

Paris, le 15 juin 2016

12-14 rue Charles Fourier

75013 PARIS

Tel 01 48 05 47 88

Fax 01 47 00 16 05

Mail : contact@syndicat-magistrature.org

site : www.syndicat-magistrature.org

OBSERVATIONS DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE SUR LE PROJET DE LOI RELATIF À LA TRANSPARENCE, À LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET À LA MODERNISATION DE LA VIE ÉCONOMIQUE

Suite à l'adoption par l'Assemblée nationale du texte du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie publique, le Syndicat de la magistrature a été sollicité par le rapporteur de la Commission des lois du Sénat pour faire connaître ses observations sur un certain nombre d'articles.

Sans prétendre à un examen exhaustif du texte, le Syndicat de la magistrature expose ci-dessous ses conceptions sur des points saillants du projet en regrettant que, même s'il présente des avancées intéressantes, ce texte ne traduise pas une réelle volonté politique d'en finir avec la corruption et l'évasion fiscale.

L'Agence française anti-corruption

Le chapitre Ier du projet crée un service à compétence nationale chargé de la prévention et de l'aide à la détection de la corruption et devenu, devant l'Assemblée nationale, l'Agence française anti-corruption (AFA). Elle succède à la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés (MIEM), supprimée en 2012 sans avoir eu d'activité notable, et au Service central de prévention de la corruption (SCPC), dépourvu de pouvoirs d'investigations et en définitive, peu efficient.

Dès lors, le Syndicat de la magistrature ne peut que se féliciter de l'institution d'une telle agence dont l'existence était réclamée par la Commission

européenne depuis 2014. Pour autant, la composition et les missions, de même que les moyens qui lui seront alloués, ne lui permettront sans doute pas de jouer le rôle qu'on était en droit d'espérer.

L'AFA sera ainsi dirigée par un magistrat de l'ordre judiciaire, hors hiérarchie, nommé par décret du Président de la République pour une durée de six ans non renouvelable, ce qui devrait lui conférer l'indépendance nécessaire. Elle comporte une commission des sanctions - chargée de prononcer les sanctions en cas de manquement aux recommandations émises en cas de contrôle - composée de six membres émanant de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes et nommés par décret pour cinq ans non renouvelables.

L'ensemble de ces membres seront soumis à l'obligation de remettre des déclarations d'intérêt à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique.

Si ces dispositions sont de nature à renforcer l'indépendance des membres de l'AFA, un péché originel résulte de ce que l'agence est placée sous l'autorité conjointe du ministre de la Justice et du ministre des Finances, tandis que le SCPC ne dépendait que du premier.

L'instauration de cette double tutelle va à l'encontre du contenu même du texte de l'article 2 selon lequel « Le magistrat qui dirige l'agence ne reçoit et ne sollicite d'instruction d'aucune autorité administrative ou gouvernementale dans l'exercice » de ses missions de contrôle. Il est en effet à craindre que deux ministres au lieu d'un puissent avoir des raisons de s'inquiéter des activités de l'Agence sur laquelle ils auront de fait des moyens de pression puisqu'ils pourront par exemple lui demander de réaliser des missions de contrôle du respect par certaines entreprises de prendre des mesures anti-corruption. De même, l'agence sera amenée à rédiger des recommandations destinées à aider les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et les sociétés d'économie mixte dans la mise en œuvre de procédures internes anti-corruption. Elle agira alors après concertation avec avec les différentes administrations. La porosité entre l'agence et les deux ministères concernés est consubstantielle à son fonctionnement qu'elle risquera de vicier. Seul un statut d'autorité administrative indépendante lui aurait permis d'exercer efficacement la plénitude de ses missions.

Les missions de l'AFA ont plusieurs objets revendiqués :

- Mieux appréhender le phénomène de la corruption en centralisant les informations, en participant à la coordination administrative et en soutenant les services de l'Etat, des collectivités territoriales mais aussi les personnes physiques ou morales (ce qui vise notamment les lanceurs d'alerte)
- Vis à vis des acteurs publics, élaborer des recommandations et réaliser des missions de contrôle
- Vis à vis des acteurs économiques, élaborer des recommandations, réaliser des missions de contrôle au sein des entreprises, contrôler l'exécution des peines de mise en conformité prononcées par les tribunaux et par les autorités étrangères (au regard de la loi de blocage).

L'Assemblée nationale a notamment ajouté à la liste de ces missions la possibilité pour l'AFA de délivrer des avis aux autorités judiciaires sur leur demande et l'obligation d'élaborer un rapport annuel d'activité qui est rendu public. Ces dispositions, dont la mise en œuvre avait été réclamée au cours des débats parlementaires, sont essentielles pour assurer la visibilité des actions de l'Agence anti-corruption et pour renforcer ses liens avec l'autorité judiciaire. Leur inscription dans la loi doit être soulignée.

