



INSTITUT D'ETUDES POLITIQUES DE STRASBOURG

Université de Strasbourg

Le rôle de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique en matière de prévention des conflits d'intérêts en collectivités territoriales

Mathilde Paillet

Mémoire de 4^{ème} année, filière « Droit et Administration Publique »

Sous la direction de Monsieur le Professeur Gabriel ECKERT, Professeur de droit public et Directeur de l'Institut de Recherches Carré de Malberg

Année universitaire 2021- 2022

" L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur[e] " .

Remerciements

Je souhaite en premier lieu remercier très sincèrement Monsieur le Professeur Gabriel ECKERT, mon directeur de mémoire, pour sa disponibilité et son aide. Ses conseils ont été précieux et indispensables pour mener à bien ce travail de recherche. Merci pour les rendez-vous en présentiel qu'il m'a accordés et qui m'ont permis de mener cette rédaction sereinement.

Merci également à Monsieur Arnaud ARFEUILLE d'avoir avec toute sa bienveillance pris le temps de me faire part de son témoignage d'élu local.

Merci à Monsieur Alexandre LESAGE de m'avoir fait part du travail de la Haute Autorité de vive voix. Ses indications ont été précieuses pour comprendre le fonctionnement et le travail de cette autorité.

Merci à Monsieur le Professeur Patrick WACHSMANN de m'avoir parlé de sa fonction de déontologue à la ville de Strasbourg. Ses retours ont été très utiles pour avoir une approche concrète du travail de la Haute Autorité.

Je souhaite remercier tout particulièrement Audrey BONVAL. Ses relectures attentives et ses conseils ont démontré toutes les qualités académiques et humaines dont elle fait preuve. Merci à Antoine BENBAHI pour son aide logistique notamment lorsqu'il s'agit d'utiliser un moteur de recherche juridique. Merci à mes amis présents à Strasbourg qui par leur compagnie à la bibliothèque m'ont constamment accompagnée dans ce travail.

Pour finir, je souhaite remercier ma mère pour ses relectures et son soutien inconditionnel.

Principaux sigles, acronymes et abréviations

AFA	Agence Française Anticorruption
AJCT	Actualité Juridique Collectivités Territoriales
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif
AJFP	Actualité Juridique Fonction Publique
AJ pénal	Actualité Juridique pénal
Cass	Cour de Cassation
CE	Conseil d'État
DC	Contrôle de constitutionnalité
HATVP	Haute Autorité pour la transparence de la vie publique
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i>
JORF	Journal Officiel de la République Française
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économique
PUF	Presses Universitaires Françaises
RFAP	Revue Française d'Administration Publique
RSC	Revue de Science Criminelle et droit pénal comparé
SCPC	Service Central de Prévention de la Corruption
SJACT	Semaine Juridique Administration Collectivités Territoriales
SMACL	Société Mutuelle d'Assurance des Collectivités Locales

Sommaire

Introduction

Titre I - La création de la Haute Autorité en charge d'endosser le volet préventif de la lutte contre les conflits d'intérêts dans la vie publique locale

Chapitre I - La nécessité d'un contrôle préventif délégué à une autorité indépendante

Chapitre II - L'attribution de pouvoirs limités en matière de prévention des conflits d'intérêts en collectivités territoriales

Titre II - Le renouvellement des missions de prévention des conflits d'intérêts de la Haute Autorité

Chapitre I - L'attribution législative de nouvelles missions en matière de prévention des conflits d'intérêts en collectivités territoriales

Chapitre II – La collaboration spontanée de la Haute Autorité avec les collectivités territoriales

Conclusion

« Il n'y a pas de vie publique, dans une démocratie moderne, sans conflits d'intérêts potentiels. Entre le glaive émoussé du droit pénal et le boomerang des effets collatéraux indésirables d'un dispositif intrusif à l'excès, une voie pratique et équilibrée se dessine. Définir, identifier, gérer, rendre compte. Tels sont les points de passage obligés d'une politique de prévention des conflits d'intérêts efficace et adaptée à la réalité. »

Michel Pinault *Conflits d'intérêts : glaive ou boomerang ?* Pouvoirs n°147, 2013, p 33-45

Introduction

Guy Carcassonne dans un article intitulé *Le trouble de la transparence* appelle à la vigilance lorsque des lois font de la transparence une finalité de l'action publique. « *À ne pas la ramener à ce qu'elle doit être - un moyen, dont l'utilité comme la légitimité se mesurent à l'aune des objectifs qu'elle sert -, la transparence est une menace*¹ ». Cette notion est entrée dans le débat public à la faveur de scandales politiques. Sa finalité qui est celle de « *s'attaquer, sans un certain désordre, aux différentes facettes du secret*² » de la vie publique fait ainsi de ce terme un outil voire un slogan au service du législateur³. Aussi, il convient de ménager les équilibres autour des objectifs de transparence, les lois du 11 octobre 2013⁴ tentant de répondre à ce défi.

La transparence, au-delà de son appréhension par le droit, est avant tout « *un objet social revendiqué par divers groupes d'intérêts de la société civile et mobilisé par les pouvoirs publics à la suite de scandales*⁵ ». Sa définition renvoie à des réalités multiples, Jean François Kerléo la définit ainsi comme « *un complexe de techniques comprenant aussi bien des normes juridiques que des représentations idéales fondées sur une réévaluation du rapport savoir/pouvoir en renvoyant à un processus unilatéral ou multilatéral de communication d'informations dans un but de connaissance, d'efficacité ou de légitimation*⁶ ». La prévention des conflits d'intérêts s'inscrit également dans cet impératif démocratique. Au même titre que la transparence, elle répond « *à une exigence sociale, politique et philosophique fondamentale de renforcement de la confiance des citoyens dans leurs gouvernants et dans tous ceux qui concourent à l'exercice de l'action publique*⁷ ». Comme le souligne Jean-François Kerléo, les

¹ CARCASSONNE. G, *Le trouble de la transparence*, Pouvoirs n°97 Transparence et secret, avril 2001, p 22, cité dans BENETTI J, *Les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique, Du remède au trouble*, AJDA 2014, 27 janvier 2014 ; 157.

² CHEVALLIER. J, *Science administrative*, PUF, Paris, 5e édition, 2013, p. 429 cité dans la thèse sur la transparence de la vie publique en France de Monsieur Grégori PUYDEBOIS sous la direction de M. Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Université de Bordeaux, soutenue le 15 novembre 2019.

³ KERLEO. J-F, *La transparence de la vie publique en droit*, Sens-Dessous n°20, février 2017, p 15 à 27.

⁴ Il s'agit de la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique et de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiées au JORF n°0238 du 12 octobre 2013.

⁵ KERLEO. J-F, *La transparence de la vie publique en droit*, Sens-Dessous n°20, février 2017, p 15 à 27.

⁶ *Ibid.*

⁷ Rapport « *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique* », Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dite *Commission Sauvé*, initiée par le décret n° 2010-1072 du 10 septembre 2010, p 10.

dispositifs législatifs de transparence n'obéissent pas à une logique globale mais plutôt aux temps des affaires, l'histoire législative illustrant ce mouvement. À titre d'exemples, le « *scandale du fichier SAFARI a conduit à l'adoption des lois de 1978 sur la protection des données personnelles et l'accès aux documents administratifs*⁸ ». Plus récemment, « *les affaires Luchaire, URBA ou encore Carrefour du développement ont entraîné l'adoption des lois sur le financement politique de 1988 à 1995*⁹ ». En France, jusqu'en 2013, le conflit d'intérêts ne faisait pas l'objet d'une définition législative générale. Même si les définitions existantes convergeaient vers une appréhension similaire, la notion de conflit d'intérêts « *à la fois subjective et évolutive, en fonction des situations susceptibles de se présenter et de l'expression des attentes collectives*¹⁰ » n'était pas retranscrite sous la forme d'une règle générale. Au sens courant le conflit d'intérêts correspond à « *une situation dans laquelle se trouve une personne dont les intérêts personnels sont incompatibles avec les exigences de la fonction qu'elle occupe*¹¹ ». L'on peut facilement identifier l'idée de collision entre un intérêt privé et un intérêt public qui a par la suite guidé la rédaction des premières définitions. L'Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE) à travers une étude comparative a dégagé une définition du conflit d'intérêts¹². En France, le Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC) s'est également attelé à cet exercice¹³.

Pour ce qui est du droit français, cette notion n'était n'appréhendée que sous les prismes sectoriel et répressif. En ce qui concerne l'approche sectorielle, le fonctionnement de la Haute Autorité de Santé en est un exemple. La rédaction d'une charte de déontologie¹⁴ et l'interdiction de posséder « *des*

⁸ KERLEO, J-F, La transparence de la vie publique en droit, Sens-Dessous n°20, février 2017, p 15 à 27.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Rapport « *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique* », Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dite *Commission Sauvé*, initiée par le décret n  2010-1072 du 10 septembre 2010, p 13.

¹¹ Définition issue du dictionnaire Larousse.

¹² OCDE, * tude comparative : Politique et pratiques en matière de conflit d'intérêts dans neuf  tats membres de l'UE*, 2005 p 6 « *Un conflit d'intérêts est un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public, dans lequel l'agent public possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencer ind mment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités* ».

¹³ SCPC, Rapport d'activité 2004, p 26 « *Un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle une personne employée par un organisme public ou privé possède, à titre privé, des intérêts qui pourraient influencer ou paraître influencer sur la manière dont elle s'acquitte de ses fonctions et des responsabilités qui lui ont été confiées par cet organisme.* »

¹⁴ Décision du 19 novembre 2008 adoptant la charte de déontologie et l'annexant aux réglementations intérieures et aux formulaires de déclaration d'intérêts et modifiant le règlement intérieur des services, JORF n 0133 du 11 juin 2009.

*intérêts de nature à compromettre leur indépendance*¹⁵ » ont ainsi contribué à dessiner les prémices d'un dispositif de prévention des conflits d'intérêts en matière de santé publique. En outre, à côté de la loi, se sont développés des dispositifs déontologiques propres à la vie parlementaire. L'Assemblée nationale et le Sénat ont par eux-mêmes mis en œuvre des systèmes de déclaration d'intérêts à partir de 2009¹⁶. S'agissant de l'appréhension du conflit d'intérêts sous le prisme de la répression, sa prééminence a longtemps caractérisé l'arsenal juridique français. L'appréciation du délit de prise illégale d'intérêts auparavant délit d'ingérence¹⁷, découle de la réunion d'un élément matériel et intentionnel. La position du juge pénal¹⁸ s'est caractérisée par son appréciation sévère du délit de prise illégale d'intérêts¹⁹. Selon la Commission Sauvé, cette infraction a ainsi constitué le « *dispositif privilégié de traitement des conflits d'intérêts en France*²⁰ », au détriment des règles préventives²¹. Aussi, elle déplore le fait qu'aucune vision d'ensemble en matière de prévention des conflits d'intérêts n'ait été effective en France²².

L'objet de ce mémoire est de s'intéresser particulièrement à la prévention des conflits d'intérêts dans les collectivités territoriales. Ce choix se justifie du fait de la présence d'une multitude d'intérêts. D'une part, les élus locaux compte tenu de leurs engagements dans la cité sont titulaires de plusieurs intérêts. D'autre part, les agents publics, selon leur niveau hiérarchique, peuvent être exposés à la réalisation d'un risque déontologique et pénal.

Le mouvement de décentralisation a mis en lumière les risques existants dans les collectivités territoriales. Ces dernières « *correspondent à une communauté humaine, ancrée dans un terroir* » et ont

¹⁵ Article L. 161-44 du code de la sécurité sociale.

¹⁶ Adoption par Bureau du Sénat d'un code de conduite déontologique, 7 octobre 2009.

Article 4 de la Décision du Bureau du 6 avril 2011 relative au respect du code de déontologie des députés.

¹⁷ Article 175 de l'ancien Code Pénal français.

¹⁸ Concernant la position du juge administratif, il admet de longue date l'annulation d'un acte administratif si celui-ci méconnaissait le principe d'impartialité voir CE, 7 juillet 1965, Fédération nationale des transports routiers.

¹⁹ Ce point sera approfondi plus en détail dans la première section du premier chapitre du Titre I.

²⁰ Rapport « *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique* », Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dite *Commission Sauvé*, initiée par le décret n° 2010-1072 du 10 septembre 2010, p 30.

²¹ *Ibid* p 30.

²² *Ibid* p 65.

« *vocation à poursuivre la satisfaction des intérêts collectifs de leur membres*²³ ». Initiée en 1982²⁴, la décentralisation a entraîné un nouveau partage des compétences entre l'État et les collectivités territoriales. Ce nouveau découpage administratif a été enrichi par l'acte II de la décentralisation²⁵ consacrant à l'article premier de la Constitution l'organisation décentralisée de la République. Cette attribution de compétences s'est ensuite consolidée²⁶, jusqu'à aujourd'hui et son dernier acte²⁷. Même si la manifestation « *des atteintes à la probité dans le secteur public local est bien antérieure à la décentralisation*²⁸ », c'est bien cette attribution de compétence qui a créé de nouvelles zones à risques. Les raisons à l'augmentation de ce risque sont diverses : l'importance des ressources financières liées à ces transferts²⁹, la présence de « *phénomènes interpersonnels liés à la proximité territoriale*³⁰ ». De même, afin de mener à bien leur mission d'intérêt général, notamment en matière de commande publique et d'urbanisme, les collectivités territoriales entretiennent des liens avec des structures tierces telles que les associations, les établissements publics, les sociétés d'économie mixte ou les sociétés publiques locale par exemple, qui augmentent les risques de collision³¹. Enfin, le Service Central de Prévention de la Corruption dans son rapport d'activité de l'année 2013, affirme que c'est « *l'insuffisante prise en compte par le législateur, jusqu'à la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, des conflits d'intérêts*³² » qui explique aussi la présence de ce risque en collectivités territoriales.

²³ PETIT, J et FRIER, L, Droit Administratif, 13e édition LGDJ, 2019-2020, p 181.

²⁴ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. Loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat.

²⁵ Loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

²⁶ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles dite loi MAPTAM, publiée au JORF n°0023 du 28 janvier 2014. Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République dite loi NOTRe, publiée au JORF n° 0182 du 8 août 2015.

²⁷ Loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale publiée au JORF n°0044 du 22 février 2022.

²⁸ SCPC, Rapport d'activité 2013, p 205.

²⁹ *Ibid* p 202.

³⁰ *Ibid* p 206.

³¹ *Ibid* p 219.

³² *Ibid* p 206.

Si l'on s'intéresse aux données statistiques, l'on constate que les taux de mise en cause des acteurs de la vie publique locale restent faibles. Seul 0,319 % des élus ont été mis en cause toutes infractions confondues pour la mandature 2014-2022³³. Parmi les infractions réalisées par des maires, 36,7% étaient liées au chef d'accusation de manquement à la probité³⁴. Quant aux fonctionnaires territoriaux, seul 0,046% ont fait l'objet de poursuites pénales³⁵. S'agissant des infractions commises pour lesquelles ils ont été poursuivis, 43,7% d'entre elles étaient liées à des atteintes à la probité³⁶.

Ces éléments statistiques démontrent que le critère qui semble avoir mis à l'agenda la rédaction de cette loi est bien la défiance existante vis-à-vis des institutions. Selon Jean-François Kerléo, au-delà des objectifs d'encadrement de la sphère dans laquelle interviennent les acteurs de la vie publique locale, l'ambition est aussi celle de permettre « *une (re)légitimation des représentants tout en cherchant à rétablir la confiance des citoyens en leurs élites*³⁷ ». Il soutient également que la transparence « *contribue à légitimer, le système représentatif, le mandat du représentant incluant le contrôle du représenté par le biais de la publicité de son action*³⁸ ». Le discours de François Hollande, alors Président de la République, le 10 avril 2013, annonçant l'adoption d'une loi sur la transparence de la vie publique, témoigne de son appropriation comme outil de contrôle. « *La transparence ! Il ne s'agit pas d'exhiber, il ne s'agit pas de mettre en cause, il s'agit pour les Français d'être sûrs que ceux qui les gouvernent, ceux qu'ils ont élus, ceux qui sont responsables des deniers publics puissent, pendant la durée des mandats qui leur ont été confiés, ne pas connaître d'enrichissement*³⁹ ».

Les conclusions de la Commission Sauvé⁴⁰ ont constitué le point de départ de la rédaction des lois du 11 octobre 2013. Promulguées des suite à l'affaire Cahuzac⁴¹, elles répondent avant tout à un problème

³³ SMACL, Rapport sur les risques de la vie territoriale et associative : *Le risque pénal des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux*, 2021, p 19.

³⁴ *Ibid* p 22.

³⁵ *Ibid* p 23.

³⁶ *Ibid* p 26.

³⁷ KERLEO. J-F, La transparence de la vie publique en droit, Sens-Dessous n°20, février 2017, p 15 à 27

³⁸ *Ibid*.

³⁹ HOLLANDE. F, Déclaration du Président de la République, à Paris le 10 avril 2013.

⁴⁰ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dite *Commission Sauvé*, initiée par le décret n° 2010-1072 du 10 septembre 2010.

⁴¹ L'ancien ministre Jérôme Cahuzac était mis en cause pour avoir délibérément caché des comptes bancaires en Suisse. Il a été condamné le 15 mai 2018 à quatre ans de prison dont deux avec sursis par la Cour d'Appel de Bastia pour fraude fiscale.

structurel : la faiblesse du régime préventif de lutte contre les conflits d'intérêts. Le rapport ayant précédé leur adoption⁴² précise les trois objectifs qui doivent orienter la construction de la nouvelle architecture en matière de lutte contre les conflits d'intérêts. Le premier objectif est de définir le conflit d'intérêts, le second de contrarier sa survenance et enfin le dernier vise à révéler ces situations si elles n'ont pas pu être évitées. Ces lois ont également pour but de prévoir une nouvelle obligation générale de prévention des conflits d'intérêts pour les responsables publics⁴³. Selon les termes de Maître Segonds, son ambition peut être résumée à la nécessaire « *conciliation des définitions préventive et répressive de la notion de conflits d'intérêts*⁴⁴ ».

La crainte que la transparence soit utilisée à l'excès a nourri les débats autour des lois du 11 octobre 2013. À ce sujet, la prudence commande d'éviter certains écueils mis en évidence par les travaux de la Commission Sauvé. Aussi, il convient de pas tomber dans la recherche « *d'une quête absolutiste de transparence, peu soucieuse de la vie privée des acteurs publics, qui ne pourrait que déboucher sur des" procès d'intention permanents"*⁴⁵ ». En outre, rédiger « *de simples recommandations de comportement, souvent qualifiées de « soft law », laissant aux personnes concernées le soin de déterminer, par elles-mêmes, les situations à éviter et donnant toutes les apparences de la vertu sans garantir effectivement l'indépendance, l'impartialité et la probité des acteurs publics*⁴⁶ », ne ferait qu'alimenter les lacunes du dispositif préventif.

Guidé par l'ambition de contrôler les situations des élus tout au long de leur mandat, le législateur a fait montre de sa volonté d'externaliser le contrôle du représenté à une autorité extérieure. Dans son discours du 10 avril 2013, François Hollande annonce la création d'une Haute Autorité, « *totalem*

42 Rapport n° 1108 et 1109 *sur le projet de loi organique et le projet de loi, relatif à la transparence de la vie publique*, présenté par M. Jean Jacques Urvoas, Commission des lois, Assemblée Nationale, 5 juin 2013 : « *Section C : le lancement d'une politique ambitieuse de lutte contre les conflits d'intérêts* », p 39.

43 Rapport *Renouer la confiance publique Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics*, remis par Jean-Louis Nadal, 7 janvier 2015, p. 16. Selon ce rapport, le terme « responsables publics » comprend les agents publics et les responsables politiques.

44 SEGONDS, M, Agrégé des facultés de droit et avocat au barreau de Toulouse dans le Cabinet AS2A, *La loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique ; ou la préservation des délits de prise illégale d'intérêts*, RSC 2013, 13 mars 2014, p 877.

45 Rapport « *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique* », Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dite *Commission Sauvé*, initiée par le décret n° 2010-1072 du 10 septembre 2010, p 9.

46 *Ibid.*

*indépendante, elle contrôlera les déclarations de patrimoine mais aussi les déclarations d'intérêts des membres du gouvernement, des parlementaires, des responsables des grands exécutifs locaux et des dirigeants de grandes administrations*⁴⁷ ». Ce faisant, les lois du 11 octobre 2013⁴⁸ relatives à la transparence de la vie publique créent une nouvelle autorité administrative indépendante : la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Succédant à la Commission pour la transparence financière de la vie politique⁴⁹, elle est chargée de mener à bien, parmi d'autres fonctions, une mission de prévention des conflits d'intérêts. La Haute Autorité est composée d'un Président et d'un collège dont six membres sont élus par le Conseil d'État, la Cour de cassation et la Cour des comptes. Les six autres membres sont nommés par le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat et le Gouvernement. Le législateur a tenté de ménager des équilibres nouveaux, en imposant un contrôle généralisé aux responsables publics. Déjà présente dans certains domaines, la déclaration d'intérêts constitue le support de travail de la Haute Autorité en matière de prévention des conflits d'intérêts.

Ce mémoire vise à établir un bilan du travail de la Haute Autorité ainsi que des réflexions sur sa future place auprès des collectivités territoriales. L'élan de la loi du 11 octobre 2013, incarné par la Haute Autorité, jusqu'à aujourd'hui sera étudié sous le prisme des nouvelles lois entrées en vigueur *a posteriori*.

La question est ainsi de savoir si la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique a répondu, aujourd'hui, aux objectifs issus de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, en matière de prévention des conflits d'intérêts dans les collectivités territoriales.

Force est de constater que la Haute Autorité s'est imposée dans le paysage des autorités administratives indépendantes. Née de la nécessité de renforcer le régime préventif de lutte contre les conflits d'intérêts dans la vie publique, elle s'est vue attribuer par la loi du 11 octobre 2013 une assise législative nouvelle pour mener sa mission de prévention des conflits d'intérêts. Ses pouvoirs en matière de contrôle ont néanmoins pu apparaître faibles au regard des objectifs fixés par la loi du 11 octobre 2013 (Titre I).

La Haute Autorité a bénéficié, à partir de 2016, de nouvelles attributions législatives visant à faire d'elle une autorité de référence en matière de déontologie. C'est particulièrement auprès des acteurs de la

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Ces textes ont été adoptés en lecture définitive par l'Assemblée Nationale le 17 septembre 2013.

⁴⁹ Les différences entre ces deux institutions seront étudiées dans la seconde section du premier chapitre du titre I.

vie publique locale que son autorité s'est imposée. Ces zones de contrôle ont été enrichies permettant une approche globale de la prévention des conflits d'intérêts. Enfin, son influence auprès des collectivités territoriales n'a fait que grandir contribuant à la diffusion d'une culture de la prévention des conflits d'intérêts (Titre II).

Titre I - La création de la Haute Autorité en charge d'endosser le volet préventif de la lutte contre les conflits d'intérêts dans la vie publique locale

La naissance de la Haute Autorité intervient au moment où plus de transparence est exigée dans la vie publique locale. Avec la promulgation de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence dans la vie publique⁵⁰, le législateur acte le début d'un mouvement législatif fort en faveur d'un régime préventif solide. L'objectif de cette loi est de rééquilibrer le régime juridique de lutte contre les conflits d'intérêts au profit de leur prévention. Il appartient ainsi à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique d'endosser cette mission (Chapitre I).

L'affectation de cette mission à une autorité administrative indépendante est une nouveauté, qui souligne l'importance que l'on veut donner à l'exercice de cette mission. Toutefois, les pouvoirs qui lui sont attribués sont faibles au regard des objectifs de la loi du 11 octobre 2013 (Chapitre II).

Chapitre I - La nécessité d'un contrôle préventif délégué à une autorité indépendante

La création de la Haute Autorité trouve sa source dans la volonté de renforcer les mécanismes de prévention des conflits d'intérêts, compte-tenu du risque pénal qui pèse sur les élus locaux et agents administratifs (Section I). La création d'une autorité administrative indépendante en charge de cette mission de prévention constitue l'un des piliers de l'architecture institutionnelle, issue de la loi du 11 octobre 2013 (Section II).

⁵⁰ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiée au JORF n°0238 du 12 octobre 2013.

Section I - La présence d'un risque de conflits d'intérêts en collectivités territoriales

Avant 2013, les collectivités territoriales ne sont pas particulièrement préparées pour faire face au risque de conflit d'intérêts. D'une part, les mécanismes de prévention des conflits d'intérêts ne sont pas très développés, ni efficaces (I). D'autre part, la prise illégale d'intérêt, traduction pénale du conflit d'intérêts, est appréhendée largement par le juge pénal. Cette sévérité se traduit par la sanction de comportements d'individus pensant agir en toute bonne foi (II).

I. La faiblesse du régime préventif

Les travaux des commissions Sauvé et Jospin⁵¹ ont mis en lumière les faiblesses propres au régime français de prévention des conflits d'intérêts, avant 2013, la sphère publique locale n'étant pas exclue de ce constat. Les conclusions des deux commissions vont constituer le point de départ de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

A. L'état du régime préventif avant 2013

Avant 2013 et la création de la Haute Autorité, aucune autorité n'était en charge de la mission de prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique locale. Toutefois, deux commissions existaient afin de répondre à l'exigence de transparence dans la sphère publique. Il s'agissait, d'une part, de la Commission pour la transparence financière de la vie publique qui s'intéressait à la situation patrimoniale des élus. D'autre part, il s'agissait de la Commission pour la déontologie dans la fonction publique qui s'intéressait quant à elle aux contrôles des mobilités des agents administratifs entre le secteur public et privé.

⁵¹ Rapport « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dite *Commission Sauvé*, initiée par le décret n° 2010-1072 du 10 septembre 2010.

Rapport « Pour un renouveau démocratique », Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique dite *Commission Jospin*, initiée par le décret n° 2012-875 du 16 juillet 2012.

La Commission pour la transparence financière de la vie publique ne contrôlait que les situations patrimoniales des élus locaux et non pas les intérêts qu'ils pouvaient détenir dans d'autres sphères qu'elles soient privées ou publiques. Or, pour caractériser une situation de conflits d'intérêts, il est nécessaire d'identifier en amont les intérêts en présence. Instituée par la loi du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, cette Commission a été créée pour endosser le rôle de contrôleur des déclarations de patrimoine. L'article 3 de la loi du 11 mars 1988 précise que la Commission est « *chargée de recevoir les déclarations des membres du Parlement et des personnes mentionnées aux articles 1er et 2 de la présente loi* ». Elle doit vérifier qu'il n'y a pas eu de variation de patrimoine entre le début du mandat et la fin du mandat. Dans le cas où une anomalie serait constatée, elle peut relancer les déclarants. Si la situation n'est pas corrigée, elle peut transmettre un signalement au procureur de la République.

Composée de six agents et n'ayant pas de pouvoir d'enquête auprès des administrations fiscales dans le cadre d'un contrôle de la situation patrimoniale, sa mission de transparence n'a pas pu être menée à bien⁵². En effet, dans son dernier rapport d'activité, elle souligne le fait que le contrôle des déclarations patrimoniales n'était pas satisfaisant. « *Cette opération de comparaison, sur une base purement déclarative, ne s'accompagnait cependant, à l'origine, d'aucune prérogative permettant aux membres et rapporteurs de la commission de s'assurer de l'exactitude et de l'exhaustivité des données fournies.*⁵³ » Elle se limitait donc au seul contrôle du champ patrimonial, quand bien même tout intérêt peut être constitutif de conflit d'intérêts. À partir de 2011, un changement s'observe. Il est donné la possibilité à la Commission d'enquêter et d'exiger certaines informations fiscales de la personne contrôlée et de l'administration fiscale. Néanmoins, ce changement est apparu comme insuffisant pour exercer pleinement cette mission de contrôle de la situation patrimoniale. La Commission préconisait de pouvoir contrôler la situation patrimoniale de l'entourage du contrôlé ce qui aurait pu permettre une vision d'ensemble. Or, cette demande n'a pas abouti, laissant des moyens limités à celle-ci.

En ce qui concerne la Commission pour la déontologie dans la fonction publique, sa mission était de contrôler les mobilités entre le secteur privé et public. Celles-ci pouvant aboutir à des situations de

⁵² *Dernier rapport pour la Commission de la transparence financière de la vie politique*, La Gazette des Communes, 12 décembre 2013. Les lacunes du bilan de cette Commission seront détaillées plus amplement dans la seconde du premier chapitre du titre I.

⁵³ Commission pour la Transparence financière de la vie politique, *Seizième Rapport*, p 14, 12 décembre 2013.

conflits d'intérêts, sa création est apparue nécessaire pour mener à bien cette mission de prévention vis-à-vis de cette zone à risque. Toutefois, elle a également montré des faiblesses dans la lutte contre les conflits d'intérêts, ce qui a abouti à sa suppression en 2020⁵⁴.

L'on constate que les deux commissions créées ne s'intéressaient qu'à des éléments précis de la lutte contre les conflits d'intérêts. Cette conclusion est également appuyée par les travaux des deux commissions qui mettent en avant la nécessité de créer un véritable arsenal juridique en mesure de prévenir les conflits d'intérêts dans la vie publique.

B. Les travaux des commissions Sauvé et Jospin ⁵⁵

La faiblesse du régime de prévention des conflits d'intérêts a été mise en lumière par deux commissions. La première, présidée par Jean-Marc Sauvé en 2011 s'intitule Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts. La seconde, présidée par Lionel Jospin en 2012 s'intitule Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique. Les rapports publiés par ces Commissions ont servi de point de départ aux travaux préparatoires de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Ils marquent un tournant dans la transparence de la vie publique en France. En effet, ils mettent en lumière les faiblesses du système français de prévention des conflits d'intérêts, pilier indispensable pour renforcer la transparence dans la vie publique locale.

