

DOSSIER
**LES 10 ANS DE LA LOI
RELATIVE
À LA TRANSPARENCE
DE LA VIE PUBLIQUE**

Avec les articles de



**Alexandra
Adero**

Avocate
associée



**Michaël
Goupil**

Avocat
Of Counsel



**Elise
Humbert**

Avocate
directrice



**Vincent
Cadoux**

Avocat
directeur



**Agathe
Delescluse**

Avocate

paru dans

DOSSIER
**LA PROTECTION DES ÉLUS
LANCEURS D'ALERTE EN CINQ
ÉPINEUSES QUESTIONS**



**Agathe
Delescluse**
Avocate

La protection des élus lanceurs d'alerte en cinq épineuses questions



MONTAGE ADOBESTOCK

Bientôt sept ans que la loi « Sapin 2 » a fixé un régime protecteur des lanceurs d'alerte, renforcé par une nouvelle loi en 2022. Ayant potentiellement connaissance d'informations rentrant dans le champ d'application du statut de lanceur d'alerte, comment les élus, et notamment ceux des collectivités locales, peuvent-ils s'emparer de ce dispositif et en bénéficier ? Avec quel niveau de protection et selon quelles modalités ? Et à quels risques de représailles s'exposent-ils ? Cinq questions-réponses pour mieux cerner l'élus lanceur d'alerte.

C'est la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin 2 », qui a fixé un régime protecteur des lanceurs d'alerte. Il a ensuite été renforcé par la loi du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte. Dans le cadre de l'exercice de leur mandat, les élus peuvent avoir connaissance d'informations entrant dans le champ de la définition du lanceur d'alerte. De quoi poser la question de leur protection en cette qualité et des moyens dédiés.

L'élus peut-il être un lanceur d'alerte ?

La définition du lanceur d'alerte n'est pas réduite aux personnes ayant connaissance des informations faisant l'objet de l'alerte dans le cadre de leur activité professionnelle. En effet, d'une manière générale, un lanceur d'alerte est « une personne

physique qui signale ou divulgue, sans contrepartie financière directe et de bonne foi » les dites informations (art. 6 de la loi « Sapin 2 »), qui portent sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, une violation ou une tentative de dissimulation d'une violation d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, du droit de l'Union européenne, de la loi ou du règlement.

Le texte précise même, depuis la loi du 21 mars 2022, que lorsque les informations n'ont pas été obtenues dans le cadre de ses activités professionnelles, le lanceur d'alerte doit en avoir eu personnellement connaissance. Ainsi, tout individu est susceptible d'être lanceur d'alerte, dès lors qu'il remplit les conditions tenant à l'absence de contrepartie financière directe, à la bonne foi et, le cas échéant, à la connaissance personnelle des

informations. Un élu, dont le mandat ne s'analyse pas comme une activité professionnelle, peut donc être un lanceur d'alerte, au sens de la loi « Sapin 2 ».

A quelle protection a-t-il droit ?

La protection prévue par la loi est de trois ordres. Ainsi, la responsabilité civile et pénale du lanceur d'alerte ne peut être mise en cause devant les juridictions compétentes, la confidentialité de son identité est, s'il le souhaite, garantie (art.9), et les mesures de représailles à son encontre sont interdites.

S'agissant plus précisément de la protection civile et pénale, les lanceurs d'alerte ne sont pas civilement responsables des dommages causés du fait de leur signalement ou de leur divulgation publique dès lors qu'ils avaient des motifs raisonnables de croire, lorsqu'ils y ont procédé, que le signalement ou la divulgation publique de l'intégralité de ces informations était nécessaire à la

sauvegarde des intérêts en cause (art.10-1).

En outre, n'est pas pénalement responsable le lanceur d'alerte qui, d'une part, porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause et se fait dans le respect des dispositions de la loi « Sapin 2 » et, d'autre part, soustrait, détourne ou recèle les documents ou tout autre support contenant les informations dont il a eu connaissance de manière licite et qu'il signale ou divulgue dans les conditions mentionnées au premier alinéa de l'article 122-9 du code pénal.

En cas d'action civile ou pénale intentée contre lui, ou en cas de recours du lanceur d'alerte contre une mesure de représailles, il peut demander au juge une provision pour frais de l'instance en fonction de la situation économique respective des parties et du coût prévisible de la procédure ou, lorsque sa situation financière s'est gravement

dégradée en raison du signalement ou de la divulgation publique, une provision visant à couvrir ses subsides.

Enfin, dans le cas d'un recours contre une mesure de représailles, dès lors qu'il présente des éléments de fait qui permettent de supposer qu'il a signalé ou divulgué des informations dans les conditions prévues par la loi, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est dûment justifiée (art. 10-1). Ainsi, la charge de la preuve est inversée, comme en matière de harcèlement.

Quelles sont les conditions pour en bénéficier ?

Le lanceur d'alerte ne bénéficie du régime légal de protection que s'il rentre bien dans le champ de la définition susmentionnée du lanceur d'alerte et qu'il respecte la procédure prévue par la loi. Plus précisément, trois types d'alerte ou de divulgation des informations existent : l'alerte interne, l'alerte externe et la divulgation publique (art.8). L'alerte interne s'adresse aux personnes qui ont connaissance d'informations dans le cadre de leur activité professionnelle.

L'alerte externe s'applique à tous, et donc aux élus. Elle consiste à s'adresser à l'autorité compétente parmi celles désignées par le décret du 3 octobre 2022 pris pour l'application de la loi du 21 mars 2022, au Défenseur des droits, à l'autorité judiciaire ou à une institution, à un organe ou à un organisme de l'Union européenne compétent pour recueillir des informations sur des violations relevant du champ d'application de la directive du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union.

La divulgation publique constitue le dernier canal, également ouvert à tous. Un élu peut y recourir après avoir effectué un signalement externe sans qu'aucune mesure appropriée n'ait été prise en réponse à ce signalement à l'expiration d'un délai de trois mois, ou directement, en cas de danger grave et imminent, ou lorsque l'alerte externe ferait encourir à son auteur un risque de représailles ou qu'elle ne permettrait pas de remédier efficacement à l'objet de la divulgation, en raison des circonstances particulières de l'affaire, notamment si des preuves peuvent être dissimulées ou détruites ou si l'auteur du signalement a des motifs sérieux de penser que l'autorité peut être en conflit d'intérêts, en collusion avec l'auteur des faits ou impliquée dans ces faits.

Le respect de cette procédure par un élu peut s'avérer peu compatible avec la réalité de la vie politique. En effet, le propre d'un élu, notamment d'opposition, est de veiller à la bonne administration de la collectivité publique par la majorité et, le cas échéant, de demander publiquement des comptes. Or, en sortant du cadre légal, l'élu ne bénéficiera pas de la protection correspondante.

Quelles mesures de représailles risque l'élu ?

L'article 10-1 II de la loi « Sapin 2 » fixe une liste non exhaustive d'exemples de mesures de représailles, dont certains ne concernent que les salariés et agents publics (suspension, licenciement, refus de promotion, etc.), mais d'autres sont plus généraux et peuvent concerner des élus : coercition, intimidation, harcèlement ou ostracisme ; discrimination, traitement désavantageux ou

- 
- Directive (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union.
 - Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte.
 - Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite loi « Sapin 2 ».
 - Décret n° 2022-1284 du 3 octobre 2022 pris pour l'application de la loi du 21 mars 2022.

injuste ; préjudice, y compris atteintes à la réputation de la personne, en particulier sur un service de communication au public en ligne, ou pertes financières, y compris les pertes d'activité ou de revenu, etc.

S'agissant de sanctions à proprement parler, on relèvera qu'aucun texte ne donne à l'organe délibérant ou à l'exécutif d'une collectivité le pouvoir de sanctionner un élu. La jurisprudence admet que l'organe délibérant adresse des blâmes à l'exécutif ou aux conseillers au titre de sa mission de contrôle des activités de l'exécutif et des élus, pour des faits se rattachant à l'exercice des fonctions (1). Néanmoins, on voit mal cette hypothèse se réaliser en pratique ici à l'encontre d'un élu lanceur d'alerte.

En revanche, des sanctions déguisées pourraient être prises à son encontre : diminution des indemnités de fonction, refus en matière de formation, etc., lesquelles seraient, le cas échéant, illégales.

Le cas d'un exécutif qui viendrait retirer les délégations d'un élu lanceur d'alerte membre de sa majorité est plausible. Le retrait de délégation n'est pas,

juridiquement, une sanction (2), mais une décision prise dans l'intérêt de la bonne marche de l'administration locale (3).

Une alerte lancée par un élu de sa majorité à l'encontre de l'exécutif peut être de nature à entamer le lien de confiance entre les deux élus, et justifier un retrait au regard du droit commun des collectivités territoriales. Dans une telle hypothèse, se posera néanmoins la question de la qualification de cette décision de mesure de représailles, qui rendrait, sur la base de la législation propre aux lanceurs d'alerte, la décision illégale.

La protection fonctionnelle peut-elle être accordée à un élu lanceur d'alerte ?

En premier lieu, les conseillers municipaux n'exerçant aucune fonction exécutive ne peuvent bénéficier du mécanisme de la protection fonctionnelle, de sorte que les élus lanceurs d'alerte qui sont « simples » conseillers sont en tout état de cause exclus du dispositif (4). En second lieu, une protection spécifique du lanceur d'alerte faisant l'objet d'une action civile ou de poursuites pénales, ou attaquant une mesure de représailles a été prévue par la loi. Dès lors, il n'y a pas lieu de cumuler les deux dispositifs.

