

Retour sur la première décision de la Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption (1)

L'AFA fait sa loi

11 août 2019

Le 4 juillet 2019, la Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption a rendu sa première décision, parachevant le premier cycle des contrôles Sapin II débutés dès octobre 2017. Concise mais remarquablement motivée, elle peut rassurer les professionnels par le sérieux et l'indépendance de son analyse.

Amaury Bousquet, élève avocat au barreau de Paris, a pris part à la défense d'entités dans le cadre de contrôles AFA, notamment lors de la première procédure de sanction de l'Agence française anticorruption. Il revient sur cette décision inédite dans une série de plusieurs articles.

Inspirée des meilleurs standards internationaux en matière de *compliance* anticorruption (les fameux FCPA et UKBA), 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* ») a créé pour les grands groupes français un ensemble d'obligations anticorruption préventives et structurelles. Pour veiller au respect de ce corpus, le législateur a institué l'Agence française anticorruption (AFA).

Le 22 décembre 2017, six mois après l'entrée en vigueur de l'article 17 de la loi Sapin II, la version définitive des recommandations de l'AFA était publiée au Journal Officiel. Porteuse d'enseignements, la publication des recommandations correspondait à l'une des deux grandes missions que le législateur avait entendu assigner à l'AFA : l'accompagnement des acteurs.

Utilité et nécessité

Les recommandations de l'AFA étaient attendues en raison des interrogations suscitées par l'entrée en vigueur de ces astreintes novatrices, très éloignées du fonctionnement

traditionnel des entreprises françaises. Leur publication s'avérait de ce point de vue un préalable indispensable à l'effectivité de la loi Sapin II.

D'une part, les doutes développés par bon nombre d'entreprises concernées quant à l'ampleur des actions à mener appelaient des indications devant aider à la mise en pratique de la loi.

D'autre part, si l'article 17 de la loi Sapin II était devenu applicable au 1er juin 2017, les entreprises étant censées prouver leur conformité à cette date, il n'est pas exagéré de penser qu'elles nageaient encore en plein flou

Denses et didactiques, ces *guidelines* étaient diffusées au grand jour pour aider les acteurs économiques à se mettre en conformité avec les attentes de la nouvelle loi et leur apporter, à cet égard, un certain nombre d'éléments de compréhension utiles dans le cadre de l'élaboration de leur programme de conformité anticorruption.

Mieux, elles les éclairaient sur les attentes de l'AFA. Celle-ci, qui venait de diligenter ses premiers contrôles, ne devait pas manquer d'utiliser ses recommandations comme mètre-étalon dans l'exercice de sa mission de contrôle.

Utiles, ces recommandations se sont en réalité révélées nécessaires, tant l'AFA a cru pouvoir contrôler le respect de l'article 17 au regard de ses propres préconisations – en témoignent ses premiers contrôles.

Sapin II : quelle destination ?

L'ambition tracée par la loi Sapin II était plutôt saine. Avec beaucoup de retard, il était apparu que les entreprises françaises n'étaient pas au fait de la réalité ou de l'impact potentiel du risque de corruption.

Non qu'elles étaient indifférentes mais beaucoup d'entre elles considéraient que la prévention ne leur ressortissait pas. Elles n'avaient pas pris la mesure du sujet. Souvent ainsi, dans les cartographies des risques, la corruption était intégrée comme élément du risque pénal ou de fraude et n'était pas envisagée comme risque autonome et multidimensionnel.

Du point de vue du législateur français, il fallait donner aux entreprises les moyens de prévenir les faits de corruption, quitte à les forcer à se mettre à jour. Presque urgemment, il en allait de leur compétitivité.

À l'ère de la transparence et de la globalité, il en allait surtout de l'image – ou de la stature – d'une France bousculée depuis des années, qui voyait ses fleurons sanctionnés les uns après les autres par des États-Unis qui, comme souvent en avance en matière d'éthique des affaires ou comme souvent mus par une recherche de la perfection comportementale, montraient assez peu de modération face à l'inertie de grands groupes transnationaux tolérant qu'on puisse parfois, à raison d'enjeux mieux rémunérés que la légalité, faire fi de ces lois éthiques un peu pompeuses, et finalement peu adaptées aux impératifs concrets du *business* de terrain.

