

CONSEIL D'ÉTAT

Assemblée générale

Séance du jeudi 24 mars 2016

**Section de l'intérieur
Section des finances
Section des travaux publics
Section sociale
Section de l'administration**

N° 391.262

**EXTRAIT DU REGISTRE
DES DÉLIBÉRATIONS**

**AVIS SUR UN PROJET DE LOI
relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption
et à la modernisation de la vie économique**

1. Le Conseil d'État a été saisi le 25 février 2016 d'un projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Outre les nombreuses corrections apportées à l'exposé des motifs et à l'étude d'impact, il a fait l'objet de cinq saisines rectificatives, dont trois le 23 mars.

2. Ce projet de loi, qui comprend soixante-deux articles, est organisé en sept titres.

Le titre I^{er}, intitulé « *De la lutte contre les manquements à la probité* », institue une Agence nationale de prévention et de détection de la corruption, en lieu et place de l'actuel service central de prévention de la corruption et avec des compétences élargies. Il comporte aussi des mesures de protection des lanceurs d'alerte, notamment dans le secteur financier, la création pour les dirigeants des entreprises d'une certaine taille d'une obligation de prévention des risques de corruption, dont la nouvelle agence assurera le respect, l'institution à l'encontre des personnes morales d'une nouvelle sanction pénale dite de mise en conformité des procédures de prévention et de détection des faits de corruption ainsi que l'organisation d'un dispositif alternatif aux poursuites pénales en matière de comportements économiques frauduleux, dénommée « convention de compensation d'intérêt public ». Il élargit à toutes les infractions d'atteinte à la probité le champ de la peine complémentaire de publicité des condamnations, il étend l'infraction de trafic d'influence à l'hypothèse où les faits impliquent un agent public étranger et il lève les obstacles à l'exercice de la compétence des autorités de poursuite françaises en matière de corruption et de trafic d'influence lorsque ces faits ont été commis à l'étranger.

Le titre II, intitulé « *De la transparence des rapports entre les acteurs économiques et les pouvoirs publics* », crée un répertoire numérique des représentants d'intérêts auprès des acteurs publics, dont la tenue est confiée à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP). Par ailleurs, il précise la liste des autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes entrant dans le champ des obligations de déclaration de patrimoine et d'intérêts prévues par la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Deux importantes habilitations à légiférer par ordonnance figurent en outre dans ce titre, l'une en vue de la modernisation et de la simplification du droit de la domanialité publique, l'autre en vue de la confection d'un code de la commande publique.

Le titre III, intitulé « *Du renforcement de la régulation financière* » renforce à plusieurs titres les pouvoirs répressifs de l'AMF et élargit le champ de la composition administrative devant elle. Il prévoit la transposition par ordonnance de la directive et du règlement relatifs aux abus de marché et consolide les pouvoirs de l'Autorité de contrôle prudentiel et de régulation (ACPR) pour faciliter si nécessaire le rétablissement de la situation financière et la « résolution » des organismes d'assurance et, enfin, il renforce la transparence et la sécurité des opérations sur produits dérivés. Ce titre a été complété, par une saisine rectificative, par un article complétant le code des procédures civiles d'exécution pour clarifier la protection conférée aux biens des États étrangers tout en protégeant la possibilité d'obtenir l'exécution des décisions de justice lorsque les biens visés ne sont pas couverts par des immunités.

Le titre IV, intitulé « *De la protection et des droits des consommateurs en matière financière* » prévoit la réduction de la durée de validité des chèques de douze à six mois, habilite le Gouvernement à transposer par ordonnance deux directives européennes, l'une relative aux comptes de paiement et l'autre aux services de paiement, interdit la publicité par voie électronique sur les instruments financiers hautement spéculatifs et risqués et prévoit la possibilité pour les détenteurs de livrets de développement durable d'en affecter chaque année, via leur établissement teneur de compte, une partie au financement, par don, des acteurs de l'économie sociale et solidaire.

Le titre V, intitulé « *De l'amélioration de la situation financière des entreprises agricoles et du financement des entreprises* », prévoit l'interdiction, pendant cinq ans, de la cession des contrats de vente de lait de vache, un renforcement de l'obligation de dépôt des comptes annuels des sociétés du secteur agricole et agroalimentaire, la réforme des règles relatives à la commercialisation des parts sociales des coopératives et au plafonnement de l'intérêt servi à leur capital et un renforcement de la réglementation des délais de paiement des entreprises. Il comporte trois habilitations sur le fondement de l'article 38 de la Constitution relatives, pour la première, à la réforme du régime prudentiel des activités de retraite professionnelle supplémentaire et à la modernisation de certains dispositifs de retraite supplémentaire à adhésion individuelle, pour la deuxième, à la modernisation du financement par dette des entreprises, notamment en ce qui concerne les émissions d'obligations, le dispositif de l'agent des sûretés, défini à l'article 2328-1 du code civil, et les organismes de placement collectif et, pour la troisième, à la séparation des entreprises d'investissement et des sociétés de gestion de portefeuille.

Le titre VI, intitulé « *De l'amélioration du parcours de croissance pour les entreprises* » modifie le régime fiscal des micro-entreprises pour mieux « lisser » dans le temps les effets du franchissement des seuils de chiffre d'affaires qui encadrent le bénéfice de ce régime. Il supprime l'obligation pour les micro-entreprises de détenir un compte bancaire professionnel, simplifie le passage du statut d'entrepreneur individuel à celui d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ou de société unipersonnelle et élargit le champ de la dispense de commissaire aux apports pour les petites entreprises. Il assouplit l'obligation, pour un futur chef d'entreprise artisanale, de suivre un stage de préparation à l'installation avant de pouvoir être immatriculé au répertoire des métiers et adapte, pour mieux les circonscrire, les obligations de qualification applicables à certaines activités artisanales. Il comporte enfin cinq habilitations à prendre des ordonnances, pour transposer la directive européenne relative aux qualifications professionnelles, pour simplifier les obligations de « reporting » (comptes et rapports à déposer) des entreprises prévues par le code de commerce, pour simplifier, dans ce même code, les procédures de prise de décision dans les sociétés, pour simplifier aussi les opérations concourant à la croissance de l'entreprises et enfin pour limiter aux fautes caractérisées le régime de la faute de gestion.

Le titre VII, intitulé « *Dispositions de modernisation de la vie économique et financière* » organise la filialisation de l'Institut d'émission des départements d'outre-mer (IEDOM) au sein de la Banque de France. Il précise les compétences des organes centraux des groupes bancaires coopératifs et mutualistes et leur impose d'adopter des procédures de prévention des conflits d'intérêts. Il permet aux sociétés de crédit foncier de refinancer des crédits immobiliers par le biais de prêts garantis ou de billets à ordre. Il modifie la hiérarchie des créanciers en cas de liquidation judiciaire des banques, également applicable en cas de « résolution », afin de faciliter la mise en œuvre des mesures dites de renflouement interne, c'est-à-dire par les actionnaires et les créanciers. Il prévoit un droit de communication au profit des agents de Pôle emploi chargés de la prévention des fraudes, sous réserve d'agrément et d'assermentation. Enfin ce titre comporte deux habilitations de l'article 38 de la Constitution, l'une en vue de la transposition de la directive européenne relative aux actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence et l'autre afin de recentrer les missions du fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages.

Les deux derniers articles sont relatifs à l'extension dans les collectivités d'outre-mer de certaines des dispositions du projet de loi et ils comportent les précisions et adaptations corrélatives.

3. Le Conseil d'État n'a pas jugé nécessaire de modifier cette structure et ces intitulés, à deux exceptions près : en premier lieu, les représentants d'intérêts au sens du projet de loi ne se réduisant pas aux acteurs économiques, l'intitulé du titre II a été remplacé par l'intitulé suivant « *De la transparence des rapports entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics* » ; en second lieu, les deux articles terminaux relatifs à l'outre-mer ont été inclus dans un titre VIII supplémentaire intitulé « *Dispositions relatives à l'outre-mer* ».

4. L'étude d'impact du projet transmise par le Gouvernement est apparue, pour beaucoup de dispositions, lacunaire ou insuffisante au regard des prescriptions de la loi organique du 15 avril 2009. Le Conseil d'État souligne en effet que, pour un projet de loi de cette nature, qui regroupe de très nombreuses mesures distinctes les unes des autres, c'est au titre de chaque article ou ensemble d'articles ayant le même objet que s'apprécie le respect des exigences relatives à l'étude d'impact. En outre, ce projet de loi comportant, en grande part, des dispositions qui tendent à modifier le comportement des acteurs économiques, la pertinence des solutions proposées et les conséquences qui en résulteront doivent être analysées avec une attention particulière.

Alerté par les rapporteurs du projet de loi, le Gouvernement a, par des saisines rectificatives, substantiellement complété et approfondi son étude d'impact initiale sur plusieurs points, notamment en ce qui concerne la protection des lanceurs d'alerte dans le secteur financier, le renforcement des sanctions administratives en matière de non-respect des délais de paiement et de manquements aux dispositions du code de la consommation, la modification des dispositions du code pénal et du code de procédure pénale relatives à la corruption et la sécurisation des opérations sur produits dérivés.

Toutefois, le Conseil d'État ne peut que constater que, dans plusieurs cas, l'étude d'impact qui accompagne ce projet de loi reste en-deçà de ce qu'elle devrait être, de sorte qu'il incombe au Gouvernement de l'améliorer encore avant le dépôt du projet de loi au Parlement. Tel est le cas, par exemple, de l'ouverture aux détenteurs de livrets de développement durable de la possibilité de dons au secteur de l'économie sociale et solidaire, pour laquelle il est seulement indiqué que la « *Fédération bancaire française (FBF) devrait fournir dans les semaines à venir le coût induit* » par « *l'adaptation du système d'information et de la chaîne de traitement par les réseaux distributeurs* » pour se conformer aux nouvelles dispositions. L'étude d'impact ne fournit pas d'éléments suffisants non plus sur les justifications et les effets attendus de la mesure consistant à ne plus exiger que le stage obligatoire d'installation des artisans soit un préalable à leur immatriculation au répertoire des métiers ; cette insuffisance est l'un des motifs qui ont conduit le Conseil d'État à ne pas retenir cette mesure.

5. Le projet de loi comporte dix-sept habilitations à légiférer par ordonnance en application de l'article 38 de la Constitution, dont cinq en vue de la transposition de directives européennes. Le Conseil d'État a veillé à définir avec une précision suffisante les finalités et le domaine d'intervention de ces ordonnances, sans descendre cependant dans un degré de détail excessivement contraignant au regard des finalités poursuivies. Par ailleurs, les formulations, qui étaient variables dans le projet du Gouvernement, ont été harmonisées. Ainsi, le délai prescrit pour le dépôt du projet de loi de ratification a été fixé uniformément à trois mois et, sauf lorsque cela était sans objet, une mention spécifique d'habilitation relative à l'extension et l'adaptation dans les collectivités d'outre-mer a été généralisée, avec une rédaction permettant d'étendre et adapter non seulement les ajouts et modifications apportées aux codes et lois par l'ordonnance, mais aussi les dispositions ainsi complétées et modifiées de ces codes et lois, au cas où cela n'aurait pas été fait correctement auparavant.

