



Paris, le 16 novembre 2020

Monsieur le Directeur,

Les entreprises partagent les objectifs de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « Loi Sapin II ») et mettent en œuvre les mesures et procédures destinées à prévenir et détecter efficacement les faits de corruption. Les observations qui suivent ne remettent pas en cause l'intérêt des dispositions légales. Elles portent sur le référentiel, objet de cette consultation qui, compte tenu de l'importance et de la pluridisciplinarité des sujets ainsi que des vives inquiétudes de nos membres respectifs, appelle une réponse commune de la part de l'Association Française des Entreprises Privées (Afep), de l'Association du Management des Risques et des Assurances de l'Entreprise (AMRAE), du Club des Directeurs de Sécurité en Entreprises (CDSE) et de Middledenext.

A titre de remarque générale, il doit être clair que les recommandations de l'AFA constituent **un référentiel dépourvu de toute force obligatoire**, la Loi Sapin II n'imposant pas aux entités et dirigeants entrant dans le champ d'application de l'article 17 de structurer leur organisation interne, et notamment la conformité, d'une manière particulière. C'est ainsi qu'il leur appartient de choisir, dans le cadre de l'exercice de leurs pouvoirs de direction et de gestion et parmi les différentes options et méthodes possibles, celles qui leur paraissent les plus appropriées pour parvenir aux objectifs de la loi. Il découle, en effet, de la liberté d'entreprendre, laquelle a valeur constitutionnelle, que les dirigeants qui portent la responsabilité de l'entreprise sont les meilleurs juges de leurs choix de gestion et d'organisation interne de l'entité qu'ils dirigent.

Pour ce faire, les entreprises s'appuient sur des normes et référentiels de Place, notamment dans les domaines de la gestion des risques, du contrôle interne, de l'audit interne et de la sûreté – adaptés à l'empreinte généralement internationale de leurs activités – référentiels que les recommandations développées par l'AFA ne prennent pas en compte. Il n'est donc pas acceptable qu'une entreprise qui aurait fait le choix de ne pas suivre l'organisation et les choix de gestion préconisés par l'AFA, en optant pour un dispositif qui s'avérerait également efficace, ait l'obligation de justifier de la validité de la méthode librement choisie. Une telle approche constituerait un **renversement sans fondement légal de la charge de la preuve** en matière répressive, au détriment des entreprises, alors que la Loi Sapin II fixe les objectifs à atteindre mais ne définit pas de méthode prescriptive. Bien au contraire, il appartient entièrement à l'AFA de démontrer l'absence de pertinence et d'effectivité du dispositif de conformité mis en place par les acteurs assujettis.

Dans leur présentation, les deux référentiels, l'un applicable à tous les acteurs et l'autre applicable aux acteurs privés, qui ne sont pas rédigés dans les mêmes termes alors qu'ils visent les mêmes sujets, nuisent à la cohérence d'ensemble.

En outre, les recommandations, parce qu'elles se veulent exhaustives sur chacun des huit piliers de l'article 17, mêlent des exemples de bonnes pratiques ayant vocation à figurer dans des guides pratiques. La citation parfois intégrale de dispositions légales et réglementaires qui sont parfaitement connues des entreprises apparaît sans valeur ajoutée dans le contexte d'un tel référentiel. Plusieurs recommandations sont trop détaillées et dépassent le cadre des modalités d'appréciation, lors des contrôles, des finalités fixées par la loi, le tout nuisant à la lisibilité du référentiel.

Il serait dès lors plus utile de faire référence directement aux guides pratiques et lignes directrices pertinentes afin d'éviter d'éventuelles contradictions ou erreurs d'interprétation liées à la multiplication de documents relatifs à des thématiques similaires ou identiques. Les entreprises estiment, en particulier, que les thèmes relatifs au code de conduite, à la formation et à l'évaluation de l'intégrité des tiers pourraient faire l'objet de développements dans des guides recensant les bonnes pratiques identifiées à l'occasion des contrôles ou consultations de l'AFA.