(1) Pour un blâme vis-à-vis du maire et de l'ancien maire : voir CE, 29 juillet 1994, commune de Saint-Mandrier-sur-Mer ; CE, 11 février 1927, Delerablée.

(2) CE, 29 juin 1990, de Marin c/ commune de Levallois-Perret, n° 86148 ; TA Melun, 24 mars 2005, M. Koessler et Mme Bourdet, n° 046920.

(3) CE, avis, 14 novembre 2012, n° 361541.

(4) Art. L.2123-34 et L. 2123-35 du CGCT ; CAA de Nantes, 12 décembre 2019, n°18NC02134.

DOSSIER
**CONFLIT D'INTÉRÊTS :
L'ÉTROITE VOIE
ENTRE ÉTHIQUE
ET INSTITUTIONS EN ACTION**



**Alexandra
Adero**

Avocate
associée

Conflit d'intérêts : l'étroite voie entre éthique et institutions en action



ADOBESTOCK

Dix ans après la loi « transparence de la vie publique » qui devait prémunir les élus locaux de toute situation de conflit d'intérêts dans l'exercice de leurs mandats, cette notion même de conflit d'intérêts a été corrigée pour permettre aux élus représentants au sein d'organismes extérieurs d'exercer leurs fonctions avec probité sans mettre à mal le bon fonctionnement des institutions. Mais le risque demeure et doit conduire chaque exécutif à mener une politique ferme en matière de représentativité, notamment au regard des cas pratiques non prévus.

Voilà près de dix ans que les élus locaux doivent se prémunir de toute situation de conflit d'intérêts dans l'exercice de leurs mandats afin d'écartier les risques administratifs et pénaux susceptibles de leur porter préjudice personnellement et politiquement. Largement définie et conceptualisée, la notion de conflit d'intérêts a récemment été révisée pour permettre aux édiles représentants au sein d'organismes extérieurs d'exercer leurs fonctions avec probité sans entacher le fonctionnement des institutions.

Néanmoins, en pratique, le législateur n'a pas entendu régler toutes les situations et le risque de conflit d'intérêts doit conduire chaque collectivité à adopter une politique ferme en matière de représentativité, à tout le moins en l'absence de perspective d'un assouplissement de la notion.

Mandats d'élus locaux et conflits d'intérêts : la nécessaire conciliation

Pour les élus locaux, les hypothèses de situations de conflit d'intérêts les plus discutées, s'agissant de leur légitimité et de leur pertinence, sont celles qui résultent des fonctions de représentation de leur collectivité. En effet, il n'y a aucun débat lorsque c'est un intérêt personnel des élus qui est en cause. Si c'est la doctrine de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) qui a permis d'identifier un conflit d'intérêts en cas de représentation au sein d'organismes extérieurs, le législateur a restreint les hypothèses de caractérisation d'un tel risque.

Evolution et contours de la notion de conflit d'intérêts

C'est l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique qui définit le conflit d'intérêts

comme une « situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».

Cette définition particulièrement large a conduit à opérer une appréciation in concreto des situations susceptibles de présenter un tel risque. Pour caractériser un conflit d'intérêts, trois critères cumulatifs doivent être réunis :
- un intérêt étranger aux prérogatives du mandat visé. Il peut être privé ou public, direct ou indirect, matériel ou moral ;
- une interférence avec l'intérêt public lié au mandat qui s'apprécie elle-même au regard de trois critères, le critère matériel, le critère géographique et le critère temporel ;

- une intensité suffisante de l'interférence qui doit être « de nature à influencer, ou à paraître influencer, l'exercice indépendant, impartial et objectif » des fonctions.

Quand l'objet de la délibération importait peu

Selon le rapport d'activité de 2016 de la HATVP (1), lorsqu'un élu local participait, en cette qualité, aux instances dirigeantes d'organismes extérieurs à la collectivité territoriale, un conflit d'intérêts était susceptible d'être caractérisé :

- si l'élu local assurait la présidence de l'organisme concerné car, dans ce cas, il était chargé de représenter l'intérêt dudit organisme ;
- si sa participation au sein de l'organisme était rémunérée ou indemnisée car un intérêt personnel de l'élu était alors identifié.

L'élu pouvait alors se trouver en situation de conflit d'intérêts quel que soit l'objet de la délibération de l'organe délibérant de la collectivité relative à cet organisme. Une telle appréciation, particulièrement restrictive, était une source de blocage conséquent.

La HATVP apprécie en outre de manière spécifique le conflit

entre intérêts publics. En effet, dans les hypothèses où le cumul de mandats ou fonctions concerne deux organismes de droit public, elle considère que le risque est susceptible d'être caractérisé principalement dans deux cas : si les intérêts publics en cause ne sont pas convergents ou si un intérêt personnel de l'individu concerné est en cause.

Le conflit d'intérêts post-loi « 3DS »

S'agissant de la représentation au sein d'organismes extérieurs, la loi « 3DS » du 21 février 2002 a considérablement sécurisé la situation des élus locaux au regard des règles relatives aux conflits d'intérêts. En effet, l'article 217 de la loi procède à la création d'un article L.1111-6 du CGCT qui pose le principe général d'exclusion du conflit d'intérêts au profit de l'élu représentant sa collectivité au sein de certaines entités tierces.

Ainsi, à la condition qu'ils représentent leur collectivité territoriale ou groupement de collectivités au sein d'organes décisionnels de personnes morales de droit public ou privé en application de la loi, les élus locaux ne sont pas, notamment, en situation de conflit d'intérêts lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur une affaire intéressant la personne morale concernée ou lorsque l'organe décisionnel de ladite personne morale se prononce sur une affaire intéressant la collectivité territoriale ou le groupement représenté.

La HATVP a adopté une lecture souple de l'expression « en application de la loi » figurant à l'article L.1111-6 du CGCT puisqu'elle a indiqué que, en l'absence de précision, le principe fixé « doit trouver à

s'appliquer lorsque la loi a expressément prévu la représentation de la collectivité au sein de [l'entité] ou lorsque la loi l'implique nécessairement » (2).

La loi et l'esprit (revisité) de la loi

Elle a également estimé que la distinction entre les cas dans lesquels la participation de l'élu résulte de l'application de la loi et ceux dans lesquels elle n'en résulte pas « n'a vocation à s'appliquer que pour autant que la participation de l'élu à un organisme extérieur est de nature à générer un risque de conflit d'intérêts », et elle a précisé, à cet égard, que :

- d'une part, la participation aux organes dirigeants d'organismes de droit public chargés d'une mission de service public administratif, dont les intérêts ne sauraient en principe être regardés comme divergents de ceux des collectivités et de leurs groupements, n'est pas de nature à provoquer de tels risques ;

- d'autre part, le fait pour un élu local de siéger au conseil d'administration ou d'exploitation d'une régie de sa collectivité, même personnalisée et y compris lorsqu'elle gère un service public industriel et commercial, n'est pas davantage de nature à créer de tels risques (3).

Toutefois, la protection accordée par l'article L.1111-6 du CGCT n'est pas absolue si l'élu représente un intérêt distinct de celui de la collectivité. Plus précisément, la couverture de l'article L.1111-6 du CGCT est assortie d'exceptions qui concernent l'objet des délibérations votées. Ainsi, les élus concernés ne peuvent pas participer aux décisions de la collectivité ou du groupement attribuant à la personne morale concernée un contrat de la commande

publique, une garantie d'emprunt ou une aide (4), ni aux commissions d'appel d'offres ou à la commission d'attribution de délégations de service public lorsque la personne morale concernée est candidate, ni aux délibérations portant sur leur désignation ou leur rémunération au sein de la personne morale concernée.

Ainsi, dès lors qu'il existe une divergence d'intérêts possible entre la collectivité territoriale ou le groupement et l'organisme extérieur, le principe d'absence de conflit d'intérêts est remis en cause.

Une exception aux exceptions

Une exception aux exceptions est encore énoncée. Les élus locaux ne sont, lorsqu'ils sont désignés au sein des groupements de collectivités en application de la loi, jamais considérés comme étant en situation de conflit d'intérêts.

Enfin, en modifiant l'article L.1524-5 du CGCT, la loi « 3DS » réserve un traitement similaire, mais au sein d'une disposition spécifique, aux sociétés d'économie mixte locales (SEML) et, par renvoi, aux sociétés publiques locales (SPL) en matière de conflit d'intérêts (art. L.1531-1 du CGCT).

Représentation dans les organismes extérieurs : un équilibre précaire

Si la loi « 3DS » est apparue comme une source de sécurité juridique, force est de constater qu'elle n'a pas réglé tous les cas susceptibles de se présenter en pratique. Par conséquent, la désignation des élus comme représentants de la collectivité territoriale au sein d'organismes extérieurs doit s'inscrire dans une réflexion globalisée à l'échelle



■ Loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et de simplification de l'action publique locale, dite « 3DS ».

■ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

de la collectivité. Et ce, d'autant plus si la mise en œuvre des politiques locales conduit à la superposition d'organismes extérieurs et/ou à la désignation en cascade de représentants.

Une politique de désignation à établir au regard du cadre juridique clarifié

Malgré le recadrage de la notion de conflit d'intérêts, il n'en demeure pas moins que la désignation d'élus locaux dans des organismes extérieurs doit faire l'objet d'une réflexion poussée pour éviter toute forme de blocage institutionnel. En effet, si l'article L.1111-6 du CGCT préunit, en principe, les élus locaux de ce risque, les exceptions demeurent nombreuses.

Ainsi, lorsqu'il s'agit de désigner des élus locaux pour siéger au sein d'organismes qui sont des gestionnaires de service(s) public(s) titulaires d'un contrat de la commande publique, il convient d'être particulièrement vigilant, en miroir, à la désignation des membres des commissions d'appel d'offres de la collectivité et aux délégations de compétences et de signature confiées.

