



UNION SYNDICALE DES MAGISTRATS

18, rue de la grange batelière 75009 PARIS

Tél. : 01 43 54 21 26

Fax : 01 43 29 96 20

E-mail : contact@union-syndicale-magistrats.org

Site: www.union-syndicale-magistrats.org

Le 1^{er} juillet 2016

OBSERVATIONS DE L'USM

sur le projet de loi n° 3623 relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite « loi Sapin 2 »

L'Union syndicale des magistrats est le syndicat le plus représentatif des magistrats de l'ordre judiciaire (70, 8 % des voix aux élections à la Commission d'avancement en juin 2016).

Elle s'interdit tout engagement politique et a pour objet d'assurer l'indépendance de la fonction judiciaire, garantie essentielle des droits et libertés du citoyen, de défendre les intérêts moraux et matériels des magistrats de l'ordre judiciaire et de contribuer au progrès du droit et des institutions judiciaires afin de promouvoir une justice accessible, efficace et humaine.

Introduction

Jusqu'au milieu des années 1990, la France a entretenu un rapport très ambivalent à l'égard du phénomène de la corruption.

Ainsi, en matière de corruption transnationale, comme alors la plupart des pays occidentaux à l'exception notable des États-Unis, la France n'envisageait pas de poursuivre pénalement les pratiques de corruption des agents publics étrangers en raison de la part significative des marchés obtenus par de grandes entreprises dans des zones géographiques qualifiées de « *à risque* » sur le plan de la corruption. Au contraire, ces actes de corruption d'agents étrangers étaient même considérés comme légitimes puisque facilitant l'obtention de certains marchés et donc conformes à l'intérêt de la société qui effectuait ce type d'actes. Le Conseil d'État avait ainsi jugé en 1983 que, effectuées dans l'intérêt de l'entreprise, ces dépenses constituaient des charges déductibles du bénéfice imposable (jusqu'en 1997).

Comme le relevait un rapport parlementaire, en tolérant de tels agissements, la France avait contribué à créer, au delà des relations commerciales transnationales, une « *culture de la corruption* » dans certaines entreprises. Cette culture a généré l'existence de caisses noires et

favorisé parfois la mise en place de rétro-commissions¹. Le fait que ces rétro-commissions aient pu servir au financement illicite de partis politiques contribue peut-être à expliquer la lenteur, voire la réticence, du législateur français à envisager de réprimer la corruption des agents public étrangers.

Ces réticences ont été progressivement levées sous la pression de divers organismes internationaux tels l'OCDE², le Conseil de l'Europe (« Convention pénale sur la corruption³ » du 27 janvier 1999) et l'ONU (« Convention contre la corruption » du 31 octobre 2003⁴, dite convention de Mérida). Cette dernière convention engage les États signataires à incriminer et sanctionner pénalement la corruption active d'agents publics nationaux, internationaux et étrangers et prévoit la restitution des avoirs détournés ou objet de blanchiment ainsi que l'extradition des individus coupables de faits de corruption.

C'est dans ce contexte que l'arsenal législatif français a été profondément modifié.

Outre la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques dite « Sapin 1 », il convient de citer la loi organique n° 2013-906 et la loi ordinaire n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique ayant créé la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) - autorité administrative indépendante héritière de la Commission pour la transparence financière de la vie politique - et généralisé, pour les membres du Gouvernement, les parlementaires et les principaux élus locaux et décideurs publics, l'obligation d'établir des déclarations de situation patrimoniale et des déclarations d'intérêts.

Ces exigences déontologiques ont été transposées aux agents publics et aux membres des juridictions administratives et financières par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Elles seront, selon toute vraisemblance, étendue bientôt aux magistrats de l'ordre judiciaire par le projet de loi organique relatif aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature adopté par une commission mixte paritaire le 22 juin 2016.

La loi du 30 juin 2000 a par ailleurs créé le délit de corruption d'agents publics étrangers. Ces dispositions pénales ont par la suite été modifiées, notamment afin d'alourdir considérablement la peine d'amende encourue, pouvant désormais être équivalente au double

1 Rapport législatif n°243 du 03 octobre 2007 http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0243.asp#P140_13839

2 Recommandation du 11 juillet 1994, consultable sous ce lien : <http://www.oecd.org/fr/investissement/anti-corruption/conventioncontrelacorruption/1952630.pdf>

Recommandation du 11 avril 1996, consultable sous ce lien : [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C\(96\)27/FINAL&docLanguage=Fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(96)27/FINAL&docLanguage=Fr)

Recommandation du 23 mai 1997, consultable sous ce lien : [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C\(97\)123/FINAL&docLanguage=Fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(97)123/FINAL&docLanguage=Fr)

3 « Convention pénale sur la corruption » du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999, consultable sous ce lien : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/173.htm>

4 « Convention contre la corruption », de l'ONU, dite convention de Mérida du 31 octobre 2003, consultable sous ce lien : http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf

du produit de l'infraction. La loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a ensuite introduit dans l'arsenal répressif l'infraction de corruption active exercée par une une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investi d'un mandat électif public dans un État étranger (article 435-1 du code pénal)⁵.

Cette même loi a instauré un parquet à compétence nationale destiner à lutter contre la corruption et la fraude fiscale : le parquet national financier.

Pour autant, malgré cette évolution, la France accuse toujours en matière de lutte contre la corruption, un retard la plaçant, selon l'indice de perception de la corruption établi en 2015 par l'organisation non gouvernementale Transparency International, en 23ème position derrière le Qatar et l'Uruguay.

La France est notamment critiquée pour la faible utilisation de ses dispositions répressives⁶. Les condamnations prononcées pour des atteintes à la probité sont peu nombreuses si l'on en croit le rapport 2014 établi par le Service central de prévention de la corruption : 299 infractions constatées en 2013 et 72 condamnations prononcées pour corruption active dont seulement 4 d'entre elles à de l'emprisonnement ferme avec un quantum moyen de 8 mois.

S'agissant des faits de corruption active d'un agent public d'un État étranger ou d'une organisation internationale publique, seulement deux condamnations définitives ont été prononcées, en 2013, à des peines de 7500 euros d'amende. Ces critiques doivent toutefois être relativisées par le fait qu'elles concernent une période antérieure à la création du parquet national financier et au renforcement des dispositions répressives.

L'affaiblissement des moyens alloués à la justice en matière de lutte contre la délinquance économique et financière est enfin particulièrement préoccupant.

Ainsi, il y avait, en 2008, 28 cabinets d'instruction au pôle financier du TGI de Paris. En 2011, ils n'étaient plus que 22. Actuellement 9 magistrats instructeurs composent le pôle économique et financier, les deux autres pôles comprenant 9 juges d'instruction pour la délinquance astucieuse et 6 pour le pôle santé publique. Dans un récent article paru dans le Monde diplomatique, Mme Eva Joly a rappelé que le nombre des juges d'instruction du pôle financier de Paris était de 27 en 2001, de 13 en 2007 et de 8 en 2012. Quant au tribunal de grande instance de Nanterre, les juges d'instruction spécialisés en économique et financier étaient 7 en 2007 et ne sont plus que 3 depuis 2012.

Le constat est le même au sujet des enquêteurs spécialisés dont la baisse des effectifs a eu lieu dans la plupart des pays européens.