Enfin, alors que de nombreuses informations sont demandées sur les personnes physiques, il conviendrait d'apporter des précisions sur l'articulation de ces dispositions relatives à des traitements de données personnelles avec celles du Règlement (UE) 2016/679 sur la protection des données et de tout autre texte international éventuellement applicable, sujet sur lequel les entreprises sont toujours dans l'attente du guide annoncé par l'AFA.

Plus précisément, sur les différents piliers de l'article 17, il est apporté les commentaires suivants :

1. L'engagement de l'instance dirigeante

L'instance dirigeante joue un rôle important car c'est elle qui impulse la politique et met à disposition les moyens humains et financiers pour mettre en œuvre un dispositif anticorruption efficient.

Il est toutefois important de souligner que, dans les entreprises opérant des choix de gestion déconcentrés et dans les grands groupes internationaux où il est fait largement recours aux délégations de pouvoirs, ce n'est pas le directeur général qui sanctionne directement (ce qui serait contraire au droit du travail), pas plus qu'il n'est rendu destinataire de chaque rapport d'audit interne ou qu'il n'est tenu au courant du moindre signalement émis dans le cadre du dispositif d'alerte, ni qu'il n'interfère dans toutes les décisions relatives à l'évaluation des tiers. **On ne saurait raisonnablement imposer au dirigeant d'un groupe une omniscience et une omnipotence incompatibles avec les réalités de la vie des affaires**, sans même mentionner l'autonomie des personnes morales et la nécessaire prise en compte des cadres législatifs locaux.

2. La cartographie des risques

La cartographie des risques est l'un des outils communément utilisés en entreprise pour, d'une part, identifier les risques majeurs auxquels l'entreprise est exposée, y compris les risques de corruption et de trafic d'influence, et, d'autre part, à assurer une maîtrise et un suivi de ces risques.

Pour être efficace, la cartographie doit être adaptée à l'organisation considérée. De ce fait, **il n'existe pas, contrairement au postulat du projet de recommandations, de méthodologie unique de cartographie des risques**, mais bien une pluralité de méthodes, d'ailleurs reflétées dans des approches de gestion des risques reconnues telles que le référentiel COSO ou la norme ISO 31000.

Par ailleurs, la cartographie doit répondre au principe de « juste nécessaire » par rapport au contexte : il ne doit pas s'agir d'un lourd exercice bureaucratique qui occulterait l'objectif ultime de prévenir les risques et qui perdrait sa crédibilité aux yeux des opérateurs chargés de l'alimenter.

Pour toutes ces raisons, **il serait préférable de laisser aux entreprises le choix de la méthode** plutôt que d'imposer l'application précise de la méthodologie unique de l'AFA, qui est à la fois très théorique et excessivement détaillée. Ceci serait possible en présentant les modalités pratiques décrites comme de simples possibilités ou des exemples, ce qui ferait d'autant mieux ressortir les points essentiels pour l'AFA.

3. Le code de conduite

Le code de conduite est le document par lequel l'entreprise communique les valeurs et les principes auxquels elle adhère et qu'il appartient à tout collaborateur de respecter dans l'accomplissement quotidien de ses activités, partout où l'entreprise opère.

Si l'on veut que les collaborateurs puissent s'approprier ce document, **il doit être simple** et s'en tenir à la rédaction des principes fondamentaux. Pour être lu par l'ensemble des salariés d'une entreprise (du cadre dirigeant à l'ouvrier, en France comme à l'étranger) et susciter l'adhésion, un tel document doit être synthétique et didactique et non viser l'exhaustivité, au risque de susciter l'indifférence, voire le rejet. **Il doit également être stable.** Si le lien avec la cartographie des risques est évident, il est illusoire de demander une actualisation du code de conduite à chaque mise à jour de la cartographie des risques. Le code de conduite constitue un cadre de référence destiné dès le départ à prendre en compte les « différents types de comportements », soit les situations les plus génériques ou habituelles, en y associant des principes et des interdictions.

