédération bancaire française (FBF) sur le secret bancaire et précisé que ce dernier ne peut être opposé aux demandes de communication de l'AFA.

➤ **Est-il acceptable de prévenir les clients ? L'AFA demande-t-elle autre chose que la liste des clients ?**

C'est à l'entreprise de décider si elle veut solliciter l'accord des clients.

Pour évaluer le dispositif d'évaluation des tiers, l'AFA demande la liste des principaux clients, des principaux fournisseurs de 1^{er} rang et des intermédiaires.

Secret des correspondances entre l'avocat et son client

Le secret professionnel de l'avocat est encadré : il porte sur la correspondance du conseil dans le cadre **d'une stratégie de défense**¹. Or, dans le cadre d'un contrôle de l'AFA, cette dernière est habilitée à demander communication des pièces, parfois élaborées par un avocat, dans le cadre de **sa mission de conseil**. Par exemple, ce n'est pas parce que l'entreprise a externalisé l'établissement de sa cartographie à un cabinet d'avocats qu'elle peut s'opposer à la fournir des documents y afférents.

➤ **Si, lors d'un incident, l'entreprise a pris des sanctions pour régler l'incident mais n'a pas saisi le parquet, l'AFA est-elle obligée de saisir le parquet ?**

Jusqu'ici, le cas ne s'est pas présenté. A partir du moment où l'incident a été traité, l'AFA peut considérer que le traitement a été adapté et ne pas saisir le parquet. Traiter les cas litigieux montre que l'entreprise s'est impliquée et a cherché à établir la cartographie la plus exacte ; cela témoigne de la robustesse du dispositif anticorruption. Il n'y a donc pas d'intérêt à dissimuler ces incidents.

¹ Cf. annexe n°1.

III. Obligations posées par l'article 17

Cartographie des risques

S'agissant de la cartographie, ce qu'attend l'AFA c'est qu'elle offre l'assurance raisonnable que tous les risques ont été identifiés et évalués à leur juste niveau et qu'il y ait un plan d'action. Il faut qu'elle soit efficace. Elle doit permettre d'identifier l'ensemble des processus et de s'assurer des risques afférents.

Point d'attention : en établissant cette cartographie par le biais d'une méthodologie dite « par scénarios », l'entreprise pourrait se fonder sur une liste non exhaustive de 20 ou 30 risques génériques, qu'elle essaierait après coup de raccrocher à l'ensemble de ses processus.

→ Par conséquent, le plan d'action, lié à des scénarios génériques, pourrait ne pas être efficace car il ne serait pas adapté à la réalité des risques portés spécifiquement par un service, une filiale ou un métier en particulier.

- L'AFA recommande, à ce titre, d'identifier les risques de corruption et de trafic d'influence, en utilisant la méthodologie d'identification par les processus permettant d'élaborer des scénarios de risque spécifique.
- L'AFA recommande également de prendre en compte la spécificité des risques de corruption durant l'étape d'évaluation des scénarios de risque préalablement identifiés en tenant compte de facteurs aggravants en lieu et place d'une évaluation classique impact/probabilité.
- En effet, la cartographie des risques opérationnels se base souvent principalement sur le risque financier, mais ce n'est pas le seul aspect à prendre en compte. Il convient de considérer par exemple :
 - le degré d'importance d'une opération, la spécificité du produit/service, la complexité et la durée des contrats...
 - les tiers qui gravitent autour de cette opération (nature, secteur d'activité, présence de PPE, dépendance économique...);
 - la nature de l'infraction, la forme de la corruption, le caractère privé/public...
 - tout critère propre à l'entreprise qui semble pertinent (impact sur le marché, niveau du flux financier au regard du CA, les sanctions financières potentielles, l'impact en termes de réputation, l'impact géographique...).
- Tous ces éléments permettent d'évaluer l'impact et l'occurrence des scénarios de risque préalablement identifiés pour chaque processus, puis de procéder à l'évaluation des risques nets en prenant en compte le dispositif déjà en place au sein de l'entité, du service ou du métier. Le dispositif peut se composer notamment des processus, des procédures internes qui doivent être choisies pour leur pertinence et leur efficacité, des différents niveaux de contrôle et du pilotage interne. On peut ainsi définir le niveau de risque réel porté par l'entité.
- Ce risque net doit être ensuite hiérarchisé par rapport à l'ensemble des risques identifiés et donner lieu, si nécessaire, à un plan d'action spécifique. L'entreprise doit être en mesure de démontrer qu'elle a une vision panoramique et une maîtrise des risques aux bornes du groupe.