Mais ce programme ambitieux restera lettre morte si l'AFA ne dispose pas des moyens indispensables. Actuellement, le SCPC dispose de l'appui de 16 personnes et d'un budget difficilement identifiable puisque mutualisé avec celui des directions du ministère de la Justice. A titre de comparaison, l'agence anti-corruption italienne rassemble 350 collaborateurs répartis dans 25 bureaux dans tout le pays et son budget est évalué à 55 millions d'euros.

Autant dire que la prévision française qui consisterait à affecter à l'AFA 60 à 70 personnes avec un budget de 10 à 15 millions d'euros risquent d'être insuffisante et de ne pas permettre à cette agence, dont la création est brandie comme le remède à la corruption, d'atteindre ses objectifs.

La protection des lanceurs d'alerte

La définition du lanceur d'alerte et l'exonération de responsabilité pénale (articles 6A et 6B)

Les dispositions sur la protection des lanceurs d'alerte ont fait l'objet, lors du dernier examen du texte par l'Assemblée, d'une série d'amendements modifiant le dispositif de manière significative.

En premier lieu, le texte, dans sa nouvelle rédaction, introduit une définition générale des lanceurs d'alerte à protéger.

Jusqu'ici, seules certaines catégories de lanceurs d'alerte étaient protégées dans des dispositions législatives éparses.

Le Syndicat de la magistrature est satisfait de l'introduction dans le projet de loi d'une telle définition générale. Le fait que le champ d'application du droit d'alerte, visé par cette définition, ne se limite pas à des faits illégaux est également positif.

Néanmoins, la mention, quant aux fait illégaux donnant un droit d'alerte, de ce que les manquements à la loi ou au règlement concernés par ce droit doivent être « graves », crée pour l'éventuel lanceur d'alerte une insécurité juridique, le critère de gravité du manquement étant difficile à apprécier et très subjectif.

De même, la restriction du droit d'alerte, quant aux faits non illégaux, à des « faits présentant des risques ou des préjudices graves pour l'environnement ou pour la santé ou la sécurité publique » fait perdre sa portée à la protection. En effet, une telle définition exclut toute protection du lanceur d'alerte révélant des actes d'optimisation fiscale agressive, lesquels ne sont ni des crimes ou délits, ni des manquements graves à la loi ou au règlement et ne présentent pas directement de risques ou préjudices graves pour l'environnement ou pour la santé.

Or les derniers scandales financiers dénoncés par des citoyens soucieux de l'intérêts général, avaient bien trait à cette question de l'optimisation fiscale agressive (affaire Luxleaks, affaire des Panama papers).

L'équilibre entre la protection du secret des affaires et la protection des lanceurs d'alerte est suffisamment assuré d'une part par l'exigence que le lanceur d'alerte ait agit « de bonne foi et dans l'intérêt général » « sans espoir d'avantage propre ni volonté de nuire à autrui » et d'autre part, par la condition d'une divulgation « nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause » (tel que prévu par l'article 6B pour neutraliser la responsabilité pénale des lanceurs d'alerte).

Il n'est pas nécessaire de limiter le champ d'application de la protection.

Les destinataires de l'alerte

L'article 6C prévoit que l'alerte est d'abord portée à la connaissance de la personne de confiance désignées par l'employeur ou, à défaut du supérieur

hiérarchique direct ou de l'employeur. Puis, si aucune suite n'est donnée « dans un délai raisonnable », l'alerte peut être adressée à « l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative, au Défenseur des droits, aux instances représentatives du personnel, aux ordres professionnels ou à toute association régulièrement déclarée depuis moins de cinq ans à la date de l'alerte se proposant par ses statuts d'assister le lanceur d'alerte », et à défaut de prise en compte par ces organismes, l'alerte peut être rendue publique.

Le préalable de l'alerte à l'employeur interroge. En effet, même si les dispositions suivantes du projet de loi interdisent toute mesure discriminatoire, sanction, ou licenciement à l'encontre du lanceur d'alerte, lorsque le salarié exerce son droit d'alerte, son statut de lanceur d'alerte n'est pas encore bien établi et il n'est donc pas à l'abri de sanction de la part de son employeur bien souvent à l'origine des faits révélés. Par ailleurs, la notion de « délai raisonnable » après lequel l'alerte peut être donnée à des organismes, est une notion trop vague pour être protectrice. Il conviendrait donc de supprimer le préalable de l'alerte à donner à l'employeur.

La publicité de l'alerte possible, uniquement en cas « de défaut de prise en compte » par les organismes destinataires des informations, est, elle aussi problématique dans une démocratie. Les citoyens ont le droit d'être informés de l'existence de faits suffisamment graves pour offrir une protection à ceux qui les révèlent et ce, même si les organismes saisis prennent en compte l'alerte. Cette disposition est d'autant plus contestable que la rédaction du texte impose l'interdiction de publicité à tous et pas seulement aux lanceurs d'alerte. Or, d'une part, les organismes saisis devraient pouvoir rendre publique l'information qui leur a été révélée et d'autre part une interdiction aussi large porte atteinte à la liberté de la presse, alors même que le secret de la défense nationale, le secret médical et le secret des relations avocat-client sont déjà protégés.