Pour l'une des habilitations, il a été jugé préférable d'inclure directement dans le projet de loi la mesure envisagée, qui modifie l'article L. 651-2 du code de commerce pour exclure la simple négligence du champ de la faute de gestion pouvant justifier la mise à la charge des dirigeants de tout ou partie du comblement de l'insuffisance d'actif dans le cadre de la liquidation judiciaire d'une personne morale.

S'agissant des habilitations à transposer des directives de l'Union européenne, le Conseil d'État a relevé que, dans plusieurs cas, le délai alloué au Gouvernement pour prendre l'ordonnance expirerait selon toute vraisemblance postérieurement à la date limite de transposition fixée par la directive, cette date risquant même, dans un cas, d'être dépassée avant l'adoption définitive du projet de loi. Il n'a pas été considéré que ces circonstances imposaient de renoncer à une transposition par la voie d'ordonnances de l'article 38 de la Constitution, mais la durée de l'habilitation a alors été réduite à quatre mois seulement.

6. S'agissant des deux derniers articles tendant à étendre et à adapter les dispositions du projet de loi dans les collectivités d'outre-mer, le Conseil d'État les a complétés en introduisant, chaque fois que cela était possible, principalement dans le livre VII du code monétaire et financier, des mentions faisant apparaître la version de ces dispositions qui est rendue applicable. Cela consiste, pour les articles de ce code ajoutés ou modifiés par le projet de loi, à préciser qu'ils sont applicables « *dans leur rédaction résultant de la loi n° ... du ... relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* ».

7. Au-delà de ces remarques liminaires, et outre de nombreuses améliorations de rédaction qui s'expliquent d'elles-mêmes, ce projet de loi appelle, de la part du Conseil d'État, les observations qui suivent.

Sur la création d'une Agence nationale de prévention et de détection de la corruption

8. Le projet de loi crée une « *Agence nationale de prévention et de détection de la corruption* », service à compétence nationale placé sous l'autorité conjointe du ministre de la justice et du ministre chargé du budget se substituant au service central de prévention de la corruption créée par l'article 1^{er} 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.

Si la création d'un service national relève normalement d'un décret simple, le Conseil d'État a estimé que le recours à la loi était nécessaire en raison de la nature des compétences de ce service, certaines étant relatives à la détermination des peines ou à la procédure pénale, comme le suivi des peines de mise en conformité ordonnées par les tribunaux, d'autres compétences intéressant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, comme le pouvoir de contrôler et d'infliger des sanctions financières à l'encontre de certaines entreprises en cas de manquement à l'obligation de mise en place de dispositifs propres à prévenir des faits de corruption. Rendent également nécessaire le recours à la loi la création d'obligations ayant le même objet imposées aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics, ainsi que le pouvoir de contrôle de l'agence sur leur mise en œuvre, qui relèvent des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales et de leurs compétences, dont la détermination est réservée au législateur par l'article 34 de la Constitution.

Le Conseil d'État a aussi estimé que les dispositions relatives à la direction du service par un magistrat, et celles selon laquelle celui-ci ne pouvait, dans l'exercice de ses attributions de contrôle et de sanction, ou le faisant intervenir dans le cadre de procédures pénale, recevoir d'instruction d'aucune autorité administrative ou gouvernementale, étaient de la compétence de la loi, notamment au titre des garanties fondamentales pour l'exercice des libertés publiques ou des règles relatives à la procédure pénale.

S'agissant de la dénomination du service : « *Agence nationale de prévention et de détection de la corruption* », le Conseil d'État a considéré que si celle-ci pouvait être regardée comme répondant aux critères identifiés dans son étude annuelle de 2012 : « *Les agences : une nouvelle gestion publique ?* », elle pourrait être précisée par décret en Conseil d'État. Il a estimé que relevaient aussi d'un décret en Conseil d'État les dispositions relatives à un conseil stratégique placé auprès de son directeur, tout comme celles relatives à la détermination des attributions du service en matière de formation, de participation à la coordination administrative, de mise en œuvre d'une politique gouvernementale ou, encore, de préparation d'un plan de lutte contre la corruption, qui sont de la nature de celles communément dévolues aux services dont le Gouvernement dispose en application de l'article 20 de la Constitution, comme ce sera le cas du service dont la création est proposée, sous la réserve indiquée au paragraphe précédent.

Le Conseil d'État a par ailleurs modifié le projet de loi sur plusieurs autres points, qui concernent notamment les missions et prérogatives du service.

a) En premier lieu, le Conseil d'État n'a pas adopté la formulation suivant laquelle le service est chargé de la « *détection* » de la corruption, terme susceptible de créer une confusion avec la compétence des autorités judiciaires pour constater des infractions, et avec les responsabilités des entités administratives ou économiques elles-mêmes, astreintes à un devoir de vigilance particulier dans ce domaine, à charge ensuite pour elles, en cas d'infraction, de le signaler au procureur. Aussi le Conseil d'État a-t-il retenu que le service est chargé d'aider à la prévention et à la détection, par les autorités compétentes et les personnes concernées, des faits de corruption.

b) En deuxième lieu, le Conseil d'État n'a pas cru pouvoir adopter la disposition permettant au service d'adresser aux collectivités territoriales et aux entreprises des « *lignes directrices* » relatives aux mesures à prendre pour prévenir la corruption.

D'une part, en raison de la valeur juridique indéterminée de ces « *lignes directrices* », il reviendrait au juge de préciser celle-ci, alors que l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme, avec le plein exercice de sa compétence par le législateur, imposent à celui-ci d'adopter des dispositions suffisamment précises, sans qu'il puisse reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi.

D'autre part, à supposer que ces « *lignes directrices* » imposent des normes aux collectivités territoriales, elles méconnaîtraient le principe de la libre administration des collectivités territoriales en ce qu'un service administratif - et non la loi - fixerait des obligations à l'égard des collectivités territoriales. Aussi le Conseil d'État a-t-il substitué aux « *lignes directrices* » des « *recommandations* » qui, ne créant pas d'obligations à l'égard de leurs destinataires, ne se heurtent pas à ces objections.

c) En troisième lieu, le projet de loi donne compétence au service pour émettre à la requête des administrations de l'État et des collectivités territoriales, préalablement à la signature d'un contrat, au versement d'une subvention ou à une décision d'autorisation, des avis sur la conformité aux lois et règlements de l'activité de toute personne physique ou morale, y compris en tenant compte de décisions administratives et judiciaires étrangères, sans que la personne concernée n'en soit informée.

Le Conseil d'État n'a pu adopter cette disposition en raison du risque d'inconstitutionnalité au regard des principes qui gouvernent la protection de la vie privée et les droits de la défense. En outre, le caractère indéterminé de sa portée, comme la généralité de ses termes en ce qui concerne les personnes et les situations visées posaient problème au regard du principe de clarté de la loi qui découle de l'article 34 de la Constitution.

d) En quatrième lieu, le Conseil d'État n'a pas repris la disposition imposant au service d'informer le procureur des crimes et délits dont il aurait connaissance, l'article 40 du code de procédure pénale rendant cette disposition inutile.

e) En cinquième lieu, le Conseil d'État a apporté plusieurs modifications aux dispositions concernant le pouvoir de contrôle des agents du service. Il a considéré que celles relatives aux secrets pouvant ou non être opposés aux agents du service, outre leur caractère incomplet, étaient inutiles, lesdits agents pouvant, selon le projet, être habilités dans des conditions qui seront fixées par décret en Conseil d'État. Le Conseil d'État a relevé que la possibilité pour le service de recourir à des experts était de nature réglementaire. Il a estimé que les demandes de communication d'informations du service aux autorités judiciaires et des autorités judiciaires au service, qui ne sauraient être mises sur le même plan, trouveront leur réponse appropriée dans le cadre des règles de la procédure pénale et des principes qui gouvernent les relations entre l'administration et l'autorité judiciaire, sans que des dispositions législatives nouvelles soient nécessaires.

Le Conseil d'État a enfin estimé que la peine de deux ans de prison et de 300 000 euros d'amendes en cas de délit d'entrave au contrôle du service pour vérifier l'efficacité des dispositifs de prévention de la corruption mis en place était manifestement disproportionnée au regard de l'objet de ce contrôle et contrevenait par suite au principe de nécessité des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Il lui a substitué une peine de 30 000 euros d'amende.

f) En sixième lieu, le Conseil d'État n'a pu qu'écarter les dispositions sur le montant des crédits du service, de telles dispositions relevant du domaine exclusif des lois de finances et n'ayant par conséquent pas leur place dans un projet de loi.

Sur les mesures relatives aux lanceurs d'alerte

9. Le Conseil d'État n'a pas vu de difficulté en ce qui concerne la disposition permettant à l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC) de verser des contributions servant à financer la protection juridique des personnes souhaitant relater ou témoigner 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, susceptible d'être prise en charge par le service chargé de la prévention et de l'aide à la détection de la corruption créée par le projet de loi.

10. Le projet de loi prévoit également la mise en place, par l'Autorité des marchés financiers et par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, de procédures permettant que soient signalés à ces autorités divers manquements professionnels, passibles de sanctions administratives, aux obligations prévues par les textes applicables en matière de placements collectifs et par le règlement (UE) n° 596/2014 du 16 avril 2014 sur les abus de marché, le règlement (UE) n° 909/2014 du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux, le règlement (UE) n° 1286/2014 du 26 novembre 2014 sur les documents d'information clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance et le règlement (UE) n° 600/2014 du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers. Parallèlement, le projet de loi impose aux entreprises du secteur financier de mettre en place des procédures appropriées permettant à leurs personnels de signaler ces manquements aux autorités de contrôle compétentes. Enfin, il octroie aux personnes ayant adressé un signalement à ces autorités, ainsi qu'aux personnes mises en cause dans un signalement, une protection contre l'utilisation de leurs données personnelles et contre les mesures défavorables ou discriminatoires prises à leur encontre « pour ce seul motif de signalement ».

a) Le Conseil d'État a d'abord constaté que ces dispositions étaient de nature à mettre le droit national en conformité avec les exigences résultant de l'article 32 du règlement (UE) n° 596/2014 du 16 avril 2014 et de l'article 65 du règlement (UE) n° 909/2014 du 23 juillet 2014, qui imposent aux États membres de l'Union européenne d'instaurer des mécanismes permettant le signalement des infractions à ces règlements en exigeant notamment des employeurs exerçant des activités entrant dans le champ de la réglementation relative aux services financiers qu'ils mettent en place des procédures internes appropriées permettant à leur personnel de signaler toute violation de ces règlements.

b) Le Conseil d'État a ensuite relevé que toutes les entreprises du secteur financier, y compris les mutuelles, exerçant une activité régie par les règlements européens et les dispositions du droit interne énonçant des obligations dont la violation entre dans le champ de la mesure étaient concernées par l'obligation de mettre en place des procédures internes permettant à leur personnel de lancer des alertes à l'Autorité des marchés financiers ou à l'Autorité de contrôle prudentiel. Si cette obligation doit être regardée comme relative au « fonctionnement des mutuelles » au sens des dispositions de l'article L. 411-1 du code de la mutualité imposant la consultation préalable du Conseil supérieur de la mutualité, lequel n'a pas été consulté en l'espèce, le Conseil d'État a cependant considéré qu'en opportunité, et pour regrettable que soit cette absence de consultation, il ne pouvait, pour ce motif et eu égard à l'urgence, donner un avis défavorable à ces dispositions, dès lors que la méconnaissance des dispositions de l'article L. 411-1 du code de la mutualité n'est pas sanctionnée, que la mise en conformité du droit interne avec les règlements et les directives de l'Union européenne est pour la France une obligation, tant au regard du droit de l'Union européenne que de la Constitution, compte tenu des dispositions de son article 88-1 et que l'article 32 du règlement (UE) n° 596/2014 du 16 avril 2014 prescrit l'adoption de mesures nationales d'exécution au plus tard le 3 juillet 2016.

c) Pour le reste, le Conseil d'État a estimé que le projet ne se heurtait à aucun obstacle d'ordre conventionnel ou constitutionnel.