La commission Sauvé évoque ainsi la nécessité de « *bâtir une véritable architecture institutionnelle de la déontologie et de la prévention des conflits d'intérêts.* »⁵⁶ Dans un premier temps, la Commission réalise un état des lieux des dispositifs existants en matière de prévention des conflits d'intérêts en 2011. Tout d'abord, il existe plusieurs définitions de la notion de conflit d'intérêts issues de différents

⁵⁴ La Commission pour la déontologie dans la fonction publique a été supprimée au profit de la Haute Autorité qui a endossé cette nouvelle mission à partir de 2020. Nous nous intéresserons à cette fusion dans la section seconde du premier chapitre du titre II.

⁵⁵ Rapport « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dite *Commission Sauvé*, initiée par le décret n° 2010-1072 du 10 septembre 2010.

Rapport « Pour un renouveau démocratique », Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique dite *Commission Jospin*, initiée par le décret n° 2012-875 du 16 juillet 2012.

⁵⁶ Rapport « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dite *Commission Sauvé*, initiée par le décret n° 2010-1072 du 10 septembre 2010, p 91.

travaux. Cependant, le législateur français n'a pas défini le conflit d'intérêts. Seule la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires interdit la présence de liens directs ou indirects de nature à compromettre l'impartialité de l'agent et à affecter sa mission⁵⁷. L'on constate que le législateur est resté silencieux sur la situation des élus. Or, pour faire peser des obligations sur les agents et élus en collectivités territoriales, il est indispensable de pouvoir identifier quels cas de figure recouvrent des situations de conflit d'intérêts. La Commission Sauvé propose ainsi la définition suivante : « *Un conflit d'intérêts est 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.* »⁵⁸ Cette définition nous donne plusieurs indications. « *L'intérêt privé d'une personne* » renvoie à l'idée que doit exister un intérêt personnel pour que le conflit d'intérêt soit caractérisé. Celui-ci doit être « *détenu directement ou indirectement par l'intéressé.* »⁵⁹ La Commission précise que cet intérêt peut être matériel ; « *ils peuvent être patrimoniaux et financiers (détenue directe d'actions d'une société, par exemple), professionnels (contrats de travail en cours ou passés avec une entreprise ou un organisme), commerciaux ou civils (généralement dans un cadre contractuel).* » Il peut également s'agir d'un intérêt moral, mais sa caractérisation est plus difficile, car elle implique une intrusion forte dans la vie privée. Le critère finaliste de l'intérêt est retenu ici en ce qu'il doit véritablement « *influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions* ». La Commission préconise que le conflit d'intérêts soit apprécié sur une temporalité cohérente. En effet, cette appréciation doit se réaliser sur « *une durée au regard de laquelle il est possible de considérer que le « lien » d'intérêt unissant l'acteur public à l'entreprise, la société ou la personne en cause est définitivement et irrémédiablement rompu.* »⁶⁰

Dans un second temps, la Commission fait des préconisations pour rendre effective cette définition. Il est nécessaire d'imposer le respect d'obligation de prévention des conflits d'intérêts sur les agents et élus. La Commission précise que l'abstention à certaines prises de décisions est un outil adapté à la prévention des conflits d'intérêts. Aussi, le législateur doit mettre en place un mécanisme de déport pour les élus locaux et fonctionnaires pour que cette obligation de prévention des conflits d'intérêts

⁵⁷ Article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

⁵⁸ *Ibid* p 19.

⁵⁹ *Ibid* p 17.

⁶⁰ *Ibid* p 18.

soit mise œuvre. Pour les agents publics territoriaux, l'impératif légal de probité existe depuis longtemps⁶¹, à l'inverse des élus qui n'y sont pas soumis. De même, le rapport souligne que l'absence de véritable culture déontologique fait défaut au dispositif juridique français. Cela est directement en lien avec l'idée citée ci-dessus : cette absence découle du fait qu'il n'y a pas de véritable obligation de prévention des conflits d'intérêts qui servirait d'assise à la culture de la déontologie. Pour finir, cet état des lieux amène la commission à conclure qu'il n'existe pas de régime global de prévention des conflits d'intérêts. Un tel régime serait indispensable pour sécuriser la situation des élus et agents administratifs. La Commission fait plusieurs propositions telles que la rédaction de codes de conduite à destination des élus ; la coordination d'un réseau de déontologues sur le terrain et enfin l'application de mécanisme d'alerte⁶².

En 2012, la *Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique* suit les conclusions de la Commission Sauvé. La mise en œuvre « *d'une stratégie globale de prévention des conflits d'intérêts*⁶³ » est la revendication commune à ces deux commissions qui soulignent l'absence de vision d'ensemble. La Commission Jospin ne s'intéresse pas à la situation des élus locaux et agents publics territoriaux. Ses suggestions, pour renforcer le système préventif s'articulent autour de deux axes : l'édiction de normes, notamment d'obligations à destination des acteurs de la vie publique locale et l'adoption de bonnes pratiques qui participeraient à la diffusion de la déontologie dans la vie publique locale⁶⁴. Elles sont également d'accord sur la nécessité de mettre en place une autorité en charge de contrôler et conseiller les acteurs de la vie publique. Le contrôle doit donc être externalisé vers une autorité avec des moyens suffisamment importants pour mener à bien sa mission et qui constituera « *la clé de voûte du dispositif de prévention des conflits d'intérêts proposé*.⁶⁵ »

⁶¹ Loi n° 83-634 *portant droits et obligations des fonctionnaires*, 13 juillet 1983, article 25. L'article 25 bis issu de la loi du 20 avril 2016 fait désormais peser sur le fonctionnaire une double obligation de prévention des conflits d'intérêts.

⁶² Rapport n° 1108 et 1109 *sur le projet de loi organique et le projet de loi, relatif à la transparence de la vie publique*, présenté par M. Jean Jacques Urvoas, 5 juin 2013, Commission des lois, Assemblée Nationale, p 22.

⁶³ Rapport « Pour un renouveau démocratique », Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique dite *Commission Jospin*, initiée par le décret n° 2012-875 du 16 juillet 2012, p 81.

⁶⁴ *Ibid* p 85.

⁶⁵ *Ibid* p 86.

L'absence de véritable régime préventif constitue l'une des lacunes principales de la lutte contre les conflits d'intérêts. En effet, sans régime préventif efficace et protecteur, les élus locaux et agents administratifs en collectivités restent soumis à l'exposition au risque pénal (II).

II. La sévérité du régime répressif

La Commission Sauvé a déploré la prééminence du régime répressif au détriment du régime préventif. A cette prééminence, s'ajoute le fait que le risque pénal qui pèse sur les élus locaux et les fonctionnaires territoriaux n'est pas négligeable. Le risque pénal existe dès lors que des éléments constitutifs du délit de prise illégale d'intérêts sont réunis. Celui-ci s'explique principalement par deux raisons, selon Jean-Louis Nadal, ancien Président de la Haute Autorité pour la transparence dans la vie publique. La première raison trouve sa source dans l'environnement réglementaire français, de plus en plus complexe. La seconde raison à l'existence du risque pénal s'explique par la nouvelle gestion publique locale, enrichie de nouvelles structures, qui accroissent la probabilité qu'une infraction pénale se réalise⁶⁶.

A. La rédaction du délit de prise illégale d'intérêt en 2013

Il s'agira ici de faire un état des lieux des règles applicables en 2013 qui condamnent le conflit d'intérêts. Le premier préalable est de rappeler que le conflit d'intérêt n'est pas une infraction pénale en soi. Toutefois, « *cette situation peut être incriminée, de manière indirecte, au titre du délit de prise illégale d'intérêts*⁶⁷ ». La prise illégale d'intérêt correspond ainsi à une manifestation du conflit d'intérêts. L'autre différence est à trouver au niveau du contrôle exercé par la personne intéressée. « *Le délit de prise illégale d'intérêts sanctionne le fait pour une personne d'avoir un intérêt propre dans une opération*

⁶⁶ NADAL, J-L, ancien président de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, *Le risque pénal dans les collectivités locales : quelles bonnes pratiques pour le prévenir ?* AJCT 2019, 16 mai 2019, p 217.

⁶⁷ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, *Guide déontologique 2021*, fiche n°9 *Les juges et le conflit d'intérêts*, p 105.

*dont le contrôle relève au moins partiellement de ce dernier.*⁶⁸ » Le conflit d'intérêts, en revanche, se concrétise à partir du moment où une personne dispose de deux intérêts.

Le délit prévu par le Code Pénal en son article 432-12 et 432-13 a fait récemment l'objet de modification dans sa rédaction. En 2013, le délit de prise illégale d'intérêts était défini ainsi : « *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, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.*⁶⁹ » Ce délit a vocation à prévenir les atteintes à la probité. En ce sens, il « *constitue un délit obstacle destiné à garantir l'impartialité de la personne investie d'un mandat électif public.*⁷⁰ » Il se fonde sur l'apparence et « *tend à prévenir d'éventuelles atteintes et à préserver l'image des agents et élus publics*⁷¹ » selon Maître Goutal. Les sanctions décrites à l'article 432-12 du Code pénal dans sa rédaction de 2013 sont « *d'une extrême sévérité, sans équivalent dans les pays comparables au nôtre*⁷² » selon Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État en 2018.

Ce délit se constitue dès lors qu'un élément matériel et un élément intentionnel sont réunis. L'élément matériel renvoie au statut de l'auteur des faits ainsi qu'aux pouvoirs de contrôle qu'il exerce. L'article 432-12 évoque ainsi « *les personnes dépositaires de l'autorité publique, ou chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public.* » De même, concernant l'exercice du contrôle par cette personne, le Code Pénal mentionne les « *missions de surveillance, d'administration, de liquidation*

⁶⁸ OLIVIER. C, magistrate, *Elus et agents face au risque pénal - La prise illégale d'intérêts : quels risques aujourd'hui pour les collectivités ?* AJCT 2014, 24 novembre 2014, p 534.

⁶⁹ Le délit de prise illégale d'intérêts a fait l'objet d'une nouvelle rédaction en 2013, puis en 2021. Nous nous intéresserons à cette nouvelle rédaction issue de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire dans la section seconde du chapitre deux du titre II.

⁷⁰ Banque des Territoires, Rapport *Conflits d'intérêts et délit de prise illégale d'intérêts*, mai 2016, p 5.

⁷¹ *Ibid* p 5.

⁷² Rapport d'information n°611 sur la déontologie des fonctionnaires et l'encadrement des conflits d'intérêts, présenté par M. Fabien Matras et M. Olivier Marleix, contribution écrite de M. Jean-Marc SAUVE, Commission des lois, Assemblée Nationale, 31 janvier 2018, p 14.

ou de paiement. » L'élément intentionnel renvoie à l'idée selon laquelle le délit doit être réalisé en connaissance de cause. Cela a été confirmé par la jurisprudence⁷³.

B. L'appréciation du délit de prise illégale d'intérêt par le juge pénal en 2013

La jurisprudence pénale sur la qualification du délit de prise illégale d'intérêt est sévère, le champ de l'incrimination étant appréhendé largement. Cette sévérité s'exprime à deux égards.

D'une part, le pouvoir d'administration et de surveillance des affaires de la collectivité donné aux exécutifs locaux, condition de l'élément matériel du délit, renvoie à de nombreuses situations selon le juge. Ainsi, une simple participation à une décision dans laquelle un agent a un intérêt est constitutive d'une prise illégale d'intérêts⁷⁴. D'autre part, l'intérêt moral sanctionnable est interprété largement par la jurisprudence pénale. Il peut s'agir d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect⁷⁵. La notion d'intérêt « *quelconque* » issue de la rédaction du délit de prise illégale d'intérêt en 2013 est floue et correspond à différentes natures d'intérêts. En effet, cette rédaction donne liberté au juge pour l'interpréter largement. De jurisprudence constante, la chambre criminelle considère que le délit de prise illégale d'intérêt se consomme par le seul abus de la fonction⁷⁶. Le juge pénal considère ainsi qu'il n'est pas nécessaire de démontrer une volonté frauduleuse pour caractériser le délit. En effet, si l'auteur a pris sciemment un intérêt dans une affaire dont il avait la surveillance, alors le délit est constitué quand bien même il aurait agi de bonne foi. En l'espèce, un élu de la ville de Bagneux avait voté des subventions à des associations qu'il présidait en application des statuts de ces dernières⁷⁷. La position de la chambre criminelle est donc très stricte. Dans l'affaire Ville de Bagneux, la Cour rappelle que la qualité d'élu lui impose de veiller à la parfaite neutralité des décisions⁷⁸. C'est ici que réside la difficulté

⁷³ Cass. Crim, 27 novembre 2002, 02-81.581, Bull. crim : « *L'intention coupable est caractérisée du seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit* ».

⁷⁴ Cass. Crim, 30 juin 1999, 98-84.734.

⁷⁵ Cass. Crim 5 novembre 1998 *Czmal*, 97-80.419, Bull. crim.

⁷⁶ Cass. Crim. 2 novembre 1961, Jean-Joseph : Bull. crim. n°438. Le délit de prise illégale d'intérêts « *se consomme par le seul abus de la fonction, indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel.* »

⁷⁷ Cass. Crim. 22 octobre 2008, 08-82.068, Bull. crim.

⁷⁸ PENAUD, S, Avocat associé SCP Krust-Penaud, *Prise illégale d'intérêts et collectivités territoriales : Les effets pervers d'une sévérité jurisprudentielle.* AJCT Dalloz, 16 Mai 2019, p 224.

posée par l'appréciation de l'élément intentionnel par le juge. Il est nécessaire de le démontrer, mais le juge accepte de qualifier un comportement de bonne foi, de prise illégale d'intérêt.

Concernant la prescription du délit, le juge considère que les faits sont prescrits à partir du moment où la personne a pris un intérêt dans l'affaire. L'article 432-1 du code pénal donne une autre lecture de la prescription dans la mesure où la prise d'intérêt peut être continue dans le temps. Dans ce cas-là, elle s'applique à partir du moment où cessent les faits. Cette vision extensive du délit fait ainsi peser un risque pénal non-négligeable sur les responsables publics locaux. Le déséquilibre créé par la prépondérance du régime répressif sur le régime préventif contribue à la persistance du risque pénal pour les individus travaillant en collectivités territoriales. L'existence de ce risque a abouti à la promulgation de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence dans la vie publique. L'enjeu est dès lors de développer un régime préventif en mesure de sécuriser la situation juridique des élus locaux et agents administratifs (Section II).

Section II - La construction d'une architecture institutionnelle solide en matière de prévention des conflits d'intérêts

L'ambition de la loi du 11 octobre 2013 de posséder un arsenal juridique opérationnel et efficace s'appuie en partie sur la nouvelle définition donnée au conflit d'intérêts (I). Cette définition, pour être opérationnelle, doit servir d'assise aux missions d'une nouvelle autorité administrative indépendante : la Haute Autorité pour la transparence dans la vie publique (II).

I. Une structure avec pour ciment la définition du conflit d'intérêts

Cette définition législative, novatrice, donne un cadre juridique général à la notion de conflit d'intérêts. De cette définition découle une obligation de prévention des conflits d'intérêts, pesant à la fois sur les élus et les agents publics.

A. Une définition législative large du conflit d'intérêts

La loi du 11 octobre 2013 en son article 2 définit pour la première fois le conflit d'intérêts. Il s'agit ici d'une nouveauté, car comme l'a souligné le rapport d'information de la commission des lois, le conflit d'intérêts n'était défini qu'à travers sa traduction pénale, autrement dit, le délit de prise illégale d'intérêts. Ce choix de définition ne s'est pas fait sans difficultés, les deux commissions ayant précédé sa rédaction n'étant pas unanimes. Le législateur, à travers la rédaction de cette définition, a affiché trois objectifs principaux : préserver l'intérêt général, empêcher tout enrichissement personnel et éviter toute suspicion⁷⁹. Au-delà de ces objectifs, définir permet également d'objectiver la notion de conflit d'intérêts qui, compte-tenu de sa persistance dans la vie quotidienne des acteurs publics locaux, doit être claire.

La commission Sauvé a donné une définition à la fois positive et négative du conflit d'intérêts. De manière positive, elle l'a ainsi défini : « *Un conflit d'intérêts est une situation d'interférence entre une*

⁷⁹ Rapport n° 1108 et 1109 sur le projet de loi organique et le projet de loi relatif à la transparence de la vie publique, présenté par M. Jean Jacques Urvoas, Commission des lois, Assemblée Nationale, 5 juin 2013, p 40.

*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*⁸⁰ ». De manière négative, elle exclut les conflits d'intérêts entre deux intérêts publics⁸¹.

C'est la définition de la Commission Jospin qui a été reprise par le législateur, qui inclut les conflits d'intérêts publics et privés ainsi que les conflits entre intérêts publics. Aussi, « *constitue un conflit d'intérêts toute 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* »⁸². L'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 donne donc une définition large du conflit d'intérêts sur laquelle il convient de revenir. Trois critères sont constitutifs d'un conflit d'intérêts : la présence d'un intérêt, son interférence dans l'exercice d'une fonction publique et la nature de cette interférence qui doit « *influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* »⁸³ et peut être matérielle, géographique ou temporelle.

Il s'agit ici d'une profonde nouveauté, car cette nouvelle définition prend en compte les possibles conflits entre intérêts publics. La réticence à admettre la présence d'une collision d'intérêts publics a longtemps influencé l'action du législateur. Mais comme le souligne Michel Pinault, l'intérêt public n'a pas vocation à être unique. « *C'est qu'en effet l'intérêt général n'est pas un, il se décline. Vu d'une commune, il peut différer profondément de l'intérêt général tel que perçu au niveau d'un département ou d'une région* »⁸⁴. L'existence de plusieurs intérêts au sein de la sphère publique locale a amené le législateur à s'en préoccuper afin de prévenir la survenance d'une collision. Cette définition vise également à rendre objective la notion. En effet, elle revêt un caractère subjectif dans la mesure où

⁸⁰ Rapport « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dite *Commission Sauvé*, initiée par le décret n° 2010-1072 du 10 septembre 2010, p 19.

⁸¹ Ibid « *Ne peuvent être regardés comme de nature à susciter des conflits d'intérêts, les intérêts en cause dans les décisions de portée générale, les intérêts qui se rattachent à une vaste catégorie de personnes, ainsi que ceux qui touchent à la rémunération ou aux avantages sociaux d'une personne concourant à l'exercice d'une mission de service public.* » p 19.

⁸² Rapport « Pour un renouveau démocratique », Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique dite *Commission Jospin*, initiée par le décret n° 2012-875 du 16 juillet 2012, p 84.

⁸³ Article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiée au JORF n° 0238 du 12 octobre 2013.

⁸⁴ PINAULT.M, membre du Conseil Constitutionnel, « *Conflits d'intérêts : glaive ou boomerang ?* », *Pouvoirs*, 2013 n°147, p. 35-36.

l'appréciation de la présence d'un intérêt et de la collision entre plusieurs intérêts, peut relever d'une appréciation personnelle.

De même, cette définition se fonde en partie sur la théorie des apparences en admettant qu'un intérêt « *de nature à influencer ou à paraître influencer* » l'exercice de fonctions publiques, puisse être constitutif d'un conflit d'intérêts. Autrement dit, l'un des critères cumulatifs du conflit d'intérêt est la présomption d'une collision d'un intérêt avec un autre intérêt. L'application de la théorie des apparences vise ici à éviter toute suspicion vis-à-vis de l'action publique. C'est ce que souligne Julie Benetti : « *La prise en compte de ces cas de conflits apparents est révélatrice de la volonté du législateur de répondre au sentiment de défiance envers les institutions et ceux qui les incarnent. Il ne s'agit pas seulement de lutter contre les conflits d'intérêts caractérisés, mais contre la suspicion même de leur existence*⁸⁵ ». Toutefois, s'en tenir à des apparences peut compromettre les situations juridiques des individus. Aussi, l'impératif de sécurité juridique n'est pas mis de côté puisque dans le même temps, le législateur s'attache à définir le conflit d'intérêts et les situations auxquelles il renvoie. Cette définition, équilibrée, car ni trop précise, ni trop large, répond à ce double objectif : écarter la suspicion et sécuriser les situations juridiques des individus. Enfin, c'est aussi un signal à destination des acteurs de la vie publique locale, de la nécessité d'un changement de pratique.

De cette définition sont nées de nouvelles obligations sur les agents territoriaux et les élus locaux. Celles-ci renforcent le système de prévention des conflits d'intérêts en France.

B. Une nouvelle obligation de prévention des conflits d'intérêts

La première obligation en lien avec la transparence dans la vie publique locale a été instituée par la loi du 11 mars 1988, instituant la Commission pour la transparence financière de la vie politique. En son article 2, elle exigeait de certains élus locaux, après leur entrée en fonction, qu'ils adressent à la Commission une déclaration de situation patrimoniale⁸⁶.

⁸⁵ BENETTI, J., Professeure de droit public à l'université de Reims Champagne-Ardenne, membre de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, *Les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique : Du remède au trouble*, AJDA, 27 janvier 2014, p 157.

⁸⁶ Article 2 de la loi du 11 mars 1988 « *Le titulaire d'un mandat de représentant français au Parlement européen, d'une fonction de président de conseil régional, d'un département, de Mayotte ou de Saint-Pierre-et-Miquelon, de président de l'Assemblée de*

Lacunaire, cette simple obligation a été remplacée par une obligation plus large de prévention des conflits d'intérêts, socle de la loi du 11 octobre 2013 et de la mission de la Haute Autorité. Au contrôle de l'enrichissement des élus et agents publics durant leur mission, s'ajoute le contrôle de la présence d'intérêts en amont afin de contrecarrer la survenance de collision. Cet objectif de lutte contre les conflits d'intérêts a guidé la rédaction de cette loi, comme le soulignent Maîtres Dyens et Goutal : « Vecteur d'impartialité et de neutralité des décisions publiques, la prévention des conflits d'intérêts est devenue une des conditions d'exécution des mandats électifs et des fonctions publiques les plus sujets à préoccupation⁸⁷ ». En effet, l'action publique locale peut faire l'objet de suspicion, au même titre que l'action publique de manière générale. Ainsi, la prévention des conflits d'intérêts, « sans devenir une finalité de l'action publique, doit être la préoccupation quotidienne des personnes exerçant de telles fonctions⁸⁸ ».

L'obligation de prévention des conflits d'intérêts, a une portée générale et s'impose à tous les agents territoriaux et élus locaux « quel que soit leur rang, quelle que soit leur responsabilité ou quel que soit leur statut⁸⁹ ». Cette obligation est formalisée à l'article 1^{er} de la loi du 11 octobre 2013 qui dispose ainsi que « les membres du Gouvernement, les personnes titulaires d'un mandat électif local ainsi que celles chargées d'une mission de service public exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. » Cette obligation n'est pas sans lien avec les principes cardinaux de la fonction publique : dignité, probité et intégrité.

Pour les fonctions les plus à risque, d'autres obligations doivent être respectées. Celles-ci peuvent être divisées entre les obligations de faire et les obligations de ne pas faire. Parmi les obligations positives, pèse sur les élus locaux et certains cadres territoriaux une obligation préventive de déclaration

Corse, de président du conseil exécutif de Corse, de président d'une assemblée territoriale d'outre-mer, de président de conseil général, de président élu d'un exécutif d'un territoire d'outre-mer, de maire d'une commune de plus de 30 000 habitants ou de président élu d'un groupement de communes doté d'une fiscalité propre dont la population excède 30 000 habitants adresse, dans les deux mois qui suivent son entrée en fonction, au président de la commission prévue à l'article 3 de la présente loi une déclaration de situation patrimoniale établie dans les conditions prévues à l'article L. O. 135-1 du code électoral. »

⁸⁷ DYENS. S, GOUTTAL. Y, tous les deux avocats associés au Cabinet GOUTAL, ALIBERT et ASSOCIES, *Agir en toute transparence dans la vie publique locale*, 1ere édition, Dalloz, p 17.

⁸⁸ *Ibid* p 17.

⁸⁹ *Ibid* p 17.

d'intérêts et de situation patrimoniale⁹⁰. En outre, les élus locaux sont soumis à une obligation d'information lorsqu'ils pensent être en situation de conflits d'intérêts⁹¹. En ce qui concerne les obligations de ne pas faire et qui ont vocation à faire cesser les conflits d'intérêts, les élus doivent se déporter et s'abstenir de siéger à certaines délibérations⁹². Pour les cadres territoriaux, s'ils pensent se trouver en situation de conflits d'intérêts, quatre obligations s'attachent à leur statut : une obligation de saisine du supérieur hiérarchique, une obligation d'abstention en cas de délégation de signature, une obligation de ne pas siéger et de ne pas délibérer voire une obligation de déport. Le législateur y définit également les sanctions qui s'attachent au non-respect de l'obligation de prévention des conflits d'intérêts prévue à l'article 1 de la loi du 11 octobre 2013.

La définition du conflit d'intérêts et les obligations s'y attachant constituent deux nouveaux outils pour prévenir la survenance de conflits d'intérêts. Pour éviter que cette définition ne reste une coquille vide, la loi du 11 octobre 2013 s'applique à créer une autorité en charge de cette mission. L'optique envisagée est celle d'externaliser le contrôle, à un organe indépendant du pouvoir politique et de l'Administration (Section II).

II. Une structure avec pour fondations le statut d'une autorité administrative indépendante

« La législation sur la transparence de la vie publique (déclarations de patrimoine et d'intérêts et prévention des conflits d'intérêts) n'aurait aucune utilité s'il n'existait pas un organisme de contrôle permettant d'assurer son respect⁹³ ». C'est dans ces termes que résume, en 2015, David Biroste, la création de la Haute autorité en 2013, nouvelle autorité administrative indépendante. D'une part, ce

⁹⁰ Nous nous intéresserons particulièrement au contenu de cette déclaration dans la seconde section du second chapitre du titre I.

⁹¹ Article 6 du Décret n° 2014-90 du 31 janvier 2014 portant application de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

⁹² Article 5 du Décret n° 2014-90 du 31 janvier 2014 portant application de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

⁹³ BIROSTE.D, Secrétaire Général à la Région Ile de France, *La HATVP : l'autorité de contrôle de la transparence de la vie publique*, LPA 2015, n° 145, p 7.

statut apporte des garanties d'indépendance. D'autre part, ce statut implique l'affectation de nouveaux moyens, plus importants, pour mener à bien la mission de prévention des conflits d'intérêts.

A. Un statut donnant des garanties d'indépendance

La proposition 33 du rapport de la Commission Jospin recommande la création d'une autorité administrative indépendante.⁹⁴ L'externalisation de ce contrôle, vise à faire en sorte « *que la question de la prévention des conflits d'intérêts échappe au confort de « l'entre-soi » pour relever, en liaison avec les déontologues des différentes institutions concernées, d'une structure extérieure et indépendante aux intérêts concernés.* »⁹⁵ La prédécesseuse de la Haute Autorité, la Commission pour la transparence financière de la vie politique, ne disposait pas de ce statut d'autorité administrative indépendante. Sa compétence était limitée au contrôle des déclarations patrimoniales des élus et membres du gouvernement. Bien que ses moyens aient été renforcés en 2011⁹⁶, cela n'a pas suffi à exercer pleinement son contrôle. De plus, la Commission souffrait d'un manque de visibilité dans le paysage des institutions françaises. Ce défaut de visibilité a été, en partie, comblé en attribuant le statut d'autorité administrative indépendante à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique. En ce sens, la Haute Autorité se rattache à l'administration de l'État, mais ne relève pas du pouvoir législatif, ni de l'autorité judiciaire. L'objectif ici, en lui donnant ce statut, est de lui apporter une visibilité, institutionnelle et médiatique.

L'autre intérêt lié à ce statut réside dans les garanties d'indépendance apportées au travail de l'autorité. Ces garanties se retrouvent autant au niveau de la durée du mandat, qu'au niveau des incompatibilités

⁹⁴ Rapport « Pour un renouveau démocratique », Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique dite *Commission Jospin*, initiée par le décret n° 2012-875 du 16 juillet 2012, p 103.

⁹⁵ BENETTIJ, Professeure de droit public à l'université de Reims Champagne-Ardenne, membre de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, *Les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique : Du remède au trouble*, AJDA, 27 janvier 2014, p 157.

⁹⁶ Article 2 de la loi organique n° 2011-410 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et sénateurs « *Art. LO 135-3.-La Commission pour la transparence financière de la vie politique peut demander à un député une communication des déclarations qu'il a souscrites en application des articles 170 à 175 A du code général des impôts et, le cas échéant, en application de l'article 885 W du même code. A défaut de communication dans un délai de deux mois des déclarations mentionnées au premier alinéa, la commission peut demander à l'administration fiscale copie de ces mêmes déclarations.* »

propres au mandat de membre de la Haute Autorité. L'article 19 de la loi du 11 octobre 2013 précise ainsi qu'il s'agit d'un mandat d'une durée de six ans, non-renouvelable, ce qui permet d'exercer la mission de manière impartiale. De même, un membre de la Haute Autorité ne peut pas exercer d'autres missions⁹⁷. « *Dans l'exercice de leurs attributions, les membres de la Haute Autorité ne reçoivent et ne sollicitent d'instruction d'aucune autorité. Les membres de la Haute Autorité ne prennent, à titre personnel, aucune position publique préjudiciable au bon fonctionnement de la Haute Autorité*⁹⁸ ». Cette exigence de discrétion contribue à renforcer son indépendance.