La création d'une nouvelle infraction pénale de divulgation d'éléments permettant d'identifier les lanceurs d'alerte

Si l'utilisation du droit pénal permet de marquer de manière forte la désapprobation de la société à l'encontre d'un comportement, en l'espèce, la création de cette nouvelle infraction ne paraît pas pertinente. La révélation de l'identité du lanceur d'alerte, dès lors que celui-ci bénéficie d'un statut, n'est pas l'enjeu de la protection.

En outre, le faible nombre de poursuites pénales visant les infractions susceptibles d'être révélées par un lanceur d'alerte laisse craindre une

absence totale de poursuites, si bien qu'il ne s'agirait que d'une infraction d'affichage.

La mobilisation de la responsabilité civile, en cas de révélation préjudiciable, paraît plus adaptée.

L'interdiction des discriminations à l'encontre des lanceurs d'alerte et la protection de leur emploi

Ces dispositions sont satisfaisantes, notamment celles qui aménagent la charge de la preuve.

La création d'une infraction d'obstacle à l'exercice du droit d'alerte

La création de cette infraction paraît de nature à participer utilement à la protection des lanceurs d'alerte et au droit de chaque citoyen à être informé.

L'augmentation du maximum de l'amende civile en cas de constitution de partie civile abusive ou dilatoire pour diffamation contre un lanceur d'alerte, de 15 000 euros à 30 000 euros.

Cette disposition n'appelle pas d'observations.

L'aide financière accordée par le Défenseur des droits, sans préjudice de l'aide juridictionnelle

Cette disposition paraît susceptible de faciliter la protection des lanceurs d'alerte. Néanmoins la question de savoir si le Défenseur des droits est l'organe le plus adapté se pose. Le Défenseur des droits lui-même dans son avis du 23 mai 2016 (avis 16-13) souligne que si le législateur envisage de lui donner un tel rôle, une nouvelle rédaction de l'article 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 s'imposera.

Les mesures de lutte contre la corruption et divers manquements à la probité.

L'article 8 impose une obligation aux présidents, directeurs généraux et gérants de grandes sociétés de prendre des mesures pour prévenir et détecter des faits de corruption et trafic d'influence : code de conduite, dispositif d'alerte interne, cartographie des risques, procédures d'évaluation des clients, fournisseurs et intermédiaires, procédures de contrôle

comptables, dispositif de formation des cadres et personnels exposés, régime disciplinaire en cas de violation du code de conduite.

L'Agence française anticorruption est chargée de s'assurer de la mise en œuvre de ces mesures et, en cas de manquement, peut adresser un avertissement aux représentants de la société. Elle peut saisir la commission des sanctions pour qu'une injonction, voire une sanction pécuniaire (d'un montant maximal de 200 000 euros) soit infligée. Ces deux mesures peuvent être doublées d'une obligation de publication ou d'affichage de la décision d'injonction ou de sanction pécuniaire. Le texte organise une forme de contradictoire, prévoit une prescription de trois ans et un recours de pleine juridiction contre les sanctions.

Le Syndicat de la magistrature n'est pas opposé à un tel dispositif.

L'agence française anticorruption (AFA) pourra être saisie par la HATVP (Haute autorité pour la transparence de la vie publique) ou une association agréée par le ministre de la justice pour la lutte contre la corruption d'une demande tendant à réaliser un contrôle des obligations de mettre en place des mesures pour prévenir et détecter des infractions de corruption, trafic d'influence, concussion, prise illégale d'intérêt, détournement de fonds publics ou de favoritisme.

Le Syndicat de la magistrature n'a pas d'observation sur le principe de cette saisine de l'agence, mais estime que la condition d'agrément par le ministère de la justice de l'association de lutte contre la corruption est trop restrictive. Toute association qui se donne pour objet de lutter contre la corruption devrait pouvoir saisir l'autorité (ou à défaut, toute association qui se donne pour objet la lutte contre la corruption depuis cinq années).

L'article 9 crée une nouvelle peine, applicable aux personnes morales. Il s'agit, sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, de se soumettre pour une durée maximale de cinq ans à un programme de mise en conformité afin que soient organisées des procédures pour prévenir et détecter la commission de faits de corruption ou de trafic d'influence.

Sur le principe, il apparaît pertinent de doubler de mesures proactives les sanctions financières purement rétributives et dissuasives applicables aux personnes morales.

