

15 SEPTEMBRE 2020

Atelier EIFR

Contentieux de la conformité : les procédures de sanctions

Procédure disciplinaire devant l'Agence française anticorruption

David Masson, Avocat Associé, Racine

Thibault Jézéquel, Avocat Counsel, Racine



Sommaire

1. Remarques liminaires
2. Rappel relatif au champ de compétences de l'AFA
3. Focus sur les fonctions de contrôle et de répression de l'AFA
4. Les 8 piliers d'un programme de conformité anticorruption
5. Approche comparative des procédures de l'AFA et de l'AMF
6. Approche comparative des procédures de l'AFA et de l'ACPR

1. Remarques liminaires



- **Création récente** de l'AFA (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 Sapin 2) et **peu de recul sur sa jurisprudence** (deux décisions de sanction ont été publiées à ce jour).
- Professionnels de la banque et de la finance impactés par les mesures anticorruption **sous réserve d'être au dessus des seuils prévus par l'article 17 de la loi Sapin 2.**
- L'AFA n'a pas un statut identique à celui de l'AMF et de l'ACPR : il s'agit d'un **service à compétence nationale à double rattachement hiérarchique** (ministre de la justice et ministre chargé du budget).
- Répartition des compétences entre l'AFA et le Parquet National Financier (PNF).
- La Commission des sanctions de l'AFA s'est, à ce stade, contentée de traiter les questions de fond des affaires sur lesquelles elle a eu à se prononcer (i.e. examen de la robustesse des programmes de conformité anticorruption) mais ne s'est pas réellement prononcée sur les problématiques soulevées dans le cadre des procédures de contrôle qu'elle a mise en œuvre (le juge administratif se prononcera certainement à l'avenir sur ces éléments).
- Deux sanctions prononcées à ce stade par la Commission des sanctions de l'AFA :
 - la **première sanction du 4 juillet 2019** s'est soldée par une absence d'injonction et de sanction pécuniaire à l'égard de la société contrôlée et de sa représentante (décision anonymisée) ;
 - la **seconde décision datée du 7 février 2020** a résulté en deux injonctions concernant deux des piliers du programme anticorruption de l'entité concernée (l'AFA se prononcera à une date postérieure aux échéances d'exécution de ces injonctions sur la persistance, ou non, des deux manquements) et aucune sanction pécuniaire n'a été prononcée à l'égard de la société et de son représentant (décision anonymisée).

2. Rappel relatif au champ de compétences de l'AFA

L'article 1^{er} de la loi Sapin 2 dispose que : « *L'Agence française anticorruption est un service [...] ayant pour mission d'aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme* ».



Programme	Principaux objectifs*
Trafic d'influence	<ul style="list-style-type: none"> Le trafic d'influence se définit comme le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui : soit pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir d' ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ; soit pour abuser ou avoir abusé de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable. Le délit de trafic d'influence est prévu par l'article 432-11 du code pénal.
Corruption	<ul style="list-style-type: none"> La corruption se définit comme l'agissement par lequel une personne investie d'une fonction déterminée, publique ou privée, sollicite/propose ou agréee/cède un don, une offre ou une promesse, en vue d'accomplir, retarder ou omettre d'accomplir un acte entrant, d'une façon directe ou indirecte, dans le cadre de ses fonctions. Le délit de corruption est prévu aux articles 433-1 et 433-2 du code pénal.
Détournements de fonds publics	<ul style="list-style-type: none"> Le détournement de fonds publics se définit comme le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission. Le délit de détournement de fonds publics est prévu par l'article 432-15 du code pénal.
Favoritisme	<ul style="list-style-type: none"> Le favoritisme se définit comme le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. Le délit de favoritisme est prévu par l'article 432-14 du code pénal.
Prise illégale d'intérêts	<ul style="list-style-type: none"> La prise illégale d'intérêt se définit comme le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement. Le délit de prise illégale d'intérêt est prévu par l'article 432-12 et l'article 432-13 du code pénal.
Concussion	<ul style="list-style-type: none"> La concussion se définit comme le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû. Le délit de concussion est prévu par l'article 432-10 du code pénal.



3. Focus sur les fonctions de contrôle et de répression de l'AFA

Les contrôles de l'AFA se déploient dans deux cadres distincts :

1. Les contrôles d'initiative

Ils portent sur l'existence, la qualité et l'efficacité des mesures et procédures destinées à prévenir et à détecter les atteintes à la probité (les dispositifs anticorruption).



2. Les contrôles imposés par décision administrative ou mesures judiciaires

Les décisions administratives sont celles prises par la commission des sanctions de l'AFA. Les mesures judiciaires sont les conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP) ou les peines de programme de mise en conformité (PPMC).