En définitive, il fallait se mettre au niveau d'exigence initié par les démocraties anglo-saxonnes, tant on craignait la surpuissance de l'extraterritorialité américaine, et surtout s'il fallait sanctionner des entreprises hexagonales relativement négligentes, autant que l'amende soit recouvrée par Bercy plutôt que par des trésors étrangers.

Les recommandations, venues préciser la loi, non la grossir

Les premiers contrôles de l'AFA ont été engagés en octobre 2017, moins de six mois après l'entrée en vigueur de l'article 17 de la loi Sapin II. Avant même que l'AFA ait livré ses recommandations. Il n'est donc pas exagéré d'écrire que les contrôles furent précoces – l'AFA avait à démontrer son utilité. Quand la loi Sapin II a été adoptée, tout était à créer : le sens et la portée de l'article 17, ses implications, l'étendue du contrôle de l'AFA.

Or, il ressort de manière frappante de ses premiers contrôles que l'AFA s'est mise en tête d'évaluer la vigueur des dispositifs Sapin II, c'est-à-dire l'application de huit mesures vaguement définies, à l'aune de ses propres préconisations. En d'autres termes, l'AFA contrôlerait le respect d'une prescription légale au travers de l'appréciation qu'elle-même s'en ferait : excédant le périmètre de son habilitation, elle se voudrait créatrice de normes et censeur de leur respect. En réalité, lui fallait imprimer son style, créer un précédent.

Au final donc, et ses premiers rapports de contrôle en attestent, l'AFA juge l'existence des outils en place au prisme de ses recommandations, les griefs qu'elle formule dans le cadre de ses contrôles n'étant rien d'autre que l'application dogmatique de recommandations voulues comme point de référence, non comme cadre de jugement.

Cela n'a pas manqué d'interroger, d'autant que les entités contrôlées dès octobre 2017 n'avaient pas eu préalablement accès aux recommandations, ce qui devait s'avérer préjudiciable si, en définitive, l'AFA en attendait le plus strict respect.



Tout est question d'interprétation

Il importe de rappeler l'essentiel qui, comme fréquemment, manque à l'analyse.

Le législateur a fixé un objectif, qu'il a inscrit dans un texte opposable, laborieusement débattu. Pour atteindre cet objectif, il a déterminé l'objet et la nature de huit mesures à créer. L'imprécision de la rédaction de la loi laissait les *chief compliance officers* dans une nuée de doutes.

Dès lors, il était bienvenu qu'une documentation d'ordre pratique soit publiée ultérieurement pour en clarifier la liturgie schématique, du moment qu'elle en restait à proposer aux acteurs concernés une marche à suivre, optimale, mais dénuée de caractère impératif, et qu'elle n'était pas utilisée pour délayer illégalement la norme initiale dans des exigences plus vastes et plus fines.

Les recommandations de l'AFA apportaient donc un certain nombre de précisions dont on pouvait apprécier la qualité et la netteté, notamment pour ce qui est du contenu et de la méthodologie des outils demandés.

Il n'était néanmoins pas attendu que l'AFA exige une appropriation systématique de ses recommandations par l'ensemble des acteurs, car si la publication de ces dernières pouvait apparaître comme une aide utile dans le cadre de travaux de mise en conformité, les entreprises ne s'en étaient pas saisies comme d'un guide autrement qu'indicatif, leur utilité même étant limitée par leur nature abstraite, facultative et générale.

Si interpréter signifie mettre en équivalence la volonté de l'auteur d'un texte et la lecture qu'en fait son interprète, alors il y aura toujours autant de traductions que de lecteurs. Les recommandations n'ont pas arrêté autre chose que la position de l'AFA vis-à-vis de la loi Sapin II.

C'est prendre peu de risques que d'écrire que les rédacteurs de l'article 17 se sont refusé à aller dans le détail. Ils n'ont pas indiqué aux entreprises comment faire exactement, mais ont simplement donné la direction à prendre. Là gît précisément l'origine des difficultés : l'imprécision de la loi.