On peut toutefois s'interroger sur l'identité entre cette peine et les obligations prévues par l'article 8 qui s'imposent déjà à un nombre important de sociétés (code de conduite, dispositif d'alerte interne, cartographie des

risques, procédures d'évaluation des clients, fournisseurs et intermédiaires, procédures de contrôle comptables, dispositif de formation des cadres et personnels exposés, régime disciplinaire en cas de violation du code de conduite). Il est vrai que le champ en sera plus large.

Le texte prévoit, à l'article 9 III, que si l'agence doit recourir à des experts pour l'assister dans ses analyses, les frais sont supportés par la personne morale condamnée, dans la limite du montant de l'amende encourue. Si la volonté de ne pas faire supporter à la collectivité le coût important de ces vérifications est compréhensible, le Syndicat de la magistrature s'interroge sur l'imputation à la personne morale du coût de l'expertise.

La peine ainsi créée peut donner lieu à sanction en cas de défaut d'exécution (« s'abstenir de prendre les mesures nécessaires ») ou d'obstacle à la bonne exécution. Le nouvel article 434-43-1 du code pénal permet d'abord de sanctionner les organes ou représentants de la personne morale condamnée d'une peine de deux ans d'emprisonnement et 50 000 euros d'amende. La peine ainsi applicable est relativement peu importante, à tout le moins s'agissant de l'amende.

La personne morale peut être également sanctionnée et l'amende encourue pour le délit initialement commis est alors applicable, ainsi que les autres peines encourues. Le Syndicat de la magistrature n'a pas d'observations sur ce point.

La personne physique comme la personne morale encourent en outre la peine complémentaire d'affichage ou de diffusion de la décision prononcée : au regard de la nécessité de lutter contre les formes d'impunité (ou de tolérance sociale) dans cette matière, il convient de soutenir cette mesure.

Le projet de loi adopte une organisation curieuse : en effet, le procureur est chargé du contrôle de l'exécution de la peine mise en œuvre par l'Agence française anticorruption, il est également l'interlocuteur de la personne morale qui peut l'informer de toute difficulté et, assurément, l'autorité de poursuite en cas de manquement. Mais le juge de l'application des peines intervient de manière résiduelle : il peut être saisi pour mettre fin de manière anticipée à la mesure. Il semblerait donc qu'aucune procédure ne soit prévue pour modifier les obligations afférentes à cette peine : la liste des sept mesures et procédures à mettre en œuvre s'appliquerait donc impérativement et sans exception à l'ensemble des personnes morales condamnées et le « rappel des obligations » semble être laissé à la seule agence. Dans ce cas, alors que la sanction en cas de non respect relève du tribunal correctionnel, pourquoi faire intervenir le juge de l'application des

peines de manière si résiduelle et ne pas prévoir, soit qu'il soit entièrement en charge de la mesure (et transmette au procureur pour poursuite en cas de manquement), soit que la fin anticipée de la mesure relève d'une saisine du tribunal au fin de relèvement de la peine, à compter de la durée d'une année ?

Le texte de l'article 9bis nouveau a été supprimé. Il prévoyait une exemption de peine pour les repentis en matière de corruption, et non plus seulement la réduction du tiers de la peine applicable aux repentis au motif que celle-ci ne serait pas suffisamment incitative.

Le Syndicat de la magistrature est favorable à la suppression de ce dispositif d'exemption de peine.

L'article 10 prévoit de rendre obligatoire le prononcé de la peine complémentaire d'inéligibilité, sauf décision spécialement motivée pour certaines atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique (discrimination, corruption passive, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, atteinte à la liberté d'accès sur les marchés publics et délégations de service public, soustraction ou détournement de biens, tous faits caractérisés par le fait que leur auteur exerce une fonction publique mais également les faits de corruption active et de trafic d'influence commis par des particuliers).

Si le Syndicat de la magistrature se donne pour mission de lutter contre les formes d'impunité et de porter la critique sur la faiblesse comparative des peines prononcées en matière économique et financière par rapport à celles de la petite délinquance, il reste résolument opposé à tout principe d'automatisme dans le prononcé d'une peine, fût-elle inspirée par des principes salutaires. Il est donc hostile à l'instauration d'une peine d'inéligibilité obligatoire.

Il demeure convaincu toutefois que, par les pratiques et la formation, le recours à ce type de sanction, dissuasive et parfaitement adaptée à la délinquance commise par des responsables élus, devrait être développé.

L'article 11 aggrave les peines encourues pour un certain nombre de délits en créant deux types de circonstances aggravantes : la bande organisée ou les faits « réalisés ou facilités au moyen de l'interposition de personnes physiques ou morales ou d'un organisme établis à l'étranger ».