5 Article 435-1 du code pénal :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=9C2E41AB68DDE5F3AB695979245B3715.tpdila10v_2?idArticle=LEGIARTI000028311953&cidTexte=LEGITEXT000006070719&categorieLien=id&dateTexte=20150422

6 <http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/FrancePhase3fr.PDF>

L'objectif du projet de loi de répression des atteintes à la probité implique nécessairement un renforcement des moyens humains, en termes de magistrats et d'enquêteurs. Citons encore l'auteur de l'article : "*n'oublions pas que les enquêteurs, policiers, juges d'instruction ont en commun de rapporter plus au budget de la nation qu'ils ne lui coûtent*".

C'est dans ce contexte que s'inscrit ce projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dit Sapin 2, déposé le 30 mars 2016 sur le bureau de l'Assemblée nationale. Il a pour objet affiché la prévention et la répression des atteintes à la probité commises en France ou par des personnes morales françaises, la protection effective des lanceurs d'alerte, l'encadrement de l'activité des représentants d'intérêts ainsi que la modernisation et la moralisation de la vie économique.

L'Union syndicale des magistrats entend, à travers cette note, développer des observations sur quatre des principales dispositions de ce projet de loi :

- la création d'une Agence nationale, service chargé de la prévention et de l'aide à la détection de la corruption (I) ;
- la création d'une mesure alternative aux poursuites : la convention judiciaire d'intérêt public (II) ;
- les mesures relatives à la protection des lanceurs d'alerte (III) ;
- diverses mesures de lutte contre la corruption et contre les autres manquements à la probité (IV).

I – La création d'une « Agence française anti-corruption » (AFA)

Les articles 1^{er} à 5 du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique procèdent au remplacement de l'actuel service central de prévention de la corruption (SCPC) créé en 1993 par l'Agence française anticorruption définie comme « *un service à compétence nationale placé auprès du ministre de la justice et du ministre chargé du budget est chargé de prévenir les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, et d'aider à leur détection par les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées* ».

Le service central de prévention de la corruption est actuellement chargé de centraliser les informations nécessaires à la détection et à la prévention des faits de corruption, de trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique ou par des particuliers, de concussion, de prise illégale d'intérêts ou d'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics. Il assiste l'autorité judiciaire par la transmission de notes juridiques relatives auxdites infractions et émet des avis sur les mesures permettant la prévention des actes de corruption à certaines autorités administratives (ministres, préfets, chefs des juridictions financières, comptables publics, exécutifs locaux).

Ses effectifs sont de 12 ETPT en 2016 (contre 4, 75 en 2010).

Le SCPC doit immédiatement saisir le procureur de la République de toute constatation d'infractions (art. 2 de la loi du 29 janvier 1993).

A) le statut de l'AFA

Selon **l'article 1^{er}** du projet de loi, l'AFA est un service à compétence nationale placé sous la double tutelle du ministre de la justice et de celui chargé du budget.

L'USM considère que, au regard des objectifs qui lui sont assignés, cette double tutelle ne garantit pas la nécessaire indépendance de l'AFA. L'USM demande donc que l'AFA se voit reconnaître, à l'instar d'une quarantaine d'autres organismes, le statut d'autorité administrative indépendante (AAI), sous la réserve expresse que ses attributions soient strictement limitées au champ de la prévention et n'empiètent en aucun cas sur celui de la répression relevant de la seule autorité judiciaire.

Ce choix d'instaurer une double tutelle ministérielle n'est au demeurant pas conforme aux engagements internationaux de la France. Ainsi, l'article 6 de la Convention des Nations unies contre la corruption du 31 octobre 2003, ratifiée par la loi n° 2005-743 du 4 juillet 2005 et publiée par le décret n° 2006-1113 du 4 septembre 2006 stipule que : « *Chaque État partie accorde à l'organe ou aux organes visés au paragraphe 1 du présent article l'indépendance nécessaire, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, pour leur permettre d'exercer efficacement leurs fonctions à l'abri de toute influence indue.* » En l'état, la garantie d'indépendance, pourtant essentielle en cette matière, n'est pas assurée.

Certes, il est mentionné, à l'article 2, que le magistrat hors hiérarchie dirigeant cette agence reçoit et ne sollicite d'instruction d'aucune autorité administrative ou gouvernementale dans l'exercice des missions mais alors on continue de s'interroger de plus belle sur la pertinence du choix opéré par le gouvernement. Si l'AFA est dirigée par une personne indépendante, pourquoi ne pas faire preuve de cohérence et lui reconnaître par suite le statut d'autorité administrative indépendante budgétairement rattachée au Premier ministre ? Vouloir placer la nouvelle agence sous une double tutelle administrative en arguant du fait que celle-ci augmentera son attractivité et son dynamisme aboutit en réalité à privilégier une logique de fonctionnement au détriment d'une logique d'indépendance.

L'USM est donc défavorable au statut ainsi envisagé. Il n'apporte pas de garantie suffisante d'indépendance et ne peut être, en raison de la tutelle envisagée, le signe d'une volonté réelle et aboutie de lutte renforcée contre la corruption.

B) la composition de l'AFA

Il est prévu, à **l'article 2**, que l'AFA soit dirigée par un directeur, magistrat hors hiérarchie de l'ordre judiciaire nommé par décret du Président de la République pour une durée de 6 ans non renouvelable.

Il est en outre institué une commission des sanctions à laquelle n'appartient pas le directeur de l'Agence, composée de la manière suivante :

1° Deux conseillers d'État désignés par le vice-président du Conseil d'État ;

2° Deux conseillers à la Cour de cassation désignés par le premier président de la Cour de cassation ;

3° Deux conseillers maîtres à la Cour des comptes désignés par le premier président de la Cour des comptes.

Les membres de la commission ainsi que leurs suppléants sont nommés par décret pour un mandat de 5 ans.

L'USM est évidemment favorable au fait que cette agence soit présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire. De même la qualité et le nombre des membres de la commission des sanctions apparaissent adaptés au regard des missions de cette commission.

En revanche, parce que le non-renouvellement du mandat est effectivement de nature à renforcer les garanties d'indépendance du directeur de cette Agence, il est incohérent que le mandat des membres de la commission des sanctions puisse quant à lui être renouvelé (renouvellement par ailleurs illimité en l'état des textes). Il n'y a pas lieu d'opérer ici une distinction qui serait injustifiée entre le directeur de l'AFA et les membres de la commission des sanctions.

L'USM est défavorable au renouvellement du mandat quinquennal de ces membres lesquels doivent être protégés de toutes pressions ou sollicitations extérieures.

En outre, cette séparation introduite entre l'autorité de saisine de la commission des sanctions et la commission elle-même est bienvenue en tant qu'elle renforce la notion d'impartialité objective auquel tout justiciable doit pouvoir prétendre et ce même si le Conseil constitutionnel a jugé, par une décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014 Loi relative à la consommation, que l'autorité administrative pouvait à la fois constater des manquements aux règles établies avant d'infliger, le cas échéant, une sanction à l'auteur des faits (§ 69).

L'USM estime que le président de la commission des sanctions doit être élu par les membres de cette dernière afin que son indépendance soit pleinement consacrée et ce d'autant plus que le projet de loi tel qu'adopté par l'Assemblée nationale le 14 juin dernier prévoit qu'en cas de partage égal des voix, le président dispose d'une voix prépondérante.

