



Yves BROUSSOLLE

Chargé d'enseignement à l'IPAG de Cergy-Pontoise et à l'IEP de Paris

Les principales dispositions de la loi Sapin pour la transparence et la modernisation de la vie économique

Mots-clés : lutte contre la fraude - transparence - lutte contre la corruption - loi Sapin 2 - gestion publique - déontologie - lanceurs d'alerte - économie - modernisation de la vie économique

La loi du 9 décembre 2016, dite « loi Sapin 2 » comporte trois volets : lutte contre la corruption, transparence, modernisation de la vie économique.

Les principales dispositions de la loi Sapin pour la transparence et la modernisation de la vie économique¹

Le Parlement a définitivement adopté, le 8 novembre, le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Rebaptisé « Sapin 2 », en référence au premier texte « anticorruption » présenté 23 ans plus tôt par Michel Sapin, ce texte « proclame l'exigence d'une République exemplaire ».

Selon le gouvernement, la loi doit permettre à la France de rattraper son retard en matière de lutte anticorruption, pointé du doigt par l'OCDE. La loi consacre de nombreuses dispositions au droit des affaires, au droit des marchés financiers au droit de la concurrence, en passant par le droit

bancaire et le droit des sociétés. La loi s'appuie sur un ensemble d'études et de rapports nationaux au premier rang desquels celui de M. Jean-Louis Nadal, président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Elle a pour ambition de porter la législation française aux meilleurs standards européens et internationaux et contribuer ainsi à une image positive de la France à l'international.

Saisi par des parlementaires suite à l'adoption définitive du projet de loi « Sapin 2 », le Conseil constitutionnel a validé jeudi 8 décembre la majeure partie des mesures votées par le Parlement (à commencer par le registre numérique de

¹ 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 (JORF n° 0287 du 10 décembre 2016, texte n° 2).

lobbyistes). Le dispositif de « reporting public », destiné à lutter contre l'évasion fiscale, a cependant été censuré (cf. infra). Les Sages du Palais Royal ont aussi jugé contraire à la Constitution l'article attribuant une compétence exclusive au parquet national financier en matière économique, fiscale et financière. Cette disposition immédiatement applicable dès la promulgation

de la loi obligeait les juridictions françaises à remonter des centaines de dossiers vers le pôle parisien et à interrompre toutes les enquêtes en cours sous peine de nullité (décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016).

La loi est fondée sur trois piliers : la lutte contre la corruption (1), la transparence, (2) et la modernisation de la vie économique (3).

1 Les mesures pour lutter contre la corruption

Depuis 2000, aucune entreprise n'a été condamnée en France pour corruption. Selon M. Sapin, alors que ces mêmes entreprises ont pu être condamnées à l'étranger, notamment aux États-Unis (...) il y a un enjeu moral, d'égalité de concurrence mais aussi de développement pour les pays qui peuvent être victimes de ces pratiques.

A. La création d'une agence nationale anticorruption (AFAC)

Pour mieux prévenir et détecter la corruption la loi met en place une Agence anti-corruption. Cette Agence est un service à compétence nationale, placé sous l'autorité conjointe du ministre de la Justice et du ministre des Finances. L'agence se substitue au Service central de prévention de la corruption (SCPC) dont elle reprend les missions, en plus de celles, nouvelles, qui lui seront attribuées par la loi. Ses effectifs sont renforcés pour compter 70 personnes. Son budget annuel sera augmenté et compris dans une fourchette de 10 à 15 M €.

L'Afac sera notamment chargée de « *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* ». L'agence pourra élaborer des recommandations à l'attention des administrations et des entreprises, et suivre leurs programmes de mise en conformité.

B. La mise en place d'un dispositif de prévention de la corruption pour les grandes entreprises

La loi crée une obligation de vigilance applicable aux entreprises et établissements publics à caractère industriel et commercial d'une certaine dimension (> 500 salariés et ayant un chiffre

d'affaires > 100 M d'€) afin qu'elles mettent en œuvre des procédures de détection et de prévention des faits de corruption ou de trafic d'influence (par exemple, un code de conduite ou un programme de formation du personnel).