Les membres nommés au collège de la Haute Autorité confirment également l'indépendance d'esprit de l'institution, et ce compte-tenu de leur fonction. En effet, parmi ses membres, l'on compte : « *Le vice-président du Conseil d'Etat parmi les membres, en activité ou honoraires, du Conseil d'Etat et du corps des conseillers de tribunaux administratifs et cours administratives d'appel ; le premier président de la Cour de cassation parmi les magistrats, en activité ou honoraires, de la Cour de cassation et des cours et tribunaux ; le premier président de la Cour des comptes parmi les magistrats, en activité ou honoraires, de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes*⁹⁹ ». L'attribution de ces fonctions à des membres des hautes juridictions françaises donne un « *gage d'indépendance* » à la Haute Autorité selon les termes du rapporteur de la loi du 11 octobre 2013¹⁰⁰. Son président est nommé par le Président de la République. Les membres des hautes juridictions sont élus par leurs pairs. En revanche, les membres qualifiés sont nommés par une des autorités de nomination déterminées par la loi¹⁰¹. En outre, les membres d'une autorité administrative indépendante sont, eux aussi, soumis à l'obligation de prévention des conflits d'intérêts à travers le dépôt d'une déclaration d'intérêts et de situation

⁹⁷ L'article 19 loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique dispose que « *Le mandat des membres de la Haute Autorité est incompatible avec toute autre fonction ou tout autre mandat dont les titulaires sont assujettis aux obligations déclaratives prévues aux articles 4 et n de la présente loi.* »

⁹⁸ Article 19 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiée au JORF n°0238 du 12 octobre 2013.

⁹⁹ Article 19 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiée au JORF n°0238 du 12 octobre 2013. L'article est ici retranscrit dans sa rédaction en vigueur de 2013 à 2017.

¹⁰⁰ Commission des lois, Assemblée Nationale, Rapport n° 1108 et 1109 sur le projet de loi organique et le projet de loi, relatif à la transparence de la vie publique, présenté par M. Jean Jacques Urvoas, 5 juin 2013, p 254.

¹⁰¹ Il s'agit du Président de l'Assemblée Nationale, du Président du Sénat et de membres du Gouvernement en vertu de l'article 19 de loi du 11 octobre relative à la transparence de la vie publique.

patrimoniale¹⁰². Ainsi, ses membres sont soumis aux mêmes règles déontologiques qu'ils appliquent. Indépendance et transparence donnent du crédit à l'action de l'institution, pour mener à bien ses missions.

L'exercice de ces dernières est aussi rendu possible grâce au renforcement des moyens dédiés à la Haute Autorité.

B. Un statut renforçant les moyens de fonctionnement

Le bilan du travail de la Commission pour la transparence financière de la vie politique a pu apparaître comme décevant. Toutefois, il convient de rappeler que les moyens de fonctionnement mis à sa disposition pour faire face au flux de demandes étaient faibles. En effet, l'association Transparency considère que « *les moyens matériels, financiers et humains (numériquement parlant) mis à disposition de ces deux organismes paraissent dérisoires, leurs membres actuels tentant néanmoins de travailler dans une grande indépendance d'esprit* »¹⁰³. Elle accorde ainsi, à l'ancienne Commission, la note de 25 sur 100 en matière de ressources et la note de 75 en matière d'indépendance aussi bien sur le plan légal qu'en pratique.¹⁰⁴ L'on comprend donc que le législateur, à travers la rédaction de la loi du 11 octobre 2013, s'est concentré sur le renforcement des moyens de la Haute autorité.

La loi du 11 octobre 2013 précise que la Haute Autorité rédige un règlement intérieur précisant son choix d'organisation interne.¹⁰⁵ Aussi, l'article 23 du règlement de la Haute Autorité qui s'intéresse au budget de l'institution, dispose que « *Le président informe, chaque trimestre, le collège de l'exécution du budget de l'année en cours et lui communique les résultats de l'exécution de celui de l'année écoulée. Il arrête le projet de budget de l'année suivante après : avoir recueilli l'avis du collège.* » L'article 7 du décret n° 2013-1204 du 23 décembre 2013 relatif à l'organisation et au fonctionnement de la Haute Autorité

¹⁰² Article 11 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiée au JORF n° 0238 du 12 octobre 2013.

¹⁰³ Transparency International France, *Système national d'intégrité. Le dispositif français de transparence et d'intégrité de la vie publique et économique*, 2012, p. 154.

¹⁰⁴ *Ibid* p 154.

¹⁰⁵ L'article 19 loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique dispose que « *Le règlement intérieur de la Haute Autorité précise les règles de procédure applicables devant elle.* »

pour la transparence de la vie publique dispose que « *Le président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique a autorité sur le personnel. Il est ordonnateur des recettes et des dépenses de la haute autorité.* » Cette indépendance fonctionnelle n'implique pas de contrôle d'une autorité étatique *ex ante* de l'utilisation des ressources budgétaires. Toutefois, la Haute autorité ne dispose pas de budget propre, puisque celui-ci est en lien avec un ministère. Parmi ses moyens, l'on trouve plus de moyens humains avec des agents en charge de traiter les demandes de contrôle. Ainsi, en 2014, la Haute autorité était dotée de quinze agents en plus des membres du collège¹⁰⁶. En outre, elle dispose d'une autonomie financière avec un budget, fixé par la loi de finances, de 3 millions d'euros contre 600.000 euros pour la Commission pour la transparence financière de la vie politique¹⁰⁷. Cette hausse du budget est apparue nécessaire pour traiter les nouvelles demandes liées au nouveau contrôle de déclarations d'intérêts, compétence que la Commission ne possédait pas.

La création de la Haute autorité comme autorité administrative indépendante s'inscrit dans la volonté du législateur d'externaliser le contrôle de la survenance des conflits d'intérêts. Dans un second chapitre, l'on s'intéressera à la nature des pouvoirs dont disposent la Haute Autorité pour mener à bien la mission de prévention de conflits d'intérêts en collectivités territoriales (Chapitre II).

¹⁰⁶ Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, *Rapport d'activité*, 2019, p 25.

¹⁰⁷ *Ibid* p 25.

Chapitre II - L'attribution de pouvoirs limités en matière de prévention des conflits d'intérêts en collectivités territoriales

La Haute Autorité se voit attribuer une mission en amont de la survenance du conflit d'intérêts. Le conseil déontologique participe au changement de pratiques en collectivités territoriales, notamment. À ce volet de conseil s'ajoute la mission de contrôle qui permet de rendre effective l'obligation de prévention de conflit d'intérêts. Celle-ci s'appuie sur la nouvelle définition du conflit d'intérêts donnée par la loi du 11 octobre 2013 à travers un nouveau dispositif : la déclaration d'intérêts (Section I).

Toutefois, ces nouveaux moyens, dont est dotée la Haute Autorité pour faire respecter cette obligation, apparaissent limités. Les objectifs de la loi du 11 octobre 2013 sont ambitieux et poussent la Haute Autorité à utiliser la publicité comme moyen d'influence auprès des acteurs de la vie publique locale (Section II).

Section I - Une véritable mission de prévention des conflits d'intérêts

La loi du 11 octobre 2013 acte la création de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Elle la dote de pouvoirs nouveaux, tout en délimitant sa mission de prévention des conflits d'intérêts. Cette mission de prévention des conflits d'intérêts, réfléchie comme telle en 2013, s'articule autour de deux axes : le conseil (I) et le contrôle (II).

I. Une mission de conseil pour neutraliser le risque de conflits d'intérêts

La loi du 11 octobre 2013 marque le début de la mission de conseil de la Haute Autorité. Cette mission va se développer en 2016 à travers la figure du déontologue. La loi du 11 octobre 2013 initie le mouvement en dessinant les contours de ce que l'on pourra par la suite qualifier de culture déontologique. Cette mission de conseil, essentielle à la prévention des conflits d'intérêts, vise à accompagner les acteurs publics locaux vers des pratiques plus déontologiques.

A. Les prémices d'une diffusion de la culture déontologique

Bien que le droit au conseil déontologique ne fasse pas l'objet d'une reconnaissance plus forte dans la loi du 11 octobre 2013¹⁰⁸, deux possibilités de conseil sont tout de même offertes aux déclarants. D'une part, la saisine pour rendre un avis déontologique privé¹⁰⁹, ces avis pouvant être demandés par des individus ou des institutions¹¹⁰. D'autre part, la saisine pour rendre des recommandations de portée générale à destination des administrations¹¹¹.

Les attributions de la Commission pour la transparence financière de la vie politique n'englobaient pas une mission de conseil à destination des personnes dont elle contrôlait le patrimoine, celles-ci répondant « *d'avantage à un objectif de lutte contre la corruption qu'à un objectif de prévention des conflits d'intérêts* »¹¹². Cette idée de conseil déontologique trouve sa source dans les propositions réalisées par la Commission Sauvé. En effet, l'ambition affichée par la Commission est celle de créer une « *Autorité de déontologie de la vie publique* » qui serait le résultat de la fusion de la Commission pour la transparence financière de la vie politique et Commission de déontologie.¹¹³ Celle-ci rendrait des avis à la demande des acteurs de la vie publique locale par exemple. Cette Autorité de déontologie de la vie publique serait suppléée, dans ces missions, par un réseau de déontologues. Ces derniers

¹⁰⁸ La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires consacre un droit statutaire au référent déontologie au sein des administrations.

¹⁰⁹ Article 20, alinéa 3 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiée au JORF n° 0238 du 12 octobre 2013 et alinéa 5 de la loi du 11 octobre 2013.

¹¹⁰ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Rapport d'activité 2015 : « *La Haute Autorité accepte également de délivrer des avis à des institutions, dès lors que les dirigeants de ces institutions entrent eux-mêmes dans le champ des lois relatives à la transparence de la vie publique.* », p 96.

¹¹¹ Article 20, alinéa 5 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiée au JORF n° 0238 du 12 octobre 2013 et alinéa 5 de la loi du 11 octobre 2013.

¹¹² Rapport « Pour un renouveau démocratique », Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique dite *Commission Jospin*, initiée par le décret n° 2012-875 du 16 juillet 2012, p 88.

¹¹³ Rapport « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dite *Commission Sauvé*, initiée par le décret n° 2010-1072 du 10 septembre 2010, p 91 : « *Aussi est-il proposé d'articuler la prévention des conflits d'intérêts autour d'une Autorité de déontologie de la vie publique, qui reprendrait les missions des actuelles Commission pour la transparence financière de la vie politique et Commission de déontologie, auxquelles s'ajouteraient les missions de prévention des conflits d'intérêts dans la sphère publique.* »

« propres à chaque institution ou organisme seraient l'échelon "de droit commun" d'aide à la décision, de conseil et de prévention en matière de déontologie et de conflits d'intérêts¹¹⁴ ».

Le législateur, en 2013, reprend seulement en partie ces préconisations pour la Haute Autorité puisque d'une part, aucun lien organique entre les déontologues et la Haute Autorité n'est consacré et d'autre part, la Commission pour la déontologie de la fonction publique ne fusionne pas avec la Haute Autorité, nouvellement créée. À travers ce refus de consacrer un réseau décentralisé de déontologues et une autorité centrale de contrôle, le législateur a ainsi voulu éviter une divergence de doctrine entre les déontologues présents en collectivités territoriales et les agents de la Haute Autorité¹¹⁵. Aussi, « deux nouvelles tâches de conseil sont confiées à la Haute autorité : – une mission de conseil confidentiel, en particulier sur des questions de déontologie posées par les personnes assujetties aux obligations de déclaration ; – une mission de recommandation et de définition de lignes directrices publiques en matière de déontologie¹¹⁶ ».

Le choix de rendre ces avis confidentiels a pu faire l'objet de débat au moment des travaux en commission. Le député Paul Molac demandait ainsi une publication de ces avis, car selon lui, il est « important que la Haute autorité puisse publier une synthèse de ses avis si elle l'estime nécessaire, afin de permettre une prévention d'éventuels conflits d'intérêts. Cette publication devra respecter le secret des données personnelles et la confidentialité nécessaire à la saisine¹¹⁷ ». Cette demande a été rejetée compte tenu de l'obligation pour la Haute Autorité de publier un rapport annuel qui contribue à la mise en œuvre d'une stratégie globale de prévention des conflits d'intérêts¹¹⁸. Il s'agit ici des recommandations

¹¹⁴ *Ibid* p 93.

¹¹⁵ Commission des lois, Assemblée Nationale, Rapport n° 1108 et 1109 sur le projet de loi organique et le projet de loi, relatif à la transparence de la vie publique, présenté par M. Jean Jacques Urvoas, 5 juin 2013, p 261. « En outre, il conviendrait de parer l'émergence de deux jurisprudences distinctes – l'une émanant de la HATVP, l'autre des déontologues particuliers – ce qui pourrait plutôt conduire à une certaine confusion qu'à la diffusion d'une culture de la déontologie, telle que la Commission Sauvée appelait de ses vœux. »

¹¹⁶ *Ibid* p 260.

¹¹⁷ *Ibid* p 264.

¹¹⁸ *Ibid* p 265.

faites par la Haute Autorité. C'est seulement à partir de 2019 qu'elle commence à en réaliser¹¹⁹, ce premier guide marquant le début de la diffusion de la doctrine de la Haute Autorité¹²⁰.

Le législateur, par la rédaction de l'article 20 de la loi du 11 octobre, commence seulement à dessiner les prémices de ce qui va être par la suite qualifiée de « *culture de la déontologie* ». L'article 20 ouvre la voie au développement d'un réflexe déontologique et donc de questionnement de la part des acteurs de la vie publique locale. En effet, les deux premières années d'exercice de la Haute Autorité sont marquées par l'examen de seulement vingt-trois demandes d'avis¹²¹.

B. Une logique d'accompagnement des acteurs de la vie publique locale

Le conseil vise à guider les agents publics et élus en délimitant, en amont, les potentielles situations de conflit d'intérêts. La Haute Autorité accompagne ainsi les acteurs de la vie publique locale vers des pratiques déontologiques. Néanmoins, il ne s'agit pas d'une autorité déontologique en tant que telle, comme souhaitée par la Commission Sauvé. Le contrôle de la Haute Autorité s'interrompt au moment où le signalement est réalisé auprès du Procureur de la République qui décide ou non de poursuivre le déclarant.

L'avis déontologique privé est rendu dans le cas où un doute sérieux persisterait dans l'appréciation d'un conflit d'intérêts. La Haute Autorité « *répond aux demandes d'avis des personnes mentionnées au 1^o du présent I sur les questions d'ordre déontologique qu'elles rencontrent dans l'exercice de leur mandat ou de leurs fonctions. Ces avis, ainsi que les documents sur la base desquels ils sont rendus, ne sont pas rendus publics.* »¹²² Parmi les personnes de la sphère publique locale habilitées à saisir la Haute Autorité, l'on compte les individus soumis à la déclaration d'intérêt comme, par exemple, les chefs d'exécutifs locaux en vertu des articles 11 et 20 de la loi du 11 octobre 2013.

¹¹⁹ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, *Guide déontologique : Manuel à l'usage des responsables publics et des référents déontologues*, 2019.

¹²⁰ Nous développerons cet aspect plus en détail dans la première section du second chapitre du titre II.

¹²¹ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Rapport d'activité 2015, p 96.

¹²² Article 20, alinéa 5 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiée au JORF n°0238 du 12 octobre 2013.

Dans son rapport d'activité de l'année 2015, la Haute Autorité détaille l'analyse des risques et la portée de l'avis rendu. À travers cet examen, elle s'intéresse à la fois au risque pénal, c'est-à-dire à la potentielle commission du délit de prise illégale d'intérêts, mais également au risque de réalisation d'un conflit d'intérêts. Dans l'analyse du risque déontologique, la Haute Autorité rédige des recommandations pour changer de pratiques. « *Si ces recommandations n'ont pas de portée obligatoire, ne pas les respecter peut donner lieu, lorsqu'une situation de conflit d'intérêts en résulte, à une auto-saisine de la Haute Autorité et à une injonction de faire cesser cette situation*¹²³ » en vertu du 2° de l'article 20 de la loi du 11 octobre 2013.

En donnant cette possibilité aux exécutifs locaux de saisir la Haute Autorité, le législateur affiche sa volonté de responsabiliser les élus locaux aux questions de déontologie. Désormais, il leur appartient de saisir cette opportunité de conseil afin d'améliorer les pratiques en collectivités. À titre d'exemple, un responsable public qui exerce en parallèle de son mandat la profession d'avocat peut se trouver potentiellement en situation de conflit d'intérêts. À travers l'avis déontologique, la Haute Autorité lui conseillera ainsi de ne pas représenter d'entreprises qui auraient un lien avec sa collectivité afin d'éviter qu'un intérêt public n'interfère avec un intérêt privé¹²⁴.

Cet accompagnement des acteurs de la vie publique locale se retrouve au moment du contrôle effectif de l'absence de conflit d'intérêts à travers l'analyse des déclarations d'intérêts (II).

II. Une mission de contrôle pour révéler les conflits d'intérêts

La Haute Autorité identifie la présence ou non de conflits d'intérêts à travers la déclaration d'intérêts. Il s'agit ici d'un contrôle qui s'appuie sur une déclaration d'intérêts et peut faire l'objet de sanction s'il n'est pas respecté. Une méthode d'analyse du conflit d'intérêts, avec pour boussole la définition du conflit d'intérêts de l'article 2, est utilisée afin d'identifier tous les risques de collision possible, notamment dans la sphère publique locale.

¹²³ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Rapport d'activité 2015, p 98.

¹²⁴ *Ibid* p 98.

A. La déclaration d'intérêts : support du contrôle de la Haute Autorité

Auparavant purement déclaratives, les déclarations de patrimoine font désormais l'objet d'un contrôle opéré par une autorité administrative indépendante¹²⁵. La loi du 11 octobre 2013 marque un changement de paradigme fort en donnant compétence à la Haute Autorité pour contrôler les déclarations d'intérêts et de situations patrimoniales. Celle-ci doit ainsi vérifier les caractères exhaustif, sincère et exact de la déclaration de situation patrimoniale. Le contrôle vise à vérifier qu'aucun enrichissement anormal n'a eu lieu durant la prise de fonction ou la durée du mandat. Dans le cadre de sa mission de prévention des conflits d'intérêts, la déclaration d'intérêt est le support sur lequel la Haute Autorité s'appuie pour mener à bien cette mission. Cette déclaration diffère donc de l'objectif poursuivi par la déclaration de situation patrimoniale, même si leur contrôle est réalisé de manière conjointe, « *les deux déclarations s'éclairant mutuellement* ».¹²⁶

S'agissant du contenu de la déclaration d'intérêts, celle-ci est soumise à un formalisme particulier, détaillé dans le décret du 23 décembre 2013¹²⁷. La déclaration d'intérêts a vocation à faire « *apparaître les différents intérêts présentés par la déclaration à la date de la nomination ou de son élection et dans les cinq ans précédant cette date*¹²⁸ ». La Haute Autorité précise qu'« *elle doit également les (agents publics et élus) inciter à opérer un questionnement déontologique sur leur situation personnelle*¹²⁹ ». Parmi les acteurs de la vie publique locale soumis à l'obligation d'intérêts, l'on trouve : les exécutifs locaux ; les titulaires de délégations de fonctions ou de signatures attribuées par un exécutif de plein exercice ; les directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinet des autorités exécutives¹³⁰.

¹²⁵ Rapport « Pour un renouveau démocratique », Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique dite *Commission Jospin*, initiée par le décret n° 2012-875 du 16 juillet 2012, Proposition n°21, p 88-89.

¹²⁶ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Rapport d'activité 2015, p 83.

¹²⁷ Décret n° 2013-1212 du 23 décembre 2013 relatif aux déclarations de situation patrimoniale et déclarations d'intérêts adressées à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique publié au JORF n°0300 du 27 décembre 2013.

¹²⁸ DYENS. S, GOUTTAL. Y, tous les deux avocats associés au Cabinet GOUTAL, ALIBERT et ASSOCIES, *Agir en toute transparence dans la vie publique locale*, 1ere édition, Dalloz, p 194.

¹²⁹ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Guide déontologique II, *Contrôle et prévention des conflits d'intérêts*, 2021, p 59.

¹³⁰ Article 11 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiée au JORF n°0238 du 12 octobre 2013.

Au total, il s'agit de plus de 15 000 responsables publics qui sont soumis à cette déclaration d'intérêts¹³¹.

Le déclarant doit détailler dans un premier temps ses mandats ou ses fonctions. De même, la déclaration doit faire apparaître « *les activités professionnelles donnant lieu à rémunération ou gratification exercées à la date de l'élection ou de la nomination ou au cours des cinq dernières années précédant la déclaration*¹³² ». En outre, il doit préciser « *les activités de consultant, (...) la participation aux organes dirigeants d'un organisme public ou privé ou d'une société, (...) les participations financières directes dans le capital d'une société, (...) les fonctions bénévoles susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts*¹³³ ». Les activités professionnelles du conjoint ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin à la date de la nomination ou du mandat, doivent également être notées dans cette déclaration¹³⁴. Ces déclarations peuvent être mises à jour en faisant l'objet de modifications¹³⁵.

La Haute Autorité dispose de moyens propres pour mener à bien le contrôle des déclarations d'intérêts. Elle peut ainsi exiger des déclarants des « *explications ou tout document nécessaire à l'exercice de ses missions*¹³⁶ ». De même, « *elle peut entendre ou consulter toute personne dont le concours lui paraît utile.* » Ainsi, pour ses premières années d'exercice la Haute Autorité rappelle que « *l'examen des déclarations d'intérêts a donné lieu à des prises de contact avec ceux présentant des risques de conflit d'intérêts ou étant susceptibles d'avoir omis des intérêts. Lorsque des intérêts avaient été omis, la plupart des déclarants a adressé à la Haute Autorité, après échanges avec cette dernière, une déclaration modificative*¹³⁷ ». Cette première année d'activité a été marquée par l'envoi de soixante et onze courriers aux maires et élus régionaux soumis à cette obligation pour exiger des informations supplémentaires à la suite de l'examen de leur déclaration d'intérêts¹³⁸.

¹³¹ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Guide déontologique II, *Contrôle et prévention des conflits d'intérêts*, 2021, p 59.

¹³² Annexe 3 du décret n° 2013-1212 du 23 décembre 2013.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Article 2 du décret n° 2013-1212 du 23 décembre 2013.

¹³⁶ Article 20 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiée au JORF n°0238 du 12 octobre 2013, dans sa rédaction initiale.

¹³⁷ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Rapport d'activité 2015, p 81.

¹³⁸ *Ibid* p 82.

Les obligations des déclarations d'intérêts permettent d'objectiver les intérêts du responsable soumis à cette obligation. La première observation réalisée par la Haute Autorité est celle de la présence ou non de toutes les informations exigées par ces déclarations. Elle peut ainsi exiger du déclarant qu'il donne des informations supplémentaires en cas de déclaration incomplète, ce dernier disposant d'un délai d'un mois pour réparer cette erreur.

B. L'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 : boussole du contrôle de la présence de conflits d'intérêts

D'une part, l'obligation de prévention des conflits d'intérêts pesant sur les agents publics et les élus locaux, prévue à l'article 1 de la loi du 11 octobre 2013 et d'autre part, la définition du conflit d'intérêts issue de l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013, constituent les normes de référence du contrôle de la Haute Autorité. En effet, à travers les déclarations d'intérêts, elle veille à identifier des situations de conflits d'intérêts. L'article 20 de la loi du 11 octobre 2013 dispose que la Haute Autorité « *se prononce sur les situations pouvant constituer un conflit d'intérêts, au sens de l'article 2, dans lesquelles peuvent se trouver les personnes mentionnées aux articles 4 et 11 et, le cas échéant, leur enjoint d'y mettre fin dans les conditions prévues à l'article 10.* »

La méthode suivie par la Haute Autorité pour déterminer la présence de conflits d'intérêts n'est pas directement énoncée par la loi du 11 octobre 2013. Elle repose, en partie, sur les indications des Commissions Sauvè et Jospin, traduites sur le plan législatif par l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 qui définit le conflit d'intérêts. Cette méthode est énoncée pour la première fois dans son rapport d'activité de 2015. Aussi, elle cherche à identifier la présence d'un intérêt, l'existence d'une interférence entre l'intérêt détenu et l'existence d'un doute sur la capacité du déclarant à exercer ses fonctions de manière objective, indépendante et impartiale¹³⁹. La Haute Autorité considère ainsi que l'activité professionnelle exercée par un conjoint ou un concubin constitue un intérêt moral. Dès lors que cet intérêt moral, qui entre dans le champ de compétence de l'élu, crée un doute sur le bon exercice des fonctions publiques de la part de l'élu, en concubinage, alors il s'agira d'un conflit d'intérêts. Comme le souligne la Haute Autorité, cette interférence peut revêtir un caractère matériel, géographique et temporel. Des intérêts passés sont ainsi en mesure d'entrer en collision avec l'exercice de fonction

¹³⁹ *Ibid* p 84 à 87.

publique. En outre, la Haute Autorité le rappelle, mais « *toute interférence entre un intérêt et des fonctions publiques ne constitue pas une situation de conflit d'intérêts*¹⁴⁰ ». Ici, s'applique la théorie de l'apparence en vertu de laquelle si un doute raisonnable sur l'exercice de fonction publique naît, alors il s'agira d'un conflit d'intérêts.

La procédure de contrôle s'exprime en plusieurs temps¹⁴¹. La Haute Autorité vérifie d'abord si toutes les informations exigées dans la déclaration d'intérêts sont présentes, la procédure d'injonction n'étant pas automatiquement mise en œuvre. Dans un deuxième temps, si la déclaration présente une situation de conflit d'intérêt, facilement identifiable, alors, la Haute Autorité échange avec le déclarant¹⁴². S'il prend conscience du problème, il doit appliquer les mesures de prévention recommandées par la Haute Autorité, telles que le déport par exemple. Dans l'hypothèse où l'individu contrôlé considère qu'il y n'a pas de conflit d'intérêts, l'autorité continue d'échanger avec le déclarant, en vertu du principe du contradictoire. Si le déclarant ne souhaite toujours pas appliquer les mesures de prévention de la Haute Autorité, cette dernière peut émettre une injonction, sur délibération du collège, pour faire cesser le conflit d'intérêts. Cette injonction peut être rendue publique, si la Haute Autorité le souhaite.¹⁴³ L'injonction n'intervient donc qu'en ultime recours. En définitive, la loi définit plusieurs cas où une injonction peut être prononcée par la Haute Autorité : en cas d'omission d'informations de la part du déclarant, en cas de refus de dialoguer avec la Haute Autorité ou en cas de non-respect des mesures de prévention prévues par la Haute Autorité.

La loi du 11 octobre 2013 détermine le cadre dans lequel peut intervenir la Haute Autorité, ainsi que ses pouvoirs. Toutefois, ceux-ci peuvent parfois apparaître comme restreints pour mener à bien la mission de prévention des conflits d'intérêts (Section II).

¹⁴⁰ *Ibid* p 86.

¹⁴¹ Cette description est issue de l'entretien menée avec Alexandre Lesage, chargé de missions à la Haute Autorité, le 9 décembre 2021. La retranscription de l'entretien est à retrouver en annexe 3.

¹⁴² Article 20 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiée au JORF n°0238 du 12 octobre 2013, dans sa rédaction initiale.

¹⁴³ Article 10 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiée au JORF n°0238 du 12 octobre 2013.

Section II - Des pouvoirs faibles au regard des objectifs de la loi du 11 octobre 2013

Les objectifs de la loi du 11 octobre 2013 visent à donner des moyens et un statut solide à la Haute Autorité en comparaison à ceux attribués à la Commission pour la transparence financière de la vie politique. Cette loi comble en partie les lacunes de cette commission, néanmoins le pouvoir d'injonction de la Haute Autorité ne lui suffit pas à accomplir pleinement sa mission de prévention des conflits d'intérêts (I). En réalité, la Haute Autorité tire plutôt sa force de sa capacité à contraindre les acteurs de la vie publique locale à travers la publicité (II).

I. L'attribution d'un simple pouvoir d'injonction

Le pouvoir d'injonction donné à la Haute Autorité constitue l'un de ses moyens de contrôle sur les déclarants. Ce pouvoir est toutefois fortement encadré et souligne une autre fragilité, l'absence de pouvoir de sanction.

A. L'encadrement du pouvoir d'injonction

La Haute Autorité dispose d'un pouvoir d'injonction. Si l'injonction portée par la Haute Autorité n'est pas respectée, la personne contrôlée peut faire l'objet de poursuites pénales, la méconnaissance de celle-ci constituant une infraction pénale punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende¹⁴⁴. Cette injonction doit être justifiée par des motifs de fait et de droit. En outre, si la situation de conflits d'intérêts ne se termine pas, la Haute Autorité peut décider de rendre l'injonction publique¹⁴⁵. L'attribution du pouvoir d'injonction à la Haute Autorité vis-à-vis des membres du Gouvernement et du Parlement a pu faire l'objet de débat eu égard à la conception française de la séparation des pouvoirs. En effet, dans son contrôle de constitutionnalité des lois organiques et

¹⁴⁴ Article 26 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiée au JORF n°0238 du 12 octobre 2013.

¹⁴⁵ Article 10 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiée au JORF n°0238 du 12 octobre 2013.

ordinaires du 11 octobre 2013¹⁴⁶, le Conseil Constitutionnel a émis des réserves sur la constitutionnalité de ce pouvoir d'injonction¹⁴⁷.

