

ANALYSE DE LA DEUXIEME DECISION DE LA COMMISSION DES SANCTIONS DE L'AFA

La Commission des sanctions (la « **Commission** ») de l'Agence Française Anticorruption (« **AFA** ») a rendu sa deuxième décision le 7 février 2020. Si elle retient pour la première fois deux des manquements invoqués par l'AFA contre la société mise en cause, cette décision ne suit pas l'avis du Directeur de l'AFA sur les sanctions à prononcer en se limitant à deux injonctions (aux contours différents de ceux demandés), sans pénalité financière.

Contrairement à la première décision rendue qui ne critiquait pas frontalement le contenu du rapport de contrôle (voir notre *Client Briefing – Analyse de la première décision de la Commission des sanctions de l'AFA de juillet 2019*), cette décision émet des observations tranchées à l'encontre de l'AFA, prise en la personne de son Directeur, et apporte des enseignements sur l'appréciation au fond de la réalité des manquements allégués par l'agence.

CONTEXTE

Cette décision intervient moins de cinq mois après la saisine de la Commission, le 25 septembre 2019. Il s'agit de la deuxième saisine par le Directeur de l'AFA. La société concernée fait partie des 47 sociétés contrôlées¹ par l'AFA en 2018.

La société concernée ainsi que son représentant M. C. K. ont été renvoyés devant la Commission en raison de l'insuffisance, selon l'AFA, du dispositif anticorruption mis en place et non pour son absence, la société concernée disposant d'outils ou de procédures pour chacun des huit piliers de la loi Sapin II.

A retenir

- Les droits fondamentaux processuels sont applicables à la procédure devant la Commission
- Les principes énoncés par la décision de juillet 2019 sont réitérés (absence de caractère contraignant des recommandations de l'AFA et prise en compte des évolutions du dispositif postérieures au contrôle)
- Lorsque l'entreprise revendique avoir suivi les recommandations de l'AFA, il revient à cette dernière de démontrer en quoi elle les aurait suivies de manière incomplète ou incorrecte
- Sur les trois manquements invoqués par l'AFA, la Commission écarte celui relatif à la cartographie des risques, retient ceux relatifs au code de conduite et aux contrôles comptables sans pour autant s'approprier l'argumentation de l'AFA
- La Commission n'a pas suivi les sanctions recommandées par l'AFA : elle n'a pas prononcé de sanction pécuniaire et elle a modifié le périmètre des injonctions prononcées sur les deux manquements retenus notamment en rallongeant la durée

¹ Rapport d'activité 2018 de l'AFA publié sur le site de l'Agence et accessible par le lien suivant : https://www.Agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/RA%20Annuel%20AFA_WEB_0.pdf.

Les trois manquements² retenus dans la lettre de saisine de l'AFA portaient sur :

- la cartographie des risques ;
- le code de conduite ;
- les procédures de contrôles comptables.

Dans son avis, joint à la saisine, le Directeur de l'AFA avait estimé qu'il y avait lieu d'enjoindre à cette société et son représentant d'adapter les procédures de conformité internes destinées à la prévention des faits de corruption et de trafic d'influence avant le 30 juin 2020 et de prononcer, en cas de non-respect de l'injonction, une sanction pécuniaire d'un million d'euros à l'encontre de la personne morale et de 100 000 euros à l'encontre de la personne physique.

M. C. K. ayant démissionné de ses fonctions postérieurement à sa saisine, l'AFA avait précisé dans ses écritures s'en remettre à la sagesse de la Commission concernant sa situation.

LE REJET DES EXCEPTIONS DE PROCEDURE

Si les deux exceptions procédurales soulevées par la société concernée ont été rejetées, chacune a été l'occasion pour la Commission de préciser que « *l'ensemble des principes [procéduraux] applicables aux sanctions administratives* », en ce compris les droits fondamentaux processuels, doivent être garantis par la Commission (para. 8, p. 13), et de critiquer, en creux, certains choix procéduraux de l'AFA.