Tant mieux, dans un sens, si la loi ne prétend pas tout connaître et tout régir et si l'autorité normative, consciente des marges et des responsabilités de chacun, sait que la mise en œuvre des intentions qu'elle encloue ne peut matériellement aboutir qu'en tenant compte de la pluralité des acteurs, de la diversité des conjonctures qu'ils affrontent, *a fortiori* de la réalité économique, parfois à des lieux des prétentions textuelles.

Les situations rencontrées sous l'égide d'un texte de loi ne peuvent toutes être semblables, ou même appréhendées *ex ante*. Des règles trop précises, trop rigides, allant trop dans le détail, sont contre-productives tant elles figent l'interprétation et ne permettent, une fois confrontées aux réalités casuistiques de leur application, une mise en place efficace, conforme aux fins initialement visées.

Pragmatique, cette façon de légiférer se veut en outre respectueuse du principe d'égalité – qui n'est pas un principe d'uniformité – puisque les lignes de force et le cadre d'action, fixés par le législateur, seront identiques pour tous et que ne différera, le cas échéant, que la façon pratique de mettre en œuvre ces principes, placée sous le contrôle du juge.

De fait, l'article 17 de la loi Sapin II a assigné des objectifs généraux vers lesquels tendre davantage qu'il n'a enjoint des obligations de moyens à déployer. Le législateur a voulu une forme de plasticité inhérente et n'a pas imposé les modalités de parvenir au respect de l'article 17, le choix ayant été fait de laisser les organisations définir par elles-mêmes les moyens pratiques à réunir, un peu sur la dialectique de ces directives européennes

qui posent des principes sur le papier et renvoient aux États membres le soin de les décliner en actions concrètes et effectives. C'est la raison d'être du principe de subsidiarité, gage d'opérabilité.

Ici, si ces objectifs ont été définis de façon si large, c'est précisément pour permettre à chaque industrie de concevoir un dispositif anticorruption ergonomique et circonstancié, qui soit adapté à ses contraintes de fonctionnement, aux particularités de son modèle, et réponde aux risques spécifiques qu'elle est susceptible de rencontrer.

Aussi, c'est aux dirigeants sociaux qu'il appartient de prendre, dans le cadre de l'exercice de leurs pouvoirs de gestion interne, les décisions pratiques adéquates pour parvenir, le plus efficacement possible, au plus proche des caractéristiques de leur entreprise, aux objectifs posés par l'article 17.

Inversement, ce n'est jamais à l'autorité chargée de veiller au respect d'une norme d'imposer les conditions de son exécution. En particulier, il ne saurait relever de la mission d'une administration telle que l'AFA de dicter à des dirigeants de personnes morales quoi faire pour se conformer à un texte ou limiter les possibilités que le législateur a entendu réserver à ces derniers.

Typiquement, le choix des méthodes, des outils, des prestataires à mobiliser pour se mettre en conformité avec la loi Sapin II relève de la responsabilité des entités et de leurs représentants, qui sont les mieux placés – et les seuls légitimes – pour savoir et décider, compte tenu de leur profil et des enjeux particuliers qui les concernent, quel paramètre ajuster ou quelle modification structurelle opérer, dans l'optique constante d'une application compréhensive des huit items de l'article 17.

Cela s'explique par la nécessité d'adapter, apparier, proportionner à chaque entité les mesures demandées, notamment au regard des activités réalisées, des zones géographiques couvertes, de l'organisation retenue, des parties prenantes et des risques engendrés.

C'est non seulement une question de bon sens pratique, mais également l'assurance que la liberté constitutionnelle d'entreprendre, qui comporte en corollaire la liberté des entreprises de décider de leur organisation et de leurs moyens, ne succombera pas à l'exercice du pouvoir de contrôle de l'autorité administrative.

