

REPONSE A LA CONSULTATION PUBLIQUE DE L'AFA

Dans le cadre de la mise à jour des recommandations publiées en 2017, l'AFA a ouvert une consultation publique aux acteurs du marché.

Un groupe de travail s'est réuni pour pouvoir répondre au document de consultation intitulé : « **PROJET DE MISE A JOUR DES RECOMMANDATIONS SUR LE REFERENTIEL ANTICORRUPTION APPLICABLE AUX ACTEURS PRIVÉS ASSUJETTIS A L'ARTICLE 17 DE LA LOI n° 2016-1691 DU 9 DECEMBRE 2016 – CONSULTATION NATIONALE.** »

Ce groupe est composé de consultants, de responsables de la conformité anti-corruption et de praticiens du droit.

Le présent document expose les propositions faites par le groupe de travail et porte principalement sur la procédure d'évaluation de l'intégrité des tiers, l'engagement de l'instance dirigeante, la cartographie des risques et le code de conduite.

Propos liminaire du groupe de travail : il serait utile que les recommandations de l'AFA incluent des références aux lois et règlements français applicables en fonction des thèmes évoqués.

Projet de mise à jour des recommandations : « **160.** L'entreprise recherche si le tiers, ses dirigeants, ses principaux actionnaires et ses bénéficiaires effectifs font ou ont fait l'objet **d'informations défavorables**, d'allégations, de poursuites ou de condamnations pour atteintes à la probité (ou le recel et le blanchiment de ces infractions). » Page 20.

Propositions du groupe de travail : Il serait nécessaire de préciser par des critères objectifs la notion d'« informations défavorables ».

Projet de mise à jour des recommandations : « **25.** En matière de gestion des ressources humaines, l'instance dirigeante s'assure que :

- **Le processus de recrutement** et de nomination des cadres et des personnels les plus exposés inclut la vérification de l'attachement à l'éthique des affaires ». Page 4.

Propositions du groupe de travail : Comment évaluer « l'attachement à l'éthique des affaires » ? Une attestation d'honorabilité certifiant que le candidat n'a commis aucun délit d'atteinte à la probité devrait permettre de répondre à cette exigence.

Projet de mise à jour des recommandations : « **200.** Toutefois, si le signalement porte sur des atteintes au devoir de probité, il pourra être **adressé directement à l'AFA.** » Page 25.

Commentaires du groupe de travail : La question se pose de savoir si l'AFA, n'étant pas une autorité administrative (comme l'AMF par exemple), pourrait être habilitée à entreprendre des investigations.

Dans ce cadre, les contrôles, selon le groupe de travail, devraient se focaliser sur la bonne application de la mise en place des dispositifs de conformité et non pas sur des investigations ou enquêtes sur des cas à risques.

- Protection des données personnelles :

Propositions du groupe de travail : Il serait utile pour les entreprises d'articuler ces recommandations avec les dispositions CNIL. Les nouvelles recommandations AFA pourraient préciser les modalités de mise en conformité avec les recommandations de la CNIL en matière de collecte, traitement et durée de conservation des données relatives à la lutte contre la corruption pour être capable de les présenter lors d'une investigation ; cette définition devrait être réalisée en concertation entre l'AFA et la CNIL.

Projet de mise à jour des recommandations : « **8. Les entreprises qui exercent un contrôle de droit *ou de fait* sur d'autres entités (par exemple : filiales, succursales, agences) sont invitées à mettre en place des procédures et un contrôle interne, visant à s'assurer de la qualité et de l'efficacité du dispositif anticorruption dans l'ensemble du périmètre qu'elles contrôlent.** » Page 2.

Propositions du groupe de travail : L'expression « **contrôle de fait** » suscite une multitude d'interprétations. Ainsi, le groupe de travail recommande de mieux définir le périmètre de ce qui entre dans le champ de ce contrôle.

L'autre besoin de clarification correspond à la qualification des tiers à évaluer. **Etablir des seuils** dans l'analyse des risques selon la catégorie de tiers et en prenant en compte les particularités de chaque entreprise pourrait être une bonne méthode : il est impossible de contrôler des milliers de tiers.

Un questionnaire d'auto-déclaration des tiers serait utile et présenterait l'avantage de rendre le tiers responsable de ses éventuelles fausses déclarations. Les tiers indispensables et les tiers en situation de monopole posent problème s'ils refusent de répondre aux questionnaires que les entreprises leur envoient. Le contrôle pourrait être complété en fonction des réponses apportées, des absences de réponses ou des refus de réponse dans la limite des droits du contrôleur à obtenir des données. Les meilleurs efforts de la société cherchant à recueillir les informations devraient être pris en compte par l'AFA.