Violation des principes de légalité et de proportionnalité des peines

La société concernée reprochait d'abord au Directeur de l'Agence d'avoir, dans son avis de saisine, demandé à la Commission de prononcer par anticipation une sanction pécuniaire pour « *inexécution d'une injonction* », en violation du principe de légalité des peines, puisque la loi ne prévoit pas cette situation. En outre, elle reprochait au Directeur de porter atteinte aux principes d'individualisation et de proportionnalité des peines, en fixant par avance et de manière automatique le montant de la sanction pécuniaire. La société concernée concluait que ces deux griefs viciaient l'entière procédure.

La Commission relève que l'AFA a bien méconnu le principe de légalité des peines. Elle considère cependant qu'une telle méconnaissance n'est pas de nature à vicier la procédure, en insistant sur son indépendance : si l'avis du Directeur de l'AFA permet sa saisine, elle n'est pas liée par un tel avis. L'avis accompagnant la saisine ne préjuge « *ni des manquements susceptibles d'être sanctionnés, ni des sanctions susceptibles d'être prononcées* » (para. 6, p. 12).

Violation des droits de la défense

Le second grief fait au Directeur de l'Agence consistait en une violation des droits de la défense, l'imprécision de la notification du 25 septembre 2019 ne permettant pas à la société concernée d'appréhender concrètement le contenu et la portée des griefs de l'AFA. Si la Commission tire des mémoires mêmes de la société que cette dernière a pu se défendre de façon « *efficace* », elle reconnaît « *quelques imprécisions* » regrettables de la part de l'AFA, qu'elle met par ailleurs en garde. En effet, elle précise qu'elle ne se privera pas à l'avenir, si les griefs dont elle est saisie ne sont pas formulés de

Composition et pouvoirs de la Commission des sanctions

La Commission des sanctions se compose de six membres : deux conseillers d'Etat désignés par le vice-président du Conseil d'Etat, deux conseillers à la Cour de cassation désignés par le premier président de la Cour de cassation et deux conseillers maîtres à la Cour des comptes désignés par le premier président de la Cour des comptes.

Dans cette affaire, le Rapporteur, Madame Paquita Morellet-Steiner, et le Président, Monsieur Jean Courtial, sont tous deux conseillers d'Etat.

A la suite d'une saisine, la Commission des sanctions peut prononcer trois types de sanctions :

- enjoindre à la société d'adapter les procédures de conformité internes, selon les recommandations qu'elle leur adresse, dans un délai qu'elle fixe, inférieur à 3 ans ;
- prononcer une sanction pécuniaire d'un montant pouvant aller jusqu'à 200 000 euros pour les personnes physiques et jusqu'à 1 million d'euros pour les personnes ;
- ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision, aux frais du condamné.

² L'AFA avait relevé huit manquements dans son rapport de contrôle ; seuls trois des manquements étaient visés par la saisine.

façon « *suffisamment claire* », de soulever elle-même, « *d'office, la nullité de la procédure* » (para. 11, p. 14).

La Commission ouvre également la possibilité de reprocher la violation des droits de la défense en cours de contrôle puisqu'elle indique que « [l]e respect de ce principe s'impose à l'ensemble de la procédure suivie, depuis le contrôle préalable conduisant à la notification des griefs jusqu'aux échanges devant l'organisme chargé de prononcer les sanctions » (para. 10, p.13). Au cas d'espèce, la société concernée ne formulait pas de reproche à l'égard de la conduite de la procédure de contrôle.

LE REGIME PROBATOIRE DEVANT LA COMMISSION DES SANCTIONS

La Commission apporte des éclairages utiles sur le régime de l'administration de la preuve. Elle rappelle que cette procédure a pour objet le prononcé « *de mesures revêtant un caractère répressif* » (para. 15, p. 15) d'où l'importance de préciser le régime probatoire, et plus particulièrement le degré de précision attendu de l'AFA au soutien de ses propositions de sanctions.

Charge de la preuve

La charge de la preuve incombe en premier lieu à l'AFA qui se doit de « *constater les éléments qui lui paraissent caractériser le manquement qu'il [le Directeur de l'AFA] invoque* » (para. 15, p. 15). A ce titre, elle est tenue de « *réunir les éléments rendant vraisemblable un manquement aux obligations [de la loi Sapin II]* » (para. 15, p. 15).