Le Syndicat de la magistrature rappelle que la circonstance de bande organisée doit être strictement appréciée au regard de la définition de

l'article 132-71 du code pénal et ainsi clairement réservée aux situations de groupement ou d'entente constitués pour la commission de l'infraction et caractérisée par des faits matériels suffisants. En effet, cette circonstance aggravante emporte des effets lourds : non seulement au titre de l'aggravation des peines prévues par les textes mais également l'application (ainsi que le fait l'article 12 quater nouveau du texte) de certaines techniques spéciales d'enquête listées par l'article 706-1-1 du code de procédure pénale, excluant notamment les gardes à vue prolongées.

Sur ce dernier point, le Syndicat de la magistrature a toujours contesté la possibilité de recourir à ces techniques dans le cadre d'enquêtes placées sous le contrôle du procureur de la République et rappelle la nécessité que de telles mesures soient réservées aux procédures d'informations judiciaires, lesquelles doivent avoir vocation à être développées.

La nouvelle circonstance aggravante tenant à l'interposition de personnes physiques ou morales ou d'organismes établis à l'étranger, cet amendement vise l'interposition des sociétés offshore. Cette évolution est souhaitable.

Toutefois, l'aggravation des peines afférentes, qui conduit à criminaliser ces infractions, et donc les faire relever de la cour d'assises, suscite des interrogations. Si une telle mesure présente l'intérêt de désigner symboliquement, dans l'échelle des peines, ces faits comme particulièrement graves et dommageables à la société, la voie choisie paraît disproportionnée et en décalage au regard des peines actuelles. Pour autant, le Syndicat de la magistrature ne s'oppose pas à l'aggravation des peines (notamment d'amende) pour ces délits.

Mais, porteur d'une réflexion plus globale sur la restriction du champ de la criminalisation, il émet des réserves sur la criminalisation des faits visés aux articles 432-11 (trafic d'influence), 432-15 (détournement de fonds public) et 433-1 (corruption d'agent public national), 434-9 (entrave à l'exercice de la justice), 435-1 et 435-3 (corruption d'agent public étranger), 435-7 et 435-9 (corruption et trafic d'influence actif et passif du personnel de juridiction étrangère ou internationale).

L'article 12 crée une nouvelle exception à la compétence territoriale en prévoyant de rendre applicable la loi française et compétente la juridiction française pour les faits commis à l'étranger par un français mais également par une personne « résidant habituellement ou exerçant tout ou partie de son activité économique sur le territoire français ». Le Syndicat de la magistrature est favorable à cette évolution qui permettra de lutter contre l'impunité tirée de la commission des principaux actes à l'étranger.

Le texte prévoit en outre la possibilité de poursuivre en France le complice d'une infraction commise à l'étranger sans exiger la constatation préalable à l'étranger de l'infraction par une décision définitive de la juridiction étrangère. Le Syndicat de la magistrature est favorable à cette évolution qui impliquera toutefois que les juridictions françaises maintiennent des exigences fortes pour réunir les éléments relevant de l'infraction et les éléments de fait spécifiques à la complicité.

L'article 12 bis A introduit dans le code de procédure pénale la jurisprudence constante reportant le point de départ de la prescription des infractions occultes et dissimulées. Ce report est essentiel à la lutte contre l'impunité en matière économique et financière mais nécessite une rédaction restrictive afin de ne pas réduire à néant le principe de la prescription pénale.

La création d'un répertoire numérique des représentants d'intérêts

L'article 13 du projet de loi prévoit la création d'un répertoire numérique des représentants d'intérêts. Les informations, notamment sur le champ des activités de représentation d'intérêts et les bilans semestriels de ces activités sont transmis à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, puis celle-ci diffuse, par l'intermédiaire « d'un service de communication au public en ligne » un répertoire numérique les regroupant, ainsi que les bilans trimestriels.

La création d'un tel registre est de nature à assurer une meilleure transparence des relations entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics.

Sont concernés par l'obligation de déclaration ceux « dont l'activité principale ou accessoire a pour finalité d'influer pour leur compte propre ou celui de tiers, sur la décision publique, notamment sur le contenu d'une loi ou d'un acte réglementaire ».

L'introduction dans le projet, suite aux recommandations du Conseil d'Etat, au titre de la définition des représentants d'intérêts de la notion d'activité « accessoire » - alors que jusque-là seule l'activité principale était visée - est très satisfaisante. Il en est de même de la précision que le représentant d'intérêt souhaite influencer « notamment sur le contenu d'une loi ou d'un acte réglementaire » alors que l'influence sur la loi et le règlement était auparavant le but exclusif de l'activité visée.

Le Syndicat de la magistrature se félicite également de ce que désormais le texte vise les relations des représentants d'intérêt avec les présidents de conseil régional ainsi qu'avec les maires de communes de plus de 20 000 habitants, de même que les directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinets de ces autorités. En effet, il existe également au niveau des collectivités territoriales des enjeux importants d'investissements et commande publics, comme le Conseil d'Etat l'avait souligné.