Sa mise à jour ne doit intervenir que s'il s'agit d'y apporter des modifications substantielles, d'autant qu'imposer une telle obligation serait inutilement contraignante et irréaliste en raison de la longueur du processus d'information et de consultation des IRP, le code de conduite étant intégré au règlement intérieur. A titre d'information, le déploiement d'un code de conduite dans un groupe international peut aisément prendre deux ans compte tenu des délais incompressibles de traduction, d'information-consultation des instances représentatives du personnel, d'intégration dans les règlements intérieurs, de diffusion et d'accompagnement (communication interne)...

4. La formation

Les entreprises dispensent, de longue date, de la formation professionnelle dans de nombreux domaines (y compris la conformité), en application des dispositions du Code du travail, et en s'appuyant sur des référentiels et normes internationalement reconnus (ISO 9001, ISO 29900, OPQF). Les recommandations entrent dans un niveau de détail qui pourrait, le cas échéant, trouver sa place dans un guide permettant de recenser les bonnes pratiques, mais pas dans des recommandations publiées au Journal Officiel. Ainsi, par exemple, il ne nous semble pas relever de la « recommandation » le fait de définir ce qu'est une action de sensibilisation ou une action de formation (§ 111- 112), de mentionner que « *les formations sont mises en œuvre avec des outils adaptés* » ou « *dispensées dans une langue comprise par les publics auxquels elles s'adressent* », ou encore indiquer qu'elles doivent être « *pragmatiques et pédagogiques* » !

Enfin, l'organisation de la sensibilisation des personnels doit être laissée à l'appréciation des entreprises qui sont mieux à même de connaître les modalités les plus efficaces pour les porter en fonction notamment de la taille, du secteur et de la culture de l'entreprise.

5. L'évaluation de l'intégrité des tiers

Il est contradictoire de considérer que la cartographie des risques est l'élément central du dispositif anticorruption tout en la déconnectant de l'évaluation de l'intégrité des tiers.

On attendrait, en effet, de ces recommandations qu'elles consacrent **une approche par les risques** (à l'instar notamment des pratiques du Département de la Justice américain) **en lien avec la cartographie**, conformément aux termes de l'article 17 4° de la loi Sapin II, et qu'elles fournissent une méthodologie à mettre en œuvre pour se focaliser sur les tiers les plus à risques. En effet, il est irréaliste de demander à des sociétés qui ont des dizaines ou centaines de milliers de partenaires d'affaires (clients, fournisseurs, intermédiaires...) de réaliser une évaluation individuelle de chacun d'entre eux, y compris ceux qui présentent un risque faible. De surcroît, les coûts induits par ces contrôles exhaustifs et systématiques seraient disproportionnés alors même que les tiers ne présentent à l'évidence pas tous les mêmes niveaux de risques. Une exigence d'exhaustivité entraînerait une dispersion des ressources qui nuirait à l'efficacité du dispositif.

Plusieurs méthodes peuvent être utilisées pour procéder à cette évaluation. Par exemple, certaines entreprises la réalisent en trois étapes selon la méthode de l' « entonnoir » :

- une analyse préliminaire des risques qui permet de déterminer les tiers à risque en établissant un *scoring* de l'exposition au risque de corruption sur la base d'un questionnaire ;
- une *due diligence* standard qui ne concerne que les tiers à risque identifiés lors de l'analyse préliminaire ; cette *due diligence* peut être effectuée en exploitant des bases de données spécialisées ;
- une *due diligence* avancée qui ne porte que sur les tiers pour lesquels une alerte est soulevée lors de la due diligence standard et qui implique une évaluation approfondie (demande de documents, entretien, recours à un prestataire spécialisé...).