Il existe plusieurs hypothèses dans lesquelles la Haute Autorité peut prononcer une injonction. La première hypothèse renvoie à l'absence de dépôt de la part du déclarant dans le délai légal de deux mois après son élection ou sa nomination. Ainsi, « *à défaut de dépôt dans ce délai, le collègue adopte lors de sa séance la plus proche une injonction exigeant son dépôt*¹⁴⁸ ». La seconde hypothèse est celle du manque d'informations présentes dans les déclarations de manière volontaire. Entre 2014 et 2018, environ 300 injonctions du fait d'un manque d'informations dans les déclarations ont été prononcées¹⁴⁹. La troisième hypothèse renvoie à celle évoquée *supra*, c'est-à-dire lorsque le dialogue n'a pas pu être entrepris avec le déclarant. Comme le souligne le rapport d'information mené par les députés Fabien Maltras et Olivier Marleix, seule une injonction du fait d'une absence de dialogue avec un déclarant n'a été prononcée par la Haute Autorité entre 2014 et 2018.¹⁵⁰ Enfin, la dernière hypothèse renvoie à la méconnaissance volontaire d'un avis déontologique rendu par la Haute Autorité, lorsque cette dernière a mis en lumière une situation de conflit d'intérêts.

L'attribution de ce pouvoir d'injonction a fait l'objet d'un contrôle de la part du Conseil Constitutionnel, qui à travers trois considérants¹⁵¹, a précisé l'articulation entre le principe de séparation des pouvoirs et l'injonction prévue par la loi organique du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Dans le considérant 38, le juge constitutionnel reconnaît que le principe de séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et des Citoyens ne constitue pas un obstacle à l'attribution de pouvoir d'injonction à une autorité administrative indépendante. Ce raisonnement est toutefois nuancé dans le considérant 39. Tout en admettant que ce pouvoir n'est pas contraire au principe de séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel empêche cependant « *à la Haute autorité d'adresser à un député ou un sénateur une injonction dont la méconnaissance est pénalement réprimée, relative à ses intérêts ou ses activités ou*

¹⁴⁶ Conseil Constitutionnel, 9 oct. 2013, n° 2013-675 DC et n° 2013-676 DC.

¹⁴⁷ Conseil Constitutionnel, 9 oct. 2013, n° 2013-675 DC.

¹⁴⁸ Commission des lois, Assemblée Nationale, Rapport d'information n°611 *sur la déontologie des fonctionnaires et l'encadrement des conflits d'intérêts*, présenté par Messieurs Fabien MATRAS et M. Olivier MARLEIX, 31 janvier 2018, p 85.

¹⁴⁹ *Ibid* p 85.

¹⁵⁰ *Ibid* p 85.

¹⁵¹ Il s'agit des considérants 38,39 et 40 de la décision 2013-675 DC du 9 octobre 2013.

portant sur la déclaration qui s'y rapporte. » Ainsi, en vertu du principe d'autonomie des assemblées, les parlementaires ne peuvent pas recevoir d'injonctions. En conséquence, la Haute Autorité doit s'adresser au bureau d'une des deux chambres si une situation de conflit d'intérêts était mise en lumière à travers la déclaration d'intérêts d'un parlementaire. Enfin, dans le considérant 40, le Conseil délimite le pouvoir d'injonction. Ce dernier ne doit pas revêtir le caractère d'une punition qui compromettrait le principe de séparation des pouvoirs. Par contre, « *une injonction dont l'irrespect n'est pas en lui-même sanctionné est compatible avec la séparation de pouvoirs*¹⁵² ». La Haute Autorité, à travers son injonction ne peut seulement exiger des parlementaires qu'ils complètent ou expliquent leur déclaration. Dans le communiqué de presse expliquant le sens de ses réserves d'interprétation, le Conseil Constitutionnel précise de même que la Haute Autorité ne doit pas exiger d'un ministre qu'il démissionne pour faire cesser une situation de conflits d'intérêts. En outre, « *la Haute autorité ne saurait pas davantage le faire pour les élus locaux et les autres titulaires de fonctions ou emplois publics visés par la loi*¹⁵³ ».

L'injonction permet de rendre effectifs les dispositifs d'encadrement de prévention des conflits d'intérêts. Toutefois, ce pouvoir d'injonction n'est pas couplé avec un pouvoir de sanction administrative, ce qui contribuerait à accélérer le contrôle de la Haute Autorité.

B. L'absence de pouvoir de sanction administrative

Une sanction administrative est « *une décision administrative émanant d'une autorité administrative qui vise à réprimer un comportement fautif*¹⁵⁴ ». Comme le rappelle Éric Buge, Secrétaire général adjoint à la Haute Autorité en 2017, « *étant dépourvue de tout pouvoir de sanction, la Haute Autorité a pour seule faculté la possibilité de saisir l'autorité judiciaire d'infractions ou de manquements dont elle pourrait avoir connaissance. Une fois le dossier transmis à la justice, nous n'avons plus vocation à intervenir. Le parquet*

¹⁵² REBUT. D, Professeur en droit privé et sciences criminelles à l'Université Paris-Panthéon-Assas, *Le contrôle par le Conseil constitutionnel des sanctions administratives et pénales associées à la transparence de la vie publique*, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel n°59, 2018, p 47.

¹⁵³ Conseil Constitutionnel, Communiqué de presse sur les décisions du 9 octobre 2013, n° 2013-675 DC et n° 2013-676 DC.

¹⁵⁴ Conseil d'Etat, *Le juge administratif et les sanctions administratives*, Les dossiers thématiques du Conseil d'Etat, 9 janvier 2017, p 1.

*n'est d'ailleurs pas lié par notre analyse, même si, jusqu'à présent, la justice nous a toujours suivis*¹⁵⁵ ». L'objectif d'une sanction administrative est d'accélérer la chaîne répressive, sans passer directement par l'intermédiaire de l'autorité judiciaire.

Les limites encadrant le pouvoir d'injonction et la réticence à doter les autorités administratives de pouvoir de sanction trouvent leur source dans la peur que se développe un « *pseudo droit pénal*¹⁵⁶ ». Il convient de rappeler que la prédécesseuse de la Haute Autorité, la Commission pour la transparence financière de la vie politique, ne disposait pas, elle non plus, de pouvoir de sanction administrative. Le législateur français reste ainsi dans sa tradition de préférence pour les sanctions pénales. Quand bien même une autorité administrative indépendante puisse être habilitée à sanctionner des institutions ou individus soumis à ses obligations¹⁵⁷ ; le législateur a fait le choix de ne pas doter la Haute Autorité d'un pouvoir de sanction administrative.

Le Conseil Constitutionnel quant à lui n'a pas émis de réserves concernant l'exercice de missions avec un pouvoir de sanction pour la Haute Autorité.¹⁵⁸ Le législateur, en refusant d'attribuer un pouvoir de sanction à la Haute Autorité, la pousse à collaborer avec d'autres autorités habilitées à sanctionner. Ainsi, elle doit signaler une situation de conflit d'intérêts au Procureur de la République¹⁵⁹ qui, en vertu du principe de l'opportunité des poursuites, décide au non de donner suite au signalement. L'article 40 du Code de Procédure Pénale « *permet à la Haute Autorité de transmettre au parquet toutes informations permettant de suspecter un délit qu'elle découvre dans le cadre de ses missions*¹⁶⁰ ». La

¹⁵⁵ BUGÉ. E, Maître des requêtes en service extraordinaire au Conseil d'État, entretien mené par CARON. M, *Quatre années d'activités de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique au service d'une démocratie plus exemplaire*, Revue française d'administration publique n° 162, 2017, p. 396.

¹⁵⁶ WALINE. M, *Traité de droit administratif*, 4^{ème} édition, 1963.

¹⁵⁷ Conseil Constitutionnel, Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 *relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel*.

¹⁵⁸ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013, considérant 38.

¹⁵⁹ L'article 40 du Code de Procédure Pénale dispose que « *Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1. Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.* »

¹⁶⁰ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Guide déontologique II, *Contrôle et prévention des conflits d'intérêts*, 2021, p 91.

collaboration avec l'autorité judiciaire est réelle, puisque le travail réalisé en amont par la Haute Autorité peut servir d'appui au signalement.

Le parquet peut poursuivre les déclarants pour différentes raisons : l'absence de dépôt d'une déclaration d'intérêts, le défaut de réponse d'un déclarant à une injonction ou bien au titre du chef d'accusation de prise illégale d'intérêts¹⁶¹. La saisine du procureur est un moyen dissuasif puisque la peur du risque pénal pèse sur les élus. Toutefois, il convient de souligner que le risque pénal est lourd pour les élus locaux et agents administratifs. Le pouvoir de sanction administrative permettrait de sanctionner, par exemple, le non-dépôt d'une déclaration d'intérêts, sans passer par le juge pénal¹⁶². C'est surtout la possibilité de publier des données qui a permis de rendre effectif le contrôle de la Haute Autorité (II).

II. La publication des données, unique levier contraignant

Le fait de rendre publiques les déclarations d'intérêts des élus locaux participe à l'efficacité du contrôle de la Haute Autorité. Néanmoins, cet outil illustratiion d'une volonté de transparence, ne s'est pas développé sans garanties pour les déclarants.

A. Une publicité source de crédibilité

« *Parce que l'exemplarité de la République, c'est la condition de son autorité*¹⁶³ ». C'est ainsi qu'en 2013, François Hollande, président de la République, énonce l'ambition de la loi relative à la transparence de la vie publique. Pour mener à bien cette ambition en matière de prévention des conflits d'intérêts, le législateur a donné à la Haute Autorité un moyen nouveau : la publicité. En effet, il s'agit d'un levier qui contribue à améliorer les pratiques des élus et agents publics. Ce nouvel outil fait partie intégrante de la nouvelle stratégie de prévention des conflits d'intérêts.

¹⁶¹ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Rapport d'activité 2015, p 91.

¹⁶² Cette partie sera approfondie dans la seconde section du second chapitre du titre II.

¹⁶³ HOLLANDE, F, Déclaration du Président de la République, à Paris le 10 avril 2013.

Pour rappel, la Commission pour la transparence financière de la vie politique ne disposait pas de la possibilité de publier les informations reçues. Ce moyen à disposition de la Haute Autorité intervient à différents moments et contribue à asseoir sa crédibilité. Néanmoins, toutes les déclarations d'intérêts ne font pas l'objet d'une publication. En effet, leur publication ne vaut que pour les personnes exerçant un mandat électif, le Conseil Constitutionnel ayant censuré la publication des déclarations d'intérêts des membres de cabinet ou des fonctionnaires par exemple¹⁶⁴. Ce refus de publier les déclarations des personnes titulaires d'un emploi public avait déjà été justifié par la Commission Sauvé concernant les agents soumis à la déclaration d'intérêt¹⁶⁵.

Les déclarations d'intérêts des élus locaux sont soumises à une publicité au moment de la procédure d'appréciation qui vise à accompagner la déclaration de commentaire sur l'exactitude, l'exhaustivité et la sincérité de son contenu¹⁶⁶. En outre, cette publicité peut intervenir au moment où la Haute Autorité enjoint à un déclarant de faire cesser une situation de conflit d'intérêts¹⁶⁷. Enfin, si la Haute Autorité est amenée à saisir le Parquet en vertu de l'article 40 du Code de Procédure Pénale, elle accompagne cette saisine d'un communiqué de presse qui vise à détailler les raisons de cette saisine. La publicité des déclarations est encadrée à l'article 5 de la loi du 11 octobre 2013 qui précise les éléments des déclarations d'intérêts pouvant être publiés. Cette publication des déclarations d'intérêts se réalise sur le site internet de la Haute Autorité, sauf celles des parlementaires qui sont consultables en préfecture. Ainsi, dès 2014, la Haute Autorité a communiqué ces informations tout en acceptant qu'elles soient réutilisées librement par quiconque. De même, à partir de 2017, la Haute Autorité a développé la pratique de l'open data « *entendue comme la mise en ligne sur un portail dédié des*

¹⁶⁴ Conseil, Constitutionnel, Décision n°2013-676 DC du 9 octobre 2013, considérant 22 : « *la publicité de ces déclarations d'intérêts, qui sont relatives à des personnes qui n'exercent pas de fonctions électives ou ministérielles mais des responsabilités de nature administrative, est sans lien direct avec l'objectif poursuivi et porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de ces personnes* ».

¹⁶⁵ Rapport *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dite *Commission Sauvé*, initiée par le décret n° 2010-1072 du 10 septembre 2010, p 76 : « *L'atteinte à la liberté individuelle et au respect de la vie privée que constituerait la publication des déclarations a semblé trop importante au regard du bénéfice qu'apporterait une telle publicité.* »

¹⁶⁶ Article 5 de la loi du 11 octobre 2013 : « *Elle peut assortir cette publication de toute appréciation qu'elle estime utile quant à l'exhaustivité, à l'exactitude et à la sincérité de l'une ou l'autre déclaration, après avoir mis l'intéressé à même de présenter ses observations.* »

¹⁶⁷ Article 10 de la loi du 11 octobre 2013. Dans les faits, la Haute Autorité n'a pour le moment jamais publié une injonction qu'elle aurait émise contre une personne contrôlée.

*informations détenues ou produites par les administrations publiques, dans un format ouvert et aisément réutilisable par les citoyens*¹⁶⁸ ».

La possibilité, donnée dès 2013, à la Haute Autorité de publier des informations déterminantes va se développer et renforcer sa crédibilité. Sa force réside particulièrement dans sa capacité à mettre en lumière des situations pouvant faire l'objet d'enquête. En effet, la publication par l'intermédiaire du communiqué de presse peut aboutir à l'ouverture d'enquêtes journalistiques qui contribuent à l'information du citoyen et au débat public. C'est ce que souligne Éric Buge, alors secrétaire général adjoint à la Haute Autorité, dans un bilan sur son travail « *la publication d'informations relatives au patrimoine et aux intérêts des responsables politiques était susceptible de déclencher des investigations journalistiques et in fine des procédures judiciaires*¹⁶⁹ ». Au-delà de cet objectif d'information sur la situation des élus aux citoyens, la publication permet à la Haute Autorité de rendre des comptes sur ses missions de prévention des conflits d'intérêts. En outre, elle lui permet de contourner l'absence de pouvoir de sanction. En soumettant au regard des citoyens les intérêts que peuvent détenir leurs élus locaux, elle participe à les rendre acteurs et omniscients dans leurs choix. Le Conseil constitutionnel considère ainsi que cette publication permet « *à chaque citoyen de s'assurer par lui-même de la mise en œuvre des garanties de probité et d'intégrité de ces élus, de prévention des conflits d'intérêts et de lutte contre ceux-ci*¹⁷⁰ ». Celle-ci vise à renouer la confiance entre les élus et les citoyens en les associant, dans une certaine mesure, à ce contrôle. Ainsi, la Haute Autorité, en publiant ces données sur les élus locaux, « *ouvre à tout citoyen ou à tout groupement un droit de regard sur les moyens et les résultats des politiques publiques, lui permettant de dénoncer des dysfonctionnements, voire de contribuer à leur résolution*¹⁷¹ ».

La confiance passe par la transparence serait la formule qui résumerait l'esprit du contrôle exercé par la Haute Autorité. François Hollande, initiateur de la loi du 11 octobre 2013 considère ainsi que « *le*

¹⁶⁸ Rapport *Renouer la confiance publique Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics*, remis par Jean-Louis Nadal, 7 janvier 2015, p 53.

¹⁶⁹ BUGE, E, Maître des requêtes en service extraordinaire au Conseil d'État, *La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique : un premier bilan*, Actualité Juridique Droit Administratif, 13 avril 2020, p.770.

¹⁷⁰ Décision 2013-676 DC du 9 octobre 2013, Loi relative à la transparence de la vie publique, considérant 19

¹⁷¹ Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Étude annuelle 2014, p. 67.

*rétablissement du lien civique est à ce prix, même s'il est exigeant*¹⁷² ». En effet, la publication de ces données ne s'est pas faite sans réticence.

B. Une publicité source de débats

Longtemps, a persisté l'idée selon laquelle les intérêts détenus par les élus relevaient de la sphère privée. Naturellement, l'obligation de publication des déclarations d'intérêts et de patrimoine des élus locaux a créé des réticences de leur part. Arnaud Arfeuille, Vice-Président au Conseil Départemental de la Gironde, lui-même soumis à cette obligation de déclarer ses intérêts et son patrimoine, résume le sentiment partagé par plusieurs élus locaux. « *Pour les élus, cette déclaration de patrimoine représente une sorte de mise à nu complète de leur patrimoine* » tout en ajoutant « *l'esprit de ce contrôle est considéré comme bon, mais les élus sont confrontés au regard de leur électeur sur leur patrimoine, ce qui crée chez certains une peur du jugement*¹⁷³ ».

Le juge s'est emparé du contrôle du caractère public de ces déclarations pour concilier l'impératif de prévention des conflits d'intérêts avec le droit au respect de la vie privée des déclarants. Dans un premier temps et dès 2013, le juge constitutionnel avant la promulgation de la loi a censuré certaines obligations sur le contenu des déclarations d'intérêts. À titre d'exemple, le fait d'indiquer dans la déclaration d'intérêts, les activités professionnelles exercées par les enfants et les parents ou un autre membre de la famille du déclarant, constitue une atteinte au droit au respect de la vie privée¹⁷⁴. Dans un second temps, en 2018, le Conseil d'État a accueilli le recours d'une déclarante. En l'espèce, il s'agissait d'un recours contre une déclaration de patrimoine d'une élue. La requérante demandait à ce que cette délibération de la Haute Autorité soit annulée, le Conseil d'État a rejeté sa demande. Le juge administratif admet ainsi, par cet arrêt, que les indications données par la Haute Autorité sur le caractère « *exhaustif, exact et sincère* » des déclarations, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès

¹⁷² HOLLANDE, F, Discours du Président de la République pour les 55 ans de la Constitution de la Ve République, le 3 octobre 2013.

¹⁷³ Cette déclaration est issue d'un entretien réalisé le 15 septembre 2021 avec Arnaud Arfeuille, Vice-président du Conseil Départemental de la Gironde. Cet entretien est à retrouver en annexe 1.

¹⁷⁴ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013, considérant 29. Conseil Constitutionnel, Décision n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013, considérant 15.

de pouvoir. En effet, le Conseil d'État considère qu'elles ont « *des effets notables, notamment en termes de réputation, qui au demeurant sont susceptibles d'avoir une influence sur le comportement des personnes, et notamment des électeurs, auxquelles elle s'adresse*¹⁷⁵ » le raisonnement du juge administratif pouvant également être étendu à la déclaration d'intérêts. Cette publicité est donc assortie de garanties pour les déclarants qui peuvent effectuer un recours contre cette publication.

La Haute Autorité, créée en 2013, a évolué. Sa présence dans le paysage des autorités administratives indépendantes n'est plus à questionner. Néanmoins, les réponses apportées par le législateur de 2013 sur sa sphère de compétence ont dû être enrichies afin de répondre aux objectifs de la loi du 11 octobre 2013.

L'accroissement des attributions législatives de la Haute Autorité illustre la légitimité dont elle peut se prévaloir. Ces nouvelles compétences la poussent à s'imposer auprès des collectivités territoriales. En outre, la Haute Autorité a endossé naturellement le rôle de coordinatrice du réseau de déontologues présents en collectivités territoriales, exerçant également son influence auprès du législateur (Titre II).

¹⁷⁵ CE, Ass., 19 juillet 2019, Mme A, req. n°426389, publié au recueil Lebon.

Titre II - Le renouvellement des missions de prévention des conflits d'intérêts de la Haute Autorité

Le renouvellement des missions de la Haute Autorité s'opère à partir de 2017, suite à des affaires médiatiques et judiciaires en matière de transparence de la vie publique. En effet, comme le précise Maître Dyens, l'arsenal juridique en matière de transparence est un « *édifice qui se construit par à-coups, au fur et à mesure de la révélation de nouvelles "affaires", une nouvelle loi répondant à chaque nouvelle situation révélée*¹⁷⁶ ». Ces attributions législatives contribuent à enrichir les missions de la Haute Autorité qui élargit progressivement son champ de contrôle (Chapitre I).

De même, la Haute Autorité, grâce à ses nouvelles attributions, s'impose comme l'acteur déontologique de référence pour les acteurs de la vie publique locale. Dès 2016, et à travers le réseau de déontologues, elle développe de manière spontanée une coopération avec les collectivités territoriales. Cette collaboration permet également de faire émerger les idées et les propositions de la Haute Autorité en matière de prévention des conflits d'intérêts auprès du législateur (Chapitre II).

Chapitre I - L'attribution législative de nouvelles missions en matière de prévention des conflits d'intérêts en collectivités territoriales

Depuis 2017, un nouveau cycle législatif s'est enclenché et a mis en lumière la présence de nouvelles zones à risque de survenance de conflit d'intérêts. Concernant la sphère publique locale, un nouveau contrôle s'est développé, contribuant à l'extension des missions de la Haute Autorité. Ce contrôle vise tout d'abord les emplois familiaux dans les cabinets des autorités territoriales (Section I). C'est surtout depuis 2020, date à laquelle la Haute Autorité s'est emparée des missions de l'ancienne Commission

¹⁷⁶ DYENS.S, avocat associé au Cabinet GOUTTAL, ALIBERT et ASSOCIES, *Interdiction des emplois familiaux dans les cabinets des autorités territoriales : une fausse simplicité ?* AJCT 2017, 19 décembre 2017 p 608.

de la déontologie de la fonction publique, que son contrôle a pris une dimension plus globale, s'intéressant désormais aux mobilités entre secteurs privé et public des agents publics (Section II).

Section I - Le contrôle de l'absence de conflit d'intérêts dans le cadre des emplois familiaux

Depuis la loi du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique¹⁷⁷, la Haute Autorité s'est vue attribuer le contrôle des collaborateurs de cabinet gouvernemental, ministériel et territorial. Dans le cadre du recrutement des membres des cabinets d'autorité territoriale, la Haute Autorité peut être saisie dès lors qu'un collaborateur fait partie du second cercle familial, en d'autres termes, lorsque le lien familial est moins fort. L'attribution de ce contrôle découle de la mise en lumière d'un risque de conflit d'intérêts lorsqu'un proche est employé par une autorité territoriale, au sein de son cabinet (I). Il s'agit là d'une hypothèse bien précise dont le législateur a donné la tâche du contrôle de l'absence de conflit d'intérêts à la Haute Autorité (II).

I. L'existence d'un risque de conflit d'intérêts en matière de ressources humaines

Les ressources humaines constituent une zone à risque dans les collectivités territoriales du fait de la proximité des élus avec leurs administrés. Ce risque est particulièrement élevé lorsqu'il s'agit de membres d'une famille. C'est pourquoi il est pris en compte par plusieurs dispositions générales s'appliquant aux élus locaux et agents publics. Ces dispositions générales ont été enrichies des dispositions de la loi du 15 septembre 2017, qui encadrent l'hypothèse particulière des emplois de collaborateur dans les cabinets des autorités territoriales.

¹⁷⁷ Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique, publiée au JORF n° 0217 du 16 septembre 2017.

A. Un risque de conflit d'intérêts en présence de liens familiaux

Le risque de conflit d'intérêts existe dès lors qu'un collaborateur dispose d'un lien familial avec l'autorité qui le recrute. Un collaborateur de cabinet n'est pas un fonctionnaire puisque ce n'est pas un emploi permanent de la collectivité et son recrutement ne se réalise pas par concours. Le Conseil d'État a ainsi défini la mission du collaborateur comme impliquant un engagement personnel à l'action politique et un rapport de confiance avec l'autorité territoriale, cette dernière recrutant par choix discrétionnaire¹⁷⁸. L'autorité territoriale désigne l'employeur des agents publics territoriaux et se distingue de l'organe délibérant de la collectivité. Il s'agit ainsi d'un maire, d'un président d'Établissement Public de Coopération Intercommunale, d'un président de Région ou de Département. C'est à la fois ce choix discrétionnaire et le recrutement de proches qui ont fait l'objet d'une attention particulière de la part du législateur.

En vertu de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, qui dispose que « *tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.* », et de l'article 72 de la Constitution qui consacre la libre administration des collectivités territoriales, les employeurs publics sont libres dans le choix de leurs collaborateurs de cabinet. Cette liberté est néanmoins encadrée par les dispositions de l'article 432-12 du Code Pénal qui sanctionnent le délit de prise illégale d'intérêts.

Le risque de conflit d'intérêts lié au recrutement d'un membre de sa famille est connu dans la mesure où il est appréhendé depuis longtemps par le juge administratif et le juge pénal. En effet, le Conseil d'État a pu annuler une décision d'un maire qui autorisait le recrutement de ses deux fils « *sans qu'aucune publicité ait été donnée aux postes à pourvoir ni qu'aucune procédure d'examen des candidats ait été organisée*¹⁷⁹ ». L'article 2 de la loi du 11 octobre 2013¹⁸⁰ sert également de boussole pour identifier ce risque puisque la définition du conflit d'intérêts éclaire les situations potentiellement constitutives de risque déontologique. Pour rappel, en matière pénale, de jurisprudence constante, le délit de prise

¹⁷⁸ CE, 26 janvier 2011, Assemblée de la Polynésie française, n°329237.

¹⁷⁹ CE, 27 juill. 2005, Min. de l'Outre-mer c/ Commune de Hitia'a O Tera, n° 263714, publié au Recueil Lebon.

¹⁸⁰ L'article 2 loi du 11 octobre 2013 dispose ainsi que « *constitue un conflit d'intérêts toute 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* ».

illégal d'intérêts « est caractérisé par la prise d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect, et se consomme par le seul abus de la fonction, indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel¹⁸¹ ». Dans le cadre du recrutement d'un proche, l'intérêt privé moral est facilement identifiable, faisant peser un risque pénal sur celui-ci.

Pour sécuriser les situations des autorités territoriales en matière de recrutement, le législateur est intervenu pour inciter les élus à modifier leur pratique. Cette loi pose ainsi une exception à la liberté de recrutement.

B. Une réponse législative aux cas particuliers des emplois familiaux en cabinet

Plusieurs réponses dans le volet préventif ont été apportées face au risque que ne se réalise un conflit d'intérêts, voire une prise illégale d'intérêts. Tout d'abord, la loi du 11 octobre 2013 en ce qu'elle consacre une obligation générale de prévention des conflits d'intérêts pour les élus et les agents publics, constitue la première réponse. Il appartient aux autorités territoriales, dans leurs pratiques et notamment dans la gestion des ressources humaines dans leur collectivité, de respecter les dispositions de cette loi. Par ailleurs, et pour rappel, les autorités territoriales, dans les deux mois suivant leur nomination, doivent déclarer leurs intérêts¹⁸². En outre, l'article L1111-1-1 du Code Général des Collectivités Territoriales pose également un cadre déontologique précis pour les élus locaux. Introduit en 2015¹⁸³, cet article dispose à travers la charte de l'élu local, que l'élu local « exerce ses fonctions avec impartialité, diligence, dignité, probité et intégrité ». La loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie, aux droits et obligations des fonctionnaires a élargi le champ du contrôle des intérêts aux directeurs de cabinet des élus locaux¹⁸⁴. Ainsi, les déclarations des directeurs de cabinet sont transmises à l'autorité territoriale travaillant avec eux. L'élu doit ainsi vérifier qu'aucune situation de conflit d'intérêts n'existe ou ne surviendra du fait des liens d'intérêts de son directeur de cabinet.

La dernière réponse est circonstancielle et s'est traduite sous la forme de la loi du 17 septembre 2017. La rédaction de cette loi est le fruit d'une réflexion opérée suite à l'affaire d'emploi fictif de

¹⁸¹ Cass. Crim. 2 novembre 1961, Jean-Joseph, Bull. crim. n°438.

¹⁸² L'article 11 de la loi du 11 octobre 2013 énumère les personnes soumises à cette obligation.

¹⁸³ La loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat a créé ce nouvel article. La charte de l'élu local est lue par le maire, après la première réunion du Conseil municipal.

¹⁸⁴ Article 6 de loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie, aux droits et obligations des fonctionnaires.

collaboratrice parlementaire de Madame Pénélope Fillon auprès de son mari Monsieur François Fillon, alors député. Les emplois familiaux ne sont pas interdits, c'est bien le fait qu'elle ait été rémunérée pour un travail qu'elle n'a pas fourni, qui a fait l'objet d'investigations journalistiques, puis d'une condamnation judiciaire le 9 mai 2022 devant la Cour d'Appel de Paris¹⁸⁵. Néanmoins, auprès de l'opinion publique et dans un contexte de campagne électorale, cette suspicion d'emploi fictif de la part d'un membre de la famille d'un candidat a contribué à alimenter un climat de méfiance. C'est dans ce contexte que la loi du 17 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique a été promulguée. Cette loi est venue enrichir la loi du 11 octobre 2013 en attribuant ainsi un nouveau contrôle à la Haute Autorité. Le rapport de la Commission des lois prévoyait d'octroyer à la Haute Autorité un pouvoir d'injonction¹⁸⁶, comme celui dont elle dispose pour les cas généraux de conflits d'intérêts. Néanmoins, concernant les emplois familiaux en cabinet, la loi du 17 septembre 2017 ne le lui a finalement pas octroyé.

La réponse apportée par le législateur est donc assez résiduelle eu égard aux obligations pesant déjà sur les élus locaux et agents publics. La nouveauté réside dans l'octroi d'un contrôle restreint à la Haute Autorité.

II. Une saisine obligatoire mais restreinte de la Haute Autorité

La Haute Autorité intervient dans cette nouvelle sphère de compétence que représentent les emplois de collaborateur de cabinet. Ce contrôle apparaît toutefois restreint dans son étendue. En effet, elle doit être saisie obligatoirement pour les hypothèses du contrôle du second cercle familial et seulement par un nombre de personnes déterminé par la loi.

¹⁸⁵ *Emplois fictifs : la culpabilité de François et Penelope Fillon confirmée en appel, leur peine réduite*, Le Monde, 9 mai 2022.