Cette obligation s'appliquera à environ 1570 groupes, qui au total emploient 5,3 millions de salariés en France. L'Agence française anticorruption pourra vérifier sur pièce ou sur place que ces entreprises satisfont à cette obligation de vigilance. À défaut, elle pourra leur adresser une mise en demeure. Elle pourra en outre leur infliger une amende. Cette disposition entrera en vigueur le 1^{er} jour du 6^e mois suivant la promulgation de la loi Sapin II.

C. Une convention judiciaire d'intérêt public

La loi Sapin 2 instaure une convention judiciaire d'intérêt public qui pourra être proposée par le procureur de la République avant l'engagement des poursuites à une société mise en cause pour atteinte à la probité. Un juge contrôlera la légalité de cette convention lors d'une audience publique. Cette convention sera publiée sur le site internet de l'Agence française anticorruption et fera l'objet d'un communiqué de presse.

Dans ce cadre procédural, l'entreprise devra verser une amende au Trésor public dont le montant est proportionné aux avantages tirés des manquements constatés dans la limite de 30 % de son chiffre d'affaires annuel. Elle devra également se soumettre, pour une durée maximale de trois ans et sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, à un programme de mise en conformité de ses procédures de prévention et de détection de la corruption et du trafic d'influence.

D. L'infraction de trafic d'influence d'agent public étranger

La loi Sapin 2 permet de condamner des étrangers résidant habituellement en France pour des faits de corruption et de trafic d'influence commis à l'étranger. Actuellement, seuls les Français peuvent être poursuivis et condamnés en France pour ces deux délits lorsqu'ils sont commis à l'étranger.

Il s'agit de sanctionner le fait pour une personne physique ou morale de payer un agent public étranger afin qu'il use de son influence réelle ou supposée auprès d'une autre personne dans le but d'obtenir d'elle des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

Cette extension permettra de sanctionner un ressortissant étranger à la tête d'une société à laquelle la loi pénale française est applicable. Une telle extension de l'extra-territorialité de la loi pénale française existe déjà pour d'autres infractions (par exemple, les actes de terrorisme, les agressions sexuelles, le proxénétisme).

La loi Sapin supprime le monopole du parquet pour poursuivre de tels faits lorsqu'ils sont commis en totalité à l'étranger. Les poursuites pourront donc être engagées dans ce cas à la suite du dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile, par exemple par une association comme Anticor ou Transparency international. En outre, la loi supprime, comme condition à la poursuite, une plainte de la victime ou d'une dénonciation officielle par le pays où les faits ont été commis.

E. La lutte contre les fonds voutours

Les biens destinés à l'exercice de missions diplomatiques ou assimilées, y compris les comptes bancaires, seront insaisissables, sauf autorisation du juge. Un pays sera mieux protégé des « fonds voutours », qui rachètent les créances d'un État ayant fait défaut ou restructuré sa dette.

Pour le Gouvernement, en donnant au juge les moyens juridiques de refuser les saisies de biens d'un État étranger sur le sol français lorsqu'il y a clairement un comportement de ce type, la France ouvre une voie nouvelle et envoie un signal fort sur la nécessité de lutter contre la mauvaise finance au niveau international.

F. Mesures diverses

Les personnes condamnées pour corruption feront l'objet d'une peine complémentaire d'inéligibilité (concussion, corruption, trafic d'influence, etc.). Toutefois, la juridiction pourra, par une

décision spécialement motivée, décider de ne pas prononcer cette peine, en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur.

L'article 19 visait à interdire la candidature aux élections locales et nationales aux personnes dont le bulletin n° 2 du casier judiciaire comportait la mention d'une condamnation pour manquement à la probité. Or, rappelle le Conseil, « le régime des inéligibilités applicables aux membres du Parlement relève de textes ayant valeur de loi organique ». La règle est donc censurée en tant qu'elle devait s'appliquer aux élections des députés (et, par renvoi au sein du code électoral, des sénateurs). Elle subsiste cependant pour les élus locaux (Daloz actualités).