Par ailleurs, les recommandations n'abordent pas le sujet, pourtant sensible et important pour les entreprises, de la manière d'aborder **les vérifications sur des partenaires publics** tels que les Etats, administrations, collectivités territoriales, établissements publics, sociétés d'économie mixte, que ce soit en France ou à l'étranger, ou encore les institutions internationales.

6. Dispositif d'alerte anticorruption

Il n'appartient pas à l'AFA, dans ses recommandations, de paraphraser les articles 6 et suivants de la Loi Sapin II et de son décret d'application, les entreprises ayant besoin d'avoir une visibilité sur ce qui ressort des seules recommandations de l'AFA. Cette approche est d'autant moins compréhensible que le socle législatif et réglementaire est amené à évoluer substantiellement d'ici la fin de l'année 2021 en raison de la transposition de la directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, ce qui impliquerait de modifier à nouveau les recommandations. Si l'objectif de l'AFA est d'avoir dans un seul et même document une description de l'intégralité du dispositif, il serait préférable de développer un guide de recueil des bonnes pratiques et de limiter les recommandations à celles qui sont spécifiques au dispositif d'alerte anticorruption.

Il serait beaucoup plus utile que l'AFA s'attache à **donner des précisions sur l'équilibre des droits et des obligations entre le lanceur d'alerte et la ou les personne(s) mise(s) en cause** en rappelant notamment l'ensemble des principes fondamentaux : présomption d'innocence, loyauté dans l'administration de la preuve, égalité de traitement, égalité des armes, droit de se faire assister par un avocat ou un interprète, droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination...

7. Les contrôles et l'évaluation des mesures et procédures composant le dispositif anticorruption

La méthode de contrôle en trois niveaux sur l'ensemble des huit piliers de la Loi Sapin II est théorique et déconnectée de la réalité des entreprises et des bonnes pratiques en matière de conformité. De surcroît, elle n'est pas opérationnelle. La méthode qui consiste à écarter du contrôle celui qui a contribué à élaborer un dispositif impliquerait d'écarter les personnes les mieux à même de comprendre les processus et de les améliorer ! L'AFA reconnaît elle-même que les trois niveaux de contrôle systématiques qu'elle promeut ne fonctionnent pas pour la cartographie des risques. Pour d'autres thèmes moins complexes comme, par exemple, la formation, cette méthode se révèle particulièrement artificielle.

De même, il n'apparaît pas utile que les recommandations de l'AFA paraphrasent le Code de commerce, le Plan comptable général ou les normes IFRS pour décrire à nouveau les principes fondamentaux de comptabilité.

Les entreprises se réfèrent à des standards reconnus en matière d'audit, tels que ceux développés par l'IFACI ou l'International Internal Audit, afin d'élaborer des chartes et procédures d'audit interne et d'encadrer leur mise en œuvre. Les Recommandations proposées par l'AFA n'apportent aucun élément nouveau à ce sujet.

Enfin, sur ce point et plus largement, le texte de l'AFA traduit une vision très « négative » ou répressive des contrôles des dispositifs de prévention de la corruption. Ces derniers ne servent pas uniquement à détecter des manquements et à prononcer des sanctions disciplinaires. Ils servent également, et même avant tout, à générer une dynamique positive dans l'entreprise, en montrant que la conformité n'est pas une contrainte mais une source de valeur ajoutée, et à mobiliser les équipes autour d'une culture et de valeurs communes¹ !

Nous vous prions de croire, Monsieur le Directeur, à l'assurance de toute notre considération.

François Soulmagnon
Directeur Général
Afep

Oliver Wild
Président
AMRAE

Stéphane Volant
Président
CDSE

Caroline Weber
Directrice Générale
Middlenext

¹ A cet égard, il est frappant de compter 188 occurrences du mot « contrôle » et 34 du mot « sanction » dans le Référentiel anticorruption applicable aux acteurs privés alors que « culture » n'apparaît qu'à trois reprises et « valeurs » (au sens éthique) une seule fois.