C) les attributions de l'AFA

L'article 3 du projet de loi détaille les attributions de l'AFA. Celles-ci peuvent être ainsi qu'il suit synthétisées :

- la centralisation et la diffusion des informations en matière de prévention et d'aide à la détection de la corruption ;
- la participation à la coordination administrative en matière de prévention et d'aide à la détection de la corruption ;

- l'appui aux administrations de l'État, aux collectivités territoriales et aux lanceurs d'alerte en matière de prévention et d'aide à la détection de la corruption ;
- l'élaboration de recommandations relatives à la prévention et à l'aide à la détection de la corruption à destination des acteurs publics et des acteurs économiques ;
- la réalisation de missions de contrôle auprès des acteurs publics pour les aider à mettre en place des dispositifs efficaces de prévention et de détection de la corruption ;
- la réalisation de missions de contrôle de l'existence et du respect par les entreprises de l'obligation générale de conformité anticorruption prévue à l'article 8 ;
- le suivi des peines de mise en conformité ordonnées par les tribunaux prévues à l'article 131-39-2 du code pénal ;
- le contrôle de l'application de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 dans le cadre de l'exécution des décisions d'autorités étrangères imposant à une société française une obligation de se soumettre à une procédure de mise en conformité de ses procédures internes de prévention et de détection de la corruption.

Il s'agit donc d'identifier les zones à risque en matière de conclusion de marchés publics et d'identifier les transactions commerciales internationales suspectes afin d'établir ainsi une cartographie des manquements aux devoirs de probité. Pour ce faire, l'agence pourra collecter les décisions des juridictions administratives ayant annulé des contrats de marché public, les rapports d'observations des juridictions financières, les témoignages des lanceurs d'alerte, les décisions des juridictions pénales, les informations transmises par les organisations non gouvernementales, les articles de presse...

De plus, l'AFA se voit assigner la mission de guider les administrations dans leur combat contre la corruption en s'inspirant de l'action de l'Autorité Nationale Anti-Corruption (ANAC) italienne. Elle devra également établir des recommandations destinées à guider les collectivités territoriales dans la mise en place de dispositifs de contrôle internes efficaces permettant la prévention et la détection en leur sein d'atteintes à la probité. Afin de conférer une utile publicité à ces recommandations, l'alinéa 6 impose que celles-ci soient publiées sous la forme d'un avis au Journal officiel.

L'Agence sera par ailleurs autorisée à évaluer le niveau d'efficacité des procédures mises en œuvre par les collectivités publiques pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Elle pourra conduire ces missions d'office ou à la demande du président de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), du Premier ministre et des ministres pour les administrations et établissements publics de l'État, du préfet pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics ou sociétés d'économie mixte. Les contrôles donneront lieu à l'établissement de rapports transmis aux autorités requérantes ainsi qu'aux représentants des personnes morales de droit public concernées.

Les sociétés ne sont pas oubliées par ce dispositif de prévention dès lors que l'AFA devra également bâtir un ensemble de recommandations adaptées, régulièrement actualisées et dont l'objet sera la prévention et la détection des actes de corruption. Celles-ci donneront aussi lieu à publication au Journal officiel. Saisie par le ministre des Finances ou celui de la Justice ou encore d'office, l'Agence pourra procéder à un contrôle du respect de ses recommandations. Dans l'hypothèse de la constatation d'un manquement, le directeur général

sera à même d'adresser à la personne morale un avertissement ou de saisir la commission des sanctions en recommandant une sanction administrative qui pourra prendre la forme d'une injonction ou d'une sanction pécuniaire assortie d'une publication de cette décision.

L'article 3 du projet de loi confie à l'AFA la charge de s'assurer, en cas de condamnation d'une entreprise du chef de corruption ou de trafic d'influence, le contrôle de l'exécution de la nouvelle peine de mise en conformité (art. 131-39-2 du code pénal) laquelle inclut la mise en place d'un programme de prévention et de détection efficace des manquements au devoir de probité au sein de la personne morale.

L'article 3 dispose également que l'AFA veille, à la demande du Premier ministre, « au respect de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 dans le cadre de l'exécution des décisions d'autorités étrangères imposant à une société française une obligation de se soumettre à une procédure de mise en conformité de ses procédures internes de prévention et de détection de la corruption ». Cette loi interdit la communication de documents ou de renseignements d'ordre économique sensibles à toute autorité étrangère et entend donc préserver la souveraineté nationale. Or, dans le cadre des accord conclus avec les autorités américaines afin de mettre un terme aux poursuites diligentées à l'encontre d'une société française (deferred prosecution agreements), cette dernière est conduite à verser le montant d'une amende et à se soumettre, durant un certain délai, au contrôle d'un moniteur indépendant (la plupart du temps un cabinet d'avocats spécialisés) dont la mission est la vérification de la correcte application de la législation américaine au sein de l'entreprise.

L'USM estime donc que les missions de l'AFA ainsi définies à l'article 3 du projet de loi sont à même de conférer à cet organe la légitimité et l'expertise indispensables à la reconnaissance de son autorité. En lui reconnaissant un rôle de prévention de la corruption et de contrôle des recommandations émises dans le cadre du respect de l'obligation générale de probité, le projet de loi assure un équilibre bienvenu entre la prophylaxie et la sanction. Sa place centrale au sein de l'échiquier administratif français sera de nature à favoriser la nécessaire transversalité de la lutte contre la corruption. En outre, la publication des recommandations de l'AFA participera de la diffusion d'une culture de la probité dont on ne peut dire qu'elle est aujourd'hui, en dépit de la solidité de notre arsenal juridique, unanimement partagée par tous les acteurs de la vie économique.

L'USM considère toutefois que l'AFA ne doit pas se voir reconnaître une compétence de principe en matière de suivi des peines de mise en conformité ordonnées par les tribunaux et prévues à l'article 131-39-2 du code pénal (cf. infra).

Enfin, elle est favorable à ce que le respect de la loi du 26 juillet 1968 précitée soit confiée à l'AFA, l'article 3 du projet de loi ne procédant en réalité qu'à la légalisation d'une pratique déjà en vigueur. Dirigée par un magistrat et ainsi conçue, l'Agence sera parfaitement habilitée à assurer ces arbitrages hautement sensibles.

D) les agents de l'AFA

L'article 4 du projet de loi rend inopposable aux agents de l'AFA le secret professionnel protégé par les dispositions des articles 226-13 et 226-14 du code pénal. Il autorisent ceux-ci à se faire communiquer tout document professionnel ou information utile

(alinéa 1), à procéder à des contrôles sur place destinés à vérifier l'exactitude des informations fournies (alinéa 2) et à s'entretenir avec toute personne dont le concours leur paraîtrait nécessaire (alinéa 3). Lesdits agents seront eux-mêmes astreints au secret professionnel à l'exception notable et opportune « *des éléments nécessaires à l'établissement de leurs rapports* ».

L'alinéa 5 (III) punit de 30 000 euros d'amende le délit d'entrave au contrôle de l'Agence pour vérifier l'efficacité des dispositifs de prévention de la corruption mis en place. Cette pénalité purement pécuniaire paraît très insuffisante. L'article 9 du projet de loi punissant « *le fait, pour les organes ou représentants d'une personne morale condamnée à la peine prévue à l'article 131-39-2, de s'abstenir de prendre les mesures nécessaires ou de faire obstacle à la bonne exécution des obligations qui en découlent est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende* », l'USM estime que la cohérence commande que les mêmes peines soient rattachées au délit d'entrave au contrôle de l'AFA.

II - La création d'une mesure alternative aux poursuites : la convention judiciaire d'intérêt public

Il s'agit d'une disposition particulièrement controversée du projet de loi.