Exemple : les élus locaux désignés pour siéger au sein d'une SEML ou d'une SPL, exploitant pourtant un service en ●●●

●●● quasi-régie, ne pourront pas participer aux commissions d'appel d'offres attribuant les contrats, ni même participer à la délibération les attribuant. A fortiori, si le pouvoir de signature du contrat repose sur un élu membre d'un tel organisme, il devra organiser son départ. En effet, lorsqu'un risque de conflit d'intérêts est identifié, le moyen de le prévenir et de garantir la sécurité juridique de l'élu et de la décision publique est l'abstention. En pratique, elle se traduit par l'édition d'un arrêté de départ lorsque la personne « conflictée » exerce des fonctions exécutives, et, plus généralement, par le départ de l'élu au sein de l'organe collégial où il siège.

Ainsi, si l'article L.1111-6 du CGCT est appréhendé, en première analyse, comme un recadrage des situations de conflit d'intérêts, il impose néanmoins aux collectivités de gérer, en permanence et méthodiquement, l'abstention des élus.

Mais quid encore des désignations d'élus locaux qui n'ont pas lieu en application de la loi ? C'est le cas des associations qui ne sont pas, en principe, couvertes par l'article L.1111-6 du CGCT. Voilà qui fait perdurer le risque de conflit d'intérêts pour les élus locaux siégeant au sein de ces structures en représentation de leur collectivité.

Représentations en cascade et survivance du risque de conflit

La désignation en cascade au sein d'organismes extérieurs constitue elle aussi un pan de la vie institutionnelle qui demeure ignoré par la loi « 3DS » et qui doit pourtant conduire à la plus grande vigilance des collectivités. Il s'agit ici des cas où un élu

est désigné, en cette qualité, par sa collectivité, au sein d'un organisme extérieur, par exemple au sein du conseil d'administration d'une SEM, puis, en qualité d'administrateur, par la SEM, au sein d'un autre organisme extérieur, par exemple le conseil d'administration d'une autre SPL.

Une telle forme de désignation conduit concrètement à un cumul de fonctions au sein d'organismes extérieurs, en raison de qualités diverses : parfois en tant qu'élu, parfois non, et à autant de risques de conflits d'intérêts. On comprend mieux pourquoi l'Agence française anticorruption (AFA) et la HATVP recommandent désormais l'établissement d'une cartographie des risques.

Quand la représentativité des collectivités percuta leur participation démocratique

A titre d'exemple, la création d'une superstructure locale de coordination de politiques publiques peut rassembler des représentants de collectivités territoriales et d'organismes extérieurs (établissements publics type EPA ou Epic, SEM, SPL, associations). Bien plus, une telle structure de coordination pourra être créée sous la forme associative qui offre une souplesse indéniable de constitution, d'organisation et de fonctionnement. Dans une pareille hypothèse, le cumul de mandats et de fonctions des élus locaux est susceptible aussi bien au regard des exceptions prévues à l'article L.1111-6 du CGCT qu'en dehors même de cette couverture, de conduire l'élu local à s'abstenir de participer dans tous les organes délibérants des organismes extérieurs représentés au sein de cette structure de coordination, dès lors que

leurs relations seront évoquées. Dit autrement, plus la représentativité des collectivités et de leurs satellites locaux est recherchée moins leur participation démocratique est assurée. Ainsi, la notion de conflit d'intérêts semble encore bien mal adaptée à la pratique institutionnelle locale, tant en ce qu'elle dispose désormais d'un cadre rigide prévu par le législateur, qui semble considérer que les relations contractuelles et financières entre les organismes publics caractérisent de fait une situation de conflit d'intérêts, qu'en ce qu'elle laisse planer le doute sur toutes les autres structures pour lesquelles la représentation de collectivités n'est pas prévue par la loi et qui ne sont alors pas couvertes par la présomption en demi-teinte de l'article L.1111-6 du CGCT.

Il a fallu un peu moins de dix ans au législateur pour repenser la notion de conflit d'intérêts et assouplir son appréciation pour faciliter la vie institutionnelle. Si à l'impossible nul n'est tenu, de nombreuses propositions des commissions Sauvée (2011) et Jospin (2012), restées jusqu'alors lettres mortes, font régulièrement leur retour sur le devant de la scène.

Ainsi, tant la nature de l'intérêt que l'intensité de l'interférence pourraient être remaniées pour consacrer une définition encore plus réduite du conflit d'intérêts, notamment en recentrant la notion d'intérêt sur l'intérêt personnel de l'élu. Ce faisant, il ne s'agirait pas d'ouvrir une brèche dans laquelle des élus peu scrupuleux pourraient s'engouffrer, mais plutôt de leur permettre d'assurer les diverses fonctions impliquées par leur mandat avec davantage de sérénité, pour eux-mêmes et les entités concernées.

(1) Avis n°2016-141 rendu par la HATVP. Rapport HATVP 2016, p. 156 et s.

(2) Délibération n°2022-150 du 3 mai 2022 relative à la demande d'avis déontologique de M. Alain Anziani point 13, application au cas des élus participant au conseil d'administration ou d'exploitation d'une régie; voir aussi la délibération n°2022-465 du 29 novembre 2022, point 10.

(3) Délibération n°2022-465 du 29 novembre 2022, points 11, 12 et 13.

(4) Revêtant l'une des formes prévues au 2^e alinéa du I de l'art. L.1511-2 et au 2^e alinéa de l'art. L.1511-3: prestations de services, subventions, bonifications d'intérêts, prêts et avances remboursables, à taux nul ou à des conditions plus favorables que les conditions du marché et, s'agissant des aides à l'immobilier d'entreprise, les subventions, rabais sur le prix de vente, location ou location-vente de terrains nus ou aménagés ou de bâtiments neufs ou rénovés, prêts, avances remboursables ou crédit-bail à des conditions plus favorables que celles du marché.

Par Alexandra Aderno, avocate associée, Seban avocats

DOSSIER
**LA TRANSPARENCE ACCRUE
DU RÉPERTOIRE DES
REPRÉSENTANTS D'INTÉRÊTS**



**Elise
Humbert**
Avocate
directrice

La transparence accrue du répertoire des représentants d'intérêts



ADOBESTOCK

Si le répertoire des lobbyistes n'est pas directement issu de la loi «transparence» du 11 octobre 2013 dont on célèbre les dix ans, il fait néanmoins l'objet d'une importante actualisation de la part de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, avec de nouvelles lignes directrices applicables depuis le 1^{er} octobre. Un répertoire qui intéresse d'autant plus les élus des collectivités qu'il a été étendu à l'échelon local le 1^{er} juillet 2022. Ce qu'il faut savoir de l'objet de ce répertoire et de ses évolutions récentes comme celles, probables, à venir.

Comment, dix ans après sa naissance, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) gère-t-elle ce qui est devenu l'une de ses principales missions, à savoir la régulation des actions des représentants d'intérêts, notamment via la centralisation d'un répertoire les listant ?

Un objectif : assurer des relations transparentes entre pouvoirs publics et lobbyistes

La création d'un répertoire des représentants d'intérêts, codifié aux articles 18-1 et suivants de la loi «transparence de la vie publique» du 11 octobre 2013, est issue de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite «Sapin 2». Ce dispositif était directement inspiré du rapport de Jean-Louis Nadal, alors président de la HATVP, intitulé «Renouer la

confiance publique». Il visait à rendre transparentes les relations entre responsables publics et représentants d'intérêts, jusqu'alors marquées par le secret et sujettes à fantasmes et inquiétudes.

L'élaboration et la publicité de ce répertoire ont ainsi immédiatement été confiées à la HATVP. Celle-ci a mis en ligne dès le 6 juillet 2017 le téléservice Agora qui en assure la tenue dans les conditions fixées en dernier lieu par le décret du 9 mai 2017 précisément dédié à ce répertoire numérique. Depuis cette date, il incombe à tous les représentants d'intérêts de s'y inscrire en cette qualité et d'y déclarer annuellement les actions de représentation d'intérêts réalisées.

Plusieurs clarifications juridiques pour qualifier le lobbyiste

Cette obligation étant nouvelle et susceptible d'interprétations diverses, de nombreuses précisions ont été apportées par la voie législative, réglementaire,

et par les premières lignes directrices de la HATVP publiées en octobre 2018 afin de clarifier la notion de représentant d'intérêts et les déclarations leur étant imputables.

Ainsi, la loi prévoit que doit se conformer à ces obligations d'inscription au répertoire, tout représentant d'intérêts entendu comme toute personne morale ou physique exerçant des actions de représentation d'intérêts (à savoir des actions de lobbying) auprès de responsables publics, dans le but d'influer une décision publique dans le sens des intérêts qu'ils défendent.

De façon beaucoup plus précise, des critères ont été définis au sein du décret du 9 mai 2017 et des lignes directrices de la HATVP. Ils déterminent la part d'activités de représentation d'intérêts nécessaire pour que le statut de représentant d'intérêts soit reconnu à une personne morale comme à une personne physique (1).

Un répertoire volumineux étendu à l'échelon local

Pour faciliter leur appréhension, la HATVP a mis en ligne très rapidement un test permettant aux personnes morales ou physiques, à travers des réponses successives, de se positionner quant à leur qualité ou non de représentants d'intérêts au sens de l'article 18-2 de la loi du 11 octobre 2013. A date, plus de 2 900 personnes sont inscrites sur ce répertoire en cette qualité. Outre cette inscription, il appartient auxdits représentants d'intérêts d'adresser chaque année un rapport annuel traçant et chiffrant toutes leurs actions de représentation, à nouveau dans un cadre et à partir d'outils formalisés par la HATVP.