L'article 28 étendait la compétence de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, jusqu'ici limitée aux personnes exerçant des fonctions gouvernementales ou des fonctions exécutives locales, au contrôle de l'activité de certains agents publics qui relèvent aujourd'hui de la commission de déontologie de la fonction publique. Cette extension concernait, d'une part, les membres des cabinets ministériels et les collaborateurs du président de la République et, d'autre part, les personnes exerçant un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement pour lesquels elles ont été nommées en conseil des ministres. Pour le Conseil constitutionnel ces dispositions portent atteinte, par leur contradiction, à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

La loi Sapin 2 prévoit aussi la publicité – facultative – des avis d'incompatibilité et de compatibilité avec réserves émis par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique et par la Commission de déontologie des fonctionnaires dans le cadre de leurs missions de contrôle du pantouflage.

L'article 30 de la loi modifiait également l'article L. 52-12 du code électoral et l'article 11-7 de la loi du 11 mars 1988, afin de rendre publiques certaines informations relatives aux emprunts souscrits par les candidats à une élection pour financer leur campagne ainsi qu'aux emprunts souscrits ou consentis par les partis ou groupements politiques. Pour le Conseil constitutionnel ces dispositions ne présentent pas de lien, même indirect, avec les dispositions qui figuraient dans le projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale. Elles ont donc été adoptées selon une procédure contraire à la Constitution. Par conséquent, sans qu'il soit besoin d'examiner le grief soulevé par les sénateurs, il a estimé que l'article 30 de la loi était contraire à la Constitution.

2 Le renforcement de la transparence

A. Les représentants d'intérêts

1. La création du répertoire numérique des représentants d'intérêts auprès du Gouvernement

Pour le Gouvernement, une plus grande transparence de la prise de la décision publique exige que les citoyens puissent savoir qui peut intervenir dans l'élaboration de la décision publique, notamment de la loi et des règlements administratifs. Or, si le Sénat et l'Assemblée nationale ont mis en place à partir de 2009 un fichier répertoriant les représentants d'intérêts se manifestant auprès d'eux, le Gouvernement ne dispose pas d'un tel outil.

Ainsi, la loi crée un répertoire numérique des représentants d'intérêts auprès du Gouvernement, qui sera tenu par la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP). Il sera accessible à tous sur internet.

Devront s'inscrire les personnes morales de droit privé (entreprises, syndicats, associations, etc.) – à l'exclusion des partis politiques, associations d'élus, partenaires sociaux et associations culturelles (dans certaines conditions) – et certaines personnes morales de droit public qui poursuivent ou représentent des intérêts économiques (EPIC, groupements publics et chambres consulaires), ainsi que certaines personnes physiques lorsqu'elles interviennent à titre individuel pour des tiers (ex. : avocat, consultant).

Le lobbying ainsi exercé doit porter sur une décision publique – qu'elle relève du domaine légal ou réglementaire, qu'il s'agisse de stratégies, programmes, plans nationaux ou encore de rapports d'expertise – et consister en un échange (écrit ou oral) avec les collaborateurs du président de la République, un ministre, un parlementaire, ou un de leurs collaborateurs, les membres d'une Autorité administrative ou publique indépendante, les principaux exécutifs locaux (ou encore certains fonctionnaires visés à l'article 25 quinquies de la loi déontologie des fonctionnaires et dont la liste sera précisée par décret en Conseil d'État).

Tout représentant d'intérêts devra communiquer à la HATVP, dans un délai d'un mois à compter du début de son activité les informations suivantes, notamment :

- Son identité lorsqu'il s'agit d'une personne physique ou celle de ses dirigeants et des personnes physiques chargées des activités de

représentation d'intérêts en son sein lorsqu'il s'agit d'une personne morale.

- Le champ des activités de représentation d'intérêts.
- L'identité des tiers pour lesquels elle exerce son activité.

Ainsi, pour pouvoir rencontrer ceux qui participent à la décision publique et la fabrication de la loi (autorités gouvernementales, assemblées parlementaires, collectivités), il faudra être inscrit auprès de la HATVP.