¹⁸⁶ Rapport n° 106 sur le projet de loi et le projet de loi organique pour la régulation de la vie publique, présenté par Mme Yaël Braun-Pivet Commission des lois, Assemblée Nationale, 20 juillet 2017, p 20 : « La HATVP, dans le cadre sa mission de contrôle des conflits d'intérêt des ministres et de certaines autorités territoriales, pourra, le cas échéant, faire usage de son pouvoir d'injonction pour faire cesser une situation de conflit d'intérêt lié à cet emploi de cabinet. »

A. L'absence d'interdiction de principe au recrutement d'un proche

L'idée qui commande l'esprit de ces articles sur les emplois familiaux en cabinet est qu'il n'y a pas d'interdiction de principe au recrutement. Seules des exceptions interdisent le recrutement des membres du premier cercle familial. Le contrôle de la Haute Autorité est ainsi obligatoire selon l'intensité du lien familial. L'article 15 de la loi du 15 septembre 2017 qui modifie l'article 110 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, a été codifié dans la Code Général de la Fonction Publique.

L'article L333-1 du Code Général de la Fonction Publique rappelle le principe de liberté dans le recrutement : « *Pour former son cabinet, l'autorité territoriale d'une collectivité ou d'un établissement mentionné à l'article L. 4 peut librement recruter un ou plusieurs collaborateurs et mettre librement fin à leurs fonctions* ». La loi prévoit d'une part, pour les emplois familiaux, une interdiction absolue dès lors qu'ils appartiennent au premier cercle familial¹⁸⁷. Ce premier cercle correspond au conjoint de l'autorité, à ses ascendants ou ceux de son conjoint, ainsi que ses descendants ou ceux de son conjoint. C'est l'article L333-2 du Code Général de la Fonction Publique qui précise la conséquence de la méconnaissance de cette interdiction : « *La violation de cette interdiction emporte de plein droit la cessation du contrat*¹⁸⁸ ». Le licenciement n'a lieu d'être que pour les collaborateurs entrant dans le champ d'interdiction au moment de la promulgation de la loi¹⁸⁹. L'autorité territoriale doit donc veiller, dans l'hypothèse où un lien familial se noue pendant la durée des fonctions, que le collaborateur ne soit pas embauché dans son cabinet. En effet, comme le souligne Maître Dyens, « *l'obligation de saisine de la Haute Autorité porte sur l'emploi, et pas seulement sur le recrutement*¹⁹⁰ ». De fait, la vigilance doit rester entière tout au long de la durée de l'emploi. Une sanction pénale est prévue si l'autorité territoriale méconnaît cette interdiction. Il s'agit d'une peine de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende¹⁹¹.

¹⁸⁷ Le terme de premier cercle familial est utilisé dans l'article DYENS. S, *Interdiction des emplois familiaux dans les cabinets des autorités territoriales : une fausse simplicité ?* AJCT 2017, 19 décembre 2017, p 608.

¹⁸⁸ Article L333-2 du Code Général de la Fonction Publique.

¹⁸⁹ Article 18 de la loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique.

¹⁹⁰ DYENS. S, avocat associé au Cabinet GOUTTAL, ALIBERT et ASSOCIES, *Interdiction des emplois familiaux dans les cabinets des autorités territoriales : une fausse simplicité ?* AJCT 2017, 19 décembre 2017, p 608.

¹⁹¹ Article L333-4 du Code Général de la Fonction Publique.

D'autre part, pour les personnes ayant des liens familiaux moins proches, un régime de saisine obligatoire auprès de la Haute Autorité a été créé par la loi du 15 septembre 2017¹⁹².

B. La saisine de la Haute Autorité limitée à certaines hypothèses

Cette saisine est obligatoire pour les personnes citées dans l'article L333-5 du Code Général de la Fonction Publique. Ainsi, « *l'autorité territoriale informe sans délai la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique*¹⁹³ ». Cette saisine se réalise donc immédiatement. Seules les autorités territoriales citées à l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013 peuvent interpellier la Haute Autorité. Ici, c'est la présence d'un membre du cercle familial élargi de l'autorité territoriale qui commande la saisine de la Haute Autorité. Ce second cercle correspond ainsi au : « *Frère ou sa sœur, ou le conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin de celui-ci ou celle-ci ; (...) enfant de son frère ou de sa sœur, ou le conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin de cet enfant ; (...) ancien conjoint, la personne ayant été liée à elle par un pacte civil de solidarité ou son ancien concubin ; (...) enfant, le frère ou la sœur des personnes mentionnées au 3^o, (...) frère ou la sœur des personnes mentionnées au 1^o de l'article L. 333-2*¹⁹⁴ ».

Peu de personnes sont habilitées à saisir la Haute Autorité en pratique et ce contrôle concerne un faible nombre de personnes. Ce contrôle est donc restreint dans la mesure où tout le monde ne peut pas saisir la Haute Autorité en cas de présence d'intérêts moraux liés à un lien familial. Les autres acteurs de la vie publique locale qui ne sont pas soumis à la saisine de la Haute Autorité restent toutefois encadrés par le cadre déontologique général, ce qui doit les pousser à rester vigilants. À ce sujet, la Haute Autorité n'a pas communiqué de données concernant le contrôle des emplois familiaux dans les cabinets dans ses rapports d'activité depuis 2018.

Le contrôle qui a véritablement occupé la Haute Autorité ces deux dernières années est celui des mobilités entre les secteurs privé et public, qui par essence peuvent constituer des zones à risque de

¹⁹² Article L333-5 du Code Général de la Fonction Publique.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Ibid.*

conflits d'intérêts. Pour permettre un contrôle effectif, auparavant exercée par la Commission de déontologie de la fonction publique, la compétence de contrôle a été transférée à la Haute Autorité (Section II).

Section II - Le contrôle de l'absence de conflits d'intérêts dans le cadre des mobilités entre secteur privé et public

Depuis le 1^{er} février 2020, le contrôle des mobilités des agents publics entre secteur public et secteur privé fait partie des compétences de la Haute Autorité. C'est la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique¹⁹⁵ qui attribue les missions de l'ancienne Commission de déontologie de la fonction publique à la Haute Autorité.

Ce transfert illustre le mouvement continu qui vise à renforcer la position de la Haute Autorité comme autorité déontologique (I). Il met également en lumière la philosophie qui guide le travail de la Haute Autorité : la collaboration avec les acteurs des collectivités territoriales (II).

I. Un nouveau contrôle renforçant le statut d'autorité déontologique de la Haute Autorité

La Commission de déontologie de la fonction publique était en charge du contrôle des mobilités des agents entre le secteur public et privé. Son travail a toutefois montré certaines faiblesses. Aussi, la fusion avec la Haute Autorité est apparue opportune afin de permettre un meilleur traitement des demandes des agents publics.

A. Les faiblesses de l'ancienne Commission de déontologie de la fonction publique

Par son travail, la Commission de déontologie de la fonction publique s'est attardée à prévenir, pour les agents, tout risque pénal. Parmi les risques principaux, le délit de « pantouflage », qui pèse sur les agents publics décidant de travailler dans le secteur privé. Ce délit de prise illégale d'intérêts est prévu à l'article 432-13 du Code Pénal et constitue une traduction pénale du conflit d'intérêts. Il désigne la situation d'une personne qui tire un avantage d'une entreprise privée en raison de ses fonctions publiques. Cette infraction pénale sanctionne des faits commis par des personnes qui n'exercent plus de fonction publique depuis moins de trois ans. Ce délit fait écho à l'hypothèse où un agent public qui rejoint une entreprise avec laquelle il a déjà travaillé en tant qu'agent public, se sert des relations

¹⁹⁵ Loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique publiée au JORF n°0182 du 7 août 2019.

entretenu avec son ancien travail, au profit de son nouvel employeur. Aussi, pour éviter que ce risque pénal ne se réalise, le législateur a encadré les mobilités entre le secteur public et privé.

C'est à travers la figure de la Commission de déontologie de la fonction publique que le législateur a voulu mener à bien cette mission de contrôle. Créée par la loi du 28 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transformation de la vie économique et des procédures publiques dite « *loi Sapin*¹⁹⁶ », ses attributions ont été enrichies en 2016. En effet, la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et aux obligations des fonctionnaires avait pour ambition de faire de la Commission le « *pilier de la stratégie globale de prévention des conflits d'intérêts dans la fonction publique*¹⁹⁷ ». La saisine de la Commission est devenue obligatoire pour l'exercice d'une activité dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé¹⁹⁸. De même, les missions de la Commission en matière de conseil auprès des agents publics se sont développées.

Ses fonctions s'intéressaient à l'ensemble de la fonction publique et visaient d'une part à rédiger des recommandations aux administrations sur des questions générales ou individuelles¹⁹⁹, et d'autre part à contrôler les départs vers le secteur privé ainsi que les créations ou les reprises d'activités des agents. Pour les mobilités entre le secteur privé et public, la Commission rendait trois types d'avis : un avis de compatibilité, un avis de compatibilité avec réserve ou un avis d'incompatibilité. Toutefois, les missions de la Commission n'ont pas pu être menées pleinement du fait d'une augmentation de l'activité à partir de 2016, sans que les moyens de fonctionnement n'augmentent en conséquence. En effet, le rapport de la Commission des lois sur le projet de loi de transformation de la fonction publique souligne que « *62 % des dossiers font l'objet d'un avis tacite, faute de temps pour les instruire*²⁰⁰ », les avis

¹⁹⁶ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

¹⁹⁷ Étude d'impact du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, Ministère de la Justice, 16 juillet 2013, p 35.

¹⁹⁸ Article 10 de loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie, aux droits et obligations des fonctionnaires qui crée l'article 25 octies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

¹⁹⁹ Ancien article 25 octies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

²⁰⁰ Rapport n° 570 sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale après engagement de la procédure accélérée, *de transformation de la fonction publique*, présenté par Madame Catherine Di Folco et Monsieur Loïc Hervé, Commission des Lois, Sénat, 12 juin 2019, p 161.

tacites constituant des avis de compatibilité²⁰¹. Ces avis tacites ont pu poser problème, comme le souligne Alexandre Lesage, chargé de mission auprès de la Haute Autorité. Il rappelle que la Commission « *émettait des avis tacites qui validaient certaines situations problématiques par manque de moyens*²⁰² ».

En outre, concernant la haute fonction publique, son travail a fait l'objet de critiques, notamment pour ne pas avoir fait obstacle à la nomination d'Alexis Kohler, actuel secrétaire général de l'Élysée ayant travaillé au Ministère de l'Économie, au poste de directeur financier de Mediterranean Shipping Company (MSC). Il s'agit de son déplacement au Ministère de l'Économie, quelques mois après sa nomination à MSC, pour exiger l'annulation du rachat de la compagnie des chantiers navals de Saint Nazaire (STC), qui a suscité les controverses les plus fortes²⁰³. En effet, la Commission avait émis une réserve à cette mobilité, lui interdisant de rencontrer dans un cadre professionnel ses anciens collègues du Ministère de l'Économie. Cette affaire illustre l'absence de contrôle effectif des réserves émises par la Commission. Aussi, selon Olivier Marleix, député rapporteur de la mission d'information sur la déontologie des fonctionnaires et l'encadrement des conflits d'intérêts, la supprimer répond à un impératif de confiance. Il considère, en effet, suite à l'affaire Kohler, que « *les pratiques de cette commission de notoriété publique donnent lieu à suspicion*²⁰⁴ ».

Certains parlementaires ont ainsi proposé que la Haute Autorité et la Commission fusionnent²⁰⁵.

B. Une fusion opportune

²⁰¹ L'article 34 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics et certains agents contractuels de droit privé ayant cessé leurs fonctions, aux cumuls d'activités et à la commission de déontologie de la fonction publique dispose que : « *L'absence d'avis de la commission à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de sa saisine vaut avis de compatibilité.* »

²⁰² Cette citation est issue de l'entretien réalisé avec Alexandre Lesage le 9 décembre 2021. Cet entretien est à retrouver en annexe 3.

²⁰³ Alexis Kohler, *le bras droit d'Emmanuel Macron, visé par une plainte d'Anticor*, Le Monde, 4 juin 2018.

²⁰⁴ *Renforcement en trompe l'œil de la déontologie des fonctionnaires*, Le Figaro, 17 juin 2019.

²⁰⁵ Rapport d'information n°611 sur la déontologie des fonctionnaires et l'encadrement des conflits d'intérêts, présenté par M. Fabien Matras et M. Olivier Marleix. Commission des lois, Assemblée Nationale, 31 janvier 2018 : « *Proposition n° 15 : Assurer une totale indépendance de la commission de déontologie en lui donnant le statut d'autorité administrative indépendante et en la fusionnant avec la HATVP, avec deux collèges distincts.* » p 82.

Sur le plan institutionnel, cette fusion permet de clarifier la place de la Haute Autorité, le partage des compétences entre celle-ci et la Commission n'étant pas toujours clair. Auparavant, le contrôle incombait « à la commission de déontologie pour les agents publics et à la HATVP pour les membres du Gouvernement et les élus locaux, au risque de divergences d'appréciation²⁰⁶ ». L'absence de doctrine commune en la matière peut faire obstacle à la mise œuvre d'une stratégie globale de prévention des conflits d'intérêts, pourtant souhaitée par le législateur depuis 2013. En outre, sur le plan statutaire, cette fusion donne des garanties d'indépendance dont la Commission ne pouvait pas se prévaloir. En effet, cette dernière était placée sous l'autorité du Premier Ministre. Comme l'affirme Jean-Louis Nadal, ancien Président de la Haute Autorité, « il faut que l'institution qui sera issue de cette fusion soit pleinement indépendante. C'est primordial pour aboutir à une autorité forte et efficace²⁰⁷ ». La fusion vers la Haute Autorité lui permet donc de bénéficier du statut d'autorité administrative indépendante.

C'est la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique qui acte cette fusion²⁰⁸. Les articles 19 et 20 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique sont modifiés, attribuant ainsi le contrôle des mobilités entre secteur public et privé des agents à la Haute Autorité. Cette mission n'est pas nouvelle puisque, dès 2013, la Haute Autorité s'est vu attribuer ce contrôle pour les anciens ministres, présidents d'exécutifs locaux ainsi que les membres des autorités publiques indépendantes et des autorités administratives indépendantes²⁰⁹. Elle exerce désormais les contrôles déontologiques, autrefois exercés par la Commission, pour tous les versants de la fonction publique. Ce transfert de compétence ne s'est toutefois pas réalisé sans difficultés opérationnelles. Malgré un transfert des moyens auparavant dévolues à la Commission, « le traitement des saisines dans les délais s'est dès lors effectué en flux tendu, parfois au détriment d'autres missions de la Haute Autorité²¹⁰ ».

²⁰⁶ Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale après engagement de la procédure accélérée de transformation de la fonction publique, présenté par Madame Catherine Di Folco et Monsieur Loïc Hervé, Commission des Lois, Sénat, p 159.

²⁰⁷ *Le président de la Haute Autorité se félicite de la fusion en vue avec la Commission de déontologie de la fonction publique, Acteurs publics*, 10 mai 2019.

²⁰⁸ Article 35 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

²⁰⁹ Article 23 loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

²¹⁰ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Rapport d'activité 2020, Bilan de la première année de mise en œuvre des contrôles déontologiques issus de la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, p 29.

Certes, la fusion ne modifie pas la nature du contrôle opéré, toutefois celui-ci est recentré sur les situations les plus à risques d'un point de vue déontologique et est renforcé grâce aux moyens d'une autorité administrative indépendante (II).

II. Un contrôle exercé en collaboration avec l'autorité territoriale

De cette fusion naît un nouveau système de contrôle qui s'articule entre l'autorité territoriale et la Haute Autorité. Deux ans après sa mise en œuvre, il est intéressant d'observer, sur le plan opérationnel, la manière dont cela a été appréhendé par les acteurs de la vie publique locale.

A. Une concentration du contrôle sur les situations les plus à risque

Parmi les objectifs de la fusion, l'on compte celui de « *recentrer le contrôle des départs vers le secteur privé ("pantouflage") et des cumuls d'activités sur les cas les plus sensibles*²¹¹ ». Aussi, la saisine de la Haute Autorité est obligatoire pour certains fonctionnaires parmi lesquels, dans la sphère publique locale, « *les directeurs généraux des services des régions, des départements, des communes de plus de 40 000 habitants et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 40 000 habitants*²¹² ». Ce sont les agents publics déjà soumis à l'obligation de déclarer leurs intérêts « *occupant un emploi dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient*²¹³ » qui doivent se soumettre à ce contrôle obligatoire, dans l'hypothèse où ils décideraient de travailler dans le secteur privé. Il s'agit de leur niveau élevé dans la hiérarchie, les exposant plus fortement au risque pénal, qui justifie le caractère obligatoire du contrôle.

Le décret du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique décrit les critères pour qualifier ou non le futur emploi dans le secteur privé de compatible avec l'ancien emploi d'agent public. Ainsi, la future activité dans le secteur privé par l'agent poursuivi « *doit être compatible*

²¹¹ Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale après engagement de la procédure accélérée de transformation de la fonction publique, présenté par Madame Catherine Di Folco et Monsieur Loïc Hervé, Commission des Lois, Sénat, p 155.

²¹² Article 10 du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.

²¹³ Article 34 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

avec ses obligations de service. Elle ne doit, en outre, ni porter atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance, à la neutralité du service ou aux principes déontologiques mentionnés au chapitre IV de la même loi, ni placer l'intéressé en situation de méconnaître les dispositions de l'article 432-12 du code pénal²¹⁴ ». La Haute Autorité opère un contrôle global prenant en compte les trois dernières années d'exercice de fonction publique, « même si l'agent concerné a occupé, au cours des trois dernières années, un autre emploi ne relevant pas de l'article 2 du décret n° 2020-69²¹⁵ ». Le contrôle du rétro-pantouflage constitue une des nouveautés de la loi de transformation de la fonction publique. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle un agent revient dans la fonction publique après avoir été dans le secteur privé. Ce contrôle appartient à la Haute Autorité en vertu de l'article L124-8 du Code Général de la Fonction Publique²¹⁶. Dans la fonction publique territoriale, ce contrôle obligatoire concerne les « emplois de directeur général des services des régions, des départements, des communes de plus de 40 000 habitants et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 40 000 habitants²¹⁷ ».

Cette compatibilité recouvre donc l'absence de méconnaissance des obligations déontologiques ainsi que l'absence de méconnaissance des dispositions de l'article 432-13 du Code Pénal, qui définit le délit de « pantouflage ». Le contrôle déontologique s'emploie à vérifier que l'obligation générale de prévention des conflits pesant sur les agents publics n'a pas été méconnue ainsi que les principes déontologiques tels que la dignité, la probité et l'intégrité²¹⁸. Si l'autorité territoriale ne saisit pas la Haute Autorité, alors ces agents sont habilités à la saisir directement.²¹⁹ Le contrôle de la Haute Autorité est ainsi double, et l'avis qui en découle peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Concernant le contrôle de l'absence de délit de pantouflage, le Conseil d'État a considéré, dans un arrêt du 4 novembre 2020, que la Haute Autorité, par son contrôle, ne doit pas vérifier si l'agent est en situation réelle d'infraction, mais « apprécier le risque qu'ils puissent l'être et de se prononcer de telle

²¹⁴ Article 6 décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.

²¹⁵ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Guide déontologique 2021, p 79.

²¹⁶ La loi de transformation de la fonction publique a modifié l'article 25 octies qui a été codifié dans le Code Général de la Fonction Publique.

²¹⁷ Article L124-8 du Code Général de la Fonction Publique.

²¹⁸ Article L121-1 du Code Général de la Fonction Publique.

²¹⁹ Article 22 du Décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.

sorte qu'il soit évité à l'intéressé comme à l'administration d'être mis en cause²²⁰ ». L'objectif du contrôle est donc d'écartier tout risque pénal pour l'agent et l'Administration.

La conséquence de ce contrôle obligatoire seulement pour certains agents est de diminuer la charge de travail pour la Haute Autorité, afin de réaliser un travail plus adapté aux réalités. Comme le souligne Alexandre Lesage, *«la Haute Autorité quant à elle, dans ses nouvelles attributions, se concentre plus sur les situations à risque, et est donc moins engorgée de demande. »²²¹*

B. Un contrôle visant à responsabiliser l'autorité territoriale

L'article 3 du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique précise que dans les collectivités territoriales, il appartient à l'autorité territoriale d'exercer ce contrôle. Celui-ci s'applique à tous les autres agents publics qui ne sont pas soumis à la saisine obligatoire de la Haute Autorité. Celui-ci doit fournir les informations nécessaires au contrôle, à l'autorité territoriale qui peut lui demander des informations supplémentaires²²². Dans la fonction publique territoriale, les agents sollicitant le plus une poursuite d'activité dans le secteur privé sont les agents de catégorie C. Ils représentaient 60,45% des demandes en 2019²²³.

Le contrôle est le même que celui opéré par la Haute Autorité. Néanmoins, l'autorité territoriale peut rencontrer des difficultés dans son appréciation de la compatibilité entre le nouvel emploi et les anciennes fonctions publiques. C'est pourquoi le législateur a élaboré un système de saisine facultative, en vertu du principe de subsidiarité selon lequel la Haute Autorité intervient si le contrôle à l'échelon le plus proche de la situation n'est pas possible. Dès lors, si l'autorité territoriale est confrontée à un doute sérieux, elle saisit sans délai le déontologue de sa collectivité. Ce dernier doit éclairer la décision d'autoriser ou non la demande de poursuite d'activité dans le secteur privé. Si l'intervention du déontologue ne suffit pas à balayer ce doute, alors l'autorité territoriale saisit la Haute Autorité²²⁴.

²²⁰ CE, 4 novembre 2020, n°440963, Publié au recueil Lebon, considérant 9.

²²¹ Cette citation est issue de l'entretien réalisé avec Alexandre Lesage le 9 décembre 2021. Cet entretien est à retrouver en annexe 3.

²²² Article 24 du Décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.

²²³ Commission de déontologie de la fonction publique, Rapport d'activité 2019, p 23.

²²⁴ Article 25 du Décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.

L'objectif affiché par le législateur est bien d'internaliser le contrôle au sein des administrations. Parmi les axes de la loi de transformation de la fonction publique, le quatrième « *favoriser la mobilité et accompagner les transitions professionnelles des agents publics dans la fonction publique et le secteur privé*²²⁵ » donne la tonalité de cette loi. C'est surtout concernant la haute fonction publique que cette réorganisation suscite le débat. Dans un article, *Fonction publique : c'en est fini de la déontologie !* publié sur le site internet de Médiapart, le journaliste Laurent Mauduit critique de manière virulente cette décentralisation du contrôle qui selon lui « *peut faire peser un risque de corruption sur toute la haute fonction publique, ou en tout cas distiller un soupçon permanent sur elle.*²²⁶ » D'autres, plus mesurés, considèrent que cette réorganisation est « *déséquilibrée* »²²⁷, voire que « *le contrôle proposé par la loi est incontestablement allégé et le retour au pénal risque d'être douloureux*²²⁸ »

Cette déconcentration fait peser sur l'autorité territoriale la majeure partie du contrôle. Toutefois, la Haute Autorité, à travers la voix d'Alexandre Lesage considère que « *certes, plus de contrôles s'exercent au niveau des collectivités. Mais celles-ci sont parfois plus à même d'exercer le contrôle en vertu du principe de subsidiarité qui vise à instruire au plus proche, et donc au niveau d'une meilleure connaissance de la situation des agents*²²⁹ ». Il souligne également que la Haute Autorité n'a pas abandonné les autorités territoriales à leur responsabilité. En effet, le bilan est même positif quelques mois après les attributions de la Commission à la Haute Autorité. Depuis cette fusion, Alexandre Lesage observe d'une part, « *que ce nouveau contrôle correspond aux capacités de la Haute Autorité. D'autre part, les autorités territoriales se sont appropriées le contrôle quand bien même il y ait eu quelques couacs*²³⁰ ». Le rapport d'activité de la Haute Autorité pour l'année 2020 rapporte que seules deux saisines ont été effectuées par les autorités hiérarchiques, suite à des difficultés d'appréciation dans le contrôle des

²²⁵ Titre IV de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

²²⁶ Médiapart, Laurent Mauduit, *Fonction publique : c'en est fini de la déontologie !* 27 septembre 2019.

²²⁷ DYENS.S, avocat associé au Cabinet GOUTTAL, ALIBERT et ASSOCIES Les nouveaux contrôles déontologiques dans la fonction publique territoriale, AJCT 2020, 16 avril 2020, p 199.

²²⁸ DIDIER J-P, Professeur de Droit public Université Aix-Marseille, *Pantouflage et déontologie dans la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 41, 14 Octobre 2019, 2275, p 4.

²²⁹ Cette citation est issue de l'entretien réalisé avec Alexandre Lesage le 9 décembre 2021. Cet entretien est à retrouver en annexe 3.

²³⁰ *Ibid.*

mobilités entre secteur privé et public²³¹. Dans son rapport d'activité de l'année 2020, la Haute Autorité précise qu'elle a rendu 465 avis sur des mobilités entre secteur public et privé. Parmi eux, seuls 5,4% étaient des avis d'incompatibilité²³². En définitive, selon Alexandre Lesage, « *les autorités territoriales ont mieux compris les principes de la saisine. Il y a eu beaucoup de communication de la part de la Haute Autorité auprès des associations d'élus et des employeurs territoriaux*²³³ ». Cette communication passe également par le site internet de la Haute Autorité qui dédie un espace à destination de chaque acteur au contrôle²³⁴.

C'est bien la communication qui, aujourd'hui, guide l'action de la Haute Autorité. En effet, le mouvement porté par le législateur n'a pas contribué, seul, à l'imposer dans le paysage des autorités administratives indépendantes. Sa force réside dans sa capacité à travailler avec les acteurs publics locaux, grâce ses attributions législatives et au réseau de déontologues qui s'est progressivement développé (Chapitre II).

²³¹ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Rapport d'activité 2020, Bilan de la première année de mise en œuvre des contrôles déontologiques issus de la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, p 28.

²³² *Ibid* p 27.

²³³ Cette citation est issue de l'entretien réalisé avec Alexandre Lesage le 9 décembre 2021. Cet entretien est à retrouver en annexe 3.

²³⁴ Haute Autorité pour la transparence de vie publique, site internet, espace déclarant, mobilité public/privé.

Chapitre II - La collaboration spontanée de la Haute Autorité avec les collectivités territoriales

Le renouvellement des missions de la Haute Autorité trouve sa source dans son ambition de s'imposer par elle-même comme l'autorité de principe en matière de prévention des conflits d'intérêts.

Elle diffuse ses idées à la fois dans les collectivités territoriales (Section I) et auprès du législateur. Ses propositions de modifications législatives sont le fruit de son travail avec les collectivités territoriales dans l'optique d'améliorer le dispositif juridique de lutte contre les conflits d'intérêts (Section II).

Section I - La diffusion de sa doctrine auprès des collectivités territoriales

Comme le rappelle Elise Untermaier-Kerléo, « *la déontologie n'est pas une fin en soi. (...) Elle consiste à sécuriser l'action publique en mettant en place des dispositifs permettant de prévenir les atteintes à la probité et les situations de conflits d'intérêts*²³⁵ ». Pour permettre à cette culture déontologique de se développer, le législateur, à travers la loi du 20 avril 2016, a créé la fonction de référent déontologue. Une collaboration spontanée s'est ainsi mise en œuvre entre la Haute Autorité et les différents déontologues présents en collectivité, permettant l'épanouissement de cette culture au sein des collectivités territoriales (I). Cette collaboration est indispensable pour harmoniser les pratiques de conseil déontologique au sein des collectivités territoriales (II).

I. Une collaboration progressive de la Haute Autorité avec les déontologues en collectivités territoriales

Un droit statutaire des agents publics à bénéficier du conseil déontologique a été institué par la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Ce droit s'est

²³⁵ UNTERMAIER-KERLEO. E, Maîtresse de conférences en Droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3, *Guide pratique de la déontologie des élus locaux*, AJCT 2020, 24 septembre 2020, p 416.

matérialisé à travers la fonction de référent déontologue. De manière progressive, la loi a imposé son recours pour les agents publics et les élus.

A. Un développement graduel de la fonction de déontologue

L'article 1 de loi du 11 octobre 2013 dispose que « *Les membres du Gouvernement, les personnes titulaires d'un mandat électif local ainsi que celles chargées d'une mission de service public exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts* ». Cette obligation pèse à la fois sur les élus locaux et les agents publics en collectivités territoriales. La loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits des obligations des fonctionnaires, suit le mouvement initié par le législateur en 2013 en consacrant un droit au conseil déontologique pour les agents publics²³⁶. Ce droit a également été consacré pour les élus à travers la loi du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale dite loi 3DS²³⁷.

