

# La transparence de la vie économique

Benoît DELAUNAY - Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL 2018, N° 59, P. 23

Assiste-t-on aujourd'hui à une Glasnost dans le droit applicable à la vie économique française ? La question, qui use volontiers de l'anachronisme et de l'excès par rapport à la situation antérieure autant que du décalage dans l'espace, est permise tant le thème de la transparence semble s'y être invité depuis quelques années sous de multiples formes et en empruntant des véhicules normatifs variés. Pour s'en tenir au seul plan législatif, l'adoption à près de vingt-cinq années d'intervalle de deux lois dites Sapin (*Sapin I* en 1993 et *Sapin II* en 2016), consacrant chacune dans leur intitulé même la « transparence de la vie économique », n'est pas banale. Elle témoigne à tout le moins de ce que le recours à la règle est aujourd'hui pleinement sollicité dans le dessein de parvenir à une meilleure connaissance et à une accessibilité accrue de l'information relative à la vie économique, c'est-à-dire à la vie publique des affaires entendue comme la vie des entreprises privées au-dehors et à l'action économique des administrations.

Les travaux menés depuis plusieurs années sur ces questions confirment que le mouvement est ample et continu et qu'il concerne, au premier chef en droit <sup>(1)</sup>, plusieurs secteurs de la vie économique ; la transparence budgétaire <sup>(2)</sup>, la transparence dans la commande publique <sup>(3)</sup> ou encore la transparence dans le droit de la concurrence <sup>(4)</sup>.

Dans cet exercice proprement juridique, l'encadrement par le droit de la transparence n'est pourtant pas d'ordre principalement constitutionnel – à l'exception du contrôle pouvant être opéré par le Conseil constitutionnel sur les lois de transparence à l'instar de celui qui a porté sur les deux lois *Sapin* <sup>(5)</sup> – la transparence n'ayant pas été reconnue comme un principe à valeur constitutionnelle <sup>(6)</sup> et la référence à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen – qui prévoit que « la Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration » – paraissant prioritairement se rattacher à la responsabilité et plus lointainement seulement à la transparence. La matière est bien davantage régie, en droit interne, par des sources législatives et, en droit supranational, par le cadre européen ou international comme le montrent d'importants travaux de l'OCDE sur ces questions <sup>(7)</sup>. Aux deux échelons, le droit dit souple abonde également <sup>(8)</sup>.

Le vocabulaire ne permet pas plus aisément de dissiper le brouillard conceptuel qui paraît s'attacher à la notion de transparence. Associant le droit à la vie économique, et en reprenant les mots des économistes, il est donc tentant d'y voir l'exigence d'une information qui reflète sans aucun biais la situation de chacun (de l'État, d'une entreprise, d'une banque) et qui est très largement partagée, faisant partie de la connaissance commune <sup>(9)</sup>. Au-delà et plus généralement, la transparence désigne la qualité de ce qui laisse paraître la réalité tout entière, de ce qui s'épuise dans une forme de clarté ou de limpidité. Par définition, la transparence dévoile mais non sans limite, au point de se risquer à évoquer le « trouble de la transparence » selon l'expression amusante et amusée du professeur Guy Carcassonne.

De ce point de vue, les temps ont considérablement changé <sup>(10)</sup> ; si l'on pouvait encore relier hier la vie économique au secret <sup>(11)</sup> et créditer ainsi ce dernier de nombreuses vertus, le momentum est sans conteste à la transparence. Dans la vie des affaires, celle-ci a ses rythmes, elle est aussi davantage subie que voulue, mais elle épouse assurément une ligne suffisamment continue qui fait d'elle une exigence de laquelle il ne sera plus possible ni même souhaitable de se départir.

S'interrogeant il y a trente ans, sur la sœur jumelle de la transparence économique, à savoir la transparence administrative, Bruno Lasserre, Noëlle Lenoir et Bernard Stirn y avaient vu à la fois et successivement une exigence, un état d'esprit et un espoir <sup>(12)</sup>. Reprenant ce rythme ternaire mais choisissant de l'adapter à la vie économique et aux problèmes de l'heure, il sera possible d'observer l'essor (I), de démonter les ressorts (II) et de chercher à prédire le sort (III) de la transparence dans la vie économique.