La Haute autorité pour la transparence de la vie publique s'assurera du respect, par les représentants d'intérêts, de leurs obligations. Elle disposera du pouvoir de se faire communiquer par les représentants d'intérêts toute information ou document nécessaire à l'exercice de sa mission, sans que le secret professionnel puisse lui être opposé.

On peut noter que le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur avait « méconnu le principe de légalité des délits et des peines », en n'ayant pas défini dans la loi les obligations auxquelles sont soumis les lobbyistes et en renvoyant cette définition au bureau de chaque assemblée parlementaire.

2. Des règles déontologiques pour les représentants d'intérêts

Tous les représentants d'intérêts devront respecter des règles déontologiques dans leurs relations avec les pouvoirs publics (cf. supra). Ils doivent s'abstenir de proposer ou de remettre à ces personnes des présents, dons ou avantages quelconques d'une valeur significative ; s'abstenir de toute incitation à l'égard de ces personnes à enfreindre les règles déontologiques qui leur sont applicables...

En cas de manquement à ces règles, la HATVP adressera une mise en demeure au représentant d'intérêts : si, dans les trois années suivantes, ce dernier ne respecte toujours pas ces obligations déontologiques, il pourra être puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

B. La protection renforcée des lanceurs d'alerte dans le domaine des atteintes à la probité

La loi Sapin 2 définit les principes de la protection du lanceur d'alerte, en s'attachant à la nécessaire protection de celui qui lance une alerte dans l'intérêt général mais également à la protection

de ceux, personnes morales ou personnes physiques, qui pourraient être l'objet d'une alerte qui se révélerait finalement malveillante ou infondée. Le droit d'alerte consiste, de manière générale, en la faculté pour une personne de signaler des comportements frauduleux ou des risques graves.

On peut rappeler que l'article 40 du Code de procédure pénale impose aux agents publics une obligation de signalement des délits et crimes. Par ailleurs, la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption a instauré un régime de protection pour les salariés qui dénoncent des faits de corruption dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Ainsi, le salarié bénéficie d'une protection lorsqu'il relate ou témoigne « de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ».

La nouvelle loi propose un système de remontée des signalements sécurisé et par paliers, afin de garantir à la fois la protection du lanceur d'alerte mais aussi celle de la personne éventuellement mise en cause.

Pour assurer la mise en œuvre du dispositif, la loi impose dans un premier temps aux personnes morales de droit public (administrations de l'État, communes de plus de 10 000 habitants et EPCI dont elles sont membres, départements ou régions) et aux personnes de droit privé de plus de 50 salariés de se doter de procédures de recueil des alertes utilisables par leurs personnels, mais aussi leurs collaborateurs extérieurs et occasionnel.

L'article 11 prévoit un mécanisme d'injonction permettant au juge administratif d'ordonner la réintégration d'un agent public qui aurait fait l'objet d'une mesure de représailles au motif qu'il a lancé une alerte éthique.

Le Défenseur des Droits joue un rôle clé dans la mise en œuvre de ce dispositif. Il oriente, si besoin est, le lanceur d'alerte vers l'organisme compétent pour recevoir l'alerte. L'article 14 prévoyait les modalités selon lesquelles, conformément à la loi organique adoptée le 8 novembre 2016, le Défenseur des droits peut accorder, dans certains cas, une aide financière ou un secours financier à un lanceur d'alerte. Toutefois, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de cette loi organique. Par conséquent, l'article 14 de la loi était lui-même contraire à la Constitution.

C. Le reporting financier

Pour le gouvernement, la création d'une obligation de reporting financier pour les multinationales (autrement appelé « reporting pays par

pays »), dans la loi de finances pour 2016, a été un outil utile et puissant pour lutter contre l'optimisation fiscale agressive des plus grandes multinationales en permettant aux administrations fiscales de mieux contrôler les pratiques de transfert de bénéfices et de base taxable vers des États à fiscalité privilégiée

La loi Sapin 2 avait pour objet de rendre accessible au grand public la publication de données sur l'activité des entreprises (nombre de salariés, chiffre d'affaire, impôts sur les bénéfices). Mais le Conseil constitutionnel a estimé que l'article 137 de la loi portée par le ministre de l'Économie et des Finances portait une « atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre ».