Ainsi, si telle entreprise entend choisir tel cabinet de conseil pour l'aider à élaborer une cartographie des risques de corruption, si le code de conduite ou les *due diligences* prennent une autre forme que celle proposée par les recommandations, ou encore si la fonction conformité est rattachée à la direction juridique plutôt qu'à la direction générale, il n'appartient pas à l'AFA d'apprécier si, oui ou non, cela est conforme à son opinion sur la question. Et, le cas échéant, si l'AFA conteste les explications fournies par l'entreprise, c'est le juge, indépendant lui, qui appréciera la volonté de l'entité contrôlée de se conformer à la loi Sapin II, l'état d'avancement de son programme anticorruption et le déploiement des moyens adéquats à cette fin.

Confronter une entreprise aux recommandations – c'est-à-dire à la version de la loi proposée par l'AFA – reviendrait à porter un jugement de valeur excessif au regard de ce qu'exige la loi. Cela signerait en prime un manque tragique de pragmatisme de l'AFA, pour ne pas dire sa profonde méconnaissance du monde économique.

La loi Sapin II n'a pas fixé un niveau de résolution ou d'intensité que les programmes anticorruption devraient respecter, c'est précisément la difficulté ; mais, dès lors que l'entreprise est en mesure de démontrer à l'équipe de contrôle que les sujets de corruption sont traités et que les huit objectifs Sapin II sont atteints, qu'elle parvient à justifier de l'efficacité des mesures en place, alors il n'y a pas de sujet.

Détourner les recommandations de leur objet

Ces prudences libérales témoignaient d'un souci honorable du législateur, celui de laisser aux dirigeants d'entreprise la marge de manœuvre nécessaire à la gestion de leur affaire, gestion dans le cadre de laquelle la loi Sapin II intégrait l'obligation nouvelle de mettre en œuvre un dispositif de prévention de la corruption devant correspondre à certains critères.

Rognant la marge interprétative voulue par le législateur, l'AFA s'est immiscée dans la brèche pour étendre autant que possible le périmètre de sa mission de contrôle, envoyant aux entreprises le message présomptueux – et mensonger – qu'il serait préférable pour elles qu'elles se conforment *ad unguem* à ses propres préconisations. Autrement dit, il s'agissait d'aller plus loin que la loi. Ou de faire dire à la loi ce que celle-ci n'imposait pas.

Détournée de sa fin, la maïeutique pensée comme une garantie de la liberté d'entreprendre, conçue pour assurer un équilibre prudent des pouvoirs de chacun et enserrer la capacité de coercition du contrôleur, s'est retournée en elle-même, cadavre à la renverse.

Il ne viendrait pas à l'AFA l'idée de se référer expressément à ses recommandations dans ses rapports de contrôle, en tout cas dans les reproches qu'elle trouve à y distiller. Les juges administratifs censureraient inévitablement une telle démarche au visa du principe de légalité, ou pour manque de rigueur. L'AFA ne peut trouver à formuler de grief que sur le fondement de l'article 17, qui est le seul opposable aux entités assujetties. Ce qu'elle sait pertinemment.

Ainsi, quand l'AFA cite ses recommandations, c'est simplement pour inviter l'entité contrôlée à s'y rapporter utilement, « *en vue de l'amélioration des procédures existantes* ». En réalité, le procédé est plus sournois.

Dans ses premiers rapports de contrôle, les manquements relevés par l'AFA sont systématiquement précédés d'appréciations factuelles insérées pour les appuyer – dans un souci de pédagogie sans doute.

Si, pourtant, l'impression ressort à la lecture d'un rapport de l'AFA que ses développements transposent ses recommandations à la situation analysée, c'est que les observations qu'elle y formule renvoient confusément à des notions, une terminologie, un degré de précision qui ne figurent pas à l'article 17 de la loi Sapin II, mais que l'on retrouve étonnamment, parfois au mot près, sinon dans l'esprit, dans les recommandations du 22 décembre 2017¹.

¹ « *Les entreprises auraient pu avoir leurs propres interprétations des textes, mais il fallait que nous leur indiquions ce que nous attendions d'elles* ». Entretien avec Charles Duchaine, revue Droit pénal, n° 6, juin 2019, dossier Lutte contre les atteintes à la probité : entre prévention et répression.

Bien sûr, il n'arrivera pas que l'AFA assoie directement ses constats de manquement sur ses recommandations.

