

MORALISATION DE LA VIE POLITIQUE

L'arsenal législatif contre les conflits d'intérêts, nouveau défi pour les élus locaux

Face à la pression citoyenne, la prévention des conflits d'intérêts a été consacrée, en 2013, au rang de principe essentiel de l'action publique. Depuis, la notion s'est élargie et les dispositifs légaux, empilés. Les élus locaux sont directement concernés par ces mutations, dont il est parfois difficile de mesurer la portée exacte à défaut de textes clairs.

1 LA DÉFINITION LÉGALE TRÈS ENGLOBANTE DE 2013

Condition de la mise en place d'une politique cohérente et globale de prévention des conflits d'intérêts, leur définition légale figurait parmi les recommandations prioritaires de la « commission Jospin » (1), qui a remis son rapport en novembre 2012 (2). La définition proposée à l'article 2 de la loi relative à la transparence de la vie publique du 11 octobre 2013 s'en inspire d'ailleurs largement, à l'exception non négligeable de « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».

Trois critères cumulatifs

La notion d'interférence, absente des préoccupations de la commission qui s'est attachée à l'influence effective, est aujourd'hui intégrée à la loi, qui pose comme condition le cumul de trois critères :

- En premier lieu, la détention d'un intérêt, direct ou indirect, privé ou public, matériel ou moral.

A ce stade, le législateur a entendu insérer dans le champ du conflit d'intérêts la notion d'interférence avec un intérêt public détenu par l'acteur, ce qui n'était pas nécessairement évident en première analyse. Pour rappel, dans le rapport remis au chef de l'Etat, le 26 janvier 2011, par la commission de réflexion sur le même sujet, présidée par Jean-Marc Sauvé, il était proposé de retenir du conflit d'intérêts la définition suivante : « Une situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission, lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions. » Si cette définition avait prévalu, un conflit d'intérêts n'aurait pu se trouver caractérisé à raison d'une interférence entre plusieurs intérêts détenus de nature publique.

- En second lieu, l'identification d'une interférence, qui peut être matérielle, géographique ou temporelle, entre cet intérêt et l'exercice d'une fonction publique.

- En troisième lieu, l'influence de cette interférence ou le fait qu'elle paraisse influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction. Si l'on se réfère à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), apprécier ce critère implique un examen concret de l'intensité de cette interférence, laquelle doit être suffisamment forte pour soulever des doutes raisonnables quant à la capacité du responsable public à exercer ses fonctions en toute objectivité.

Un niveau d'imprécision anxigène

Reste qu'en dépit de cette dernière précision sans valeur juridique, il convient surtout de retenir que la définition du conflit d'intérêts issue de la loi du 11 octobre 2013 est extrêmement large. De façon schématique, elle constitue en effet la somme de l'ensemble des situations décrites dans les deux projets de définition issus des rapports précités à ceci près, en sus, qu'aucune référence expresse n'est faite quant à un degré minimal d'intensité requis à la reconnaissance d'un conflit d'intérêts. C'est la raison pour laquelle cette nouvelle définition a pu s'avérer anxigène pour certains décideurs publics.

Ce sentiment est renforcé par l'appréciation délicate des conséquences de cette nouvelle définition. Car la loi s'est gardée de préciser les modalités d'articulation avec les régimes juridiques répressifs préexistants. En effet, si cette nouvelle définition et l'obligation d'abstention qui l'accompagne témoignent d'une volonté manifeste de renforcer la prévention des conflits d'intérêts, il n'en demeure pas moins que ni la loi du 11 octobre 2013 ni ses décrets d'application n'ont eu pour effet de créer ou de clari-

fier les sanctions encourues à raison de la caractérisation d'un conflit d'intérêts.

2 HARMONISATION DE L'APPRÉCIATION DES COMPORTEMENTS

L'apport concret et immédiat de cette nouvelle définition ne peut donc s'évaluer, en l'état, que du point de vue des autorités juridictionnelles qui ont à connaître et éventuellement à sanctionner certains comportements constitutifs de conflits d'intérêts.