Les dispositions retoquées auraient contraint, à partir du 1^{er} janvier 2018, les sociétés au chiffre d'affaires de plus de 750 millions d'euros à mettre en ligne chaque année un rapport contenant de précieuses informations : nombre de salariés, chiffre d'affaires net, montant de l'impôt sur les bénéfices acquitté, etc. *Le tout pays par pays, et « dans un format de données ouvertes, gratuites, centralisées et accessibles au public ».* (Next impact).

D. La réforme de la domanialité publique

On peut noter également que la loi permet au Gouvernement de moderniser et de simplifier par ordonnance le droit de la domanialité publique. Afin de valoriser le domaine public dans l'intérêt général, il est prévu en particulier de créer des obligations de publicité et de mise en concurrence pour l'attribution de titres d'occupation temporaire du domaine ou de cession de biens immobiliers nécessaires à l'exercice d'une activité économique.

Ces mesures s'inscrivent dans la perspective de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « loi Sapin », qui avait imposé des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables à la conclusion des contrats de délégation de services publics.

E. Les marchés publics

Concernant les marchés publics, la loi supprime le dispositif des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus prévu à l'article 32 de l'ordonnance n° 2015-899. Elle renforce les obligations de motivation applicables aux acheteurs qui décident de ne pas allouer un marché public.

Le texte supprime une complexité introduite par la réforme de 2016 du droit des marchés publics,

relative à la preuve à apporter que l'attributaire d'un marché public n'a pas fait l'objet d'une condamnation pénale constitutive d'une interdiction de soumissionner en application de l'article 45 de l'ordonnance. À l'article 52 de l'ordonnance, la loi encadre le recours à un critère unique pour l'attribution des marchés publics.

Les modifications de l'article 69 de l'ordonnance concernent l'identification des équipes de maîtrise d'œuvre intervenant dans les marchés de partenariat. Le texte introduit l'obligation pour l'acheteur de détecter les offres anormalement basses de

manière à les écarter (art. 53 de l'ordonnance). Le texte exempté également les offices publics de l'habitat de l'obligation de verser des avances, acomptes, règlements partiels définitifs ou de solde dans le cadre d'un marché public (Localtis info).

On peut noter par ailleurs que l'article 54 ouvre aux conseils régionaux, lorsqu'ils attribuent des aides publiques aux entreprises, l'accès à la base de données des fichiers bancaires des entreprises (FIBEN), tenue par la Banque de France, qui évalue le risque-crédit des entreprises.

3 La modernisation de la vie économique

A. La mobilisation des ressources financières des investisseurs au service de l'économie réelle

1. Faciliter l'accès à de nouvelles sources de financement pour les entreprises et les projets d'infrastructure

La loi prévoit d'aménager un cadre réglementaire au niveau national qui soit plus propice à ce type de financements de marché. Concrètement, il s'agit de permettre à certains fonds d'octroyer des prêts en direct aux entreprises et de plus facilement financer en dette les projets d'infrastructure.

2. La mobilisation de l'épargne des Français vers le financement d'entreprises sociales et solidaires

Les épargnants auront, chaque année, la possibilité d'affecter sous forme de don une partie de l'encours de leur LDD à une entité de l'économie

sociale et solidaire (ESS), c'est-à-dire à l'ensemble des associations, coopératives, mutuelles, fondations et sociétés commerciales ayant un impact social.

B. Mieux encadrer la rémunération des dirigeants d'entreprise

Le texte renforce aussi l'encadrement de la rémunération des dirigeants d'entreprises cotées par les assemblées générales, en imposant un vote préalable et contraignant des actionnaires.

Ainsi, dès l'année prochaine, les conditions de rémunération des dirigeants de ces entreprises ne pourront être fixées sans l'accord des actionnaires. En outre, à partir des assemblées générales statuant sur les comptes de l'exercice 2017, le versement de l'intégralité de leurs éléments de rémunération variables et exceptionnels sera conditionné à l'approbation des actionnaires. ■