

Point juridique

La prévention des conflits d'intérêts de l'exécutif local

La France a engagé depuis plusieurs années un processus visant à réformer l'encadrement normatif de la vie publique.

Une avancée significative a notamment eu lieu avec 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 II ». Puis, les lois organique n°2017-1338 et ordinaire n°2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique ont été adoptées pour parachever le dispositif censé créer le « choc de confiance » souhaité par le gouvernement.

Ces nouveaux dispositifs accentuent notamment la prévention des conflits d'intérêts des exécutifs locaux, avec l'encadrement des emplois des collaborateurs de cabinet (I), de l'activité de lobbying (II) ou encore la création d'un statut de déontologue et de lanceur d'alerte au sein des collectivités locales (III).

I.- LES RESTRICTIONS EN MATIERE D'EMPLOI FAMILIAUX

La loi pour la confiance dans la vie politique encadre l'emploi des collaborateurs de cabinet⁽¹⁾ des autorités territoriales, en interdisant l'emploi des membres proches de sa famille (a) et en posant l'obligation d'information de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) de l'emploi des autres membres de sa famille (b).

a) L'interdiction d'emplois des membres proches de la famille

L'article 15 de la loi est venu modifier l'article 110 du titre III du statut général des fonctionnaires⁽²⁾ qui interdit désormais aux autorités territoriales, parmi lesquelles le Maire d'une commune, de compter parmi ses collaborateurs de cabinet des membres proches de leur famille, à savoir : leur conjoint, partenaire lié par PACS ou concubin ; leurs parents ou les parents de leur conjoint, partenaire ou concubin ; leurs enfants ou les enfants de son conjoint, partenaire ou concubin.

En cas de violation de cette interdiction, l'autorité territoriale encourt une peine de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Elle devra également rembourser l'intégralité des charges supportées par la collectivité pour l'emploi du collaborateur illégalement employé⁽³⁾.

b) L'information de la HATVP de l'emploi de certains membres de la famille

L'autorité territoriale doit également informer la HATVP de l'emploi d'autres membres de sa famille parmi ses collaborateurs de cabinet.

Cependant, cette obligation d'information ne pèse que sur les autorités territoriales déjà soumises à l'obligation de déclaration d'intérêts et de situation

patrimoniale⁽⁴⁾, en particulier les Maires de communes de plus de 20 000 habitants, les Présidents d'EPCI à fiscalité propre dont la population excède 20 000 habitants ou dont le montant des recettes totales de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros, les Présidents des autres EPCI dont le montant des recettes totales de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros.

Ces autorités territoriales doivent informer la HATVP de l'emploi, parmi leurs collaborateurs de cabinet, des personnes suivantes : leur frère ou sœur ou le conjoint, partenaire ou concubin de celui-ci ou celle-ci ; l'enfant de leur frère ou sœur, ou le conjoint, partenaire ou concubin de cet enfant ; leur ancien conjoint, ancien partenaire ou ancien concubin ; l'enfant, le frère ou la sœur de leur ancien conjoint, ancien partenaire ou ancien concubin ; le frère ou la sœur de leur conjoint, partenaire ou concubin.

En cas de méconnaissance de cette obligation, l'autorité territoriale pourrait tomber sous le coup de l'article 26 II de la loi du 11 octobre 2013, lequel punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait de ne pas communiquer à la HATVP « les informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission ».

(1) Les emplois de cabinet des autorités territoriales sont régis par l'article 110 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et par le décret n° 87-1004 du 16 décembre 1987 relatif aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales.

(2) Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaire relative à la fonction publique territoriale.

(3) Décret n° 2017-1692 du 14 décembre 2017 relatif au remboursement par l'autorité territoriale des sommes versées en violation de l'interdiction d'emploi de membres de sa famille comme collaborateur de cabinet, art. 2.

(4) Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, article 11 2.