➤ **Peut-on utiliser les méthodologies de type ERM ?**

Les méthodologies doivent être adaptées au risque de trafic d'influence et de corruption. Il s'agit d'évaluer précisément le risque de corruption, pas seulement de l'ajouter à la liste des autres risques en appliquant la même méthodologie qui ne serait potentiellement pas pertinente. Également et peu importe la méthodologie ou le fondement, il faut s'assurer du caractère auditable de la cartographie et être en position de démontrer que cette méthodologie fournit l'assurance raisonnable que les risques ont été identifiés. L'AFA s'intéresse au résultat.

➤ **Est-il recommandé d'évaluer les risques bruts par rapport aux risques nets ?**

Oui, l'AFA recommande de passer par les différentes étapes d'évaluation du risque brut puis du risque net. Sauter l'étape du brut pourrait rendre l'outil inefficace.

➤ **Quels sont les critères retenus pour mesurer l'efficacité de l'élaboration de la cartographie ? Comment établissez-vous que les risques ont bien été identifiés, hiérarchisés, calculés ?**

L'AFA s'emploie à « décortiquer phase par phase » l'élaboration de la cartographie des risques :

- Les rôles et responsabilités des personnes/services qui ont participé à l'élaboration de la cartographie des risques de corruption et de trafic d'influence.
- La méthode retenue pour la phase d'identification avec notamment la liste et les comptes-rendus des éventuelles personnes consultées (des opérationnels ou uniquement des managers).
- La méthode retenue pour l'évaluation du risque brut, du risque net.
- Les arbitrages au moment de la hiérarchisation des risques.
- Les plans d'actions.

→ D'où l'intérêt d'avoir toutes les parties auditables.

➤ **Une cartographie « top down » (pays > activité > client) est-elle envisageable ?**

L'AFA ne proscrit rien à proprement parler. Encore une fois, l'important est que le chemin soit auditable et que le résultat soit de nature à offrir l'assurance raisonnable que l'ensemble des risques (scénarios de risque) aient été identifiés.

Contrôles comptables

- Les contrôles comptables sont un des aspects de la loi Sapin 2 les moins vus par les Compliance Officers, peut-être parce qu'ils ne sont pas habitués à communiquer avec les responsables de la comptabilité.
- Les contrôles comptables des 1^{er} et 2^e niveau doivent être articulés avec les risques tels qu'ils apparaissent dans la cartographie :
 - Par exemple, dans le cadre de contrôles comptables de 2^e niveau, le plan de contrôle s'attarde-t-il sur certaines filiales, certaines écritures, ou certains comptes, certains tiers ?
 - Existe-t-il des contrôles de niveau 1 (validations, visas...) renforcés pour certains flux à destination ou en provenance de tiers identifiés par l'évaluation des tiers comme à risque ?

- Le directeur des affaires comptables doit intégrer dans ses propres travaux la prise en compte de la cartographie des risques :
 - Par exemple, dans le cadre de contrôles de 2^e niveau, il convient d’adapter sa méthodologie d’échantillonnage, ou de contrôler un compte de tiers en particulier car il a été jugé à risque.
 - Dans le cadre de contrôles de 1^{er} niveau, il convient d’ajouter des contrôles supplémentaires pour des opérations à risques.
- **L’AFA n’attend pas, lorsqu’existent des contrôles comptables, que soient élaborés des contrôles spécifiques (les procédures comptables peuvent avoir un objet plus large), mais que les contrôles existants prennent en compte la nature des risques identifiés par la cartographie des risques de corruption et de trafic d’influence.**

En conclusion, l’AFA attend que les procédures de contrôles comptables existantes (de 1^{er} niveau, 2^e niveau, audit comptables) intègrent des points spécifiquement pensés pour permettre de détecter la corruption et le trafic d’influence. La direction comptable doit, lorsque sont pensés et établis les contrôles comptables, s’appuyer sur les risques tels qu’ils apparaissent dans la cartographie des risques de corruption et de trafic d’influence. Il ne s’agit pas d’inventer des procédures supplémentaires mais de faire en sorte que la comptabilité ne soit pas utilisée pour masquer des faits de corruption ou de trafic d’influence. Il est donc nécessaire d’intégrer les responsables de la comptabilité dans le processus, afin qu’ils ajustent les procédures en lien avec les risques identifiés par la cartographie.