Enfin, les recommandations devraient préciser que l'évaluation porte sur la société tierce au travers d'auto-déclaration sans pour autant se transformer en audit des tiers.

Projet de mise à jour des recommandations : « **20. Si les membres des conseils d'administration ou des conseils de surveillance ne sont pas visés par cette définition, ils s'assurent, dans le cadre de leur mission de surveillance des activités de l'entreprise, de la pertinence et de l'efficacité des mesures prises par les dirigeants afin de se conformer aux obligations légales. Dans les sociétés à conseil d'administration, l'AFA recommande que le dispositif anticorruption et ses actualisations périodiques soient validés par le conseil d'administration.** » Page 4.

Propositions du groupe de travail : Une incohérence entre la loi et les recommandations a été soulevée concernant le rôle et la position du conseil d'administration. En effet, la loi Sapin II ne prévoit pas l'ingérence du conseil d'administration dans le processus de validation, alors que ces recommandations le font. Par conséquent, un reporting direct pour information du responsable

conformité au Conseil d'administration ou de surveillance pourrait être prévu, sans que ce reporting ne nécessite une validation par le Conseil.

Projet de mise à jour des recommandations : « **38.** *L'indépendance du responsable de la fonction conformité ne signifie pas pour autant l'absence de contrôle. À cet effet, il rend compte à l'instance dirigeante de son activité, qui relève d'ailleurs du **périmètre couvert par l'audit interne.*** » Page 6.

Propositions du groupe de travail : Si la fonction conformité fait partie des domaines auditables, il faut faire attention au schéma triptyque selon lequel l'audit peut être juge et partie. En effet, les actions de la conformité sont auditées mais cet audit ne doit pas limiter l'indépendance de la fonction conformité. Le reporting périodique au conseil d'administration ou de surveillance du résultat de ses missions permettrait également d'assurer l'indépendance de la fonction conformité (c'est le schéma déjà obligatoire pour les établissements financiers régulés).

Projet de mise à jour des recommandations : « **53.** *La cartographie des risques est complète dans la mesure où :*

- *d'une part, elle couvre « **de bout en bout** » les processus managériaux, opérationnels et support mis en œuvre par les entreprises dans le cadre de leurs activités.* » Page 8.

Propositions du groupe de travail : Cette nécessité d'exhaustivité semble contradictoire avec une approche par les risques.

Projet de mise à jour des recommandations : « **33.** *Ce responsable **peut inciter à la mise en œuvre** du dispositif anticorruption dans les filiales, et les assister dans cet exercice, au moyen notamment de la diffusion d'organisations cibles ou de méthodologies et politiques communes.* » Page 5.

Propositions du groupe de travail : **Ce point semble en contradiction avec le point 53 évoqué précédemment.** Il conviendrait de reformuler ce paragraphe afin d'éviter toute contradiction.

Dans le secteur bancaire cela serait même antinomique avec la notion de surveillance consolidée, la conformité du groupe devant s'assurer que les responsables de conformité des filiales jouent leur rôle à leur niveau.

Projet de mise à jour des recommandations : « **32.** *Dans le cas d'une entreprise structurée autour d'une entité centrale de type maison-mère et filiales, il est recommandé de nommer un responsable de la fonction conformité au niveau central* » Page 5.

Propositions du groupe de travail : Ce point et notamment « le niveau central » devraient être clarifiés.

Projet de mise à jour des recommandations : « **99.** *Le code de conduite a vocation à **être rédigé ou mis à jour postérieurement à l'élaboration de la cartographie des risques** de corruption de l'entreprise, dans la mesure où il décrit les comportements à proscrire à partir des risques spécifiques à l'entreprise.* » Page 14.

Propositions du groupe de travail :

Le groupe de travail propose de supprimer ce point car il semble compliqué de mettre à jour le code à chaque évolution de la cartographie. En effet, le code n'est pas actualisé régulièrement comme la cartographie des risques. De plus, cette cartographie est différente selon les tiers et prestataires, contrairement au code de conduite qui renvoie à des principes généraux d'éthique. Le processus d'actualisation du code de conduite, lorsqu'il est annexé au règlement intérieur est par ailleurs très lourd et prend du temps (consultation des partenaires sociaux).

Projet de mise à jour des recommandations : « **104. Le code de conduite mentionne le nom et les coordonnées des personnes qualifiées pour répondre aux questions des personnels (responsable de la fonction conformité, référent conformité ou intégrité...).** » Page 14.

Propositions du groupe de travail : L'aspect public du code de conduite ainsi que la mention du nom des responsables de conformité ne paraît pas opportun car ceux-ci peuvent être amenés à changer. Ce point soulève également la question de la protection des données personnelles. Le Groupe de travail recommande d'utiliser une adresse générique.