

# Quels enseignements doit-on tirer de la première décision de l'AFA ?



DR

Entretien avec  
**KIRIL BOUGARTCHEV,**  
associé,  
**BOUGARTCHEV MOYNE ASSOCIÉS**



DR

**EMMANUEL MOYNE,**  
associé,  
**BOUGARTCHEV MOYNE ASSOCIÉS**



DR

**NATHAN MORIN,**  
collaborateur,  
**BOUGARTCHEV MOYNE ASSOCIÉS**

Le cabinet Bougartchev Moyne Associés AARPI revient sur les enseignements de la première décision de la Commission des sanctions de l'AFA.

**DÉCIDEURS.** Le 4 juillet 2019, la Commission des sanctions de l'AFA rendait publique sa première décision. Quel était l'enjeu de cette première décision ? Dans cette affaire, le directeur de l'AFA faisait grief à l'entreprise mise en cause comme à sa dirigeante de ne pas s'être dotée d'un arsenal préventif suffisant au regard de l'article 17 de la loi Sapin II du 9 décembre 2016. Étaient relevés cinq manquements : des irrégularités dans l'élaboration de la cartographie des risques de corruption et de trafic d'influence tenant au fait que la méthode utilisée reposait sur des risques génériques ; un code de conduite ne respectant pas les prescriptions de la loi au motif que « les illustrations retenues sont génériques » ; un manquement relatif à sa procédure d'évaluation des tiers, dans la mesure où celle-ci n'avait pas été totalement déployée ; la non-conformité des procédures de contrôle comptable, qui ne comprenaient pas de contrôles spécifiques relatifs à la corruption ; le défaut de dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre, notamment en raison de l'absence de véritable contrôle de deuxième niveau.

Monsieur Charles Duchaine, directeur de l'AFA, demandait à la Commission des sanctions d'enjoindre à la société d'adapter ses procédures internes à la législation en vigueur avant la fin de l'année 2019 et, à défaut, de prononcer des sanctions pécuniaires à l'encontre de la société (un million d'euros) et de son président (200 000 euros).

L'entreprise contrôlée sollicitait, quant à elle, la nullité de la saisine de la Commission des sanctions ainsi que celle de la procédure de contrôle. Elle soutenait, sur le fond, s'être conformée aux exigences de l'article 17 susmentionné, en sorte que les manquements allégués n'étaient pas caractérisés.

Aux termes d'une décision de quinze pages, la Commission des sanctions de l'AFA met hors de cause la société poursuivie de même que sa dirigeante aux motifs qu'aucun des manquements notifiés n'a pu être constaté à la date à laquelle elle a statué.

**Quels sont les principaux enseignements que l'on peut tirer de cette première décision ?**

Ils sont au nombre de trois. En premier lieu, la Commission des sanctions apprécie l'existence d'un éventuel manquement « à la date à laquelle elle statue », ce qui renforce le rôle incitatif de l'Agence, tout en affaiblissant l'utilité de son organe de sanctions. De fait, lorsqu'une entité fera l'objet d'un contrôle par l'AFA, elle bénéficiera d'une certaine latitude pour se mettre en conformité avec les dispositions de la loi Sapin II puisqu'elle disposera d'un délai significatif – entre la phase de contrôle et la date de la séance de la Commission – pour mettre, le cas échéant, son dispositif en conformité. Aussi la phase de contrôle pourra-t-elle être regardée davantage comme une phase de « discussion » permettant à l'entreprise d'identifier les éventuelles insuffisances de son dispositif afin d'y remédier. Le choix ainsi opéré dans la date de l'appréciation des manquements est d'autant plus remarquable qu'il se distingue de celui fait par l'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, qui évaluent l'existence d'éventuels manquements à la date du contrôle.

En deuxième lieu, la Commission des sanctions apporte une précision d'ordre probatoire. Pour elle, l'office de l'Agence consiste simplement à demander communication des éléments lui permettant d'apprécier la conformité du dispositif

de l'entité contrôlée aux exigences de la loi. Si elle ne les obtient pas ou si les éléments communiqués ne permettent pas d'apprécier la pertinence, la qualité et l'effectivité du dispositif mis en place, l'AFA est réputée avoir apporté la preuve du manquement et il appartient alors à l'entreprise contrôlée d'articuler la preuve contraire.