Il a relevé qu'au-delà de la mise en conformité avec le droit de l'Union européenne, les dispositions du projet répondaient à un besoin, en l'absence de texte relatif au droit d'alerte et à la protection des lanceurs d'alerte dans le secteur financier, tout en relevant que le champ des manquements susceptibles d'être signalés, défini de manière très étroite par le projet, pourrait être étendu à d'autres manquements professionnels susceptibles d'être sanctionnés par l'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

d) Enfin, le Conseil d'État a apporté plusieurs modifications de forme et de fond au projet du Gouvernement.

Ainsi, il a clairement distingué la protection accordée aux lanceurs d'alerte de celle accordée aux personnes mises en cause par un signalement adressé à l'Autorité des marchés financiers ou à l'Autorité de contrôle prudentiel, en relevant que les uns et les autres se trouvaient placés dans des situations différentes. Sur un plan formel, il a créé des articles distincts traitant respectivement de la situation des lanceurs d'alerte et des personnes mises en cause par un signalement. Sur le fond, il a complété la rédaction retenue dans le projet du Gouvernement et a prévu, d'une part, qu'un lanceur d'alerte ne pourrait faire l'objet d'une mesure défavorable pour le motif qu'il aurait adressé un signalement aux autorités administratives compétentes, d'autre part, qu'une personne mise en cause par un signalement serait protégée contre les mesures défavorables prises à son encontre « au seul motif » qu'elle aurait fait l'objet d'un signalement, afin qu'il soit clair que la personne mise en cause pourrait être effectivement sanctionnée ou licenciée, dans l'hypothèse où elle aurait effectivement commis le manquement ayant donné lieu au signalement.

Le Conseil d'État a également complété le dispositif de protection des lanceurs d'alerte pour prévoir la nullité de plein droit des mesures défavorables prises à l'égard des intéressés pour le motif qu'ils ont procédé à un signalement aux autorités compétentes et définir le régime de la preuve applicable en cas de contentieux. Il a ainsi prévu qu'en cas de litige, dès lors que le lanceur d'alerte établit des faits permettant de présumer qu'il a agi de bonne foi, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces faits, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers au signalement.

Ont enfin été supprimées du projet les dispositions relatives à la protection des données personnelles des lanceurs d'alerte et des mis en cause, en relevant qu'elles reprenaient, sans les préciser, les dispositions de l'article 32 du règlement (UE) n° 596/2014 du 16 avril 2014 et de l'article 65 du règlement (UE) n° 909/2014 du 23 juillet 2014, et que des règles existaient déjà, en droit interne, pour garantir la protection de l'identité et des autres données à caractère personnel des personnes mises en cause ou appelées à témoigner devant les services et les commissions des sanctions de l'Autorité des marchés financiers et de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

Sur la création d'une obligation de prévention contre les risques de corruption

11. Le projet de loi prévoit la création d'une obligation de prévention contre les risques de corruption pesant sur les sociétés dépassant un seuil d'effectifs et de chiffre d'affaires ainsi qu'au dispositif prévoyant, en cas de manquement à cette obligation, que le service national puisse, après un avertissement, adresser une injonction de mise en conformité ou infliger une sanction pécuniaire.

Le Conseil d'État a apporté plusieurs modifications au projet afin de renforcer les garanties des personnes susceptibles d'être sanctionnées. Il a ainsi précisé que le magistrat chargé de la direction du service ne peut être membre de la commission des sanctions, ni assister à ses séances. Il a prévu que lorsque ce magistrat décide de saisir la commission des sanctions d'une demande de sanction, il notifie simultanément les griefs à la personne mise en cause. Il a également précisé que les recours formés contre une sanction sont des recours de pleine juridiction, lesdits recours relevant de la juridiction administrative.

Le Conseil d'État a enfin rappelé que le décret précisant la procédure applicable devant la commission des sanctions, pour se conformer aux exigences résultant de l'article 6 § 1 de la CEDH, devra permettre à la personne mise en cause de demander que la séance au cours de laquelle il est débattu de la sanction soit publique.

Sur la création d'une peine de mise en conformité pour les personnes morales condamnées pour des faits de corruption

12. Le projet crée une peine de « mise en conformité » ayant pour objet de contraindre les entreprises condamnées pour certains délits de corruption à mettre en œuvre en leur sein des mesures de prévention et de détection de la corruption. Cette peine sera exécutée sous le contrôle du service chargé de la prévention et de l'aide à la détection de la corruption.

a) Le texte prévoit que cette peine sera applicable aux infractions de corruption et trafic d'influence actifs, ainsi qu'à deux cas de corruption passive (corruption dite « privée » prévue à l'article 445-2 du code pénal et corruption dite « sportive » prévue à l'article 445-2-1 du même code). De ce fait, même si la peine pourrait s'appliquer théoriquement à toute personne morale, y compris des collectivités territoriales ou des établissements publics, le Conseil d'État a relevé qu'en pratique elle devrait s'appliquer de façon quasi-exclusive à des entreprises, dans la mesure où la corruption active émane généralement de ces dernières, tandis que la corruption passive est le fait d'organes ou dirigeants d'autorités publiques. Le Conseil d'État a estimé que la définition d'un tel champ d'application, limité pour l'essentiel aux cas de corruption active, ne soulevait pas de difficulté constitutionnelle et relevait de l'appréciation souveraine du législateur.

b) Le Conseil d'État a précisé l'objet de la peine, en introduisant une définition des mesures qu'elle comporterait. Il a également porté de trois à cinq ans la durée maximale de cette peine, tout en introduisant la possibilité qu'il y soit mis fin de façon anticipée, afin de permettre davantage de souplesse dans sa mise en œuvre.

c) Afin d'assurer une articulation avec l'article du projet de loi instaurant pour certaines sociétés, à raison de leur importance, une obligation administrative de mettre en œuvre un programme de conformité, le Conseil d'État a précisé que, dans l'hypothèse où la peine sera prononcée à l'encontre d'une société soumise à cette obligation, il devra être tenu compte, dans l'exécution de la peine, des mesures et procédures déjà mises en œuvre.

d) Le Conseil d'État a également complété le texte pour prévoir :

- d'une part, que le service chargé de la prévention et de l'aide à la détection de la corruption devra rendre compte de l'exécution de la mesure au procureur de la République, régulièrement, en cas d'incident et en fin de mesure ;
- d'autre part, que la personne morale condamnée pourra informer le procureur de la République de toute difficulté dans la mise en œuvre de la peine.

e) Enfin, le texte crée un délit destiné à sanctionner l'inexécution ou la mauvaise exécution de la peine. Le Conseil d'État a précisé la définition de ce délit, afin de respecter le principe de légalité des délits et des peines, en prévoyant qu'il serait constitué par le fait, pour les organes ou représentants d'une personne morale condamnée, de s'abstenir de prendre les mesures nécessaires ou de faire obstacle à la bonne exécution des obligations résultant de la peine prononcée contre la personne morale.

Le texte initial prévoyait que ce délit serait puni, pour les personnes physiques, de deux ans d'emprisonnement et 400 000 € d'amende, et pour les personnes morales, de 2 millions d'euros d'amende, selon la règle du quintuple prévue à l'article 131-38 du code pénal. Il prévoyait également que le montant de ces amendes pourrait être porté au montant de l'amende encourue pour le délit initialement commis et ayant donné lieu au prononcé de la peine de mise en conformité – soit des peines comprises entre 500 000 € et un million d'euros d'amende pour les personnes physiques et entre 2,5 millions d'euros et 5 millions d'euros pour les personnes morales. Du fait de cette possibilité, le Conseil d'État a estimé inutile de prévoir, pour ce délit de violation des obligations découlant de la peine de mise en conformité, un montant d'amende dérogatoire au montant prévu pour la majorité des autres délits d'atteinte à l'autorité de la justice, fixé à 30 000 €. Au demeurant, le montant envisagé de la peine posait problème au regard du principe de nécessité des peines. A par conséquent été retenu le montant usuel de 30 000 €. Le Conseil d'État a, en outre, complété le texte pour prévoir que pourraient également être prononcées les autres peines qui étaient encourues pour le délit initial, telles que les peines d'interdiction de certaines activités, de fermeture d'établissement ou encore d'exclusion des marchés publics.

Sur la création d'un dispositif de « convention de compensation d'intérêt public » conclue entre le ministère public et les personnes morales mises en cause pour des faits de corruption

13. Après examen des dispositions du projet de loi instituant une nouvelle procédure transactionnelle dénommée « convention de compensation d'intérêt public », conclue entre le ministère public et les personnes morales mises en cause pour des faits de corruption, le Conseil d'État n'a pu surmonter les difficultés que ce dispositif lui a paru présenter.

Cette convention avait pour objet de sanctionner les entreprises ayant commis des faits de corruption et de prévenir leur récidive, sans pour autant aboutir à une condamnation pénale inscrite au casier judiciaire, afin d'éviter que ces entreprises soient automatiquement privées, du fait de la législation applicable dans certains États, d'accès aux marchés internationaux. La convention pouvait comporter, d'une part, l'obligation de verser au Trésor public une somme d'argent dont le montant maximal aurait été fixé à 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel des trois dernières années, et d'autre part, l'obligation de se soumettre à un programme de mise en conformité destiné à prévenir et détecter la commission de faits de corruption. Cette convention était soumise à la validation d'un magistrat du siège. La personne morale concernée disposait d'un délai de rétractation de dix jours après la validation de la convention. L'ordonnance de validation et la convention étaient publiées, accompagnées d'un communiqué du procureur, sur le site internet du service chargé de la prévention et de l'aide à la détection de la corruption. L'ordonnance de validation n'avait pas les effets d'un jugement de condamnation et n'était pas inscrite au casier judiciaire de la personne morale. L'exécution de la convention avait pour effet d'éteindre l'action publique. En cas de mauvaise exécution de la convention, le procureur de la République pouvait la révoquer et mettre en mouvement l'action publique. La victime ne pouvait demander la réparation de son préjudice que devant une juridiction civile.

a) La définition par le législateur des procédures permettant le traitement des infractions pénales doit s'inscrire dans le cadre des grands principes qui doivent gouverner l'équilibre de la procédure pénale.

b) Au cas présent, le Conseil d'État a considéré que le dispositif envisagé ne permettrait pas à la justice pénale d'assurer pleinement sa mission, qui est de concourir à la restauration de la paix publique et à la prévention de la récidive. Une audience publique est certes prévue, mais elle n'intervient que pour homologuer la convention définitive. En l'absence de contradiction et de débat public, l'intervention de la justice perd sa valeur d'exemplarité et la recherche de la vérité s'en trouve affectée. En outre, la victime se trouve privée d'une participation personnelle au procès pénal et son intervention est cantonnée à une demande d'indemnisation devant une juridiction civile.