II. – L'ENCADREMENT DU LOBBYING

L'activité de représentation d'intérêts, c'est-à-dire le *lobbying*, est désormais encadrée depuis la loi Sapin II⁽⁵⁾. Et si cette loi pose des obligations aux seuls représentants d'intérêts, et non aux décideurs publics qu'ils approchent, ces derniers doivent tout de même y prêter attention dans la mesure où elle interdit aux représentants d'intérêts divers comportements à l'égard des décideurs publics **(b)** et leur impose de publier les actions menées auprès de ces derniers **(c)**. Cela suppose au préalable d'identifier les représentants d'intérêts et les décideurs publics territoriaux concernés par ces nouvelles règles **(a)**.

a) Identification des acteurs concernés

Sont visées par la loi les actions menées auprès des exécutifs locaux et de leurs proches collaborateurs, à savoir principalement⁽⁶⁾ :

- Les titulaires d'une fonction de Président de Conseil Régional, de Président de Conseil Départemental, de Maire d'une commune de plus de 20 000 habitants ou de Président élu d'un EPCI à fiscalité propre dont la population excède 20 000 habitants ou dont le montant des recettes totales de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros ainsi que les Présidents des autres EPCI dont le montant des recettes totales de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros ;
- Les directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinet des autorités territoriales mentionnées ci-dessus ;

- Les conseillers régionaux, les conseillers départementaux, les adjoints aux maires des communes de plus de 100 000 habitants et les vice-présidents des EPCI à fiscalité propre de plus de 100 000 habitants lorsqu'ils sont titulaires d'une délégation de fonction ou de signature, respectivement, du Président du Conseil Régional, du Président du Conseil Départemental, du Maire, ou du Président de EPCI ;

- Les directeurs généraux des services des régions, des départements et des communes de plus de 150 000 habitants ;

- Les directeurs généraux et directeurs des établissements publics suivants : des EPCI à fiscalité propre de plus de 150 000 habitants ; des EPCI assimilés à des communes de plus de 150 000 habitants ; des syndicats mixtes constitués exclusivement de collectivités territoriales et de groupements de collectivités assimilés à une commune de plus de 150 000 habitants ; des centres interdépartementaux de gestion uniques d'une part, des communes des départements des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne et d'autre part, des communes des départements de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines ; des centres de gestion assimilés à une commune de plus de 150 000 habitants ; des caisses de crédit municipal des communes de plus de 150 000 habitants ;

- Au sein de la ville de Paris : les personnes exerçant les emplois de secrétaire général, secrétaire général adjoint, directeur général et directeur ; de directeur du centre d'action sociale et du crédit municipal.

Les représentants d'intérêts sont quant à eux définis de manière large comme étant les personnes morales de droit privé⁽⁷⁾, les établissements publics ou groupements publics exerçant une activité industrielle et commerciale, les chambres de commerce et d'industrie et les chambres de métiers et de l'artisanat dont un dirigeant, un employé ou un membre a pour (i) activité principale ou régulière (ii) d'influer sur la décision publique (iii) en entrant en communication avec un décideur public. Les personnes physiques qui exercent à titre individuel la même activité sont également des représentants d'intérêts.

Ainsi, une personne effectue des actions de représentation d'intérêts à titre principal lorsqu'elle consacre à cette activité « *plus de la moitié de son temps* » ; à titre régulier lorsqu'elle a réalisé pendant une période de douze mois plus de dix actions de représentation d'intérêts⁽⁸⁾.

Les décisions publiques visées sont très également largement entendues puisque cette notion intègre les lois (y compris constitutionnelles), les ordonnances, les actes réglementaires, les décisions d'espèce⁽⁹⁾, les marchés publics, les concessions, les autorisations d'occupation temporaire et les baux emphytéotiques administratifs, les contrats de cession de biens immobiliers, les délibérations approuvant la constitution d'une SEMOP, les autres décisions publiques⁽¹⁰⁾.

Etant précisé que « *ne constitue pas une entrée en communication (...) le fait de solliciter, en application de dispositions législatives ou réglementaires, la délivrance d'une autorisation ou le bénéfice d'un avantage dont*

(5) Introduits par 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 ».

(6) D'autres exécutifs sont visés par l'article 18-2 6 Loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 renvoyant à l'article 11 I 2° de la même loi.

(7) Il peut s'agir de sociétés commerciales, de sociétés civiles, d'entreprises publiques, d'associations, de fondations, de syndicats, d'organismes professionnels ou de tout autre structure ayant la personnalité morale et n'étant pas une personne publique

(8) Décret n° 2017-867 du 9 mai 2017 relatif au répertoire numérique des représentants d'intérêts, art. 1er.

(9) Décisions de l'article L. 221-7 du code des relations entre le public et l'administration.

(10) Décret n° 2017-867 du 9 mai 2017 relatif au répertoire numérique des représentants d'intérêts, « Annexe relative aux types de décisions publiques ».

l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir, ainsi que le fait de présenter un recours administratif ou d'effectuer une démarche dont la réalisation est, en vertu du droit applicable, nécessaire à la délivrance d'une autorisation, à l'exercice d'un droit ou à l'octroi d'un avantage »⁽¹¹⁾.