Face aux constatations de l'AFA, l'entreprise a la possibilité d'apporter « *les éléments dont elle est seule à disposer permettant de déterminer si elle s'acquitte des obligations qui sont les siennes* » (para. 15, p. 16). Si l'entreprise n'est pas à même d'apporter des preuves contraires démontrant la qualité de son dispositif anticorruption, alors l'AFA « *est réputé[e] apporter la preuve du manquement* ».

Relative pertinence des recommandations de l'AFA comme référentiel probatoire

La Commission rappelle que les recommandations de l'AFA ne présentent aucun caractère contraignant. Elle précise toutefois que lorsque la société fait valoir qu'elle s'est appliquée à suivre ces recommandations, il revient à l'AFA de « *démontrer qu'elle n'a pas en réalité suivi ces recommandations, en les appliquant de manière incorrecte ou incomplète* » (para. 16, p. 16).

A contrario, si l'entreprise fait le choix de ne pas suivre cette méthode ou de ne la suivre qu'en partie, il lui appartient alors de démontrer « *la pertinence, la qualité, et l'effectivité* » de son dispositif (para. 17, p. 16).

Cette position de la Commission n'empêche pas, à notre sens, de se référer aux recommandations de l'AFA pour certains aspects seulement du programme et de s'en éloigner pour d'autres, sous réserve de pouvoir en expliquer la rationalité et la pertinence au regard des spécificités de l'entreprise.

Rappel à l'AFA qu'elle ne peut fonder ses reproches sur des exigences allant au-delà de la loi et de ses recommandations

La Commission précise utilement que la démonstration de l'existence d'un manquement par l'AFA ne peut s'appuyer sur la méconnaissance de prescriptions formelles ou méthodologiques non publiées par l'Agence (para. 19, p. 16), ni sur la méconnaissance d'exigences ajoutées par les recommandations de l'AFA par rapport à celles prévues par la loi (para. 34, p. 21).

LA PRISE EN COMPTE DES AMÉLIORATIONS DU DISPOSITIF POST-CONTROLE

La Commission rappelle qu'elle statue en tenant compte du travail d'amélioration effectué par l'entreprise jusqu'à la date d'audience (para. 21, p. 17).

Elle prend notamment en compte le travail postérieur réalisé par la société concernée pour écarter le grief relatif à la cartographie des risques, soulignant que la cartographie validée le 13 janvier 2020 est bien « *aux bornes du groupe* » (para. 32, p. 20).

Elle prend également en compte le travail postérieur dans la décision de ne pas prononcer de sanction autre que l'injonction concernant les contrôles comptables tout en reconnaissant la pertinence et l'ampleur de la réorganisation en cours engagée par la société sur ce terrain (para. 48, p. 25).

LES POINTS A RETENIR SUR LE PROGRAMME DE CONFORMITE

Cartographie des risques

La Commission invite l'AFA à faire preuve de plus de flexibilité et de compréhension des choix méthodologiques de l'entreprise.

Une application raisonnable des recommandations de l'AFA

La Commission rappelle que la loi n'impose pas la « *représentation exhaustive de l'ensemble des fonctions et des métiers* » (para. 25, p. 18), et que l'entreprise est libre de choisir, au terme de son analyse, les scénarios de risques lui semblant les plus adaptés. Il est intéressant de noter que la Commission va au-delà du simple constat de l'absence d'une telle obligation pour en questionner le caractère « *raisonnablement envisageable* » (para. 25, p. 18).

De la même façon, la loi et les recommandations de l'AFA n'imposent « *aucun niveau de granularité prédéfini* », et accordent à l'entreprise une assez large marge de manœuvre dans le choix des pays et des sites à inclure dans sa méthodologie, dès lors qu'elle fonde son choix sur « *une analyse précise de sa chaîne de valeurs et de ses activités propres* » (para. 27, p. 13).