## I – Essor de la transparence de la vie économique

La transparence est, à gros traits, la qualité de ce qui se laisse voir ou savoir, d'une donnée qu'on rend visible et lisible. Sur ce terrain, la tendance est, sans discussion, à l'accroissement des exigences de transparence dans la vie économique.

### A - Se laisser davantage voir

Faire voir ce qui n'est pas spontanément visible, faire apparaître la vie économique, la société économique comme une « maison de verre » est compliqué, plus encore que cela ne peut l'être pour la vie publique <sup>(13)</sup>.

Denis Kessler explique fort bien, s'agissant des entreprises privées, composantes essentielles de la vie économique, comment s'est effectué le passage progressif du secret – et l'on sait combien il a pu s'imposer au travers du secret des affaires <sup>(14)</sup> – à une transparence accrue <sup>(15)</sup>. Pendant longtemps et jusqu'à récemment, le secret s'entourait assez commodément des instruments opaques propres aux sociétés commerciales ; fiction de la personne morale, sociétés anonymes dont les actionnaires ne sont par définition pas connus des tiers, titres aux porteurs numériquement supérieurs aux titres nominatifs, fonctionnement (assemblées générales et conseils d'administration) peu transparents, informations financières limitées aux obligations légales, cercles feutrés de dirigeants, etc. Progressivement, la transparence est devenue une vertu que l'on s'est mis à exiger des entreprises <sup>(16)</sup>. Parmi les facteurs recensés pour en expliquer l'émergence, on trouve pêle-mêle le développement des technologies de communication, l'évolution de l'organisation des entreprises, le passage d'une économie d'endettement à une économie de fonds propres, les exigences particulières des investisseurs institutionnels ainsi que l'évolution générale du droit au travers de l'intervention du législateur ou du juge <sup>(17)</sup>.

De ce point de vue, les lois Sapin constituent également un modèle du genre. La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, a permis de réaliser d'importants progrès en matière de transparence et de modernisation de la vie des affaires et des relations entre acteurs économiques et décideurs publics. La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ambitionne de porter la législation française en la matière aux meilleurs standards européens et internationaux.

## B - En savoir davantage

À dire vrai, l'exigence de transparence était de longue date exigée sur les marchés car considérée comme primordiale pour les acteurs du marché qui peuvent se décider à partir d'une information complète. Son existence et sa circulation au sein d'un marché sont en effet un des éléments de la concurrence pure et parfaite entre acteurs. De ce point de vue par exemple, la transparence des sociétés cotées implique la disponibilité générale d'une information pertinente et fiable sur la performance périodique, la position financière et les opportunités d'investissement, la valeur et le risque des sociétés <sup>(18)</sup>.

La démultiplication de l'information aujourd'hui demandée aux entreprises est patente. Il suffit de songer, en matière fiscale, au dispositif du CbCR (*Country by country reporting*) qui consiste en l'obligation faite aux entreprises de publier chaque année certaines données chiffrées (chiffre d'affaires, bénéfices, impôts payés, nombre d'employés) et destinée à permettre d'identifier dans quelle mesure la répartition des impôts des entreprises correspond territorialement à la répartition de leurs bénéfices et d'obtenir des informations relatives à l'évasion fiscale liée aux pratiques abusives en matière de prix de transfert. Adopté par voie de directive à l'automne 2017, ce dispositif constitue une source d'information considérable pour l'administration fiscale et, rendu public, pour l'ensemble des opérateurs économiques <sup>(19)</sup>.