En revanche, toute autre prise de contact, quel que soit son mode (réunion, correspondance, invitation) devrait constituer une entrée en communication.

L'identification d'un représentant d'intérêts devrait être facilitée par la consultation du répertoire numérique de la HATVP⁽¹²⁾ auquel les représentants d'intérêts doivent s'inscrire. Les personnes morales doivent en plus indiquer l'identité de leurs dirigeants et des personnes physiques chargées en leur sein des activités de représentation d'intérêts⁽¹³⁾. Ainsi, un décideur public pourra vérifier si la personne entrant en communication avec lui a la qualité de représentant d'intérêts⁽¹⁴⁾.

b) Les comportements prohibés

Les représentants d'intérêts doivent s'abstenir :

- de proposer ou remettre à un décideur public (ou à son entourage direct) des présents, dons, avantages d'une valeur significative ;
- de toute incitation à l'égard de ces personnes à enfreindre les règles déontologiques qui leur sont applicables ;
- de toute démarche en vue d'obtenir des informations ou décisions de ces personnes par des moyens frauduleux ;

- d'obtenir ou d'essayer d'obtenir des informations ou décisions en communiquant délibérément à ces personnes des informations erronées ou en recourant à des manœuvres destinées à les tromper ;

- d'organiser des colloques, manifestations ou réunions dans lesquelles les responsables publics seraient rémunérés pour intervenir.

Le premier item de cette liste interpelle par son manque de précision, car n'indique pas le montant au-delà duquel un présent, don ou avantage revêt une « valeur significative ». Les travaux parlementaires⁽¹⁵⁾ indiquent que « l'absence de fixation d'une valeur précise est justifiée » par la nécessité d'adopter « une approche au cas par cas » et relèvent que la valeur pourrait « varier selon les autorités qui sont sollicitées – les cadeaux honorifiques offerts à un ministre pouvant être différents de ceux que reçoit un élu local ». La loi renvoie en réalité au pouvoir réglementaire la possibilité de préciser cette notion au sein d'un code de déontologie des représentants d'intérêts, décret n'ayant pas été adopté à ce jour. A cet égard, on peut relever, d'une part, que le montant à prendre en compte devrait être celui proposé au public et non pas celui payé par le représentant d'intérêts, et d'autre part, que, dans les faits, plusieurs collectivités et instances considèrent qu'au-delà de 150 euros le présent s'avère significatif. Espérons qu'il sera mis fin rapidement à ce flou, avec un montant suffisamment élevé pour ne pas tomber dans un excès rigoriste. Quoi qu'il en soit, en cas de doute, le décideur peut saisir pour avis⁽¹⁶⁾ la HATVP qui se prononce dans un délai de deux mois.

Reste que, globalement, le dispositif reste s'avère plutôt clément pour les décideurs puisque les sanctions prévues par la loi Sapin II ne visent que le représentant d'intérêts et non le décideur public approché (qui demeure toutefois soumis aux infractions pénales générales en matière de corruption et trafic d'influence). Par ailleurs, si la HATVP, constatant qu'un décideur public a répondu favorablement à une sollicitation effectuée par un représentant d'intérêts en méconnaissance de ses obligations, peut directement lui adresser ses observations⁽¹⁷⁾, celles-ci ne sont pas publiques.

c) La publication des actions menées

Le représentant d'intérêts doit également publier dans un rapport d'activité les actions qu'il a menées auprès des décideurs publics.

Là encore, le dispositif est plutôt permissif car, ainsi que l'a jugé le Conseil Constitutionnel⁽¹⁸⁾, « ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet de contraindre le représentant d'intérêts à préciser chacune des actions qu'il met en œuvre et chacune des dépenses correspondantes » et « seulement la communication de données d'ensemble et de montants globaux relatifs à l'année écoulée ».

Dans cette ligne, l'article 3 du décret n° 2017-867 du 9 mai 2017 impose à tout représentant d'intérêts d'adresser à la HATVP, à compter du 1^{er} juillet 2018 pour les activités menées auprès des décideurs publics territoriaux, les « questions sur lesquelles ont porté [les] actions, identifiées par leur objet et leur domaine d'intervention » ; le bénéficiaire de l'activité d'influence, en indiquant le cas échéant l'identité du tiers pour lequel les actions ont été

(11) Décret n° 2017-867 du 9 mai 2017, article 1er alinéa 3.

(12) Consultable à l'adresse <http://www.hatvp.fr/le-repertoire/>.

(13) Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, article 18-3.