Enfin, cette décision confirme que les entités soumises à la loi Sapin II ne sont pas tenues d'observer les recommandations de l'Agence. D'une part, ces recommandations n'ont pas de valeur contraignante (ce qui ressortait déjà clairement de la loi comme des recommandations de l'AFA). D'autre part, il suffit à l'entité contrôlée de démontrer que son programme, bien que s'éloignant des recommandations de l'AFA, n'en demeure pas moins adapté et efficace pour établir sa conformité aux exigences de la loi.

**La mise en cause soulevait pas moins de neuf moyens de procédure, lesquels ont tous été écartés par la Commission des sanctions. Quelle analyse faites-vous de cette circonstance ?**

Les moyens de nullité soulevés par la mise en cause, fondés notamment sur les droits de la défense, le droit de se taire et de ne pas participer à sa propre incrimination, ont effectivement été écartés.

On relèvera néanmoins que l'organe de sanction n'a pas contesté l'applicabilité des droits susvisés, notamment pendant la phase de contrôle, ce dont on peut raisonnablement déduire, même si la décision n'en souffle mot, que la Commission des sanctions doit être regardée comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des dispositions de l'article 6 de la CESDH.

La Commission des sanctions confirme par ailleurs que, pour établir l'existence de manquements à la loi Sapin II, l'Agence ne peut se fonder que sur des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de cette loi. Elle considère en revanche que l'AFA ne méconnaît pas le principe de non-rétroactivité de la loi en demandant la communication de documents antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi Sapin II, pour autant qu'ils soient « utiles » à l'appréciation de la qualité du dispositif mis en place au sens de l'article 4 de la loi Sapin II, ce qui est notamment le cas des éléments « de nature à permettre d'appréhender concrètement l'ex-

*position de l'entité contrôlée aux risques de corruption et de trafic d'influence ».*

On regrettera en revanche que la Commission des sanctions, en réponse au moyen selon lequel les contrôleurs auraient outrepassé leurs prérogatives en sollicitant la communication de documents « sans lien avec les procédures et mesures mentionnées à l'article 17 de la loi du 9 [décembre] 2016 » à des fins autres que celles prévues par la loi Sapin II – en l'occurrence la « recherche d'indices de pratiques restrictives de concurrence et de fraude fiscale » – se soit contentée de juger que ce débat relevait de la compétence du « juge du délit d'entrave ». Des directives claires sur ce qui entre dans le champ du contrôle et, partant, la nature des documents dont les contrôleurs sont en droit de solliciter la communication, auraient selon nous été préférables.

**Sur le fond, la Commission des sanctions a-t-elle apporté des précisions permettant aux entreprises de mieux comprendre ses attentes quant aux mesures à mettre en œuvre ?**

Si cette décision est de nature à rassurer les entreprises sur un certain nombre de sujets, des incertitudes demeurent.

Par exemple, la Commission des sanctions de l'AFA n'a pas fait montre d'un luxe de pédagogie dans son analyse des griefs en cause. Sa décision ne permet en effet pas de comprendre, dans le détail, les critères objectifs pris en compte pour apprécier la conformité des mesures mises en œuvre, notamment leur effectivité.

Tout au plus peut-on relever, s'agissant du manquement allégué relatif à la cartographie des risques, que la Commission semble ne pas avoir analysé en détail la méthode appliquée et la pertinence des risques identifiés. En l'espèce, elle s'est bornée à relever que les critiques émises par le directeur de l'AFA sur ce point n'étaient pas fondées sur des « éléments suffisamment précis et probants » de nature à remettre en cause la validité de la démarche adoptée par l'entreprise. Elle s'est en revanche fondée sur les éléments de déploiement effectifs – en l'occurrence, 139 personnes interrogées, 17 risques identifiés et cotés, 182 plans d'actions mis en œuvre, dont 76 % avaient été réalisés à la date de la décision – et le « long processus d'amélioration progressive » pour se prononcer comme elle l'a fait. ♦