Pour autant, le dispositif reste insuffisant. En effet le texte n'exige pas que les représentants d'intérêts transmettent leurs « propositions normatives », c'est-à-dire leurs propositions d'amendements, de textes de loi, de décrets, ni, comme l'avait suggéré la HATVP, que la liste des personnes entendues au cours de l'élaboration d'un texte normatif, soit jointe à ce texte.

De même, l'exigence d'une mise en demeure préalable, adressée par la Haute autorité, au représentant d'intérêts d'avoir à respecter ses obligations, avant qu'une sanction puisse être prononcée, si un nouveau manquement est commis dans le délai de 5 ans à compter de la première mise en demeure, diminue grandement l'aspect dissuasif de la sanction.

La convention de compensation d'intérêt public

Le Syndicat de la magistrature est fermement opposé au développement d'une « convention judiciaire d'intérêt public », forme de transaction pénale pour une liste de délits associés à la corruption. Il n'est pas acceptable de tirer argument des insuffisances - criantes - de la répression de ces infractions graves pour développer des voies privilégiées de traitement de ces infractions au profit des auteurs de ces infractions.

En effet, l'article 12bis du projet de loi instaure dans le code de procédure pénale une convention de compensation d'intérêt public. Il s'agit, tant que l'action publique n'a pas été engagée au niveau de l'enquête de permettre au procureur de la République de proposer à une personne morale une convention judiciaire d'intérêt public qui lui imposerait de verser une amende pénale d'intérêt public dont le montant maximal correspond à 30% du chiffre d'affaire de l'entreprise, de se soumettre à ses frais à un programme de mise en conformité sous le contrôle de l'AFA, d'indemniser la victime. Il est plus que regrettable que la peine complémentaire d'exclusion des marchés publics ne figure pas au nombre des sanctions applicables.

La personne morale pourra être assistée d'un avocat et la convention sera soumise par le parquet à l'homologation d'un juge statuant en audience publique. La personne morale peut exercer son droit de rétractation en cours

de processus. La convention peut également être mise en œuvre au cours d'une information judiciaire. Cette faculté comporte un risque évident de détournement par les parties qui pourront avoir un intérêt à conclure une telle convention à un stade précoce pour éviter que des investigations supplémentaires ne permettent la découverte de faits de plus grande ampleur ou l'implication de tierces personnes.

Les représentants légaux de la personne morale demeurent responsables en tant que personnes physiques.

La décision de validation de la convention n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'est dès lors pas inscrite au casier judiciaire de la personne morale mais le montant de l'amende pénale de compensation et la convention sont publiés sur le site de l'AFA. L'exécution des obligations éteint l'action publique.

En choisissant de proposer une telle transaction, le projet de loi tourne résolument le dos à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité qui pourrait avoir des effets similaires mais qui aboutirait à un véritable jugement correctionnel.

Des griefs avaient été énoncés au regard de la première rédaction du texte. Il avait en effet été vivement reproché à ce mécanisme de permettre, en échange d'une amende de compensation certes lourde, une déresponsabilisation pénale de la personne morale.

Ils demeurent d'actualité notamment en raison de la disparition de la notion de culpabilité : l'action publique est éteinte et aucune condamnation n'est ni prononcée, ni a fortiori inscrite au casier judiciaire. Elle ne peut constituer de ce fait le premier terme d'une éventuelle récidive.

Les personnes morales auxquelles pourraient être reprochés des faits de corruption se trouveraient, au contraire de celles qui commettent d'autres infractions économiques et financières, dans une situation bien plus favorable dès lors qu'elles auraient pu acheter, même cher, leur impunité. Ce dispositif consacre une rupture d'égalité dommageable entre ces personnes morales.

Dans cette hypothèse, les améliorations réelles de la rédaction du texte mentionnant la possibilité d'exercer des poursuites contre les personnes physiques et exigeant que la procédure d'homologation se fasse publiquement sont à saluer mais elles ne suffiront pas à compenser le vice originel qui supprime la notion de culpabilité et ses effets. En effet, il est

possible que les personnes morales n'acceptent le principe de la convention de compensation que si le parquet renonce à la poursuite des dirigeants qui mèneront de fait les négociations.

Par ailleurs, si le montant maximal de l'amende de compensation encouru est important, il ne sera dissuasif que si les parquets le proposent effectivement et si les juges homologuent la convention. Les montants retenus en réalité risqueront d'être bien plus faibles d'autant que la notion même de transaction invite en général ceux qui la mettent en œuvre à proposer, pour l'obtenir, des montants de sanctions raisonnables.

Le Syndicat de la magistrature ne peut se contenter de ce que, sous le prétexte d'une meilleure répression de la corruption, on introduise dans la loi un dispositif ayant pour objet de permettre aux personnes morales d'échapper moyennant finance à toute condamnation.