Or, le nombre d'inscrits comme d'actions déclarées devrait encore augmenter en raison d'une acculturation plus forte à ces exigences et, surtout, d'une extension à l'échelon local de ce répertoire des représentants d'intérêts depuis le 1^{er} juillet 2022.

L'extension du répertoire à l'échelon local au 1^{er} juillet 2022

Reportée à deux reprises, l'extension du répertoire des représentants d'intérêts aux acteurs socio-économiques qui interagissent régulièrement avec des responsables locaux avait été projetée dès la loi « Sapin 2 ». In fine, ses contours exacts ont été figés par la loi « 3DS » du 21 février 2022, laquelle soumet donc à ces obligations sur le répertoire des représentants d'intérêts les personnes exerçant une activité d'influence auprès des membres des exécutifs locaux et des directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinet des régions et départements ainsi que des communes et EPCI de plus de 100 000 habitants.

Initialement, le seuil avait été fixé à 20 000 habitants, ce qui aurait eu pour effet d'accroître significativement les actions de lobbying devant être déclarées : 468 communes et 1 011 EPCI auraient été concernés en lieu et place des 42 communes et 127 EPCI de plus de 100 000 âmes aujourd'hui visés par le dispositif.

Des agents publics également concernés

Au-delà des élus, les agents publics exerçant au niveau local et soumis à déclaration patrimoniale (soit principalement les directeurs généraux des services), sont également désignés comme entrant dans le champ des responsables publics.

En tout état de cause, de façon particulièrement utile, la HATVP a formalisé, pour accompagner l'entrée en vigueur de ces dispositions, un vade-mecum (2) à destination des déclarants. Elle y rappelle

l'assistance possible de ses équipes par courriel à l'adresse repertoire@hatvp.fr ou téléphone au 01.86.21.92.29.

Comme le révèle le rapport d'activités 2022 (rappelant essentiellement les contours de ce cadre juridique nouveau), il est encore prématuré de dresser un premier bilan de l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions. En revanche, il est apparu essentiel, du fait de cette extension majeure, que les lignes directrices de la HATVP soient actualisées.

Nouvelles lignes directrices depuis le 1^{er} octobre 2023

A l'occasion de la mise en ligne de ses nouvelles lignes directrices le 3 juillet 2023, la HATVP a organisé un webinaire et projeté une présentation, toujours disponible en ligne (3), mettant en évidence les principales nouveautés, notamment :

- naturellement, la prise en compte de l'évolution du champ des responsables publics (via son extension à la sphère locale) et des déclarants (via son extension aux chambres d'agriculture) ;
- une évolution de la comptabilisation des actions de représentation d'intérêts en cas d'envois groupés en autant d'entrées en communication que de destinataires (de sorte que si l'envoi d'un courriel à 100 destinataires ne représentait antérieurement qu'une action de représentation d'intérêts, il en constitue désormais potentiellement 100) ;
- la déclaration, désormais, de toutes les actions de représentation d'intérêts réalisées lors du dernier exercice comptable par un représentant d'intérêts, une fois inscrit sur le répertoire (soit y compris celles menées par des personnes ne remplissant pas les critères de l'activité principale ou régulière) ;

- la possibilité de faire une déclaration de non-activité lorsqu'un représentant d'intérêts ne remplit plus, temporairement, les critères de l'activité principale ou régulière ;

- l'obligation pour les cabinets de conseil et d'avocats de déclarer, parmi leurs clients, les personnes morales qui ne remplissent pas les critères organiques d'un représentant d'intérêts (soit les administrations publiques françaises, les collectivités territoriales).

Vers un probable nouveau renforcement du répertoire

Ces nouvelles lignes directrices sont donc applicables dès le 1^{er} octobre 2023. Cela signifie que, pour l'année 2023, les déclarants devront tenir compte des lignes directrices antérieures et des nouvelles. Des illustrations ont également été publiées et le site de la HATVP actualisé pour tenir compte de ce nouveau cadre applicable.

Reste que de nouvelles évolutions pourraient encore intervenir, si l'on s'en tient à la proposition de loi renforçant la transparence de la représentation d'intérêts, au service du débat démocratique, déposée au Sénat le 5 juillet 2023. Ce texte reprend en substance, les recommandations issues du dernier rapport de la HATVP, soulignées par Didier Migaud lui-même lors de la présentation du rapport en juin dernier (4), notamment l'extension de l'obligation de déclaration des activités aux entrées en communication initiées par les responsables publics.

Par ailleurs, selon ce texte, le seuil minimal de dix actions de représentation d'intérêts dans l'année pour que la qualité de représentant d'intérêts soit reconnue (art. 18-2 de la loi



■ Loi « 3DS » n° 2022-21 du 21 février 2022.

■ Loi « Sapin 2 » n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

■ Loi « transparence de la vie publique » n° 2013-907 du 11 octobre 2013.

■ Décret n° 2017-867 du 9 mai 2017 relatif au répertoire numérique des représentants d'intérêts.

n° 2013-907 et art. 1 du décret n° 2017-867) s'entendrait désormais au niveau de la personne morale et non par personne physique. Une mesure qui aura de facto pour effet d'augmenter encore le nombre de personnes morales susceptibles d'être qualifiées de représentants d'intérêts, l'atteinte du seuil conditionnant cette qualité devenant ainsi plus aisée. Plus que jamais, il conviendra donc de rester en alerte.

(1) Lire « Le nouveau cadre juridique de la représentation d'intérêts », 50 questions-réponses, février 2018. courrierdesmaires.fr/article.17152

(2) tinyurl.com/35edp8zwf

(3) tinyurl.com/wesvchf8

(4) Lire « Régulation du lobbying local : la HATVP reste sur sa faim ». courrierdesmaires.fr/article.55157

Par Elise Humbert, avocate directrice, cabinet Seban avocats

DOSSIER
**REDÉFINITION DE LA PRISE
ILLÉGALE D'INTÉRÊTS :
CHRONIQUE D'UN ÉCHEC**



**Michaël
Goupil**
Avocat
Of Counsel

Redéfinition de la prise illégale d'intérêts : chronique d'un échec



ALDOBESTOCK

En moins de deux mois, deux lois, respectivement « pour la confiance dans l'institution judiciaire » (2021) et « relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration » (2022), ont réformé directement ou indirectement le délit de prise illégale d'intérêts. La première, qui voulait en redéfinir les contours, a manifestement échoué, au regard de son interprétation par le juge pénal. La seconde, qui veut en moduler les effets juridiques, représente une avancée majeure mais insuffisante. Autopsie d'un double échec législatif.

Deux lois majeures ont été définitivement adoptées en l'espace de deux mois dans l'intention, notamment, de réformer et réajuster le délit de prise illégale d'intérêts (art. 432-12 du code pénal) aux besoins et aux nécessités du secteur de l'action publique économique : la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, dite « CIJ », et la loi du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration, dite loi « 3DS ». Cette infraction sanctionne pénalement la situation du conflit d'intérêts des personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public, ou investies d'un mandat électif public.

En revisitant la notion de l'intérêt illicitement pris pour retenir un intérêt qualifié, puis en ajoutant un mécanisme de neutralisation du conflit d'intérêts pénal tel un fait justificatif de responsabilité pénale applicable

à des situations limitativement énumérées par les textes, le législateur a essayé de clarifier les hypothèses d'application de ce délit, dans le souci de rechercher une plus grande sécurité juridique pour les acteurs publics soumis à cette obligation de probité. Avec un succès pour le moins mitigé...

Une loi pour prévenir l'improbité, l'autre contre la sclérose de l'action publique

L'infraction de délit de prise illégale d'intérêts (dans sa rédaction avant réforme) aux contours mal définis – ou trop bien définis pour d'autres – embrassait en théorie et en pratique un large panel de situations ou cas de figure – l'intérêt illicitement pris pouvant alors être « quelconque » – auxquels d'ailleurs des acteurs publics en toute bonne foi pouvaient n'avoir pas songé. Nul n'étant censé ignorer la loi, la sanction restait prononçable – voire prononcée – à leur égard. Quelle autre voie restait

alors à la disposition des décideurs publics, élus, fonctionnaires, ou agents publics, pour échapper au spectre du conflit d'intérêts pénal, si ce n'était le déport physique général (suppression du pouvoir d'administration ou de surveillance) ou, plus radicalement, la suppression de l'intérêt ?

Et voilà tout un pan de l'activité économique publique et institutionnelle qui se trouvait à maints égards sclérosé par un texte d'incrimination, ô combien nécessaire à notre démocratie et à la lutte anticorruption, mais sans doute pas au point d'obérer pragmatiquement une partie non négligeable de la vie publique.

De multiples ajustements pour prendre en compte la pratique

Ainsi, des ajustements s'imposaient depuis plusieurs années et le législateur s'est attelé à la tâche en votant un nouvel article 432-12 du code pénal, puis en créant un article L. 1111-6 du

code général des collectivités territoriales (avec son pendant pour les SEM et les SPL, art. L. 1524-5 alinéas 11 et 12 du CGCT).

L'accueil en jurisprudence de cette réforme ne s'est pas fait attendre, à tout le moins s'agissant du nouvel article du code pénal. Si elle a rapidement répondu à la curiosité aiguisée des acteurs publics et des praticiens amenés à les défendre, elle n'en a pas moins déçu plus d'un et inquiété bien d'autres. Très vite, l'espoir de parvenir à un équilibre entre nécessité de lutter contre l'improbité et celle de décongestionner le monde des affaires publiques tétanisé par le spectre du conflit d'intérêts semble avoir été éteint.