En revanche, elle les utilisera comme herse, grille de lecture, herméneutique, pour apprécier le niveau de conformité du dispositif anticorruption d'une entreprise et, le cas échéant, relever des observations à son encontre.

Ainsi, sans le dire, les contrôleurs de l'AFA se fondent amplement sur les recommandations pour formuler leurs observations et tenter d'établir doucereusement leurs constatations, les réprimandes qu'ils formulent dans le cadre de leurs contrôles n'étant qu'un décalque implacable de leur propre interprétation des textes – subjective et discutable.

À la fin des fins, les griefs portant sur chacun des huit outils de la loi Sapin II s'échafaudent sur ces dizaines d'observations qui les précèdent et les illustrent, qui sont fondées sur l'application rigoriste de ses recommandations, tant et si bien que ce n'est pas dénaturer la méthode de contrôle de l'AFA et les perspectives qui s'en dessinent que d'écrire qu'elle risque fort, à terme, de n'être plus rien d'autre que l'organe d'exécution de préceptes de *soft law* qu'elle aura pensés elle-même, et qui n'auraient jamais dû prendre un rang supérieur à celui de simples indications – à l'instar de ces autres guides pédagogiques produits par l'AFA.

Le sujet ne serait pas si grave s'il ne touchait à quelques-uns de nos principes de droit les plus chers, à commencer par ceux de légalité et d'interprétation stricte de la loi répressive – qui trouvent évidemment à s'appliquer lorsqu'il est prévu une sanction telle que celle de l'article 17.

En positionnant des exigences supérieures à celles de la loi, qui ne tirent leur légitimité de rien, l'AFA assure un mépris total de ces principes (ainsi que celui de non-rétroactivité pour les entreprises contrôlées avant le 22 décembre 2017). Il est en outre un risque notable que son immixtion lors des contrôles ne soit trop intrusive au regard de la liberté d'entreprendre.

À quelle aune évaluer la conformité ?

Car la question de savoir si les entreprises sont libres de leurs méthodes ou doivent se fier aux recommandations de l'AFA n'est pas simplement formelle : au-delà des difficultés procédurales qui se posent en termes de respect du principe de légalité et de stricte interprétation des textes, l'enjeu se situe à un autre niveau, celui du fond, tant choisir l'angle au travers duquel sera appréciée la conformité d'un outil Sapin II est déterminant de l'issue d'un contrôle.

Systématiquement en effet, l'AFA plaide que la méthodologie suivie par les entités contrôlées, n'étant pas celle recommandée, ne permet pas de considérer que les outils construits soient conformes.

De façon iconique, l'un des premiers contrôles s'est par exemple arrêté sur la question de savoir si la cartographie des risques anticorruption élaborée par l'entreprise répondait aux exigences de la loi Sapin II. Cette orientation – attaquer la cartographie à la sulfateuse – répondait à une stratégie bien visible, qui épargnait d'ailleurs à l'AFA d'avoir à examiner en profondeur le reste du dispositif en place : en clair, si la cartographie s'avérait non conforme, les autres outils, basés sur celle-ci selon l'appréciation « *systémique* » prônée par l'AFA, ne pouvaient l'être non plus.

En l'espèce, plutôt que de relever que le travail de cartographie avait été initié dès décembre 2016, que l'entité avait fait appel à l'expertise d'un cabinet de conseil reconnu, ou encore que de nombreuses actions correctives avaient été décidées sur la base de cette cartographie, l'équipe de contrôle s'est limitée à remarquer que cette façon de procéder n'avait pas été celle recommandée. Dès lors, tout était à jeter et l'entreprise devait se voir sanctionnée.

Telle n'a pas été l'appréciation de la Commission des sanctions qui a tenu compte des efforts de l'entreprise, mis en perspective le modèle présenté avec les visées de la loi et valorisé sa montée en puissance continue. De fait, la première audience de la Commission a rendu compte de la vacuité des charges avancées par l'AFA : bloquée dans une interprétation univoque, celle-ci avait balayé les explications apportées au prétexte que la méthodologie des recommandations – publiées postérieurement au contrôle (!) – n'avait pas été suivie, sans même vérifier si l'objectif sous-jacent était atteint, pire, sans exposer en quoi elle considérait que la cartographie proposée était insuffisante.