➤ **Les procédures comptables dont l’objet est de lutter contre la fraude, mais qui ne sont pas spécifiques à la lutte contre la corruption, sont-elles prises en compte ?**

Oui, mais pas automatiquement. Un contrôle qui lutte contre la fraude pourrait être trop générique et ne pas avoir l’efficacité escomptée contre un scénario propre au risque de corruption et de trafic d’influence.

Evaluation des tiers

- L’AFA n’attend pas des entreprises qu’elles aient un dispositif d’évaluation des tiers uniforme qui s’applique à tous les tiers, de manière indifférenciée. Le dispositif d’évaluation doit pouvoir s’adapter aux risques spécifiques portés par ses tiers par le biais de procédures spécifiques. Les textes ne visent que les fournisseurs de premier rang.
- L’AFA attend un dispositif qui module les diligences en fonction des profils de risque des tiers qui ne peut être fait qu’à partir de la cartographie.

RGPD et tiers

Le guide est en cours de finalisation. La CNIL a décidé de soumettre ce guide pratique à consultation publique, ce qui repousse l’échéance après l’été. Ce guide sera approuvé par l’instance spécifique de la CNIL. Il précisera les conditions et la durée de conservation de l’évaluation des tiers.

- **La notion de fournisseur de 1er rang se rapporte-t-elle au top 10, ou celui avec lequel l'entreprise a une relation directe sans regarder la sous-traitance en chaîne ? Quelle approche retenir ? En retenant la 2e approche, on risque de laisser passer des affaires de corruption ou de blanchiment.**

On garde la 2^e approche (fournisseur de 1^{er} rang = 1^{er} sous-traitant), même s'il est vrai que les fournisseurs de 2nd rang peuvent être source de risque. Lorsque l'on estime que les fournisseurs de 2nd rang présentent des risques, il convient de mettre en place un système de due diligence (recommandé mais pas demandé : la non intégration des fournisseurs de 2nd rang dans le dispositif d'évaluation des tiers ne peut, compte tenu des textes en vigueur, contribuer à dresser un constat de manquement).

- **Comment aborder le cas des fournisseurs imposés ?**

De la même manière que les autres fournisseurs. Les diligences sont faites pour avoir une connaissance des risques du tiers. Le but est de mettre en place les vigilances adaptées. Le fait de n'avoir pas le choix ne dispense pas de maîtriser les risques, c'est même plutôt l'inverse.

- **Peut-on instaurer des seuils de matérialité, notamment pour des fournisseurs pour lesquels on estime qu'ils ne présentent pas ou peu de risque ?**

C'est la cartographie qui justifiera l'introduction de tels seuils. Utiliser des seuils de matérialité est possible et peut se révéler efficace, dans le cadre d'une due diligence non-uniforme.

Procédure de signalement

- **Sur quels critères l'AFA estime-t-elle que les procédures mises en œuvre pour recueillir les signalements permettent de garantir une stricte confidentialité des auteurs de signalement (loi Sapin 2, article 9) ?**

A ce jour, il n'existe pas de critères établis. L'Agence, lorsqu'elle évalue les procédures de signalement, veut avoir l'assurance raisonnable que les procédures mises en œuvre garantissent la confidentialité des auteurs de signalement mais aussi des personnes visées par l'alerte. L'AFA examine le flux des tâches à accomplir en s'assurant que la procédure a été diffusée auprès de tous les collaborateurs et que l'ensemble des étapes de ce workflow est pertinent.

Ces critères sont multiples : par exemple, s'agissant de la ligne d'appel, il se peut qu'il soit impossible de laisser un message, que le numéro d'appel ne s'affiche pas, ou qu'il n'y ait pas d'option de rappel, pour des raisons de confidentialité. Dans le cadre du recueil des alertes, aucune donnée à caractère personnel n'est demandée. Lorsque l'alerte est transmise aux personnes qui gèrent le processus d'audit interne ou d'enquête, ces personnes sont sélectionnées, et les données enregistrées sur les systèmes d'information ne sont pas accessibles à toute l'équipe d'enquête. Certains systèmes d'information sont extrêmement complexes (outils d'anonymisation, systèmes de codes, etc.) mais ne sont pas nécessairement adaptés à toutes les sociétés. Il peut y avoir des workflow différents mais l'objectif est toujours le même : avoir l'assurance raisonnable que les personnes visées ainsi que le lanceur d'alerte restent anonymes. Enfin, lors de la publication de la sanction, il convient de s'assurer que l'on ne communique pas de détails permettant l'identification des personnes concernées.