Loi pour la « confiance dans l'institution judiciaire » : un pas en avant, un en arrière ?

Dans sa version ancienne, l'article 432-12 du code pénal sanctionnait « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité

publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement».

L'infraction était ainsi constituée de quatre éléments : la qualité de l'auteur, le fait pour cette personne d'exercer un pouvoir d'administration de surveillance, de liquidation ou de paiement dans une entreprise ou une opération, l'existence concomitante d'un intérêt d'une nature « quelconque » dans cette entreprise ou opération, l'exercice de ce pouvoir d'administration commis sciemment (en connaissance de l'intérêt concomitant). L'article 15 de la loi « CLJ » impose désormais que cet intérêt soit qualifié (par opposition à « quelconque »), c'est-à-dire « de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité du titulaire du pouvoir de surveillance de l'opération concernée. Au demeurant, il adopte une formulation proche de celle issue de l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 définissant le conflit d'intérêts administratif, dans un souci d'harmonisation des deux corpus législatifs.

L'idée était brillante et avait le mérite de la convergence des notions, quoique les effets en fussent différents (nullité des actes administratifs pour l'une, condamnation pénale de l'agent « conflicté » pour l'autre). Cette convergence était d'ailleurs demandée depuis dix ans par la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique.

Un travail législatif infructueux en pratique

Dans ce cadre, et puisque le législateur qualifie l'intérêt, il était jusqu'à présent légitime de penser que celui-ci avait entendu a priori restreindre le champ du délit de prise illégale d'intérêts, jusque-là interprété et par suite appliqué extensivement par la jurisprudence. Or, il n'en est rien, selon l'interprétation donnée par la chambre criminelle de la Cour de cassation des intentions du législateur en la matière (Crim., 5 avril 2023, n° 21-87.217). La Cour de cassation considère que la réforme du 22 décembre 2021 n'a, dans le droit, rien changé au texte d'incrimination initial, au motif que la raison d'être de la réforme serait identique à celle du législateur initial. En d'autres termes, l'équation n'a pas changé : intérêt quelconque = intérêt qualifié, toujours et pour tous !

Un passage indicatif de l'arrêt est des plus explicites – hélas, sans doute trop : « En effet, les prévisions de l'article 432-12 du code pénal dans sa rédaction issue de la loi du 22 décembre 2021 aux termes de laquelle l'intérêt doit être de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité de l'auteur du délit sont équivalentes à celles résultant de sa rédaction antérieure par laquelle le législateur, en incriminant le fait, par une personne exerçant une fonction publique, de se placer dans une situation où son intérêt entre en conflit avec l'intérêt public dont elle a la charge, a entendu garantir, dans l'intérêt général, l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions publiques. » (Crim., 19 mars 2014, QPC n° 14-90.001 ; Crim., 20 décembre 2017, QPC n° 17-81.975).



- Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, dite loi « CLJ ».
- Loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différence, la décentralisation, la déconcentration et à la simplification de l'action publique locale, dite loi « 3DS ».

Pourtant, les faits de l'arrêt du 5 avril 2023 (à savoir la condamnation pénale d'une directrice générale des services d'une ville ayant participé à la signature de la vente d'un lot immobilier par la commune à une société dont elle était cogérante avec son concubin) s'inscrivaient bel et bien dans le contexte d'une prise d'intérêt qui, loin d'être « quelconque », était pécuniaire, personnel, direct et familial ; ce contexte aurait permis à la Cour de cassation d'affiner, pour mieux la circonscrire, la notion d'intérêt de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité. Nos élus auraient ainsi gagné à une plus grande sécurisation juridique de la notion d'intérêt illicitement prenable.

L'espoir était vain car sans doute trop ambitieux, à tout le moins s'agissant de modifier la portée d'une notion qui n'avait jamais varié depuis 211 ans (« quelque intérêt » selon l'article 175 du code pénal de 1810 et jusqu'en 1994 où apparaît la notion « d'intérêt quelconque »).

Quid de la notion de pouvoir d'administration ou de surveillance ?

Enfin, la notion de pouvoir d'administration ou de surveillance n'a, quant à elle, pas

été retouchée. Elle reste elle-même extensive, car elle peut consister en de simples prérogatives de préparation, de proposition ou de présentation de rapports ou d'avis en vue de la prise de décision par d'autres personnes. La simple participation de l'agent public à une délibération, sans qu'il ait pris part au vote, peut également constituer l'acte de surveillance au sens du texte. Cette intangibilité aurait pu constituer l'aveu d'un autre échec de la réformation du conflit d'intérêts pénal, à tout le moins quant à la clarification attendue pour les situations de conflits d'intérêts publics/publics, si la loi « 3DS » n'était venue rattraper quelques mois plus tard le silence de loi « CLJ » en la matière.

Loi « 3DS » : un mécanisme efficace de neutralisation des conflits d'intérêts mais à portée limitée

La loi « 3DS » est venue consacrer un mécanisme de neutralisation des conflits d'intérêts pour le représentant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités au sein d'un organisme public ou privé pour lequel cette représentation est prévue par la loi. En d'autres termes, dès que les conditions posées par la loi sont réunies (en l'occurrence les articles L.1111-6 et L.1524-5 du CGCT), ce représentant n'est pas considéré en situation de conflit d'intérêts quand il participe au sein d'une structure aux décisions délibératives concernant l'autre, et inversement.

Ainsi, « les représentants d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités désignés pour participer aux organes décisionnels d'une autre personne morale de droit ●●●

●●● public ou d'une personne morale de droit privé en application de la loi ne sont pas considérés, du seul fait de cette désignation, comme ayant un intérêt [...] lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur une affaire intéressant la personne morale concernée ou lorsque l'organe décisionnel de la personne morale concernée se prononce sur une affaire intéressant la collectivité territoriale ou le groupement représenté.»

Ce principe de protection juridique est entendu comme une autorisation de la loi au sens de l'article 122-4 du code pénal, qui permet à la personne répondant aux critères légaux d'échapper à une responsabilité notamment pénale au titre du conflit d'intérêts. La loi a, très clairement, cette portée d'exonération de responsabilité pénale. Notons que la protection prévue à l'article L. 1111-6 du CGCT en matière de conflit d'intérêts s'étend à l'application de la notion de conseiller intéressé (conflit d'intérêts administratif).

Une protection toute relative

Il faut toutefois souligner que cette protection organisée par

la loi «3DS» n'a pas vocation à s'appliquer à tous les décideurs publics, ni à toutes les matières; les conditions légales sont strictes et cumulatives.

Ce principe de neutralisation du conflit d'intérêts souffre, en effet, des exceptions qui impliquent a contrario – y compris pour l' élu en principe protégé – une obligation de se déporter d'actes ou de décisions limitativement énumérés. C'est le domaine réservé du II de l'article L. 1111-6 du CGCT: «A l'exception des délibérations portant sur une dépense obligatoire [...] et sur le vote du budget, les représentants [...] ne participent pas aux décisions de la collectivité territoriale ou du groupement attribuant à la personne morale concernée un contrat de la commande publique, une garantie d'emprunt ou une aide [...], ni aux commissions d'appel d'offres ou à la commission prévue à l'article L. 1411-5 lorsque la personne morale concernée est candidate, ni aux délibérations portant sur leur désignation ou leur rémunération au sein de la personne morale concernée.»

Ajoutons également que le I de l'art. L. 1111-6 du CGCT ne traite que des délibérations, soit des décisions collec-

tives (ainsi que leurs travaux préparatoires!), ce qui exclut les décisions prises unilatéralement. Ces mécanismes de neutralisation n'ont encore guère reçu d'application jurisprudentielle à ce jour, du moins sur le plan pénal.

La doctrine de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) apporte, certes, quelques éclairages à travers ses délibérations n° 2022-150 du 3 mai 2022 et n° 2022-465 du 22 novembre 2022). Mais elle ne fait pas encore la jurisprudence de la chambre criminelle... La protection est donc, de base, relative.

Vers une protection absolue dans le secteur de l'intercommunalité et de la coopération locale

Au demeurant, il n'y a guère que pour les secteurs de l'intercommunalité (EPCI) et de la coopération locale (syndicats mixtes...) que la protection apparaît, à la lecture des textes, absolue. Ce même article L. 1111-6 du CGCT exclut en effet les groupements de collectivités (III) des exceptions listées (II), permettant aux élus siégeant dans ces instances de coopération de bé-

néficier de cette protection pour l'ensemble des actes et délibérations prises dans ce cadre.

C'est un bon de géant pour ces structures qui caractérisent le mieux les situations de conflits d'intérêts publics/publics, lesquelles échappent ainsi, par application de la loi, aux serres du juge pénal.

Par Michaël Goupil, avocat à la cour, cabinet Seban

trophées de la commande publique 2023
l'achat durable en action

CÉRÉMONIE DE REMISE DES TROPHÉES DE LA COMMANDE PUBLIQUE
JEUDI 23 NOVEMBRE À PARIS

Au programme :

- Conférence d'actualité, animée par Jean-Marc Joannès - achatpublic.info
- Remise des Trophées de la commande publique 2023

Rendez-vous sur www.tropheescommandepublique.com ou scannez ce QRCode

INSCRIVEZ-VOUS GRATUITEMENT

achatpublic.com

MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET DE LA COHÉSION DES TERRITOIRES

P N A T D

DOSSIER
**LE CONTRÔLE
DÉONTOLOGIQUE DÉFAILLANT
DES AGENTS PUBLICS
REJOIGNANT LE PRIVÉ**



**Vincent
Cadoux**
Avocat
directeur

Le contrôle déontologique défaillant des agents publics rejoignant le privé



MONTAGE ADREESTOCK

La cessation d'activité des agents publics locaux pour l'exercice d'une activité privée lucrative est plus souvent considérée comme une formalité qu'une problématique de conflit d'intérêts. Pourtant, l'objet du contrôle déontologique mis en place par la loi « déontologie, droits et obligations des fonctionnaires » de 2016 est justement de prévenir les situations de conflit d'intérêts pouvant survenir à l'occasion de ces mobilités. Crucial, le dispositif s'avère toutefois de plus en plus difficile à mettre en œuvre dans les collectivités.