L'information consiste aussi à savoir qui intervient dans la procédure d'adoption des décisions publiques. À cet égard, la loi Sapin 2 a prévu que les représentants d'intérêts respectent des règles déontologiques dans leurs relations avec les pouvoirs publics et en particulier doivent déclarer leur identité, l'organisme pour lequel ils travaillent et les intérêts ou entités qu'ils représentent dans leurs relations avec les pouvoirs publics, s'abstenir de proposer ou de remettre à ces personnes des présents, dons ou avantages quelconques d'une valeur significative, de toute incitation à l'égard de ces personnes à enfreindre les règles déontologiques qui leur sont applicables, de toute démarche auprès de ces personnes en vue d'obtenir des informations ou des décisions par des moyens frauduleux, d'obtenir ou d'essayer d'obtenir des informations ou décisions en communiquant délibérément à ces personnes des informations erronées ou en recourant à des manœuvres destinées à les tromper, d'organiser des colloques, manifestations ou réunions, dans lesquels les modalités de prise de parole de ces personnes sont liées au versement d'une rémunération, de vendre à des tiers des copies de documents provenant du Gouvernement, d'une autorité administrative ou publique indépendante ou d'utiliser du papier à en-tête ainsi que le logo de ces autorités publiques et de ces organes administratifs et, enfin, s'attacher à respecter l'ensemble des règles précédentes dans leurs rapports avec l'entourage direct avec ces personnes. La Haute Autorité a récemment fait savoir que peu de représentants d'intérêts s'étaient encore déclarés, ce qui atteste sans doute aussi d'un défaut d'ancrage d'une culture déontologique et de transparence dans la vie économique française comme elle peut exister dans d'autres pays.

## II – Ressorts de la transparence de la vie économique

Les ressorts sont les causes profondes, les causes agissantes. On ne saurait en effet vouloir la transparence pour elle-même – bien que le mot confine parfois au mantra – mais on la conçoit au service d'une fin supérieure. On y voit, pour notre part et par-delà l'affichage des temps, un vecteur de confiance autant qu'un facteur de concurrence.

## A - Un vecteur de confiance

La confiance des citoyens et de l'ensemble des acteurs du monde économique ainsi recherchée par la transparence de la vie économique s'inscrit par exemple et au premier chef dans la lutte contre la corruption menée à la fois de manière préventive et répressive. C'est ce qui a présidé à l'adoption de la loi Sapin 1, notamment en ce qui concerne la vie publique des affaires ; c'est également ce qui est à l'origine de la loi Sapin 2 relativement aux entreprises privées. À cet égard, deux dispositifs issus de la loi du 9 décembre 2016 et codifiés dans le code de procédure pénale méritent d'être signalés.

D'une part et de manière symbolique, c'est l'article 1<sup>er</sup> de la loi Sapin 2 qui institue un organe en charge de la prévention de la corruption, l'Agence française anticorruption. Service à compétence nationale chargé de la détection et de la prévention des atteintes à la probité, placé auprès du ministre de la Justice et du ministre des Finances, il prend la suite du service central de prévention de la corruption (SCPC), précédemment placé auprès du garde des Sceaux. Chargée d'élaborer des recommandations relatives à la prévention et à l'aide à la détection de la corruption à destination des acteurs publics et économiques ainsi qu'un plan national de prévention de la corruption, l'Agence française anticorruption contrôle également le respect par les grandes entreprises de l'obligation de vigilance dans le domaine de la lutte contre la corruption et du trafic d'influence et peut sanctionner ces entreprises en cas de manquement à cette obligation.

D'autre part, la loi Sapin 2 instaure une convention judiciaire d'intérêt public qui peut être proposée par le procureur de la République avant l'engagement des poursuites, ou par le juge d'instruction, à une société mise en cause pour une atteinte à la probité ou pour blanchiment de fraude fiscale. Le juge contrôle la légalité de cette convention lors d'une audience publique. Dans ce cadre procédural, l'entreprise doit acquitter une amende au profit du Trésor public dont le montant est défini en proportion des avantages retirés des manquements observés dans la limite de 30 % de son chiffre d'affaires annuel. Elle doit également se soumettre, pour une durée maximale de trois ans et sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, à un programme de mise en conformité de ses procédures de prévention et de détection de la corruption et du trafic d'influence. Récemment, le tribunal de grande instance de Paris a ainsi contrôlé la première convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) conclue avec la banque HSBC Private Bank Suisse SA, poursuivie pour des faits de démarchage bancaire et financier illicite et blanchiment aggravé de fraude fiscale. L'amende, résultant de cette transaction pénale, a été fixée à 300 millions d'euros<sup>(20)</sup>.