Au contraire, selon la Commission, si les entreprises se démarquent des recommandations, mais qu'elles parviennent à démontrer la pertinence des choix faits, ce qui en l'espèce avait été fait, alors aucun manquement ne devrait être constitué. On appréciera probablement cette marque de réalisme, qui semble mieux correspondre à l'objet de la loi, la fin important davantage que les moyens.

Au-delà du texte : l'esprit

On comprendra bien sûr que dans le cadre de ses contrôles l'AFA puisse et doive s'appuyer sur une assise doctrinale ou conceptuelle, une essence à la fois théorique et pratique, sans quoi ses contrôles seraient, d'emblée, amateurs, si ce n'est arbitraires. Et quoi de mieux en l'occurrence que ce qu'elle a elle-même présenté, non sans humilité, comme le premier « *référentiel français anticorruption* » – mais non le seul ?

Au-delà de la seule existence des mesures, il importe donc que les entreprises contrôlées soient à même de démontrer leur qualité, leur efficacité et l'effectivité de leur déploiement, sans quoi l'AFA trouvera à redire – les articles 3 et 17 de la loi Sapin II indiquant cependant que l'AFA contrôle le « *respect des mesures et procédures mentionnées* », non leur qualité ou efficacité.

Alors que le degré d'exigence des premiers contrôles de l'AFA et la sévérité des sanctions qui ne manqueront pas d'être un jour prononcées gageront aux yeux des autorités américaines la crédibilité d'un système Sapin II qui a encore tout à prouver de son efficacité opérationnelle (on en veut pour preuve l'indifférence avec laquelle les États-Unis traitent notre loi de blocage du 26 juillet 1968), il est vrai que surgirait un débat légitime si l'AFA ne procédait qu'à des vérifications cosmétiques – à l'heure où se pose avec plus d'acuité qu'avant la question du bon emploi des deniers publics et que sont dirigés à la casse les organismes parastataux qui ne font pas la preuve saillante de leur utilité.

Aussi vrai que l'AFA n'est pas un organisme de certification formelle, il n'est pourtant pas concevable qu'elle aille plus loin que la mission que la loi lui a strictement impartie.

Il n'était sans doute pas complètement inutile que le Conseil constitutionnel considère qu'une norme d'incrimination, pour être valide, doive définir sans ambiguïté le

comportement interdit, de telle sorte qu'une infraction ne saurait être définie en des termes trop vagues, car ce serait alors conférer une marge d'appréciation dangereuse aux autorités chargées d'assurer son exécution.

Une position partagée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui exige immuablement qu'un justiciable soit en mesure de savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, quels actes ou omissions sont susceptibles d'engager sa responsabilité pénale, si autant ces règles figurent dans une norme de nature législative.

Dès lors, l'interrogation est réelle, et importante, car si l'AFA surajoute aux obligations de l'article 17, et si ses contrôles s'avèrent en réalité être des audits destinés à s'assurer du respect de ses recommandations, alors l'agence dévoie le sens et la fonction des obligations de la loi Sapin II et compromet les droits des entités concernées par leur mise en œuvre.

Dans son avis sur le projet de loi Sapin II, le Conseil d'État avait émis des réserves sur le fait que la future AFA soit autorisée à édicter des « *lignes directrices relatives aux mesures à prendre pour prévenir la corruption* », précisément en raison de leur « *valeur juridique indéterminée* ».

Il est clair que la loi Sapin II n'a aucunement prévu que l'AFA contrôle le respect de recommandations qu'elle a elle-même édictées, qui sont « *dépourvues de force obligatoire et ne créent pas d'obligation juridique* » et dont elle ne saurait, en conséquence, se prévaloir pour reprocher un quelconque manquement à quelque entité que ce soit.

