

## LES NOUVELLES RECOMMANDATIONS DE L'AFA



**Franck Poindessault**  
Avocat associé  
[fpoindessault@boken.fr](mailto:fpoindessault@boken.fr)



**Milan Sikyurek**  
Avocate collaboratrice  
[msikyurek@boken.fr](mailto:msikyurek@boken.fr)

**Boken**  
222, rue du faubourg Saint Honoré  
75008 – Paris  
Tél. : + 33 (0)1.801.800.50  
Email : [paris@boken.fr](mailto:paris@boken.fr)

Après trois années d'expérience, l'Agence Française Anticorruption (AFA) a rendu publiques le 12 janvier 2021 ses nouvelles recommandations. Elles constitueront le « référentiel » des contrôles de l'AFA ouverts à compter du 13 juillet 2021.

Avec ses recommandations générales, figurant en première partie, l'AFA incite toutes les organisations à se doter d'un dispositif de lutte contre les différentes atteintes à la probité. Le dispositif devra reposer sur trois piliers : la promotion de la culture de lutte contre ces atteintes par l'instance dirigeante, la connaissance précise de ces risques avec leur cartographie et la gestion de ces risques à tous les stades (prévention, détection, remédiation).

L'AFA a également émis des recommandations spécifiques détaillées pour les entreprises assujetties à l'article 17 de la loi Sapin II qui précisent les modalités pratiques de mise en œuvre des trois « piliers » susvisés dans le dispositif anticorruption : ces entreprises devront donc revisiter leurs dispositifs et en actualiser certains éléments pour se conformer aux recommandations nouvelles.

L'AFA a enfin produit des recommandations spécifiques détaillées pour aider les acteurs publics à se doter d'un dispositif de lutte contre les atteintes à la probité efficace. Ces recommandations reposent sur les mêmes « piliers » que pour les acteurs privés mais elles sont adaptées pour tenir compte des spécificités et contraintes du secteur public.

*Par Franck Poindessault et Milan Sikyurek*

Le 15 janvier 2021

### CONTEXTE ET PILIERS DES NOUVELLES RECOMMANDATIONS DE L'AFA

Après plus de trois ans d'activités, a entrepris plusieurs travaux en 2020 pour faire le point sur les dispositifs anticorruption mis en place dans le cadre de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « Sapin II ».

Son enquête publiée en septembre 2020 a mis en lumière que les entreprises avaient le sentiment de bien connaître la corruption et les autres atteintes à la probité mais que les dispositifs anticorruption étaient trop lacunaires : peu d'entreprises sont dotées d'un responsable conformité (45%), d'une cartographie des risques (53%), d'une procédure d'évaluation des tiers (39%) ou encore d'une prise en compte du risque de corruption dans les procédures (46%).

C'est à la suite de cette enquête, de ses contrôles, des deux décisions de la Commission des sanctions ou encore des guides publiés sur son site internet que l'AFA a décidé de remplacer ses premières recommandations en vigueur depuis le 23 décembre 2017. Après avoir été soumises à une consultation publique, les nouvelles recommandations ont été finalisées le 4 décembre 2020 et publiées au Journal Officiel le 12 janvier 2021 : elles sont donc entrées en vigueur le 13 janvier 2021 et l'AFA s'y réfèrera pour les contrôles ouverts six mois après l'entrée en vigueur, soit à compter du 13 juillet 2021. Un délai de six mois est donc laissé pour se mettre en conformité avec les nouvelles recommandations.

Alors que les anciennes recommandations étaient structurées autour de dix thèmes distincts, les nouvelles recommandations regroupent ces thèmes dans trois « piliers indissociables » :

- « l'engagement de l'instance dirigeante » permettant l'ancrage de l'entreprise dans une culture de lutte contre les atteintes à la probité ;
- « la cartographie des risques » résultant d'une analyse objective, structurée et documentée de ces risques ;
- « la gestion de ces risques » devant être mise en œuvre au stade de la prévention (avec le code de conduite, la formation des personnels, l'évaluation des tiers), de la détection (le dispositif d'alerte interne, les process de contrôle -évaluation), et de la remédiation (mesures correctives-plans d'action, régime disciplinaire).