Directement issue de suggestions émanant de lobbies défendant les intérêts de grandes sociétés françaises ayant été condamnées par la justice américaine, cette disposition a été présentée dans l'avant-projet de loi comme une forme de « modernisation » ou d'accélération de la réponse pénale. D'autres, dont l'USM, y ont vu une forme de justice « à la carte », assurant davantage les intérêts des sociétés concernées que l'intérêt général.

Ce débat a été tranché par le Conseil d'État qui a émis un avis négatif à l'instauration de cette mesure alternative, qui prévoyait la possibilité de conclure une convention de compensation d'intérêt public entre le ministère public et les personnes morales mises en cause pour des faits de corruption. Le Conseil d'État a estimé que ces dispositions assuraient une insuffisante protection tant des droits des personnes mises en cause et de la victime que des intérêts de la société. Il avait dès lors proposé de ne retenir cette voie transactionnelle qu'en matière de corruption transnationale.

A la suite d'un amendement de Mme Sandrine MAZETIER, soutenu avec beaucoup de bienveillance par le ministre de l'Économie, la convention judiciaire d'intérêt public a été réintroduite dans le projet de loi (**article 12 bis**). Ce dispositif s'inspire de la procédure de *deferred prosecution agreement* (DPA) américaine au terme de laquelle plusieurs entreprises françaises ont récemment dû s'acquitter de lourdes sanctions pécuniaires pour des faits constitutifs de délits économiques.

**PRINCIPAUX ACCORDS TRANSACTIONNELS CONCLUS
AVEC LES AUTORITÉS AMÉRICAINES**

		Date DPA	Localisation des faits	Montant de l'amende négociée
1	SIEMENS (Siemens AG + trois filiales) ALLEMAGNE	Décembre 2008	Argentine, Bangladesh, Venezuela	800 millions US\$ (s'ajoutant à 506 millions d'euros d'amende en Allemagne)
2	ALSTOM FRANCE	Décembre 2014	Indonésie, Arabie Saoudite, Égypte et Bahamas	772 millions US \$
3	KELLOGG, BROWN & ROOT LLC & HALLIBURTON ÉTATS-UNIS	Février 2009	Nigeria	579 millions US \$
4	BAE Systems PLC ROYAUME-UNI	Mars 2010	Arabie saoudite, Hongrie, République Tchèque, Autriche	400 millions US \$
5	TOTAL SA FRANCE	Mai 2013	Iran	398 millions US \$
6	ALCOA ÉTATS-UNIS	Janvier 2014	Bahreïn	384 millions US \$
7	ENTE NAZIONALE IDROCARBURI (ENI) + filiale néerlandaise Snamprogetti ITALIE & PAYS-BAS	Juillet 2010	Nigéria ENI = Algérie Filiale = Hong Kong	365 millions US \$
8	TECHNIP et associés au sein de joint-ventures FRANCE	Juin 2010	Nigéria	338 millions US \$ + 917 millions US \$ pour les associés
9	JGC Corporation JAPON	Avril 2011	Nigéria	218, 8 millions US \$
10	DAIMLER (Daimler AG + 3 filiales) ALLEMAGNE	Avril 2010	Russie, Chine, Irak	185 millions US \$
11	WEATHERFORD INTERNATIONAL LTD SUISSE	2013	Différents pays africains (dont l'Angola) + Irak	152,6 millions US \$
12	ALCATEL-LUCENT (Alcatel-Lucent + 3 filiales) FRANCE	Décembre 2010	Costa-Rica, Taiwan, le Honduras, la Malaisie et Taïwan	137 millions US \$
13	MAGYAR TELEKOM & DEUTSCHE TELEKOM HONGRIE & ALLEMAGNE	Décembre 2011	Hongrie, Macédoine, Grèce, Monténégro	95 millions US \$

Source : Rapport du Service central de prévention de la corruption pour 2014.

Cette « convention judiciaire d'intérêt public » peut être proposée, à l'initiative du parquet, à une personne morale mise en cause pour des faits de corruption et de corruption transnationale. La convention peut impliquer le paiement d'une amende (allant jusqu'à 30 % du chiffre d'affaires), l'instauration d'un programme « de mise en conformité » et l'indemnisation de la victime.

La procédure implique que la personne morale ait fait connaître son accord au parquet. Le procureur saisit le président du Tribunal qui décide, à l'issue d'une audience publique, de valider ou non l'accord. En cas de validation, la personne morale bénéficie d'un délai de rétractation de 10 jours...

A aucun moment, la question de la culpabilité n'est évoquée et le texte spécifie que l'homologation n'entraîne pas déclaration de culpabilité. Cette homologation n'a pas les effets d'un jugement et l'ordonnance de validation n'est pas inscrite au bulletin n° 1 du casier judiciaire de la personne morale.

La procédure peut également s'appliquer après saisine d'un juge d'instruction. Si la personne morale « *reconnait les faits et accepte la qualification retenue* », la procédure peut être transmise au parquet pour mise en œuvre d'une « convention judiciaire d'intérêt public ». Durant celle-ci, la procédure d'instruction est suspendue. Cette mise en œuvre peut également avoir lieu lors de l'avis de fin d'information.

L'USM est radicalement opposée à cette procédure, tout en rappelant qu'elle avait suggéré la mise en place d'une CRPC aménagée pour ce type d'infraction.

A) Le modèle américain. Un modèle non-transposable :

La procédure proposée repose sur un postulat erroné : il conviendrait de suivre l'exemple américain. Pourtant celui-ci n'est nullement transposable. En effet, la procédure américaine du Deferred Prosecution Agreement n'a vocation à s'appliquer qu'aux sociétés ayant elles-mêmes dénoncé les faits et qui choisissent de coopérer à l'enquête. Dans les faits, informés des soupçons pesant sur elles, les sociétés choisissent de « coopérer » et fournissent d'elles-mêmes les éléments de preuve manquant aux enquêteurs, démarche qui par la suite servira à chacun à accepter la version officielle selon laquelle c'est la société qui a « spontanément » dénoncé les faits. D'auteur d'acte de corruption, la société devient officiellement « victime » d'un laisser-aller interne qu'elle a corrigé... Peut-on, au stade des principes, sérieusement considérer un tel modèle comme attractif ? Peut-on par ailleurs imaginer qu'il soit conciliable avec le principe de non auto-incrimination et, plus généralement, la pratique française du droit pénal des affaires ?

Pour être socialement acceptée, une mesure aussi dérogatoire implique d'être mise en œuvre dans des conditions excluant tout doute ou soupçon. Aussi longtemps que le statut du ministère public n'aura pas été réformé pour lui assurer une réelle indépendance, il sera totalement illusoire d'imaginer que des mesures de cette importance puissent être appliquées sans polémique et avoir un réel impact sur le modèle répressif français.

Enfin cette proposition d'une transaction pénale spécifique suppose en outre, pour être utilisée par les entreprises concernées, que ces dernières aient en face d'elles un parquet réellement puissant ayant à sa disposition des services d'enquêtes efficaces et redoutés... A cet égard, la faiblesse des effectifs du parquet national financier, pourtant créer pour traiter les affaires « *d'une grande complexité de corruption, d'escroquerie, de marchés publics frauduleux, de fraude fiscales et de blanchiment* », est patente. La situation des services d'enquête est strictement similaire, qu'il s'agisse des services centraux comme la Brigade centrale de lutte contre la corruption (relevant de la Division nationale des investigations financière, de la DCPJ) ou, en province, des services régionaux de police judiciaire (SRPJ) et des sections de recherches (SR). Quelle que soit la qualité des enquêteurs, ces derniers sont placés dans une situation de pénurie qui, de fait, entrave l'efficacité des enquêtes...