Le dispositif d'alerte ne doit pas nécessairement être téléphonique. Il peut être mono ou multicanal.

Les dirigeants

Cas particulier des présidents dissociés

Question : Doit-on considérer que le texte de loi ne vise que les PDG et DG à l'exclusion du président dissocié qui n'a pas de fonctions opérationnelles ?

- Pour l'AFA, la réponse dépend de chaque cas de figure et des missions qui auront été assignées à ce dernier. A cet égard, le Code Afep-Medef recommande que les missions confiées au président dissocié, en sus de celles conférées par la loi, soient décrites. En fonction de ces missions, de l'équilibre des pouvoirs et des compétences, il conviendra d'apprécier, au cas par cas, les responsabilités de ce président par rapport à celles confiées au directeur général. Cette question rejoint celle de la délégation de pouvoir : déléguer ne veut pas dire abandonner. L'obligation qui pèse sur les présidents et directeurs généraux, quand bien même il est fait le choix d'une forte délégation, demeure quoiqu'il en soit. Ils ne sont pas exonérés de leur responsabilité de veiller au déploiement des dispositifs anticorruption. L'AFA procèdera à une analyse au cas par cas, en prenant en compte le fait que le dispositif repose sur un degré plus ou moins important de délégation. L'objectif est néanmoins d'apprécier l'engagement du dirigeant. Ainsi, en cas de forte délégation, elle évaluera la capacité du dirigeant à bénéficier d'un reporting. Il en va de sa responsabilité de se tenir informé de la manière dont le dispositif se déploie.

Cas particulier des dirigeants des filiales à l'étranger

(Conditions : siège social en France, au moins 500 salariés ET un CA > 100M€)

- Ce cas de figure concerne l'entreprise qui a des filiales à l'étranger, indépendamment du fait que ces filiales satisfont ou non les conditions de l'article 17.
- Ce cas de figure soulève le problème du droit local et de la portée extraterritoriale de la loi Sapin 2. Cette question avait déjà été abordée dans le cadre du débat parlementaire de décembre 2016. Elle avait même donné lieu à une proposition d'amendement, rejetée au motif que rien ne justifiait d'exclure la responsabilité du dirigeant à l'étranger. Le législateur a estimé que le dirigeant de filiale est aussi responsable que le dirigeant de la société mère.
- L'AFA fera toutefois preuve de discernement avant d'attirer le responsable de la filiale à l'étranger. Ainsi :
 - dans le cas d'un contrôle, l'AFA va s'assurer qu'il n'y ait pas une formalité impossible dans tel ou tel pays. Il n'y aura donc pas de constat de manquement si la formalité ne peut pas être déployée dans la filiale étrangère ;
 - si le contrôle ne permet pas de délimiter la responsabilité du dirigeant de la société mère en France de celle de la filiale X, on ne peut pas attirer le dirigeant de la filiale. En revanche, si le contrôle permet de distinguer ces responsabilités, et que les manquements sont imputables au dirigeant de la filiale, le directeur de l'AFA pourrait l'attirer devant la commission des sanctions s'il porte personnellement une méconnaissance d'une obligation au titre de Sapin 2.
- Aujourd'hui, l'AFA ne se déplace pas à l'étranger mais a néanmoins la possibilité de le faire, sous certaines conditions. Elle a des contacts avec les responsables des personnes morales à l'étranger mais à distance, notamment via Skype.

IV. Perspectives françaises et européennes

➤ La CJIP va-t-elle être étendue aux personnes physiques ?

Aucun projet en cours n'a été porté à la connaissance de l'AFA. Il convient de noter que le périmètre est maintenant étendu à la fraude fiscale, et ne concerne plus seulement le blanchiment de fraude fiscale.

Des lignes directrice, établies avec le PNF, vont être publiées pour aider les entreprises à comprendre dans quelles conditions on peut proposer une CJIP, et à quel coût et si le fait de s'auto dénoncer est de nature à minorer la sanction.

Contrôle de l'exécution d'un programme de mise en conformité

A l'heure actuelle, 4 CJIP ont été établies en 2018 (pour corruption), accompagnées de programmes de mise en conformité d'une durée qui varie de 18 mois à 2 ans. Les programmes sont pour l'instant assurés par l'AFA.