Le régime de ces trois piliers de la lutte contre les atteintes à la probité est exposé dans le cadre de

- recommandations générales pour « toutes les personnes morales de droit privé ou de droit public », sans condition de nationalité, de taille ou de chiffre d'affaires » (ci-après les « Organisations »)
- recommandations spécifiques anticorruption pour les entreprises assujetties à l'article 17 de la loi Sapin II (ci-après les « Entreprises Assujetties »)
- recommandations spécifiques pour les acteurs publics régis par l'article 3 al.3 de ladite loi (ci-après les « Acteurs Publics »).

### 1. LES RECOMMANDATIONS GENERALES POUR TOUTES LES ORGANISATIONS

Toute Organisation est incitée à mettre en œuvre les trois piliers précités dans un cadre général afin de prévenir et détecter les faits de corruption, trafic d'influence, concussion, prise illégale d'intérêt, détournement de fonds publics et favoritisme (ci-après les « Atteintes à la Probité »), conformément au 1er alinéa du 2° de l'article 3 de la loi Sapin II.

La disparité des Organisations visées ne permettant pas une application uniforme d'un dispositif de lutte contre les Atteintes à la Probité, l'AFA a rappelé que conformément au principe de « proportionnalité », chaque organisation devait adapter son dispositif à ses caractéristiques propres. Il peut être anticipé que de petites organisations non soumises à l'article 17 de la loi Sapin II invoqueront ce principe pour s'écarter au maximum des recommandations de l'AFA dont la mise en œuvre coûteuse serait disproportionnée par rapport à leur taille ou à leur chiffre d'affaires.

Par ailleurs, les recommandations de l'AFA (qui lui sont opposables notamment en cas de contrôle) ne sont pas juridiquement obligatoires pour les Organisations qui demeurent libres d'adopter d'autres méthodes. Il reste que l'exercice d'une telle liberté doit être envisagé avec prudence, les Organisations devant être mesure de justifier de la conformité à la loi de leur dispositif qui s'écarteraient des recommandations de l'AFA, conformément à la logique du *comply or explain* applicable en présence de ce type de *soft law* (« droit souple »).

Par ailleurs, l'intérêt de toute Organisation à suivre les recommandations générales de l'AFA peut s'apprécier au regard de la gestion de ses risques pénaux. Si elle ne suit pas les recommandations de l'AFA et n'adopte pas de dispositif efficace

alternatif, l'Organisation s'expose en cas de survenance d'une Atteinte à la Probité, à la critique que sa carence a favorisé la commission de l'infraction - ce qui pourrait générer la responsabilité pénale de la personne morale elle-même, en complément de la responsabilité des personnes physiques auteurs ou complices des délits.

## 2. LES RECOMMANDATIONS ANTICORRUPTION SPECIFIQUES AUX ENTREPRISES ASSUJETTIES

Une part importante des nouvelles recommandations procède de reformulations plus détaillées de formulations succinctes qui figuraient dans les premières recommandations mais dont les Entreprises Assujetties avaient en pratique bien compris le sens et la portée [par exemple sur la nécessité d'éviter tout équivoque dans le code de conduite dont la préface doit être signée par l'instance dirigeante / la sensibilisation de l'ensemble des personnels à la culture d'entreprise anticorruption / la désignation des personnes intervenant dans l'évaluation des risques / l'organisation d'ateliers collectifs pour l'évaluation des risques / la description et la conservation de la preuve des méthodes retenues pour l'élaboration de la cartographie et des mesures prises pour la maîtrise des risques, ...].

En revanche, les recommandations comportent un certain nombre de précisions nouvelles qui devraient conduire les Entreprises Assujetties à revisiter leur dispositif anticorruption et à l'actualiser en conséquence.

S'agissant du périmètre du dispositif anticorruption, l'AFA demande aux Entreprises Assujetties d'y intégrer le risque de trafic d'influence considérant que ce délit recouvre une réalité similaire à celle de la corruption – étant précisé que, en pratique, les Entreprises Assujetties ont largement pris en compte le trafic d'influence dans leurs cartographies). Surtout, l'AFA « conseille » aux Entreprises Assujetties d'appréhender plus largement leur dispositif en y intégrant désormais les infractions susceptibles d'en être les prémices ou la conséquence, tels que les délits de faux, abus de biens sociaux, recel et blanchiment.