Le Conseil d'État a estimé qu'il en résultait qu'une procédure de type transactionnel ne saurait être prévue par la loi que dans les cas où les inconvénients qu'elle comporte, tant pour la protection des droits des personnes mises en cause et de la victime que pour la sauvegarde des intérêts de la société, n'apparaissent pas disproportionnés au regard de l'intérêt que sa mise en œuvre présente pour une bonne administration de la justice.

c) A la lumière de ces critères et nonobstant l'encadrement prévu par le texte, le Conseil d'État a estimé qu'il n'était pas possible d'appliquer à l'ensemble des faits de corruption et de trafic d'influence la procédure envisagée par le Gouvernement. En effet, ces qualifications recouvrent des faits présentant par nature une certaine complexité, dès lors que doit être établie la participation au délit de plusieurs personnes comme auteur ou complice, et une gravité trop importante pour qu'une procédure de ce type pût leur être appliquée. En outre, dès lors que cette procédure ne serait applicable qu'aux seules personnes morales, il n'apparaît pas qu'il soit dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et dans celui des victimes d'instituer, pour l'ensemble des faits de corruption et de trafic d'influence, une voie procédurale impliquant un traitement judiciaire différent, d'une part, pour les personnes physiques (dirigeants ou salariés de l'entreprise) et les personnes morales auteurs des mêmes faits, d'autre part, pour le corrupteur et le corrompu, alors que les infractions en cause sont par nature bilatérales.

d) En revanche, le Conseil d'État a estimé que, compte tenu des procédures et pratiques existant dans différents États pour le traitement des faits de corruption transnationale, l'institution d'une telle procédure dans ce seul champ est envisageable, sous réserve que soient prévues des garanties appropriées. Dans ce cadre particulier, les avantages résultant de la mise en œuvre de cette procédure paraissent en effet au Conseil d'État l'emporter sur les inconvénients rappelés ci-dessus.

Sur la prise en compte dans la fixation de la peine de l'existence, au sein de la société au profit de laquelle ont été commis des faits de corruption, de mesures destinées à prévenir et détecter la commission de tels faits

14. Dans le but d'inciter les entreprises à développer une culture de la prévention de la corruption, le projet de loi prévoyait la prise en compte, dans la fixation par les juridictions correctionnelles de la peine prononcée contre une personne physique ou morale reconnue coupable de faits de corruption, de l'existence de mesures destinées à prévenir et détecter la corruption au sein de l'entreprise au profit de laquelle les faits ont été commis.

Le Conseil d'État qui relève que le principe d'individualisation des peines a valeur constitutionnelle a estimé que la prise en compte de tels éléments relevait déjà des missions de toute juridiction pénale dans le cadre de cette exigence d'individualisation qui vaut tant pour les personnes morales que pour les personnes physiques. Il n'a donc pas retenu cette disposition.

Sur la disposition étendant la possibilité de prononcer la peine de publication ou d'affichage de la condamnation à toutes les infractions d'atteinte à la probité

15. Le Conseil d'État n'a pas vu d'obstacle d'ordre constitutionnel ou conventionnel à la disposition du projet étendant la possibilité de prononcer la peine de publication ou d'affichage de la condamnation à toutes les infractions d'atteinte à la probité.

Sur l'incrimination du trafic d'influence d'agent public étranger

16. Le projet incrimine les faits de trafic d'influence d'agent public étranger, suivant des recommandations émises par plusieurs instances internationales chargées du suivi de l'application de conventions de lutte contre la corruption.

Le Conseil d'État n'a pas vu d'obstacle à cette modification, recommandée depuis plusieurs années par les instances internationales en charge du suivi des conventions de lutte contre la corruption - OCDE, GRECO et ONUDC - en relevant que si tous les États parties à ces conventions n'incriminent pas le trafic d'influence d'agent public étranger, un certain nombre de ces États prévoient une telle incrimination. Si elle obligera peut-être certaines entreprises françaises à adapter leurs pratiques commerciales dans certains États, afin de ne pas commettre de faits susceptibles de recevoir la qualification de trafic d'influence, elle ne les placera pas dans une position économique excessivement désavantageuse, compte tenu du nombre d'États prévoyant déjà cette incrimination.

Sur l'assouplissement des conditions dans lesquelles les faits de corruption et de trafic d'influence commis à l'étranger par des Français, des entreprises françaises ou des personnes résidant habituellement en France peuvent être poursuivis en France

17. Le projet assouplit les conditions dans lesquelles les 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, en supprimant trois des conditions en principe requises pour l'exercice d'une compétence extraterritoriale : la condition de double incrimination ; le monopole des poursuites attribué au ministère public ; et l'exigence d'une plainte de la victime ou d'une dénonciation officielle de l'État dans lequel les faits ont été commis.

Tout en relevant que le monopole des poursuites attribué au ministère public était maintenu pour la majorité des délits pour lesquels la France dispose d'une compétence extraterritoriale (recours à la prostitution de mineurs, proxénétisme, mercenariat, clonage humain...), le Conseil d'État a constaté que ce monopole était déjà écarté pour les délits d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation et les délits terroristes. Il n'a pas vu d'obstacle à ce que ce monopole, dont la suppression est recommandée depuis plusieurs années par l'OCDE et la Commission européenne soit également supprimé en matière de corruption et de trafic d'influence.

Sur la création d'un répertoire numérique des représentants d'intérêts

18. Les dispositions du projet de loi relatives au répertoire numérique des représentants d'intérêts définissent la représentation d'intérêts, le périmètre des acteurs publics auprès desquels s'exerce cette activité de représentation, créent une obligation d'inscription des représentants d'intérêts dans un répertoire, rendu public, dont la tenue et le contrôle sont confiés à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), ladite inscription impliquant le respect d'obligations déontologiques visant à assurer la transparence de leurs relations avec les acteurs publics et leur méconnaissance étant passible d'une sanction pécuniaire prononcée par la Haute Autorité.

a) Le Conseil d'État a estimé que ces dispositions étaient de nature à renforcer la probité et la loyauté des pratiques des représentants d'intérêts et à améliorer la transparence des relations entre ceux-ci et les pouvoirs publics. Les dispositions du projet de loi du Gouvernement ont toutefois appelé de la part du Conseil d'État plusieurs observations aux fins de clarifier et de renforcer le dispositif qui a pour but la confiance des citoyens dans l'action publique.

b) Concernant, en premier lieu, la définition des représentants d'intérêts tenus de s'inscrire au répertoire, soit, selon le projet de loi, les personnes physiques et les personnes morales dont l'activité principale ou accessoire a pour finalité d'influer, pour leur compte propre ou celui de tiers, sur l'élaboration d'une loi ou d'un règlement, en entrant en communication avec le Président de la République, les membres du Gouvernement, les collaborateurs de cabinets, les titulaires de fonctions nommés par décret en conseil des ministres ou avec les personnes exerçant certaines fonctions au sein d'autorités administratives indépendante, le Conseil d'État a apporté plusieurs modifications et a formulé les observations suivantes.

Il a d'abord appliqué le dispositif aux personnes dont l'action de représentation d'intérêts est l'activité principale. A défaut, toute association, personne ou entreprise s'appêtant à entrer en contact, à son initiative, ou à celle de ses interlocuteurs, avec un collaborateur ou un représentant du pouvoir exécutif, serait, de fait, susceptible de devoir préalablement se soumettre à une inscription au répertoire et de se voir par suite appliquer l'ensemble des obligations qui en découlent, rares étant les sujets relevant de la politique gouvernementale sans traduction législative ou réglementaire présente, à venir ou possible. A défaut de la définition des représentants d'intérêts retenue par le Conseil d'État, ces dispositions seraient difficilement applicables, en raison du nombre de personnes concernées, comparé aux capacités de contrôle de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique. Jointe à l'obligation générale de déclaration préalable, ce dispositif serait en effet susceptible d'apporter une limitation excessive à l'accès des personnes aux représentants du pouvoir exécutif. Surtout, de telles contraintes administratives, ajoutées à l'obligation faite aux collaborateurs et représentants de ce pouvoir de s'abstenir de toute relation avec celles des ces personnes qui ne se seraient pas déclarées, créeraient, malgré la réserve de l'urgence et des nécessités des relations internationales et la possibilité, à leur initiative, de consulter des représentants d'intérêts, un obstacle aux relations entre les gouvernants, la société civile et le monde économique, de nature à affecter le bon fonctionnement du pouvoir exécutif et, plus largement, des pouvoirs publics.

Le Conseil d'État a, en revanche, estimé que la définition de la finalité de l'activité des représentants d'intérêts retenue par le projet - « *influer sur l'élaboration d'une loi ou d'un règlement* » - apparaissait beaucoup trop restrictive au regard de l'objectif recherché par le Gouvernement. Il a préféré définir cette finalité comme « *visant à influer sur la décision publique, notamment en matière législative ou réglementaire* ».

Le Conseil d'État a enfin estimé, qu'au regard de l'objectif recherché par le projet de loi devaient être regardés comme des représentants d'intérêts au sens du présent article les personnes qui, au sein d'une personne morale de droit privé, ou d'un groupement ou établissement public industriel et commercial, ont pour fonction principale d'influer sur l'élaboration des politiques des pouvoirs publics, c'est-à-dire les personnes qui au sein d'entreprises, d'associations ou de groupements, notamment à caractère professionnel, occupent des fonctions qualifiées, par exemple, de directeur des affaires publiques ou institutionnelles.

b) En deuxième lieu, le périmètre des acteurs publics retenu par le projet de loi, qui se réduit au pouvoir exécutif et aux personnes exerçant certaines fonctions au sein d'autorités administratives indépendantes, est apparu trop restrictif au Conseil d'État.

Concernant l'absence de disposition relative aux interventions des représentants d'intérêts auprès des membres du Parlement, le Conseil d'État a relevé que celle-ci peut s'expliquer par l'adoption de dispositifs ayant un objet comparable dans les règlements des assemblées parlementaires, tout en estimant que, à l'instar de la loi organique du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique à propos des déclarations patrimoniales à la HATVP, et de la loi du 11 octobre 2013 à propos du traitement des conflits d'intérêts, des dispositions applicables aux parlementaires pourraient être insérées dans le projet de loi.