La déontologie correspond à « *la science du devoir à accomplir*²³⁸ ». D'un point de vue matériel, cette science implique le respect des règles en matière de prévention des conflits d'intérêts. D'un point de vue organique, elle doit être mise en œuvre par les agents public avec l'appui du référent déontologue. Celui-ci exerce principalement une mission de conseil déontologique, mais il peut être amené à exercer des missions secondaires telles que l'accueil de signalement dans le cadre de sa fonction de

²³⁶ L'article 28 bis de la Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. a été abrogé et est désormais prévu à l'article L124-2 du Code Général de la Fonction Publique qui dispose que « *Tout agent public a le droit de consulter un référent déontologue, chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques mentionnés aux chapitres I à III et au présent chapitre. Cette fonction de conseil s'exerce sans préjudice de la responsabilité et des prérogatives du chef de service.* »

²³⁷ L'article 218 de la loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale modifie l'article L. 1111-1 du Code Général des Collectivités Territoriales qui dispose désormais que « *Tout élu local peut consulter un référent déontologue chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des principes déontologiques consacrés dans la présente charte.* »

²³⁸ VILLENEUVE.P, Directeur régional des achats à la Préfecture de région Bretagne et déontologue à la Région Bretagne, *Loi « Déontologie » : la fonction de déontologue, mode d'emploi à l'usage des collectivités territoriales*, AJCT 2016, 15 juin 2016, p 307.

réfèrent alerte²³⁹ et de réfèrent laïcité²⁴⁰. Il peut être désigné de deux manières. Pierre Villeneuve, déontologue à la Région Bretagne, précise les deux choix auxquels sont confrontées les collectivités. Elles peuvent soit « *recourir à une personne extérieure à la collectivité territoriale (...) soit confier cette fonction à un agent de la collectivité en le soumettant à des obligations renforcées d'indépendance, d'impartialité et de secret professionnel*²⁴¹ ». Cette fonction peut s'exercer seul ou sous la forme d'un collègue²⁴². Concernant le choix du déontologue, Patrick Wachsmann, Professeur de droit public et déontologue à la ville de Strasbourg, considère que la difficulté réside « *dans la recherche (...) d'une distance raisonnable entre le déontologue (ou le collègue en charge de la déontologie (...)) et les personnes avec lesquelles il travaille sous le regard de l'opinion publique*²⁴³ ».

L'objectif de la création du statut de déontologue dans la fonction publique est dans un premier temps d'amener les agents publics à « *porter une plus grande attention à leurs obligations déontologiques*²⁴⁴ ». De même, l'ambition du dispositif de déontologue est de faire en sorte que « *des situations cessent de paraître « naturelles » pour faire l'objet d'interrogations nouvelles*²⁴⁵ ». En d'autres termes, il s'agit de créer un « réflexe déontologique » qui contribuerait à l'instauration d'une véritable culture déontologique dans la sphère publique. Cette figure qui s'est développée dans certaines collectivités dès 2014, à l'image de la nomination de Patrick Wachsmann au poste de déontologue de la Ville de Strasbourg, a bénéficié d'une véritable assise statutaire avec la loi du 20 avril 2016. Des garanties visant à la fois son autonomie hiérarchique²⁴⁶ et matérielle²⁴⁷ ont été apportées par décret. Concernant la mise en œuvre

²³⁹ Article 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

²⁴⁰ Circulaire ministérielle n° RDFS1708728 C, du 15 mars 2017, relative au respect du principe de laïcité dans la fonction publique.

²⁴¹ VILLENEUVE.P, Directeur régional des achats à la Préfecture de région Bretagne et déontologue à la Région Bretagne *Loi « Déontologie » : la fonction de déontologue, mode d'emploi à l'usage des collectivités territoriales*, AJCT 2016, 15 juin 2016, p 307.

²⁴² Article 2 du Décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au réfèrent déontologue dans la fonction publique publié au JORF n°0087 du 12 avril 2017.

²⁴³ HUSSON-TROCHAIN. C, VILLENEUVE. P, WACHSMANN. P, *Profession : Déontologue de collectivité*, AJCT 2016, 13 juillet 2016, p 387.

²⁴⁴ MENEMENIS.A, Conseiller d'Etat, *Déontologie : une affaire de culture*, AJDA 2020, 13 avril 2020, p 776.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Article 4 du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au réfèrent déontologue dans la fonction publique.

²⁴⁷ Article 6 du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au réfèrent déontologue dans la fonction publique.

de ce droit au conseil déontologique, il appartient au centre de gestion de le rendre effectif²⁴⁸. La loi a laissé libres les collectivités territoriales dans la mise en œuvre de cette fonction. Les responsables administratifs doivent « *adapter leur périmètre définitif des fonctions de « leur » déontologue à leurs besoins, leurs volontés et aux spécificités de leur organisation respective*²⁴⁹ ». Un socle minimum de compétence est toutefois prévu par la loi²⁵⁰.

Cette fonction nécessite évidemment des compétences juridiques et des connaissances techniques du fonctionnement d'une collectivité territoriale. « *Unipersonnel, souple, réactif, doté d'une bonne connaissance de l'organisme auquel il serait rattaché, le déontologue doit en effet jouer le rôle de tiers de référence, voire de « confident déontologique » pour la personne concernée comme pour son autorité hiérarchique*²⁵¹ ». C'est dans ces termes que la Commission Sauvé, dès 2011, avait précisé les qualités attendues d'un déontologue, estimant déjà qu'il était opportun de créer un système décentralisé de contrôle déontologique. Samuel Dyens s'inscrit dans la lignée des attentes de la Commission Sauvé, en dessinant le double portrait du déontologue : « *tout à la fois expert et expérimenté*²⁵² ». Il doit être en mesure de réaliser un travail de veille juridique aussi bien au sujet de la jurisprudence administrative et pénale qu'au sujet des dernières évolutions législatives. La formation des déontologues est donc nécessaire compte-tenu des évolutions législatives et jurisprudentielles ainsi qu'au regard des difficultés pratiques qu'ils peuvent rencontrer. Des déontologues formés sont un gage de réussite pour le dispositif déontologique au sein des collectivités territoriales. Toutefois, comme le souligne Samuel Dyens s'agissant de cette formation « *la loi et le décret sont restés silencieux sur le sujet, laissant les collectivités territoriales libres de s'investir ou non dans le dispositif*²⁵³ ». L'on constate, en pratique, que le Centre National de la Fonction Publique Territoriale s'est emparé de cette compétence, proposant

²⁴⁸ Article 80 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

²⁴⁹ DYENS, S, GOUTTAL, Y, *Agir en toute transparence dans la vie publique locale*, 1ère édition, Dalloz, p 152.

²⁵⁰ Il s'agit des articles 25 à 28 de la loi du 13 juillet correspondant désormais au « *Chapitre Ier : Obligations générales (Articles L121-1 à L121-11)* » du Code Général de la Fonction Publique.

²⁵¹ Rapport « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dite Commission Sauvé, initiée par le décret n°2010-1072 du 10 septembre 2010, p 93.

²⁵² DYENS, S, GOUTTAL, Y, tous les deux avocats associés au Cabinet GOUTAL, ALIBERT et ASSOCIES *Agir en toute transparence dans la vie publique locale*, 1ère édition, Dalloz, p 160.

²⁵³ *Ibid.*

ainsi des stages à destination des administrations et de leur déontologue, avec le concours de la Haute Autorité²⁵⁴.

Cette collaboration s'est approfondie sous l'impulsion de la loi de transformation de la fonction publique qui permet à l'autorité hiérarchique de saisir le déontologue si elle rencontre un doute quant à la compatibilité de la mobilité d'un agent public avec ses fonctions, ce dernier pouvant également saisir la Haute Autorité.

B. Une première reconnaissance législative du travail commun de la Haute Autorité avec les déontologues

Comme le soutient Alexandre Lesage, la collaboration entre déontologues et Haute Autorité s'est réalisée de manière spontanée dans la mesure où « *il n'existe pas de rapport substantiel, ni de lien organique avec le réseau de déontologues en France*²⁵⁵ ». Seule la loi du 20 avril 2016 a, une première fois, prévu une rencontre entre la Haute Autorité et les déontologues, dans le cadre de séances de délibération. Il s'agit de l'article 19 de la loi du 11 octobre 2013 qui prévoit la présence d'un déontologue de l'administration dont relève la personne contrôlée. Cette présence ne lui donne toutefois pas « *voix délibérative*²⁵⁶ ».

C'est avant tout la loi de transformation de la fonction publique qui consacre le dialogue entre les deux institutions. Pour rappel, le déontologue fait partie de la chaîne de contrôle des mobilités entre le secteur public et privé. Ce contrôle est exercé de manière subsidiaire par le déontologue et la Haute Autorité, dans l'hypothèse où l'autorité territoriale n'est pas en mesure de le réaliser seule. Cette évolution contribue à renforcer le rôle du déontologue qui devient l'interlocuteur entre l'autorité territoriale et la Haute Autorité. En effet, comme le souligne Maître Didier, l'apport principal de cette loi est en effet d'« *obliger les employeurs publics à nommer un référent déontologue ce qui n'a pas été fait*

²⁵⁴ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Rapport d'activité 2020, p 81 : « *Elle a ainsi été sollicitée en 2020 par le Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT) pour participer à la troisième édition de son cours en ligne (ou MOOC), développé en partenariat avec la plateforme Fun-Mooc, consacré aux « Procédures déontologiques dans la fonction publique »* ».

²⁵⁵ Cette citation est issue de l'entretien réalisé avec Alexandre Lesage le 9 décembre 2021. Cet entretien est à retrouver en annexe 3.

²⁵⁶ Il s'agit de l'article 19 loi du 11 octobre 2013 modifié par la loi du 20 avril 2016.

de manière généralisée par tous les employeurs publics²⁵⁷ ». En exigeant un référent déontologue pour les contrôles des mobilités entre secteur public et privé, le législateur implante sa présence de manière obligatoire et contribue à l'effectivité du droit au conseil déontologique. Néanmoins, ce nouveau rôle du déontologue ne doit pas altérer la confiance qui doit résider dans cette fonction. Aussi, des mesures doivent être « prises pour ne pas détruire le lien de confiance entre le référent et les agents. Les agents doivent être certains que lorsqu'ils s'adressent à leur référent, ce dernier n'ira pas « rapporter » leurs questions à l'autorité hiérarchique²⁵⁸ ».

Ce nouveau travail commun délimite les contours d'un système dans lequel la Haute Autorité organise le travail des déontologues autour du sien (II).

II. Une collaboration nécessaire pour harmoniser les doctrines en matière de contrôle déontologique

Même si cette organisation n'est pas consacrée par la loi, le modèle qui se développe en pratique s'articule autour d'une autorité centrale encadrant un réseau décentralisé de déontologues. Cette idée s'est imposée par elle-même au regard de la fonction d'interlocuteur de proximité que représentent les déontologues. Néanmoins, cette mise en réseau n'est ni évidente, ni achevée.

A. La Haute Autorité en charge de diffuser sa doctrine auprès des déontologues

Il apparaît primordial que le travail de la Haute Autorité soit connu des déontologues afin de diffuser une doctrine harmonisée. Une charte de déontologie peut être rédigée par le déontologue présent en collectivité, sous le prisme des conseils de la Haute Autorité. Cette charte a vocation à encadrer « certaines pratiques qui, sans être formellement interdites par la loi, exposent l'élu ou la collectivité à des

²⁵⁷ DIDIER J-P, Professeur de Droit public Université Aix-Marseille *Pantouflage et déontologie dans la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 41, 14 Octobre 2019, 2275, p 4.

²⁵⁸ MONDOU. C, NICQ. C, SAISON. J, UNTERMAIER-KERLEO. E, *Le nouveau cadre déontologique des agents publics : avancées et risques*, p 8. Intervention retranscrite et issue du colloque *La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique : Quelles nouvelles perspectives pour la fonction publique ?* organisé à Lille, p 7-8.

*risques juridiques élevés*²⁵⁹ ». C'est dans le cadre de sa mission de conseil déontologique que la Haute Autorité intervient à travers un avis, contribuant à la rédaction de la charte.

Le moyen principal dont s'est emparé la Haute Autorité pour mener à bien cette harmonisation est la publication de deux rapports à destination de tous les acteurs de la vie publique. Les déontologues ont ainsi à leur disposition un document pédagogique qui détaille les méthodes d'identification des conflits d'intérêts et contribue à leur formation. Ils sont en effet écrits de manière à être effectifs et opérationnels. Le premier guide publié en 2019 s'intitule *Manuel à l'usage des responsables publics et des référents déontologiques*. Alexandre Lesage évoque ainsi les retours positifs de ce premier guide, en particulier « sur les chartes de déontologie et la cartographie des risques, dont l'Autorité Française Anticorruption est également en charge ». Le second publié en 2021 s'intitule *Contrôle et prévention des conflits d'intérêts*.

Ces deux guides sont commandés par la volonté de la Haute Autorité de dégager une doctrine unique. Selon la formule de Patrick Wachsmann, la Haute Autorité a « vocation à donner le la²⁶⁰ ». À titre d'exemple, le conflit d'intérêts entre intérêts publics n'a pas fait consensus et était difficilement appréhendé par les responsables administratifs et les déontologues. Or, la loi le sanctionne au titre de l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013. Le conflit d'intérêts entre intérêts publics correspond à l'hypothèse où un individu aurait une fonction élective dans un organisme de droit public ainsi qu'une fonction administrative dans un autre organisme de droit public. Il peut également s'agir de fonction d'un organisme de droit privé du secteur public²⁶¹. Dans son second guide, la Haute Autorité précise sa position à ce sujet. Tout en rappelant qu'il s'agit d'une spécificité française, la Haute Autorité délimite deux zones où cohabitent des intérêts publics : le secteur public *stricto sensu* et le secteur public élargi²⁶² dont découlent deux niveaux de risques. Le contrôle porte sur la contrariété ou non entre ces intérêts. Cette contrariété s'apprécie eu égard au degré de convergence de ces intérêts et du caractère personnel ou non de l'intérêt. Si les intérêts publics sont convergents, alors le risque de conflit

²⁵⁹ UNTERMAIER-KERLEO, E, Maîtresse de conférences en Droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3, *Guide pratique de la déontologie des élus locaux*, AJCT 2020, 24 septembre 2020, p 416.

²⁶⁰ HUSSON-TROCHAIN, C, VILLENEUVE, P, WACHSMANN, P, *Profession : Déontologue de collectivité*, AJCT 2016, 13 juillet 2016, p 387.

²⁶¹ *Ibid* p 25.

²⁶² Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, *Guide déontologique 2021*, p 23.

d'intérêts est neutralisé. La Haute Autorité souligne que les zones à risques sont plus présentes dans le cadre du secteur public élargi et doivent pousser les individus à se déporter pour éviter l'exposition au risque pénal.

Des divergences de position à ce sujet peuvent exister, l'exemple du conflit entre intérêts publics en est une illustration. Patrick Wachsmann à ce sujet considère que « *les intérêts publics ne peuvent pas entrer en conflit, ils sont toujours complémentaires. Il existe parfois des cas marginaux* », tout en observant que la Haute Autorité a assoupli sa position à ce sujet. Le secteur public élargi constitue une véritable zone à risques déontologique et pénal puisque les organismes dits parapublics sont amenés à travailler avec les collectivités territoriales. Le guide déontologique prend l'exemple d'un responsable public, président d'une association, qui prend une décision la concernant, en sa qualité d'élu. En vertu des dispositions de l'article 432-12 du Code Pénal, « *il commet un délit de prise illégale d'intérêts qui l'expose à des risques déontologiques*²⁶³ ». Dans cette hypothèse-là, l'élu doit se déporter de la réunion pour éviter toute exposition à un risque pénal²⁶⁴.

La doctrine de la Haute Autorité se nourrit aussi des propositions et des témoignages des déontologues. Dans chaque rapport d'activité, elle réalise des propositions pour améliorer l'état du droit, en prenant en compte les réalités pratiques de l'application de la règle de droit. Le déontologue devient donc le principal relais de cette doctrine puisqu' « *il assure réellement, avec des moyens substantiels, un rôle pédagogique indispensable d'information et de sensibilisation auprès des agents*²⁶⁵ ». Comme le souligne Maître Didier, en 2017, au moment de la promulgation du décret du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique, les comportements des déontologues « *risquent aussi de différer grandement selon la vision qu'ils auront de leurs fonctions*²⁶⁶ ».

La Haute Autorité a donc tout intérêt à encadrer les pratiques en collectivités, à travers une mise en réseau des déontologues en collectivités territoriales afin d'accompagner le changement de pratiques.

²⁶³ *Ibid* p 27.

²⁶⁴ Des nouvelles règles de déport ont été précisées par la loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale. Nous aborderons ce point plus en détail dans la Section II du Chapitre II du Titre II.

²⁶⁵ FERSTENBERT, J., Professeur émérite de droit public à l'Université d'Orléans, *Le référent déontologue dans les collectivités territoriales*, AJDA 2020, 13 avril 2020, p 783.

²⁶⁶ DIDIER J-P, Avocat et Professeur de Droit public Université Aix-Marseille, *Le référent déontologue : un super-héros sans super-pouvoir*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 24, 19 Juin 2017, p 2156.

B. La Haute Autorité en charge de coordonner une future mise en réseau des déontologues

La collaboration entre déontologue et Haute Autorité apparaît donc indispensable pour faire en sorte que ce système décentralisé fonctionne de manière harmonieuse. La Commission Sauvé, en 2011, avait projeté le modèle du déontologue, articulé autour du travail d'une autorité déontologique qui encadrerait leur mission : « *Les déontologues propres à chaque institution ou organisme seraient l'échelon « de droit commun » d'aide à la décision, de conseil et de prévention en matière de déontologie et de conflits d'intérêts*²⁶⁷ ». Cette idée constitue la première réflexion vers une mise en réseau des déontologues faisant de la Haute Autorité l'échelon d'exception. Cette mise en réseau ne va pas de soi puisque comme l'évoque Nicolas Demontrond, « *l'animation du réseau de référents déontologues par la HATVP n'emprunte pas le schéma classique de direction des services administratifs : la HATVP et les référents sont en principe des instances indépendantes les unes des autres*²⁶⁸. »

Néanmoins, la Haute Autorité a naturellement commencé à rencontrer ces déontologues. Alexandre Lesage témoigne que « *les échanges se sont multipliés de manière spontanée pour garantir une harmonie dans l'application de la doctrine*²⁶⁹ ». Cette volonté d'harmonisation est également partagée par Patrick Wachsmann qui rappelle que des rapports informels existent entre la Haute Autorité et les déontologues²⁷⁰, dans l'hypothèse où ils rencontreraient des difficultés. Au moment de leur nomination, « *les déontologues se présentent auprès de la Haute Autorité (...) dans l'optique de leur transmettre de la documentation nécessaire à leur fonction*²⁷¹ ». En outre, les prémices d'une mise en réseau sont apparues dès

²⁶⁷ Rapport « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dite Commission Sauvé, initiée par le décret n°2010-1072 du 10 septembre 2010, p 93.

²⁶⁸ DEMONTROND, N, docteur de l'Université Paris 11 Panthéon-Assas, chargé d'enseignements à l'Université du Littoral Côte d'Opale, *La montée en puissance des référents déontologues*, AJFP 2020, 29 octobre 2020, p 298.

²⁶⁹ Cette citation est issue de l'entretien réalisé avec Alexandre Lesage le 9 décembre 2021. Cet entretien est à retrouver en annexe 3.

²⁷⁰ Cette citation est issue de l'entretien réalisé avec Patrick Wachsmann le 6 décembre 2021. Cet entretien est à retrouver en annexe 2. « *En outre, si le déontologue est confronté à une question, il peut la poser à la Haute Autorité de manière informelle.* »

²⁷¹ Cette citation est issue de l'entretien réalisé avec Alexandre Lesage le 9 décembre 2021. Cet entretien est à retrouver en annexe 3.

2018 avec l'organisation d'une *Rencontre annuelle des référents déontologues de la sphère publique*. Depuis sa création la Haute Autorité en a organisé trois.²⁷² En animant ces rencontres, elle affiche sa volonté de diffuser la culture de la probité au sein des collectivités territoriales, ces moments d'échanges y contribuant en partie.

À l'avenir, une réflexion devra être envisagée concernant la mise en réseau des déontologues en collectivité territoriale sous la direction de la Haute Autorité. La publication de guide est une première étape dans la coordination du réseau de déontologues en collectivités territoriales. Cette mise en réseau est opportune à plusieurs égards. D'une part, elle aiderait les déontologues à mettre à jour leurs connaissances. D'autre part et surtout, elle permettrait « *de partager les questionnements et les réponses à apporter, de diffuser les bonnes pratiques ou, au contraire, les attitudes à éviter et ce sera de nature, si ce n'est pas à standardiser à tout le moins d'harmoniser les pratiques sur le territoire*²⁷³ ». Dès 2017, la Haute Autorité, dans son rapport d'activité, formulait ce vœu à travers la : « *proposition n° 11 : Diffuser les bonnes pratiques entre les référents déontologues via la création d'un réseau des déontologues*²⁷⁴ ». Le travail initié sous la présidence de Jean-Louis Nadal est une première pierre à l'édifice.

L'absence de pouvoir de sanction de la Haute Autorité constitue toutefois l'obstacle principal à la mise en œuvre effective de cette coordination. En effet, comme l'affirme Nicolas Demontrond, cela « *l'empêche d'acquérir le statut d'autorité de régulation*²⁷⁵ ». En outre, concernant les actes administratifs de droit souple produits par la Haute Autorité, la question s'est posée de savoir dans quelle mesure ils s'imposent aux référents déontologues. En principe, un acte administratif doit avoir un caractère normatif pour faire l'objet d'un recours devant le juge administratif²⁷⁶. Une nouvelle question juridique

²⁷² Une première rencontre a été organisée le 17 mai 2018, une seconde rencontre le 19 septembre 2019 et enfin, la dernière rencontre s'est déroulée le 14 octobre 2021.

²⁷³ DYENS, S, GOUTTAL, Y, avocat associé au Cabinet GOUTTAL, ALIBERT et ASSOCIES, *Agir en toute transparence dans la vie publique locale*, 1ère édition, Dalloz, p 161.

²⁷⁴ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, *Rapport d'activité 2017*, p 132.

²⁷⁵ DEMONTROND, N, docteur de l'Université Paris 11 Panthéon-Assas, chargé d'enseignements à l'Université du Littoral Côte d'Opale, *La montée en puissance des référents déontologues*, AJFP 2020, 29 octobre 2020, p 298.

²⁷⁶ L'article L200-1 du Code des relations entre le public et l'administration donne une définition des actes administratifs entendus comme « *les actes administratifs unilatéraux décisifs et non décisifs* ». Concernant la définition des actes producteurs d'effets juridiques, la « *jurisprudence n'en offre pas d'avantage* » selon les termes de Jacques PETIT et Laurent FRIER dans *Droit Administratif* 13^e édition 2019-2020, p 360.

s'est ainsi posée au juge administratif concernant les actes des autorités administratives indépendantes. Il a d'abord reconnu que les actes de ces autorités, dès lors qu'ils aboutissaient à une sanction, étaient susceptibles de recours²⁷⁷, les actes de la Haute Autorité ne rentrant toutefois pas dans cette hypothèse.

Cette position a évolué à la faveur de deux arrêts²⁷⁸ rendus en 2016. Le Conseil d'État a ainsi reconnu que les actes de droit souple émis par les autorités administratives indépendantes pouvaient l'objet d'un recours pour excès de pouvoir « *lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent*²⁷⁹ ». Ce raisonnement concernait en particulier les communiqués de presse de l'Autorité des Marchés Financiers dans la mesure où ils peuvent « *produire des effets économiques notables et (...) de conduire des investisseurs à modifier de manière significative leur comportement vis-à-vis des produits qu'ils désignent*²⁸⁰ ». Nicolas Demontrond questionne même la pertinence d'une application de cette jurisprudence aux guides déontologiques produits par la Haute Autorité : « *une sanction des référents en cas de non-respect de ces guides est difficilement concevable (les conseils sont confidentiels et les avis ne lient pas)*²⁸¹ ».

Le droit au conseil déontologique pour les élus, consacré par la loi dite « 3DS », ouvre également la voie à une nouvelle réflexion en la matière. La demande de déontologues va augmenter, imposant aux collectivités leur instauration en leur sein. À noter que certaines collectivités ont déjà pris les devants en proposant un déontologue ou un collège de déontologie pour leurs élus locaux. Comme le note Amaury Brandalise, vice-président de l'Association des administrateurs territoriaux de France (AATF), ce développement de la figure du déontologue pour les élus implique de réfléchir à leur mise en réseau, « *il faudra alors se demander comment toutes ces instances se coordonnent, auprès de quels publics elles*

²⁷⁷ Conseil d'Etat, Le droit souple, étude annuelle 2013, p 106 : « *La méconnaissance d'un instrument de droit souple ne peut par elle-même servir de fondement à une sanction. Il suffit cependant que le droit souple soit susceptible d'être pris en compte dans une sanction, ou plus largement dans une décision aux conséquences défavorables pour la personne concernée, pour que son effectivité en soit renforcée* ».

²⁷⁸ CE, 21 mars 2016, Société Fairvesta International GMBH et autres ; CE, Ass, 21 mars 2016, Société NC Numericable.

²⁷⁹ *Ibid*, considérant 4.

²⁸⁰ *Ibid*, considérant 5.

²⁸¹ DEMONTROND. N, docteur de l'Université Paris 11 Panthéon-Assas, chargé d'enseignements à l'Université du Littoral Côte d'Opale, La montée en puissance des référents déontologues, AJFP 2020, 29 octobre 2020, p 298.

*interviennent*²⁸² ». L'idée semble infuser au sein de l'esprit des acteurs de la vie publique locale. Une rencontre a en effet été organisée par le centre de gestion du Nord sous l'impulsion de la Haute Autorité dans l'optique de faire naître des réflexions déontologiques dans la fonction publique territoriale²⁸³.

La Haute Autorité, dans sa mission de prévention des conflits d'intérêts, formule des propositions afin que l'arsenal juridique en la matière soit cohérent avec la réalité des pratiques en collectivités (Section II).

²⁸² « *Il faut bâtir une doctrine partagée de la déontologie du quotidien* » La Gazette des Communes, Entretien avec Amaury Brandalise, 8 mars 2022.

²⁸³ *Référents déontologiques : comment garantir leur indépendance ?* La Gazette des Communes, 10 février 2021.

Section II – L'influence grandissante de la Haute Autorité en matière de prévention des conflits d'intérêts en collectivités territoriales

À travers ses rapports d'activité annuels, la Haute Autorité propose de nouvelles réflexions dans le débat public, en particulier en matière de prévention des conflits d'intérêts dans la sphère publique locale. Le législateur a intégré certaines de ses propositions dans deux lois promulguées en 2021 et 2022²⁸⁴ (I). Cela n'empêche pas la Haute Autorité de conserver certaines attentes pour l'avenir, concernant notamment l'octroi d'un pouvoir de sanction administrative (II).

I. L'empreinte législative de la Haute Autorité

Cette empreinte législative est marquée par la volonté de la Haute Autorité de sécuriser la situation des élus locaux en les préservant de toute exposition injustifiée à un risque pénal.

A. **La nouvelle rédaction du délit de prise illégale d'intérêts à l'initiative de la Haute Autorité**

La rédaction du délit de prise illégale d'intérêts a suscité, depuis longtemps, beaucoup de critiques de la part des élus locaux. Celles-ci portaient à la fois sur le contenu de l'article 432-12 du Code Pénal que sur l'appréhension jurisprudentielle du délit²⁸⁵. Selon la formule de Maître Daoud et Maître de Castelbajac, ce délit constitue « une « épée de Damoclès » susceptible de paralyser la démocratie locale²⁸⁶ ». Ce risque pénal qui plane sur les élus est en effet parfois source de blocage institutionnel. La notion d'« intérêt quelconque²⁸⁷ » est peut-être le point cristallisant tous les reproches. Ce terme a servi d'appui au juge pénal pour caractériser la présence d'un délit de prise illégale d'intérêts sans que n'ait été mis en

²⁸⁴ Il s'agit d'une part, de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire publiée au JORF n° 0298 du 23 décembre 2021, et d'autre part, de la loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale publiée au JORF n° 0044 du 22 février 2022.

²⁸⁵ Ce point a été particulièrement abordé dans la première section du premier chapitre du titre premier.

²⁸⁶ DAOUD, E, DE CASTELBAJAC, E, tous les deux avocats au barreau de Paris dans le Cabinet Vigo, *Le délit de prise illégale d'intérêts enfin revisité*, AJ pénal 2022, 1^{er} mars 2022, p 64.

²⁸⁷ L'intérêt quelconque était la notion utilisée pour caractériser le délit de prise illégale d'intérêt avant la promulgation de la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

lumière un avantage tiré par l'élu. Plébiscitée par les élus et la doctrine, cette nouvelle rédaction du délit ne va pas de soi. Comme l'affirme Jérôme Lasserre Capdeville, « *il est vrai que réduire le champ d'application d'un délit intéressant notamment les élus est un sujet quelque peu sensible d'un point de vue politique*²⁸⁸ ». Pour rappel, le délit de prise illégale d'intérêts était ainsi défini à l'article 432-12 du Code Pénal : « *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, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction*²⁸⁹ ».

La Haute Autorité a plaidé auprès du législateur pour une nouvelle rédaction de ce délit. Cette proposition est d'abord issue des travaux de la Commission Sauvé²⁹⁰, la Haute Autorité s'inscrivant dans ses recommandations. Dans son rapport d'activité de l'année 2020, elle évoque l'appréciation sévère de la Cour de Cassation qui justifie, selon elle, une nouvelle réflexion sur les termes du délit de prise illégale d'intérêts. La Haute Juridiction avait ainsi admis que des délibérations et des votes réalisés par des élus représentants de la collectivité au sein d'une association étaient constitutifs d'un délit de prise illégale d'intérêts, même si aucun n'avantage n'avait été tiré par l'élu et la collectivité²⁹¹. Aussi, la Haute Autorité estime que le délit de prise illégale d'intérêts doit être modifié afin de sécuriser les situations des élus. Elle demande dans sa proposition numéro 2 que soit précisé « *à l'article 432-12 du code pénal, qu'est sanctionnée, non plus la prise d'un "intérêt quelconque", mais la prise d'un intérêt "de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité" de la personne* ». Cette prise de position de la Haute Autorité a nourri un débat législatif, présent depuis longtemps, et a abouti à l'adoption de la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans la vie judiciaire. Désormais, la notion d'intérêt quelconque est

²⁸⁸ LASSERRE CAPDEVILLE. J, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Strasbourg, *Loi Confiance dans l'institution judiciaire : modifications légales du contenu du délit de prise illégale d'intérêt*, AJCT 2022, 21 janvier 2022, p 4.