En cas de manquement constaté aux mesures et procédures mentionnées à l'article 17 de la loi Sapin 2

Le directeur de l'AFA peut délivrer un **avertissement** à l'entité concernée.

Le directeur de l'AFA peut aussi saisir la Commission des sanctions afin que soit infligée à l'entité concernée une **sanction pécuniaire** (ainsi que la publication de la décision).



- Adressée « aux représentants » de l'entité contrôlée, la lettre d'avertissement les invite à tirer toutes les conséquences utiles des recommandations de l'AFA figurant dans le rapport de contrôle définitif pour se mettre en conformité dans un délai déterminé.
- La sous-direction du contrôle de l'AFA s'assure que l'entité contrôlée a pris en considération les recommandations qui lui ont été adressées dans le rapport de contrôle définitif (suivi réalisé au plus tard avec l'expiration du délai triennal de prescription de l'action de l'AFA).
- Il se traduit par un contrôle sur pièces et sur place du dispositif anticorruption. Dans l'hypothèse où de nouveaux manquements seraient constatés, le directeur de l'AFA pourrait en saisir la commission des sanctions de l'AFA.

- Le directeur de l'AFA peut saisir la commission des sanctions qui peut enjoindre à l'entité contrôlée et à ses représentants d'adapter les procédures de conformité internes destinées à la prévention et à la détection des faits de corruption ou de trafic d'influence dans un délai qu'elle fixe pouvant aller jusqu'à 3 ans.
- Le directeur de l'AFA peut également saisir la commission des sanctions afin que soit infligée une sanction pécuniaire aux personnes physiques et morales mises en cause. La sanction pécuniaire prononcée par la commission des sanctions est proportionnée à l'importance des manquements constatés dans la limite de 200K euros pour les personnes physiques et 1 million d'euros pour les personnes morales.

4. Les 8 piliers d'un programme de conformité anticorruption



5. Approche comparative des procédures de l'AFA et de l'AMF

	Principaux points de convergence	Principaux points de divergence
Précontentieux	<ul style="list-style-type: none"> Les contrôles de l'AMF et de l'AFA sont encadrés par une charte qui détaille les droits et devoirs des parties prenantes à la procédure. Certains principes et obligations applicables aux équipes de contrôle de l'AFA et de l'AMF sont similaires, voire identiques : devoir de respecter le secret professionnel, devoir d'adopter un comportement loyal et professionnel, devoir de présenter le cadre du contrôle lors du lancement de la procédure. Dans les deux procédures, les pouvoirs des contrôleurs sont assez étendus : se faire communiquer tout document quel qu'en soit le support, mener des entretiens avec les personnes considérées comme étant les plus pertinentes, ou encore avoir un droit d'accès aux locaux professionnels de l'entité visée. Les contrôles de l'AMF et de l'AFA ne sont pas formels et tiennent compte de l'efficacité en pratique des dispositifs et processus internes mis en place par les entités contrôlées. Le déroulé de chaque procédure de contrôle est analogue : organisation d'une réunion de lancement, phase d'investigation pouvant s'opérer via des contrôles sur pièces et/ou sur place, organisation d'entretiens avec des interlocuteurs sélectionnés, rédaction d'un rapport de contrôle consignait le résultat des constatations effectuées. Suite à la possibilité offerte aux entités contrôlées d'émettre des observations sur le rapport de contrôle, chaque procédure peut découler, le cas échéant, sur une notification de griefs et résulter en l'ouverture d'une procédure de sanction devant leurs commissions des sanctions respectives. 	<ul style="list-style-type: none"> L'AMF peut procéder à des contrôles et des enquêtes. L'AFA ne procède qu'à des contrôles. L'AFA distingue entre les contrôles diligentés à l'initiative du directeur de l'AFA et les contrôles de l'exécution des mesures judiciaires imposant la mise en œuvre d'un programme de mise en conformité. L'AMF précise qu'elle s'efforce, dans la mesure du possible, de limiter à 6 mois le délai s'écoulant entre la date de signature de l'ordre de mission et l'envoi du rapport de contrôle à la personne contrôlée. L'AMF s'efforce de limiter à moins d'un an le délai s'écoulant entre la date de signature de l'ordre de mission et la finalisation des suites. L'AFA joint à l'avis de contrôle dans le cadre de ses contrôles sur pièces un questionnaire détaillé de plus de 160 questions. Si toute personne convoquée ou entendue par l'AMF peut se faire assister d'un conseil, seul le représentant de l'entité contrôlée semble pouvoir bénéficier de cette possibilité devant l'AFA. Des procès-verbaux doivent être dressés par les contrôleurs de l'AFA alors que cette obligation n'existe pas du côté de l'AMF.
Contentieux	<ul style="list-style-type: none"> Le déroulé de chaque procédure de sanction est similaire : la saisine de la Commission des sanctions par le directeur de l'AFA et le Collège de l'AMF, désignation d'un rapporteur parmi les membres de la Commission des sanctions en vue d'instruire la procédure, audiences publiques devant la Commission des sanctions, prise de parole respectant un ordre préalablement défini, délibération des membres de la Commission des sanctions hors la présence des représentants de la poursuite. 	<ul style="list-style-type: none"> Devant l'AMF, le Collège peut proposer une transaction. La Commission des sanctions de l'AFA exerce un contrôle de plein contentieux (la Commission des sanctions statue sur la situation de l'établissement à la date du prononcé de la sanction). Devant l'AMF, s'il peut être tenu compte de mesures correctrices prises depuis le contrôle, ces mesures n'auront pas d'incidence sur la caractérisation du grief.