## B - Un facteur de concurrence

Que la transparence soit au service de la concurrence est une idée communément admise. Les rédacteurs de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 avaient ainsi prévu, au sein du livre IV du code de commerce, un titre quatrième intitulé « de la *transparence*, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées ». La place faite à la transparence dans l'ordonnance atteste ainsi de ce qu'elle contribue à la concurrence entre entreprises par le truchement d'une meilleure connaissance de l'offre. La vertu de la transparence est tout aussi évidente dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles qui, telles les ententes, reposent le plus souvent sur leur caractère secret.

La transparence est cependant davantage encore et plus nettement exigée au stade la mise en concurrence dans le droit de la commande publique, en particulier en raison des règles européennes<sup>(21)</sup>, même si l'on trouve des traces de l'exigence de transparence dès les procédures d'adjudication de l'Ancien Régime. Le principe de transparence est ainsi aujourd'hui consacré dans les deux directives Marchés publics<sup>(22)</sup> et dans la directive Concessions<sup>(23)</sup>. Cependant, c'est par l'intermédiaire de la Cour de justice que l'exigence de transparence dans la commande publique s'est d'abord imposée. À ce titre, la première référence à la transparence dans la commande publique remonte à l'arrêt *Commission c. Belgique* de 1996 dans lequel la Cour juge que « la procédure de comparaison des offres devait donc respecter, à tous les stades, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires que celui de la transparence, afin que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation de leurs offres »<sup>(24)</sup>.

C'est cependant l'arrêt *Telaustria*<sup>(25)</sup> rendu en 2000 par la Cour de justice qui constitue la jurisprudence de référence sur la transparence dans la passation des contrats publics. L'affaire concernait un contrat conclu, après publicité et mise en concurrence, entre *Telaustria*, entreprise publique de télécommunications autrichienne, et la société Herold, fabricant et imprimeur des annuaires téléphoniques, devenue filiale de *Telaustria*. La Cour commence par donner raison à la qualification de concession au détriment de celle de marché public et accepte, de ce fait, l'absence de mise en concurrence du contrat, en l'absence de disposition alors en vigueur. Toutefois, elle va au-delà de cette réponse et s'appuie sur les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier pour juger que les entités adjudicatrices concluant des concessions de services sont tenues, bien que ces contrats ne relèvent pas des directives européennes et ne soient pas des marchés publics, à une « obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur (qui) consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture des marchés des services à la concurrence, ainsi que le contrôle des procédures d'adjudication ». À partir de cet arrêt, la transparence tend à devenir le principe de référence à partir duquel est contrôlé de respect de la concurrence<sup>(26)</sup>.

Cet apport prétorien présente aujourd'hui un intérêt amoindri depuis qu'en application des nouvelles directives, les concessions de service public se trouvent régies par le droit dérivé alors que la précédente directive Marchés publics ne s'appliquait – et encore dans des dispositions spécifiques seulement – qu'aux concessions de travaux. Cependant, l'exigence de transparence demeure un point d'ancrage important pour le juge comme l'a précisé l'avocat général Kokott en des termes très nets : la transparence, « principe fondamental du droit européen des marchés publics a essentiellement pour but de garantir l'absence de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Il implique que toutes les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause » <sup>(27)</sup>.

L'exigence de transparence dans les contrats publics, qui a infusé dans le droit européen, s'est ensuite diffusée en droit interne. Cela se vérifie tant dans la jurisprudence constitutionnelle au travers de l'importante décision du 26 juin 2003 qui juge que les marchés publics et accords-cadres respectent « les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures » <sup>(28)</sup> que dans la jurisprudence administrative de laquelle il résulte par exemple qu'eu égard à l'impératif d'ordre public imposant de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation, la nécessité de mettre fin à une convention dépassant la durée prévue par la loi d'une délégation de service public constitue un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale par la personne publique, sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge <sup>(29)</sup>.