Comment imaginer, dans ces conditions, que les entreprises concernées éprouvent, vis-à-vis du système répressif français la crainte que leur inspire la puissance du « Department of Justice » américain, crainte qui se situe à la base de l'efficacité du modèle proposé ?

En résumé, c'est parce que le système répressif américain est craint par les entreprises concernées que celles-ci acceptent ce type d'accords transactionnels et collaborent à leur mise en œuvre. A l'inverse, parce qu'il est sans moyens adaptés, le système répressif français est lent et peu dissuasif. C'est donc lui qui aura intérêt à utiliser, pour de mauvaises raisons

gestionnaires, un mode alternatif à des poursuites, qu'il ne peut diligenter efficacement et rapidement. Le rapport de force est donc totalement inverse à celui qui existe aux États-Unis...

B) Le projet : un OVNI-judiciaire :

Cette mesure, qualifiable de mesure alternative aux poursuites, dénoterait parmi les actuelles mesures de cette nature, conçues pour répondre à des contentieux de masse et de faible gravité commis par des personnes physiques. A l'inverse, elles auraient vocation à s'appliquer à des personnes morales pour des faits d'une toute particulière gravité et d'une grande complexité...

La personne morale se verrait placer dans une situation absolument sans équivalent dans notre code. La procédure implique en effet un double accord de sa part : après proposition par le parquet ET après validation. Quelle justification théorique ? Il n'y a pas l'équivalent ni en matière de composition pénale, ni en matière de CRPC...

Par ailleurs la procédure n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a pas les effets d'une condamnation (contrairement à la CRPC) mais elle n'est même pas inscrite sur le casier judiciaire (contrairement à la composition pénale)...

Au regard de la pratique pénale en matière de composition pénale et de CRPC, cela revient donc à placer les personnes morales visées pour des faits de corruption dans une situation pénalement bien plus favorable que des personnes physiques poursuivies pour des faits de bien moindre gravité...

Cette procédure « sur-mesure » se traduit enfin par la proposition incohérente d'une possible mise en œuvre d'une transaction en cours d'instruction. Le texte sur ce point se rapproche en apparence de la procédure permettant, à l'issue d'une instruction, de saisir le tribunal aux fins de jugement selon la procédure de CRPC. Mais, il s'écarte radicalement de cette procédure dans la mesure où cette option est ici ouverte avant la fin de l'instruction. Pendant que le juge instruit, le parquet négocie... On est décidément très loin du modèle américain où la société mise en cause apporte elle-même les preuves. Là, contestant les faits dans un premier temps, refusant une éventuelle transaction, la société verrait l'enquête se poursuivre et, si les preuves finissaient par être trop importantes, aurait donc, en cours d'instruction, la possibilité de changer sa position et d'accepter finalement cette transaction...

La fiction serait alors totale : la personne morale « *reconnaît les faits* », « *accepte la qualification* » mais « *l'ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité* »...

C/ Une proposition alternative : une CRPC aménagée

La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), créée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, a connu des évolutions qui en font un cadre permettant, à droit constant, d'engager des poursuites sur un mode transactionnel, avec des garanties autrement plus importantes que dans le cadre d'une mesure alternative.

Ainsi, la loi du n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles a étendu le champ d'application de la CRPC, prévu aux articles 495-7 et suivants du code de procédure pénale, aux délits punis d'une peine de 10 ans d'emprisonnement, ce qui permet donc de poursuivre par cette voie tous les délits de corruption.

Elle est applicable aux personnes morales et le choix de cette voie procédurale peut être sollicitée par la personne soupçonnée ou son avocat (article 495-7 du CPP).

Depuis la loi du 13 décembre 2011, ce mode de poursuite, impliquant une transaction sur la peine, peut même être décidée par un juge d'instruction, « à la demande ou avec l'accord du procureur de la République, du mis en examen et de la partie civile » ainsi que cela vient d'être rappelé (article 180-1 du code de procédure pénale).

S'agissant des peines encourues, elles peuvent s'élever, s'agissant des peines d'amendes, au montant prévu par la loi (contrairement aux peines d'emprisonnement dont le quantum ne peut excéder un an ni dépasser la moitié de la peine encourue). L'article 435-3 du code pénal réprimant les faits de corruption transnationale prévoit ainsi désormais que le montant de l'amende peut être porté au double du produit de l'infraction. Le montant de l'amende peut donc, en théorie, être aussi élevé et donc dissuasif que les amendes prononcés dans le cadre de la procédure américaine de DPA.

Si la procédure de CRPC offre la souplesse d'une mesure alternative, elle présente des garanties procédurales hautement supérieures et a, après homologation par un juge, les pleins effets d'un jugement, par ailleurs immédiatement exécutoire. Cette différence est essentielle, l'opinion ne pouvant, en France, admettre que les entreprises ayant commis des faits de cette gravité, potentiellement condamnées à des amendes de plusieurs millions d'euros, bénéficient d'une mesure alternative qui serait nécessairement perçue comme une faveur.

Le fait que cette procédure s'achève par un jugement n'est pas, en soi, de nature à limiter son usage. Si une entreprise condamnée s'expose à être exclue des marchés publics, à l'échelon européen (depuis la transposition de la directive 2004/18/CE), rien n'interdit, dans le cadre de la procédure de CRPC, d'envisager d'appliquer les dispositions relatives à la dispense d'inscription au bulletin n°2 du casier judiciaire (censé être vérifié par les deux agences centrales chargées de l'octroi des marchés publics en France, l'Union des groupements d'achats publics, l'UGAP et le service des achats de l'Etat, le SAE).

La CRPC pourrait donc, sans changer de nature, être aménagée à deux niveaux :

- en incluant des obligations spécifiques, telle que l'obligation de mise en place d'un programme de conformité envisagée dans le projet de loi ;
- en prévoyant une homologation en deux temps : une homologation du principe et des modalités de la CRPC par le juge, comme pour toute affaire. Mais, contrairement à une CRPC classique, cette homologation ne serait que provisoire, ouvrant une période d'épreuve dont le délai serait fixé ab initio. Durant cette période d'épreuve, l'entreprise devrait s'acquitter des amendes dues, indemniser les parties civiles éventuelles et mettre en place un programme de conformité. A défaut, le parquet pourrait faire vérifier par le juge le non-respect des engagements. Le juge serait alors à même de

constater l'échec de la mesure, le parquet retrouvant ses prérogatives de poursuites classiques. A l'inverse, en cas de respect de l'ensemble des obligations, la décision serait définitivement homologuée, le cas échéant sans mention sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire de la personne morale.

Contrairement au système anglo-saxon, la CRPC n'a vocation à s'appliquer qu'une fois l'enquête achevée, ce qui suppose que le parquet ait auparavant bénéficié de signalements des faits, qu'il ait été en mesure de traiter ces signalements en toute indépendance et qu'il ait pu saisir un service d'enquête en capacité de diligenter rapidement des investigations...

L'USM rappelle donc une nouvelle fois que la faiblesse des moyens de la justice constitue, davantage que les outils procéduraux, la principale explication du retard de la France dans la prise en compte judiciaire de ce phénomène.

III - Les mesures relatives aux lanceurs d'alerte :

L'article 6 du projet de loi définit les lanceurs d'alerte comme des « *personnes ayant relaté ou témoigné de faits susceptibles de constituer les infractions de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics ou de favoritisme* ».