L'efficacité de la justice en matière de lutte contre la corruption, notamment internationale, dépend également de l'attribution de moyens matériels et humains aux services enquêteurs comme aux magistrats et de la mise en œuvre de réelles garanties d'indépendance du parquet. De même, la levée du secret défense doit être facilitée. Permettre aux grandes entreprises, et par suite à leurs dirigeants, d'acheter leur impunité ne peut être la solution.

Le Syndicat de la magistrature exprime son hostilité la plus totale à l'introduction d'une procédure inspirée des systèmes anglo-saxons. Il rappelle les observations faites avec de nombreuses organisations engagées pour la lutte contre l'impunité (<http://www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/note-loi-transparence-3.pdf>) qui n'a pas démontré son efficacité outre atlantique (alors même qu'elle s'inscrit dans un contexte où la répression de ces faits est par ailleurs bien plus lourde) et dévoie de manière très grave les équilibres et principes de notre procédure pénale.

Les limites à l'immunité d'exécution des états étrangers

Si les dispositions sont, selon l'avis du Conseil d'Etat, strictement conformes au droit international, que cela soit celui des conventions ou des coutumes internationales, elles vont compliquer singulièrement l'exécution des jugements obtenus contre un état étranger. En effet, alors même que l'Etat a bien été condamné par un jugement, il faudra à celui qui aura gagné son procès, déjà certainement difficilement, saisir à nouveau un juge pour obtenir l'autorisation d'exécuter la décision en procédant à une saisie. Il lui appartiendra alors de démontrer que le bien visé relève de l'activité

commerciale de l'état condamné. Or, avant toute saisie cette preuve est impossible à rapporter. Notamment comment déterminer qu'un compte bancaire est utilisé ou même seulement « destiné à être utilisé » comme le précise la texte, « dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique » ?

Le Rapport – ou reporting - public pays par pays

Il existe déjà un reporting « confidentiel » à destination de l'administration fiscale. L'article 45 bis, issu d'un amendement parlementaire, imposerait à certaines multinationale « un rapport public annuel relatif à l'impôt sur les bénéfices auxquels elles sont soumises ».

Selon certains, ce « reporting public » est un obstacle à la compétitivité des entreprises françaises et à la liberté d'entreprendre.

Le Conseil constitutionnel, saisi de la constitutionnalité de la loi de Finance 2016, a, dans une décision du 29 décembre 2015, déclaré constitutionnel le « reporting confidentiel », créé à l'article 223 quinquies du le code général des impôts.

Les députés requérants soutenaient que la disposition créant le reporting méconnaissait la liberté d'entreprendre dès lors que les sociétés sont contraintes de divulguer des informations stratégiques pouvant être transmises à des états étrangers sans qu'il soit garanti que ces états respectent le caractère confidentiel de ces informations.

Le Conseil constitutionnel a écarté ce grief en relevant que « les dispositions contestées se bornent à imposer à certaines sociétés de transmettre à l'administration des informations relatives à leur implantation et des indicateurs économiques comptables et fiscaux de leur activité ; que ces éléments, s'ils peuvent être échangés avec les états ou territoires ayant conclu un accord en ce sens, ne peuvent être rendus publics. »

Certains y ont vu l'interdiction du « reporting » public.

Néanmoins, il ressort également de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'il est loisible au législateur d'apporter des limitations à la liberté d'entreprendre, laquelle découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme, si ces limitations sont justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel veille à ce que ces limitations soient proportionnées à l'objectif poursuivi.

Et même si l'on considère que le reporting public pays par pays est une atteinte à la liberté d'entreprendre, cette atteinte est bien conforme à l'intérêt général puisqu'il s'agit d'informer les citoyens sur les assiettes fiscales des multinationales établies en France, et de prévenir en conséquence les comportements d'optimisation fiscale agressive. Ce reporting est également conforme aux exigences constitutionnelles puisque l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 dispose que « tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ».

Il suffit de définir limitativement et précisément les informations devant être déclarées dans ce rapport par les sociétés, comme le fait le projet de loi pour que cette atteinte à la liberté d'entreprendre, pour que cette atteinte soit proportionnée .

Le « reporting » public n'est donc pas contraire à la Constitution.

Pour que ce rapport public soit vraiment efficace, il est nécessaire qu'il couvre toutes les filiales des sociétés multinationales. En effet, il suffit d'une seule filiale dans un paradis fiscal pour que ses bénéfices y soient fictivement transférés et que le montage d'évasion fiscale ne puisse être facilement décodé.

Or le projet de loi n'impose l'obligation de rapport public, sans condition, que pour les filiales installées dans les pays de l'Union européenne ou dans les paradis fiscaux (dont la liste n'est pas définie). Pour les filiales hors Unions européenne, l'obligation ne s'imposera que si la société y a implanté plusieurs filiales, le nombre étant à fixer par décret.

Ainsi, alors même que cette obligation de rapport public n'est pas encore née, son efficacité est neutralisée.

