

TRANSPARENCE DE LA VIE PUBLIQUE

Les élus locaux et les conflits d'intérêts : risques encourus et outils de prévention

Lors de la première réunion de l'assemblée délibérante suivant les élections, les élus se sont vu remettre la charte de l'élu local qui dispose que ce dernier « veille à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts ». Une notion définie par la loi du 11 octobre 2013 « transparence de la vie publique » qui a aussi prévu des dispositifs de prévention.

1 LE CONFLIT D'INTÉRÊTS : UNE NOTION LÉGALE AUX CONTOURS LARGES

Le conflit d'intérêts est défini à l'article 2 de loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique comme une « situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ». Cette définition a été reprise à l'identique en 2016 dans le statut général la fonction publique. Pour caractériser un conflit d'intérêts susceptible de faire naître un doute raisonnable sur l'exercice impartial des fonctions, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) retient la règle des 3 « i » : intérêt, interférence, intensité.

Un intérêt étranger aux prérogatives du mandat visé

Tout d'abord, un intérêt distinct de celui lié à l'exercice du mandat doit évidemment être identifié. En

l'absence de précision, cet « autre » intérêt est apprécié de manière large : il peut être direct ou indirect (par exemple lié à la profession du conjoint), moral (relatif à une activité bénévole) ou financier notamment. Il peut être privé mais également public.

Si dans son rapport d'activité 2017, la HATVP avait proposé de modifier la loi dès lors que le risque identifié initialement était essentiellement lié au cumul des mandats électifs locaux et nationaux désormais prohibé, la règle des conflits d'intérêts entre deux intérêts publics demeure et ne va pas sans poser de difficultés car c'est très souvent au titre de leur mandat que les élus siègent dans les organes dirigeants d'un autre organisme (établissement public, syndicat mixte, SEM...) ou même dans des instances consultatives. Le risque est accru lorsque l'élu préside l'organisme extérieur et qu'il est en charge de représenter les intérêts de cet organisme, distincts de ceux de sa collectivité, ou lorsqu'il est indemnisé pour l'exercice de ces fonctions extérieures.

Interférence et « intensité » de l'intérêt sont scrutées

Ensuite, cet « autre » intérêt doit interférer avec l'intérêt public lié au mandat. L'interférence, qui peut consister en une divergence comme une convergence d'intérêts, s'apprécie au regard de trois critères : matériel (ex. secteur d'activité), géographique (ex. territoire de la collectivité), temporel (un intérêt actuel ou passé).

Enfin et surtout, pour susciter le doute quant à l'exercice impartial, indépendant et objectif de la fonction, l'interférence doit présenter un certain degré d'intensité qui est apprécié au cas par cas. Citons par exemple les liens de proximité ou de collaboration avec un tiers, l'ancienneté de l'intérêt, l'objet de la décision, etc.

Une jurisprudence favorable à une interprétation limitative

C'est au regard de ces trois éléments que le juge administratif se prononce en vue « de faire respecter une conception raisonnable du conflit d'intérêts et de poser des limites à une forme d'hystérie déontologique qui s'est emparée de ce pays » pour reprendre les propos récents du rapporteur public Alexandre Lallet (CE, 30 janvier 2020, n° 421954).

Ainsi, le président de la collectivité de Saint-Barthélemy, par ailleurs président et gestionnaire d'une compagnie d'aviation et de transport aérien, n'est pas en conflit d'intérêts lorsqu'il participe à la délibération qui adjoint un nom touristique et commercial à l'aéroport, dès lors que les conditions d'exploitation et de gestion dudit aéroport ne sont pas modifiées (CAA Paris, 8 novembre 2019, n° 17PA23466). De même, à défaut d'intérêt personnel d'un maire dans un groupe cinématographique et de collaboration avec son directeur général, le fait qu'il se soit publiquement prononcé en faveur de l'implantation