Le Sénat a pour sa part retenu une autre définition : « *Un lanceur d'alerte est une personne physique qui signale, dans l'intérêt général, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime, un délit ou une violation grave et manifeste de la loi ou du règlement dont il a eu personnellement connaissance* » (article 6A).

Saisi par le Premier ministre, le Conseil d'État a recommandé, le 12 avril 2016, dans une étude intitulée « *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger* », la création par la loi d'un socle de dispositions communes applicables à tous les lanceurs d'alerte.

La législation française a, quant à elle, accumulé les dispositions relatives aux lanceurs d'alerte dans des textes épars dont l'essentiel figure au sein du code du travail.

Par un arrêt en date du 30 juin 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé, pour la première fois, qu'« *en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression, en particulier au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, est atteint de nullité* » (Soc. 30 juin 2016, 15-10.557).

Outre son caractère relativement imprécis, l'article 6 propose une définition du lanceur d'alerte insatisfaisante. Quant à celle proposée par le Sénat, elle souffre d'une grande imprécision. L'USM demande donc que soit déterminé, à l'occasion de la discussion du présent projet de loi, un régime juridique spécifique assurant une protection générale et effective aux lanceurs d'alerte et retenue la définition établie en 2015 par le rapporteur spécial de l'ONU sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression dans ses recommandations pour la protection des lanceurs d'alerte : « *Toute personne qui divulgue des informations qu'elle a des motifs raisonnables de considérer véridiques au moment de*

leur divulgation et qui portent sur des faits attentatoires à un intérêt public précis ou le menaçant, tels qu'une violation du droit national ou international, un abus d'autorité, un gaspillage, une fraude ou des atteintes à l'environnement, à la santé ou à la sécurité publiques ».

Seuls le secret de la défense nationale, le secret médical et le secret des relations avocats-clients devraient pouvoir être opposables aux lanceurs d'alerte qui ne sauraient être pénalement inquiétés en cas de violation d'autres secrets protégés par la loi. De même, il convient de préciser les niveaux de signalement auxquels le lanceur d'alerte peut progressivement s'adresser (supérieur hiérarchique ou déontologue, autorité judiciaire, défenseur des droits, Autorité des marchés financiers, AFA avant une divulgation, en cas d'urgence, à l'opinion publique).

La protection des lanceurs d'alerte contre les représailles doit être assurée par la conservation de leur anonymat. A l'inverse, l'USM n'est pas favorable à ce que soit reconnue à toute personne s'auto-proclamant « lanceur d'alerte » une immunité pénale générale qu'elle estime très difficile à mettre en œuvre et contraire au principe d'égalité devant la loi.

L'Assemblée nationale a par ailleurs adopté, le 14 juin 2016, une proposition de loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte. Cette proposition de loi, examinée concomitamment avec le projet Sapin 2, le complète s'agissant de la protection des lanceurs d'alerte. La commission des lois a retenu la proposition du Conseil d'État de confier la protection des *lanceurs d'alerte* au Défenseur des droits alors que le Gouvernement envisageait initialement que cette tâche fût assumée par l'Agence française anticorruption.

Elle modifie donc la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits afin d'y insérer la possibilité pour cette autorité d'orienter les lanceurs d'alerte vers les autorités compétentes et, en tant que de besoin, de leur assurer un soutien financier. Il sera assisté dans cette tâche par un nouveau collègue.

L'USM est favorable à cette proposition de loi organique qui caractérise un indéniable progrès. Il apparaît également nécessaire de créer un fonds dédié à la protection des lanceurs d'alerte lequel pourrait être abondé par des contributions de l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC). Conformément au troisième alinéa de l'article 706-161 du code de procédure pénale, l'AGRASC centralise les sommes saisies lors de procédures pénales et abonde soit le budget général de l'État, soit le fonds de concours « Stupéfiants » géré par la mission interministérielle de lutte contre la drogue et les conduites addictives (MILDECA). Elle a également la faculté de verser à l'État des contributions destinées au financement de la lutte contre la délinquance et la criminalité.

L'USM se déclare enfin favorable à la pénalisation - aujourd'hui absente - du non-respect des dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale. Elle considère en effet qu'il s'agit là d'un important instrument de moralisation de la vie publique dès lors que l'obligation faite à toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs est aujourd'hui trop souvent méconnue, notamment par les hauts fonctionnaires. Cette carence aboutit à entraver la bonne information du procureur de la République et donc à soustraire à la compétence de l'autorité judiciaire des faits de nature infractionnelle et portant atteinte à la confiance publique.

III – Les autres mesures de lutte contre la corruption et les autres manquements à la probité (art. 8 à 12 du projet de loi) :

A) l'obligation générale de prévention de la corruption :

L'article 8 introduit dans notre droit une obligation générale de prévention de la corruption pesant sur les sociétés dépassant un seuil d'effectifs (500 salariés) et de chiffre d'affaires (100 millions d'euros). Les manquements à cette obligation pourront faire l'objet d'une injonction de mise en conformité ou d'une sanction pécuniaire prononcées par la future Agence française anti-corruption. Selon l'étude d'impact, l'objectif de cette réforme est de faire en sorte que « *les plus grandes entreprises* » (et non les établissements publics industriels et commerciaux) disposent systématiquement en leur sein d'un dispositif interne complet et efficace de nature à prévenir et à détecter les faits de corruption qui sont susceptibles de survenir à l'occasion de transactions commerciales nationales ou internationales comme lors de la passation de marchés publics. Ce faisant, les dirigeants sociaux sont donc tenus de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence étant précisé que l'action menée en ce sens par les représentants légaux d'une société-mère peut valablement exonérer ses filiales de leurs obligations individuelles.

Le projet prévoit 7 mesures devant être prises par les dirigeants sociaux.

Il précise qu'indépendamment de la responsabilité de ses organes ou représentants, la société est également responsable en cas de manquement à cette obligation générale de prévention de la corruption.

Le contrôle du respect de ladite obligation est confié à l'AFA laquelle sera habilitée, en cas de défaillance constatée, à appliquer tant aux mandataires sociaux qu'à la personne morale une sanction administrative. Le directeur général de l'Agence pourra adresser un simple avertissement ou saisir la commission des sanctions (cf. supra) pour que celle-ci prononce une injonction de conformité - susceptible de publication - ou décide d'une sanction pécuniaire dont le montant sera proportionné à la gravité des manquements constatés et à la situation financière de la personne physique ou morale sanctionnée (200 000 euros au plus s'agissant des personnes physiques et 1 000 000 d'euros au plus s'agissant des personnes morales). Dans cette dernière hypothèse, il devra simultanément notifier à la personne mise en cause la teneur des griefs retenus contre elle.

L'article 8 du projet de loi assure par ailleurs le respect du principe de la contradiction au stade de l'instruction et de l'audience et consacre l'obligation de motivation des décisions. En revanche, il n'est pas prévu que la personne mise en cause puisse demander à ce que l'audience devant la commission des sanctions soit publique. L'USM relève que ce n'est pas conforme aux exigences résultant de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

Le délai de l'action pouvant être intentée par l'AFA se prescrit enfin par 3 années révolues à compter du jour où le manquement a été constaté si, dans ce délai, il n'a été fait aucun acte tendant à la sanction de celui-ci. Les recours formés à l'encontre des décisions prises par la commission des sanctions seront portés devant la juridiction administrative et relèveront du plein contentieux. Compte tenu de la nature juridique de l'Agence, il conviendra de modifier par décret les dispositions de l'article R 311-1 du code de justice administrative

afin qu'il soit expressément prévu que les recours considérés ressortent à la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État.