Le conflit d'intérêts est défini par l'article L.121-5 du code général de la fonction publique (CGFP), comme par l'article 2 de la loi « transparence de la vie publique » du 11 octobre 2013, comme « 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 des fonctions de l'agent public ». L'analyse de cette situation s'attache à trois éléments : la détention d'un intérêt distinct, l'interférence entre cet intérêt et les fonctions occupées par l'agent, et les conséquences de cette interférence, à savoir l'influence, ou l'apparence d'influence sur l'exercice des fonctions.

Deux risques de conflit possibles

Or rien n'impose, pour qu'un conflit soit caractérisé, que la détention de l'intérêt soit

concomitante à l'exercice des fonctions. Par conséquent, le départ de l'agent vers le secteur privé présente deux risques de conflit.

D'une part, comme le précise la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), « le départ vers le secteur privé ou le projet de cumul d'activités peut permettre de révéler des liens noués pendant l'exercice des fonctions publiques ».

D'autre part, l'exercice de l'activité privée peut conduire l'agent à interagir avec son ancien service : souvent, l'agent quitte ses fonctions en rejoignant un secteur d'activité proche de ses anciennes fonctions, parce qu'il y détient connaissance, expérience, interlocuteurs. Le risque est alors que ses nouvelles fonctions interfèrent avec l'administration qui l'employait. Concrètement, l'agent pourra être amené à lui proposer ses services ou à la solliciter pour obtenir une autorisation. Dans ce cas, du fait des liens persistant entre

lui et ses anciens collègues, l'ancien service est exposé au risque de manquer à son obligation d'impartialité.

Un contrôle déontologique préalable

Pour cette raison, depuis 2016, la mobilité des agents publics vers le secteur privé est subordonnée à la réalisation d'un contrôle déontologique, qui a vocation à déterminer si le projet de l'agent risque de placer cet agent ou son administration en situation de conflit d'intérêts. Le contrôle déontologique est donc le moyen par lequel la prévention des conflits d'intérêts opère sur le risque particulier attaché à ce type de mobilité.

Indispensable, ce dispositif s'est toutefois avéré difficile à mettre en œuvre, notamment pour les collectivités territoriales. Sa décentralisation, en 2019, a mis à la charge des collectivités une responsabilité sans réellement mettre à leur disposition les moyens nécessaires pour y faire

face. Par ailleurs, la HATVP a, depuis 2019, défini une jurisprudence contre-intuitive qui, de ce fait, est mal comprise par les agents désormais chargés du contrôle.

La décentralisation du contrôle déontologique

L'objet du contrôle déontologique est de protéger l'agent contre le risque qu'il commette une infraction pénale sans nécessairement en avoir conscience, et de protéger la collectivité contre les perturbations que pourrait causer son projet sur le fonctionnement du service. Un contrôle défaillant peut donc être lourd de conséquences, pour l'un comme pour l'autre.

Jusqu'au 1^{er} février 2020, cette responsabilité incombait, pour toute la fonction publique, à la commission de déontologie. Mais depuis cette date, du fait de l'entrée en vigueur, sur ce point de la loi transformation de la fonction publique du 6 août 2019, la responsabilité du contrôle a presque

entièrement été transférée aux employeurs publics.

Une responsabilité confiée à l'employeur public

En lieu et place d'une saisine systématique de la commission de déontologie, deux procédures distinctes ont été prévues. La première, réservée aux agents « occupant un emploi dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifie », confie ce contrôle à la HATVP, qui se substitue donc à l'ancienne commission. La seconde confie d'abord aux employeurs publics le contrôle déontologique. Elle doit donc, depuis lors, identifier les hypothèses de contrôle, analyser le projet de l'agent et, enfin, l'autoriser ou l'interdire, le cas échéant en élaborant d'éventuelles réserves. Elle ne pourra se décharger de cette responsabilité auprès de la HATVP que par une saisine subsidiaire, en faisant état d'un doute sérieux sur la compatibilité du projet, confirmé par son référent déontologue. Rien n'a toutefois été prévu pour accompagner les administrations, et notamment les collectivités, pour assurer cette nouvelle mission. En pratique, les services juridiques et des ressources humaines des collectivités territoriales, rarement familiers du cadre juridique applicable, ont été soudainement chargés d'assurer la mise en œuvre d'un dispositif complexe.

Complexité juridique...

Analyser l'existence d'une incompatibilité implique la maîtrise des aspects pénaux et déontologiques de ce contrôle. Concrètement, cette analyse nécessite un suivi régulier de la jurisprudence pénale et administrative, et surtout des



- Loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.
- Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.
- Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
- Décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.

délibérations, avis et rapports de la HATVP, qui précise régulièrement sa jurisprudence depuis février 2020. La décision prise devra être motivée, en droit comme en fait.

Le contrôle sera d'autant plus difficile à mettre en œuvre qu'il devra souvent se faire dans un délai contraint. Certes, en principe, l'administration dispose d'un délai de deux mois pour adresser sa réponse une fois saisie du projet de l'agent. En réalité, elle se trouvera souvent plus pressée si elle n'a pas communiqué auprès de ses agents sur la nécessité de la saisir suffisamment en amont, ni défini, dans sa charte de déontologie, de délais clairs pour l'instruction de la demande. Souvent, l'agent saisit son administration quelques semaines, voire quelques jours avant le début de son activité. L'administration doit alors choisir entre une analyse sommaire, au risque de ne pas détecter le conflit d'intérêts existant, ou approfondir l'analyse et risquer de compromettre le projet de l'agent ou sa situation financière, lorsque, par exemple, l'offre de son nouvel employeur va expirer ou que sa fin de fonction a déjà été fixée.

... et complexité pratique

Le contrôle déontologique implique, pour la collectivité, d'être informée et de comprendre, aussi précisément que possible, les fonctions exercées par l'agent et son projet. Or, si aucun dispositif spécifique n'a été mis en place, cette information se résumera souvent à une attestation du supérieur hiérarchique, lequel renonce parfois à être exhaustif de l'activité de l'agent pour ne pas faire obstacle à son projet, au risque de taire une situation avérée de conflit d'intérêts et d'y exposer l'agent. L'information est d'autant plus difficile à obtenir que tout complément doit être demandé à l'agent dans les quinze jours de la saisine.

Dès lors, pour assurer pleinement ces contrôles, une collectivité doit en pratique se doter de personnels formés à la matière, et d'établir les procédures internes indispensables à la mise en œuvre de ce contrôle. Rares sont les collectivités qui ont été, pour le moment du moins, en mesure de se donner de tels moyens, d'autant que le besoin n'apparaît pas toujours de façon évidente : les projets de départ vers le secteur privé occupent rarement le quotidien des services des ressources humaines ou juridiques des collectivités.

On peut donc regretter qu'en confiant une telle responsabilité aux employeurs publics, et notamment aux collectivités, le législateur, ou à défaut la HATVP, n'ait pas prévu de les accompagner dans la mise en place des dispositifs et procédures nécessaires à une mise en œuvre efficace des contrôles déontologiques.

Les difficultés attachées à l'interprétation des textes par la HATVP

Lorsqu'elle a été investie de sa compétence à l'égard des agents publics, la HATVP avait annoncé qu'elle ne s'estimerait pas tenue par la jurisprudence de la commission de déontologie. Il a donc fallu attendre que sa jurisprudence se précise, au rythme des délibérations et avis publiés. Si, ce faisant, elle a apporté certaines clarifications bienvenues, elle a également retenu des interprétations difficiles à appréhender pour les collectivités.

Un contrôle sur toute activité « dans un secteur concurrentiel »

La première difficulté vient de l'interprétation de la notion d'« activité privée lucrative » qui détermine les cas dans lesquels le contrôle déontologique s'impose. Au-delà des hypothèses évidentes, cette notion couvre en effet « toute entreprise exerçant son activité dans un secteur concurrentiel conformément aux règles du droit privé ».

Or la jurisprudence n'a pas défini la notion de secteur concurrentiel. C'est donc la HATVP qui l'a définie, de façon particulièrement large et peu intuitive.

Ne sont, selon elle, exclus du « secteur concurrentiel » que les services publics purement administratifs ou les organismes qui bénéficient d'un monopole légal sur l'ensemble de leur activité. Elle a ainsi inclus dans le champ du « secteur concurrentiel » des cas aussi surprenants qu'une association à but non lucratif assurant le développement touristique d'un département, la Caisse des dépôts, et, malgré une activité essentiellement monopolistique à la date ●●●

●●● de la décision, la RATP. Cette interprétation, pour les collectivités territoriales, a notamment posé difficulté s'agissant des entreprises publiques locales. Souvent, leur activité est exclusivement consacrée à la mise en œuvre de projets publics dont le rapport avec un « secteur concurrentiel » est particulièrement ténu, notamment lorsqu'elles ne sont constituées, sous la forme de sociétés publiques locales, que pour assurer une activité pour le seul compte des collectivités actionnaires et sont ainsi du droit de la commande publique.