Dans un cas, le DOJ n'a pas entendu désigner son propre moniteur, ce qui n'est pas anodin en termes de souveraineté.

Le contrôle comporte :

- Un audit initial : photographie la plus fiable du dispositif mis en place ;
- Un plan d'action à remettre à l'AFA, calé sur le rapport initial ;
- Ce plan doit être validé par l'AFA ;
- L'élaboration des politiques cadres, qui doivent être validées par l'AFA ;
- Le déploiement d'audits ciblés afin d'assurer le déploiement effectif et aux bornes du groupe du dispositif ;
- Un audit final, miroir de l'audit initial.

➤ Quelles sont les avancées au niveau européen ?

A niveau de la Commission européenne peu d'avancées sont constatées. En 2014, la Commission avait commencé à réaliser des audits de l'anticorruption par pays ; le processus a été toutefois interrompu. Si la Commission est en retrait, d'autres organismes ont pris le relais tels que l'OCDE, l'ONUSC ou le Conseil européen s.

- Une loi Sapin 2 au niveau européen serait-elle souhaitable ? La question se pose.
- Un dialogue très constructif avec les Etats-Unis est en cours

Opposabilité du secret professionnel de l'avocat aux contrôles de l'AFA

– Position de l'AFA –

Dans l'exercice du droit de communication confié aux agents de l'AFA dans le cadre de leur mission de contrôle qui les conduisent à demander des pièces pouvant avoir été établies par un avocat, l'entité peut-elle leur opposer le secret de l'avocat ?

Aux termes de l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques qui énonce : « *En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention " officielle ", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel* », **cette disposition semble couvrir l'ensemble des documents échangés entre une société et un avocat.**

L'article 4 alinéa 1 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 autorise les agents de l'AFA habilités par décret en Conseil d'Etat à **demander à l'entité contrôlée, dans le cadre de ses missions de contrôle, de communiquer « tout document professionnel, quel qu'en soit le support, ou toute information utile. Le cas échéant, ils peuvent en faire une copie ».**

Il ressort de l'analyse ci-dessous que le secret de l'avocat ne saurait faire obstacle à l'exercice du droit de communication défini à l'article 4 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016. En effet, le législateur n'a pas entendu, compte tenu des pouvoirs confiés à l'AFA, conditionner son exercice au respect du secret professionnel de l'avocat. En tout état de cause, les demandes de pièces adressées par l'AFA aux entités contrôlées ne sont pas de nature à les amener à les méconnaître.

La référence au secret professionnel de l'avocat dans la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 n'a pas, compte tenu des pouvoirs confiés à l'AFA, été jugée utile par le législateur.

L'article 4 alinéa 1 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 autorise les agents de l'AFA habilités par décret en Conseil d'Etat à demander à l'entité contrôlée de communiquer « *tout document professionnel* » et l'alinéa 3 du même article dispose que les agents sont « *astreints au secret professionnel pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont connaissance en raison de leurs fonctions* ».

Le décret n°2017-329 du 14 mars 2017 en son article 7 précise les habilitations nécessaires pour l'exercice de ces prérogatives par les agents de l'AFA.

Il convient de rappeler qu'a été rejeté l'amendement qui visait à ajouter au droit de communication de tout document professionnel la phrase suivante : « à l'exception des documents protégés par le secret de professionnel quel qu'en soit le support ».

Cet amendement visait à « imposer que toute remise d'information se fasse avec l'accord du professionnel concerné et que toute visite domiciliaire suive les dispositions déjà applicables aux visites domiciliaires de l'Autorité des marchés financiers visées à l'article L.621-12 du code monétaire et financier ».²

Or, cet amendement s'avérait sans objet. En effet, comme le rappelait Michel Sapin, ministre de l'économie lors des débats à ce sujet, « l'article 4 du projet de loi ne crée ni un droit de perquisition ni un droit de visite domiciliaire », et il en déduisait que « de telles dispositions (préserver le secret de l'avocat en cas de vérifications effectuées en cabinet d'avocat) sont superfétatoires ».

En tout état de cause, les demandes de pièces adressées par l'AFA aux entités contrôlées ne sont pas de nature à les amener à méconnaître le secret de l'avocat.