La divergence de lecture des juridictions

Plus précisément, avant l'intervention de cette nouvelle définition, une situation de conflit d'intérêts mettant en cause un élu local était passible de deux types de sanction :

- au niveau administratif d'une part, la constatation d'une telle situation se traduisait par l'annulation de la décision administrative à laquelle a pris part un conseiller jugé intéressé à celle-ci (3) ;
- au niveau pénal d'autre part, elle pouvait mener à la condamnation personnelle du principal intéressé

Les élus locaux titulaires d'une délégation de fonction devront déterminer, de façon anticipée, les situations où ils pourraient se trouver face à un conflit d'intérêts.

sur le fondement du délit de prise illégale d'intérêts issu de l'article 432-12 du Code pénal.

La difficulté tenait alors à ce que chaque ordre de juridiction retenait une lecture distincte des situations prohibées, de sorte que le comportement d'un élu dans le cadre de l'adoption d'une décision

administrative pouvait ne pas entraîner l'annulation de la décision afférente, sans que ce dernier ne se trouve prémuni, pour autant, de tout risque pénal.

Le juge administratif retenait en effet une conception subjective du conflit d'intérêts, appréciant très concrètement chaque cas soumis pour déterminer, indépendamment des apparences, si un intérêt était effectivement caractérisé et si son détenteur avait eu une influence effective sur la délibération en cause (4). A l'inverse, la grande sévérité du juge pénal était souvent mise en exergue à raison de la logique objective de la prise illégale d'intérêts qu'il faisait prévaloir, l'apparence du conflit d'intérêts suffisant à caractériser l'infraction (5).

Vers un triomphe de la conception pénale ?

Dans ces conditions, l'intervention d'une définition légale du conflit d'intérêts, parce qu'elle fait prévaloir sans équivoque, ainsi qu'il a été développé, une appréciation objective du conflit d'intérêts, a pu apparaître comme de nature à favoriser une harmonisation entre les juridictions de l'appréciation des comportements prohibés.

Cette harmonisation, si elle a lieu, devrait s'effectuer, en principe, au bénéfice de la conception que faisait prévaloir jusqu'alors le juge pénal (6). La position de prudence qui pouvait, par suite, être conseillée aux élus locaux pour se prémunir du risque pénal s'en trouve ainsi confortée.

3 FORMALISATION ET PRÉVENTION DES RISQUES

Les élus locaux étaient d'ores et déjà « fortement encouragés » à s'abstenir dans l'adoption de certaines décisions publiques, afin d'éviter qu'ils ne soient fragilisés juridiquement et faire en sorte qu'ils se prémunissent du risque encouru, à titre personnel, de reconnaissance d'un délit de prise illégale d'intérêts.

Généralisation de l'abstention

La loi du 11 octobre 2013 consacre expressément une obligation générale d'abstention applicable à tout responsable public qui se trouverait dans une situation de conflit d'intérêts telle que définie précédemment. Cette obligation d'abstention se décline cependant différemment selon la nature des fonctions exercées. Un décret, promulgué le 31 janvier 2014 (n° 2014-90), s'est chargé de préciser les modalités d'application de ces consignes d'abstention.

Les élus locaux sont obligés désormais de formaliser, dans un arrêté de déport signé par le président de l'exécutif, les situations dans lesquelles ils vont devoir s'abstenir d'intervenir. Ces situations correspondent peu ou prou à celles qui faisaient jusqu'alors peser le risque de caractérisation de délit de prise illégale d'intérêts. L'évolution pourrait paraître relativement mesurée, si ce n'est que cela oblige l'ensemble des élus locaux titulaires d'une délégation de fonction à déterminer, de façon anticipée, les situations où ils pourraient se trouver face à un conflit d'intérêts.

La rédaction de tels arrêtés et, par suite, la délimitation des situations justifiant une abstention nécessitent de prendre position sur la question délicate des conditions du cumul des qualités de membre dans l'exécutif local et au sein d'un organisme extérieur (société d'économie mixte, société publique locale, syn- ●●●

RÉFÉRENCES

- Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique
- Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires
- Loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat

●●● dicat mixte, association), précisément au nom de la collectivité dont il est élu.

