regulation partners

Comparaison entre les propositions du groupe de travail organisé par REGULATION PARTNERS et les nouvelles recommandations AFA publiées le 12 janvier 2021

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 ».

Réponse AFA : Point 221. Pas de changement.

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.

Réponse AFA : « *99. En matière de gestion des ressources humaines, l'instance dirigeante veille à ce que :*

*– le processus de recrutement et de nomination des cadres et des personnels les plus exposés inclut **l'évaluation de leur intégrité** ».*

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.

Réponse AFA : « *255. Un signalement qui porte sur des atteintes à la probité **et témoigne d'une défaillance du dispositif de conformité pourra être adressé à l'AFA** ».*

- 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.

Réponse AFA : « *268. Face à une multiplication croissante des obligations en matière de recueil des alertes, la CNIL a publié une délibération no 2019-139 du 18 juillet 2019 portant adoption d'un référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel destinés à la mise en œuvre d'un dispositif d'alertes professionnelles* ».

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.

Réponse AFA : 91. « *Les entreprises* ***qui exercent un contrôle 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 ou des dispositifs anticorruptions déployés dans l'ensemble du périmètre qu'elles contrôlent* ».

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.

Réponse AFA : « *95. Si les membres des conseils d'administration ou autres organes de contrôle ou de surveillance ne sont pas visés, dans leur ensemble, par cette définition, ils s'assurent, dans le cadre de leur mission de surveillance des activités de l'entreprise, de l'existence, de la pertinence et de l'efficacité des mesures prises par les dirigeants afin de se conformer à leurs obligations légales. Pour ce faire, dans les sociétés dotées de tels organes, l'AFA recommande que le dispositif anticorruption et ses actualisations leur soient* ***périodiquement présentés afin qu'ils disposent de toutes les informations nécessaires pour veiller à la conformité de l'entreprise à l'article 17 de la loi*** ».

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).

Réponse AFA : « *111. L'indépendance du responsable de la conformité ne signifie pas pour autant l'absence de contrôle. A cet effet, il rend compte à l'instance dirigeante de son activité.* ».

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

- o *d'une part, elle couvre « **de bout en bout** » les processus managériaux, opérationnels et support mis en oeuvre 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.

Réponse AFA : « *123. La cartographie des risques est complète dans la mesure où :*

– *d'une part, elle couvre les processus managériaux, opérationnels et support mis en œuvre par les entreprises dans le cadre de leurs interactions avec leurs tiers. Elle appréhende les risques de corruption en prenant en compte les particularités de chaque entreprise, notamment : secteurs d'activité, zones*

géographiques, contexte concurrentiel et réglementaire, typologies de tiers, modèle de revenus, chaîne de valeur, métiers et processus, organisation interne de l'entreprise, circuits de décision » ;

Projet de mise à jour des recommandations : *« **33.** Ce responsable **peut inciter à la mise en oeuvre** 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.

Réponse AFA : 106. Pas de changement.

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.

Réponse AFA : « *105. 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 conformité au niveau central* ***et des référents par exemple par filiale, par pays ou par unité opérationnelle*** ».

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).

Réponse AFA : « *170. Le code de conduite a vocation à être rédigé postérieurement à l'élaboration de la cartographie des risques, dans la mesure où il décrit les comportements à proscrire à partir des risques identifiés* ».

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.

Réponse AFA : « *176. Le code de conduite mentionne la fonction qualifiée pour répondre aux questions des personnels (par exemple : responsable de la conformité, référent conformité ou intégrité) et les modalités pour la contacter (notamment adresse générique)* ».