Les demandes de pièces s'adressent à l'entité contrôlée, non à son conseil

Le secret professionnel de l'avocat s'applique à lui seul. Le dirigeant d'entreprise auquel s'adresse l'AFA pour obtenir la communication de documents utiles à l'exercice de ses missions n'est pas lui-même lié par ce secret et peut librement décider de rendre publique la copie d'une lettre échangée avec son conseil, lui retirant ainsi son caractère confidentiel.

Dès lors que l'AFA ne peut solliciter la production de ces documents que du seul représentant (légal ou désigné) de l'entité contrôlée, le secret professionnel de l'avocat est inopérant.

L'avocat peut toujours conseiller à son client de ne pas révéler le contenu d'un tel échange, mais il prend alors seul, le cas échéant, la responsabilité d'affaiblir l'argumentation de son client dans la démonstration de la conformité de ses procédures aux exigences de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016.

Les pièces demandées par l'AFA dans le cadre de ses contrôles ne sont pas couvertes par le secret de l'avocat.

Les pièces demandées par l'AFA ne sont ni des courriels, ni des correspondances, ni des consultations susceptibles de s'inscrire dans une stratégie de défense, mais bien des documents professionnels nécessaires à l'exercice de sa mission de contrôle en ce qu'ils montrent comment l'entité contrôlée a pu élaborer ou modifier ses mesures et procédures de prévention et de détection (compte rendus d'entretiens dans le cadre de l'élaboration de la cartographie des risques, note de méthodologie, note d'analyse s'inscrivant dans la procédure d'évaluation des tiers...).

Or, même si les avocats le déplorent³, dans un contexte où la CEDH elle-même relève que ce secret n'est pas intangible⁴ et que « c'est la mission de défense qui constitue le fondement du secret professionnel des avocats »⁵, on observe une tendance de la jurisprudence à faire prévaloir la protection du secret professionnel de l'avocat lorsque l'exercice des droits de la défense est en cause, mais à l'exclure en matière de conseil.

² Article L.621-12 alinéa 11 « lorsque la visite domiciliaire est effectuée dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile, dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle, dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avocat ou d'un huissier, les dispositions des articles 56-1, 56-2 ou 56-3 du code de procédure pénale, selon les cas sont applicables ».

³ Hennion-jacquet, D.2013. Chron.1429. Que reste-t-il du secret des correspondances entre l'avocat et son client ? JCP 2014, n°1095 le secret professionnel de l'avocat : un chef d'œuvre en péril ?

⁴ CEDH, 16 juin 2016, n°49176/11

⁵ CEDH, 6 déc.2012, n°12323/11

La Cour de cassation n'étend pas la protection du secret professionnel des avocats aux documents détenus par un tiers (cass 25 février 2016 1^{ère} civile, 14-25.729). **Elle a également jugé que « le secret professionnel du conseil juridique et fiscal, devenu avocat, ne met pas obstacle à la saisie de documents (rapport d'audit) lorsque ceux-ci sont étrangers à l'exercice des droits de la défense » (cass crim 5 juillet 1993, n°93-81275).**

Plus récemment, elle a jugé que « les correspondances échangées entre un client et son expert-comptable ne sont pas couvertes par le secret professionnel de l'avocat » (cass com 15 mars 2017, n°15-25649).

Sur la question de l'application de la notion de « legal privilege » inexistante en droit français applicable à des documents saisis dans la messagerie d'un juriste d'une entreprise, la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 8 novembre 2017 a rappelé que le « privilège légal » ne s'applique qu'à des documents qui « reprennent une stratégie de défense mise en place par un avocat ayant analysé la situation de son client » (CA Paris, 8 novembre 2017, n°14/13384).

A noter que l'ordre des avocats lui-même écarte l'application du secret professionnel lorsque l'avocat est chargé d'une enquête interne. Ainsi, les comptes rendus d'entretiens des salariés et par conséquent le résumé qui peut en être fait comme les échanges relatifs à l'enquête interne réalisée dans le cadre d'une mission d'expertise par un avocat ne sont pas soumis au secret professionnel de l'avocat⁶.

Il ressort de ces éléments que, dans le cadre des missions de contrôles confiées par la loi à l'AFA, les pièces demandées par cette dernière, ne sont pas couvertes par le secret de l'avocat lorsque l'entité a fait le choix de recourir à un avocat plutôt qu'à un autre prestataire externe (cabinet d'audit et de conseil, par exemple) non couvert par le secret professionnel de l'avocat.

⁶ Vademecum de l'avocat chargé d'une enquête interne, séance du Conseil de l'ordre du Barreau de Paris du 13 septembre 2016.