Le Conseil d'État a en revanche estimé que l'absence de disposition relative aux interventions des représentants d'intérêts auprès des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux n'était pas justifiée au regard de l'objectif de prévention de la corruption et de transparence de la vie économique et publique recherché par le Gouvernement, eu égard à l'importance des enjeux existants dans le domaine des investissements et de la commande publique des collectivités territoriales et de leurs groupements. Il n'a toutefois pas été en mesure en raison des délais qui lui étaient impartis pour rendre son avis, de rédiger les dispositions particulières applicables aux interventions des représentants d'intérêts auprès des élus et fonctionnaires de cette catégorie de collectivités publiques, de telles dispositions devant être adaptées à l'importance des collectivités et aux fonctions des élus et fonctionnaires, ce qui implique un important travail préparatoire et des consultations adéquates.

De même, le Conseil d'État a estimé que le périmètre des acteurs publics pourrait être élargi à d'autres responsables publics, comme les dirigeants des principaux opérateurs publics et les présidents de certaines instances collégiales investies d'un pouvoir de décision.

Il a en revanche considéré que, comme pour la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, il n'y avait pas lieu de faire entrer le Président de la République dans le champ d'application de la loi : en effet, le statut du Président de la République relève de la seule Constitution.

c) En troisième lieu, concernant les pouvoirs de la HATVP, le Conseil d'État a estimé que l'obligation faite aux collaborateurs et représentants du pouvoir exécutif de s'abstenir de toute relation avec des représentants qui ne se seraient pas déclarés, jointes aux dispositions du projet soumettant au contrôle d'une autorité administrative indépendante les relations des membres des cabinets ministériels, des collaborateurs du Président de la République et des personnes exerçant des fonctions à la décision du Gouvernement avec la société civile et le monde économique, étaient de nature, par leur caractère général et contraignant, à affecter le bon fonctionnement du pouvoir exécutif pour les mêmes raisons que celles relevées ci-dessus. Le Conseil d'État a au demeurant observé que l'obligation prévue par le projet de loi était largement atténuée par la possibilité que les décideurs publics mentionnés par ce projet prennent l'initiative de consulter les représentants d'intérêts.

Il a aussi estimé que cette obligation et ces dispositions étaient de nature à affecter l'exercice des prérogatives que le Président de la République et le Gouvernement tiennent des articles 13, 20 et 21 de la Constitution et qu'elles étaient en outre de nature à modifier l'équilibre des pouvoirs, notamment au regard de l'article 24 de la Constitution, qui réserve au Parlement le contrôle de l'action du Gouvernement.

Le Conseil d'État n'a pu dès lors retenir ces dispositions.

Il a toutefois admis que si, à l'occasion d'un contrôle sur un représentant d'intérêts, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, constatait qu'une personne exerçant une des fonctions publiques ci-dessus mentionnées a répondu favorablement à la sollicitation d'un représentant d'intérêts méconnaissant ses obligations, la Haute Autorité puisse l'en aviser et, sans le rendre public, lui adresser un conseil.

d) Le Conseil d'État a enfin estimé nécessaire de prévoir dans le projet de loi un délit d'entrave au contrôle de la Haute Autorité à l'égard des personnes tenues de s'inscrire au répertoire en raison de leur activité de représentant d'intérêts. A défaut d'un tel délit, le pouvoir de contrôle sur pièces et sur place de l'autorité serait susceptible d'être regardé comme conférant un pouvoir coercitif aux agents de l'autorité de contrôle, et par suite de nature à méconnaître la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, qui implique le droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l'inviolabilité du domicile.

Le Conseil d'État n'a pas, sous les réserves exposées ci-dessus, émis d'objections à la création d'un répertoire numérique des représentants d'intérêts, à la définition d'obligations particulières imposées à ceux-ci, ainsi qu'à la reconnaissance d'un pouvoir de contrôle et de sanction de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique à l'égard des seules personnes répondant à la définition de représentants d'intérêts.

Sur la définition du champ de l'obligation de déclaration d'intérêts et de déclaration de patrimoine

19. Le Conseil d'État a estimé que ne soulevait pas de difficulté la disposition modifiant l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique qui énumère les catégories de personnes astreintes à une déclaration de situation patrimoniale et à une déclaration d'intérêts à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Le 6° du I de cet article 11 mentionne les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes. Le projet du Gouvernement lui substitue une liste de 28 organismes, en précisant que l'obligation de déclaration s'applique aux membres de leurs collèges et, le cas échéant, les membres de leurs commissions investies de pouvoir de sanction, ainsi que leurs directeurs généraux, secrétaires généraux et adjoints.

Le Conseil d'État a estimé que cette modification était, d'une part, de nature à mieux permettre de répondre à l'objectif de la loi de 2013 et, d'autre part, à lever les incertitudes quant à la détermination des personnes soumises cette obligation de déclaration, celle-ci tenant à l'absence de définition unique des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes. Il a considéré sur ce point que la liste des organismes retenus par le projet comprend l'ensemble des autorités pour lesquelles ces exigences de déclaration apparaissent comme des garanties supplémentaires et nécessaires en matière de transparence sans pour autant porter atteinte à leur bon fonctionnement.

Sur l'habilitation à adapter et à moderniser le droit de la domanialité publique

20. a) En premier lieu, le Conseil d'État a relevé que, parmi les dispositions de nature législative concernant le droit des propriétés publiques que le Gouvernement souhaite pouvoir prendre par ordonnance figurent des mesures qui, d'une part, établiraient des procédures de publicité et de mise en concurrence préalablement à la délivrance de certaines autorisations d'occupation temporaire du domaine public et, d'autre part, pourraient conduire à établir également de telles procédures afin d'encadrer la cession par les collectivités territoriales et leurs établissements publics de leurs biens à des acquéreurs privés.

Il a estimé que si la mention selon laquelle l'ordonnance à intervenir tendra à simplifier et sécuriser les modalités d'occupation et de sous-occupation du domaine public, éclairée et complétée par les précisions figurant dans l'exposé des motifs du projet de loi et dans l'étude d'impact qui l'accompagne, peut être regardée comme informant suffisamment le Parlement sur la plupart des mesures d'adaptation ou de clarification de droit existant que le Gouvernement envisage de prendre, il en va différemment pour des réformes de plus grande ampleur consistant à instituer de nouvelles procédures préalables en matière d'occupation du domaine public et de cession de biens appartenant aux personnes publiques, l'habilitation à réaliser de telles réformes ne pouvant résulter des indications générales dont le projet du Gouvernement se bornait à faire état. Le Conseil d'État a, en conséquence, précisé en ce sens les finalités de l'habilitation.

b) En second lieu, en ce qui concerne l'habilitation relative à la sécurisation des transferts de propriété par les personnes publiques, le Conseil d'État rappelle que, si l'article 38 de la Constitution permet au Gouvernement de prendre des mesures de nature législative, une ordonnance demeure, tant qu'elle n'a pas été ratifiée, un acte réglementaire soumis comme tel au respect des principes généraux du droit, au nombre desquels figure le principe de non-rétroactivité des actes administratifs. Dans la mesure où les dispositions que le Gouvernement entend prendre pourraient avoir pour objet de permettre l'intervention d'actes de régularisation comportant une portée rétroactive, le Conseil d'État a veillé à ce que la rédaction de la disposition d'habilitation le permette expressément.

Le Conseil d'État attire à cet égard l'attention du Gouvernement sur les exigences qui s'attachent au respect des principes de nature constitutionnelle et conventionnelle qui encadrent l'intervention du législateur en matière d'actes de portée rétroactive et de régularisation, voire de validation, de décisions et de montages qui seraient susceptibles d'être entachés d'irrégularités et pourraient alors être sanctionnés en cas de contentieux.

Sur l'habilitation à codifier le droit de la commande publique

21. En ce qui concerne le champ de l'habilitation à codifier à droit constant les règles relatives à la commande publique, le Conseil d'État note que l'article 21 du projet vise « les différents contrats de la commande publique qui s'analysent, au sens du droit de l'Union européenne, comme des marchés publics et des contrats de concession ». Cette rédaction vise l'ensemble des contrats de la commande publique, compte tenu des dispositions de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, notamment son article 101, et des dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

En visant les « règles » relatives à ces différents contrats, l'article d'habilitation autorise le Gouvernement à codifier des règles de nature jurisprudentielle.

Sur l'élargissement et le renforcement des compétences de l'Autorité des marchés financiers

22. Le projet de loi prévoit l'extension de la procédure de composition administrative de l'Autorité des marchés financiers (AMF), instituée par la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière et codifiée à l'article L. 621-14-1 du code monétaire financière, à l'ensemble des manquements relevant de sa compétence à l'exclusion des seuls abus de marché et des entraves aux contrôles et enquêtes menés par l'AMF. Il permet, ainsi, que l'ensemble des personnes soumises au contrôle de l'AMF, y compris les non-professionnels et les infrastructures de marché, qui en sont aujourd'hui exclus, puissent bénéficier de cette procédure de transaction.

23. Le projet de loi vise en outre à mettre en cohérence la compétence de l'AMF en matière d'offres de titres avec la réglementation applicable à ces offres. A cette fin, il étend les pouvoirs de sanction de la commission des sanctions de l'Autorité aux manquements commis à l'occasion des offres au public de titres financiers non cotés, des offres de financement participatif et des offres au public de parts sociales de banques mutualistes ou coopératives ou de certificats mutualistes. Il étend également les pouvoirs d'enquête et de contrôle de l'Autorité s'agissant de ces dernières offres.

Ces deux mesures, qui élargissent les compétences reconnues à l'AMF afin de renforcer l'efficacité de son action, n'ont pas soulevé d'objection de la part du Conseil d'État.

24. Afin de mettre le régime des sanctions administratives pouvant être prononcées par l'Autorité des marchés financiers, prévu à l'article L. 621-15 du code monétaire et financier, en conformité avec plusieurs directives (OPCVM 5 et MIF 2) et règlements de l'Union européenne (PRIIPS, CSDR et MAR), le projet de loi introduit, pour les sanctions pécuniaires, un plafonnement déterminé en pourcentage du chiffre d'affaires des personnes morales auteurs de manquements, alternatif aux plafonds actuels de 100 millions d'euros ou du décuple des gains retirés du manquement.

Or, le Conseil constitutionnel juge qu'un critère de fixation du montant maximum d'une peine encourue qui ne dépend pas du lien entre l'infraction à laquelle il s'applique et le chiffre d'affaires est susceptible de revêtir un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité de l'infraction constatée. Il n'admet ainsi que des amendes pécuniaires soient plafonnées en pourcentage du chiffre d'affaires de l'auteur d'un manquement que lorsqu'elles sanctionnent des manquements ayant un lien avec le chiffre d'affaires, condition que ne remplissent pas l'ensemble des manquements sanctionnés par l'article L. 621-15 du code monétaire et financier.

Le Conseil d'État n'a par conséquent pas pu retenir les dispositions présentées en tant qu'elles prévoyaient d'étendre le plafonnement en pourcentage du chiffre d'affaires à la totalité de ces manquements. Il n'a en revanche pas vu d'objection à l'introduction de ce plafonnement pour ceux de ces manquements pour lesquels une directive ou un règlement de l'Union européenne l'exige expressément. En effet, il a alors considéré, en présence de dispositions précises et inconditionnelles de textes de l'Union Européenne qui ne vont à l'encontre d'aucune règle ou d'aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, qu'il y avait lieu de faire prévaloir l'exigence constitutionnelle de transposition intégrale et exacte en droit interne des directives communautaires, exigence qui résulte des dispositions de l'article 88-1 de la Constitution.