6. Approche comparative des procédures de l'AFA et de l'ACPR

	Principaux points de convergence	Principaux points de divergence
Précontentieux	<ul style="list-style-type: none"> Les contrôles de l'ACPR et de l'AFA sont encadrés par une charte qui détaille les droits et devoirs des parties prenantes à la procédure. Certains principes et obligations applicables aux équipes de contrôle de l'AFA et de l'ACPR sont identiques : respect du secret professionnel, devoir d'adopter un comportement loyal et professionnel, transparence dans le déroulement de la mission de contrôle. Dans les deux procédures, les pouvoirs des contrôleurs sont assez étendus : se faire communiquer tout document ou renseignement jugé nécessaire à l'exercice de leurs missions, mener des entretiens avec les personnes considérées comme pertinentes, accéder aux locaux professionnels de l'entité concernée. Le déroulé de chaque procédure de contrôle est analogue : organisation d'une réunion de lancement, formalisation par des contrôles sur pièces et/ou sur place, organisation d'entretiens, rédaction d'un rapport de contrôle consignant le résultat des constatations effectuées. Suite à la possibilité offerte aux entités contrôlées d'émettre des observations sur le rapport de contrôle, chaque procédure peut découler, le cas échéant, sur une notification de griefs et résulter en l'ouverture d'une procédure de sanction devant leurs commissions des sanctions respectives. 	<ul style="list-style-type: none"> La charte des contrôles de l'ACPR indique de façon claire et non équivoque que l'entité contrôlée peut se faire assister par la personne de son choix et les modalités pratiques de cette assistance seront arrêtées de concert avec la mission de contrôle. La personne contrôlée peut désigner une personne en charge de la coordination des échanges avec le régulateur et du suivi de l'organisation des demandes d'entretiens et de communication d'informations. En ce qui concerne l'AFA, il est uniquement précisé dans sa charte que le représentant de l'entité contrôlée peut se voir offrir une telle possibilité. L'ACPR autorise la possibilité de recourir à des tiers dans l'exercice de la mission de contrôle (peu utilisé en pratique). L'AFA s'est adjoint l'aide de plusieurs prestataires externes (cabinets d'audit et de conseil ou cabinets d'avocats) pour l'accompagner dans l'exercice de ses premiers contrôles.
Contentieux	<ul style="list-style-type: none"> Le déroulé de chaque procédure de sanction est similaire : la saisine de la Commission des sanctions par le directeur de l'AFA et le Président du Collège de Supervision de l'ACPR, désignation d'un rapporteur parmi les membres de la Commission des sanctions en vue d'instruire la procédure, audiences publiques devant la Commission des sanctions, prise de parole respectant un ordre préalablement défini, délibération des membres de la Commission des sanctions hors la présence des représentants de la poursuite. 	<ul style="list-style-type: none"> La Commission des sanctions de l'AFA exerce un contrôle de plein contentieux (la Commission des sanctions statue sur la situation de l'établissement à la date du prononcé de la sanction). Devant l'ACPR, les manquements constatés s'apprécient à la date du contrôle sur place et les mesures correctrices mises en œuvre par la personne contrôlée postérieurement au contrôle n'ont pas d'incidence sur la caractérisation du manquement qui est établie (même si elles sont prises en compte dans la détermination de la sanction prononcée).



David Masson, Avocat Associé, Racine

Tel. : + 33(0)1 44 82 43 00

E-mail : dmasson@racine.eu

Thibault Jézéquel, Avocat Counsel, Racine

Tel. : +33(0)1 44 82 43 00

E-mail : tjezequel@racine.eu