### III – Sort de la transparence de la vie économique

Pendant longtemps, l'alternative offerte en la matière semblait se réduire exclusivement à deux branches ; le secret ou la transparence <sup>(30)</sup>. Il n'est plus certain que l'on doive continuer d'adhérer à une telle opposition manichéenne, surtout si l'on s'aventure à quelque pronostic sur le sort de la transparence dans la vie économique. Partant, deux orientations nous semblent s'imposer ; la transparence paraît d'abord absorber les modalités traditionnelles qui lui sont attachées telle que la publicité ; elle est peut-être ensuite vue, non sans discussion, comme un moyen d'intervention de l'État dans l'économie.

#### A - La transparence, navire amiral de la publicité dans la vie économique

La transparence semble être partie pour s'installer en première place des exigences de la vie économique contemporaine. Elle pourrait bien de ce fait reléguer la publicité qui ne deviendrait qu'une des modalités de la transparence. À terme, la transparence, gratuite, l'emporterait peut-être même sur la publicité légale qui demeure onéreuse. De la sorte, « sans être propre au domaine de l'action économique, la montée en puissance de l'exigence de transparence est venue récemment s'y épanouir, jusqu'à y prendre toutes les apparences d'un principe fondamental » <sup>(31)</sup>.

Le mouvement est particulièrement frappant dans le droit de la commande publique. La transparence inclut en effet désormais à la fois la publicité et la mise en concurrence. Que reste-t-il dès lors des procédures de publicité en cette matière entièrement gouvernée par la non-discrimination et la transparence ? Dans ses conclusions sur l'affaire *Telaustria* précitée, l'avocat général Fennely a ainsi mis en évidence que la publicité ne passait plus nécessairement par la publication formelle <sup>(32)</sup>. La transparence est alors entendue comme le fait d'assurer « l'impartialité et l'accessibilité fondamentales des procédures d'adjudication, particulièrement à l'égard des soumissionnaires potentiels qui ne sont pas établis dans l'État membre de l'entité adjudicatrice » <sup>(33)</sup>.

Le droit français reconnaît aujourd'hui la même primauté à l'obligation de transparence sur celle de publicité. En matière contractuelle par exemple, l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics prévoit que « les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures », ce qui implique implicitement mais nécessairement l'obligation de mettre en œuvre une publicité adaptée à l'importance et à la nature du marché projeté.

La transparence paraît désormais dominer l'ensemble ; l'apport majeur de l'arrêt *Telaustria* est ainsi d'avoir procédé à « une montée en généralité », en choisissant de lier le principe de transparence à un ensemble de contraintes procédurales pour le pouvoir adjudicateur <sup>(34)</sup>. La transparence paraît ainsi inclure la publicité, la mise en concurrence et même la non-discrimination. En effet, peu avant l'arrêt *Telaustria*, la Cour de justice déduisait du principe de non-discrimination une obligation de transparence. Saisie à titre préjudiciel d'un litige se rapportant aux conditions que doit respecter une entité adjudicatrice, soumise à la directive secteurs spéciaux, la Cour jugeait ainsi que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité ne saurait être interprété restrictivement et qu'il impliquait, notamment, « une obligation de transparence afin de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de son respect » <sup>(35)</sup>. L'imbrication des principes est à son apogée et l'on

peut écrire qu'elle « repose sur une prémisse relativement simple ; dans la mesure où le principe de transparence fonde une obligation de publicité et, plus généralement, une obligation pour le pouvoir adjudicateur de communiquer sur un projet de marché ou de concession, l'absence de ces mesures tend nécessairement à défavoriser l'opérateur qui se situe dans un autre État » <sup>(36)</sup>.

Ce phénomène a connu des prolongements récents en droit interne du domaine public. L'ordonnance du 19 avril 2017 – qui renverse la jurisprudence Jean Bouin <sup>(37)</sup> – conséquence de l'article 34 de la loi Sapin 2, impose une procédure de publicité préalable à la délivrance des titres domaniaux. Le terme de transparence gagne du terrain au détriment de la publicité ; en vertu de l'article L. 2122-1-1 du code général des propriétés des personnes publiques, désormais, sauf dispositions législatives contraires, lorsque le titre permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, « l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester ».