La volonté du législateur, à la suite du gouvernement, de voir appliquer à ces sociétés multinationales, le « juste impôt » paraît bien faible. La mise en place du registre des « représentants d'intérêts » est décidément indispensable.

Les oubliés du projet de loi

La levée du « verrou de Bercy »

En matière de poursuites pénales pour fraude fiscale, le ministère public ne peut mettre en mouvement l'action publique que sur plainte préalable de l'administration déposée après avis conforme de la Commission des infractions fiscales.

Cette règle peut aboutir à une situation absurde : si au cours d'une enquête, le parquet découvre une infraction de fraude fiscale, il ne peut pas la poursuivre directement et doit en demander l'autorisation au ministère des Finances. Le faible nombre de poursuites pénales en matière fiscale démontre que ce verrou est bien trop efficace et interdit la mise en œuvre de sanctions en matière fiscale.

Le Syndicat de la magistrature déplore que ce projet de loi n'ait pas été l'occasion de supprimer enfin ce verrou, dont la Cour des comptes avait elle-même demandé la suppression.

L'élargissement du champ d'application de la procédure de l'abus de droit fiscal

La procédure de l'abus de droit fiscal permet à l'administration fiscale d'appliquer le juste impôt ainsi que des sanctions pécuniaires, par majoration d'impôt, à ceux qui ont pratiqué l'optimisation fiscale agressive. Mais aujourd'hui en application de l'article 64 du livre des procédures fiscales, cette procédure ne s'applique qu'aux actes qui « n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales », c'est-à-dire aux actes dont le but exclusif est de minorer ou d'échapper à l'impôt.

Or une telle limitation du champ d'application de cette procédure la rend totalement inopérante. Il est très difficile pour l'administration fiscale de démontrer que le transfert financier est exclusivement motivé par la volonté d'éluder ou atténuer la charge fiscale, d'autant que la recherche de ce critère s'anticipe facilement et que la procédure est aisément contournable.

Déjà, lors des débats parlementaires ayant précédé la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale, les sénateurs avaient voté un amendement visant à appliquer la procédure d'abus de droit lorsque la mesure d'optimisation fiscale avait pour « motif essentiel » de minorer ou d'échapper à l'impôt. Mais l'Assemblée nationale avait ensuite adopté un amendement du gouvernement visant à supprimer cette disposition.

Puis, lors de la discussion sur la loi de Finance 2014, les parlementaires avaient adopté, à son article 100, une disposition qui élargissait le champ d'application de la procédure de l'abus de droit fiscal aux actes « ayant un

caractère fictif ou ayant pour motif principal d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales ». Mais, le Conseil constitutionnel ayant considéré que cette disposition était contraire à la Constitution comme donnant une définition trop large de l'action et donc portant atteinte au principe de la légalité des peines, le champ de la procédure de l'abus de droit fiscal est toujours aussi restrictif et la procédure inefficace et facilement contournable.

Si l'intention du législateur, dans ces périodes d'austérité, est bien de lutter contre l'optimisation fiscale agressive, il est temps de rendre efficace, y compris à titre préventif, la procédure d'abus de droit fiscal en élargissant son champ d'application.

Cette procédure pourrait être étendue aux actes dont l'un des objectifs est l'éluder ou atténuer les charges fiscales.

La réforme des tribunaux de commerce

Un texte qui a la prétention d'améliorer la transparence, de lutter contre la corruption et de moderniser la vie économique ne pouvait faire l'impasse sur la nécessaire réforme des tribunaux de commerce que le Syndicat de la magistrature, avec d'autres, appelle de ses vœux depuis de longues années.

Ces juridictions se sont signalées par leurs dysfonctionnements qui sont inacceptables socialement et contre-productifs économiquement. Leurs dérives sont inhérentes à leur composition et au statut de leurs membres et ont été également dénoncées par des rapports parlementaires et d'inspections.

Le Syndicat de la magistrature rappelle qu'il sollicite que l'échevinage soit mis en place dans ces juridictions, d'autant que la pratique en œuvre en Alsace Moselle a fait la preuve de l'efficacité de ce système qui garantit la connaissance du tissu économique et la rigueur juridique des décisions rendues. Par ailleurs, le recrutement des juges consulaires doit être élargi afin de réduire la pratique actuelle de cooptation et leur indemnisation doit être instaurée. Cette mesure devra s'accompagner d'une formation approfondie et leur déontologie sera renforcée. En outre, l'activité des administrateurs et mandataires judiciaires devra être davantage encadrée. Enfin, les greffes de ces juridictions seront fonctionnarisés, le monopole actuel des greffiers de tribunaux de commerce ne pouvant être maintenu.

Les mesures envisagées dans le cadre du texte Justice du 21^{ème} siècle vont certes dans le bon sens mais elles sont notoirement insuffisantes.