de ce groupe sur le territoire de sa commune ne suffit pas à remettre en cause son impartialité au sein de la commission nationale d'aménagement cinématographique appelée à se prononcer sur le dossier d'extension de ce même groupe dans une autre commune (CAA Paris, 13 février 2020, n° 18PA03508). Enfin, l'adjoint au maire qui rapporte un projet de délibération relative au versement d'une subvention à une société X en vue de la construction d'un cinéma n'est pas en conflit d'intérêts au seul motif qu'il a été administrateur bénévole de la société gérant le club de rugby local dont le président est également

règles qu'il avait déjà mobilisées avant l'intervention de la loi relative à la transparence de la vie publique. Ainsi, le fait qu'un élu ait un intérêt distinct de celui de la généralité des habitants de la commune est susceptible d'entraîner, sur le fondement de l'article L.2131-11 du CGCT, l'annulation de la délibération qu'il a votée ou à la préparation de laquelle il a participé s'il a eu une influence sur celle-ci (CE, 12 octobre 2016, n° 387308). De même, le fait pour un élu de participer à une procédure de passation d'un marché public ou d'une délégation de service public alors qu'il a des intérêts avec un candidat est

la décision (Cass. crim, 15 juin 2016, n° 15-81124), à une condamnation pour prise illégale d'intérêts. L'article 432-12 du code pénal punit d'une peine pouvant aller jusqu'à 5 ans d'emprisonnement et 500 000 € d'amende le fait, pour un élu, « 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 ».

La Cour de Cassation se montre particulièrement sévère car l'intérêt quelconque est entendu de manière large, l'intervention dans l'opération peut se réduire à l'émission d'un simple avis et l'élément intentionnel de l'infraction résulte de la seule conscience d'avoir agi en connaissance d'un lien particulier (amitié, familial, professionnel). Un conflit d'intérêts dans le cadre d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique pourrait également conduire à une condamnation pour délit de favoritisme sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal.

La Cour de Cassation se montre sévère car l'intérêt quelconque est entendu au sens large : l'intervention dans l'opération peut se réduire à l'émission d'un simple avis.

le président de la société Y pressentie pour édifier le bâtiment du futur le cinéma (CAA Bordeaux, 12 juillet 2019, n° 16BX00581).

2 LES RISQUES ENCOURUS EN CAS DE CONFLIT D'INTÉRÊTS AVÉRÉ

En premier lieu, l'existence d'un conflit d'intérêts risque d'entacher d'illégalité la décision prise par un élu ou à laquelle il a participé. Désormais, la méconnaissance de la loi d'octobre 2013 en ce qu'elle prohibe les conflits d'intérêts constitue un moyen de légalité à part entière.

Des décisions sujettes à être entachées d'illégalité

Parallèlement, le juge administratif continue d'analyser les situations de conflit d'intérêts au regard des

susceptible de caractériser un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (CE 14 octobre 2015, n° 390968 et article L.2141-10 du CCP).

Enfin, une décision qui, par ses effets, expose un élu à se rendre coupable du délit de prise illégale d'intérêts peut être annulée pour ce motif. Il a ainsi été jugé qu'un conseil municipal ne pouvait pas légalement prendre une délibération qui, ayant pour objet d'autoriser la vente d'un bien communal à un élu municipal, exposerait celui-ci, en cas de réalisation effective de l'acte, à l'application des dispositions de l'article 432-12 du code pénal (CE, 27 sept. 2010, n° 320905).

La prise illégale d'intérêt sévèrement punie

En deuxième lieu, l'existence d'un conflit d'intérêts peut exposer l'élu, voire d'autres élus impliqués dans

RÉFÉRENCES

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

3 LES OUTILS DE PRÉVENTION

Afin de prévenir les risques liés aux conflits d'intérêts, la loi du 11 octobre 2013 impose, à certaines catégories d'élus seulement, des obligations de déclaration et d'abstention.