## B - La transparence, main invisible de l'État dans la vie économique ?

Non sans paradoxe alors qu'elle est perçue classiquement comme une vertu libérale du marché qui s'autorégule vers une concurrence pure et parfaite due à une information des acteurs économiques, la transparence est peut-être aussi un moyen d'intervention de l'État. N'est-elle pas la main de l'État dans la vie économique ? Le doyen Carbonnier avait une formule redoutable pour désigner un tel phénomène ; « La transparence est fille de l'interventionnisme, du dirigisme » <sup>(38)</sup>. En d'autres termes, les textes sur la transparence serviraient de fondement à une intrusion de l'administration dans la vie économique.

Il est exact que se multiplient les occasions pour l'État d'accéder à une information de plus en plus dense sur les entreprises. Ainsi, encore récemment, la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre instaure, pour les sociétés françaises employant plus de 5 000 salariés en France ou 10 000 salariés dans le monde, en incluant leurs filiales, l'obligation d'élaborer, de rendre public et de mettre en œuvre un plan de vigilance comportant des mesures propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes aux droits humains et aux libertés fondamentales qui pourraient résulter des activités de la société mère, des sociétés qu'elle contrôle et de leurs fournisseurs et sous-traitants, en France comme à l'étranger. On ne saurait sous-estimer les risques qui résultent de manière générale de ce développement de l'information qui facilite le *data mining* et soulève de redoutables questions de droit d'accès à une telle documentation et d'exploitation de celle-ci.

Le propos consistant à voir dans l'exigence de transparence une intervention déguisée et renouvelée de l'État est séduisant mais il n'est pas sans excès. Deux exemples montrent à l'inverse que l'intervention de l'État est davantage repoussée que recherchée.

En premier lieu, sous l'influence du droit européen, la transparence, notion englobante, absorbe jusqu'au fonctionnement des entreprises publiques et vise à cantonner l'intervention de l'État dans le capital des entreprises privées ou publiques. Ainsi, la directive *Transparence* 2006/11 du 11 novembre 2006 vise à rendre transparents les rapports financiers des États et des entreprises en empruntant deux voies. D'une part, en organisant une transparence comptable pour certaines opérations engageant des fonds publics (apport en capital, avantages financiers par avance ou renonciation, prêts privilégiés). Les entreprises publiques doivent ainsi conserver pendant cinq années toutes les informations relatives aux ressources publiques dont elles ont, directement ou indirectement, bénéficié. D'autre part, en s'assurant que des opérations courantes de la vie financière (prêts, compensation de charges de service public) n'abritent pas des aides. Cette obligation de transparence s'applique également aux prestations de l'entreprise publique qui affectent le commerce entre les États membres ou les relations avec les banques centrales et les établissements publics de crédit. La Cour de justice a confirmé ces vues en jugeant qu'une prise de participation publique dans le capital d'une entreprise pouvait être constitutive d'une aide d'État <sup>(39)</sup>.

En second lieu, en matière d'ouverture des réseaux à la concurrence, branche du droit public spécial de la concurrence, la transparence des conditions d'octroi et de refus des autorisations est exigée pour permettre au contraire une séparation des activités et des entités ; séparation des activités non concurrentielles et concurrentielles, séparation des opérateurs et des régulateurs, séparation du fournisseur de service et du gestionnaire de réseau. Dans l'ouverture des réseaux à la concurrence, sont mises en place des procédures ouvertes, non discriminatoires et surtout transparentes <sup>(40)</sup>.

Le mouvement de transparence a gagné l'ensemble de la vie économique à l'instar des salariés et des actionnaires qui disposent de droits croissants à l'information sur la conduite des affaires de la société. L'influence américaine n'est pas étrangère à ces évolutions ; de la loi Sarbanes-Oxley de 2002, qui prévoit un système d'alerte éthique applicable aux filiales étrangères de sociétés américaines à la loi FATCA de 2010 qui oblige les banques à lui communiquer tous les comptes détenus par des citoyens américains, l'influence est puissante, accompagnée d'effets extraterritoriaux. Dans ce contexte, si « la transparence est la vertu des belles âmes » selon le joli mot de Rousseau, il convient de prendre