(14) Etant précisé que le défaut d'inscription au répertoire par un représentant d'intérêts est susceptible d'engager sa responsabilité pénale.

(15) Rapport de S. DENAJA pour l'Assemblée Nationale n° 3785 et 3786 enregistré le 26 mai 2016.

(16) Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 18-6 1.

(17) Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 18-7.

(18) Décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016.

effectuées et le « type de décisions publiques sur lesquelles ont porté les actions de représentation d'intérêts engagées ». Mais il ne s'agira pas pour autant de renseignements nominatifs. Il conviendra toutefois d'observer la pratique car la HATVP, dans sa délibération relative aux modalités de fonctionnement du téléservice AGORA, paraît encourager les représentants d'intérêts à préciser au maximum leurs renseignements, de sorte que la collectivité approchée et ses décideurs pourraient en réalité facilement être identifiés par déduction à la lecture du rapport transmis.

III. – LA CREATION DU REFERENT DEONTOLOGUE ET LA PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE

Enfin, la lutte contre les conflits d'intérêts est également accrue par la création du référent déontologue et la protection des lanceurs d'alerte dans les collectivités locales.

1. – Le référent déontologue

La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires instaure, pour tout fonctionnaire, un droit de consulter un « référent déontologue » dont le rôle est d'apporter « tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques ». Le référent déontologue est désigné par le Maire, ou le Président du Centre de gestion lorsque la commune y est rattachée.

2. – La protection des lanceurs d'alerte

Le lanceur d'alerte est défini comme « une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement

d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance »⁽¹⁹⁾. Dans une administration territoriale, le lanceur d'alerte pourra donc être un agent de la collectivité ou un collaborateur extérieur et occasionnel.

Les collectivités territoriales doivent mettre en place des procédures de recueil des signalements des lanceurs d'alerte, étant précisé que cette obligation ne s'impose qu'aux « personnes morales de droit public (...) d'au moins cinquante agents ou salarié, [aux] communes de plus de 10 000 habitants, [aux] départements et [aux] régions ainsi qu'[aux] établissements publics en relevant et [aux] EPCI à fiscalité propre regroupant au moins une commune de plus de 10 000 habitants⁽²⁰⁾ » et ce à compter du 1^{er} janvier 2018.

La procédure mise en place doit garantir la confidentialité de l'identité du lanceur d'alerte, des informations recueillies par le biais de l'alerte et de l'identité de la personne visée par l'alerte. Elle doit prévoir les modalités de recueillement des signalements et faire l'objet d'une publicité adéquate pour permettre tant aux agents qu'aux collaborateurs extérieurs et occasionnels d'en avoir une connaissance suffisante. Le signalement de l'alerte doit être porté « à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci⁽²¹⁾ ».

CONCLUSION

Incontestablement, ces différentes réformes imposent une évolution tant institutionnelle que des comportements individuels au quotidien. En effet, les procédures et interdictions qui viennent d'être décrites doivent désormais être mises en place et/ou respectées par les collectivités et les opérateurs privés, pour davantage de

transparence et de garanties dans leur fonctionnement. Au-delà, il s'agit d'une incitation à repenser la relation entre représentants des collectivités et opérateurs, avec davantage de vigilance personnelle au quotidien.

Toujours est-il que, en l'état, à l'exception des emplois familiaux, le dispositif s'avère plutôt souple pour les décideurs locaux, sans sanction spécifique autre que le droit pénal de droit commun, et une absence de personnalisation du bilan des actions menées par les représentants d'intérêts. Il nous semble que ce dispositif s'avère équilibré, car accroît la transparence et sensibilise les acteurs, en laissant tout de même une marge de manœuvre dans les relations public/privé. Il faut s'en féliciter car le dialogue entre décideurs publics et représentants des opérateurs, non seulement n'est pas condamnable, mais s'avère même salutaire pour le dynamisme des projets publics. Surtout, un excès de formalisme ne résoudrait pas le problème de corruption, qui ne touche qu'une infime minorité, et ne ferait qu'handicaper voire jeter la suspicion sur la majorité des décideurs locaux.

Reste à savoir si ces mesures étaient réellement nécessaires et/ou suffisantes pour restaurer la confiance avec les citoyens, mais c'est un autre débat... ■

Pierre LE BOUEDEC

Avocat au Barreau de Paris
Cabinet SYMCHOWICZ WEISSBERG
et Associés

(19) Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, art. 6.

(20) Décret n° 2017-564 du 19 avril 2017, art. 1.

(21) Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, art. 8 I.