Sur le renforcement des pouvoirs de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution

25. Le projet de loi a pour objet, d'une part, d'instituer dans le code monétaire et financier une mesure de police administrative permettant à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution de transférer d'office tout ou partie du portefeuille de contrats d'assurance d'un organisme d'assurance faisant face à des difficultés financières à un autre organisme d'assurance offrant de meilleures garanties de solvabilité et, d'autre part, d'habiliter le Gouvernement à prendre, par ordonnance, les mesures législatives nécessaires à la mise en place d'un régime national de résolution en assurance.

a) Sur le premier point, le Conseil d'État a relevé que le dispositif proposé par le Gouvernement donnerait la possibilité à l'organisme d'assurance soumis à la mesure de police administrative de procéder lui-même à un transfert de tout ou partie de son portefeuille d'assurance et permettrait, en cas d'échec de ce transfert, à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution de prononcer d'office ce transfert dans des conditions permettant de garantir à cet organisme d'assurance une juste et préalable indemnisation. Le Conseil d'État a estimé que cette mesure de police administrative, qui répond à une nécessité publique, ne méconnaissait pas, eu égard à ses conditions de mise en œuvre, les exigences résultant de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, telles que rappelées par la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-449 QPC du 6 février 2015. Il a également estimé qu'elle ne portait pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle au regard de l'objectif poursuivi.

b) Sur le second point, le Conseil d'État n'a pas vu d'obstacle à ce que le Gouvernement instaure, par voie d'ordonnance, un régime de résolution en assurance qui s'inspire du dispositif de résolution bancaire adopté par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

Sur la sécurisation des opérations sur produits dérivés

26. Le projet de loi a pour objet, d'une part, de faciliter le respect des obligations relatives à la transparence et à la sécurité des opérations sur produits dérivés de gré à gré résultant du règlement (UE) 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux (règlement EMIR) et, d'autre part, de transposer aux relations avec les États tiers à l'Union européenne le mécanisme de déclaration des opérations sur produits dérivés à des référentiels centraux prévu par ce règlement.

a) Sur le premier point, le Conseil d'État n'a pas vu d'objection à l'extension du mécanisme de résiliation-compensation prévu à l'article L. 211-36-1 du code monétaire financier aux obligations financières résultant de la relation trilatérale entre une ou plusieurs chambres de compensation, un adhérent compensateur et un client, qui vise, pour respecter l'obligation de compensation centrale imposée par le règlement EMIR pour certains types de produits dérivés, à faciliter l'accès des participants de marché aux chambres de compensation. Le Conseil d'État n'a pas non plus vu d'objection à la création d'un article L. 211-38-1 du code monétaire et financier prévoyant que seul le constituant de garanties financières constituées à titre de marge initiale dans le cadre d'opérations sur produits dérivés non compensées par une chambre de compensation peut, en cas de défaut du bénéficiaire de ces garanties, se prévaloir d'un droit sur les droits ou biens sur lesquels elles portent, à l'exclusion de tout autre créancier.

Le Conseil d'État n'a pu en revanche retenir les dispositions de cet article relatives à la ségrégation des garanties financières dans les comptes du bénéficiaire de ces garanties et à la limitation de leur réutilisation et de leur aliénation. En effet, l'édiction de telles dispositions relève d'une norme technique à prendre pour l'application de l'article 11 du règlement EMIR, ce qui prive les États membres de leur compétence en ce domaine. Par suite, le Conseil d'État a estimé que les dispositions envisagées par le Gouvernement n'étaient pas, sur ce point, conformes au droit de l'Union européenne.

b) Sur le second point, le Conseil d'État a admis la faculté ouverte aux chambres de compensation, établissements de crédit, sociétés de financement et entreprises d'investissement de communiquer à des référentiels centraux situés dans des États tiers à l'Union européenne des informations couvertes par le secret professionnel, lorsque la législation ou la réglementation de ces États le prévoit. Il a cependant assorti cette faculté d'une disposition rappelant que, lorsque ces informations constituent des données à caractère personnel, les entités concernées doivent respecter les dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, notamment ses articles 68 et 69 qui prévoient les conditions dans lesquelles des données à caractère personnel peuvent être transférées vers des États tiers à l'Union européenne et qui trouvent à s'appliquer dans le cas où, comme en l'espèce, les destinataires de ces données sont des entités publiques ou privées situées à l'étranger. Ce rappel est au demeurant pleinement cohérent avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne.

Sur la protection des biens des États étrangers

27. Le projet de loi introduit dans le code des procédures civiles d'exécution plusieurs articles nouveaux relatifs aux conditions dans lesquelles les mesures de contrainte que constituent les mesures conservatoires ou les mesures d'exécution forcée peuvent être mises en œuvre à l'encontre des États étrangers détenteurs de biens situés en France, à l'initiative de créanciers de ces États.

En particulier, s'agissant des biens nécessaires à l'activité des missions diplomatiques, le texte clarifie, à la suite d'incertitudes nées de développements jurisprudentiels récents, les conditions dans lesquelles un État peut renoncer aux immunités couvrant ces biens : cette renonciation doit être non seulement expresse, mais spéciale. Il est précisé par ailleurs que d'une manière générale les mesures conservatoires ou d'exécution ne peuvent être mises en œuvre que sur autorisation préalable du juge par ordonnance rendue sur requête.

a) Le Conseil d'État a constaté que ces nouvelles dispositions étaient strictement conformes au droit international. En effet, en ce qui concerne les conditions dans lesquelles des mesures conservatoires ou d'exécution forcée peuvent être mises en œuvre sur les biens situés en France des États étrangers en général, elles reprennent les termes mêmes de certaines stipulations de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 2 décembre 2004. Les dispositions du projet respectent donc les stipulations des conventions internationales, qui s'imposent au législateur national, même si cette convention n'est en l'état pas encore entrée en vigueur. Au demeurant, en ce qui concerne les conditions dans lesquelles les mesures de contraintes peuvent être mises en œuvre sur les biens des États étrangers servant à l'activité de leur mission diplomatique en France, les dispositions en cause respectent également les règles procédant de la coutume internationale, telle quelle résulte elle-même de la pratique des États et des décisions de leurs juridictions et qui est en cohérence avec la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961.

b) Le Conseil d'État a considéré par ailleurs que ces nouvelles dispositions ne soulevaient pas de difficulté constitutionnelle, ni ne se heurtaient aux stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Sur la réduction de la durée de validité des chèques

28. Le projet de loi réduit de douze à six mois le délai de prescription de l'action du porteur de chèque sur le tiré, analysé comme la durée de validité du chèque, prévu à la seconde phrase du deuxième alinéa de l'article L. 131-59 du code monétaire et financier. Le Conseil d'État estime qu'aucun obstacle constitutionnel ou conventionnel ne s'oppose à cette disposition dans la mesure notamment où :

- le délai de prescription ainsi réduit se distingue des autres délais de prescription fixés à ce même article et résultant de l'article 52 de l'annexe I de la convention portant loi uniforme sur les chèques du 19 mars 1931 ratifiée par la France le 27 avril 1936 ;
- la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur exclut de son champ d'application les opérations de paiement fondées sur les chèques régis par les stipulations de la convention du 19 mars 1931 mentionnée ci-dessus ;
- le projet du Gouvernement a été complété par une disposition prévoyant l'application de la mesure aux chèques émis à compter de la date de publication de la loi.

Sur l'interdiction de la publicité par voie électronique à destination des particuliers portant sur certains contrats financiers hautement spéculatifs et risqués

29. Le projet de loi interdit aux prestataires de services d'investissement d'adresser, directement ou indirectement, par voie électronique, des communications à caractère promotionnel à des clients non-professionnels, notamment des clients potentiels, relatives à la fourniture de services d'investissement portant sur des contrats financiers à terme, tels que les « contrats pour différences » (CFD) et les « options binaires », qui ont pour caractéristique d'être particulièrement risqués pour les investisseurs, tout en excluant du champ d'application de cette interdiction les informations mises en ligne, sur leur site internet, par les prestataires de services d'investissement commercialisant ces produits.

Tout manquement à cette interdiction serait passible des sanctions prévues à l'article L. 621-15 du code monétaire et financier, que la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers est compétente pour prononcer à l'encontre d'un prestataire de services d'investissement ayant manqué à ses obligations professionnelles, telles qu'elles sont définies par les règlements européens et les lois, règlements et règles professionnelles approuvées par cette autorité.

a) Le Conseil d'État a considéré qu'aucun obstacle constitutionnel ne s'opposait à l'adoption d'une telle mesure d'interdiction. Il a estimé que ces dispositions, certes susceptibles d'affecter le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre et, le cas échéant, de porter atteinte, dans son exercice, au droit de propriété, n'instituaient pas une interdiction générale et absolue, dès lors que leur champ d'application était nettement circonscrit. Il a en outre considéré que ces dispositions étaient justifiées par le motif d'intérêt général tiré de la volonté de renforcer la protection des investisseurs non-professionnels contre des communications promotionnelles non sollicitées relatives à des produits hautement complexes exposant les intéressés à une probabilité élevée de perte, évaluée à 89 % par une étude récente de l'Autorité des marchés financiers.

b) Le Conseil d'État a également estimé que la mesure, sous réserve qu'elle soit notifiée à la Commission européenne au plus tard deux mois avant son entrée en vigueur, n'était pas incompatible avec les dispositions de la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers, dont l'article 24, relatif à la protection des investisseurs, régit le contenu des informations, y compris publicitaires, adressées par une entreprise d'investissement à ses clients ou clients potentiels. Il a en effet considéré que si l'interdiction des publicités constituait une « exigence supplémentaire » au sens des dispositions du paragraphe 12 de l'article 24 de la directive, imposée aux prestataires de services d'investissement, celle-ci répondait aux conditions de fond énoncées par ces mêmes dispositions, dès lors que, circonscrite dans son champ d'application, elle est objectivement justifiée par un motif d'intérêt général et proportionnée à cet objectif.

c) Enfin, le Conseil d'État a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'insérer dans le projet une disposition d'application différée pour permettre aux opérateurs de se mettre en conformité avec leurs nouvelles obligations. En effet, si le projet de loi introduit une nouvelle norme applicable aux entreprises exerçant l'activité de prestataire de services d'investissement, dont la violation est passible de sanctions administratives, les professionnels du secteur ont été consultés préalablement à la saisine du Conseil d'État et seront informés spécifiquement par les services de l'Autorité des marchés financiers dans les semaines précédant la publication de la loi.

Sur la possibilité, pour les détenteurs de livrets de développement durable, d'en affecter une partie à l'économie sociale et solidaire

30. Le projet de loi complète l'article L. 221-7 du code monétaire et financier relatif au livret de développement durable en prévoyant que les établissements distributeurs de ce livret proposent annuellement à leurs clients détenteurs d'en affecter tout ou partie sous forme de don à des personnes morales relevant des articles 1^{er} et 11 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire. Le Conseil d'État a précisé que ces dons seraient effectués par l'intermédiaire de ces établissements sans frais pour les clients détenteurs et que le décret d'application, qui peut ne pas être un décret en Conseil d'État, devra encadrer les modalités de la sélection des bénéficiaires par le client. Il s'est assuré que le conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire, qui doit être « *consulté sur tous les projets de dispositions législatives et réglementaires communes à l'économie sociale et solidaire ainsi que sur les projets de dispositions relatives à l'entrepreneuriat social* » en vertu de l'article 4 de la loi du 31 juillet 2014, l'avait bien été.