L'USM est favorable, sous les réserves précitées, à l'article 8 du projet de loi lequel contient une approche globale de la prévention des faits de corruption ainsi qu'une procédure de sanction conforme aux principes fondamentaux. Il constitue un réel progrès en matière de lutte contre des comportements portant atteinte à la morale publique.

B) la peine de mise en conformité :

L'article 9 du projet de loi crée une peine dite de « *mise en conformité* » dont l'objet est de contraindre les sociétés condamnées pour certains délits de corruption à mettre en œuvre les mesures internes de prévention et de détection définies à l'article 8 .

Selon l'étude d'impact annexée audit projet, l'objectif recherché est « *de permettre aux tribunaux de contraindre les entreprises reconnues coupables de faits de corruption ou de trafic d'influence de mettre en place en interne des dispositifs destinés à prévenir la répétition de tels faits* » en s'inspirant de l'expérience américaine et des résultats positifs enregistrés par le service Integrity de la Banque mondiale.

Figurant dans un nouvel article 131-39-2 du code pénal, cette peine inédite pourra être prononcée par le juge répressif à l'encontre d'une personne morale condamnée du chef de corruption active (art. 433-1 du code pénal), corruption active et passive du personnel judiciaire (art. 434-9-1) afin de s'assurer que cette dernière adapte ses procédures internes de prévention et de détection des faits de corruption et de trafic d'influence. Le contrôle de sa mise en œuvre sera assuré par l'AFA sous l'autorité du procureur de la République (nouvel art. 764-44 du CPP) et le non-respect de cette peine constitutif d'un nouveau délit pénal (nouvel article 434-43-1 du code pénal) passible pour les personnes physiques d'une peine de 2 ans d'emprisonnement et d'une amende de 30 000 euros, les personnes morales encourant par ailleurs l'amende et l'ensemble des peines prévues au titre du délit pour lequel elles auront été condamnées et qui aura donné lieu au prononcé de la peine de mise en conformité. Les personnes physiques et morales encourront également de ce chef la peine d'affichage ou de diffusion de la décision.

7 mesures ou procédures sont susceptibles d'être imposées dans le cadre de la nouvelle peine de mise en conformité.

Dans la mise en œuvre de son contrôle, l'Agence peut recourir à « *des experts, personnes ou autorités qualifiés, pour l'assister dans la réalisation d'analyse juridique, financière, fiscale et comptable* ». Il est également prévu que la personne morale condamnée puisse informer le procureur de la République de toute difficulté dans la mise en œuvre de la peine.

L'USM estime que la nouvelle peine de mise en conformité apparaît comme un progrès notable susceptible d'améliorer l'efficacité de la lutte contre la corruption. Certes placé sous le contrôle du procureur de la République, le suivi de l'exécution de cette peine est toutefois assuré par l'AFA laquelle n'est pas une autorité judiciaire au sens des dispositions de l'article 66 de la Constitution et des exigences de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'article 9 du projet de loi adopté en commission des lois du Sénat propose d'introduire au sein du code de procédure pénale un article 764-44 disposant que « *Le procureur de la République, lors de la mise à exécution de la peine, ou le juge de l'application des peines peut solliciter le concours de l'Agence de prévention de la corruption pour assurer le suivi de la peine prévue à l'article 131-39-2. Dans ce cas, l'agence rend compte de sa mission, au moins annuellement, au procureur de la République et au juge de l'application des peines* ».

Cette rédaction est davantage acceptable dès lors qu'elle n'aboutit pas à éluder le nécessaire rôle de l'autorité judiciaire en matière d'exécution et d'application des peines. Elle ne comporte toutefois aucune précision quant à la répartition des missions incombant respectivement au procureur de la République et au juge de l'application des peines.

L'USM est donc très réservée sur ce dernier point.

C) les autres mesures renforçant la lutte contre la corruption :

L'article 10 du projet de loi étend la possibilité, prévue à l'article 432-17 du code pénal, de prononcer la peine complémentaire de publication ou d'affichage de la condamnation à de nouvelles infractions d'atteinte à la probité. En effet, à ce jour, seules les condamnations prononcées des chefs de corruption et de trafic d'influence actifs ou passifs et commis par des personnes exerçant une fonction publique peuvent faire l'objet d'une peine complémentaire de ce type.

Ledit article complète la liste des infractions visées, à savoir :

- la prise illégale d'intérêt, sanctionnée à l'article 432-12 du code pénal ;
- la prise illégale d'intérêt par un ancien fonctionnaire ou un fonctionnaire en disponibilité (autrement appelé « pantouflage »), à l'article 432-13 ;
- l'atteinte à la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public (encore appelé délit de favoritisme), à l'article 432-14 ;
- la soustraction ou le détournement de fonds publics commis intentionnellement par des personnes exerçant une fonction publique, à l'article 432-15 ;
- et la soustraction ou le détournement de fonds publics résultant de la négligence de ces mêmes personnes, à l'article 432-16.

L'USM regrette que le délit de concussion prévu et réprimé par les dispositions de l'article 432-10 du code pénal ne figure pas dans cette liste limitative.

La durée de cette période d'inéligibilité serait souverainement appréciée par le juge. Il appartiendra au législateur de la fixer mais l'USM considère que la loi doit prévoir que la peine d'inéligibilité puisse être d'une durée plus longue que celle prévue aux articles 131-26 et 131-26-1 voire revêtir un caractère définitif afin que les atteintes les plus graves à la probité soient justement sanctionnées.

L'article 11 complète pour sa part les articles 435-2 et 435-4 du code pénal relatifs au trafic d'influence pour incriminer la commission de tels faits concernant un agent public étranger. Cet ajout était vivement souhaité depuis plusieurs années par les instances internationales en charge du suivi des conventions de lutte contre la corruption (OCDE,

GRECO et ONUDC).

En effet, même si la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption a modifié les articles 435-2 et 435-4 du code pénal, aucune disposition ne vise le trafic d'influence exercé en direction d'un agent public étranger alors même que la corruption d'un agent public étranger est incriminée par les articles 435-1 et 435-3 du code pénal.

Il s'agit là d'une anomalie juridique dès lors que des États tels le Luxembourg, la Grèce, l'Islande et la Norvège prévoient l'incrimination de trafic d'influence d'agents publics étrangers.

L'USM est favorable à cette incrimination.

L'article 12 du projet de loi assouplit les conditions dans lesquelles certains faits de corruption et de trafic d'influence commis à l'étranger par des Français, des personnes résidant habituellement en France ou des entreprises françaises peuvent être poursuivis en France.

S'agissant des infractions de corruption et de trafic d'influence, actifs et passifs, concernant les agents publics internationaux ou ceux d'un État étranger (délits incriminés par les articles 435-1 à 435-4 du code pénal) ainsi que les personnes participant à l'activité juridictionnelle d'un État étranger ou d'une cour internationale (délits incriminés par les articles 435-7 à 435-10 dudit code), les nouveaux articles 435-6-2 et 435-11-2 du code pénal écartent les trois conditions normalement requises pour l'exercice d'une compétence extraterritoriale à savoir, la double incrimination, le monopole des poursuites reconnu au ministère public ainsi que l'exigence d'une plainte de la victime ou d'une dénonciation officielle de l'État dans lequel les faits ont été commis.