S'agissant du premier pilier, les nouvelles recommandations devraient conduire à la réorganisation du dispositif de certaines Entreprises Assujetties, notamment quant à l'évolution du rôle du responsable de la conformité, quant à l'implication demandée aux dirigeants non-exécutifs pour veiller à la conformité du dispositif anticorruption, ou encore quant à l'élaboration de politiques commerciales pour éviter l'utilisation à des fins de corruption ou encore plus généralement quant à l'allocation des moyens financiers et humains dédiés à la mise en œuvre du dispositif anticorruption.

S'agissant du deuxième pilier, l'AFA a notamment ajouté un certain nombre d'éléments à prendre en compte dans la cartographie des risques (contexte concurrentiel et réglementaire, modèle de revenus, chaîne de valeur, organisation interne, circuits de décision des critères de risques, ...) ce qui conduira les Entreprises Assujetties à compléter et affiner leurs précédentes analyses de risques.

S'agissant du troisième pilier, les nouvelles recommandations cherchent à renforcer les processus et les exigences de formalisation, ainsi que l'illustre notamment le traitement des alertes (avec la préconisation d'un recueil unique d'alertes avant de faire l'objet d'un rapport formel puis d'un processus de suivi après enquête), l'évaluation des tiers (formalisation de la procédure de vérification de l'intégrité des tiers), et plus généralement les règles nouvelles en matière de contrôles et audits.

Par ailleurs, les nouvelles recommandations précisent le régime applicable aux sanctions disciplinaires – qui n'était pas décrit dans les précédentes recommandations – en prévoyant notamment la graduation des sanctions et une invitation faite à l'instance dirigeante de sanctionner rapidement les manquements aux dispositifs anticorruption (sans attendre la décision pénale) et à communiquer (diffusion en interne de sanctions anonymisées) pour développer la culture anticorruption de l'entreprise et marquer la politique de tolérance zéro.

Enfin, pour l'évaluation du dispositif anticorruption, les nouvelles recommandations détaillent les mesures de contrôle et d'évaluation à mettre en œuvre, en donnant une liste non-exhaustive de contrôles à opérer sur trois niveaux pour chacun des éléments du dispositif anticorruption.

## 3. LES RECOMMANDATIONS SPECIFIQUES AUX ACTEURS PUBLICS

L'AFA avait regretté une « maturité » insuffisante des Acteurs Publics dans la prévention et la détection des Atteintes à la Probité ; elle leur consacre désormais des recommandations spécifiques, visant à leur faire intégrer la même culture et les mêmes instruments de gestion de lutte que ceux mis en œuvre dans le secteur privé, tout en les adaptant afin de tenir compte des contraintes du secteur public.

Ces adaptations étaient nécessaires notamment en raison de la spécificité :

- des risques auxquels sont exposés les Acteurs publics - à titre informatif, l'AFA a fait figurer dans l'annexe 2 des recommandations, trois familles de scénarios de risque spécifiques pour les Acteurs Publics dans le cadre du versement de subventions, de la gestion des ressources humaines, et de commande publique ;
- des personnes intervenant dans le dispositif de lutte contre les Atteintes à la Probité (instances dirigeantes / responsable de la conformité) qui sont assujetties à régime légal, statutaire, et/ou déontologique générateur d'obligations spécifiques (ex. déclarations et conflits d'intérêts, règles relatives au cumul d'activités et de mobilité entre le secteur privé et le secteur public...);
- des règles impératives du droit administratif imposées aux Acteurs Publics, notamment le droit de la commande publique (dans le cadre duquel doit intervenir l'évaluation des risques, notamment ceux liés aux achats, ainsi que l'évaluation des tiers) et la comptabilité publique (pour les contrôles comptables).

\* \* \*

En l'état de ces recommandations, l'AFA invite explicitement les différentes Organisations à revisiter leur dispositif anticorruption. Le cabinet est activement mobilisé pour les assister dans cette mise en conformité.

*Cette publication électronique n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique du cabinet Boken.*