À l'instar des grilles de contrôle internes qu'elle utilise et dont, en cours de procédure, elle a refusé la communication aux entités contrôlées après en avoir nié l'existence, on appréciera volontiers la version du contradictoire selon l'AFA, les recommandations du 22 décembre 2017 peuvent servir à l'AFA de matrice pour effectuer un contrôle à la condition indispensable que la conformité d'une entité ne soit, *in fine*, évaluée qu'à la seule aune des objectifs fixés par l'article 17 de la loi Sapin II, sans quoi il y aurait à déplorer que l'AFA invente et applique sa propre loi.

Deux lectures de la décision du 4 juillet 2019

Quand étaient émis des moyens lui reprochant de s'être fondée sur ses recommandations, l'AFA s'en offusquait.

Elle reprenait à son compte – et à bon prix – les contestations élevées par les entités contrôlées qui lui rappelaient à juste titre le caractère illégal de l'utilisation de ses recommandations.

D'un tour de passe-passe aussi redoutable que magistral, l'agence réfutait l'argument en confirmant ce qui n'allait pas de soi et qui s'était trouvé précisément nié, à savoir que ce n'est qu'au regard des seules dispositions de l'article 17 qu'elle peut trouver à formuler un manquement.

Aussi, la décision du 4 juillet 2019 était attendue pour se prononcer sur la question des recommandations émises par l'AFA et leur utilisation au gré des contrôles : définir la valeur accordée à ces recommandations était crucial, car cela revenait en effet à déterminer l'étendue du contrôle de l'AFA. Officiellement, il était déjà entendu que celles-

ci, comme leur nom l'indique, ne pouvaient être que des lumières sans portée astreignante.

À croire la Commission des sanctions, le respect des recommandations de l'AFA assurerait une sorte de présomption de conformité, à charge pour l'équipe de contrôle de la renverser en cas de manquement allégué. Au contraire, s'écarter des recommandations impliquerait pour l'entité contrôlée d'être en mesure de justifier de la pertinence des mesures en place en justifiant de la méthode choisie (*comply or explain*).

Dans le communiqué, aigre, qui accompagne la décision, l'AFA en conclut pour sa part que si ses recommandations n'ont pas de force contraignante, la Commission des sanctions inciterait à s'y conformer.

On peut lire autrement la décision et considérer que les recommandations, qui ne sont pas toujours – et ne pourraient être – adaptées à la réalité de l'activité et du fonctionnement des entités concernées, ne doivent pas nécessairement être suivies à la lettre pour autant que les objectifs de la loi sont remplis et qu'il est possible d'en attester.

On notera pour terminer que s'ajuster aux recommandations de l'AFA ne dispensera pas les groupes français de respecter les référentiels anticorruption des États étrangers sur le territoire desquels elles opèrent ou avec lesquelles elles ont des liens, ce qui remet tout de même en perspective l'importance pratique de ces recommandations.

Au final, il reste que l'AFA n'est pas en droit de mesurer la conformité d'une entreprise au regard de ses recommandations, peu importe l'interprétation qu'elle ait voulu donner des huit items de l'article 17.

Dans Kant et le problème de la métaphysique, Heidegger écrit : « Il est vrai que pour saisir au-delà des mots ce que les mots veulent dire, une interprétation doit fatalement user de violence. Mais cette violence ne peut se confondre avec un arbitraire fantaisiste. L'interprétation doit être animée et conduite par la force d'une idée inspiratrice. La puissance de cette idée permet seule à l'interprète le risque, toujours présomptueux, de se confier à l'élan secret d'une œuvre, pour s'attacher à ce qu'elle n'exprime pas et tenter d'en trouver l'expression. L'idée directrice elle-même se confirme alors par sa puissance d'éclaircissement. »

Si les vives incertitudes nées autour des attentes de l'AFA ont trouvé une réponse grâce aux recommandations, il y a lieu de penser que les contrôles poussés qu'elle engage vont au-delà de ce que demande la loi. La première décision de la Commission des sanctions n'a pas éteint les doutes subsistants relatifs à la manière dont l'AFA procède à ses vérifications et apprécie l'adhérence d'une entité à la loi Sapin II. La signification et la portée des obligations de l'article 17 risquent de générer encore de longs débats.