Génération du conflit entre sécurité juridique et connaissance d'un secteur

Si l'on veut en effet être prudent, à défaut de positions légales ou juridictionnelles contraires et dans le sens de la définition extrêmement large du conflit d'intérêts, on doit considérer que dès lors qu'un élu est titulaire d'une responsabilité importante au sein d'un organisme extérieur (tout particulièrement sa présidence), il doit s'abstenir, au sein de sa collectivité territoriale, de prendre part à toute décision directement ou indirectement relative à celui-ci.

Or, cela s'avère extrêmement contraignant d'un point de vue pratique, étant donné que les nominations dans les organismes extérieurs sont en lien immédiat avec les spécialités et expériences des élus locaux, qui ont également orienté les délégations conférées. Ainsi la présidence d'une société d'économie mixte d'aménagement est souvent confiée à l'élu titulaire de la délégation afférente.

La formalisation de l'abstention, dans le cas du cumul de mandats et de fonctions exécutives locales, est un « jeu » d'équilibre extrêmement périlleux.

En ce sens, en l'état des textes et de la jurisprudence, la rédaction des arrêtés de déport, s'agissant particulièrement de ces situations de cumul de mandats et de fonctions exécutives locales (qui ne font l'objet d'aucune restriction formelle), est un « jeu » d'équilibre extrêmement périlleux entre sécurité juridique d'une part et pratique et connaissance d'un secteur (les-

quelles participent indéniablement de la bonne administration d'une collectivité locale), d'autre part.

Une clarification de la HATVP sur ce point serait particulièrement bienvenue dans le cadre du rendu de l'un de ses rapports d'activité annuels ou des contrôles effectués sur les déclarations d'intérêts qui lui sont soumises et qui constituent le second volet du nouvel arsenal juridique de prévention des conflits d'intérêts.

4 LES DÉCLARATIONS OBLIGATOIRES DES ÉLUS LOCAUX

Jusqu'à l'intervention de la loi du 11 octobre 2013, la seule obligation déclarative à laquelle étaient soumis certains élus était l'obligation de déclaration de situation patrimoniale. Cette loi a réformé essentiellement le droit existant en ce qu'elle a étendu la liste des assujettis à la déclaration de situation patrimoniale, dont elle a renforcé la portée et à laquelle elle a également adjoint une obligation de déclaration d'intérêts.

S'agissant des élus locaux, ces déclarations concernent principalement les présidents de toutes les collectivités territoriales de plus de 20 000 habitants, les présidents d'un EPCI à fiscalité propre de plus de 20 000 habitants, ainsi que les conseillers d'une collectivité territoriale ou d'un EPCI à fiscalité propre de plus de 100 000 habitants titulaires d'une délégation de fonction

ou de signature (article 11 de la loi du 11 octobre 2013).

L'impératif de transparence

A noter qu'initialement, n'étaient expressément visés que les élus locaux titulaires d'une délégation de signature. C'est donc au moyen d'une lecture à notre sens abusivement restrictive qu'ont été exonérés de ces obligations déclaratives les élus titulaires d'une délégation de fonction qui ne disposaient pas par ailleurs d'une délégation de signature. En ajoutant une référence aux élus titulaires d'une délégation de fonction, la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires a opportunément levé cette ambiguïté.

Ces élus soumis à déclaration d'intérêts sont donc tenus d'adresser personnellement leurs déclarations au président de la HATVP dans les deux mois suivant l'élection ou la nomination qui les assujettit à une telle obligation.

Toute modification substantielle de la situation des intérêts détenus, intervenant dans le cadre de l'exercice du mandat ou des fonctions, donne encore lieu, dans un délai de deux mois, à une déclaration dans les mêmes formes. Précisons qu'en application du décret n° 2016-570 du 11 mai 2016 et depuis le 15 octobre 2016, ces déclarations doivent impérativement être effectuées par le biais du téléservice Adel, l'idée étant de clarifier les informations à déclarer et de permettre leur publication dans un format ouvert et aisément réutilisable.