Or, en pratique, la mobilité d'agents territoriaux depuis leur collectivité vers ce type d'entreprise apparaît comme la continuité naturelle de leurs fonctions et missions. Souvent, l'agent aura même travaillé à la préfiguration du projet dont il assurera la mise en œuvre au sein de l'entité. Considérer, dans ces cas, qu'il s'agit là d'un départ vers le secteur privé, et, plus encore, qu'il existe un risque de conflit d'intérêts paraît absurde. De ce fait, un contrôle est rarement envisagé, au risque de placer l'agent et sa collectivité en difficulté. Or, rien n'imposait à la HATVP de retenir une interprétation aussi extensive et peu cohérente avec les hypothèses effectives de conflit d'intérêts, qui, en définitive, obère la mise en œuvre des contrôles.

Une appréhension superficielle des fonctions de l'agent

Cette situation est d'autant plus problématique que la HATVP retient une interprétation très large des éléments constitutifs du pantouflage. Le contrôle déontologique implique, en effet, pour moitié, une analyse du risque pénal, c'est-à-dire du

risque que l'agent, en s'engageant dans sa nouvelle activité, commette l'infraction prévue à l'article 432-13 du code pénal. Il s'agira de déterminer si l'agent a eu connaissance, dans le cadre de ses fonctions, de l'activité de l'entreprise qu'il rejoint, c'est-à-dire s'il a assuré sa surveillance ou son contrôle, participé à la conclusion de contrats avec celle-ci ou à l'adoption d'actes la concernant.

Or, là encore, la HATVP a retenu une interprétation aussi extensive qu'elle est peu intuitive, en considérant qu'« un fonctionnaire qui serait intervenu dans l'élaboration du dossier, par exemple en analysant une proposition financière ou en donnant un avis sur un projet, n'échapperait pas au risque pénal, même dans l'hypothèse où ce fonctionnaire n'aurait aucun pouvoir de décision ni aucun pouvoir d'influence et où son avis aurait été soumis au filtre de plusieurs de ses responsables hiérarchiques avant d'être présenté à l'autorité compétente pour prendre la décision ».

Un simple visa formel et l'agent est jugé en conflit d'intérêts...

Paradoxalement, alors qu'elle souligne la nécessité de procéder à une « appréciation concrète des fonctions effectives » de l'agent, cet angle d'analyse la conduit souvent à ne tenir aucun compte du rôle réel de l'agent et de son implication effective dans la relation avec l'entité qu'il rejoint. Un simple visa ou contreseing apposé par pur formalisme la conduira à considérer qu'il a eu à connaître de l'activité de l'entité et qu'il est donc placé en situation de conflit d'intérêts. La sentence de l'incompatibilité s'en suivra, en faisant parfois obstacle à un projet pen-

sé de longue date, parfois par la collectivité entière.

Là encore, cette interprétation n'est pas intuitive, et surtout peu cohérente avec la notion de conflit d'intérêts. S'il s'agit, en effet, d'examiner l'existence d'une interférence entre l'exercice de fonctions publiques et un intérêt distinct, la logique voudrait que l'analyse porte sur les hypothèses dans lesquelles l'agent aura pu exercer une influence sur une décision.

Un texte pénal pas à jour

La difficulté est renforcée par la vétusté du texte pénal. En principe, l'existence d'un conflit d'intérêts est exclue lorsqu'il y a convergence des intérêts, ce que la HATVP reconnaît d'ailleurs elle-même régulièrement. L'article 432-12 a récemment été modifié pour tenir compte de cet aspect, mais cette modification n'a pas été étendue à l'article 432-13. Il s'applique donc dans des cas où, très concrètement, il n'existe pas, au sens de la loi du 11 octobre 2013, de conflit d'intérêts, et où ces intérêts convergent strictement, notamment dans le cas des projets portés par les entreprises publiques locales.

En définitive, le contrôle déontologique est devenu un dispositif complexe à mettre en œuvre, et difficile à appréhender pour les collectivités territoriales. Pour cette raison, alors que c'est son objet, il les protège mal des situations de conflit d'intérêts, tout en faisant parfois obstacle à la mise en œuvre de certains projets dans lesquels elles s'engagent. Dès lors, si une meilleure appréhension du dispositif actuel est sans doute possible, il devra aussi être amélioré par le législateur et la HATVP.

- (1) HATVP, guide déontologie 2022, p. 36.
- (2) Il s'agira, essentiellement, des agents soumis à une obligation de transmission d'une déclaration d'intérêts: les emplois fonctionnels des communes de plus de 40 000 habitants et les emplois de cabinet des communes de plus de 20 000 habitants.
- (3) Art. L.123-8 du code général de la fonction publique (CGFP).
- (4) A défaut, sa saisine est jugée irrecevable par la HATVP. Cf. délibération HATVP n°2020-173 du 22 septembre 2020.
- (5) Art. L.231-4 du CGFP.
- (6) Art.12 du décret n°2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.
- (7) Art. L.124-4 du CGFP.
- (8) Délibération HATVP n°2020-197 du 20 octobre 2020; délibération HATVP n°2020-233 du 17 novembre 2020.
- (9) Délibération HATVP n° 2021-8 du 19 janvier 2021; délibération n°2020-183 du 6 octobre 2020.
- (10) Délibération HATVP n°2020-182 du 6 octobre 2020.
- (11) Délibération HATVP n°2020-151 du 4 août 2020.
- (12) Délibération HATVP n°2022-229 du 12 juillet 2022.
- (13) Cf. rapport HATVP 2020, p. 53.
- (14) Délibération HATVP n°2020-1 du 18 février 2020.
- (15) Délibération HATVP n° 2020-182 du 6 octobre 2020; délibération HATVP n°2021-166 du 7 septembre 2021; délibération n°2021-136 du 20 juillet 2021.

Par Vincent Cadoux, avocat
à la cour, cabinet Seban avocats

DOSSIER
**PRÉVENTION INTERNE DES
ATTEINTES À LA PROBITÉ : LE
DÉFI DE LA « CONFORMITÉ »**



**Alexandra
Adero**
Avocate
associée



**Michaël
Goupil**
Avocat
Of Counsel



**Vincent
Cadoux**
Avocat
directeur



**Agathe
Delescluse**
Avocate

Prévention interne des atteintes à la probité : le défi de la « conformité »



Comment les collectivités locales peuvent-elles assurer l'effectivité de la prévention interne des atteintes à la probité et des conflits d'intérêts ? C'est là tout le défi de la « conformité », que le seul respect des règles édictées depuis dix ans ne permet pas d'atteindre. Car la notion de conflit d'intérêts est moins intuitive qu'elle ne le paraît ; et le cheminement des acteurs publics locaux sur la voie ardue de la « compliance » impose d'agir au sein de la collectivité avec méthodologie.

La prévention des risques attachés aux conflits d'intérêts et des atteintes à la probité dans le secteur public s'est dotée d'un cadre juridique substantiel, en particulier depuis dix ans. Pour autant, l'existence de ces règles ne permet pas, à elle seule, de garantir que l'activité quotidienne des collectivités y est conforme.

De nombreuses règles de droit, une mise en œuvre complexe

La pratique démontre en effet que la notion de conflit d'intérêts n'est pas si intuitive qu'elle le paraît. Elle est souvent difficile à traduire dans le quotidien de l'exercice des fonctions électives, des relations de travail des agents et du service public. De même, si les infractions constitutives d'une atteinte à la probité (1) commencent à être mieux connues, leur mécanique juridique est parfois mal appréhendée (2), ce qui rend plus difficile leur prévention.

A cette complexité, s'ajoute le fait que les textes font largement dépendre leur mise en œuvre de la responsabilité individuelle des élus, des agents publics, ou de leurs interlocuteurs. S'ensuit un risque important pour ces personnes et pour la collectivité territoriale au sein de laquelle elles officient.

Des outils de « compliance » variés

Pour palier ce risque, les collectivités peuvent mettre en place des dispositifs à leur échelle, qui garantiront la conformité du processus de travail aux règles de prévention des conflits d'intérêts et des atteintes à la probité. L'idée n'est pas nouvelle : c'est tout l'objet du domaine de la conformité, souvent désignée sous sa terminologie anglo-saxonne, la « compliance ». D'abord axés sur la prévention des infractions pénales, notamment en matière de corruption, les dispositifs de conformité ont évolué pour constituer un ensemble d'outils permettant aux

entreprises de s'assurer que leurs opérations sont conformes au cadre juridique, surtout pénal, qui leur est applicable.

En France, la loi « Sapin 2 » a rendu obligatoire la mise en place d'un dispositif anticorruption pour les plus grosses entreprises privées et publiques (3). Celles-ci doivent désormais prendre des « mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger de faits de corruption ou de trafic d'influence ».

En complément, l'Agence française anticorruption (AFA) demande aux collectivités territoriales de mettre en place des outils de conformité aux fins de prévenir et détecter les manquements à la probité. Mais, bien qu'elles doivent aussi se doter de ce type de dispositif, le fait qu'elles n'entrent pas dans le champ des sanctions administratives attachées à cette obligation les incite peu à engager ces travaux.

Pourtant, les collectivités, leurs élus et leurs agents restent

exposés à ces risques. L'AFA, les chambres régionales des comptes, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), le leur rappellent régulièrement, et les incitent à mettre en place des dispositifs adaptés. Ceux-ci doivent reposer sur deux pieds : la connaissance des risques et leur prévention.

Identifier les risques et faire circuler l'information

Aucun risque ne pourra être prévenu s'il n'a pas d'abord été identifié. Plus l'activité de l'entité publique est large, diffuse, plus elle emploie de personnels, plus la nécessité de recueillir l'information sur ces risques est nécessaire. Pour rendre cette information opérationnelle, elle doit ensuite être diffusée en interne.