²⁸⁹ Article 432-12 du Code Pénal avant sa modification par la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans la vie judiciaire.

²⁹⁰ Rapport « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », Commission de réflexion pour la Prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dite Commission Sauvé, initiée par le décret n° 2010-1072 du 10 septembre 2010, p 100.

²⁹¹ Cass. Crim., 5 avril 2018, n° 17-81.912.

supprimée au profit de la notion d'« *intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité de la personne à qui est confiée l'administration ou la surveillance de la chose publique* ». Cette réécriture était attendue du fait de la large notion « *d'intérêt quelconque* » laissant place à une interprétation extensive des juges. Il convient d'observer à l'avenir quelle sera l'interprétation des juges de ce délit, et si l'ambition du législateur de mieux sécuriser les situations des élus sera consacrée.

Cette volonté de créer un cadre clair dans la sphère publique locale guide le travail de la Haute Autorité. Elle a ainsi alerté le législateur au sujet de la représentation des élus locaux dans des organismes extérieurs à la collectivité.

B. Un meilleur encadrement de la représentation des élus à la demande de la Haute Autorité

Le délit de prise illégale d'intérêts a posé des difficultés au regard des obligations de représentation des élus locaux au sein d'établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC), de sociétés d'économie mixte (SEM) ou de sociétés publiques locales (SPL). L'article L1524-5 du Code Général des Collectivités Territoriales pose le principe selon lequel « *toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales actionnaire a droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée* ».

Le cas particulier des élus siégeant au sein de ces établissements a été identifié et mis en lumière par la Haute Autorité dans son guide déontologique 2021²⁹². Elle les invite à se déporter de ces réunions afin qu'ils ne soient pas exposés à un risque de conflit d'intérêts et de prise illégale d'intérêts²⁹³. Dans son rapport d'activité 2020, elle soumet à proposition qu'une exception puisse être rédigée dans l'article 432-12 du Code Pénal. L'optique envisagée est celle de sécuriser leur participation à ces décisions,

²⁹² Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Guide déontologique 2021.

²⁹³ *Ibid* p 27.

tout en excluant de cette exception les « *cas des délibérations leur procurant un avantage personnel*²⁹⁴ ». La Commission des lois du Sénat a pris acte des recommandations faites par la Haute Autorité²⁹⁵.

Cette proposition a donc été reprise dans la loi du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale à l'article 217 qui modifie le Code Général des Collectivités Territoriales. Les objectifs de cet article sont multiples. Il s'agit d'une part de poser en principe que les élus représentant leur collectivité au sein des établissements visés par l'article L1524-5 du Code Général des Collectivités Territoriales ne soient pas en situation de conflit d'intérêts ou de prise illégale d'intérêts. D'autre part, il est apparu nécessaire de préciser les règles de déport concernant ces délibérations.

Ainsi, dans sa rédaction issue de la loi 3DS, l'article L1111-6 du Code Général des Collectivités Territoriales dispose que « *les représentants d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales 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, au sens de l'article L. 2131-11 du présent code, de l'article 432-12 du code pénal ou du I de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, 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* ». Les règles de déport sont précisées dans le paragraphe suivant de cet article.

Les élus doivent se déporter dès lors que des délibérations particulières portent sur l'attribution d'un contrat, d'une subvention ou d'une garantie d'emprunt²⁹⁶.

²⁹⁴ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Rapport d'activité 2020, p 51.

²⁹⁵ Rapport n°723 sur le projet de loi relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale, présenté par M. Mathieu Darnaud et Mme Françoise Gatel, Commission des Lois, Sénat, 30 juin 2021, p 252.

²⁹⁶ Article L1111-6 du Code Général des Collectivités Territoriales précise l'exception selon laquelle « *les représentants mentionnés au I du présent article 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 revêtant l'une des formes prévues au deuxième alinéa du I de l'article L. 1511-2 et au deuxième alinéa de l'article L. 1511-3, 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.* »

L'esprit de cet article est, comme l'affirme Maître Penaud, d'instaurer « *un régime protecteur consistant, sans modifier pour autant l'article 432-12, à garantir contre son application les élus représentant leur collectivité dans une structure publique de coopération intercommunale ou dans une structure privée contrôlée par la collectivité*²⁹⁷ ». Ce nouveau régime pour les élus siégeant dans les organismes « satellites » à la collectivité, ne les exonère néanmoins pas de leur responsabilité pénale²⁹⁸.

Le travail de la Haute Autorité a abouti à une modification de l'état du droit en matière de lutte contre les conflits d'intérêts. D'autres propositions ont été faites par la Haute Autorité au sujet de ses moyens de contrôle dans le cadre de ses missions de prévention des conflits d'intérêts.

II. Des attentes encore fortes vis-à-vis du législateur

La Haute Autorité est aussi force de proposition lorsqu'il s'agit de renforcer ses pouvoirs. La possibilité de rendre des sanctions administratives constitue sa première revendication afin de rendre effectif son contrôle.

A. **Le constat d'un nombre insuffisant de dépôt de déclarations**

La Haute Autorité fait le constat que le taux de dépôt initial des déclarations, c'est-à-dire le moment où la Haute Autorité déclare ouverte la procédure de dépôt de déclarations, n'est pas satisfaisant. S'agissant des maires, ce taux de dépôt à la date légale est de 46,8%²⁹⁹. Avant de sanctionner ce non-dépôt dans les temps, la Haute Autorité privilégie le dialogue. En 2020, la Haute Autorité a ainsi relancé 1538 déclarants du fait d'un oubli de dépôt de la déclaration³⁰⁰.

La Haute Autorité rappelle le risque de ne pas déposer à temps la déclaration d'intérêts, celui que la situation du contrôlé soit constitutive d'un conflit d'intérêts voire d'une prise illégale d'intérêts. Néan-

²⁹⁷ PENAUD.S, Avocat associé SCP Krust-Penaud, *Prise illégale d'intérêts : dernier acte de la réforme avec la loi 3DS*, site internet du cabinet, 16 mars 2022.

²⁹⁸ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Rapport d'activité 2020, p 51.

²⁹⁹ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Rapport d'activité 2020, p 70.

³⁰⁰ *Ibid* p 70.

moins, la réponse que représente la sanction pénale ne semble pas adaptée. D'un point de vue temporel, Alexandre Lesage déplore la mauvaise adéquation entre le manquement et la sanction. « *La chaîne répressive est longue puisqu'elle débute par le constat du non-dépôt, puis par la transmission au Parquet qui, en vertu du principe de l'opportunité des poursuites, décide ou non de poursuivre. Or, entre temps, la Haute Autorité aura pu recevoir la déclaration. Ce n'est pas vraiment efficient et la sanction pénale n'est pas si dissuasive* ». Du point de vue des moyens alloués à ce contrôle, les relances constituent un effort en moins vers les contrôles de la Haute Autorité. C'est ce qu'Alexandre Lesage souligne, « *cela représente une charge de travail importante pour la Haute Autorité qui doit relancer les déclarants ainsi que pour le Parquet qui ne priorise pas le traitement du non dépôt de déclaration* ».

La Haute Autorité plaide donc depuis 2019 pour l'attribution d'un pouvoir de sanction administrative afin de raccourcir la chaîne répressive en cas de manquement aux obligations déclaratives.

B. Le souhait d'obtenir un pouvoir de sanction administrative

En 2019, la Haute Autorité formule le souhait d'obtenir un pouvoir de sanction administrative, en s'appuyant sur l'exemple italien de l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) dotée d'un pouvoir d'amende administrative³⁰¹. Dans son rapport d'activité 2020, la Haute Autorité réalise un bilan de son travail en matière de prévention des conflits d'intérêts et souligne le caractère inapproprié des sanctions pénales mises en œuvre dans le cas d'un manquement à une obligation de déclaration d'intérêts prévue par la loi. Moins lourde, la sanction administrative aurait vocation à être une réponse préalable à la réponse pénale. Aussi, « *la sanction administrative, mieux proportionnée à la nature du manquement, pourrait être prononcée dans des délais raccourcis propres à renforcer son caractère dissuasif*³⁰² ». L'objectif est de gagner en efficacité en réalisant d'importantes économies de moyens humains.

Comme expliqué précédemment concernant la création de la Haute Autorité et l'attribution de ses pouvoirs³⁰³, le législateur a émis des réserves au sujet de l'octroi d'un pouvoir de sanction administrative, en vertu du principe de séparation des pouvoirs. C'est pourquoi, afin de ne pas méconnaître ce

³⁰¹ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Rapport d'activité 2019, p 47.

³⁰² Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Rapport d'activité 2020, p 155.

³⁰³ Ce point a été abordé dans la première section du second chapitre du titre I.

principe, la Haute Autorité se prévaudrait des garanties procédurales. Il s'agirait de créer un autre organe en son sein en charge de prononcer les sanctions. Elle plaide en ce sens pour la création « *d'une commission des sanctions distincte et organiquement indépendante de son collègue*³⁰⁴ ». Didier Migaud, actuel président de la Haute Autorité, pose le cadre de cette idée dans un entretien donné au journal *Le Monde*. Il précise qu'« *il ne s'agit pas de nous substituer au juge pénal lorsque celui-ci doit être saisi*³⁰⁵ ».

En définitive, la Haute Autorité considère que « *l'exercice de cette prérogative aurait vocation à s'inscrire dans la même perspective d'échanges et d'accompagnement qui guide le reste des missions de la Haute Autorité* ». Ce pouvoir de sanction constituerait donc la pièce manquante pour disposer d'un arsenal juridique complet en matière de prévention des conflits d'intérêts.

³⁰⁴ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Rapport d'activité 2020, p 156.

³⁰⁵ « *Nous souhaitons disposer d'un pouvoir de sanction propre* » *Le Monde*, Entretien avec Didier Migaud président de la Haute Autorité, 21 juillet 2020.

Conclusion

Les trois objectifs qui ont guidé la rédaction de la loi du 11 octobre 2013 ont servi de boussole au travail de la Haute Autorité depuis sa création. Pour rappel, ces objectifs étaient de définir le conflit d'intérêts, contrarier sa survenance et le révéler dès lors que les mesures de prévention n'avaient pas fonctionné. Dans un premier temps, la Haute Autorité a mis en œuvre progressivement son contrôle des déclarations d'intérêts, tout en faisant montre de patience et de pédagogie vis-à-vis des personnes contrôlées. Au moment de sa création, son existence n'était pas acquise du fait des débats liés à la publicité de son contrôle. Toutefois, elle a gagné une légitimité indispensable à l'effectivité de prévention des conflits d'intérêts français. Dans son rapport d'activité de l'année 2019, la Haute Autorité observe sur la période 2013-2019 « *une amélioration progressive de la qualité des déclarations qui lui sont remises, tant en termes d'exhaustivité que de précision des informations renseignées*³⁰⁶ ». Force est de constater que son travail fonctionne. En outre, sa mission s'est avérée nécessaire pour répondre aux attentes propres à la vie publique locale notamment concernant l'exposition de ses acteurs à un risque pénal lourd.

Cette légitimité a été renforcée dans un second temps du fait des nouvelles lois qui ont enrichies ses compétences en matière de prévention des conflits d'intérêts. En effet, comme le souligne Grégori Puydebois, dans sa thèse sur la transparence de vie publique en France, « *en élargissant de manière considérable son champ d'action, le législateur a placé la HATVP au cœur du dispositif de moralisation de la vie publique*³⁰⁷ ». Animée par la volonté de diffuser une culture de la déontologie au sein des collectivités territoriales et consciente que cette diffusion était indispensable pour un changement profond de pratiques, elle est petit à petit devenue l'autorité déontologique de référence pour les acteurs de la vie publique locale. Son autorité s'est imposée grâce à son contrôle des déclarations d'intérêts et son travail en collaboration avec les déontologues. Cette nouvelle figure au sein de l'administration décentralisée a servi de relais entre les responsables publics présent en collectivité et la Haute Autorité.

³⁰⁶ Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, Rapport d'activité 2019, p 45.

³⁰⁷ PUYDEBOIS, G, Thèse sur la transparence de la vie publique en France, soutenue le 15 novembre 2019, sous la direction de M. Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Université de Bordeaux, p 173.

Dans une enquête publiée en avril 2022³⁰⁸, l'Agence Française Anticorruption (AFA) fait un état des lieux de l'effectivité des dispositifs en matière de prévention et de détection des atteintes à la probité dans le secteur public local. Ses conclusions permettent d'éclairer la manière dont la prévention est envisagée par les acteurs de la vie publique locale. Aussi, « en 2018, 19,9 % seulement des communes avaient un référent (déontologue) et ce taux s'établit désormais à 62,5 % en 2021³⁰⁹ », l'on constate donc une avancée. Celle-ci doit être néanmoins nuancée au regard de la faible connaissance de cette figure au sein des collectivités. En effet, seul 15,5% des responsables publics locaux sont avertis de sa présence dans leur collectivité³¹⁰. Maître Dyens commente cette enquête et met en lumière la tâche qui reste à accomplir pour la Haute Autorité. En effet, il admet que « l'enjeu véritable réside dans la mise en place de procédures simples et opératoires, animées par une culture juridique et déontologique institutionnelle³¹¹ ». La diffusion d'une culture déontologique dans les collectivités territoriales constitue le principal chantier de la Haute Autorité en matière de prévention des conflits d'intérêts.

À l'avenir, il conviendra également de s'intéresser à sa place dans le paysage des autorités administratives indépendantes française, et en particulier vis-à-vis de l'Agence Française Anticorruption (AFA) qui mène des missions parfois proches notamment lorsqu'il s'agit de la sphère publique locale. Leur collaboration est effective depuis la création de l'AFA en 2016³¹², témoignant de leur proximité. Le rapport d'information sur l'impact de la loi Sapin II³¹³ propose ainsi que soit réorganisé le travail de l'AFA en transférant ses missions de contrôle à la Haute Autorité pour faire de

³⁰⁸ AFA, Enquête « Prévention et détection des atteintes à la probité au sein du secteur public local », 19 avril 2022.

³⁰⁹ *Ibid* p 10.

³¹⁰ *Ibid* p 10.

³¹¹ DYENS.S, *Prévention des manquements au devoir de probité par les collectivités territoriales : des progrès, mais peut - beaucoup mieux faire !* 20 mai 2022, AJCT 2022, p 236.

³¹² L'article 3 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n° 0287 du 10 décembre 2016 permet au Président de la Haute Autorité de demander à l'AFA de mettre en œuvre son contrôle sur « la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme ».

³¹³ Rapport d'information n°4325 sur l'évaluation de l'impact de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 » présenté par Messieurs Raphaël Gauvain et Olivier Marleix.

cette dernière « *une grande autorité administrative indépendante compétente en matière d'éthique publique et de prévention de la corruption*³¹⁴ ». La Haute Autorité aurait ainsi vocation à « *porter le nom de Haute Autorité pour la Probité*³¹⁵ ». Didier Migaud, président de la Haute Autorité, en ce sens rappelle la crédibilité dont elle peut se prévaloir. Elle « *tire une véritable légitimité des conseils qu'elle donne à partir des déclarations d'intérêts et des échanges qu'elle peut avoir avec les élus et les entreprises. C'est nourrie de tout cela qu'elle peut conseiller, accompagner, prévenir utilement*³¹⁶ ».

³¹⁴ *Ibid* p 86.

³¹⁵ *Ibid* p 86.

³¹⁶ *La transparence pour partenaire, la clarification pour horizon*, Compliances n°13, Entretien avec Didier Migaud, octobre 2021.

Annexe 1 : Retranscription de l'entretien réalisé avec Arnaud Arfeuille le 15 septembre 2021

Arnaud Arfeuille est vice-président du département de la Gironde en charge des Ressources humaines, de l'administration générale, des finances et de la modernisation de l'action publique et conseiller municipal dans la commune de Mérignac.

Que pensez-vous de la mise en œuvre d'un référent déontologue en collectivité territoriale ? Avez-vous eu l'occasion de solliciter son expertise ?

Arnaud Arfeuille considère qu'il n'a jamais été sollicité à sa connaissance et sa présence est passée relativement inaperçue. Cela a permis une réflexion sur certaines pratiques qui n'étaient pas auparavant interrogées. Selon lui, il y a une distorsion entre les impératifs juridico-éthiques et la réalité pratique. Cette distorsion s'exprime à deux égards.

1. La transmission d'informations personnelles auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique

Pour les élus, cette déclaration d'intérêts et de patrimoine représente une sorte de mise à nu complète de leur patrimoine, de leur revenu. Il s'agit de préciser la manière d'acquisition des biens, le niveau de remboursement d'un prêt immobilier. De même, cette déclaration concerne également leur conjoint. Selon lui, cette obligation légale est saine, dans la mesure où cela permet de vérifier qu'il n'y a pas eu de variations excessives des ressources financières de l'élu entre le début de son mandat et la fin de son mandat. Monsieur Arfeuille faisait référence aux polémiques liées au versement de l'ancienne indemnité IRFM aux parlementaires. Elle n'existe désormais plus. Toutefois, Monsieur Arfeuille émet des réserves sur la publicité de cette déclaration. En effet, les déclarations transmises à la Haute Autorité sont rendues publiques. La réaction que suscite cette déclaration auprès des élus est ambivalente. L'esprit de ce contrôle est considéré comme bon, mais les élus sont confrontés aux regards de leur électeur sur leur patrimoine qui crée chez certains une peur du jugement.

2. La mise en œuvre de nouvelles pratiques déontologiques qui entre en contradiction avec la réalité pratique

L'élu a remarqué une variation significative de demande de déport de certaines réunions de la part d'élus. De plus en plus d'élus demandent, en particulier au niveau municipal, à ne pas prendre part au vote de certaines délibérations lorsqu'ils considèrent entrer dans une situation de conflit d'intérêt. Or,

certaines élus ont justement des compétences dans certains secteurs de par leur engagement extérieur qu'ils ne peuvent pas mettre à profit. Dans certains cas, un nombre important d'élus est contraint de se déporter, ce qui peut être source de blocage institutionnel.

Selon lui, la question de la représentation politique des élus se pose. Si l'on se réfère à la conception de représentation en ce qu'elle attend du citoyen qu'il soit présent dans la cité, les mécanismes de prévention de la corruption vont à contre-courant de cette idée-là. Une situation paradoxale se crée puisque l'on attend des élus qu'il n'ait pas de patrimoine, ni d'engagement professionnel et dans le même temps qu'il soit au cœur de la cité, intégré et au plus proche des problématiques locales.

Les nouvelles pratiques déontologiques imposées par la loi ont eu le mérite d'apporter une meilleure connaissance de l'existence d'un risque de conflit d'intérêt au sein des collectivités territoriales. Cependant, des situations que l'on pourrait qualifier d'absurdes se développent.

Annexe 2 : Retranscription de l'entretien réalisé avec Monsieur Patrick Wachsmann le 6 décembre 2021

Monsieur Patrick Wachsmann est Professeur de droit public et directeur adjoint de l'Institut de Recherche Carré de Malberg à Strasbourg. Il est également Déontologue de la ville de Strasbourg et c'est en cette qualité, que je lui ai posé des questions.

J'ai pu discuter avec un élu local du département de la Gironde qui me disait que la mise en place du référent déontologue au sein des collectivités territoriales était passée relativement inaperçue.

- Quel est votre sentiment à ce sujet ?

L'organe collégial de déontologie des agents publics a été mis en place plus tard au sein de la ville de Strasbourg et au sein de l'Eurométropole. Il est composé d'une personne indépendante, d'un agent, en charge de l'audit interne ce qui donne des garanties d'indépendance.

Concernant sa nomination, elle a été approuvée par le Conseil municipal de la ville de Strasbourg. Donc, elle a bien été diffusée auprès des élus qui ont voté pour la charte de l'élu local prévoyant la fonction de déontologue. Le vote du Conseil municipal est précédé d'un entretien de la personne pressentie.

- Avez-vous l'impression que votre présence au sein de la Ville de Strasbourg à modifier certains comportements de la part des élus et/ou des agents publics ?

Patrick Wachsmann est le déontologue en charge des élus. Il peut être sollicité de trois manières.

Tout d'abord, il peut être sollicité par un élu de manière anonymisée pour rendre un avis. Ensuite, il peut être saisi par n'importe quelle personne physique concernant le comportement d'un élu vis-à-vis des règles de la déontologie. Le déontologue instruit en demandant des explications à l'élu. Son rapport est transmis à l'élu de manière confidentielle. Dans le rapport annuel que réalise le déontologue, il rend compte du traitement de l'affaire tout en anonymisant les faits et noms relatifs à cette dernière. Enfin, il peut rédiger des recommandations générales à destination des élus.

Il a observé un changement des pratiques, ainsi qu'une sensibilisation des élus à ces questions de transparence et déontologie qui selon lui constitue une étape décisive. Le renouvellement du Conseil

municipal en juin 2020 a abouti à des discussions entre les nouveaux élus et le déontologue au sujet des activités professionnelles et associatives antérieures de ces nouveaux élus. Une activité professionnelle antérieure peut parfois poser problème, car son ancien employeur peut être en lien avec la collectivité et là, se pose la question des bonnes pratiques à adopter. Il constate que le collège de déontologue en charge des questions déontologiques des agents administratifs est moins sollicité que le déontologue en charge des élus.

- Comment s'est effectuée votre nomination à ce poste ? Pourquoi vous ?

Il connaissait l'adjointe en charge de la démocratie locale Chantal Cutajar et sa formation de juriste en droit public était appréciée. Il a été nommé en 2014 puis ses fonctions ont été reconduites en 2020. La ville de Strasbourg est l'un des premières villes ayant adopté une charte de l'élu local qui institue le référent déontologue.

Le collège est saisi si des difficultés particulières sont rencontrées. Les deux cas principaux sont les suivants : signalement pour conflit d'intérêts ou signalement par un lanceur d'alerte. Parfois, un dysfonctionnement d'un service peut être un motif de saisine, mais l'on s'éloigne de l'officier initial du déontologue.

- Le système français de prévention des conflits d'intérêts s'articule entre une autorité centrale qu'est la Haute Autorité à la Transparence de la Vie Publique et un réseau de déontologues en collectivités. Quels sont vos rapports avec la Haute Autorité ?

Patrick Wachsmann souligne que les rapports avec la Haute Autorité sont cordiaux. Après sa première nomination, une rencontre avec le Président de la Haute Autorité, Jean-Louis Nadal à l'époque, avait été organisée pour faire un point sur les problèmes susceptibles. Pendant ses fonctions, trois rencontres ont de nouveau été organisées. De même, un rassemblement national des déontologues a été organisé et rassemblant des déontologues compétents vis-à-vis des élus et auprès des différents ministères. En outre, si le déontologue est confronté à une question, il peut la poser à la Haute Autorité de manière informelle.

Patrick Wachsmann observe une convergence des doctrines entre celle qu'il a élaborée au moment de prendre ses fonctions, et celle de la Haute Autorité retranscrite dans les rapports annuels d'activités de la Haute Autorité. Sa doctrine a été construite autour d'une définition des bonnes pratiques tenant à la définition légale du conflit d'intérêts ainsi que compte tenu du cas concret qu'il a dû traiter.

La seule différence de point de vue s'exprime quant à la définition du conflit d'intérêts entre deux intérêts publics. La Haute Autorité a développé cette notion de conflit d'intérêts entre deux intérêts publics. Patrick Wachsmann ne partage pas ce point de vue, selon lui, les intérêts publics ne peuvent pas entrer en conflit, ils sont toujours complémentaires. Il existe parfois des cas marginaux. Il observe que la Haute Autorité a assoupli sa position à ce sujet.

L'autre problème concerne la jurisprudence de la Cour de Cassation sur la qualification pénale du délit de prise illégale d'intérêt. Ainsi, si un élu vote une subvention à une association dont il est membre en sa qualité de représentant de la collectivité et n'a pas tiré un intérêt, la Cour de cassation considère que l'élu se trouve en situation de conflit d'intérêt qui sur le plan pénal se traduit par le délit de prise illégale d'intérêt. Cette position est contestable selon lui.

La position du Conseil d'Etat à ce sujet est différente. Patrick Wachsmann s'appuie sur ces deux conceptions pour émettre des recommandations aux élus. Ainsi, il leur recommande de s'abstenir du vote et de la délibération du vote qui confère un avantage à l'association lorsqu'ils ont un lien avec cette dernière. Il recommande de faire preuve de prudence et préconise de découper le domaine d'intervention de l'élu représentant la collectivité et le champ d'action des sociétés, associations.

- La Haute Autorité a rédigé des guides de cartographie des risques à destination des agents administratif, élus et déontologue. Ces guides, vous sont-ils utiles pour déterminer la présence d'un conflit d'intérêt ?

Il s'appuie dessus et sa doctrine coïncide avec celle de la Haute Autorité. Ses missions ont été décrites dans la charte de l'élu local et visent à alerter sur le risque pénal qui pèse sur les élus locaux.

Au 1^{er} février 2020, la Haute Autorité a pris les fonctions de la Commission de déontologie de la fonction publique. Deux nouveaux contrôles, création ou reprise d'entreprise et contrôle d'un départ temporaire ou définitif vers le secteur privé lui ont été transférés.

Le déontologue a déjà eu une demande d'avis de la part d'un élu en reconversion vers le secteur privé. Il y a une impossibilité de recrutement, si l'élu a dans le cadre de ses fonctions état, un lien avec son futur potentiel employeur du secteur privé.

Il considère que ce n'est pas un schéma « réalité » que l'élu pendant son mandat ait fait une faveur à une entreprise du secteur privé. Cela restreint ses possibilités de reconversion certes, mais le risque de

soupçon pèse sur l'élu. La théorie des apparences domine en la matière, notamment l'existence d'un doute sérieux.

L'esprit de la loi n'est pas de sanctionner la présence chez une personne d'une multiplicité d'intérêts qui serait contraire à l'idée selon laquelle l'élu présent est dans la cité à travers dans différents engagements, mais de sanctionner les interférences fâcheuses qui seraient au service d'intérêts contraires à ceux de la collectivité. Les intérêts doivent rester cohérents. Les interférences négatives sont les seules prohibées. Patrick Wachsmann considère que les hypothèses de conflits d'intérêts sont rares en pratique et en théorie.

Annexe 3 : Retranscription de l'entretien réalisé avec Monsieur Alexandre Lesage le 9 décembre 2021

Alexandre Lesage est chargé de mission juridique au sein de la direction juridique et déontologique de la Haute Autorité. Il a réalisé une double licence de Langues Étrangères Appliquées et de Sciences Politiques. Il a fait par la suite un master en théorie politique à l'école doctorale de Sciences Po Paris. Il travaille depuis deux ans à la Haute Autorité

La HATVP a eu l'occasion de détailler la méthode d'identification des conflits d'intérêts. Concrètement, lorsque vous êtes saisi d'une demande de la part d'un déontologue qui émet un doute concernant une situation d'un élu ou un agent public, comment procédez-vous ?

Plusieurs contrôles sont du ressort de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

Le premier est un contrôle direct de la déclaration d'intérêts transmis par l'agent public ou l'élu. Ce contrôle vise dans un premier temps à vérifier le caractère exhaustif, sincère et exact de la déclaration. Si la déclaration présente une situation de conflit d'intérêt, facilement identifiable la Haute Autorité échange avec le déclarant. S'il prend conscience du problème, il doit appliquer les mesures de prévention préconisées par la Haute Autorité. S'il considère, à l'inverse, qu'il n'y a pas de conflit d'intérêts, alors un échange début entre la Haute Autorité et le déclarant en vertu du principe du contradictoire. Si cet échange n'aboutit pas à l'application des mesures préconisées par la Haute Autorité, cette dernière peut émettre une injonction pour faire cesser le conflit d'intérêts sur délibération du collège. La Haute Autorité pour appuyer son injonction, peut décider de la rendre publique. Cela n'a jamais été fait à la connaissance d'Alexandre Lesage. Le constat est que dans de nombreux cas, la déclaration est conforme, il n'y a pas de conflit d'intérêts. Lorsqu'une déclaration présente des questions juridiques nouvelles qui n'ont pas été encore tranchées, cela peut entraîner la nomination d'un rapporteur extérieur qui vient de la Cour des Comptes, du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation. Le contrôle reste le même que celui de la Haute Autorité mais c'est le rapporteur qui mène l'instruction car des enjeux sont propres à la question.

Le second contrôle découle de la saisine de la Haute Autorité par un déontologue. Alexandre Lesage précisé qu'il n'y a pas de procédure légale qui encadre véritablement la saisine, ni d'ailleurs les liens entre la Haute Autorité et le réseau de déontologues. C'est pourquoi, leurs interactions relèvent plus d'échanges informels. Dans le cas d'une saisine par le déontologue, il s'agit d'éléments donnés par le

déontologue qui peuvent lui poser une difficulté. Il attend donc l'expertise de la Haute Autorité. Les différentes mesures de prévention dont disposent la Haute Autorité sont les suivantes :

- Le déport
- La publicité de l'intérêt au moment de la délibération. Il s'agit de l'hypothèse où il y a une faible intensité du conflit d'intérêts.
- L'abandon des intérêts par le déclarant si les déports se multiplient.

Le dernier contrôle découle de la saisine par l'administration de la Haute Autorité dans le cadre des contrôles de mobilité entre secteur privé et public.

Le système français de prévention des conflits d'intérêts s'articule entre une autorité centrale que représente la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique et un réseau de déontologues en collectivités. Quels sont les rapports de la Haute Autorité avec ce réseau de déontologues présents en collectivités territoriales ?