Si la notion « *d'analyse fine* » est bien évoquée, la Commission n'en précise pas les contours. On comprend cependant qu'elle ne partage pas la même appréciation que celle qu'en fait l'AFA puisqu'elle considère que le Directeur de l'AFA « *ne démontre pas* » en quoi la société concernée n'aurait pas procédé à une telle analyse (para. 28, p. 19).

Possibles évolutions méthodologiques en cours de réalisation

De manière plus générale, la Commission répond à une des critiques de l'AFA portant sur la méthode de calcul du risque net de la société concernée pour souligner que la recommandation de l'AFA n'interdit pas les évolutions méthodologiques en cours d'élaboration de la cartographie dès lors qu'elles sont justifiées. En l'occurrence, la société avait fait le choix en cours d'élaboration de sa cartographie des risques d'évaluer certains scénarios de risques comme des « *moyens de corruption* » transversaux, afin d'éviter des redondances inutiles induites par l'analyse répétée de dispositifs de maîtrise des risques identiques à plusieurs scénarios (para. 30, p. 20).

Absence d'obligation d'élaboration d'un plan d'actions

S'agissant du plan d'actions de la société, la Commission écarte toutes les critiques de l'AFA en précisant que l'élaboration d'un tel plan ne résulte d'aucune exigence légale et en soulignant l'incompétence de l'AFA pour ajouter à la loi (para. 34, p. 20).

Absence de périodicité prédéfinie de mise à jour de la cartographie

Enfin, sur la périodicité de la mise à jour de la cartographie, la Commission apporte également des précisions utiles en jugeant que l'obligation de procéder à une mise à jour annuelle ne résulte d'aucune prescription contenue dans les recommandations de l'AFA qui serait « *en tout état de cause, incompétente pour prévoir une obligation de cette nature* » (para. 35, p. 21).

Code de conduite

Application stricte des dispositions prévues par la loi Sapin II

Pour apprécier la réalité du manquement allégué, la Commission s'est tenue à une application stricte des termes de la loi qui, s'agissant de l'obligation de mise en œuvre d'un code de conduite, est relativement précise. La Commission rappelle donc que le code de conduite doit (i) définir et illustrer les comportements à proscrire, et (ii) être annexé au règlement intérieur de l'entreprise.

La société concernée disposait d'un code éthique contenant « *une rubrique évoquant la lutte contre la corruption* » et les « *paiements de facilitation* » mais dont le contenu ne permettait pas de « *regarder le code éthique [...] comme valant code de conduite au sens de la loi du 9 décembre 2016* ». Bien qu'intégrés au règlement intérieur des entités françaises du groupe, on comprend que les passages relatifs à la lutte contre la corruption n'étaient pas assez fournis pour satisfaire aux obligations de la loi Sapin II.

La société concernée disposait par ailleurs d'un « *programme de lutte contre la corruption détaillé [...] récemment complété pour y faire figurer les définitions et les exemples concrets exigés par le 1° de l'article 17 de la loi [Sapin II]* », mais ce programme, à la date de l'audience, n'avait pas été introduit dans les règlements intérieurs. Par conséquent, en dépit de l'existence d'un document de nature à répondre à l'obligation fixée par le 1° de l'article 17 de la loi Sapin II, le défaut d'intégration au règlement intérieur justifie le manquement.

Possibilité d'articuler un code éthique avec un code anticorruption répondant aux exigences de la loi Sapin II

La Commission reconnaît toutefois qu'une entreprise peut tout à fait se doter de plusieurs documents, sous réserve que ces documents forment un « ensemble cohérent, clairement articulé et dont la lisibilité par le personnel soit assurée ».

En l'espèce, la société s'était dotée d'une part, d'un code éthique ne faisant qu'évoquer la lutte contre la corruption, et d'autre part d'un programme de lutte contre la corruption plus détaillé, contenant les définitions et les illustrations des comportements à prohiber.

La Commission, sans critiquer le principe de l'élaboration de plusieurs documents, juge que l'absence de connexion entre le code éthique et le programme de lutte contre la corruption, ainsi que l'absence d'annexion du programme au règlement intérieur ne répondent pas aux exigences légales.