Déceler les cumuls problématiques

Au-delà de l'enjeu de transparence qui leur est attaché, ces nouvelles exigences doivent permettre à la Haute Autorité de déceler les situations de cumul constitutives intrinsèquement d'un conflit d'intérêts – éventuellement à la suite d'un signalement effectué par l'une des

associations agréées pour ce faire, comme Transparency International France (7). C'est ainsi, pour exemple, que l'action de la HATVP a conduit à retirer à Geneviève Fioraso la tutelle de la recherche du Commissariat à l'énergie atomique (CEA), son compagnon en étant le directeur délégué, ou à forcer la démission du conseiller spécial de Christiane Taubira (lorsqu'elle était Garde des Sceaux), qui était aussi avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat.

Le pari est peut-être qu'une certaine « inflation normative » couplée à quelques condamnations symboliques ancrera plus efficacement une culture déontologique.

On constate néanmoins que les situations signalées par la HATVP comme irrégulières, qu'elles soient constitutives d'un conflit d'intérêts ou même d'ailleurs d'une infraction pénale liée au maniement de fonds publics (révélée par l'examen des déclarations patrimoniales), concernent pour le moment essentiellement les cas les plus graves.

5 LA STRATÉGIE DU FLOU JURIDIQUE

Que ceci procède d'un manque de moyens, d'une entrée en vigueur encore trop récente des textes ou d'une volonté d'imposer une interprétation de ces nouvelles dispositions relativement permissive, il n'en demeure pas moins que, sur les situations les plus délicates à apprécier (exposées précédemment), la HATVP ne s'est encore pas prononcée expressément. Si bien que l'on pourrait percevoir dans la persistance d'un tel flou une

certaine forme de stratégie, propre à renforcer encore la culture déontologique.

La charte de l'élu local

Cette stratégie est encore confortée par l'introduction, dans la loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice du mandat des élus locaux, d'une charte de l'élu local qui l'enjoint notamment de prévenir ou de faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. Le pari est peut-être qu'une cer-

citée des autorités susceptibles d'en porter une appréciation (HATVP, juridictions administratives, judiciaires, etc.), la plus grande prudence s'impose aux élus locaux. Même s'ils disposent de la faculté d'user d'une prérogative encore trop peu exploitée, à savoir solliciter l'avis de la HATVP sur une question spécifique donnée (article 20 de la loi du 11 octobre 2013).

(1) Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique créée à la demande de François Hollande le 16 juillet 2012.

(2) Pour un renouveau démocratique : rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique.

(3) Article L.2131-11 du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

(4) Voir pour un exemple récent : CE, 22 février 2016, n° 367901.

(5) Cass. crim., 22 octobre 2008, commune de Bagneux, n° 08-82.068.

(6) Voir notamment « Le conflit d'intérêts des élus : vers une conception objective du conseiller intéressé », Emilie Collin, AJCT n° 26, 4 juillet 2016, 2189.

(7) Article 20 de la loi du 11 octobre 2013.

taine « inflation normative » (au moins cinq textes de loi au cours du quinquennat visant, parmi leurs objectifs, la prévention des conflits d'intérêts) couplée à quelques condamnations symboliques ancrera une culture déontologique plus efficacement que ne le ferait un cadre juridique clair.

Le règne de la prudence

Peut-être est-ce pour cette raison que les gouvernants ont cru pouvoir s'exonérer d'une articulation aboutie entre les différents dispositifs nouvellement créés ou préexistants aux dernières réformes censées prévenir et réprimer les situations de conflits d'intérêts. La question reste ouverte. Car en effet, l'adoption de mesures plus radicales, à l'instar de la limitation des cumuls de mandats et de fonctions exécutifs locales, aurait été sans conteste plus efficiente.

Reste que, dans l'attente, face à ces nouveaux textes, au risque pénal non négligeable qu'ils font peser sur leurs épaules et à la multipli-

Par Aloïs Ramel et Elise Humbert, avocats à la cour, au cabinet Seban & Associés