Déclarations d'intérêts... dont les activités professionnelles

Ainsi, dans les deux mois de leur élection, les maires des communes de plus de 20 000 habitants et les présidents d'EPCI de plus de 20 000 âmes ou dont le montant des recettes totales de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros doivent transmettre à ●●●

●●● la Haute Autorité une déclaration d'intérêts. Cette obligation s'impose également, s'ils sont titulaires d'une délégation de fonction ou de signature, aux adjoints aux maires des communes de plus de 100 000 habitants et aux vice-présidents des EPCI de plus de 100 000 habitants.

Conformément au décret du 23 décembre 2013, cette déclaration porte sur les activités professionnelles de l'élu et celles de son conjoint, ses activités de consultant, ses mandats électifs, ses activités bénévoles, ses participations dans des organes dirigeants et ses participations financières dans le capital de sociétés. L'objectif est de susciter un questionnement chez l'élu et de l'inciter à prendre le cas échéant les mesures nécessaires pouvant aller jusqu'à un renoncement à ses intérêts.

L'obligation de déclaration étant limitée aux élus exerçant des fonctions exécutives, la HATVP incite les collectivités à aller plus loin en proposant à tous les élus qui le souhaiteraient de déposer de manière confidentielle une déclaration de leurs intérêts les plus pertinents auprès d'un déontologue dédié aux élus et de la tenir régulièrement à jour.

Le déport, pour anticiper tout risque

Outre la déclaration d'intérêts, le législateur a prévu un mécanisme d'abstention. Lorsqu'un exécutif estime être en conflit d'intérêts, le décret du 31 janvier 2014 pris en application de l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013, précise qu'il doit prendre un arrêté de déport mentionnant la teneur des questions pour lesquelles il estime ne pas devoir exercer ses compétences et désigner un autre élu pour exercer lesdites compétences, sans bien évidemment lui donner aucune instruction.

Lorsqu'un élu bénéficiant d'une délégation de signature de l'exécutif

estime être en conflit d'intérêts, il doit en informer par écrit le délégant pour qu'il prenne un arrêté fixant les questions pour lesquelles cet élu doit s'abstenir d'exercer ses compétences.

A noter que si le déport est susceptible d'intervenir à une fréquence telle que le fonctionnement normal de la collectivité s'en trouve entravé, il est préférable d'accorder des délégations à un autre élu (CE, juillet 2018, n° 411345).

Le dessaisissement, décision du conseil municipal

En parallèle des dispositions introduites en 2013, le code général des collectivités prévoit de longue date en son article L. 2122-26 un mécanisme de dessaisissement : « Dans le cas où les intérêts du maire se trouvent en opposition avec ceux de la commune, le conseil municipal désigne un autre de ses membres pour représenter la commune, soit en justice, soit dans les contrats. » Le Conseil d'Etat est venu préciser qu'il ne devait être mis en œuvre que lorsque les intérêts du maire se trouvaient non pas en conflit mais véritablement en opposition avec ceux de la commune dans un litige donné ou pour la signature ou l'exécution d'un contrat (CE, 30 janvier 2020, n° 421952).

Il va de soi qu'au regard des risques encourus, notamment sur le plan pénal, l'abstention de participer au vote d'une délibération et même aux travaux préparatoires doit être étendue à tout élu intéressé, qu'il soit ou non adjoint ou vice-président.

A ce titre, la Haute Autorité encourage les collectivités à tenir à jour un registre recensant les organismes extérieurs dans lesquels les élus représentent la collectivité ou les responsabilités associatives qu'ils exercent afin de gagner en efficacité dans la mise en œuvre des déports le plus en amont possible.

Chartes de déontologie et référent déontologue, des outils facultatifs

Naturellement, en dehors de ces dispositifs de prévention prévus par la loi, les collectivités sont incitées à rédiger des chartes de déontologie qu'elles pourront soumettre pour avis à la HATVP si leur exécutif a l'obligation de transmettre une déclaration d'intérêts.

A l'instar de ce qui existe pour les fonctionnaires, elles ont également la possibilité de désigner un référent déontologue que les élus peuvent saisir, en toute confidentialité, pour toute question relative à un éventuel conflit d'intérêts.

Par Isabelle Béguin, avocate associée, cabinet Oppidum Avocats