Elle souligne par ailleurs l'insuffisance de l'action annoncée par la société consistant à insérer un lien hypertexte dans le code éthique vers la politique anticorruption. Elle considère, au contraire, que pour se mettre en conformité avec la loi Sapin II tout en maintenant son code éthique global, la société concernée aurait dû restructurer ce code éthique de façon à ce qu'il mentionne l'obligation de mise en œuvre d'un code de conduite anticorruption prévue par la loi Sapin II, comprenne des rubriques en lien avec les éléments détaillés dans son programme de lutte contre la corruption, et soit accessible à l'ensemble des salariés et annexé aux règlements intérieurs des entités françaises.

Contrôles comptables

S'agissant de ce dernier grief, il est important de souligner que la société concernée avait choisi de reconnaître les imperfections de son environnement de contrôle comptable, s'agissant particulièrement de la prise en compte du risque de corruption. Sa défense avait principalement consisté à exposer la réorganisation des fonctions comptables en cours et l'élaboration de contrôles comptables spécifiques à la prévention de la corruption.

La Commission n'a donc pas eu à trancher le débat sur l'efficacité et la pertinence de contrôles comptables « classiques » par rapport à des contrôles comptables « spécifiques » au risque de corruption. A ce titre les critiques formulées par l'AFA n'ont pas même été examinées. La Commission s'est contentée de constater que « la société I. n'a pas achevé, à la date où elle statue, la révision des procédures de contrôle comptables spécifiques en matière de lutte contre la corruption » (para. 45, p.24).

SANCTION

Éléments d'appréciation de la pertinence de la sanction

La Commission fixe deux principes importants en matière d'appréciation de la pertinence de la sanction à prononcer :

- le manquement à l'obligation de mise en œuvre d'un code de conduite, n'est pas de « nature [à justifier], à ce stade de la procédure, le prononcé d'une sanction pécuniaire » (para. 47, p. 24).
On comprend que pour une première comparution devant la

Commission, un tel manquement ne devrait pas entraîner de sanction pécuniaire.

- la Commission tient par ailleurs compte des « *améliorations déjà apportées* » ainsi que du « *bien-fondé de la réorganisation des fonctions financières et comptables en cours* » dans son appréciation de la pertinence de la sanction pécuniaire.

Des délais d'injonction plus raisonnables que ceux proposés par l'AFA

Les délais d'injonction prévus par cette décision ne correspondent pas à ceux suggérés par l'AFA. La Commission semble avoir essayé de fixer un délai raisonnable et correspondant à la réelle maturité de l'entreprise sur chacun des points pour lui permettre une mise en conformité effective. Elle fixe :

- au 1^{er} septembre 2020 le délai de mise en conformité du code de conduite, au lieu du 30 juin 2020,
- au 31 mars 2021 le délai de mise en conformité des procédures comptables, au lieu du 30 juin 2020.

La Commission a tenu compte des impératifs de calendrier de l'entreprise pour fixer ces délais (ce qui s'était d'ailleurs ressenti à l'audience) et fait fi de la logique systématique de mise en conformité sous 6 mois adoptée par l'AFA.

CONTACTS

Charles-Henri Boeringer
Partner

T +33 1 4405 2464
E charles-henri.boeringer@cliffordchance.com

Alice Dunoyer de Segonzac
Senior Associate

T +33 0 4405 5262
E alice.dunoyerdesegonzac@cliffordchance.com

Thomas Baudesson
Partner

T +33 1 4405 5443
E thomas.baudesson@cliffordchance.com

Karima Chaïb
Associate

T +33 0 44 05 5219
E karima.chaib@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, 1 rue d'Astorg, CS 60058,
75377 Paris Cedex 08, France

© Clifford Chance 2019

Clifford Chance Europe LLP est un cabinet de sollicitors inscrit au barreau de Paris en application de la directive 98/5/CE, et un limited liability partnership enregistré en Angleterre et au pays de Galles sous le numéro OC312404, dont l'adresse du siège social est 10 Upper Bank Street, London, E14 5JJ.

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai • Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul • London • Luxembourg • Madrid • Milan • Moscow • Munich • Newcastle • New York • Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo • Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.