La suppression du monopole des poursuites ne constitue à vrai dire pas une innovation juridique puisque celui-ci ne joue déjà plus pour les délits d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation et les délits terroristes mais demeure en vigueur pour la majorité des délits pour lesquels la France dispose d'une compétence extraterritoriale : recours à la prostitution de mineurs, proxénétisme, mercenariat, clonage humain...

L'USM est donc favorable à cette réforme réclamée de longue date aux autorités françaises par le GRECO, l'ONUDC et la Commission européenne.

L'article 13 crée un répertoire numérique des représentants d'intérêts auprès du pouvoir exécutif. Il définit les représentants d'intérêts comme des « *personnes physiques et les personnes morales de droit privé, qui exercent régulièrement une activité ayant pour finalité d'influer sur la décision publique, notamment en matière législative ou réglementaire, en entrant en communication avec :*

1° Un membre du Gouvernement ;

2° Un des collaborateurs du Président de la République ou un des membres de cabinet d'un membre du Gouvernement ;

3° Le directeur général, le secrétaire général ou un membre du collège d'une autorité administrative ou publique indépendante mentionnée aux 6° du I de l'article 11 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ;

4° Une personne titulaire d'un emploi ou d'une fonction mentionné au 7° du I de l'article 11 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

Sont également des représentants d'intérêts au sens de la présente loi les personnes qui, au sein d'une personne morale de droit privé autre que celles mentionnées aux b à d du présent I, ou d'un groupement ou établissement public industriel et commercial, ont pour fonction principale d'influer sur la décision publique dans les conditions fixées aux alinéas précédents ».

Ne sont au contraire pas des représentants d'intérêts au sens de l'article 13 :

« a) Les élus dans l'exercice de leur mandat ;

b) Les partis et groupements politiques ;

c) Les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs en tant qu'acteurs du dialogue social ;

d) Les associations à objet culturel ».

Ce texte crée une obligation d'inscription des représentants d'intérêts dans un répertoire public dont la bonne tenue est confiée à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP). Cette inscription s'accompagne du nécessaire respect d'obligations déontologiques.

Il importe de rappeler ici qu'un « *registre de transparence* » a été créé, le 23 juin 2011, à l'initiative du Parlement européen et de la Commission européenne : les représentants d'intérêts peuvent s'enregistrer volontairement en contrepartie d'un accès facilité aux locaux de ces deux institutions. L'inscription sur le registre s'accompagne de la fourniture d'informations tels les centres d'intérêts de l'organisme, le nombre de personnes participant à ses activités, certaines données financières (coûts et chiffres d'affaires annuels liés à ces activités) et, le cas échéant, l'identité des principaux clients.

Le registre est public et peut être consulté sur internet.

L'article 13 du présent projet de loi met à la charge des représentants d'intérêts des obligations déontologiques.

La HATVP est chargée de contrôler le respect de l'ensemble des obligations incombant aux représentants d'intérêts (effectivité de l'inscription, obligations informatives, obligations déontologiques). Pour mener à bien sa mission, elle pourra se faire communiquer par les représentants d'intérêts « *toute information ou tout document nécessaire à l'exercice de sa mission* » sans que le secret professionnel puisse lui être opposé et sera autorisée à procéder à des contrôles « *sur place ou sur pièce* ». Ces derniers ne pourront toutefois concerner les avocats. Pour ces derniers, les demandes de communication seront présentées par la Haute Autorité auprès, selon le cas, du président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ou du bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat est inscrit. Le président de l'ordre ou le bâtonnier sera alors tenu de transmettre à la Haute Autorité les informations demandées. La méconnaissance de cette procédure autoriserait l'avocat concerné à s'opposer à la communication.

La HATVP sera en outre investie d'un pouvoir de sanction (que les lois n° 2013-906 et 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ne lui reconnaissent actuellement pas) afin que son contrôle soit effectif et dissuasif. En cas de manquement constaté, son président adressera une mise en demeure au représentant d'intérêts concerné. Si celle-ci n'est pas suivie d'effet et si, dans un délai maximal de cinq ans, l'intéressé réitère le

manquement ou en commet un nouveau, le président de la Haute Autorité pourra alors engager une procédure de sanction ainsi qu'il suit :

- le président de la Haute Autorité notifiera les griefs aux personnes mises en cause et désignera un rapporteur pour instruire l'affaire.
- il n'assistera ni à la séance ni au délibéré ;
- la Haute Autorité statuera par une décision motivée après audition de la personne concernée.

La Haute Autorité pourra prononcer une sanction financière d'un montant maximal de 30 000 euros. La suspension ou l'exclusion du répertoire ne sont cependant pas prévues. La contestation de ses décisions ressortira à la compétence du Conseil d'État qui statuera en tant que juge du plein contentieux.

L'USM est favorable à ce dispositif qui est effectivement de nature à renforcer la probité et à améliorer la transparence de la vie publique.

Elle demande cependant les modifications suivantes :

- la notion de « *décision publique* » est juridiquement très vague alors que celle de « *politiques publiques* » figure déjà dans la loi (cf. par exemple la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement (art. 2) ;
- la notion d'activité régulièrement exercée sera source de complications dès lors qu'il faudra apprécier cette notion de régularité ; sa suppression constituerait un facteur de simplification ;
- l'efficacité de la lutte contre la corruption ne sera réelle que si ne sont pas seulement visées les relations entre les représentants d'intérêts et le pouvoir exécutif ; il apparaît ainsi indispensable que soient également concernées celles nouées entre lesdits représentants et les membres du Parlement et des assemblées locales qui sont des lieux habituels de lobbying eu égard à l'importance des enjeux liés à l'élaboration des lois et à la commande publique ;
- le montant de la sanction financière précitée ne semble pas suffisamment élevé pour être dissuasif ; un relèvement substantiel apparaît nécessaire ;
- de même, il serait judicieux de prévoir l'exclusion temporaire ou définitive du répertoire numérique de tout représentant d'intérêts réitérants.

L'article 14 du projet de loi énumère les autorités administratives ou publiques indépendantes (AAI ou API) dont les membres sont tenus de déclarer leurs intérêts et leur situation patrimoniale auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP). En outre, il étend ces obligations déclaratives aux directeurs généraux et aux secrétaires généraux de ces autorités, ainsi qu'à leurs adjoints. L'objet de cette disposition est la modification du 6° du I de l'article 11 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

Actuellement, tous les membres des 40 AAI et API recensées (597 personnes) doivent procéder aux déclarations dont s'agit. L'article 14 étend donc les obligations déclaratives aux directeurs généraux, aux secrétaires généraux, aux directeurs généraux adjoints et aux secrétaires généraux adjoints des AAI et API - à l'instar de la proposition de loi précitée portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes et adoptée par l'Assemblée nationale le 28 avril 2016.

Cette nouvelle exigence paraît à même de clarifier la détermination des personnes soumises à l'obligation de déclaration. L'article 14 remplace, dans la loi du 11 octobre 2013 précitée, la référence générale aux autorités administratives ou publiques indépendantes par une énumération explicite des 40 organismes concernés par les obligations déclaratives. Il est certain que l'absence de définition incontestable des AAI et API ne pouvait que complexifier l'énumération exacte des personnes visées par ladite obligation de déclaration.

Les articles 15 à 16 du projet de loi habilite le Gouvernement à réformer par ordonnance le droit domanial et à élaborer un code de la commande publique.

L'USM n'a pas d'observations particulières à présenter sur ces deux articles.