Alexandre Lesage considère que c'est un système curieux, car il n'existe pas de rapport substantiel ni de lien organique avec le réseau de déontologues en France. Il n'est écrit nulle part dans la loi que la Haute Autorité est en charge du réseau de déontologues. Ainsi, les échanges se sont multipliés de manière spontanée pour garantir une harmonie dans l'application de la doctrine. En pratique, les déontologues se présentent auprès de la Haute Autorité au moment de leur nomination dans l'optique de leur transmettre de la documentation nécessaire à leur fonction. En outre, la Haute Autorité a produit deux guides à leur destination.

- Un guide qui détaille les outils à leur destination
- Un guide qui détaille les différents contrôlés opérés par la Haute Autorité.

De même, la Haute Autorité organise des rencontres annuelles pour que les déontologues se rencontrent et fassent part de leur expérience. L'objectif serait d'en organiser au moins une par an. La Haute Autorité intervient dans de nombreux colloques, qui constituent des moments d'échanges avec les déontologues.

La HATVP a rédigé des guides de cartographie des risques à destination des agents administratif, élus et déontologues. Etes-vous sollicité par ces personnes pour préciser des informations écrites dans les guides ? Avez-vous eu des retours sur le caractère opérationnel et pédagogique de ces guides ?

Le premier guide a été publié en 2018. Au moment de sa parution, il y a de nombreux retours positifs sur les chartes de déontologie et la cartographie des risques, dont l'Autorité Française Anticorruption est également en charge. Concernant le second guide, la parole de la Haute Autorité était attendue. Le second guide été rédigé sous de formes de fiches pour avoir un caractère pratique a été apprécié.

L'article 20 de la loi du 11 octobre 2013 donne la possibilité aux exécutifs locaux de solliciter la Haute Autorité pour avis. Celle-ci répond aux avis locaux pour des questions qui concernent la collectivité. Cette voie de conseil déontologique peut concerner l'institution, la personne et un tiers. Par un exemple, il peut s'agir d'un maire vis-à-vis d'un adjoint. Ils peuvent demander des conseils sur des outils comme la procédure de déport par exemple. Souvent, les demandes visent à adapter ces dispositifs aux spécificités de la collectivité.

Au 1^{er} février 2020, la Haute Autorité a pris les fonctions de la Commission de déontologie de la fonction publique. Deux nouveaux contrôles que sont le contrôle de la création ou reprise d'entreprise et le contrôle d'un départ temporaire ou définitif vers le secteur privé sont désormais de sa compétence. Certains auteurs de la doctrine³¹⁷ parlent d'une réorganisation déséquilibrée des compétences entre l'autorité territoriale et la HATVP concernant ce nouveau contrôle. Quel est votre sentiment vis-à-vis de cette affirmation ?

La Haute Autorité pense au contraire que ce contrôle est plus équilibré. Auparavant, la Commission de la déontologie de la fonction publique émettait des avis tacites qui validaient certaines situations parfois problématiques, par manque de moyens. La dernière année de fonctionnement, la Commission avait entre 5000 et 6000 saisines (à vérifier). La Haute Autorité quant à elle, dans ses nouvelles attributions, se concentre plus sur les situations à risque, et est donc moins engorgée de demande. Certes, plus de contrôles s'exercent au niveau de la collectivité, mais celles-ci sont parfois plus à même d'exercer le contrôle en vertu du principe de subsidiarité qui vise à instruire au plus proche et avec une

³¹⁷ DYENS, S, Avocat associé au Cabinet GOUTTAL, ALIBERT et ASSOCIES, Les nouveaux contrôles déontologiques dans la fonction publique territoriale, AJCT 2020, 16 avril 2020, p 199.

meilleure connaissance de la situation des agents. L'objectif est également celui de responsabiliser la collectivité qui a toujours la possibilité de saisir le déontologue si persiste un doute sérieux, qui a lui-même la possibilité de saisir la Haute Autorité.

Alexandre Lesage rappelle qu'il y a une voie de saisine obligatoire pour les fonctions les plus à risque lorsque la nature hiérarchique de la fonction le justifie. Cette fonction justifie une saisine d'office de la Haute Autorité. Initialement, cette fusion n'était pas une demande de la Haute Autorité, et n'était pas l'objet initial de la loi. C'est par voie d'amendement que cette fusion s'est opérée.

Quelques mois après cette attribution, Alexandre Lesage observe d'une part, que ce nouveau contrôle correspond aux capacités de la Haute Autorité. D'autre part, les autorités territoriales s'approprient le contrôle quand bien même il y a eu quelques couacs. Cela tend à disparaître, la Haute Autorité rendant moins d'avis d'irrecevabilité. Les autorités territoriales ont mieux compris les principes de la saisine. Il y a eu beaucoup de communication de la part de la Haute Autorité auprès des associations d'élus et des employeurs territoriaux.

Les élus, s'ils pensent être en situation de conflits d'intérêts, ont l'obligation de se déporter. Cette obligation peut parfois amener à des situations de blocage institutionnel où les élus les plus compétents dans un domaine doivent se déporter quand bien même leur expertise peut être utile dans une délibération. Comment concilier cet impératif de connaissances nécessaires au mandat d'élu avec celui de prévention du risque pénal dans les collectivités territoriales ?

C'est une question importante, mais il faut préciser que l'obligation de déport ne s'applique pas à toutes les décisions. Il s'agit d'une délibération bien précise qui rend le déport assez ponctuel par rapport à l'ensemble des affaires d'une collectivité.

La difficulté est plutôt celle de la représentation de la collectivité par un élu dans les établissements dits « satellites ». La jurisprudence pénale en la matière est assez rigide ce qui crée des blocages institutionnels au titre de la représentation des collectivités. En vertu de l'article 432-12 du Code Pénal, les délibérations concernant des sociétés d'économie mixte dans lesquelles les élus siègent peuvent être source de risque pénal pour les élus. La Haute Autorité préconise donc une rédaction différente de celle de « l'intérêt quelconque ».

De même, la Haute Autorité préconise de se déporter seulement quand il s'agit de délibération particulière (contrat, subvention, fixation plafond de rémunération) afin de prévenir le risque pénal. En revanche, lorsqu'il s'agit de délibérations générales, l'élu n'est pas obligé de se déporter. Les préconisations pour répondre à certaines lacunes du dispositif juridique de la Haute Autorité se retrouvent au sein de son rapport d'activité annuel.

L'impression d'Alexandre Lesage est que la Haute Autorité n'est pas toujours entendue.

Les moyens de diffusions de préconisations de la Haute Autorité sont divers : rapport d'activité, audition du Président par les chambres, dans le cadre de mission d'évaluation de lois.

La HATVP souhaite désormais être habilitée à sanctionner les agents publics et élus soumis aux déclarations d'intérêts ou de patrimoine, s'ils ne les déposent dans les temps. Un pouvoir de sanction administrative ne serait pas excessif au regard des missions qui ont été initialement données à la HATVP ?

C'est une proposition qui a été faite dans le rapport d'activité de 2020. Le constat a été de montrer que la sanction pénale qui pèse sur les élus en cas de non-dépôt n'est pas efficace. Elle est même lourde au regard du manquement constaté. La chaîne répressive est longue puisqu'elle débute par le constat du non dépôt, puis par la transmission au Parquet qui en vertu du principe de l'opportunité des poursuites décide ou non de poursuivre. Or, entre temps, la Haute Autorité aura pu recevoir la déclaration. Ce n'est pas vraiment efficace et la sanction pénale n'est pas si dissuasive. De même, cela représente une charge de travail importante pour la Haute Autorité qui doit relancer les déclarants ainsi que pour le parquet qui ne priorise pas le traitement du non-dépôt de déclaration.

La proposition de la Haute Autorité est donc d'obtenir un pouvoir de sanction administrative afin de raccourcir cette chaîne répressive quand le constat est fait que le dépôt de déclaration n'a pas été fait dans les temps. Aujourd'hui, le taux de dépôt initial n'est même pas de 50 %. Cela permettrait d'éviter de relancer les déclarants et ainsi de réaliser des économies de moyens. Le point délicat aurait pu être celui de l'appréciation du manquement qui ne fait pas partie des missions initiales de la Haute Autorité. Toutefois, il s'agirait ici seulement de constater que la déclaration n'a pas été déposée. Pour réaliser cette appréciation, un changement structurel serait nécessaire qui passerait par la création d'une commission des sanctions. L'objectif en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne et du

Conseil d'État est de cloisonner les pouvoirs de poursuite de celui de sanction. Des garanties procédurales doivent donc être mises en œuvre.

La mise en œuvre d'une culture de la probité au sein des collectivités territoriales est l'un des objectifs de la HATVP. Selon vous, quelles pistes pourraient être envisagées pour renforcer cette culture de la déontologie au sein des collectivités territoriales ?

Selon Alexandre Lesage, il faudrait mettre des référents déontologiques dans toutes les collectivités territoriales. De même, imposer le droit à bénéficier d'un conseil déontologique à la fois pour les agents publics et les élus, qui n'y sont pas soumis actuellement. Cela permettrait aux collectivités territoriales d'avoir une assise légale solide, car aujourd'hui elles sont en situation d'asymétrie, l'instauration d'un déontologue n'étant pas systématique. Il est vrai que si l'instauration d'un déontologue n'est pas rendue obligatoire, elle est soumise aux alternances politiques qui peuvent décider de défaire ce qui a été fait par une majorité précédente.

Il note néanmoins que certaines collectivités ont pris à bras-le-corps le sujet, avant la promulgation des lois relatives aux référents déontologiques. Le rôle de la Haute Autorité est donc de continuer à sensibiliser et à former à la culture de la probité. Elle essaye aussi de se faire connaître auprès des acteurs présents dans la sphère publique locale, notamment, auprès des exécutifs locaux qui ont la possibilité de la saisir en vertu de l'article 20 de la loi du 11 octobre 2013.

Pour finir, il convient de systématiser les outils de prévention : l'adoption d'une charte déontologique, la réalisation d'une cartographie des risques en particulier vis-à-vis des organismes satellites qui sont une source non-négligeable de risques. Remplir un registre de déport à chaque séance de délibération qui soit précisé au PV est aussi une piste de bonne pratique à envisager. Le Président de la Haute Autorité se déplace également dans des collectivités territoriales pour diffuser le travail de la HATVP et rencontrer les acteurs de la vie locale.

Bibliographie

I. Textes législatifs

A. Lois constitutionnelles et organiques

Loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République

Loi organique n° 2011-410 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et sénateurs

Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiée au JORF n°0238 du 12 octobre 2013

B. Lois ordinaires

Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions

Loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat

Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique

Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publiée au JORF n°0238 du 12 octobre 2013

Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles dite loi MAPTAM, publiée au JORF n°0023 du 28 janvier 2014.

Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République dite loi NOTRe, publiée au JORF n° 0182 du 8 août 2015

La loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat, publiée au JORF n°0077 du 1 avril 2015

Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, publiée au JORF n°0094 du 21 avril 2016

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, publiée au JORF n°0287 du 10 décembre 2016

Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique, publiée au JORF n°0217 du 16 septembre 2017

Loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, publiée au JORF n°0182 du 7 août 2019

Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, publiée au JORF n° 0298 du 23 décembre 2021

Loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale, publiée au JORF n°0044 du 22 février 2022

C. Articles de code

Article L124-2 du Code Général de la Fonction Publique

Article L333-2 du Code Général de la Fonction Publique

Article L333-4 du Code Général de la Fonction Publique

Article L333-5 du Code Général de la Fonction Publique

Article L124-8 du Code Général de la Fonction Publique

Article L121-1 du Code Général de la Fonction Publique

Article L111-1-1 du Code Général des Collectivités Territoriales

Article L111-6 du Code Général des Collectivités Territoriales

Article L200-1 du Code des relations entre le public et l'administration

Article 40 du Code de Procédure Pénale

Article L. 161-44 du Code de la Sécurité Sociale

D. Décrets

Décret n° 2013-1212 du 23 décembre 2013 relatif aux déclarations de situation patrimoniale et déclarations d'intérêts adressées à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique publié au JORF n°0300 du 27 décembre 2013

Décret n° 2014-90 du 31 janvier 2014 portant application de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, publié au JORF n°0028 du 2 février 2014

Décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics et certains agents contractuels de droit privé ayant cessé leurs fonctions, aux cumuls d'activités et à la commission de déontologie de la fonction publique, publié au JORF n°0025 du 29 janvier 2017

Décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique, publié au JORF n°0087 du 12 avril 2017

Décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique, publié au JORF n°0026 du 31 janvier 2020

E. Autres

Décision du 19 novembre 2008 adoptant la charte de déontologie et l'annexant aux règlements intérieurs et aux formulaires de déclaration d'intérêts et modifiant le règlement intérieur des services, publiée au JORF n°0133 du 11 juin 2009

Code de conduite déontologique Bureau du Sénat du 7 octobre 2009

Article 4 de la Décision du Bureau de l'Assemblée Nationale du 6 avril 2011 relative au respect du code de déontologie des députés

Circulaire ministérielle n° RDFS1708728 C, du 15 mars 2017, relative au respect du principe de laïcité dans la fonction publique

II. Rapports

A. Rapports parlementaires

Rapports n° 1108 et 1109 *sur le projet de loi organique et le projet de loi, relatif à la transparence de la vie publique*, présenté par M. Jean Jacques Urvoas, Commission des lois, Assemblée Nationale 5 juin 2013

Étude d'impact du *projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires*, Ministère de la Justice, 16 juillet 2013

Rapport n° 106 *sur le projet de loi et le projet de loi organique pour la régulation de la vie publique*, présenté par Mme Yaël Braun-Pivet Commission des lois Assemblée Nationale 20 juillet 2017

Rapport d'information n°611 *sur la déontologie des fonctionnaires et l'encadrement des conflits d'intérêts*, présenté par Messieurs Fabien Matras et Olivier Marleix, Commission des lois Assemblée Nationale, 31 janvier 2018

Rapport n° 570 *sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale après engagement de la procédure accélérée, de transformation de la fonction publique*, présenté par Madame Catherine Di Folco et Monsieur Loïc Hervé, Commission des Lois Sénat, 12 juin 2019

Rapport n°723 *sur le projet de loi relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique local*, présenté par M. Mathieu Darnaud et Mme Françoise Gatel, Commission des Lois Sénat, 30 juin 2021

Rapport d'information n°4325 *sur l'évaluation de l'impact de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 »* présenté par Messieurs Raphaël Gauvain et Olivier Marleix, Commission des Lois Assemblée Nationale, 7 juillet 2021

B. Études du Conseil d'Etat

Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013

Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Étude annuelle 2014

Conseil d'État, *Le juge administratif et les sanctions administratives*, Les dossiers thématiques du Conseil d'Etat, 9 janvier 2017

C. Rapports de commission

Rapport *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique* Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dite *Commission Sauvé*, initiée par le décret n° 2010-1072 du 10 septembre 2010

Rapport *Pour un renouveau démocratique*, Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique dite *Commission Jospin*, initiée par le décret n° 2012-875 du 16 juillet 2012

Commission pour la Transparence financière de la vie politique, *Seizième Rapport*, 12 décembre 2013

Rapport *Renouer la confiance publique Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics*, remis par Jean-Louis Nadal, 7 janvier 2015

Commission de déontologie de la fonction publique, *Rapport d'activité 2019*

D. Rapports de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique

Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, *Rapport d'activité 2015*

Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, *Rapport d'activité 2017*

Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, *Rapport d'activité, 2019*

Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, *Guide déontologique : Manuel à l'usage des responsables publics et des référents déontologues, 2019*

Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, *Rapport d'activité 2020*

Haute Autorité pour la transparence de la vie publique *Guide déontologique 2021*

E. Autres

OCDE, *Étude comparative : Politique et pratiques en matière de conflit d'intérêts dans neuf états membres de l'UE*, 2005

Service Central de Prévention de la Corruption, *Rapport d'activité 2004*

Transparency International France, *Système national d'intégrité. Le dispositif français de transparence et d'intégrité de la vie publique et économique*, 2012

Service Central de Prévention de la Corruption, *Rapport d'activité 2013*

Banque des Territoires, *Conflits d'intérêts et délit de prise illégale d'intérêts*, mai 2016

SMACL, *Rapport sur les risques de la vie territoriale et associative : Le risque pénal des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux*, 2021

AFA, « *Prévention et détection des atteintes à la probité au sein du secteur public local* », 19 avril 2022

III. Jurisprudences

A. Décisions du Conseil Constitutionnel

Conseil Constitutionnel, Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Conseil Constitutionnel, 9 octobre 2013, Décision n° 2013-675 DC

Conseil Constitutionnel, 9 octobre 2013, Décision n° 2013-676 DC

B. Arrêts du Conseil d'État

CE, 7 juillet 1965, Fédération nationale des transports routiers, n° 61958, publié au recueil Lebon

CE 27 juill. 2005, , Min. de l'Outre-mer c/ Commune de Hitia'a O Tera, Lebon, n° 263714

CE, 26 janvier 2011, Assemblée de la Polynésie française, n°329237

CE, 21 mars 2016, Société Fairvesta International GMBH et autres, n° 368082, publié au recueil Lebon

CE, Ass, 21 mars 2016, Société NC Numericable n°390023, publié au recueil Lebon

CE, Ass., 19 juillet 2019, Mme A, n°426389, publié au recueil Lebon

CE, 4 novembre 2020, n°440963, publié au recueil Lebon

C. Arrêts de la Cour de Cassation

Cass. Crim. 2 novembre 1961, Jean-Joseph : Bull. crim. n°438.

Cass. Crim 5 novembre 1998 Czmal, 97-80.419, Bull. crim.

Cass. Crim, 30 juin 1999, 98-84.734.

Cass. Crim, 27 novembre 2002, 02-81.581, Bull. crim.

Cass. Crim. 22 octobre 2008, 08-82.068, Bull. crim.

IV. Doctrine

A. Ouvrages

WALINE. M, Traité de droit administratif, 4ème édition, 1963.

CHEVALLIER. J, Science administrative, PUF, Paris, 5e édition, 2013

DYENS. S, GOUTTAL. Y, Agir en toute transparence dans la vie publique locale, 1ere édition, Dalloz, 2018-2019

PETIT. J et FRIER. L, Droit Administratif, 13e édition LGDJ, 2019-2020

B. Articles de revue

CARCASSONNE. G, *Le trouble de la transparence*, Pouvoirs n°97 Transparence et secret, avril 2001, p 17-23

PINAULT.M, « *Conflits d'intérêts : glaive ou boomerang ?* », *Pouvoirs*, 2013/4, n°147, novembre 2013 p. 35-36

BENETTI.J, *Les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique : Du remède au trouble*, *AJDA*, 27 janvier 2014, p 157

SEGONDS. M, *loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique ; ou la préservation des délits de prise illégale d'intérêts*, *RSC* 2013, 13 mars 2014, p 877

OLIVIER. C, *Elus et agents face au risque pénal - La prise illégale d'intérêts : quels risques aujourd'hui pour les collectivités ?* *AJCT* 2014, 24 novembre 2014, p 534.

BIROSTE.D, *La HATVP : l'autorité de contrôle de la transparence de la vie publique*, *LPA* 2015, n° 145, p.7

VILLENEUVE.P, *Loi « Déontologie » : la fonction de déontologue, mode d'emploi à l'usage des collectivités territoriales*, *AJCT* 2016, 15 juin 2016, p 307

HUSSON-TROCHAIN. C, VILLENEUVE. P, WACHSMANN. P, *Profession : Déontologue de collectivité*, *AJCT* 2016, 13 juillet 2016

KERLEO. J-F, *La transparence de la vie publique en droit*, *Sens-Dessous* n°20, février 2017, p 15 à 27

BUGE. E, entretien mené par CARON. M, *Quatre années d'activités de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique au service d'une démocratie plus exemplaire*, *RFAP* n° 162, février 2017, p 391

DIDIER J-P, *Le référent déontologue : un super-héros sans super-pouvoir*, *SJACT* n° 24, 19 Juin 2017, p 2156.

DYENS.S, *Interdiction des emplois familiaux dans les cabinets des autorités territoriales : une fausse simplicité ?* *AJCT* 2017, 19 décembre 2017, p 608.

REBUT. D, *Le contrôle par le Conseil constitutionnel des sanctions administratives et pénales associées à la transparence de la vie publique*, *Nouveaux Cahier du Conseil Constitutionnel* n°59, 2018, p 47

PENAUD. S, *Prise illégale d'intérêts et collectivités territoriales : Les effets pervers d'une sévérité jurisprudentielle*, *AJCT* 2019, 16 Mai 2019, p 224.

NADAL, J-L *Le risque pénal dans les collectivités locales : quelles bonnes pratiques pour le prévenir ?* AJCT 2019, 16 mai 2019, p 217.

DIDIER J-P, *Pantouflage et déontologie dans la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique*, SJACT n° 41, 14 Octobre 2019, 2275, p 4

BUGE, E, *La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique : un premier bilan*, AJDA 2020, 13 avril 2020, p.770.

DYENS.S, *Les nouveaux contrôles déontologiques dans la fonction publique territoriale*, AJCT 2020, 16 avril 2020, p 199.

FERSTENBERT, J, *Le référent déontologue dans les collectivités territoriales*, AJDA 2020, 13 avril 2020, p 783

DEMONTROND, N, *La montée en puissance des référents déontologues*, AJFP 2020, 29 octobre 2020, p 298.

MENEMENIS.A, *Déontologie : une affaire de culture*, AJDA 2020, 13 avril 2020, p 776

UNTERMAIER-KERLEO, E, *Guide pratique de la déontologie des élus locaux*, AJCT 2020, 24 septembre 2020,

DYENS.S, *Prévention des manquements au devoir de probité par les collectivités territoriales : des progrès, mais peut - beaucoup - mieux faire !* 20 mai 2022, AJCT 2022, p 236

LASSERRE CAPDEVILLE, J, *Loi Confiance dans l'institution judiciaire : modifications légales du contenu du délit de prise illégale d'intérêt*, AJCT 2022, 21 janvier 2022,

DAOUD, E, DE CASTELBAJAC, E, *Le délit de prise illégale d'intérêts enfin revisité*, AJ pénal 2022, 1^{er} mars 2022, p 64

PENAUD.S, *Prise illégale d'intérêts : dernier acte de la réforme avec la loi 3DS*, site internet du cabinet, 16 mars 2022

C. Thèses

PUYDEBOIS, G, Thèse sur la transparence de la vie publique en France sous la direction de M. Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Université de Bordeaux, soutenue le 15 novembre 2019

D. Actes de colloque

MONDOU. C, NICQ. C, SAISON. J, UNTERMAIER-KERLEO. E, *Le nouveau cadre déontologique des agents publics : avancées et risques*. Intervention retranscrite et issue du colloque *La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique : Quelles nouvelles perspectives pour la fonction publique ?* organisé à Lille, 12 mars 2020, p 8

V. Presse

A. Articles de presse

Dernier rapport pour la Commission de la transparence financière de la vie politique, la Gazette des Communes, 12 décembre 2013

Le président de la Haute Autorité se félicite de la fusion en vue avec la Commission de déontologie de la fonction publique, Acteurs publics, 10 mai 2019

Renforcement en trompe l'œil de la déontologie des fonctionnaires, Le Figaro, 17 juin 2019.

Fonction publique : c'en est fini de la déontologie ! Laurent Mauduit, Médiapart, 27 septembre 2019

« *Nous souhaitons disposer d'un pouvoir de sanction propre* » Entretien avec Didier Migaud, président de la Haute Autorité, Le Monde, 21 juillet 2020

Référents déontologiques : comment garantir leur indépendance ? Gazette des Communes, 10 février 2021

« *La transparence pour partenaire, la clarification pour horizon* », Entretien avec Didier Migaud, Compliances n°13, octobre 2021

« *Il faut bâtir une doctrine partagée de la déontologie du quotidien* » Gazette des Communes Entretien avec Amaury Brandalise, 8 mars 2022

Emplois fictifs : la culpabilité de François et Penelope Fillon confirmée en appel, leur peine réduite, Le Monde, 9 mai 2022

B. Communiqués de presse

Conseil Constitutionnel, Communiqué de presse sur les décisions du 9 octobre 2013, n° 2013-675 DC et n° 2013-676 DC.

VI. Prises de parole

HOLLANDE. F, Déclaration du Président de la République, à Paris le 10 avril 2013

HOLLANDE. F, Discours du Président de la République pour les 55 ans de la Constitution de la Ve République, le 3 octobre 2013.

Table des matières

Remerciements.....	4
Principaux sigles, acronymes et abréviations	5
Sommaire.....	6
Introduction	8
Titre I - La création de la Haute Autorité en charge d'endosser le volet préventif de la lutte contre les conflits d'intérêts dans la vie publique locale.....	16
Chapitre I - La nécessité d'un contrôle préventif délégué à une autorité indépendante	16
<i>Section I - La présence d'un risque de conflits d'intérêts en collectivités territoriales</i>	<i>17</i>
I. La faiblesse du régime préventif	17
A. L'état du régime préventif avant 2013.....	17
B. Les travaux des commissions Sauvé et Jospin	19
II. La sévérité du régime répressif	22
A. La rédaction du délit de prise illégale d'intérêt en 2013	22
B. L'appréciation du délit de prise illégale d'intérêt par le juge pénal en 2013	24
<i>Section II - La construction d'une architecture institutionnelle solide en matière de prévention des conflits d'intérêts</i>	<i>26</i>
I. Une structure avec pour ciment la définition du conflit d'intérêts	26
A. Une définition législative large du conflit d'intérêts.....	26
B. Une nouvelle obligation de prévention des conflits d'intérêts.....	28
II. Une structure avec pour fondations le statut d'une autorité administrative indépendante	30
A. Un statut donnant des garanties d'indépendance	31
B. Un statut renforçant les moyens de fonctionnement	33
Chapitre II - L'attribution de pouvoirs limités en matière de prévention des conflits d'intérêts en collectivités territoriales.....	35
<i>Section I - Une véritable mission de prévention des conflits d'intérêts</i>	<i>35</i>
I. Une mission de conseil pour neutraliser le risque de conflits d'intérêts.....	35
A. Les prémices d'une diffusion de la culture déontologique.....	36
B. Une logique d'accompagnement des acteurs de la vie publique locale	38
II. Une mission de contrôle pour révéler les conflits d'intérêts	39
A. La déclaration d'intérêts : support du contrôle de la Haute Autorité.....	40
B. L'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 : boussole du contrôle de la présence de conflit d'intérêts.....	42

<i>Section II - Des pouvoirs faibles au regard des objectifs de la loi du 11 octobre 2013</i>	44
I. L'attribution d'un simple pouvoir d'injonction.....	44
A. L'encadrement du pouvoir d'injonction.....	44
B. L'absence de pouvoir de sanction administrative.....	46
II. La publication des données, unique levier contraignant.....	48
A. Une publicité source de crédibilité	48
B. Une publicité source de débats	51
Titre II - Le renouvellement des missions de prévention des conflits d'intérêts de la Haute Autorité	53
Chapitre I - L'attribution législative de nouvelles missions en matière de prévention des conflits d'intérêts en collectivités territoriales	53
<i>Section I - Le contrôle de l'absence de conflit d'intérêts dans le cadre des emplois familiaux</i>	54
I. L'existence d'un risque de conflit d'intérêts en matière de ressources humaines	54
A. Un risque de conflit d'intérêts en présence de liens familiaux.....	55
B. Une réponse législative aux cas particuliers des emplois familiaux en cabinet	56
II. Une saisine obligatoire mais restreinte de la Haute Autorité	57
A. L'absence d'interdiction de principe au recrutement d'un proche	58
B. La saisine de la Haute Autorité limitée à certaines hypothèses	59
<i>Section II - Le contrôle de l'absence de conflits d'intérêts dans le cadre des mobilités entre secteur privé et public</i>	61
I. Un nouveau contrôle renforçant le statut d'autorité déontologique de la Haute Autorité	61
A. Les faiblesses de l'ancienne Commission de déontologie de la fonction publique.....	61
B. Une fusion opportune	63
II. Un contrôle exercé en collaboration avec l'autorité territoriale	65
A. Une concentration du contrôle sur les situations les plus à risque	65
B. Un contrôle visant à responsabiliser l'autorité territoriale	67
Chapitre II - La collaboration spontanée de la Haute Autorité avec les collectivités territoriales . 70	
<i>Section I - La diffusion de sa doctrine auprès des collectivités territoriales</i>	70
I. Une collaboration progressive de la Haute Autorité avec les déontologues en collectivités territoriales.....	70
A. Un développement graduel de la fonction de déontologue	71
B. Une première reconnaissance législative du travail commun de la Haute Autorité avec les déontologues	74
II. Une collaboration nécessaire pour harmoniser les doctrines en matière de contrôle déontologique.....	75
A. La Haute Autorité en charge de diffuser sa doctrine auprès des déontologues	75
B. La Haute Autorité en charge de coordonner une future mise en réseau des déontologues... 78	

<i>Section II – L'influence grandissante de la Haute Autorité en matière de prévention des conflits d'intérêts en collectivités territoriales</i>	82
I. L'empreinte législative de la Haute Autorité	82
A. La nouvelle rédaction du délit de prise illégale d'intérêts à l'initiative de la Haute Autorité	82
B. Un meilleur encadrement de la représentation des élus à la demande de la Haute Autorité	84
II. Des attentes encore fortes vis-à-vis du législateur	86
A. Le constat d'un nombre insuffisant de dépôt de déclarations	86
B. Le souhait d'obtenir un pouvoir de sanction administrative	87
Conclusion	89
Annexe 1 : Retranscription de l'entretien réalisé avec Arnaud Arfeuille le 15 septembre 2021.....	92
Annexe 2 : Retranscription de l'entretien réalisé avec Monsieur Patrick Wachsmann le 6 décembre 2021	94
Annexe 3 : Retranscription de l'entretien réalisé avec Monsieur Alexandre Lesage le 9 décembre 2021	98
Bibliographie	104
Table des matières	115