Sur la cession des contrats de vente de lait de vache

31. Le projet interdit pour une période de 5 ans, éventuellement prorogeable, la cession à titre onéreux, entre exploitants, des contrats de vente de lait de vache conclus entre éleveurs et transformateurs et frappe d'une nullité d'ordre public les transactions effectuées en méconnaissance de cette prescription. Son objectif est de prévenir un risque de dérive du fonctionnement de ce dispositif, mis en place à la disparition du régime des quotas laitiers, pour préserver autant que possible les éleveurs d'une excessive volatilité des cours.

a) Le Conseil d'État, malgré le caractère succinct des données de l'étude d'impact sur l'ampleur d'un phénomène trop récent pour être complètement évalué, a considéré que l'interdiction temporaire des cessions à titre onéreux de ces contrats constituait une mesure visant à prévenir un risque d'alourdissement des charges des exploitants et pouvant être justifiée par des motifs d'intérêt général de politique agricole et d'aménagement du territoire. Sa mise en œuvre pour une durée limitée à 5 ans, correspondant à la durée minimale prévue pour ces contrats, ne lui est pas apparue manifestement disproportionnée au regard des exigences constitutionnelles protégeant les libertés d'entreprendre et de contracter. Ces motifs d'intérêt général lui sont par ailleurs apparus suffisants pour justifier que soient écartées les clauses de cessibilité qui pourraient être incluses dans des contrats conclus sur le fondement du décret n° 2010-1753 du 30 décembre 2010.

b) En revanche, il n'a pas admis la disposition relative aux modalités d'une possible prorogation de l'interdiction par l'autorité administrative. Une telle clause rend indéfinie la durée d'application de la mesure et, en l'absence de référence à un quelconque critère du constat de « *la persistance d'un déséquilibre du secteur de la production laitière* », elle lui est apparue incompatible avec les exigences de protection des libertés constitutionnelles mentionnées ci-dessus.

Sur l'obligation légale de dépôt de leurs comptes annuels par les sociétés transformant des produits agricoles ou commercialisant des produits alimentaires

32. Afin d'assurer un meilleur respect de l'obligation légale de dépôt de leurs comptes annuels par les sociétés commerciales transformant des produits agricoles ou commercialisant des produits alimentaires, le projet prévoit la possibilité pour le président de l'observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires d'alerter celui de la juridiction commerciale sur les carences constatées. Le projet fixe un plafond au montant de l'astreinte que le président du tribunal de commerce peut alors prononcer, mais à un niveau suffisamment élevé pour qu'il soit interprété comme une invitation à réévaluer l'échelle des décisions rendues en la matière. Le Conseil d'État a estimé que la cohérence de ce système supposait un lien entre la saisine par le président de l'observatoire et le régime d'astreinte spécifique à la filière agroalimentaire. Par ailleurs la fixation du plafond à 2 % du chiffre d'affaires journalier moyen lui a semblé appropriée à l'objectif poursuivi.

Le Conseil d'État a estimé que cette disposition ne créait pas une rupture d'égalité entre les sociétés commerciales déjà assujetties par le code de commerce à l'obligation de déposer leurs comptes. La filière agroalimentaire est le cadre de relations économiques fréquemment opaques et déséquilibrées qui ont ainsi conduit à la mise en place par le législateur d'un observatoire spécifique de la formation des prix et des marges des produits alimentaires. La procédure spéciale d'alerte, par le président de l'observatoire, du président du tribunal de commerce et la fixation d'un montant plafonné de l'astreinte que ce dernier est alors susceptible de prononcer répondent à des objectifs qui sont en lien avec les problèmes particuliers de la filière agroalimentaire.

Sur la rémunération du capital des coopératives et la sécurité des sociétaires souscripteurs

33. Le projet de loi modifie, d'une part, la loi du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération afin de prévoir de nouvelles règles de fixation du plafond de rémunération du capital des sociétés coopératives et, d'autre part, le code monétaire et financier pour encadrer la commercialisation des parts des banques coopératives dans le but de renforcer la sécurité des sociétaires souscripteurs. Ces dispositions n'ont pas soulevé de difficulté.

Sur le renforcement des règles relatives aux délais de paiement

34. Le projet, dans le but d'améliorer le respect de la réglementation prévue par le code de commerce en matière de délais de paiement, augmente le montant des amendes administratives encourues, supprime la limitation du cumul des amendes prononcées au maximum le plus élevé en cas de concours de manquements et rend la publication de la décision de sanction obligatoire. Pour les manquements aux dispositions du code de la consommation, il supprime la limitation du cumul des amendes prononcées au maximum le plus élevé en cas de concours de manquements.

Le Conseil d'État a considéré que ni l'augmentation, de 375 000 à deux millions d'euros, du montant maximal de l'amende administrative encourue par les personnes morales en cas de manquement aux règles sur les délais de paiement, ni la suppression de la limitation du cumul des amendes prononcées en cas de concours de manquements n'étaient manifestement disproportionnées, compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont dispose le législateur en matière de fixation de sanctions.

Il a également estimé que le fait de rendre obligatoire la publication des sanctions administratives prononcées en cas de manquement aux règles sur les délais de paiement n'était pas contraire au principe d'individualisation des peines, dès lors que, conformément à la décision n° 2013-329 QPC du 28 juin 2013, les dispositions en question ne font pas obstacle à ce que la durée de la publication ainsi que les autres modalités de cette publicité soient fixées en fonction des circonstances propres à chaque espèce.

Sur le « lissage » des seuils de la micro-entreprise

35. Le projet de loi, qui vise à alléger les obligations comptables et fiscales pesant sur les petites entreprises, a un triple objet : relever les plafonds de chiffre d'affaires en deçà desquels les entreprises bénéficient du régime de la franchise de TVA et mieux lisser les conséquences du franchissement de ces plafonds ; élargir à certaines entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée le champ d'application des régimes semi-forfaitaires d'imposition à l'impôt sur le revenu (dits régimes micro) applicables aux titulaires de bénéfices industriels et commerciaux et de bénéfices non commerciaux ; assouplir les modalités d'exercice de l'option pour un régime réel d'imposition des contribuables soumis à un tel régime semi-forfaitaire d'imposition.

Cette disposition n'appelle de la part du Conseil d'État que la remarque suivante : si les articles 282 et suivants de la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006 relative au système commun de TVA autorisent les États membres à appliquer un régime de franchise de TVA, les dispositions envisagées, notamment le relèvement des plafonds de chiffre d'affaires, constituent une mesure dérogatoire qui requiert une décision d'autorisation préalable du Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, conformément à l'article 395 de la même directive. Par suite, et quand bien même les relèvements précédents de ces plafonds n'auraient pas été précédés d'une telle décision, ces dispositions ne peuvent entrer en vigueur que postérieurement à une décision favorable du Conseil, ainsi que le prévoit le III du projet d'article.

Sur le stage d'installation des artisans

36. Le projet de loi vise à aménager le stage de préparation à l'installation des artisans, prévu à l'article 2 de la loi n° 82-1091 du 23 décembre 1982 relative à la formation professionnelle des artisans, lequel actuellement est un préalable à l'immatriculation au répertoire des métiers, pour le transformer en un stage postérieur à cette immatriculation.

Le Conseil d'État n'a pu retenir cette disposition, au demeurant insuffisamment justifiée par l'étude d'impact, car il a estimé qu'en créant une obligation de stage non assortie de sanction, la sécurité juridique qui doit entourer les conditions d'accès à la qualification d'artisan n'était pas correctement assurée.

Sur les autres mesures d'allègement et de simplification concernant les entreprises

37. Le Conseil d'État n'a pas vu d'obstacle aux dispositions du projet tendant à :

- simplifier le passage du statut d'entrepreneur individuel à celui d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ;
- simplifier l'apport d'un fonds de commerce à une société unipersonnelle ;
- alléger les obligations pesant sur les entrepreneurs en termes d'évaluation des apports lorsqu'ils changent de forme sociale.
- réformer les obligations de qualification applicables aux activités artisanales qui présentent un risque pour la santé et la sécurité des personnes (lesquelles intègrent celles de la profession de coiffeur) et transposer, pour ces activités, la directive 2013/55/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles.

Sur la modification des compétences des organes centraux mentionnés à l'article L. 511-30 du code monétaire et financier

38. Le Conseil d'État estime que rien ne s'oppose ni en droit interne, ni en droit de l'Union européenne à ce que les organes centraux mentionnés à l'article L. 511-30 du code monétaire et financier donnent des instructions à la direction des établissements et sociétés qui leur sont affiliés dès lors que ces instructions sont prises pour l'exécution des missions de service public énumérées à l'article L. 511-31 du même code leur donnant compétence pour édicter, à cet effet, des prescriptions à caractère général s'imposant aux établissements ou sociétés affiliés qu'ils représentent.

Sur la modification de la hiérarchie des créanciers des établissements de crédit mis en liquidation judiciaire

39. La directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014, dite « directive BRRD », a établi un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Sa transposition a été assurée par l'ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière.

La directive a renforcé les systèmes nationaux de prévention et de résolution des crises bancaires en fournissant aux États membres plusieurs outils à cette fin. Les objectifs de la résolution, énoncés à son article 31, sont les suivants : assurer la continuité des fonctions critiques de l'établissement de crédit, éviter les effets négatifs sérieux sur la stabilité financière en prévenant la contagion et en maintenant la discipline de marché, protéger les ressources de l'État par une réduction maximale du recours aux aides financières publiques exceptionnelles, enfin, protéger les déposants couverts ainsi que les fonds et les actifs des clients.

Aux côtés d'autres mesures de résolution, le mécanisme de « *renflouement interne* » de l'établissement de crédit (« *bail in* ») permet de contraindre les actionnaires et les créanciers à subir des pertes en dépréciant leurs titres ou en les convertissant en fonds propres, les faisant ainsi participer au refinancement de l'établissement défaillant.

La directive BRRD énonce à cet égard, au paragraphe 1^{er} de l'article 34, que les États membres veillent à ce que toute mesure de résolution, notamment de renflouement interne, soit prise conformément aux principes généraux suivants : « *a) les actionnaires de l'établissement soumis à la procédure de résolution sont les premiers à supporter les pertes ; / b) les créanciers de l'établissement soumis à une procédure de résolution supportent les pertes après les actionnaires, conformément à l'ordre de priorité de leurs créances dans le cadre d'une procédure normale d'insolvabilité (...)* ». Pour la mise en œuvre de la résolution, la directive renvoie ainsi au droit national de chaque État membre applicable en matière de liquidation judiciaire la détermination de l'ordre de priorité des créanciers.

La directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2011 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit pose par ailleurs le principe, en son article 10, que les établissements de crédit sont liquidés « *conformément aux dispositions des lois, règlements et procédures applicables dans l'État membre d'origine* » et qu'il en va ainsi en ce qui concerne « *le rang des créances* ».

La directive BRRD pose enfin le principe selon lequel « *aucun créancier ne peut être plus mal traité [en résolution] qu'en cas de liquidation* » (« *No creditor worse off than in liquidation* »). Ainsi, en cas d'application de l'instrument de renflouement interne, les actionnaires et les créanciers ne doivent pas subir de pertes plus importantes que celles qu'ils auraient subies si l'établissement soumis à la procédure de résolution avait été « *liquidé dans le cadre d'une procédure normale d'insolvabilité* », c'est-à-dire dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire. S'ils sont moins bien traités, ils ont droit à une indemnité versée par le dispositif de financement de la résolution.

a) Les règles de droit interne relatives à la hiérarchie des créanciers d'un établissement de crédit mis en liquidation judiciaire résultent des dispositions du livre VI du code de commerce, notamment de son article L. 641-13. Ces règles doivent être lues en combinaison avec les règles de droit civil relatives aux sûretés, celles du code de commerce relatives à certains titres de créances émis par les entreprises, les règles applicables à la protection des déposants figurant à l'article L. 613-30-3 du code monétaire et financier, enfin, avec les règles prévues par d'autres codes, tels le code du travail, le code de la sécurité sociale ou le code général des impôts, en ce qui concerne certaines créances bénéficiant légalement d'un traitement préférentiel.

Le projet de loi modifie l'article L. 613-30-3 précité du code monétaire et financier afin de faire remonter d'un rang, dans la hiérarchie des créanciers, les actuels créanciers chirographaires autres que les créanciers titulaires de titres de créances mentionnés au 2 du II de l'article L. 211-1 du même code ou d'instruments ou droits équivalents émis sur le fondement de droits étrangers, lorsque ces titres, instruments ou droits ne sont pas structurés, qu'ils ont été émis pour une échéance initiale au moins égale à un an et que le contrat d'émission stipule que le titulaire est un créancier chirographaire au sens des nouvelles dispositions du 4° de l'article L. 613-30-3. Par ricochet, ces derniers verraient leurs créances mises à contribution prioritairement, mais après les actionnaires et les titulaires de titres de dette subordonnée, en cas de mise en œuvre d'une mesure de renflouement interne dans le cadre de la résolution ordonnée d'un établissement de crédit. En cas de liquidation judiciaire, les nouveaux créanciers chirographaires seraient désintéressés après tous les autres créanciers, mais avant les titulaires de titres de dette subordonnée et les actionnaires.

b) Il résulte, d'une part, de l'article 34 de la Constitution que la loi détermine les principes fondamentaux du régime de la propriété et des obligations civiles et commerciales. Dans ce cadre, il est loisible au législateur, sous réserve de ne méconnaître aucune règle ou aucun principe de valeur supérieure, de modifier l'ordre de priorité selon lequel les créanciers d'un débiteur sont désintéressés à partir de l'actif réalisé dans le cadre de la procédure collective. A cet effet, il peut, notamment, instituer des privilèges nouveaux bénéficiant à des catégories déterminées de créances ou de créanciers constituées sur une base objective et rationnelle.

Il résulte, d'autre part, de la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »¹.

c) Le Conseil d'État a relevé que si la nouvelle rédaction de l'article L. 613-30-3 du code monétaire et financier a pour effet d'établir une différence de traitement entre des créanciers appartenant jusqu'alors au même rang, le législateur peut, en adoptant une telle disposition, déroger à l'égalité entre ces personnes en considération du motif d'intérêt général consistant à garantir la pleine efficacité de la procédure de résolution.

En l'état du droit, eu égard au caractère résiduel et hétérogène de la catégorie des créanciers chirographaires, l'application d'une mesure de renflouement interne à un établissement de crédit faisant l'objet d'une procédure de résolution est en effet susceptible de se heurter à plusieurs obstacles. D'une part, l'autorité de résolution peut éprouver des difficultés à faire supporter des pertes à certains passifs chirographaires, telles les créances résultant d'opérations de dérivés de crédit, pour des raisons techniques tenant à la complexité des opérations financières considérées ou de leur valorisation, à la brièveté du délai dans lequel elles sont exécutées ou au recours à des mécanismes de compensation. D'autre part, il n'est pas opportun de faire supporter aux créanciers titulaires de dépôts non couverts des pertes qui seraient de nature à faire courir un risque de contagion sur les marchés et à mettre en cause le maintien des fonctions critiques de l'établissement. Enfin, si le collège de résolution de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution tient de l'article L. 613-55-1 du code monétaire et financier la faculté d'écarter expressément certains passifs des mesures de résolution, il ne peut le faire sans méconnaître le principe selon lequel un créancier ne doit pas être moins bien traité en résolution qu'en liquidation.

¹ Décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005 relative à la loi de sauvegarde des entreprises, cons. 4.

Cette dernière contrainte est d'autant plus prégnante que, dans la structure du bilan de plusieurs grands établissements de crédit français, la part des passifs obligataires est relativement faible par rapport aux autres passifs chirographaires, de sorte qu'il est difficile de mettre à contribution les titulaires de créances correspondantes dans des proportions plus importantes que les autres créanciers chirographaires sans porter atteinte au principe « *no creditor worse off than in liquidation* ».

Dans ce contexte, la création de la nouvelle tranche de passif chirographaire appelée à absorber les pertes avant les autres créanciers et qui correspondrait à des passifs obligataires – obligations et bons à moyen terme négociables non structurés – pouvant aisément faire l'objet d'une mesure de réduction de valeur ou de conversion en fonds propres, permet de répondre à ces difficultés. La différence de traitement qui en résulte entre créanciers est par ailleurs en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit, laquelle poursuit l'objectif de favoriser la mise en œuvre de la procédure de résolution ordonnée d'un établissement de crédit défaillant.

d) Le Conseil d'État a enfin estimé que les 3° et 4° de l'article L. 613-30-3 du code monétaire et financier, tels qu'ils résultent du projet de loi, s'appliqueraient de plein droit aux seules procédures de liquidation judiciaire ouvertes à compter de l'entrée en vigueur de la loi, sans qu'il soit besoin de l'écrire. De même, il a relevé que seuls les titres émis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi seraient concernés par les nouvelles règles de rang, dès lors que le 4° de l'article L. 613-30-3 classe dans la catégorie des nouveaux créanciers chirographaires les seuls titulaires de titres de créance émis sur le fondement de contrats stipulant que leur titulaire est un créancier chirographaire au sens et pour l'application de ces dispositions. Pour ces raisons, le Conseil d'État n'a pu retenir les dispositions d'entrée en vigueur proposées.

Sur la transformation de l'IEDOM en société filiale de la Banque de France

40. Cette réforme vise à transformer en filiale de la Banque de France l'établissement public national dénommé Institut d'émission des départements d'outre-mer (IEDOM), qui agit pour le compte de la Banque de France dans les collectivités d'outre-mer dans lesquelles l'euro circule (Guadeloupe, Martinique, La Réunion, Mayotte, Guyane, Saint-Martin, Saint-Barthélemy, Saint-Pierre-et-Miquelon). A cette fin, l'établissement public, dont les statuts sont fixés dans le livre VII du code monétaire et financier (art. L. 711-2 et suivants, et R. 711 et suivants) est transformé en une société par actions simplifiée dont le capital est détenu par la Banque de France.

L'objectif de cette transformation (lettre de saisine de la BCE par l'État sur la base de l'article 127(4) du TFUE) est de « rendre l'IEDOM totalement indépendant de l'État » afin de répondre aux recommandations de la Banque centrale européenne concernant l'application des dispositions des traités concernant l'Eurosystème.

Compte-tenu des obligations de consultation de la BCE qui sont celles de la France au regard de l'article 127 du TFUE, l'obtention d'un avis de la BCE sur l'ensemble des modifications intervenues dans le statut de l'IEDOM revêtait un caractère nécessaire et obligatoire. Le Conseil d'État a noté que la modification du statut juridique de l'IEDOM ainsi prévue a été approuvée par la Banque centrale européenne par un avis public en date du 16 mars.

En revanche, il n'a pas retenu la disposition incluse dans le I de l'article concernant la possibilité que le directeur général de l'Institut d'émission de l'outre-mer (IEOM) établissement public de l'État, soit nommé, simultanément, directeur général de l'IEDOM. Cette disposition, qui autorisait une dérogation à l'article 25 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires n'est pas apparue nécessaire en considération du fait qu'après sa transformation en société par actions simplifiée, l'IEDOM continuera d'exercer, en dehors de tout cadre concurrentiel, des fonctions à caractère régalién pour le compte de la Banque de France qui en sera l'unique actionnaire. De telles fonctions ne conduisent ainsi pas le directeur général de l'IEDOM à exercer une « activité privée lucrative » au sens de la loi susmentionnée.

Sur les modalités d'intervention des sociétés de crédit foncier

41. Le projet de loi introduit dans le code monétaire et financier des dispositions relatives aux modalités d'intervention des sociétés de crédit foncier, lesquelles comme les sociétés de financement de l'habitat sont des établissements de crédit spécialisés généralement adossés à de grands réseaux bancaires et permettant à ces groupes de refinancer les crédits immobiliers accordés à leur clientèle. Le texte a pour objet de permettre aux sociétés de crédit foncier de consentir à ces groupes bancaires, en contrepartie des obligations sécurisées qu'elles émettent auprès du public, des prêts eux-mêmes garantis par un ensemble de créances correspondant aux prêts immobiliers placés par ces mêmes banques auprès de leur clientèle.

Le Conseil d'État a relevé que ces dispositions avaient pour objet de conférer aux sociétés de crédit foncier des souplesses d'intervention dont à la différence des sociétés de financement de l'habitat elles ne disposaient pas jusqu'ici et qu'elles n'avaient pas pour effet de diminuer la sécurité offerte aux souscripteurs des obligations sécurisées émises par ces établissements.

Par suite, il a considéré que ces dispositions ne soulevaient aucune difficulté d'ordre constitutionnel ou conventionnel.

Sur l'institution d'un droit de communication pour les agents de Pôle emploi

42. Le projet de loi introduit un droit de communication permettant aux agents assermentés et agréés de Pôle emploi chargés de la prévention des fraudes d'obtenir, auprès d'un certain nombre d'organismes ou d'entreprises et sans que puisse leur être opposé le secret professionnel, des documents et informations nécessaires pour contrôler la sincérité et l'exactitude des déclarations souscrites ou l'authenticité des pièces produites en vue de l'attribution et du paiement d'allocations, de prestations et d'aides servies par Pôle emploi.

NOR : FCPM1605542L

Le Conseil d'État a estimé que ces dispositions ne soulevaient pas de difficulté dès lors qu'elles qui reprennent le même dispositif, prévu par les articles L. 114-19 à L. 114-21 du code de la sécurité sociale, au profit des agents des organismes chargés de la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale.

Cet avis a été délibéré et adopté par l'assemblée générale du Conseil d'État dans sa séance du jeudi 24 mars 2016.