Recueillir l'information

Afin de recueillir l'information pertinente, il est nécessaire

d'avoir, au préalable, une connaissance solide de la notion de conflit d'intérêts et des infractions en matière de probité. Une fois cette connaissance théorique acquise, reste à identifier les risques, au niveau de la collectivité territoriale puis pour chaque élu et agent. Cela suppose de recueillir les informations pertinentes au niveau collectif et individuel.

La cartographie des risques et l'évaluation de l'intégrité des tiers

La cartographie des risques, reprise de la loi « Sapin 2 », est la pierre angulaire du dispositif anticorruption : c'est sur son fondement que sont définies les mesures de prévention et de détection à mettre en œuvre en interne. Elle repose sur l'identification, l'évaluation et la hiérarchisation des risques d'atteintes à la probité propres à chaque collectivité. Il s'agit d'analyser les différents processus mis en œuvre en interne (recrutement, achat, octroi d'une subvention, etc.) en s'appuyant sur une base documentaire et sur des entretiens avec les élus, le personnel dirigeant et les responsables des processus décisionnels, opérationnels, comptables et supports. En sont dégagés des scénarios de risques qui sont ensuite évalués et hiérarchisés selon leur importance.

En parallèle, l'évaluation des tiers consistera à apprécier le risque que fait courir à la collectivité sa relation avec telle ou telle personne physique ou morale avec laquelle elle est en relation. Or, cette évaluation peut également supposer de recueillir des informations sur les personnes concernées (allant de la simple recherche en ligne à l'enquête approfondie avec questionnaire, voire audit).

Ces deux procédures, lourdes, doivent naturellement être adaptées à chaque collectivité territoriale, toutes ne présentant pas les mêmes degrés de risque.

L'appréhension des risques à l'échelle individuelle

Outre ces informations recueillies à l'échelle de la collectivité, il faut ajouter l'information sur les personnes qui y officient : les agents publics et les élus. L'existence d'un conflit d'intérêts implique, en effet, avant toute chose, la détention par ces derniers d'un intérêt « de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions ». Naturellement, les dispositifs d'alerte récemment entrés en vigueur ont cette vocation. Mais ils reposent sur une vigilance importante de chacun et une forte réactivité, alors que le signalement n'interviendra, en pratique, qu'une fois que la situation de conflit aura déjà commencé à causer des difficultés. Pour prévenir ces situations en amont, il existe déjà des obligations de déclaration d'intérêts et de patrimoine. Mais force est de constater que ceux qui y sont assujettis ne sont pas les seuls susceptibles de détenir des intérêts générateurs de risque disciplinaire ou pénal. Pour autant, généraliser les déclarations d'intérêts à l'ensemble des agents et élus est impossible : cela a été exclu par HATVP, qui a considéré que cela emportait une atteinte disproportionnée à la vie privée des personnes assujetties. La HATVP proposait en revanche un dispositif moins strict mais potentiellement très efficace : une déclaration a minima des seuls intérêts susceptibles de placer les déclarants en conflit d'intérêts au regard de leurs missions pour les agents, de leurs



■ 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, dite « Sapin 2 ».

délégations et de leur présence au sein d'organismes extérieurs pour les élus.

Pour les élus, ce type de déclaration permettrait, par exemple, de systématiser les déports nécessaires à la sécurité juridique de l'adoption des arrêtés et délibérations. Le même principe peut également être envisagé, s'agissant des agents, en matière de contrôle déontologique réalisé en cas de mobilité vers le secteur privé, en assurant un suivi des interlocuteurs de l'agent concerné, afin de faciliter, le moment venu, le contrôle de la conformité de la mobilité souhaitée.

Le recueil d'information n'est toutefois qu'une partie de l'équation : elle est stérile si elle ne circule pas adéquatement dans la collectivité, voire au-delà.

Diffuser l'information

La circulation des informations doit opérer dans deux sens. L'information doit être centralisée auprès d'un service ou d'un référent qualifié, compétent pour apprécier le risque juridique, en lien habituel avec l'autorité territoriale et la direction de la collectivité, pour analyser adéquatement les situations de conflit d'intérêts et élaborer les mesures qu'elles impliquent. Il faut également informer les services sur les principes et les règles de déontologie en vigueur au sein de la collectivité. On retrouve alors les préconisations de la loi « Sapin 2 » : formations des agents sur la probité et la déontologie,

établissement d'une charte de déontologie, mise en place d'un référent déontologue.

Enfin, au-delà de la collectivité locale, l'information pourra être amenée à circuler auprès des tiers entrant en relation avec la collectivité. Il s'agira ainsi, pour prévenir tout risque, d'informer les tiers concernés de l'existence du dispositif anticorruption, par exemple en communiquant la charte de déontologie applicable en interne.

Prévenir les risques en restaurant procédures et interdictions

La définition de procédures obligatoires permet de renforcer l'efficacité du dispositif de conformité. Dans certains cas, définir des règles, poser des interdictions et sanctionner leur méconnaissance reste un outil pertinent.

Définir des procédures

Dans certaines hypothèses, définir des procédures préalables à l'adoption de certains actes ou à l'engagement de certains projets permet de renforcer utilement les garanties de conformité. Là encore, il s'agit d'une solution déjà employée par le droit commun : la commande publique, le contrôle déontologique, ou le plus récent encadrement du recrutement d'agents contractuels, sont autant d'hypothèses dans lesquelles le suivi d'une procédure renforce les garanties du respect de certains principes fondamentaux.

Les déclinaisons sont nombreuses : organiser un examen systématique de la liste des intérêts détenus par les élus avant l'inscription à l'ordre du jour d'une délibération ; vérifier les intérêts déclarés par les ●●●

●●● agents avant de leur confier l'élaboration d'une procédure de passation d'un contrat, ou encore imposer la signature d'un formulaire confirmant l'absence d'intérêts.

Chaque fois qu'une vérification sera imposée procéduralement, elle diminuera la probabilité qu'un risque ne soit pas détecté.

Définir des interdictions

L'autorité territoriale dispose d'un pouvoir réglementaire pour définir ses règles de fonctionnement (4). Or, il est des cas dans lesquels prévenir la survenance de conflits d'intérêts implique d'interdire certains comportements susceptibles d'y conduire. C'est là où la charte de déontologie, outil d'information pédagogique, devient également une source possible de règles complémentaires car, outre le rappel des obligations légales, rien n'interdit qu'elle définisse des règles supplémentaires dont le respect lui paraît indispensable à la prévention des conflits d'intérêts et des atteintes à la probité.

Là encore, les possibilités sont nombreuses : réguler ou interdire certaines interactions des agents avec certaines entreprises cocontractantes de la collectivité, prohiber ou limiter les cadeaux ou invitations reçus, imposer au sein même des services la confidentialité de certaines activités.

Rappelons également que si l'obligation de déport pèse sur l'agent en situation de conflit, sa hiérarchie – qui conserve le pouvoir de définir la nature des fonctions ou des missions assurées par ses subordonnés –, peut l'imposer ou décider d'un changement d'affectation ou de service. Enfin, il ne peut être omis que l'édiction de ces règles donne également une assise à l'exercice

d'un pouvoir disciplinaire. A ce titre, la charte de déontologie peut énumérer les sanctions infligées aux agents qui ont méconnu les règles qu'elle énonce.

La situation particulière des élus locaux

S'agissant des élus, la situation est nécessairement différente puisque, s'il est possible d'encadrer certains comportements, notamment en matière de cadeaux, il n'existe pas de droit disciplinaire à leur égard (5). La réponse à une méconnaissance des règles et procédures internes ayant conduit à une atteinte à la probité sera d'une autre nature : politique. A cet égard, le prononcé d'un blâme à l'encontre d'un élu par le conseil municipal est admis en jurisprudence (6).

Par ailleurs, si l'élu en cause est titulaire de délégations, il est possible d'estimer que le lien de confiance avec l'exécutif peut être rompu du fait de son comportement, ce qui peut justifier un retrait d'une délégation de fonction (7). Toutefois, dès lors qu'un retrait de délégations ne constitue pas une sanction mais une mesure prise dans l'intérêt d'une bonne administration de la collectivité, il convient d'apprécier la situation au cas par cas et non de fixer une règle de principe en la matière, notamment dans une charte de déontologie.

(1) La notion d'atteinte à la probité renvoie aux six infractions énumérées par la loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016 : la corruption, le trafic d'influence, la concussion, la prise illégale d'intérêts, le détournement de fonds publics et le favoritisme.

(2) Par exemple, le détournement de fonds peut-être passif ou involontaire : cas du président d'une communauté de communes et d'un syndicat intercommunal qui, par sa négligence en signant des ordres de paiement étayés par de fausses factures présentées par sa secrétaire, a permis au mari de cette dernière de détourner des fonds publics (Cass. crim., 22 février 2017, n° 15-87.328).

(3) Il s'agit, pour résumer, des sociétés et établissements publics industriels et commerciaux de plus de 500 salariés ou ayant un chiffre d'affaires de plus de 100 millions d'euros (art. 17 de la loi).

(4) CE, Sect., 7 février 1936, Jamart, n° 43321.

(5) La démission d'office par le tribunal administratif et la révocation ou suspension respectivement par arrêté ministériel et décret en conseil des ministres, prévues par le CGCT, sont ici hors de propos.

(6) Voir notamment, CE, 29 juillet 1994, Commune de Saint-Mandrier, et CE, 11 février 1927, Delerablée.

(7) CE, avis, 14 novembre 2012, n° 361541.

Par Alexandra Adermo, Vincent Cadoux, Agathe Delescluse et Michaël Goupil, avocats, Seban & associés