- (1) V. J.-F. Kerléo, *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Mare et Martin, 2015.
- (2) A. Sy, *La transparence dans le droit budgétaire de l'État en France*, LGDJ, 2017.
- (3) E. Lekkou, *La transparence et la commande publique*, th. Université Lyon III, 2012.
- (4) F. Riem, *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, L'Harmattan, 2002.
- (5) V. ainsi respectivement les décisions n° 92-316 DC et n° 2016-741 DC.
- (6) Cons. const. 21 janvier 1994, déc. 94-335 DC, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*.
- (7) V., par ex. ; OCDE, *Principes pour la transparence et l'intégrité des activités de lobbying*, Recommandation, 2010.
- (8) V. par ex. : AFEP/MEDEF, Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées.
- (9) Ch. De Boissieu, « Faut-il tout dire tout le temps ? », *Sociétal*, 2002, n° 37, p. 77.
- (10) J.-D. Bredin, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 11.
- (11) C. Bonnet, *Le secret dans la vie économique*, th. Paris, 1970.
- (12) B. Lasserre, N. Lenoir et B. Stirn, *La transparence administrative*, PUF, 1987.
- (13) *Transparence et vie publique*, Dalloz, 2015.
- (14) R. Saint-Alary, « Rapport sur le secret des affaires en droit français », in *Le secret et le droit (journées libanaises)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXV, Dalloz, 1974.
- (15) D. Kessler, « L'entreprise entre transparence et secret », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 33.
- (16) M. Behar-Touchais, « Vices et vertus de la transparence », *Rev. de la concurrence*, n° 13, octobre 2007.
- (17) *Ibid.*
- (18) K. Sergakis, *La transparence des sociétés cotées en droit européen*, IRJS, 2013.
- (19) Sur cette question, qu'il soit permis de renvoyer à B. Delaunay, « Les conséquences juridiques de l'adoption de la proposition de directive CbCR », *Droit fiscal*, 7 septembre 2017, étude 423.
- (20) Parquet financier, communiqué de presse du 14 novembre 2017.
- (21) Ch. Maugüé, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », *Mélanges Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 609.
- (22) Dir. 2014/24/UE, 26 février 2014 ; Dir. 2014/25/UE, 26 février 2014.
- (23) Dir. 2014/23/UE, 26 février 2014.
- (24) CJCE, 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, C-87/94, Rec. 1996 P. I-2043, point 54.
- (25) CJCE, 7 décembre 2001, *Telaustria*, Rec. p. I-10745 ; *BJCP* 2001, p. 132 ; *CMP comm.* n° 50, p. 24, note F. Llorens ; *AJDA* 2001, p. 106, note L. Richer.
- (26) V., par exemple : CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C-231/03, Rec., p. I-7287.
- (27) J. Kokott, concl. CJCE, 10 mai 2012, *Commission c. Pays-Bas*, C-368/10, point 143.
- (28) Cons. const., 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, n° 2003-473 DC.
- (29) CE, 7 mai 2013, n° 365043, *Sté auxiliaire de parcs de la région parisienne*, *AJDA* 2013, p. 1271, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *JCP A* 2013, comm. 2297, obs. J.-B. Vila.
- (30) J.-M. Sauvé, « Culture du secret contre transparence sans limite ; quel équilibre pour garantir l'intérêt général ? », discours 2011.
- (31) J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2016, p. 156.
- (32) N. Fennely, concl. 18 mai 2000, pt 43.
- (33) *Ibid.*
- (34) S. de la Rosa, *Droit européen de la commande publique*, Bruylant, 2017, p. 41.
- (35) CJCE 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia A/S, 3-S, Danske Svineproducenters Serviceselskab*, aff. C-275/98, p. I-8305, pt 31.
- (36) S. de la Rosa, *préc.*
- (37) CE, Sect. 3 décembre 2010, *Ville de Paris*.
- (38) « Propos introductifs » in *La transparence*, *RJ com.* 1993, n° spécial p. 9.
- (39) CJCE, 14 novembre 1984, *Intermills*, aff. 323/82, Rec. p. 3830.
- (40) CJCE, 9 octobre 2008, *Julius Sabatauskas*, aff. C-239/07.
- (41) J.-D. Bredin, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 11.